

Procédure, privilège de  
recours, employeur, faute,  
organe, délégation de  
compétence

Art.75 al. 2 LPGA

Une société exploite un entrepôt qu'elle loue. Deux employés de cette société, dont le directeur de l'entrepôt, ont enlevé l'une des six grilles métalliques situées au sol devant un ascenseur, afin de la nettoyer. Sous celle-ci, le propriétaire avait fait poser des panneaux de polystyrène non-porteurs destinés à éviter des courants d'air. Un troisième employé de cette même société a marché accidentellement sur lesdits panneaux, lesquels ont cédé sous son poids. Il a chuté de 4 mètres et a été grièvement blessé. A la suite à l'accident, les assurances sociales (AI et AVS) ont versé des prestations à l'employé lésé. Elles se sont retournées ensuite contre l'employeur. Les tribunaux de première et de seconde instances du canton ont tous deux rejeté l'action, au motif que l'employeur, respectivement ses organes, n'avait pas provoqué l'accident, si bien qu'il n'existait pas de droit de recours contre l'employeur au sens de l'art. 75 al. 2 LPGA. Les assurances recourent au TF.

Le TF examine en premier lieu si l'art. 75 al. 2 LPGA supprime le privilège de recours uniquement lorsqu'un organe de l'employeur a provoqué l'accident intentionnellement ou par négligence grave, ou si ce privilège tombe également lorsque le reproche de négligence grave ou de dol est formulé à l'encontre d'un auxiliaire. Le TF rappelle qu'avec l'introduction de l'art. 75 al. 2 LPGA, le privilège de responsabilité (prévu par l'ancien art. 44 al. 2 LAA) a disparu, laissant place au privilège de recours. S'il s'applique, cela signifie que les assureurs sociaux doivent fournir les prestations légales, sans pouvoir se retourner contre l'employeur. **Si le législateur avait voulu limiter l'étendue du privilège également en ce qui concerne les prestations des assureurs sociaux, il n'aurait pas simplement remplacé le privilège de responsabilité et de recours par un simple privilège de recours, mais il aurait limité celui-ci dans son libellé par rapport au privilège de responsabilité**, par exemple en mentionnant expressément les auxiliaires de l'employeur (cf. par exemple art. 58 al. 4 LCR). En édictant l'art. 75 al. 2 LPGA, le législateur a délibérément proposé de remplacer les privilèges de responsabilité par des privilèges de recours. Si, à cette occasion, il avait envisagé d'élargir le cercle des personnes exclues du privilège lorsqu'elles ont provoqué le cas d'assurance intentionnellement ou par négligence grave, en s'écartant de la jurisprudence alors en vigueur et dans le sens d'une prise en compte de la faute de simples auxiliaires, cela aurait été expressément mentionné, d'autant plus que le législateur était parfaitement conscient du fait que certains auteurs remettaient même en question le privilège de recours et proposaient l'abolition pure et simple de tels privilèges (c. 1.3.4).

Le TF examine ensuite le second grief des recourantes, qui soutiennent que l'accident aurait été causé par un organe de fait de l'employeur et éventuellement en vertu d'une délégation des pouvoirs. Les recourantes s'appuient sur une jurisprudence publiée à l'ATF 128 III 76, dans laquelle le TF a considéré que le directeur de l'exploitation était un organe de fait de l'institut agricole qui l'employait et qu'un autre salarié, à qui des compétences avaient été déléguées par le directeur de l'exploitation, devenait également un organe en raison de cette délégation, faisant ainsi une interprétation extensive de la notion d'organe. Le TF retient que dans la jurisprudence précitée, le directeur de l'exploitation avait lui-même provoqué la situation dangereuse qui a finalement conduit à l'accident, sans donner les instructions nécessaires et sans assurer une surveillance suffisante. S'il a délégué celle-ci à un collaborateur, cela ne change rien au fait qu'il était responsable de la situation dangereuse. Il ne pouvait pas se soustraire à cette responsabilité par le biais d'une délégation. Cela ne signifie cependant pas que tout collaborateur qui agit dans le cadre des compétences qui lui sont attribuées doit être considéré comme un organe de l'employeur en vertu de la délégation (c. 2.3.1).

En outre, le TF relève que la situation du directeur de l'entrepôt, dans le cas d'espèce, n'est pas comparable à celle du directeur de l'exploitation, dans la jurisprudence précitée, lequel était responsable de toute une unité autonome. Il ne s'agissait donc pas d'une personne qui exerçait une tâche plus ou moins étroitement définie au sein de cette unité, comme c'était le cas du directeur de l'entrepôt (c. 2.3.2).

Enfin, le TF retient que le directeur de l'entrepôt ne peut pas non plus être considéré comme un organe de l'employeur sur la base d'une **délégation générale de compétence** d'un organe formel – soit le directeur général – comme cela a été retenu dans l'ATF 128 III 74. En effet, si le directeur général avait connaissance du projet de nettoyage des grilles, il n'a pas ordonné lui-même l'enlèvement de celles-ci et n'avait même pas conscience qu'il fallait enlever ces grilles pour nettoyer. La manière de procéder au nettoyage n'a jamais fait l'objet de discussions. Le directeur général a ainsi placé cette procédure dans le domaine de compétences du directeur de l'entrepôt. Il n'a donc **pas créé lui-même la situation dangereuse** et n'a pas non plus délégué une compétence d'organe, si bien que le cas d'espèce ne peut pas être comparé à celui de l'ATF 128 III 76.

