

Le TF confirme la jurisprudence rendue dans son arrêt 143 III 79, selon laquelle **le responsable civil non privilégié n'est tenu envers l'assureur social qui exerce contre lui un recours que pour le montant dont il serait redevable dans le règlement interne entre codébiteurs solidaires** en l'absence de privilège de recours au sens de l'art. 75 LPGA.

Dans ce même arrêt, le TF a rappelé que **l'ordre des recours de l'art. 51 al. 2 CO demeure la règle**. Le juge ne peut s'en écarter que si son application stricte ne permet pas de tenir compte des circonstances particulières du cas d'espèce. Il précise en outre que la solution précédemment retenue dans son arrêt 144 III 319 (cas de la canalisation de gaz qui explose) constitue un cas d'exception. On ne pouvait dès lors pas déduire de cet arrêt un changement de jurisprudence opéré par le TF en lien avec l'art. 51 al. 2 CO.

*Auteurs : Alexis Overney et Vincent Perritaz, avocats à Fribourg*

Beschwerde gegen den Entscheid des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 18. Juni 2019 (ZB.2018.40).

### Sachverhalt:

#### A.

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 damals 32-jährige 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 in der Folge gestützt auf einen Invaliditätsgrad von 100 % die gesetzlichen Leistungen aus, die voraussichtlich nach Eintritt ins ordentliche Rentenalter des Verunfallten durch die Eidgenössische Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHV, Klägerin 2, Beschwerdeführerin 2) zu übernehmen sind.

#### B.

**B.a.** Nach erfolglosem Schlichtungsverfahren reichten am 24. Februar die beiden Sozialversicherer beim Zivilgericht des Kantons Basel-Stadt Klage ein gegen A.A., den Eigentümer der Liegenschaft an der U.strasse (Werkeigentümer, Beklagter, Beschwerdegegner) und beantragten, dieser sei zu verpflichten, der IV Fr. 745'285.-- und der AHV Fr. 92'721.--, je zuzüglich 5 % Zins, zu zahlen. Mit

Entscheid vom 28. Juni 2018 wies das Zivilgericht die Klage mit Blick auf das Regressprivileg der Arbeitgeberin gegenüber den Sozialversicherern nach Art. 75 Abs. 2 ATSG (SR 830.1) ab. Es stützte sich auf BGE 143 III 79 E. 6 S. 92 ff., 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. Es sah die Voraussetzungen für das Regressprivileg (keine absichtliche oder grobfahrlässige Herbeiführung des Versicherungsfalls) als erfüllt an und kam zum Schluss, intern hätte die Arbeitgeberin nach Art. 51 Abs. 2 OR den gesamten Schaden übernehmen müssen. Daher verneinte es einen Regressanspruch der Klägerinnen.

**B.b.** Am 18. Juni 2019 wies das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt die von den Klägerinnen erhobene Berufung ab. In Bezug auf das Regressprivileg nach Art. 75 Abs. 2 ATSG erwog es, ein Regressrecht der Versicherungsträger gegen die Arbeitgeberin der versicherten Person bestehe nur, wenn ein Organ der Arbeitgeberin den Versicherungsfall absichtlich oder grobfahrlässig herbeigeführt habe (Art. 75 Abs. 2 ATSG). Es sei aber nicht erstellt, dass der Auftrag zum Reinigen der Gitter vom Geschäftsführer der Arbeitgeberin, C.A., erteilt worden sei. Der Beweis, dass ein formelles Organ der Arbeitgeberin ein Verschulden am Unfall trage, misslinge somit. Die Klägerinnen könnten sich im Berufungsverfahren nicht mehr auf die nun behauptete Grobfahrlässigkeit der Arbeitgeberin und der Hilfspersonen der Arbeitgeberin berufen, da sie dies erstinstanzlich nicht vorgebracht hätten. Und selbst wenn die Behauptung im Berufungsverfahren zu berücksichtigen wäre, würde ihnen dies nicht helfen. Denn das Verschulden von Hilfspersonen sei für das Regressprivileg des Arbeitgebers nicht von Bedeutung, und die Klägerinnen hätten nicht dargelegt, wer neben dem formellen Organ C.A. als faktisches Organ in Frage kommen könnte, dessen grobes Verschulden der Arbeitgeberin anzulasten wäre. Das Regressprivileg der Arbeitgeberin komme somit zur Anwendung.

