Urteilkopf

146 III 362

39. Auszug aus dem Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung i.S. Eidgenössische Invalidenversicherung und Eidgenössische Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHV) gegen A.A. (Beschwerde in Zivilsachen) 4A_397/2019 vom 1. Juli 2020

Regeste (de):

Regressprivileg gegenüber einem Sozialversicherer (Art. 75 ATSG); Regressordnung nach Art. 51 Abs. 2 OR.

Die von einem Teil der Lehre an BGE 143 III 79 geübte Kritik bildet keinen Anlass für eine Änderung der Rechtsprechung, wonach sich auf das Regressprivileg gegenüber einem Sozialversicherer (Art. 75 ATSG) diesem gegenüber auch ein nicht privilegierter Schuldner berufen kann, soweit die Schuld ohne Regressprivileg im Innenverhältnis vom Privilegierten zu übernehmen gewesen wäre (E. 3). Ob es um den Regress der Suva geht oder um denjenigen der IV und AHV, spielt keine Rolle (E. 4).

Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichts kann nicht abgeleitet werden, die in Art. 51 Abs. 2 OR vorgesehene Stufenregelung finde nur bei Absicht oder grober Fahrlässigkeit Anwendung. Von der Stufenfolge kann das Gericht nur im Einzelfall abweichen, wenn eine starre Anwendung den besonderen Umständen des Einzelfalls nicht gerecht würde. Diese Voraussetzung ist hier nicht erfüllt (E. 7 und 7.4).

Regeste (fr):

Privilège de recours envers un assureur social (art. 75 LPGA); ordre des recours selon l'art. 51 al. 2 CO.

Les critiques émises par une partie de la doctrine à l'encontre de l'ATF 143 III 79 ne justifient pas de modifier la jurisprudence selon laquelle un débiteur non privilégié peut aussi se prévaloir du privilège de recours envers un assureur social (art. 75 LPGA) dans la mesure où la dette, sans ledit privilège, devrait être supportée dans les rapports internes par le bénéficiaire du privilège (consid. 3). Qu'il s'agisse d'un recours de la CNA, ou d'un recours de l'AI et de l'AVS ne joue aucun rôle (consid. 4).

On ne peut pas inférer de la jurisprudence du Tribunal fédéral que l'ordre des recours prévu par l'art. 51 al. 2 CO trouverait application uniquement en cas d'intention ou de négligence grave. Le tribunal ne peut déroger à cet ordre que dans des cas d'espèce, lorsque son application stricte serait inadaptée aux circonstances particulières du cas concret. Cette condition n'est pas réalisée en l'occurrence (consid. 7 et 7.4).

Regesto (it):

Privilegio di regresso nei confronti di un assicuratore sociale (art. 75 LPGA); ordine di regresso secondo l'art. 51 cpv. 2 CO.

La critica espressa da una parte della dottrina nei confronti della DTF 143 III 79 non giustifica un cambiamento della giurisprudenza secondo la quale anche un debitore non privilegiato può prevalersi del privilegio di regresso verso un assicuratore sociale (art. 75 LPGA), nella misura in cui il debito avrebbe - senza il privilegio di regresso - dovuto essere assunto nei rapporti interni dal privilegiato (consid. 3). Che si tratti del regresso dell'INSAI, dell'AI o dell'AVS non gioca alcun ruolo (consid. 4).

Dalla giurisprudenza del Tribunale federale non può essere dedotto che l'ordine di regresso previsto dall'art. 51 cpv. 2 CO sia solo applicabile in caso di intenzione o negligenza grave. Il tribunale può unicamente derogare da questo ordine nel caso concreto, se un'applicazione rigida non sia confacente alle circostanze particolari del singolo caso. Questo presupposto

non è adempiuto nella fattispecie (consid. 7 e 7.4).

Sachverhalt ab Seite 363

BGE 146 III 362 S. 363

Am 24. Dezember 2009 ereignete sich im 1. Untergeschoss der Liegenschaft an der U.strasse in V. ein schwerer Arbeitsunfall. Arbeitgeberin und zugleich Mieterin dieser Liegenschaft war die B.A. AG. Zwei Mitarbeitende der B.A. AG, der Lagerleiter D. und die Aushilfe E., hatten direkt vor dem Warenlift eines von sechs Boden-Metallgittern aus der Verankerung gelöst, um Schmutz zu entfernen. Unter den Metallgittern befanden sich nicht tragfähige Styroporplatten, die dazu dienten, den Luftzug aus dem 2. Untergeschoss zu verhindern. Der Lagermitarbeiter und Chauffeur F. (der Verunfallte) wollte die Stelle mit dem fehlenden Metallgitter, eine Bodenöffnung von 82 x 106 cm, passieren, durchbrach dabei die Styroporplatten und stürzte rund 4 m tief auf den darunterliegenden Boden. Dabei zog er sich schwere Verletzungen zu. Die Eidgenössische Invalidenversicherung (IV, Klägerin 1, Beschwerdeführerin 1) richtete ihm in der Folge die gesetzlichen Leistungen aus, die voraussichtlich nach Eintritt ins ordentliche Rentenalter durch die Eidgenössische Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHV, Klägerin 2, Beschwerdeführerin 2) zu übernehmen sind. Die beiden Sozialversicherer klagten beim Zivilgericht des Kantons Basel-Stadt gegen A.A., den Eigentümer der Liegenschaft (Werkeigentümer, Beklagter, Beschwerdegegner) und beantragten, dieser sei zu verpflichten, der IV Fr. 745'285.- und der AHV Fr. 92'721.- nebst Zins zu zahlen. Das Zivilgericht sowie auf Berufung der Klägerinnen auch das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt wiesen die Klage mit Blick auf das Regressprivileg der Arbeitgeberin gegenüber den Sozialversicherern nach Art. 75 Abs. 2 ATSG (SR 830.1) ab. Die kantonalen Instanzen stützten sich auf BGE 143 III 79 E. 6 S. 92 ff.,

