

**30. Auszug aus dem Urteil der II. Zivilabteilung  
vom 15. Mai 1924 i. S. Gebäudebrandversicherungsanstalt  
des Kantons Solothurn gegen Häner.**

Klage einer kantonalen Gebäudebrandversicherungsanstalt gegen den Brandstifter auf Ersatz der bezahlten Brandentschädigung ist, ungeachtet einer allfälligen kantonalen Subrogationsvorschrift, nach Art. 51 OR zu beurteilen.

Inwieweit lässt Art. 51 OR dem richterlichen Ermessen Raum?

Am 29. Dezember 1921 brach im Estrich des Hauses des Vaters des Beklagten ein Brand aus, der den Estrich und den ersten Stock zerstörte. Die Klägerin bezahlte an Brandentschädigung rund 70,000 Fr. Mit der vorliegenden Klage verlangt sie vom Beklagten Schadenersatz im Betrage der ausgelegten Summe gestützt auf Art. 41, eventuell 55 OR sowie auf §§ 22, 79 und 84 des kantonalen Gesetzes betreffend die Gebäudebrandversicherung und die Feuerpolizei von 1899/1901. § 22 lautet: Dritte Personen (d. h. Nichteigentümer), welche den Brand eines Gebäudes verursacht haben, sind der Anstalt nach Massgabe des Obligationenrechtes zum Ersatz der Brandentschädigung und aller Kosten verpflichtet...

Durch Urteil vom 11. Juli 1923 hat das Obergericht des Kantons Solothurn die Klage im Betrag von 30,000 Fr. zugesprochen, im übrigen abgewiesen.

Auf Berufung beider Parteien hin hat das Bundesgericht die Urteilssumme auf 45,000 Fr. erhöht.

*Aus den Erwägungen:*

1. ....

2. — Die Vorinstanz hat die Klage in erster Linie in Anwendung des Art. 41 OR (teilweise) zugesprochen. Dabei scheint sie von der Auffassung ausgegangen zu sein, dem Schadensversicherer stehe gegen denjenigen Dritten, welcher den versicherten Schaden schuldhaft

widerrechtlich verursacht hat, ein Schadenersatzanspruch aus unerlaubter Handlung zu. Diese Auffassung ist jedoch rechtsirrtümlich, wie das Bundesgericht bereits mehrfach ausgesprochen hat (AS 23 II S. 1775 f. Erw. 5 und 26 II S. 324 f. Erw. 2). Vielleicht aber ist die Vorinstanz von der Auffassung ausgegangen, ohne dies freilich auch nur anzudeuten, der Schadenersatzanspruch des Versicherten sei gemäss § 22 des kantonalen Gebäudebrandversicherungsgesetzes von Gesetzes wegen auf die Klägerin übergegangen. Wie es sich hiemit verhalte, kann indessen dahingestellt bleiben, da es für die Beurteilung der Klage keinen Unterschied ausmacht, ob eine solche Subrogation stattgefunden habe oder nicht. Sollte nämlich das kantonale Gebäudebrandversicherungsgesetz eine Subrogation auch nicht vorsehen, so würde die Klägerin, nachdem sie den Brandschaden ersetzt hat, doch gegebenenfalls gestützt auf Art. 51 OR, welcher die Schadenstragung im Falle der Haftung Mehrerer aus verschiedenen Rechtsgründen regelt, den Rückgriff auf den Beklagten nehmen können. Wäre gegenteils Subrogation anzunehmen, so könnte die Klägerin gestützt darauf doch nicht Schadenersatz in höherem Betrage vom Beklagten verlangen, als ihr Rückgriffsanspruch gemäss Art. 51 OR geht. Denn es ist eine vom Bundesrecht geregelte Frage, in welcher Weise die Ersatzpflicht des Urhebers des Schadens dadurch beeinflusst wird, dass neben ihm auch noch andere Personen, sei es auch aus anderen Rechtsgründen, für den gleichen Schaden haften, und es steht daher den Kantonen nicht zu, die Rechtsstellung des dritten Schädigers zu Gunsten der von ihnen organisierten Versicherungsanstalten zu erschweren (vgl. AS 23 II S. 1774, Urteil des Bundesgerichts vom 29. Mai 1909, abgedruckt in den Entscheidungen schweizerischer Gerichte in privaten Versicherungsstreitigkeiten II Nr. 120, und AS 49 II S. 92 f.) Hieraus folgt ohne weiteres die Unbegründetheit der Einrede der Unzuständigkeit des

Bundesgerichts, welche der Beklagte mit der Begründung erhoben hat, die Klage sei nicht in Anwendung von Bundesrecht beurteilt worden und auch gar nicht nach Bundesrecht zu beurteilen. Freilich kann das Bundesgericht das angefochtene Urteil insoweit nicht überprüfen als es auf der Anwendung kantonalen Rechts beruht, was hinsichtlich der Präjudizialfrage zutrifft, dass der Beklagte feuerpolizeilichen Vorschriften zuwidergehandelt hat.

