

Urteilkopf

143 III 79

14. Auszug aus dem Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung i.S. Suva, Eidgenössische Invalidenversicherung (IV) und Schweizerische Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHV) gegen A. AG und vice versa (Beschwerde in Zivilsachen)

4A_301/2016 / 4A_311/2016 vom 15. Dezember 2016

Regeste

Gemeinsamer Regress der Suva, der AHV und der IV auf eine Haftpflichtversicherung (**Art. 72 und Art. 75 ATSG; Art. 14 Abs. 2 und Art. 16 ATSV**).

Die AHV und die IV sind auch unter der Geltung des ATSG bezüglich der nach **Art. 72 ATSG** auf die Versicherungsträger übergehenden Ansprüche parteifähig. Übt auch die Suva ihr Rückgriffsrecht aus, werden sie durch diese vertreten (E. 3).

Bedeutung des Begriffs "Gesamtgläubiger" nach **Art. 16 ATSV**. Reicht das Regresssubstrat nicht zur Befriedigung aller Gesamtgläubiger, hat die korrekte Aufteilung intern durch einen Ausgleich zwischen ihnen zu erfolgen, nicht im Verhältnis zum Schuldner. Klagen Gesamtgläubiger gemeinsam, ist daher im Rechtsbegehren der verlangte Gesamtbetrag nicht auf die einzelnen Klageparteien aufzuteilen (E. 4).

Auf das Regressprivileg gegenüber einem Sozialversicherer (**Art. 75 ATSG**) kann sich diesem gegenüber auch ein nicht privilegierter Schuldner berufen, soweit die Schuld ohne Regressprivileg intern vom Privilegierten zu übernehmen gewesen wäre (E. 6).

Sachverhalt ab Seite 81

BGE 143 III 79 S. 81

B. (Geschädigter) erlitt am 8. September 2004 bei einem Arbeitsunfall in einem Abwasserkontrollschacht Verbrennungen. Seine Arbeitgeberin, die C. AG (nachfolgend Arbeitgeberin), war beauftragt, die Kanalisationsleitungen und die Schächte in der Strasse W. zu sanieren und abzudichten. Während der Geschädigte im Schacht arbeitete, entzündete sich an einer von ihm gerauchten Zigarette (die Arbeitgeberin hatte kein Rauchverbot ausgesprochen) im Schacht befindliches Gas, und es kam (je nach Darstellung der Parteien) zu einer Gasexplosion oder zu einer Gasverpuffung. Der Geschädigte erlitt Verbrennungen, die in der Folge gut abheilten. Die psychischen Folgen des Unfalls sind umstritten. Die Schweizerische Unfallversicherungsanstalt (Suva, Klägerin 1) sowie die Eidgenössische Invalidenversicherung (IV, Klägerin 2) und die Eidgenössische Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHV, Klägerin 3) richteten nach dem Unfall Leistungen aus bzw. werden noch solche ausrichten. Nach ihrer Auffassung stammte das entzündete Gas aus einer lecken Gasleitung der bei der A. AG (Beklagte) haftpflichtversicherten Gaswerk F. AG, womit diese gestützt auf das Bundesgesetz vom 4. Oktober 1963 über Rohrleitungsanlagen zur Beförderung flüssiger oder gasförmiger Brenn- oder Treibstoffe (Rohrleitungsgesetz, RLG; SR 746.1) für den Schaden des Geschädigten hafte. Für die von ihnen erbrachten bzw. noch zu erbringenden Leistungen nehmen die Klägerinnen Regress auf die Beklagte. Sie beantragten beim Handelsgericht des Kantons Zürich, die Beklagte sei zu verpflichten, ihnen Fr. 1'321'242.35 nebst Zins zu bezahlen. Das Handelsgericht schützte die Klage im Umfang von Fr. 1'015'490.35 nebst Zins. Beide Parteien haben gegen diesen Entscheid beim Bundesgericht Beschwerde in Zivilsachen erhoben. Das Bundesgericht heisst beide Beschwerden teilweise gut und weist die Sache zu neuer Entscheidung an das Handelsgericht zurück.