*Auteure : Maryam Kohler, avocate à Lausanne*

Beschwerde gegen den Entscheid des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt, Dreiergericht, vom 6. Juli 2022 (ZB.2021.29).

### **Sachverhalt:**

#### **A.**

Am 24. Dezember 2009 ereignete sich im 1. Untergeschoss der Liegenschaft an der U.strasse in V. ein schwerer Arbeitsunfall. Arbeitgeberin des verunfallten Mitarbeiters und Mieterin dieser Liegenschaft war die A. AG (Arbeitgeberin, Beklagte, Beschwerdeführerin). Zwei Mitarbeitende, der Lagerleiter und eine Aushilfe, 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. Ein Lagermitarbeiter und Chauffeur (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 (vgl. BGE 146 III 362).

**A.a.** Die Eidgenössische Invalidenversicherung (IV, Klägerin 1, Beschwerdeführerin 1) richtete dem Verunfallten in der Folge gestützt auf einen Invaliditätsgrad von 100 % 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.

**A.b.** Die beiden Sozialversicherer (Versicherungsträger) klagten beim Zivilgericht des Kantons Basel-Stadt gegen den Eigentümer der Liegenschaft (Werkeigentümer) aus Werkeigentümerhaftung. 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. 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 gegen den Werkeigentümer. Die dagegen erhobene Beschwerde wies das Bundesgericht mit Urteil 4A\_397/2019 vom 1. Juli 2020 ab, soweit es darauf eintrat (BGE 146 III 362).

#### **B.**

Am 16. November 2017 hatten die Versicherungsträger beim Zivilgericht auch eine Klage gegen die Arbeitgeberin eingereicht. Mit an der Hauptverhandlung angepassten Rechtsbegehren beantragten sie, die Arbeitgeberin zu verpflichten, der IV Fr. 839'914.-- und der AHV Fr. 116'237.-- (jeweils nebst

Zins) zu zahlen. Am 30. September 2020 wies das Zivilgericht die Klage ab. Die gegen diesen Entscheid erhobene Berufung, mit der die IV Fr. 839'941.-- und die AHV Fr. 116'237.-- (jeweils nebst Zins) verlangten, wies das Appellationsgericht am 6. Juli 2022 ab. Es kam zum Schluss, die Arbeitgeberin beziehungsweise deren Organe hätten den Berufsunfall nicht herbeigeführt, weshalb nach Art. 75 Abs. 2 ATSG kein Rückgriffsrecht auf die Arbeitgeberin bestehe.

### **C.**

Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragen die Klägerinnen dem Bundesgericht, den Entscheid des Appellationsgerichts vom 6. Juli 2022 aufzuheben und die Streitsache zur materiellen Beurteilung des geltend gemachten Anspruchs und zur Neuverteilung der Kosten an das Appellationsgericht, eventuell an die erste Instanz zurückzuweisen. Die Beschwerdegegnerin schliesst auf kostenfällige Abweisung der Beschwerde. Das Appellationsgericht beantragt gestützt auf den angefochtenen Entscheid, die Beschwerde abzuweisen.

### **Erwägungen:**

#### **1.**

Die Beschwerdeführerinnen sind der Ansicht, entgegen der Vorinstanz entfalle nach Art. 75 Abs. 2 ATSG das Regressprivileg nicht nur, wenn ein Organ der Arbeitgeberin den Berufsunfall grobfahrlässig herbeigeführt habe, sondern auch, wenn eine Hilfsperson der Arbeitgeberin dies getan habe. Sofern wie bisher unter der Herrschaft des Haftungsprivilegs verlangt würde, dass nur das grobe Verschulden eines Organs einer als Arbeitgeberin in Anspruch genommenen juristischen Person zum Wegfall des Regressprivilegs führen sollte, hätte dies eine enorme Besserstellung des Haftpflichtigen zufolge der Subrogation des Sozialversicherers zur Konsequenz. Es verbiete sich, die Haftung des Arbeitgebers unter Ausschluss der Haftung gemäss Art. 101 OR bloss dann dahinfallen zu lassen, wenn der Vorwurf der groben Fahrlässigkeit ein Organ der Arbeitgeberin treffe.

**1.1.** Die Frage, ob das Regressprivileg auch dann entfällt, wenn der Vorwurf der Grobfahrlässigkeit oder Absicht eine Hilfsperson trifft, stellte sich bereits im Verfahren, das zum zit. Urteil 4A\_397/2019 führte. Sie wurde dort vor Bundesgericht aber nicht mehr thematisiert, so dass sich das Bundesgericht nicht dazu äussern musste (zit. Urteil 4A\_397/2019 E. 2).