BGE 146 III 362 S. 364

wonach sich auf das Privileg auch ein nicht privilegierter Schuldner berufen kann, soweit die Schuld ohne Regressprivileg intern von der Arbeitgeberin zu übernehmen gewesen wäre. Sie kamen zum Schluss, intern hätte die Arbeitgeberin nach Art. 51 Abs. 2 OR den gesamten Schaden übernehmen müssen. Daher verneinten sie einen Regressanspruch der Klägerinnen. Das Bundesgericht weist die von den Klägerinnen erhobene Beschwerde ab, soweit es darauf eintritt. (Zusammenfassung)

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

3. Das Bundesgericht hat mit BGE 143 III 79 eine bis anhin offene Rechtsfrage entschieden, nämlich dass der nicht privilegierte Haftpflichtige den regressierenden Sozialversicherern nur insoweit erstattungspflichtig ist, als er im Innenverhältnis mit dem privilegierten Haftpflichtigen (Arbeitgeber) den Schaden tragen müsste, wenn kein Regressprivileg (Art. 75 Abs. 2 ATSG) bestünde (E. 6.1.3.3 S. 96 f.). Die Beschwerdeführerinnen rügen, mit BGE 143 III 79 habe das Bundesgericht Art. 75 Abs. 2 ATSG falsch ausgelegt, und sie beantragen eine Praxisänderung.

3.1 Eine Änderung der Praxis lässt sich nur begründen, wenn die neue Lösung besserer Erkenntnis der ratio legis, veränderten äusseren Verhältnissen oder gewandelter Rechtsanschauung entspricht; andernfalls ist die bisherige Praxis beizubehalten. Eine Praxisänderung muss sich deshalb auf ernsthafte sachliche Gründe stützen können, die - vor allem im Interesse der Rechtssicherheit - umso gewichtiger sein müssen, je länger die als falsch oder nicht mehr zeitgemäss erachtete Rechtsanwendung gehandhabt worden ist (BGE 145 III 365 E. 3.3 S. 369; BGE 144 III 209 E. 2.3 S. 213; je mit Hinweisen).

3.2 In BGE

143 III 79 wurde erwogen, mit dem ATSG sei das früher bestehende Haftungsprivileg des Arbeitgebers nach aArt. 44 UVG zugunsten des Geschädigten abgeschafft und durch das Regressprivileg gegenüber den Sozialversicherern ersetzt worden. BGE 113 II 323, der einen Anwendungsfall des früheren Haftungsprivilegs des Arbeitgebers betraf und wo es das Bundesgericht abgelehnt hatte, dem nicht privilegierten Haftpflichtigen eine Reduktion seiner Haftung gegenüber dem Geschädigten unter Berufung auf das Haftungsprivileg des Arbeitgebers zuzugestehen, sei daher nicht anwendbar. Denn dort sei es darum gegangen, dass andernfalls der Geschädigte

BGE 146 III 362 S. 365

selber den Ausfall hätte tragen müssen. Das Regressprivileg der Suva lasse sich gemäss Materialien (Bericht vom 26. März 1999 der Kommission des Nationalrats für soziale Sicherheit und Gesundheit zur Parlamentarischen Initiative Sozialversicherungsrecht, BBl 1999 4659 f. zu Art. 82 E-ATSG; nachfolgend: Bericht der Kommission des Nationalrats) damit rechtfertigen, dass der Arbeitgeber die Prämien für die Berufsunfallversicherung bezahle. Das Regressprivileg für die AHV/IV werde in den Materialien nicht weiter begründet, sondern einfach darauf verwiesen, es löse das durch die Gerichtspraxis (BGE 112 II 167) gestützt auf aArt. 48 ter AHVG anerkannte Regressprivileg ab. In der Folge sei es im Gesetzgebungsprozess zu keinen massgeblichen Äusserungen mehr gekommen. Gehe man von dieser Begründung des Regressprivilegs (durch den Gesetzgeber) aus, fehle es an einer inneren Rechtfertigung dafür, dass sich die Sozialversicherer voll am nicht privilegierten Haftpflichtigen schadlos halten (BGE 143 III 79 E. 6.1.2 S. 93 f. und E. 6.1.3.3 S. 96 f.). Im Folgeentscheid BGE 144 III 319 (Urteil 4A_453/2017 vom 12. Juli 2018 nicht publ. E. 1.2), in welchem die beschwerdeführenden Sozialversicherer erneut die Auslegung von Art. 75 Abs. 2 ATSG durch BGE 143 III 79 rügten und geltend machten, diese verkenne die Rechtsnatur der Subrogation, erwog das Bundesgericht, die Rechtsposition des Haftpflichtigen bleibe durch die Subrogation grundsätzlich unberührt. Die Auffassung der Beschwerdeführerinnen hätte zur Folge, dass die Stellung des Dritten, der neben dem Privilegierten haftet, durch die Subrogation des Sozialversicherers nicht mehr unberührt bliebe. Denn er könne, wenn die übrigen Voraussetzungen gegeben seien und soweit keine Subrogation erfolgt sei, intern auf den Privilegierten zurückgreifen, was ihm (damit das Regressprivileg nicht faktisch ausgehöhlt werde) verwehrt bleibe, soweit eine Subrogation erfolgt sei. Die Beschwerdeführerinnen müssten demnach darlegen, woraus sich ergeben solle, dass nach dem Willen des Gesetzgebers nicht der Sozialversicherer, dessen Rückgriffsrecht mit Art. 75 Abs. 2 ATSG eingeschränkt wurde, wirtschaftlich für den Ausfall aufkommen soll, sondern in erster Linie ein allenfalls Mithaftender in Abweichung vom Grundsatz, dass die Rechtsposition des Haftpflichtigen durch die Subrogation unberührt bleiben soll.