(Zusammenfassung)

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

3. Nach **Art. 72 Abs. 1 ATSG** (SR 830.1) tritt gegenüber einem Dritten, der für den Versicherungsfall haftet, der Versicherungsträger im Zeitpunkt des Ereignisses bis auf die Höhe der gesetzlichen Leistungen in die Ansprüche der versicherten Person und ihrer Hinterlassenen ein. Mehrere Haftpflichtige haften für Rückgriffsansprüche der Versicherungsträger solidarisch (**Art. 72 Abs. 2 ATSG**). Zum Rückgriff berechtigt ist nach dem Wortlaut von **Art. 72 Abs. 2 ATSG**

BGE 143 III 79 S. 82

der "Versicherungsträger" ("l'assureur", "l'assicuratore"). Unter dem Titel "Geltendmachung für die AHV/IV" bestimmt **Art. 14 ATSV** (SR 830.11):

(1) "Für die Alters- und Hinterlassenenversicherung sowie die Invalidenversicherung macht das Bundesamt für Sozialversicherungen (Bundesamt) unter Mitwirkung der Ausgleichskassen und der IV-Stellen die Rückgriffsansprüche geltend. Das Bundesamt kann diese Aufgabe den kantonalen Ausgleichskassen, der Schweizerischen Ausgleichskasse oder den IV-Stellen übertragen"

(2) "Üben die Schweizerische Unfallversicherungsanstalt oder die Militärversicherung das Rückgriffsrecht aus, machen sie auch die Rückgriffsansprüche der Alters- und Hinterlassenenversicherung sowie der Invalidenversicherung geltend. Das Bundesamt trifft hierfür mit den beiden Sozialversicherern die nötigen Vereinbarungen".

3.1

3.1.1 Die Beklagte bestreitet wie bereits im kantonalen Verfahren, dass die Klägerinnen 2 und 3 Versicherungsträger im Sinn von **Art. 72 ATSG** sind. Anders als noch unter früherem Recht vor Inkrafttreten des ATSG, wo aArt. 48^{ter} AHVG (AS 1978 401 f.) bestimmt habe, "die Alters- und Hinterlassenenversicherung" trete in die Ansprüche des Versicherten ein, sei heute nur von "Versicherungsträger" die Rede. Dieser Begriff setze eine Institution voraus mit eigenen Organen und ausgestattet mit Rechtspersönlichkeit. Im Sozialversicherungsrecht seien dies eidgenössische oder kantonale Anstalten, die auch Träger der versicherten Risiken seien. AHV und IV seien demgegenüber nur zwei Versicherungs *zweige*. Der Begriff "Versicherungsträger" sei schon vor Einführung des ATSG in internationalen Abkommen über Soziale Sicherheit verwendet worden und habe dort parteifähige Institutionen bezeichnet, welche die Sozialversicherungssparten durchführen. **Art. 14 Abs. 1 ATSV** weise zwar die Geltendmachung von Rückgriffsansprüchen dem Bundesamt für Sozialversicherungen (BSV) zu. Da aber etliche Ausgleichskassen und IV-Stellen mit eigenen Rechtsdiensten verstärkt seien, könne das BSV diese Aufgabe öffentlichrechtlichen Versicherungsträgern überlassen. Die Zulassung der Klägerinnen 2 und 3 als partei- und damit prozessfähige Einheiten verletze seit dem Inkrafttreten des ATSG das Subrogationsrecht der IV-Stelle V. und vor allem jenes der Ausgleichskasse G. Zudem hätten die Klägerinnen nie behauptet, diese beiden Versicherungsträger hätten bei der Geltendmachung des vorliegenden Regresses irgendwie mitgewirkt, wie das **Art. 14 Abs. 1 ATSV** dem BSV vorschreibe. Die frühere zu aArt. 48^{ter} AHVG

BGE 143 III 79 S. 83

ergangene Rechtsprechung (**BGE 112 II 87**) sei nicht mehr anwendbar.

3.1.2 In einer weiteren Begründung, die sie allerdings nicht klar von der ersten unterscheidet, beruft sich die Beklagte darauf, gemäss **Art. 14 Abs. 2 ATSV** habe die Suva den Rückgriff geltend zu machen, sobald sie selber Rückgriffsrechte ausübe. Damit sei dem BSV die Befugnis, in Regressen für IV und AHV zu handeln, klar entzogen worden. Vorliegend hätte also die Suva im eigenen Namen die Regressforderungen stellen müssen. **Art. 14 Abs. 2 ATSV** habe die gleiche Rechtswirkung wie die Abtretung einer Forderung zum Inkasso.