**1.2.** Art. 75 Abs. 2 ATSG enthält ein Regressprivileg für den Arbeitgeber der versicherten Person (BGE 143 III 79 E. 6.1). Der Arbeitgeber wird im Vergleich zu anderen Haftpflichtigen privilegiert, indem er unter gewissen Voraussetzungen vom Regressrecht des Versicherungsträgers ausgenommen wird. Ein Rückgriffsrecht gegen den Arbeitgeber einer versicherten Person aus einem Berufsunfall steht dem Versicherungsträger nur zu, wenn der Arbeitgeber den Berufsunfall absichtlich oder grobfahrlässig herbeigeführt hat.

**1.2.1.** Nach aArt. 44 Abs. 2 UVG, der durch Art. 75 Abs. 2 ATSG (in Kraft seit 1. Januar 2003) abgelöst worden ist, stand dem obligatorisch versicherten Arbeitnehmer aus einem Berufsunfall ein Haftpflichtanspruch gegen seinen Arbeitgeber nur zu, wenn dieser den Unfall absichtlich oder grobfahrlässig herbeigeführt hatte. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts umfasste aArt. 44 Abs. 2 UVG sowohl ein Haftungs- wie auch ein Regressprivileg (BGE 145 III 63 E. 2.4.1; 127 III 580 E. 1 mit Hinweisen). Mit dem Erlass von aArt. 44 Abs. 2 UVG wurde die entsprechende, früher in Art. 129 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 13. Juni 1911 über die Kranken- und Unfallversicherung

(KUVG; BS 8 281, 317 f.) enthaltene Norm abgelöst, die bis Ende Dezember 1983 in Kraft stand (BGE 145 III 63 E. 2.4.2).

**1.2.2.** Zu Art. 129 Abs. 2 KUVG hatte das Bundesgericht festgehalten, die Haftung des Arbeitgebers für den durch einen Arbeitsunfall verursachten Schaden setze grobe Fahrlässigkeit des Arbeitgebers selbst bzw. eines Organs voraus, wenn eine juristische Person Arbeitgeberin sei; für das Verschulden einer Hilfsperson nach Art. 55 oder Art. 101 OR habe der Arbeitgeber nicht einzustehen (BGE 110 II 163 E. 1; 104 II 259 E. 3a mit Hinweisen).

**1.2.3.** Diese Rechtsprechung hat das Bundesgericht zu aArt. 44 Abs. 2 UVG ausdrücklich bestätigt (Urteile des Bundesgerichts 4C.379/2000 vom 15. Februar 2001 E. 4 mit Hinweis; C.549/1983 vom 3. April 1984 E. 1b, zusammengefasst in: BGE 110 II 163 E. 1).

**1.2.4.** Mit Einführung des ATSG wurde das Haftungsprivileg abgeschafft (BGE 146 III 362 E. 3.2; 143 III 79 E. 6.1.3.3 S. 97). Bei Art. 75 Abs. 2 ATSG handelt es sich um ein Regressprivileg und nicht um ein Haftungsprivileg. Nur der Rückgriff der Sozialversicherer auf die Arbeitgeberin ist beschränkt. Die Haftung der Arbeitgeberin gegenüber dem geschädigten Arbeitnehmer besteht nach Art. 328 OR (vgl. hierzu und zur Haftung für Organe und Hilfspersonen nach dieser Bestimmung: Urteil des Bundesgerichts 4A\_479/2020 vom 30. August 2022 E. 4.1 - 4.3) auch bei Fahrlässigkeit, und der geschädigte Arbeitnehmer kann sich darauf berufen für den von den Sozialversicherern gemäss Art. 73 Abs. 1 ATSG nicht gedeckten Direktschaden (BGE 143 III 79 E. 6.1.2).

**1.2.5.** Die Aufrechterhaltung des Regressprivilegs der Suva ergibt sich gemäss den Materialien nach wie vor aus der Tatsache, dass der Arbeitgeber die Prämien für die Berufsunfallversicherung bezahle. Das Regressprivileg für die AHV/IV wurde nicht weiter begründet, sondern es wurde einfach darauf verwiesen, es löse das durch die Gerichtspraxis (BGE 112 II 167) gestützt auf aArt. 48 ter AHVG anerkannte Regressprivileg ab (Bericht 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). In der Folge kam es im Gesetzgebungsprozess zu keinen massgebenden Äusserungen mehr (BGE 146 III 362 E. 3.2; 143 III 79 E. 6.1.3.3 S. 97 mit Hinweis).