Mit BGE 143 III 79 habe das Bundesgericht ein indirektes Regressprivileg des eigentlich nicht privilegierten Werkeigentümers bejaht; dieser hafte dem Versicherungsträger nur insoweit, als er im Innenverhältnis mit der Arbeitgeberin den Schaden tragen müsste. Das Appellationsgericht sah entgegen den Klägerinnen, angesichts der kritischen Stimmen einerseits und der Zustimmung zu BGE 143 III 79 andererseits, keinen Grund, von dieser Entscheidung abzuweichen. Den Einwand, BGE 143 III 79 sei nicht anwendbar, weil vorliegend anders als dort die SUVA nicht regressiere, erachtete es als nicht stichhaltig.

Es verwarf sodann die Argumente, welche die Klägerinnen aus BGE 144 III 209 ableiteten. Mit dieser Entscheidung unterstellte das Bundesgericht in Änderung der bisherigen Praxis die (private Schadens-) Versicherung, die gemäss Art. 72 Abs. 1 VVG insoweit in die Stellung des Geschädigten subrogiert, als sie eine Entschädigung geleistet hat, nicht der Kaskadenordnung von Art. 51 Abs. 2 OR. Das Appellationsgericht erwog, in BGE 144 III 209 habe sich das Bundesgericht zur Frage geäussert, wie Kausalhaftungen im Rahmen von Art. 72 VVG einzuordnen seien. Zur Frage, wie Kausalhaftungen im Rahmen von Art. 51 OR zu qualifizieren seien, besage der Entscheid nichts. Es bestehe sodann auch kein Grund, von der Kaskadenordnung nach Art. 51 OR abzuweichen, wonach die vertragliche Haftung der Arbeitgeberin der Kausalhaftung des beklagten Werkeigentümers vorgehe. Ein Ausnahmefall - wie ihn das Bundesgericht in BGE 144 III 319 bejaht habe - liege nicht vor. Die Richtigkeit dieses Ergebnisses ergebe sich auch daraus, dass der beklagte Werkeigentümer auch im Aussenverhältnis nicht haften würde. Schliesslich bestätigte es auch die vom Zivilgericht vorgenommene vollumfängliche Kostenaufgabe zulasten der Versicherungsträgerinnen.

## **C.**

Mit Beschwerde in Zivilsachen vom 26. August 2019 beantragen die Klägerinnen dem Bundesgericht, der Entscheid des Appellationsgerichts sei kostenfällig aufzuheben und die Streitsache zur materiellen Beurteilung des geltend gemachten Anspruchs an dieses, eventuell an die erste Instanz, zurückzuweisen. Ihr Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wurde mit Präsidialverfügung vom 16. Oktober 2019 abgewiesen. Der Beschwerdegegner schliesst auf kostenfällige Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei, während das Appellationsgericht auf Vernehmlassung verzichtet.

### **Erwägungen:**

#### **1.**

Die Beschwerdeschrift enthält keinen materiellen Antrag, wie er nach Art. 42 Abs. 1 BGG grundsätzlich erforderlich ist. Der blosse Rückweisungsantrag genügt indessen, weil das Bundesgericht, sollte es die Rechtsauffassung der Beschwerdeführerinnen für begründet erachten, kein Sachurteil fällen könnte. Es müsste die Streitsache diesfalls zur weiteren Abklärung der tatsächlichen Grundlagen der geltend gemachten Forderung an die Vorinstanz zurückweisen (BGE 136 V 131 1.2 S. 135; 134 III 379 E. 1.3 S. 383; 133 III 489 E. 3.1; Urteil 4A\_442/2019 vom 4. Februar 2020 E. 1.1; je mit Hinweisen). Unter Vorbehalt einer genügenden Begründung (Art. 42 Abs. 2 BGG) ist auf die Beschwerde einzutreten.