3.2 Das Bundesgericht hat in **BGE 112 II 87** die Partei- und Prozessfähigkeit der AHV zur Geltendmachung eines Rückgriffsanspruchs anerkannt. Es trifft zu, dass dies noch unter aArt. 48^{ter} AHVG erfolgte, welcher ausdrücklich bestimmte, dass "die Alters- und Hinterlassenenversicherung" in die Ansprüche des Versicherten eintrete, welche Bestimmung sinngemäss auch für die Invalidenversicherung galt (aArt. 52 IVG; AS 1978 408). Dem Argument, die AHV sei im Gegensatz etwa zur Suva keine öffentlichrechtliche Körperschaft und keine Anstalt, sondern bloss eine Hauptabteilung des Bundesamtes für Sozialversicherung ohne eigene Rechtspersönlichkeit, und sie könne deshalb nicht anstelle der Schweizerischen Eidgenossenschaft als Prozesspartei auftreten, hielt das Bundesgericht entgegen, ob eine Behörde Träger eigener Rechte und Pflichten sein könne oder als blosses Organ eines Rechtssubjektes anzusehen sei, bestimme das jeweils massgebliche öffentliche Recht. aArt. 48^{ter} AHVG bestimme, dass die Alters- und Hinterlassenenversicherung in die Ansprüche des Versicherten eintrete. Ergänzt werde diese Bestimmung durch die Vorschriften über die Ausübung des Regressrechts (aArt. 79^{quater} AHVV; AS 1978 432; SR 831.101); danach sei der Rückgriff im Einzelfall unter Mitwirkung der Ausgleichskassen durch das Bundesamt für Sozialversicherung geltend zu machen, das sich ferner im Falle konkurrierender Regressansprüche u.a. mit der Suva zu verständigen habe, die nötigen Vereinbarungen treffen und den Rückgriff auch kantonalen Ausgleichskassen übertragen könne (**BGE 112 II 87** E. 1a und b).

3.3 Auch in jüngerer Zeit ist das Bundesgericht ohne weiteres von der Parteifähigkeit der AHV und IV ausgegangen (**BGE 140 III 221**; Urteile 4A_51/2014 vom 27. August 2014; 4A_404/2013 vom 29. Januar 2014; 4A_275/2013 vom 30. Oktober 2013). Diesen Entscheiden lagen aber Ereignisse zugrunde, die sich vor Inkrafttreten des

BGE 143 III 79 S. 84

ATSG ereignet hatten und auf die daher noch das frühere Recht anwendbar war (**BGE 131 III 360** E. 7.1 S. 367 mit Hinweisen). Die Frage ist daher unter der Geltung des ATSG erstmals zu beurteilen.

3.3.1 Die Beklagte stellt mit ihrer Begründung die Sozialversicherung bzw. deren einzelne Zweige einerseits der Durchführung (dieser Sozialversicherungszweige) durch Körperschaften/Anstalten andererseits gegenüber. AHV und IV könnten somit nur als Versicherungszweige verstanden werden. Das ATSG unterscheidet jedoch - differenzierter - zwischen "Sozialversicherung", "Versicherungsträger" und "Durchführungsorgan". Wenn von "Sozialversicherung" gesprochen wird - dies ist insbesondere in den drei ersten Kapiteln sowie bei den Bestimmungen über die Leistungskoordination der Fall - ist damit die Versicherung als solche gemeint; dabei kann der Bezug auf die einzelnen Zweige der Sozialversicherung (etwa die IV oder die AHV) oder auf den gesamten Bereich der Sozialversicherung erfolgen. Im Zentrum dieses Begriffs steht mithin weder eine bestimmte Funktion (etwa die Durchführung der Sozialversicherung als Tätigkeit) noch eine Organisationsform (etwa der Vollzug des Sozialversicherungsrechts durch die Bundesverwaltung). Die Begriffe "Versicherungsträger" und "Durchführungsorgan" sprechen demgegenüber die Organisationsform an. Dabei bezieht sich der Begriff Versicherungsträger auf diejenigen Behörden, welche die Verwaltung vornehmen ("tragen"). Das Durchführungsorgan stellt gegenüber dem Versicherungsträger eine in bestimmter Weise sekundäre Einheit dar (JELI KIESER, ATSG-Kommentar, 3. Aufl. 2015, Vorbemerkungen N. 95 ff., v.a. N. 99).

Damit ist jedoch nicht gesagt, dass AHV und IV nur als einzelne Sozialversicherungen bzw. Sozialversicherungszweige verstanden werden können und nicht auch als Versicherungsträger. Bereits in dem in **BGE 112 II 87** zitierten Gutachten des Bundesamtes für Justiz vom 13. Januar 1982 (teilweise veröffentlicht in VPB 1982 Nr. 56 S. 311 ff.) wurde unter Hinweis auf die Lehre (ALFRED MAURER, Schweizerisches Sozialversicherungsrecht, 1979, S. 245; ebenso in: 2. Aufl. 1983, S. 245) ausgeführt, die Durchführung der AHV sei nicht einer einzigen Anstalt übertragen, sondern auf verschiedene Verwaltungseinheiten verteilt. Sämtliche Verwaltungseinheiten seien Vollzugsorgane ein und derselben AHV. Sie bildeten "in ihrer Gesamtheit den Versicherungsträger der AHV". Insofern besteht eben ein Unterschied zu andern Versicherungsbereichen, etwa der Unfall- oder Krankenversicherung, deren Trägerschaft eine in sich geschlossene Körperschaft ist (REMO DOLF, Das Rückgriffsrecht der AHV/