**1.3.** Vor diesem Hintergrund gehen die Vorbringen der Beschwerdeführerinnen im Grundsatz an der Sache vorbei:

**1.3.1.** Der Gesetzgeber hat ein Haftungsprivileg durch ein Regressprivileg ersetzt. Die Arbeitgeberin haftet dem Arbeitnehmer damit uneingeschränkt. Ihr Privileg ist entfallen. Mit der Umwandlung in ein Regressprivileg wird nur noch ein allfälliger Regressanspruch eingeschränkt. Damit wird zwar der Grundsatz der integralen Subrogation eingeschränkt, da dies aber gerade der Sinn eines jeden Regressprivilegs ist, kann daraus in Bezug auf dessen Umfang nichts abgeleitet werden. Der Grundsatz des integralen Eintritts in den Haftpflichtanspruch des Geschädigten bis auf die Höhe der gesetzlichen Leistungen nach Art. 72 ATSG wird in Art. 75 ATSG modifiziert, indem das Rückgriffsrecht des Sozialversicherers unter bestimmten Voraussetzungen und gegenüber bestimmten Personen eingeschränkt wird. Zur Debatte steht nicht der Grundsatz der Subrogation, sondern der Umfang und die Folgen einer im Gesetz vorgesehenen Einschränkung (Urteil des Bundesgerichts 4A\_453/2017 vom 12. Juli 2018 E. 1.2.1, nicht publ. in: BGE 144 III 319).

**1.3.2.** Der Einwand, das Privileg hätte eine enorme Besserstellung des Haftpflichtigen zufolge der Subrogation des Sozialversicherers zur Konsequenz, blendet den Kontext der vorgenommenen Gesetzesänderung aus und ist nicht stichhaltig:

**1.3.2.1.** Vor Einführung des ATSG bestand sowohl ein Haftungs- wie auch ein Regressprivileg (BGE 145 III 63 E. 2.4.1; 127 III 580 E. 1 mit Hinweisen). Soweit das Privileg zum Tragen kam, bedeutete dies einerseits, dass die Sozialversicherer die gesetzlichen Leistungen erbringen mussten, ohne auf die Arbeitgeberin Rückgriff nehmen zu können. Andererseits hatte es zur Folge, dass sich der Arbeitnehmer für einen von den Leistungen der Sozialversicherer allenfalls nicht gedeckten Schaden (Direktschaden) nicht an der Arbeitgeberin schadlos halten konnte.

**1.3.2.2.** Mit der Ablösung von aArt. 44 Abs. 2 UVG durch Art. 75 Abs. 2 ATSG entfiel das Haftungsprivileg, und es verblieb das Regressprivileg. Kommt es zum Tragen, bedeutet dies nach wie vor, dass die Sozialversicherer die gesetzlichen Leistungen erbringen müssen, ohne auf die Arbeitgeberin Rückgriff nehmen zu können. Im Verhältnis zur Arbeitgeberin hat sich für die Sozialversicherer durch die Gesetzesänderung mithin nichts geändert. Die Änderung betrifft primär einen allfälligen Direktschaden des Arbeitnehmers, den dieser von seiner Arbeitgeberin einfordern kann. Der Direktschaden wird von den Leistungen der Sozialversicherer aber nicht gedeckt, so dass insoweit ohnehin keine Subrogation in Betracht fällt. Von der Gesetzesänderung profitiert mithin der Arbeitnehmer zu Lasten der Arbeitgeberin, während die Stellung der Sozialversicherer gegenüber der Arbeitgeberin und dem Arbeitnehmer im Ergebnis nicht verändert wird. Daraus lässt sich kein Grund für eine Einschränkung des Regressprivilegs konstruieren.

**1.3.3.** Betroffen war die Stellung der Sozialversicherer von der Gesetzesänderung allenfalls insoweit, als das Bundesgericht zwar bereits unter Geltung des Haftungsprivilegs einen Ausgleich zugunsten des nicht privilegierten Haftpflichtigen und zulasten des Sozialversicherers in Erwägung gezogen und als naheliegend bezeichnet hatte (BGE 113 II 323 E. 2b). Es hatte die Frage aber noch nicht entschieden (BGE 143 III 79 E. 6.1.2 S. 94 und E. 6.1.3.3 S. 97 mit Hinweisen). In BGE 143 III 79 E. 6.1.3.3 S. 97 kam das Bundesgericht dann zum Schluss, nachdem mit dem ATSG das Haftungsprivileg zugunsten des Geschädigten abgeschafft worden sei, liege ein solcher Ausgleich noch näher, und es erkannte, auf das Regressprivileg gegenüber einem Sozialversicherer (Art. 75 ATSG) könne sich diesem gegenüber auch ein nicht privilegierter Schuldner berufen, soweit die Schuld ohne Regressprivileg intern vom Privilegierten zu übernehmen gewesen wäre (BGE 143 III 79 E. 6). Ob tatsächlich eine Veränderung eingetreten ist, hängt davon ab, ob dieser Ausgleich bereits vor Inkrafttreten des ATSG anzunehmen gewesen wäre. Die Frage kann offenbleiben, denn es ist nicht ersichtlich, inwiefern ein Zusammenhang zwischen einem derartigen Ausgleich und dem Umfang des Privilegs juristischer Personen als Arbeitgeberinnen bestehen sollte.