#### **2.**

Gemäss Art. 75 Abs. 2 ATSG steht dem Versicherungsträger gegen den Arbeitgeber kein Rückgriffsrecht aus einem Berufsunfall zu, es sei denn, der Versicherungsfall sei absichtlich oder grobfahrlässig herbeigeführt worden. Die Vorinstanz verneinte ein absichtliches oder grobfahrlässiges Verhalten der Arbeitgeberin bzw. ihrer Organe. Die Beschwerdeführerinnen verzichteten ausdrücklich auf eine Prüfung der Frage, ob der Arbeitgeberin Grobfahrlässigkeit vorzuwerfen ist, und damit auch der damit zusammenhängenden Frage, ob das Regressprivileg der Arbeitgeberin auch dann entfällt, wenn der Vorwurf der Grobfahrlässigkeit oder Absicht eine Hilfsperson des Arbeitgebers trifft, was die Vorinstanz verneint hatte. Darauf ist somit nicht mehr einzugehen, denn das Bundesgericht ist nicht gehalten, sich stellende Rechtsfragen zu untersuchen, wenn diese vor Bundesgericht nicht mehr vorgetragen werden (BGE 140 III 86 E. 2 S. 88 mit Hinweisen).

#### **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; 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 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. 48ter 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, erwoh 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 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 unterstünden 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).

**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 und 311/2016, SZS 2017 S. 337 ff.*; derselbe, *Le recours subrogatoire de l'assureur social: questions posées par la jurisprudence récente du Tribunal fédéral*, in: *L'indemnisation du préjudice corporel*, Dupont/Müller [Hrsg.], 2019, S. 109 ff., 137 f., nachfolgend: OVERNEY, *Le recours subrogatoire*; 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 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 Rz. 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 u.w.) 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 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, 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 BGE 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 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 bleiben 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 hiervor) 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 hiervor) 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 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 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 (SYLVIA 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.

**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 eintreten 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 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, BBl 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 diesem Entscheid 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 (BBl 1999 4659 f. 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.

## 5.

Die Vorinstanz (im Rahmen einer Zusatzbegründung; vgl. Sachverhalt B.b hiavor) und der Beschwerdegegner sind mit unterschiedlicher Begründung der Ansicht, im Aussenverhältnis bestehe ohnehin keine Haftung des Werkeigentümers, sodass die Frage, welche Haftungsquote den Beschwerdegegner im internen Verhältnis zwischen ihm und der Arbeitgeberin trifft, entfalle. Die Beschwerdeführerinnen sind dagegen der Auffassung, eine Aussenhaftung sei klar gegeben. Wie es sich damit verhält, kann offenbleiben, soweit die Vorinstanz in ihrer Hauptbegründung zu Recht annahm, auch bei einer allfälligen Haftung des Beschwerdegegners im Aussenverhältnis hätte im internen Verhältnis nach Art. 51 Abs. 2 OR die Arbeitgeberin ohne ihr Regressprivileg die Haftung zu 100 % zu übernehmen.

## 6.

Die Beschwerdeführerinnen gehen diesbezüglich davon aus, richtigerweise müsse nicht - wie von der Vorinstanz angenommen - von einer vertraglichen Haftung der Arbeitgeberin (Art. 101 OR) ausgegangen werden. Vielmehr hafte diese als Geschäftsherrin (Art. 55 OR) für das Verhalten ihrer Arbeitnehmer, womit sich zwei Kausalhaftungen gegenüber stünden, die also in der Haftungskaskade gemäss Art. 51 Abs. 2 OR auf der gleichen Stufe stünden.

**6.1.** Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, die Anwendung von Art. 101 OR setze voraus, dass der Geschäftsherr eine Hilfsperson für die Erfüllung einer Schuldpflicht oder für die Ausübung eines Rechts aus dem Schuldverhältnis beziehe. Gehe es wie hier um die Haftung der Arbeitgeberin gegenüber einem Arbeitnehmer, der von einem andern Mitarbeiter geschädigt worden sei, setze die Anwendung von Art. 101 OR voraus, dass der Arbeitgeber die Hilfsperson just zur Erfüllung der dem Arbeitgeber gemäss Art. 328 OR obliegenden Schutzpflichten beigezogen habe. Aufgrund der Feststellungen der Vorinstanz habe die Arbeitgeberin bzw. deren Geschäftsführer, C.A., Herrn D. aber nicht mit Wissen und Wollen zur Erfüllung einer sich aus einem Schuldverhältnis ergebenden Schuldpflicht herangezogen. Werde bei diesen Gegebenheiten ein anderer Mitarbeiter geschädigt, so hafte die Arbeitgeberin nach Art. 55 OR.