BGE 143 III 79 S. 85

IV unter Berücksichtigung besonderer Durchsetzungsfragen, 2016, S. 168 f. Rz. 357 und Fn. 938). Das Verständnis der Beklagten geht auch zu sehr vom deutschen Begriff "Versicherungsträger" aus. Die französischen und italienischen Begriffe "assureur" und "assicuratore" - also Versicherer, welcher Begriff denn auch im deutschen Text von **Art. 72 Abs. 5 ATSG** verwendet wird - zeigen deutlicher, dass allein wegen des Begriffs "Versicherungsträger" die Parteifähigkeit von AHV und IV als Gesamteinstitutionen nicht ausgeschlossen ist.

3.3.2 Namentlich folgt aus der Entstehungsgeschichte, dass der Gesetzgeber mit dem Begriff "Versicherungsträger" ("assureur", "assicuratore") keine Änderung gegenüber der bisherigen Regelung herbeiführen wollte. Eine Grundsatzbestimmung zum Rückgriff war bereits im Entwurf der Schweizerischen Gesellschaft für Versicherungsrecht zu einem Allgemeinen Teil Sozialversicherungsrecht enthalten. Dessen Art. 79 bestimmte: "Grundsatz. (Abs. 1) Gegenüber einem Dritten, der für den Versicherungsfall haftet, tritt der Versicherer im Zeitpunkt des Ereignisses bis auf die Höhe der gesetzlichen Leistungen in die Ansprüche des Versicherten und seiner Hinterlassenen ein". Dazu wurde ausgeführt, die Ausgestaltung des Sozialversicherungsregresses folge in allen Teilen der in der neuen Gesetzgebung geschaffenen Ordnung, wobei auf aArt. 41-43 UVG (SR 832.20; AS 1982 1688 f.), aArt. 48^{ter}-48^{sexies} AHVG und aArt. 52 IVG verwiesen wurde (Bericht und Entwurf zu einem Allgemeinen Teil der Sozialversicherung, Beitrag einer Arbeitsgruppe der Schweizerischen Gesellschaft für Versicherungsrecht zur Verbesserung der Koordination in der Sozialversicherung, 1984, S. 58 und 83). Die ständerätliche Kommission, welche auf diesem Entwurf aufbaute (vgl. Parlamentarische Initiative Sozialversicherungsrecht, Stellungnahme des Bundesrates vom 17. April 1991, BBI 1991 II 910) und ihn im Wesentlichen übernahm (KIESER, a.a.O., N. 1 zu **Art. 72 ATSG**), verwendete im Text zu Art. 79 E-ATSG (**Art. 72 Abs. 1 ATSG**) den Begriff "Versicherungsträger"; führte in den Bemerkungen zum Entwurf aber aus, der "Sozialversicherer" trete in die Ansprüche des Versicherten ein, und sie bestätigte ebenfalls ausdrücklich, die Ausgestaltung des Sozialversicherungsregresses folge der Regelung in den bestehenden Gesetzen. Die Kommission verweist sodann auf eine von ihr vorgenommene (hier nicht relevante) Einschränkung des Regresses in Art. 82 E-ATSG, die in Anlehnung an die jüngste Rechtsprechung des Bundesgerichts - gemeint

BGE 143 III 79 S. 86

ist das Grundsatzurteil **BGE 112 II 167** - erfolgt sei (Parlamentarische Initiative Allgemeiner Teil Sozialversicherung, Bericht der Kommission des Ständerats vom 27. September 1990, BBI 1991 II 185 ff., 207 und 268). Hätte die Kommission die Parteifähigkeit der AHV/IV in Frage stellen wollen, wäre an dieser Stelle zweifellos auf das im gleichen Band publizierte Grundsatzurteil **BGE 112 II 87** verwiesen worden. Die Ausführungen zeigen sodann, dass die Begriffe "Versicherungsträger" und "Sozialversicherer" austauschbar verwendet werden.