**1.3.4.** Hätte der Gesetzgeber den Umfang des Privilegs auch in Bezug auf die Leistungen der Sozialversicherer einschränken wollen, hätte er nicht einfach das Haftungs- und Regressprivileg durch ein blosses Regressprivileg ersetzt, sondern dieses im Wortlaut im Vergleich zum Haftungsprivileg eingeschränkt, beispielsweise indem er die Hilfspersonen der Arbeitgeberin ausdrücklich erwähnt (vgl. beispielsweise Art. 58 Abs. 4 SVG). Mit dem Erlass von Art. 75 Abs. 2 ATSG schlug der Bundesrat bewusst eine Ablösung der bisherigen Haftungsprivilegien durch Regressprivilegien vor (BGE 145 III 63 E. 2.4.2 mit Hinweis). Wäre bei dieser Gelegenheit eine Erweiterung des Kreises der Personen, die das Privileg ausschliessen, wenn sie den Versicherungsfall absichtlich oder grobfahrlässig herbeigeführt haben, beabsichtigt worden in Abweichung zur damals aktuellen Rechtsprechung und im Sinne der Berücksichtigung des Verschuldens blosser Hilfspersonen, so wäre dies ausdrücklich

angeordnet oder sonstwie zum Ausdruck gebracht worden (vgl. zur Frage der Erweiterung des Kreises der Begünstigten: BGE 145 III 63 E. 2.4.2 am Ende), zumal sich der Gesetzgeber durchaus bewusst war, dass einzelne Autoren sogar das Regressprivileg in Frage stellten und die gänzliche Abschaffung solcher Privilegien vorschlugen (Bericht der Kommission des Nationalrats, BBl 1999 4660 zu Art. 82 E-ATSG).

**1.3.5.** Vor diesem Hintergrund nützt es den Beschwerdeführerinnen nichts, wenn sie ältere Bundesgerichtsentscheide anführen, in denen das Bundesgericht die Frage offengelassen (BGE 59 II 428 E. 1) oder den Ausschluss der Art. 55, 101 und 339 OR durch Art. 128 KUVG abgelehnt habe (BGE 62 II 347 E. 3, wobei das Bundesgericht in dieser Entscheidung ausdrücklich festhält, die Haftbarkeit des Arbeitgebers für diese Pflichtverletzungen greife auf Grund der in Art. 129 Abs. 2 KUVG enthaltenen Einschränkung nur Platz, wenn ihn ein grobes Verschulden treffe, so dass die Beschwerdeführerinnen aus dieser Entscheidung ohnehin nichts ableiten könnten). Denn es ist davon auszugehen, dass sich der Gesetzgeber an der bei Ausarbeitung des ATSG aktuellen Gerichtspraxis orientiert hat (BGE 110 II 163 E. 1; 104 II 259 E. 3a mit Hinweisen). Wollte der Gesetzgeber daran nichts ändern, erscheint auch die von den Beschwerdeführerinnen angeregte Änderung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht angezeigt.

**1.3.6.** Die Beschwerdeführerinnen verweisen allerdings auf das Urteil des Bundesgerichts 4A\_548/2020 vom 28. Mai 2021 E. 5.1, in welchem dieses in einem Fall, in dem es um Personalverleih ging, geprüft hat, ob eine grobe Fahrlässigkeit des Einsatzbetriebes vorgelegen habe, die nach dem dortigen Beschwerdeführer dem Verleihbetrieb nach Art. 101 OR entgegenzuhalten sei und die das Haftungsprivileg nach aArt. 44 Abs. 2 UVG entfallen lasse. Das Bundesgericht habe eine grobfahrlässige Handlung verneint. Die Beschwerdeführerinnen sind der Auffassung, wenn mit Blick auf die Anwendbarkeit des Privilegs keine Haftung für Hilfspersonen bestünde, hätte sich die Prüfung, ob dem Einsatzbetrieb grobe Fahrlässigkeit vorzuwerfen war, erübrigt, zumal das Bundesgericht das Recht von Amtes wegen anwende.

**1.3.6.1.** Zwar trifft zu, dass das Bundesgericht das Recht von Amtes wegen anwendet und eine Beschwerde auch mit einer von der Vorinstanz abweichenden Begründung abweisen kann (BGE 140 III 86 E. 2; 134 II 235 E. 4.3.4). In aller Regel beschränkt es sich aber auf die Behandlung der in einer Beschwerde vorgetragene Rügen, sofern die rechtlichen Mängel nicht geradezu offensichtlich sind (BGE 142 III 364 E. 2.4; 140 III 86 E. 2, 115 E. 2). Es ist aus Effizienzgründen nicht angezeigt, im Rahmen der Rechtsanwendung von Amtes wegen Rechtsfragen zu vertiefen, die am Ergebnis einer Beschwerde ohnehin nichts ändern.

**1.3.6.2.** Im von den Beschwerdeführerinnen zitierten Fall war keine grobe Fahrlässigkeit gegeben. Der Ausschluss des Privilegs konnte ohnehin nicht zur Debatte stehen, weshalb sich der Fall nicht eignete, um die Frage, ob einer groben Fahrlässigkeit des Einsatzbetriebs Bedeutung zukommen kann, zu vertiefen. Aufgrund seiner Stellung als "faktischer" Arbeitgeber während des Verleihs steht dem Einsatzbetrieb das Weisungsrecht, aber auch die Fürsorgepflicht zu. Dabei ist die Delegation des Weisungsrechts ein wesentliches Element des Personalverleihs (BGE 148 II 203 E. 3.3.2; Urteil 4A\_134/2022 vom 16. September 2022 E. 3.2.3 mit Hinweisen), so dass sich die Frage einer allfälligen Bedeutung dieser Delegation gestellt hätte. Diese Frage war nicht an einem Fall zu erörtern, in dem ohnehin keine grobe Fahrlässigkeit gegeben war (zit. Urteil 4A\_548/2020 E. 5.2.4).