**6.2.** Die Haftungsbestimmung des Art. 101 OR beruht auf dem Gedanken, wer Hilfspersonen beziehe, um eine vertragliche Verpflichtung zu erfüllen, müsse sich das Verhalten der Hilfsperson wie ein eigenes anrechnen lassen, soweit es mit der Erfüllung des in Frage stehenden Vertrages in sachlicher Beziehung steht. Massgebend ist somit, ob der Geschäftsherr, wenn er die von der Hilfsperson begangene schädigende Handlung selber vorgenommen hätte, dafür vertraglich (und nicht etwa nur aus unerlaubter Handlung) haften würde (BGE 92 II 15 E. 3 S. 18; Urteil 4C.394/2006 vom 24. April 2007 E. 4.2; vgl. auch BGE 145 III 417 E. 5.8.1 S. 416). Entscheidend ist also, dass es sich um ein vertraglich geschuldetes Verhalten handelt. Dieses geschuldete Verhalten kann sich auch auf Verhaltens- oder Nebenpflichten beziehen (WIDMER LÜCHINGER/WIEGAND, in: Basler Kommentar Obligationenrecht I, 7. Aufl. 2020, N. 5 zu Art. 101 OR; LUC THÉVÉNOZ, in: Commentaire romand, Codes des obligations I, 2. Aufl. 2012, N. 5 zu Art. 101 OR).

Im Arbeitsverhältnis schuldet der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer u.a. den Schutz dessen Gesundheit (Art. 328 OR). Somit ist massgeblich, inwieweit gesagt werden kann, der Arbeitgeber ziehe andere Mitarbeiter bei, um diese seine Verpflichtung zu erfüllen. Die Lehre äussert sich dazu unterschiedlich. Einerseits wird ohne weitere Differenzierung die Auffassung vertreten, der Arbeitgeber hafte nach Art. 101 OR für " Handlungen oder Unterlassungen der Vorgesetzten des Arbeitnehmers und anderer Mitarbeiter" (ADRIAN STAEHELIN, in: Zürcher Kommentar, 4. Aufl. 2006, N. 15 zu Art. 328 OR). Nach anderer Meinung kann es nicht genügen, dass die Schädigung durch einen andern Mitarbeiter

erfolgte, da die Mitarbeiter nicht Schulden erfüllen oder Rechte ausüben, die sich aus dem Arbeitsvertrag mit dem geschädigten Mitarbeiter ergeben. Vielmehr müsse das schädigende Verhalten von einem (hierarchisch übergeordneten) Vorgesetzten oder Personalverantwortlichen ausgehen, da diese - so die Idee dahinter - in einem arbeitsteiligen Betrieb anstelle des Arbeitgebers die entsprechenden Schutzpflichten wahrnehmen (PORTMANN/RUDOLPH, in: Basler Kommentar Obligationenrecht I, 7. Aufl. 2020, N. 53a zu Art. 328 OR; RÉMY WYLER, La responsabilité civile de l'employeur, y compris en ce qui concerne les actes de ses organes et auxiliaires, in: ARV 2011 S. 249 ff., 257). In die gleiche Richtung geht es, wenn gesagt wird, damit der Arbeitgeber für einen Mitarbeiter nach Art. 101 OR hafte, bedürfe es des willentlichen Beizugs des betreffenden Arbeitnehmers zur Erfüllung der Pflichten des Arbeitgebers. Die Verletzung eines Arbeitnehmers durch einen andern Arbeitnehmer führe deshalb im Regelfall nicht zur Haftung des Arbeitgebers nach Art. 101 OR (REHBINDER/STÖCKLI, in: Berner Kommentar, 2010, N. 22 zu Art. 328 OR). Schliesslich soll nach einer letzten Auffassung das Verschulden von Vorgesetzten oder Mitarbeitern dem Arbeitgeber nach Art. 101 OR nur angelastet werden, "sofern sie die schädigende Handlung in Erfüllung ihrer Arbeitspflichten ausführen" (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, 7. Aufl. 2012, N. 16 zu Art. 328 OR, S. 551). Das Bundesgericht hat sich namentlich im Zusammenhang mit Mobbing zur vertraglichen Haftung des Arbeitgebers geäußert (BGE 130 III 699 E. 5.1 S. 704; 125 III 70 E. 3a S. 74; Urteil 4A\_128/2007 vom 9. Juli 2007 E. 2.2 und 2.3), was sich aber nicht ohne weiteres auf die einmalige körperliche Verletzung eines Mitarbeiters durch einen andern übertragen lässt.