3.3 In der Lehre hat BGE 143 III 79 unterschiedliche Reaktionen ausgelöst.

3.3.1 Verschiedene Autoren lehnen den Entscheid aus dogmatischen und wertungsmässigen Gründen ab (BITTEL/STUDHALTER, Stört das BGE 146 III 362 S. 366

Regressprivileg die Koordination, in: Aktuelle Probleme des Koordinationsrechts II, Weber/Beck [Hrsg.], 2017, S. 91 ff., 111 ff.; GHISLAINE FRÉSARD, Le privilège de recours de l'art. 75 LPGA et le recours subrogatoire de l'assureur social contre un tiers responsable non privilégié, HAVE 2017 S. 186 ff., 190 ff.; SYLVIA LÄUBLI ZIEGLER, Ein Ende der Gewissheiten, HAVE 2018 S. 30 ff., 34 ff.; HARDEGGER/ BRUN, Die jüngste bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Art. 75 Abs. 2 ATSG - eine kritische Würdigung der Klägerin, HAVE 2018 S. 408 ff.; wohl auch PETER BECK, Mehrzahl von Regressgläubigern: Gesamt-, Solidar- oder Teilgläubigerschaft?, HAVE 2017 S. 316). Die Argumente lassen sich wie folgt zusammenfassen: Es wird geltend gemacht, richtigerweise hätte das Bundesgericht von einem qualifizierten Schweigen des Gesetzgebers ausgehen müssen. Dem Gesetzgeber sei nämlich bei Schaffung des ATSG die vom Bundesgericht nun entschiedene Frage nicht unbekannt gewesen, habe er doch spätestens nach der Rechtsprechung gemäss BGE 113 II 323 ff. den in diesem Zusammenhang bestehenden Regelungsbedarf erkennen müssen. Er habe die Frage aber nicht geregelt. Vielmehr gehe aus den Gesetzesmaterialien hervor, dass es die Intention des Gesetzgebers gewesen sei, die Stellung des Sozialversicherers zu stärken, indem er mit Art. 72 Abs. 2 ATSG die Solidarhaftung mehrerer Haftpflichtiger für die Rückgriffsansprüche vorgesehen habe. Der bundesgerichtliche Entscheid verstosse gegen die vom Gesetzgeber gewollte Solidarität, denn diese bedeute, dass im Aussenverhältnis jeder Haftpflichtige für den gesamten Schaden hafte. Der Entscheid verletze auch den Grundsatz der integralen Subrogation; eine Reduktion des Ersatzanspruchs der Sozialversicherer liesse sich nämlich nur rechtfertigen, wenn die Sozialversicherung als Teil einer Koordinationsgemeinschaft betrachtet würde. Die Sozialversicherer unterständen aber gemäss der bisherigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung (Urteil 4C.208/2002 vom 19. November 2002) nicht der Rangordnung gemäss Art. 51 OR; sie hätten nicht lediglich ein anteilmässiges Regressrecht. Auch die Berufung in BGE 143 III 79 auf Art. 44 OR überzeuge nicht, denn Herabsetzungsfaktoren gemäss dieser Bestimmung seien nur solche in der Person des Geschädigten, nicht aber das Regressprivileg eines Mithaftenden (BITTEL/STUDHALTER, a.a.O., S. 119 f.; HARDEGGER/BRUN, a.a.O., S. 415). Das Prämienargument des Bundesgerichts berücksichtige schliesslich nur die Situation des Unfallversicherers, nicht jedoch diejenige der AHV/IV (LÄUBLI ZIEGLER, a.a.O., S. 36 f.; BITTEL/STUDHALTER, a.a.O., S. 120 f.; HARDEGGER/BRUN, a.a.O., S. 414).

BGE 146 III 362 S. 367

3.3.2 Ein anderer Teil der Lehre begrüsst den Entscheid, da er zu einer ausgewogenen Berücksichtigung der verschiedenen Interessen führe, auch wenn er in einzelnen Punkten - etwa im Abstützen auf Art. 44 OR - dogmatisch nicht zu befriedigen vermöge (ALEXIS OVERNEY, *Privilège de recours en concours de responsabilité: une solution équitable à un problème complexe*; analyse des arrêts du Tribunal fédéral 4A_301/2016 et 4A_311/2016, SZS 2017 S. 337 ff.; derselbe, *Le recours subrogatoire de l'assureur social: questions posées par la jurisprudence récente du Tribunal fédéral* [nachfolgend: OVERNEY, *Le recours subrogatoire*], in: *L'indemnisation du préjudice corporel*, Dupont/Müller [Hrsg.], 2019, S. 109 ff., 137 f., WERRO/ PERRITAZ, *La pluralité de responsables: nouvelles conceptions et changements de jurisprudence*, in: *Mélanges à la mémoire de Bernard Corboz*, Grégory Bovey und andere [Hrsg.], 2019, S. 279 ff., 293 ff.; VINCENT PERRITAZ, *La réduction de la créance récursoire de l'assureur social contre le responsable non privilégié* [Art. 44 al. 1 CO] - une analyse à partir de l' ATF 143 III 79, HAVE 2018 S. 145 ff., 148 ff.; BATISTA/GOMES, *Pluralité de responsables dans le cadre du recours subrogatoire de l'assureur social*, SZS 2018 S. 250 ff., 261 ff.).