## **2.**

Sodann thematisieren die Beschwerdeführerinnen die Herbeiführung des Unfalls durch ein (faktisches) Organ der Beschwerdegegnerin und eventuell kraft Delegation von Organbefugnissen. War es

indessen nicht die Absicht des Gesetzgebers, das Regressprivileg der Arbeitgeberin mit Blick auf das Verschulden von Hilfspersonen entfallen zu lassen, erscheint auch eine Ausdehnung des Organbegriffs auf Hilfspersonen nicht angezeigt. Die Beschwerdeführerinnen machen allerdings geltend, das Bundesgericht habe in seiner publizierten Rechtsprechung, namentlich BGE 128 III 76, den Organbegriff weit ausgelegt. Dieses Urteil (4C.296/2001) erging aber erst am 7. Januar 2002, so dass sich der Gesetzgeber für den ATSG, der vom 6. Oktober 2000 datiert, und am 1. Januar 2003 in Kraft trat, nicht an diesem Urteil orientiert hat.

**2.1.** Die Vorinstanz hielt zu BGE 128 III 76 fest, der Entscheid handle von einem Betriebsleiter des landwirtschaftlichen Instituts des Kantons Jura. Der Betriebsleiter hatte ein 4 m hohes Rollgerüst gemietet, um die Stalldecke zu reinigen. Auf dem Rollgerüst sollte ein Lehrling die Reinigung vornehmen. Acht junge Stiere blieben während der Reinigung im Stall. Um ungestört arbeiten zu können, drängte sie ein anderer Mitarbeiter in eine Ecke des Stalls. Ein Stier konnte dennoch das Rollgerüst umwerfen. Der Lehrling stürzte vom Rollgerüst, das kein Geländer und keine Bremse hatte. Der Betriebsleiter unterliess es, irgendwelche Anweisungen zur Ausführung der Arbeiten zu geben, und überwachte diese auch nicht. Er delegierte alles seinem Angestellten, der zum Unfallzeitpunkt ebenfalls abwesend war.

**2.1.1.** Das Bundesgericht habe entschieden, dass der Betriebsleiter Organ des landwirtschaftlichen Instituts sei und dass dessen Handlungen dem Arbeitgeber gestützt auf Art. 55 ZGB zuzurechnen seien. Zur Stellung des mittels Delegation beauftragten Angestellten habe das Bundesgericht ausgeführt, dass der Betriebsleiter zwar nicht überall sein könne, aber dass bei einer Delegation seiner Kompetenzen an seinen Angestellten dieser aufgrund dieser Delegation zum Organ werde. Jede andere rechtliche Konstruktion würde dazu führen, dass mittels hierarchischer Struktur die Haftung des Arbeitgebers abgeschwächt werden könnte, was nicht akzeptabel sei (BGE 128 III 76 E. 1b).

**2.1.2.** Die Vorinstanz erkannte, Organe einer juristischen Person seien nach der ständigen Praxis des Bundesgerichts nur jene Personen, die durch Gesetz, Statuten oder aufgrund der faktischen Organisation an der Willensbildung der Gesellschaft teil hätten und mit entsprechender rechtlicher oder tatsächlicher Entscheidkompetenz ausgestattet seien. Es genüge nicht, wenn ein Angestellter in einem stark eingeschränkten Geschäftsbereich die ihm übertragene Tätigkeit selbstständig ausführe. Erforderlich sei vielmehr, dass er die Willensbildung des Unternehmens zu beeinflussen vermöge. Dass eine Person im technischen Bereich die ihm übertragenen Arbeiten selbstständig ausführe, ändere an der Qualifizierung als blosse Hilfsperson nichts (BGE 122 III 225 E. 4b). Die Vorinstanz qualifizierte BGE 128 III 76 als "Ausreisser". Die Anwendung des darin verwendeten extensiven Organbegriffs sei abzulehnen. Im hier zu beurteilenden Fall sei der Lagerchef an der Willensbildung der Arbeitgeberin nicht beteiligt gewesen und habe auch nicht über eine entsprechende Entscheidkompetenz verfügt. Er sei deshalb nicht als faktisches Organ zu qualifizieren.