Auch im Bericht vom 26. März 1999 der Kommission des Nationalrats für soziale Sicherheit und Gesundheit zur Parlamentarischen Initiative Sozialversicherungsrecht (BBI 1999 4523 ff.) wurde bestätigt, Art. 79 Abs. 1 des Entwurfs enthalte den Grundsatz des Rückgriffs auf haftpflichtige Dritte "und entspricht in der Formulierung den praktisch übereinstimmenden Artikeln 41 UVG und Artikel 48^{ter} AHVG" (S. 4653), welche Bestimmungen denn auch aufzuheben seien (S. 4655). Die Bestimmung wurde eingehend diskutiert und namentlich in Absatz 1 gegenüber der Formulierung der ständerätlichen Kommission präzisiert (statt "bis auf die Höhe der Leistungen": "bis auf die Höhe der gesetzlichen Leistungen"). Ein Änderungswille im

Hinblick auf die bisherige Regelung der Parteifähigkeit ergibt sich auch hieraus nicht, denn angesichts der vertieften Diskussion wäre ein solcher zweifellos nicht unkommentiert geblieben. In der Folge wurde die Bestimmung in der durch die nationalrätliche Kommission ausgearbeiteten Fassung ohne Diskussion in den Räten angenommen (vgl. auch KIESER, a.a.O., N. 3 zu **Art. 72 ATSG**).

Die Parteifähigkeit der Klägerinnen 2 und 3 ist somit gegeben (ebenso: KIESER, a.a.O., N. 26 zu **Art. 72 ATSG**; DOLF, a.a.O., S. 168 f. Rz. 357 und S. 257 f. Rz. 555).

3.4 Auch den auf **Art. 14 ATSV** bezogenen Rügen der Beklagten zur Durchführung des Regresses (vorne E. 3.1.2) ist nicht zu folgen.

Mit ihrem Einwand, es bestehe gestützt auf **Art. 14 Abs. 2 ATSV** eine Rechtswirkung wie bei einer Abtretung einer Forderung zum Inkasso, macht die Beklagte sinngemäss geltend, dass die Klägerinnen 2 und 3 nicht mehr Gläubigerinnen der Ansprüche sind, sondern deren Ansprüche auf die Klägerin 1 übergegangen seien (zur Inkassozeption vgl. **BGE 71 II 167**). Dem steht schon der Wortlaut von **Art. 14 Abs. 2 ATSV** entgegen. Die Rede ist nach wie vor von Rückgriffsansprüchen der AHV/IV ("diritto di regresso"; etwas

BGE 143 III 79 S. 87

weniger deutlich der französische Text: "le recours"). Dass diese auf die Suva übergingen, wird nicht gesagt. Es wird denn auch in der Lehre davon ausgegangen, die Suva handle im Auftrag bzw. in Vertretung von AHV/IV; die Suva handle für sich selber und für die AHV/IV (GHISLAINE FRÉSARD-FELLAY, *Le recours subrogatoire de l'assurance-accidents sociale contre le tiers responsable ou son assureur*, 2007, S. 652 f. Rz. 1992 ff.; KIESER, a.a.O., N. 42 zu **Art. 72 ATSG**; DOLF, a.a.O., S. 170 Rz. 361; FRÉDÉRIC KRAUSKOPF, *Der Regressprozess*, in: *Haftpflichtprozess 2013*, Fellmann/Weber [Hrsg.], S. 69 ff., 87; vgl. auch Bericht der Kommission des Nationalrats für soziale Sicherheit und Gesundheit, a.a.O., BBl 1999 4654).

Unbehelflich ist die Rüge, **Art. 14 Abs. 1 ATSV** sei verletzt, weil entgegen dieser Bestimmung die Ausgleichskasse G. nicht mitgewirkt hätte bzw. die Klägerinnen dies nicht behauptet hätten. **Art. 14 Abs. 1 ATSV** betrifft nur den Fall, in dem AHV/IV ihre Regressansprüche *allein* geltend machen. Bei einem sog. *gemeinsamen Fall*, wo also neben ihnen auch die Suva Regressansprüche für den gleichen Versicherungsfall geltend macht, ist **Art. 14 Abs. 2 ATSV** anwendbar (FRÉSARD-FELLAY, a.a.O., S. 652 Rz. 1991; SCARTAZZINI/ HÜRZELER, *Bundessozialversicherungsrecht*, 4. Aufl. 2012, S. 742 § 23 Rz. 168; PETER BECK, *Die Regressbestimmungen des ATSG*, in: *Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts [ATSG]*, [nachfolgend: *Regressbestimmungen*], Schaffhauser/ Kieser [Hrsg.], 2003, S. 121 ff., 148).

Nicht nachvollziehbar ist schliesslich die Rüge, **Art. 72 ATSG** sei verletzt, indem dem BSV die Partei- und Prozessfähigkeit zugebilligt worden sei. Die Vorinstanz hat zutreffend dargelegt, dass das BSV gar nicht Partei ist und sich die Frage nach dessen Parteifähigkeit daher erübrige und dass im Übrigen die Klägerinnen 2 und 3 durch die Klägerin 1 - und nicht das BSV - vertreten würden, womit auch nicht zu prüfen sei, ob dem BSV Prozessfähigkeit zukomme. Damit setzt sich die Beklagte nicht rechtsgenügend auseinander. Insoweit mangelt es an einer hinreichenden Begründung.