3.4 Die Beschwerdeführerinnen begründen ihre Rüge mit einer besseren Erkenntnis der ratio legis, gestützt vorerst auf die Gesetzgebungsgeschichte. Sie machen wie einzelne der oben (E. 3.3.1) erwähnten Lehrmeinungen geltend, richtigerweise hätte das Bundesgericht von einem qualifizierten Schweigen des Gesetzgebers ausgehen müssen. Es sei die Intention des Gesetzgebers gewesen, mit der Solidarhaftung gemäss Art. 72 Abs. 2 ATSG die Stellung der Sozialversicherer zu stärken. Es hätte deshalb für die Lösung gemäss BGE 143 III 79 einer expliziten gesetzlichen Grundlage bedurft, zumal die Rechtfertigung von Privilegien als solche und insbesondere des Arbeitgeberprivilegs zunehmend in Frage gestellt werde.

3.4.1 Eine Lücke im Gesetz besteht, wenn sich eine Regelung als unvollständig erweist, weil sie jede Antwort auf die sich stellende Rechtsfrage schuldig bleibt. Hat der Gesetzgeber eine Rechtsfrage nicht übersehen, sondern stillschweigend - im negativen Sinn - mitentschieden (qualifiziertes Schweigen), bleibt kein Raum für richterliche Lückenfüllung. Eine echte Gesetzeslücke, die vom Gericht zu füllen ist, liegt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts dann vor, wenn der Gesetzgeber etwas zu regeln unterlassen hat, was er hätte regeln sollen, und dem Gesetz diesbezüglich weder nach seinem Wortlaut noch nach dem durch Auslegung zu ermittelnden Inhalt eine

BGE 146 III 362 S. 368

Vorschrift entnommen werden kann. Echte Lücken zu füllen, ist dem Gericht aufgegeben (BGE 140 III 636 E. 2.1 S. 637 mit Hinweisen).

3.4.2 Es gibt keine Anhaltspunkte für ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers. Auch die Beschwerdeführerinnen können keine solchen nennen. Sie leiten ab, dass im Gefolge von BGE 113 II 323 der Regelungsbedarf "erkannt worden sein ... musste", vermögen aber nicht aufzuzeigen, dass er tatsächlich erkannt worden ist. Dafür gibt es in den Materialien, wie bereits in BGE 143 III 79 dargelegt worden ist, auch keine Grundlage. BGE 113 II 323 wird in den Materialien nicht erwähnt, was allenfalls mit der besonderen Gesetzgebungsgeschichte zusammenhängen mag, wurde der Entwurf doch nicht mit einer Botschaft des Bundesrates eingeleitet, sondern durch eine parlamentarische Kommission erarbeitet; der Bundesrat äusserte sich lediglich später im Rahmen einer vertieften Stellungnahme (Parlamentarische Initiative Sozialversicherungsrecht, Vertiefte Stellungnahme des Bundesrates vom 17. August 1994, BBl 1994 V 921 [nachfolgend: Vertiefte Stellungnahme Bundesrat]; vgl. zur Entstehung auch: UELI KIESER, *Kommentar zum Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts ATSG*, 4. Aufl. 2020, Vorbemerkungen N. 33 ff.).

Die Einführung der Solidarhaftung für Rückgriffsansprüche der Sozialversicherer ging auf einen Antrag des Bundesrates zurück. Zur Begründung wurde angeführt, damit werde erreicht, dass gegenüber dem Versicherungsträger gleich wie gegenüber dem Geschädigten je nach Gesetzesbestimmung "echte" Solidarität (gemäss Art. 50 OR und weiteren) oder "unechte" Solidarität (gemäss Art. 51 OR) gelte (vgl. Vertiefte Stellungnahme Bundesrat, BBl 1994 V 957 f. Ziff. 6.1 zu Art. 79 E-ATSG). Die Kommission des Nationalrats übernahm diesen Antrag und äusserte in diesem - und nur in diesem - Zusammenhang, mit der Solidarität werde die Stellung des Sozialversicherers gestärkt. Die Kommission nehme damit in Kauf, dass bei privatrechtlichen Rückgriffsansprüchen mehrere Haftpflichtige anteilmässig haften, bei sozialversicherungsrechtlichen Rückgriffsansprüchen aber solidarisch (Bericht der Kommission des Nationalrats, BBl 1999 4653 zu Art. 79 E-ATSG). Daraus ergibt sich, dass durch die Einführung der Solidarität die Sozialversicherer gestärkt werden sollen. Daraus lässt sich aber nicht ableiten, der Gesetzgeber habe im Sinn eines qualifizierten Schweigens entschieden, auch bei der weitergehenden Fragestellung - beim Rückgriff auf den nicht privilegierten