**2.2.** Die Beschwerdeführerinnen weisen darauf hin, der Lagerleiter sei nach den erstinstanzlichen Feststellungen bei der Beschwerdegegnerin als Lagerchef angestellt und in dieser Funktion insbesondere für den Lagerbetrieb, die Bereitstellung der Waren, für den Abtransport sowie auch generell für die Sauberkeit im Lager zuständig gewesen. Er habe dabei die Verantwortung für ca. 10 bis 15 Mitarbeiter getragen, darunter Chauffeure und Lageristen. Bei seinem Aufgabenbereich habe es sich um einen sehr zentralen Geschäftsbereich im Unternehmen der Beschwerdegegnerin gehandelt. Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, der Lagerleiter habe auch keine spezifischen Vorgaben gehabt, wie er seine Arbeit verrichten solle. Sie sind der Auffassung, wenn die Vorinstanz diese Umstände berücksichtigt und die entsprechenden Feststellungen getroffen hätte, wäre der

Lagerleiter gemäss BGE 128 III 76 als faktisches Organ anzusehen gewesen. Sie rügen eine unvollständige Feststellung oder (soweit die Vorinstanz die Feststellungen der Erstinstanz übernommen haben sollte) eine ungenügende Berücksichtigung dieser Sachverhaltselemente.

**2.3.** Das Bundesgericht hat bereits im zit. Urteil C.549/1983 E. 1b eingeräumt, selbst wenn die Sorge um den Schutz des Geschädigten die Rechtsprechung bisweilen zu einer Ausdehnung des Begriffs des Organs nach Art. 55 ZGB bewegt haben möge, dürfe dies nicht ausschlaggebend sein, soweit der Schutz des Geschädigten durch eine obligatorische Versicherung gewährleistet sei. Da nunmehr das Haftungsprivileg abgeschafft wurde und nur noch das Regressprivileg zur Debatte steht, kommt dem Schutz des Geschädigten keine Bedeutung zu und bleiben die im zit. Urteil C.549/1983 E. 1b angestellten Überlegungen einschlägig.

**2.3.1.** In BGE 128 III 76 war es der Betriebsleiter selbst, der mit Blick auf den "Tag der offenen Tür" die Reinigung angeordnet und dazu ein 4 m hohes Rollgerüst ohne Schutzgeländer und ohne Bremsen an den Rädern gemietet hatte, auf dem der Lehrling die Decke eines Stalles reinigen sollte, in dem sich acht junge Stiere befanden. Die Überwachung der Arbeiten hatte der Betriebsleiter an einen Mitarbeiter delegiert, der im Moment des Unfalls dann abwesend war. Der Betriebsleiter selbst hatte mithin die gefährliche Situation heraufbeschworen, die schliesslich zum Unfall geführt hatte, ohne die nötigen Instruktionen zu geben und ohne für eine genügende Überwachung zu sorgen. Wenn er Letzteres an einen Mitarbeiter delegiert, ändert das nichts daran, dass er die gefährliche Situation zu verantworten hatte. Dieser Verantwortung konnte er sich nicht durch die blosser Delegation entziehen. Damit wird nicht gesagt, jeder Mitarbeiter, der im Rahmen der ihm zugewiesenen Kompetenzen tätig wird, sei kraft Delegation als Organ der Arbeitnehmerin anzusehen.

**2.3.2.** Darüber hinaus lässt sich der hier zu beurteilende Fall nicht mit BGE 128 III 76 vergleichen: In BGE 128 III 76 wurde der Betriebsleiter des landwirtschaftlichen Instituts des Kantons Jura als faktisches Organ angesehen. Details zu seinen Aufgaben gibt der Entscheid nicht wieder, er weist aber darauf hin, dass ein landwirtschaftliches Institut auch auf einer völlig privaten Basis hätte errichtet werden können (BGE 128 III 76 E. 1a). Es ging mithin um den Chef dieser gesamten eigenständigen Einheit, nicht um eine Person, die eine mehr oder weniger eng umschriebene Aufgabe in dieser Einheit ausübte, wie dies beim Lagerleiter, auch wenn man auf die Vorbringen der Beschwerdeführerinnen selbst abstellt, der Fall war. Dass der Geschäftsführer und der Lagerleiter auf ihrem Rundgang vom 24. Dezember 2009 zusammen Beschädigungen anschauten, unterstreicht, dass die Stellung des Lagerleiters in keiner Weise mit derjenigen eines Betriebsleiters eines im Wesentlichen eigenständigen Betriebs (BGE 128 III 76) verglichen werden kann. Im hier zu beurteilenden Fall war es vielmehr der Geschäftsführer als formelles Organ, der eine Position einnahm, die mit derjenigen des Betriebsleiters in BGE 128 III 76 vergleichbar war. Hier steht (wohl im Gegensatz zu BGE 128 III 76) nicht ein Fall zur Debatte, wo der obersten Verwaltungsinstanz nur ein allgemeines Aufsichtsrecht eingeräumt wird und die eigentliche Geschäftsführung Dritten übertragen wird (vgl. schon BGE 48 II 1 E. 2 S. 7). Dem Lagerleiter kamen keine derartigen Geschäftsführungskompetenzen eines Betriebsleiters zu.