4.

4.1 Die Klägerinnen machen geltend, sie seien gemäss **Art. 16 ATSV** Gesamtgläubigerinnen; entsprechend stellen sie ein gemeinsames Rechtsbegehren. Die Vorinstanz erwog, zwar spreche **Art. 16 ATSV** von Gesamtgläubigerschaft. Die Lehre gehe aber überwiegend davon aus, eine solche könne nicht gemeint sein. Vielmehr sei davon auszugehen, dass es sich um Solidargläubigerschaft handle, welche

BGE 143 III 79 S. 88

jede Gläubigerin berechtere, ohne Mitwirkung der andern das Ganze einzuklagen. Eine Aufteilung der Forderung auf die einzelnen Sozialversicherer sei daher nicht erforderlich. Vielmehr könnten die Klägerinnen gemäss **Art. 16 ATSV** die gesamte Regressforderung in einem Rechtsbegehren einklagen und später im Innenverhältnis ausgleichen. **Art. 16 ATSV** könne sich auf **Art. 72 Abs. 5 ATSG** stützen; es bestehe daher auch die von der Beklagten bestrittene gesetzliche Grundlage.

4.2 Die Beklagte ist nach wie vor der Auffassung, die Klägerinnen müssten die geforderten Leistungen in verschiedene Rechtsbegehren aufteilen und dürften kein gemeinsames Rechtsbegehren stellen.

4.2.1 Sind mehrere Sozialversicherungen am Rückgriff beteiligt, so sind sie nach **Art. 16 ATSV** Gesamtgläubiger und einander im Verhältnis der von ihnen zu erbringenden kongruenten Leistungen ausgleichspflichtig. Die Vorinstanz nahm an, trotz dieses an sich eindeutigen Wortlauts bestehe nicht Gesamtgläubigerschaft, sondern Solidargläubigerschaft (vgl. **Art. 150 OR**). Diese Auffassung wird auch von einem Teil der Lehre geteilt; der verwendete Begriff beruhe auf einem Versehen des Ordnungsgebers (ALEXANDRA RUMO-JUNGO, *Haftpflicht und Sozialversicherung*, 1998, S. 492 ff. Rz. 1103 ff.; *dieselbe*, *Subrogation im Zeitpunkt des schädigenden Ereignisses*, in: *Festschrift des Nationalen Versicherungsbüros Schweiz*, 2000, S. 409 ff., 422; MARC M. HÜRZELER, *Extrasystemische Koordination: Regress der Sozialversicherer auf Haftpflichtige*, in: *Recht der Sozialen Sicherheit*, Steiger-Sackmann/Mosimann [Hrsg.], 2014, S. 1323 ff., 1346 f. Rz. 36.49; FRÉSARD-FELLAY, a.a.O., S. 635 f. Rz. 1938, 1940 und 1942; vgl. auch KRAUSKOPF, a.a.O., S. 87 f.).

Nach anderer Auffassung handelt es sich zwar - entsprechend der Mehrheitsmeinung - nicht um eine Gläubigerschaft zur gesamten Hand, da die Sozialversicherer nicht zu einer Personengesamtheit zusammengefasst sind, doch ebenso wenig um eine Solidargläubigerschaft. Denn jeder Sozialversicherer könne in der Regel nur seine gesetzlichen Leistungen - also seinen Anteil - von der haftpflichtigen Person fordern und nicht den ganzen Regressbetrag, der Anteile der übrigen Sozialversicherer enthalte. Eine Solidargläubigerschaft würde aber bedeuten, dass die haftpflichtige Person sich mit der Leistung des gesamten Regress-Substrates an einen Solidargläubiger wirksam von der Schuld befreien könnte. Deshalb handle es sich um eine "besondere Koordinationsgemeinschaft

BGE 143 III 79 S. 89

sozialversicherungsrechtlicher Art" (BECK, Regressbestimmungen, a.a.O., S. 149 und Fn. 88; wohl auch: KIESER, a.a.O., N. 37 zu **Art. 72 ATSG** [unter einander ausgleichspflichtige Gesamtgläubiger i.S. eines allgemeinen sozialversicherungsrechtlichen Koordinationsgrundsatzes]).

Nach einer dritten Auffassung kann die Qualifikation offengelassen werden; auch wenn von einer Koordinationsgemeinschaft sozialversicherungsrechtlicher Art ausgegangen werde, seien die Regeln der Solidargläubigerschaft analog anwendbar (MARKUS SCHMID, Ausgewählte Fragen zu Problemen bei der Durchsetzung der Regressansprüche, des Sozialversicherungsträgers, in: Personen-Schaden-Forum 2012, Stephan Weber [Hrsg.], S. 293 ff., 304 f.; ähnlich: JÜRIG MAESCHI, Kommentar zum Bundesgesetz über die Militärversicherung [MVG] vom 19. Juni 1992, 2000, N. 13 ["sozialversicherungsrechtlicher Koordinationsgrundsatz"] und N. 14 ["Solidarforderung"] zu **Art. 73 Abs. 2 MVG**).