Haftpflichtigen,
BGE 146 III 362 S. 369

der seinerseits wegen des Regressprivilegs nicht auf den privilegierten Schadenverursacher Rückgriff nehmen kann - sei immer jene Lösung zu favorisieren, welche den Sozialversicherer bevorzuge. Einen generellen Wertungsentscheid beinhaltet diese Aussage des Gesetzgebers nicht. Nichts Entscheidendes ergibt sich in diesem Zusammenhang auch entgegen dem Hinweis der Beschwerdeführerinnen aus dem seit dem 1. Januar 2008 in Kraft stehenden Art. 75 Abs. 3 ATSG, wonach die Einschränkung des Rückgriffsrechts gemäss Art. 75 ATSG entfällt, wenn und soweit die Person, gegen welche Rückgriff genommen wird, obligatorisch haftpflichtversichert ist. Dies betrifft angesichts des Versicherungsobligatoriums von Art. 63 SVG massgeblich die in der Praxis wichtigen Strassenverkehrsunfälle (MARC M. HÜRZELER, Extrasystemische Koordination: Regress der Sozialversicherer auf Haftpflichtige, in: Recht der Sozialen Sicherheit, Steiger-Sackmann/ Mosimann [Hrsg.], 2014, S. 1323 ff., 1341 f. Rz. 36.35). Diese Bestimmung geht auf die parlamentarischen Beratungen zurück und wurde im Ständerat von der Kommissionssprecherin begründet mit dem Hinweis, die IV-Stellen würden geltend machen, dass insbesondere gegenüber den Haftpflichtversicherungen zu wenig Rückgriff genommen werden könne. Richtigerweise müsse aber die Sozialversicherung nicht hinter die Haftpflichtversicherung zurücktreten (AB 2006 S 611). Zwar trifft zu, dass der Gesetzgeber damit einen Wertungsentscheid getroffen hat, wonach der Sozialversicherer die Risiken dort im Ergebnis nicht tragen soll, wo ein obligatorischer Versicherungsschutz mit entsprechenden Prämieinnahmen vorliegt (HÜRZELER, a.a.O., S. 1342 Rz. 36.35; KIESER, a.a.O., N. 24 zu Art. 75 ATSG). Jedoch handelt es sich auch hier um einen "limitierten" Wertungsentscheid, wie der erstgenannte Autor ebenfalls einräumt (MARC M. HÜRZELER, Entwicklungen zum Sozialversicherungsregress: Sozialversicherungsträger, Gesamtgläubigerschaft, Rentenschaden, Regressprivileg und Substanziierung gesetzlicher Leistungen - Eine Nachlese zu BGer 4A_301/2016 und 4A_311/2016 vom 15. Dezember 2016, SZS 2017 S. 343 ff., 348). Dieser Wertungsentscheid berührt einen weiteren Haftpflichtigen nicht. Vielmehr wird durch diese teilweise Aufhebung des Regressprivilegs die in BGE 143 III 79 beurteilte Problematik gerade entschärft. Es besteht kein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers. BGE 143 III 79 bedeutet nicht, dass das Privileg der Arbeitgeberin ohne gesetzliche Grundlage auf die übrigen Haftpflichtigen ausgedehnt

BGE 146 III 362 S. 370

wird und diese ungerechtfertigt davon profitieren. Die übrigen Haftpflichtigen werden wirtschaftlich vielmehr so gestellt, wie wenn keine Subrogation erfolgt wäre oder kein Privileg bestünde. Dies entspricht dem Grundprinzip, dass die Rechtsposition des Haftpflichtigen durch die Subrogation unberührt bleibt und dieser durch die Aufteilung zwischen Geschädigtem und regressierendem Sozialversicherer weder besser noch schlechter gestellt werden soll (BGE 134 III 489 E. 4.4 S. 493 mit Hinweis). Dieses Prinzip ist kein rein dogmatisches Konstrukt, sondern von praktischer Bedeutung, liegt darin doch die Rechtfertigung, dass dem Schädiger der Einwand, die Sozialversicherer hätten zu hohe Leistungen erbracht, grundsätzlich verwehrt bleibt (Urteil 4A_275/2013 vom 30. Oktober 2013 E. 9.2; vgl. auch Urteil 4A_588/2014 vom 6. Juli 2015 E. 2.2.1). Die Annahme, der Gesetzgeber hätte, ohne darauf einzugehen, im Rahmen eines qualifizierten Schweigens von diesem Prinzip abweichen wollen, vermag grundsätzlich nicht zu überzeugen.

3.5 Die Beschwerdeführerinnen erachten BGE 143 III 79 auch aus dogmatischen Gründen als falsch.

3.5.1 Eine Kritik an BGE 143 III 79, die auch von den Beschwerdeführerinnen aufgegriffen wird, geht wie erwähnt (E. 3.3.1 hiervoor) dahin, der Entscheid verletze den Grundsatz der integralen Subrogation. Eine Reduktion des Ersatzanspruchs der Sozialversicherer liesse sich nur rechtfertigen, wenn der Sozialversicherer als Teil einer Koordinationsgemeinschaft betrachtet würde, zu welcher sowohl schadenverursachende als auch neutrale Ersatzpflichtige gehören, die untereinander solidarisch haften. Die Sozialversicherer unterstünden aber gemäss der bisherigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung (zit. Urteil 4C.208/2002) nicht der Rangordnung gemäss Art. 51 OR; sie seien nicht "in die Kaskadenordnung von Art. 51 OR eingebunden". Indem BGE 143 III 79 den vollen Sozialversicherungsregress gegenüber dem nicht privilegierten Haftpflichtigen (Aussenverhältnis) deshalb nicht zulasse, weil dieser seinerseits nicht gegen den privilegierten Haftpflichtigen Rückgriff nehmen könne (Innenverhältnis), werde eine unzulässige Rückkoppelung vom Innen- auf das Aussenverhältnis vorgenommen (LÄUBLI ZIEGLER, a.a.O., S. 34 f.; BITTEL/ STUDHALTER, a.a.O., S. 117 f.; HARDEGGER/BRUN, a.a.O., S. 415). Das Bundesgericht hat sich wie erwähnt (E. 3.2 hiervoor) bereits in BGE 144 III 319 (zit. Urteil 4A_453/2017 nicht publ. E. 1.2.2) mit dem Vorwurf einer Verletzung des Grundsatzes der integralen Subrogation auseinandergesetzt und dargelegt, zur Debatte stehe nicht

BGE 146 III 362 S. 371

der Grundsatz der Subrogation, sondern der Umfang und die Folgen einer im Gesetz vorgesehenen Einschränkung (des Regressanspruchs). Es kann darauf verwiesen werden. Der Hinweis auf das zit. Urteil 4C.208/2002 ist deshalb nicht stichhaltig. Vielmehr hält auch dieses Urteil in E. 2.1.1 ausdrücklich fest, die Rechtsposition des Haftpflichtigen bleibe durch die Subrogation grundsätzlich unberührt und er habe lediglich einen Teil seiner Schuld dem Sozialversicherer statt dem Geschädigten zu begleichen. Denn dabei solle er weder besser noch schlechter gestellt werden. Dies wird mit BGE 143 III 79 gewährleistet.