**2.4.** Die Beschwerdeführerinnen behaupten, die Herbeiführung des Berufsunfalles sei im Rahmen der generellen Delegation der Kompetenz an den Lagerchef erfolgt. Damit hätten sie entgegen der irrigen Annahme der Vorinstanz nicht behauptet, der Berufsunfall sei durch ein formelles Organ der Beschwerdegegnerin herbeigeführt worden, sondern stets die Auffassung vertreten, das formelle Organ der Beschwerdegegnerin habe die ihm zugestandene Organkompetenz an den Lagerchef delegiert, weshalb in Anlehnung an BGE 128 III 76 der Lagerchef als Organ der Beschwerdegegnerin anzusehen sei. Sie verweisen auf ihre Vorbringen, wonach die Verschmutzung der Gitter dazu geführt



habe, dass diese mit dem Boden nicht mehr bündig gewesen seien, was eine Reinigung zur Aufrechterhaltung der Ordnung und der ungestörten Gebrauchstauglichkeit des Lagers notwendig gemacht habe. Die Beseitigung des Absätzleins habe damit zum Aufgabenbereich des Lagerleiters gehört. Auch davon unabhängig erachten sie die Beweiswürdigung der Vorinstanz, die den Lagerleiter nicht für die Putzaktion zuständig erachtete, für willkürlich. Die Vorinstanz war namentlich mit Blick auf den Aufwand, den das Entfernen der Gitter erforderte, zum Schluss gekommen, die Putzaktion erscheine nicht mehr als alltägliche Reinigungsarbeit, die in den Aufgabenbereich des Lagerchefs gefallen wäre, sondern wäre zu den Arbeiten zu zählen, für die in anderen Fällen (Wechseln von Glühbirnen, Reindrücken von Styroporplatten und Ähnliches) der Hauswart beigezogen worden sei. Ganz unabhängig von dieser Frage besteht hier indessen kein Anlass, in Anlehnung an BGE 128 III 76 von einer Kompetenzdelegation auszugehen.

**2.4.1.** Der Geschäftsführer hatte zwar vom Plan, die Gitter zu putzen, Kenntnis. Die Wegnahme der Gitter hat er aber nicht selbst angeordnet. Die Beschwerdeführerinnen bestreiten nicht, dass die Art und Weise der Behebung des Mangels nicht besprochen worden war. Nach den Feststellungen im angefochtenen Entscheid war dem Geschäftsführer vielmehr nicht bewusst, dass die Putzaktion die Entfernung der Gitter voraussetzte und auch die Beschwerdeführerinnen machen geltend, der Geschäftsführer habe mit seinem Stillschweigen das Vorgehen in den Kompetenzbereich des Lagerleiters gestellt. Es liege in der Natur der Sache, dass derartige Arbeiten nicht im Detail besprochen würden.

**2.4.2.** Damit hat der Geschäftsführer die gefährliche Situation nicht selbst geschaffen, und war damit auch nicht dafür verantwortlich, die zur Entschärfung der Gefahr notwendigen Massnahmen zu treffen. Der hier zu beurteilende Fall ist nicht mit BGE 128 III 76 zu vergleichen.

**2.5.** Vor diesem Hintergrund gehen auch die Ausführungen der Beschwerdeführerinnen, die Putzaktion des Lagerchefs sei aufgrund eines konkreten Auftrags des Geschäftsführers der Beschwerdegegnerin erfolgt, ins Leere. Sie behaupten nämlich keinen konkreten Auftrag, das Gitter zu entfernen, sondern weisen darauf hin, der Lagerleiter habe gewusst, was zu tun sei. Mit Blick auf die Vorhersehbarkeit eines allfälligen Fehlverhaltens führen sie aus, bei der Delegation von Organbefugnissen an einen anderen Mitarbeiter der Arbeitgeberin könne es nicht darum gehen, dass das delegierende Organ ein Fehlverhalten des Mitarbeiters vorhersehen können müsse, damit seine Kompetenzdelegation der Arbeitgeberin zugerechnet wird. Wie in BGE 128 III 76 ausgeführt, werde durch die Übertragung von Organbefugnissen an einen Mitarbeiter dieser Mitarbeiter gestützt auf diese Delegation zum Organ des Arbeitgebers. Daraus ergebe sich aber zwingend, dass die Frage des groben Verschuldens nicht an der Person des Delegierenden, sondern an derjenigen Person anzuknüpfen habe, an welche die Organbefugnisse delegiert worden seien. Es geht den Beschwerdeführerinnen also auch hier um eine Delegation der Organkompetenzen. Bei der Putzaktion handelt es sich indessen nicht um Organkompetenzen, sondern um Aufgaben, die von dem dafür zuständigen Mitarbeiter zu erledigen sind. Ob es sich bei der Beseitigung des Absätzleins um ordentliche Putzarbeit oder um handwerkliche Arbeiten gehandelt hat, spielt insoweit in der Tat keine entscheidende Rolle.

### **3.**

Insgesamt erweist sich die Beschwerde als unbegründet. Sie 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. 15'000.-- werden den Beschwerdeführerinnen unter solidarischer Haftbarkeit auferlegt.

**3.**

Die Beschwerdeführerinnen haben die Beschwerdegegnerin unter solidarischer Haftbarkeit mit Fr. 17'000.-- zu entschädigen.

**4.**

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