4.2.2 Die Texte der Verordnungsbestimmungen unterscheiden sich je nach Sprache. Während der deutsche und französische Text von **Art. 16 ATSV** gleichermaßen davon sprechen, dass wenn "mehrere Sozialversicherungen am Rückgriff beteiligt" sind, diese "Gesamtgläubiger" sind ("Lorsque plusieurs assureurs sociaux participent au même recours, ils constituent une communauté de créanciers"), heisst es in der italienischen Version "Se all'azione di regresso partecipano più assicurazioni sociali, esse sono creditori in solido". Nicht nur ist einmal von Gesamtgläubigern und ein andermal von Solidargläubigern die Rede; vielmehr beziehen sich die beiden Textversionen auch nicht genau auf das Gleiche. Der italienische Text betrifft den Fall, dass mehrere Sozialversicherer an einer Rückgriffsklage beteiligt sind. Die deutsche und französische Version beziehen sich demgegenüber nicht - einschränkend - auf eine (gemeinsame) Klage, sondern einfach auf den "Rückgriff". Darunter könnte im weiteren Sinn verstanden werden, dass ein Schadenfall Rückgriffsansprüche verschiedener Versicherer auslöst (womit diese am Rückgriff beteiligt sind). Im Übrigen war der Sprachgebrauch bereits in den Vorgängerbestimmungen zur ATSV uneinheitlich. So verwendete die deutsche Version von aArt. 52 UVV (AS 1983 53; SR 832.202) die Formulierung "Sind mehrere Sozialversicherungen am Rückgriff beteiligt, so sind sie Gesamtgläubiger [...]", was hier auch der italienischen Version entsprach ("Più assicurazioni, se partecipano alla surrogazione, costituiscono una comunità di creditori [...]"), während es dafür in der französischen Version hiess "En cas de concours

BGE 143 III 79 S. 90

d'actions récursoires, les différentes assurances sociales sont créancières solidaires [...]".

Klar ist, dass kein Gesamthandsverhältnis besteht und daher die Regressgläubigerinnen nicht gezwungen sind, eine ihnen zustehende Forderung gemeinsam einzuklagen (FRÉSARD-FELLY, a.a.O., S. 635 f. Rz. 1938; SCHMID, a.a.O., S. 304). Wenn eine Koordination der Gläubiger erreicht werden soll, wird dies speziell angeordnet (**Art. 14 Abs. 2 und Art. 17 ATSV**; KRAUSKOPF, a.a.O., S. 87). Von diesen Ausnahmen abgesehen, kann grundsätzlich jeder Gesamtgläubiger unabhängig von den anderen seinen eigenen Anspruch geltend machen, aber nur diesen (FRÉSARD-FELLY, a.a.O., S. 636 Rz. 1941; HÜRZELER, a.a.O., S. 1346 Rz. 36.49; SCHMID, a.a.O., S. 305; BECK, Regressbestimmungen, a.a.O., S. 149 Fn. 88). Ein Gesamtgläubiger hat sich nur um die Einforderung der Ansprüche eines anderen zu kümmern, soweit dies ausdrücklich angeordnet wird (**Art. 14 Abs. 2 ATSV**). Indem **Art. 16 ATSV** bestimmt, die Gesamtgläubiger seien einander ausgleichspflichtig, wird klargestellt, dass die korrekte Aufteilung des Regresssubstrates auf die einzelnen Gläubiger, sofern dieses nicht zur Befriedigung aller ausreicht, nicht im Verhältnis zwischen dem Schuldner und den einzelnen Gläubigern zu geschehen hat, sondern zwischen den Gläubigern unter sich. Analog zur Solidargläubigerschaft wird die Zahlung an einen Gesamtschuldner auf die gesamte übergegangene Regressforderung angerechnet. Die anderen Gesamtgläubiger können gegenüber dem Schuldner nur auf das verbleibende Regresssubstrat greifen. Ist dieses ausgeschöpft, weil der Schuldner den Betrag geleistet hat, den er insgesamt schuldet, wird er gegenüber allen Gesamtgläubigern befreit und sind diese für einen allfälligen Ausfall auf den internen Ausgleich verwiesen, der den Schuldner nicht betrifft (FRÉSARD-FELLY, a.a.O., S. 637. Rz. 1943; SCHMID, a.a.O., S. 305; HÜRZELER, a.a.O., S. 1347 Rz. 36.49; vgl. auch KRAUSKOPF, a.a.O., S. 88). Weil aber die korrekte Aufteilung des Regresssubstrates auf die einzelnen Gläubiger nicht im Verhältnis zum Schuldner, sondern unter diesen selbst im Rahmen des Ausgleichs zu erfolgen hat, ging die Vorinstanz zu Recht davon aus, dass die Klägerinnen einen Gesamtbetrag einklagen durften und die Leistungen nicht in verschiedene Rechtsbegehren aufteilen mussten. Denn so wird gewährleistet, dass sich der Schuldner nicht um die interne Aufteilung zwischen den Gesamtgläubigern zu kümmern hat. Vielleicht erklärt sich mit Blick darauf, dass die Verordnung gerade dann nicht von