Vorliegend ging die Vorinstanz zu Recht von einer vertraglichen Haftung der Arbeitgeberin gegenüber ihrem verunfallten Arbeitnehmer aus, ohne dass hier vertieft auf die obigen zum Teil unterschiedlichen Lehrmeinungen eingegangen werden muss. Denn unbestritten wurde der Gitterrost vom Leiter des Lagers, D., und der Aushilfskraft E. entfernt. D. war aber als Leiter des Lagers zweifellos in einer Vorgesetztenfunktion gegenüber dem verunfallten Lagermitarbeiter und Chauffeur und daher verpflichtet, für die Arbeitgeberin die gesetzlichen Schutzpflichten wahrzunehmen.

## **7.**

Für die Beurteilung der Haftungsquote im internen Verhältnis ist somit 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.

**7.1.** Die Vorinstanz lehnte ein Abweichen von der Kaskadenordnung gemäss Art. 51 Abs. 2 OR in Anlehnung an BGE 144 III 319 ab. Die Fälle seien nicht vergleichbar. Hier fehle es an einem vergleichbaren Zusammenspiel von zwei Haftungsursachen. Vielmehr überwiege der Unfallbeitrag der Arbeitgeberin die vom Werk des Werkeigentümers ausgehende Gefahr, welche ihrerseits durch die Arbeitgeberin verursacht worden sei, bei Weitem. Die Versicherungsträger würden denn auch einräumen, dass der Werkmangel "unbestrittenermassen von der Arbeitgeberin des Geschädigten herbeigeführt" worden sei. Selbst wenn sodann die Behauptung der Versicherungsträger nachgewiesen wäre, dass der Werkeigentümer Monate vor dem Unfall zusammen mit seinem Sohn die Styroporplatten unter dem Metallgitter angebracht habe, würde dieser Umstand an der Vernachlässigbarkeit des Unfallbeitrags des Werkeigentümers nichts ändern.

**7.2.** Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, wie in BGE 144 III 319 bestehe ein Zusammenspiel verschiedener Ursachen. Die Vorinstanz lasse unberücksichtigt, dass zwar die Wegnahme des Bodengitters durch die Arbeitgeberin erfolgt sei, dass der dadurch geschaffene gefährliche Zustand aber bloss aufgrund der Anlage des Werkes habe zustande kommen können, indem zwischen den beiden Ebenen des 1. und 2. UG ein Zwischenraum von vier Metern bestand, wie die Vorinstanz festgestellt habe. Der vom Werk ausgegangene Unfallbeitrag sei daher keineswegs zu vernachlässigen. Die Wegnahme des Bodengitters habe überhaupt nur deshalb zu einem gefährlichen Zustand geführt, weil darunter der Niveauunterschied zwischen den beiden Geschossen bestanden habe. Die Vorinstanz habe dies als nicht entscheidend betrachtet (vgl. E. 7.1 am Ende hiervor) und deshalb die Behauptungen der Beschwerdeführerinnen zu diesem Thema nicht berücksichtigt und die diesbezüglichen Beweisanträge nicht abgenommen. Nach Ansicht der Beschwerdeführerinnen hätte die Vorinstanz Feststellungen dahingehend treffen müssen, in welcher Art und Weise sich die Styroporplatten für den Verunfallten präsentiert hätten. Insbesondere hätte geklärt werden müssen, ob sie für den Verunfallten als Styroporplatten ohne tragfähige Funktion erkennbar gewesen seien oder ob gegenteilig die Styroporplatten zufolge ihrer Verschmutzung (nur) als bodenähnliche Oberfläche hätten wahrgenommen werden können mit der Konsequenz, dass sie sich als eigentliche Falle darstellten, indem der Geschädigte davon ausgegangen sei und davon habe ausgehen dürfen, bei den Styroporplatten handle es sich um einen tragfähigen Fussboden. Die Beschwerdeführerinnen hätten behauptet, dass die Styroporplatten im Unfallzeitpunkt stark verschmutzt gewesen seien, so dass sie den Eindruck erweckt hätten, es handle sich um einen tragfähigen Boden. Auch wenn dem Werkeigentümer nicht vorzuwerfen sei, er habe von der Wegnahme des Bodengitters im Unfallzeitpunkt gewusst, stelle eben die Tatsache der in diesem Zeitpunkt verschmutzten Styroporplatten einen wesentlichen Beitrag zu Lasten des Werkeigentümers dar. Insofern sei die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz unvollständig im Sinn von Art. 97 BGG. Bei richtiger Sachverhaltsgrundlage hätte auch im vorliegenden Fall Anlass bestanden, von der Kaskadenordnung des Art. 51 Abs. 2 OR abzuweichen. Angesichts der nur rudimentären Feststellungen der Vorinstanz zum Unfallhergang müsse die Sache deshalb an die Vorinstanz zurückgewiesen werden.