3.5.2 Mit dem obigen Einwand im Zusammenhang steht die weitere Kritik der Beschwerdeführerinnen, es entspreche dem Wesen der Solidarität, dass sich der Gläubiger nicht um das interne Verhältnis unter mehreren Mithaftenden zu kümmern brauche, sondern von jedem der solidarisch Haftbaren den vollen Schadenbetrag verlangen könne. Das gelte auch dann, wenn im Zeitpunkt der Anspruchserhebung bereits feststehe, dass der in Anspruch genommene Haftpflichtige sein Rückgriffsrecht gegen Mithaftende (beispielsweise wegen deren Zahlungsunfähigkeit) nicht erfolgreich werde ausüben können. Sofern sie mit diesem kurzen Hinweis die zum Teil in der Lehre geäusserte Kritik, der Entscheid verstosse gegen die vom Gesetzgeber gewollte Solidarität (LÄUBLI ZIEGLER, a.a.O., S. 35 f.; BITTEL/STUDHALTER, a.a.O., S. 118) aufnehmen wollen, wäre dem nicht zu folgen. An anderer Stelle wird zutreffend darauf hingewiesen, Art. 75 Abs. 1 und 2 ATSG werde von einem Teil der Lehre (KIESER, a.a.O., N. 7 zu Art. 75 ATSG; ebenso die in BGE 143 III 79 E. 6.1.3.2 S. 96 erwähnte GHISLAINE FRÉSARD-FELLAY, *Le recours subrogatoire de l'assurance-accidents sociale contre le tiers responsable ou son assureur*, 2007, S. 275 Rz. 837 und FRÉSARD, a.a.O., S. 190) so verstanden, dass ausser bei Absicht oder Grobfahrlässigkeit gar keine Forderung des Sozialversicherers gegen den Arbeitgeber bestehe, mithin keine multiple Haftung (BITTEL/STUDHALTER, a.a.O., S. 115 f.). Diese Interpretation ist zutreffend, wie sich aus den Ausführungen in Erwägung 6.1.3.2 von BGE 143 III 79 deutlich ergibt. Es ist nicht ersichtlich, weshalb damit gegen die Prinzipien der Solidarität verstossen worden sein soll (vgl. OVERNEY, *Le recours subrogatoire*, a.a.O., S. 136 f. Rz. 73). Der Vergleich mit der Situation, wo ein in Anspruch genommener Haftpflichtiger infolge Insolvenz eines Mithaftpflichtigen im Innenverhältnis nicht Rückgriff nehmen kann, ist nicht stichhaltig, bestehen in diesem Fall doch zwei Solidarhaftpflichtige. BGE 146 III 362 S. 372

3.5.3 Die Beschwerdeführerinnen rügen schliesslich als dogmatisch falsch, die Reduktion der Haftung des nicht privilegierten Haftpflichtigen auf Art. 44 OR abzustützen. Diese Bestimmung befasse sich mit Herabsetzungsgründen, für die der Geschädigte verantwortlich sei, nicht aber der Sozialversicherer (als Zessionar). Das bestehende Regressprivileg könne dem Geschädigten aber gerade nicht entgegengehalten werden, womit es sich nicht um eine Einrede des Geschädigten handle. Der Geschädigte sei nicht verantwortlich für das zugunsten seines Arbeitgebers bestehende Regressprivileg. Diese Kritik wird zum Teil auch in der Lehre erhoben (BITTEL/STUDHALTER, a.a.O., S. 119 f.; FRÉSARD, a.a.O., S. 190). Es trifft zu, dass Art. 44 Abs. 1 OR sich auf Umstände bezieht, für die der Geschädigte einstehen muss, und dass das Arbeitgeberprivileg ein solches des Arbeitgebers ist. Jedoch wurde dieses Privileg geschaffen, weil der Geschädigte, in dessen Stellung der Sozialversicherer subrogiert ist, ein Arbeitnehmer des Haftpflichtigen ist. Es gäbe kein Privileg, wenn der Geschädigte nicht Arbeitnehmer wäre. Das Privileg ergibt sich daher aus einer besonderen Eigenschaft des Geschädigten, weshalb Art. 44 Abs. 1 OR - jedenfalls analog - anwendbar ist (ebenso: WERRO/PERRITAZ, a.a.O., S. 294 Rz. 40; OVERNEY, *Le recours subrogatoire*, a.a.O., S. 137 Rz. 74 am Ende).

3.6 Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass der Gesetzgeber auch in der im Jahr 2018 und damit nach BGE 143 III 79 (Urteil vom 15. Dezember 2016) eingeleiteten Revision des ATSG keinen Handlungsbedarf erkannte und keine Änderung von Art. 72 bzw. 75 ATSG vorschlug (Botschaft vom 2. März 2018 zur Änderung des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts, BBl 2018 1639 ff. Ziff. 2.1 zu Art. 72 ff. E-ATSG), wobei es in den Räten auch blieb. Umso weniger besteht Anlass, die mit BGE 143 III 79 begründete Rechtsprechung wieder in Frage zu stellen.