3. — (Beurteilung der Frage, ob der Beklagte dem Gebäudeeigentümer aus unerlaubter Handlung für den Brandschaden hafte, was gemäss Art. 51 OR Voraussetzung des Rückgriffsanspruchs der Klägerin ist....)

4. — Nun schreibt Art. 51 OR vor, dass auf mehrere aus verschiedenen Rechtsgründen für denselben Schaden haftbare Personen die Bestimmung über den Rückgriff unter Personen entsprechend anzuwenden sei, die einen Schaden gemeinsam verschuldet haben, und verweist damit auf Art. 50 Abs. 2 OR, wonach einfach durch richterliches Ermessen bestimmt wird, ob und in welchem Umfang « die Beteiligten » gegeneinander Rückgriff haben. Indessen wird das richterliche Ermessen durch den angeschlossenen Abs. 2 an die Regel gebunden — die ihrem Begriffe nach freilich nicht ausnahmslos gilt —, dass in erster Linie Derjenige den Schaden trägt, der ihn durch unerlaubte Handlung verschuldet hat, und in letzter Linie Derjenige, der ohne eigene Schuld und ohne vertragliche Verpflichtung nach Gesetzesvorschrift haftbar ist. Danach erweist sich der von der Klägerin geltend gemachte Rückgriffsanspruch als grundsätzlich begründet, weil der Beklagte aus eigener schuldhafter unerlaubter Handlung haftet. (Wäre dagegen entsprechend dem Eventualstandpunkt der Vorinstanz anzunehmen gewesen, dass der Beklagte bloss gemäss Art. 55 OR als Geschäftsherr hafte, so hätte die Klage wohl abgewiesen werden müssen, weil die Haftung der Klägerin als auf vertraglicher Verpflichtung beruhend

anzusehen ist, vgl. AS 47 II S. 412 und 49 II S. 94). Freilich lassen es gewisse Umstände als angemessen erscheinen, dass der Beklagte entgegen der Regel des Art. 51 Abs. 2 OR nicht den vollen Schaden trage. Handelt es sich dabei auch um eine reine Ermessenssache, so ist das Bundesgericht in der Frage, welche Umstände derart berücksichtigt werden sollen und wie hoch der Abzug zu bemessen sei, durch die vorinstanzliche Beurteilung in keiner Weise gebunden, weil diese auf einer als unzutreffend abgelehnten rechtlichen Grundlage beruht. Als Herabsetzungsgründe lassen sich nun nach Art. 51 Abs. 1 bzw. 50 Abs. 2 OR auch solche Umstände würdigen, welche bei direkter Anwendung des Art. 41 OR nach klarer Gesetzesvorschrift nicht in Betracht gezogen werden dürften, nämlich (entgegen Art. 50 Abs. 1 OR) das Mitverschulden des Burkhardt und (obwohl das Verschulden des Beklagten mit der Vorinstanz als grobes zu bezeichnen ist und nach den Feststellungen der Vorinstanz von einer Notlage desselben nicht gesprochen werden kann, also entgegen Art. 44 Abs. 2 OR) die ohnehin ausserordentlich schwere Belastung des Beklagten, der vom eigenen Mobiliarschaden nur einen Teilbetrag von 40,000 Fr. ersetzt erhielt und sich zudem noch einer Rückgriffsklage der Versicherungsgesellschaft ausgesetzt sieht, bei welcher sein Vater das Mobiliar gegen Feuerschaden versichert hatte. Immerhin erscheint es angesichts der groben Fahrlässigkeit des Beklagten nicht angängig, den Rückgriff nach dem Vorgang der Vorinstanz für mehr als die Hälfte des Schadens zu versagen. Auch bei erheblicher Erhöhung der Rückgriffssumme tritt die vom Beklagten als Herabsetzungsgrund weiter geltend gemachte Bereicherung der Klägerin noch nicht ein, da nach den Feststellungen der Vorinstanz ihre Rückversicherung nur  $\frac{4}{10}$  des Schadens umfasst und sie den entsprechenden Teil der Rückgriffssumme wiederum an die Rückversicherer abliefern muss.