**7.3.** Nach Auffassung des Beschwerdegegners ist bereits aus prozessualen Gründen nicht auf die Vorbringen der Beschwerdeführerinnen einzugehen. Er zitiert wiederholt einen Satz aus der Berufung, auf den sich auch die Vorinstanz gestützt hatte. Dort hätten die Beschwerdeführerinnen selber ausgeführt: "[i]m vorliegenden Fall wurde der Werkmangel unbestrittenermassen von der Arbeitgeberin des Geschädigten herbeigeführt". Damit erübrigten sich neue Sachverhaltserhebungen zur Frage, ob dem nun doch nicht so sei wie anerkannt, was von ihm in der Berufungsantwort substantiiert bestritten und widerlegt worden sei. Überdies genüge nicht, dass die Beschwerdeführerinnen auf ihre Rechtsschriften (Berufung, Replik) verwiesen. Vielmehr müssten sie konkret aufführen, welche "Feststellungen" die Vorinstanz noch hätte treffen sollen. Eine Rückweisung zur Ergänzung des Sachverhalts erübrige sich bereits deswegen. Die Vorinstanz habe den relevanten Sachverhalt, der auch von den Beschwerdeführerinnen nicht in Frage gestellt werde, in ihren Erwägungen 3.3 und 3.4 festgestellt.

Dass die Wegnahme des Bodengitters durch die Arbeitgeberin erfolgt ist, anerkennen die Beschwerdeführerinnen auch vor Bundesgericht. Insoweit steht keine Ergänzung des Sachverhalts zur Debatte. Sie sind aber der Auffassung, die Wegnahme des Bodengitters sei nicht allein entscheidend. Nach ihrer Ansicht spielt es eine Rolle, ob der Verunfallte angesichts der Verschmutzung der Styroporplatten erkennen konnte, dass diese keine tragfähige Bodenfläche bildeten. Diesbezüglich kann der Beschwerdegegner aus der zitierten Passage nichts ableiten und hat die Vorinstanz auch keine Feststellungen getroffen (dass die Platten verschmutzt waren, bedeutet nicht zwingend, dass sie

deswegen einen tragfähigen Eindruck machten). Rechtsfrage und zu prüfen ist, ob diesem Aspekt Bedeutung zukommt und die Feststellungen der Vorinstanz insoweit ergänzungsbedürftig sind.

**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 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 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.

**8.**

Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend werden die Beschwerdeführerinnen unter solidarischer Haftbarkeit kosten- und entschädigungspflichtig.

**Demnach erkennt das Bundesgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

**2.**

Die Gerichtskosten von Fr. 10'000.-- werden unter solidarischer Haftbarkeit den Beschwerdeführerinnen auferlegt.

**3.**

Die Beschwerdeführerinnen haben den Beschwerdegegner für das bundesgerichtliche Verfahren unter solidarischer Haftbarkeit mit Fr. 12'000.-- zu entschädigen.

**4.**

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt schriftlich mitgeteilt.