4. Die Beschwerdeführerinnen rügen, selbst wenn grundsätzlich im Sinn von BGE 143 III 79 das Regressprivileg des Arbeitgebers beim Rückgriff auf einen andern Haftpflichtigen zu berücksichtigen wäre, liesse sich dies jedenfalls lediglich im Ausmass der erfolgten Prämienzahlung rechtfertigen.

4.1 Sie machen geltend, das Bundesgericht habe in BGE 143 III 79 E. 6.1.3.3 S. 97 die Aufrechterhaltung des Regressprivilegs des Arbeitgebers für Berufsunfälle ausschliesslich mit der sich aus den Materialien ergebenden Tatsache begründet, dass der Arbeitgeber für die BGE 146 III 362 S. 373

Berufsunfallversicherung die Prämien bezahlt habe. Die Verhältnisse zwischen der obligatorischen Unfallversicherung einerseits und der AHV/IV würden sich aber hinsichtlich der Prämienzahlung unterscheiden, was in BGE 143 III 79 nicht berücksichtigt worden sei. Bei AHV/IV trage der Arbeitgeber nicht die alleinige Prämienschuld; vielmehr würden Arbeitgeber und Arbeitnehmer paritätische Beiträge entrichten. Im Recht der AHV/IV würden sodann die Prämien nicht davon abhängen, ob es um einen Berufsunfall oder einen Nichtberufsunfall gehe. Diese unterschiedliche Ausgangslage sei dem Gesetzgeber bei der Schaffung von Art. 75 Abs. 2 ATSG entgangen, habe er doch ausschliesslich die Situation in der Berufsunfallversicherung vor Augen gehabt. Der Bundesrat habe explizit darauf hingewiesen, der Arbeitgeber sei insoweit zu entlasten, als er Prämien für die Berufsunfallversicherung an den Sozialversicherer bezahlt habe (Vertiefte Stellungnahme Bundesrat, BBI 1994 V 959 f. Ziff. 6.1 zu Art. 82 E-ATSG). Dieser bundesrätlichen Erwägung sei der Nationalrat anschliessend nicht entgegengetreten. Daher könne, wenn man von dem vom Bundesgericht als massgeblich bezeichneten Grundgedanken ausgehe, das Regressprivileg für die erbrachten Sozialversicherungsleistungen im Bereich der AHV/IV auch bloss im Rahmen der hier vom Arbeitgeber zu tragenden Prämien von 50 % bestehen.

4.2 Das Bundesgericht hat in BGE 143 III 79 nicht zwischen dem Regress der Suva einerseits und der AHV/IV andererseits unterschieden. Der Hinweis auf die Prämienzahlung seitens des Arbeitgebers erfolgte, weil der Gesetzgeber diese Tatsache als Rechtfertigung für das Privileg angeführt hatte. Gleichzeitig wurde erwähnt, dass der Gesetzgeber für das auch zulasten der AHV/IV geltende Privileg keine weitere Begründung anführe, sondern einfach darauf verweise, diesbezüglich löse die neue Bestimmung das durch die Gerichtspraxis (BGE 112 II 167) anerkannte Regressprivileg ab. In dieser Entscheidung hatte das Bundesgericht aus einer Haftungsbeschränkung gegenüber Familienangehörigen ein entsprechendes Regressprivileg gegenüber der AHV abgeleitet. Dies war strittig, da die Geschädigte nicht bei der Suva versichert war. Das Bundesgericht verwies in BGE 112 II 167 auf die Gesetzgebungsgeschichte, wonach zwar zuerst zur Rechtfertigung mit der Prämienzahlungspflicht argumentiert worden war, in der Folge aber nach dem klaren Willen des Gesetzgebers die Beschränkung auch gegenüber den Sozialversicherern greifen sollte. Wenn im Bericht der nationalrätlichen Kommission (BBI 1999 4659 f. BGE 146 III 362 S. 374

zu Art. 82 E-ATSG) also einfach auf BGE 112 II 169 verwiesen wurde, kann dies nicht anders verstanden werden, als dass der Gesetzgeber unabhängig von dem ihm bewussten Unterschied in der Prämienordnung zwischen Suva einerseits und den Sozialversicherern andererseits das Regressprivileg ohne Differenzierung bestätigte. (...)

7. Für die Beurteilung der Haftungsquote im internen Verhältnis ist von einer vertraglichen Haftung der Arbeitgeberin auszugehen. Die Beschwerdeführerinnen berufen sich auf BGE 144 III 319 und machen geltend, wie dort sei die in Art. 51 Abs. 2 OR vorgesehene Kaskadenordnung nicht anwendbar. In BGE 144 III 319 hatte das Bundesgericht im Sinne einer Ausnahme von der Stufenfolge nach Art. 51 Abs. 2 OR angenommen, das Zusammenspiel zwischen der typischen Betriebsgefahr von Rohrleitungen (Leckgefahr) und einem nicht grobfahrlässigen Verschulden der Arbeitgeberin habe zu den Unfallfolgen geführt und deshalb sei im Innenverhältnis zwischen diesen beiden Haftpflichtigen eine hälftige Aufteilung des Schadens gerechtfertigt. (...)

7.4 Selbst wenn man zu Gunsten der Beschwerdeführerinnen annimmt, der Geschädigte habe infolge der Verschmutzung nicht erkennen können, dass die Styroporplatten nicht tragfähig waren, hilft ihnen der Hinweis auf BGE 144 III 319 nicht weiter. Denn die darin genannten Voraussetzungen für ein Abweichen von der in Art. 51 Abs. 2 OR vorgesehenen Stufenfolge, nämlich dass eine starre Anwendung den besonderen Umständen des Einzelfalls nicht gerecht würde, wären auch unter dieser Annahme nicht gegeben. Nicht jedes Zusammenspiel verschiedener Ursachen rechtfertigt ein Abweichen von der Stufenfolge. Der in BGE 144 III 319 zu beurteilende Fall zeichnete sich dadurch aus, dass sich die typische Betriebsgefahr eines Lecks in der Rohrleitung, die sich schliesslich realisiert hat, auch ohne Zutun eines Dritten bereits verwirklicht hatte und von der Anlage durch das austretende Gas bereits ohne Fremdeinwirkung ein erhöhtes Risiko ausging. Der zu beurteilende Fall liegt anders:

7.4.1 Solange das Gitter nicht entfernt wurde, ging von der Baute unabhängig von der Verschmutzung, dem Vorhandensein und der Tragfähigkeit der Styroporplatten keine Gefahr aus, weil das Gitter die Tragfähigkeit gewährleistete. Auch von dem zwischen den beiden Ebenen des 1. und 2. UG bestehenden Zwischenraum von vier Metern ging, solange das Gitter vor Ort war, keine konkrete Gefahr aus, weil keine Absturzgefahr

Metern ging, solange das Gitter vor Ort war, keine konkrete Gefahr aus, weil keine Absturzgefahr

bestand. Dies änderte sich erst mit der Wegnahme des Gitters, allerdings nur deswegen, weil die Wegnahme erfolgte, ohne dass die mit Blick auf die dadurch geschaffene Gefahr von der Arbeitgeberin für ihre Arbeitnehmer zu beobachtenden Sicherheitsmassnahmen ergriffen worden wären. Es handelt sich um einen klassischen Fall, in dem von der Baute keine wesentliche Gefahr ausgegangen wäre, wenn sich die Dritten korrekt oder vertragsgemäss verhalten und die notwendigen Schutzmassnahmen ergriffen hätten (BGE 144 III 319 E. 5.4.2 S. 324). Als Beispiel für einen Schaden zu dem es gekommen ist, weil erst durch eine Vertragsverletzung die Gefahr, die sich realisiert hat, heraufbeschworen wurde, wird vom Bundesgericht explizit der Fall erwähnt, wenn von Dritten Arbeiten an Rohrleitungen vorgenommen werden, ohne die dabei notwendigen Sicherheitsmassnahmen zu ergreifen (BGE 144 III 319 E. 5.5.2 S. 326). Es handelt sich um einen Fall, in dem die Dritten (hier die Mieterin beziehungsweise die Personen, welche das Gitter abmontiert haben) näher am Schaden stehen als der Werkeigentümer (vgl. BGE 144 III 319 E. 5.4.2 S. 324).

7.4.2 Aus BGE 144 III 319 kann nicht, wie dies in der Literatur zum Teil vertreten wird (WERRO/PERRITAZ, La remise en cause de l'ordre des recours de l'art. 51 al. 2 CO, AJP 2018 S. 1179 ff., 1184; GROB/ VON DER CRONE, Relativierung der Regressordnung nach Art. 51 Abs. 2 OR, SZW 2019 S. 83 ff., 90), abgeleitet werden, die in Art. 51 Abs. 2 OR vorgesehene Stufenregelung finde generell nur bei Absicht oder grober Fahrlässigkeit beziehungsweise einem schweren Verschulden Anwendung. Der Gesetzgeber hat keine derart schematische Regel aufgestellt. Das Bundesgericht hat vielmehr im Einklang mit dem Wortlaut der Bestimmung und der bisherigen Rechtsprechung (z.B. BGE 137 III 353 E. 4.1 S. 355 mit Hinweisen) daran festgehalten, es handle sich um eine Regelbestimmung, von welcher der Richter im Einzelfall nur abweichen kann, wenn eine starre Anwendung den besonderen Umständen des Einzelfalls nicht gerecht würde (vgl. BGE 144 III 319 E. 5.3 S. 322). Solches ist vorliegend mit den Vorinstanzen klar zu verneinen. Indem das Gitter ohne die notwendigen Schutzmassnahmen entfernt wurde, schufen die handelnden Personen genau die Gefahr, die sich danach realisiert hat und gegen die sie bei korrektem Verhalten Schutzmassnahmen hätten ergreifen müssen. Dass der Lagerleiter mit den örtlichen Verhältnissen nicht vertraut gewesen wäre, machen die Beschwerdeführerinnen nicht geltend. Es BGE 146 III 362 S. 376

kam mithin nicht zu einem besonders grossen Schaden, weil die Baute besonders gefährlich gewesen wäre. Vielmehr hätten die der Gefahr entsprechenden Sicherungsmassnahmen ergriffen werden müssen, weil die an sich ungefährliche Baute durch die Wegnahme des Gitters gefährlich wurde. Ob der Verunfallte die Styroporplatten für einen tragfähigen Untergrund gehalten hat und halten durfte, spielt in diesem Zusammenhang keine Rolle. Diesfalls wäre die Wahrscheinlichkeit, dass die geschaffene Gefahr zu einem Unfall führt, zwar insoweit höher, als auch Personen gefährdet wären, die ohne Verschmutzung der Styroporplatten (oder ohne Styroporplatten) die Gefahr eines Absturzes erkannt und vermieden hätten. Dies ändert aber nichts daran, dass genau diese Gefahr durch die Wegnahme des Gitters geschaffen wurde und die angesichts der geschaffenen Gefahr notwendigen Schutzmassnahmen hätten ergriffen werden müssen. Dies liegt primär im Verantwortungsbereich der Personen, welche die Gefahr geschaffen haben, beziehungsweise der Arbeitgeberin, die für die Sicherheit ihrer Angestellten zu sorgen hat.