BGE 143 III 79 S. 91

Gesamtgläubigern, sondern von Solidargläubigern spricht, wenn es nicht um die Teilnahme am Regress als solchem, sondern um die Beteiligung an einer Regressklage geht: Die Klage geht auf den gesamten den Klagenden geschuldeten Betrag. Dessen Aufteilung ist Sache der Kläger unter sich und hat den Beklagten nicht zu interessieren (SCHMID, a.a.O., S. 305). Dass ein Urteil, das die Beklagte zur Gesamtleistung an die drei Klägerinnen - vertreten durch die Klägerin 1 - verpflichtet, nicht vollstreckt werden könnte, wie die Beklagte behauptet, ist nicht anzunehmen. Mit Leistung an die Suva, die nach **Art. 14 Abs. 2 ATSV** die Ansprüche sämtlicher Klägerinnen geltend macht, wird die Beklagte gegenüber allen Klägerinnen befreit. Auch unter diesem Gesichtspunkt ist ein schützenswertes Interesse an separaten Begehren nicht erkennbar.

4.2.3 Die Beklagte rügt schliesslich, bei **Art. 72 Abs. 5 ATSG** handle es sich nur um eine Kompetenzdelegation an den Bundesrat. **Art. 16 ATSV** sei keine (genügende) gesetzliche Grundlage für eine Gesamtgläubigerschaft bzw. die von der Vorinstanz bejahte Solidargläubigerschaft. Eine "verordnungsbasierte Gesamtgläubigerschaft" sei nicht zulässig.

Wie dargelegt war mit **Art. 72 ATSG** keine konzeptionelle Änderung gegenüber der bisherigen Rechtslage gewollt und enthielten bereits altrechtliche Verordnungen in Einzelgesetzen (vgl. auch den in **BGE 112 II 87** E. 1b S. 90 erwähnten aArt. 79^{quater} AHVV; vgl. für die spätere Fassung auch AS 1992 1262 f.) vergleichbare Bestimmungen zur "Ausübung des Rückgriffsrechts". Wenn nun der Gesetzgeber, ohne mit **Art. 72 ATSG** grundsätzlich etwas ändern zu wollen, in dessen Abs. 5 dem Bundesrat die Kompetenz einräumte, die Ausübung des Rückgriffsrechts zu regeln, kann davon ausgegangen werden, dass dies auch die Möglichkeit einschloss, in der Ausführungsverordnung inhaltliche Regelungen in Anlehnung bzw. Übernahme der früheren Bestimmungen in den Einzelgesetzen zu treffen.

(...)

6. Ein direktes Forderungsrecht der geschädigten Person gegenüber dem Haftpflichtversicherer steht auch dem nach **Art. 72 ATSG** in ihre Rechte eingetretenen Versicherungsträger zu (**Art. 72 Abs. 4 ATSG**). Die Klägerinnen stützen ihre Ansprüche auf das Rohrleitungsgesetz, welches in **Art. 37 Abs. 1 RLG** ein unmittelbares Forderungsrecht des Geschädigten gegen den Haftpflichtversicherer

BGE 143 III 79 S. 92

vorsieht. Die Beklagte ist der Haftpflichtversicherer der F. AG nach **Art. 35 RLG**. Die Klägerinnen können daher grundsätzlich bis zur Höhe ihrer gesetzlichen Leistungen direkt auf sie Regress nehmen, sofern die F. AG gestützt auf das RLG dem Geschädigten haftet.

6.1 Gemäss **Art. 72 Abs. 2 ATSG** haften mehrere Haftpflichtige für Rückgriffsansprüche der Versicherungsträger solidarisch. **Art. 75 Abs. 2 ATSG** enthält sodann ein Regressprivileg für den Arbeitgeber der versicherten Person. Ein Rückgriffsrecht steht dem Versicherungsträger gegen den Arbeitgeber einer versicherten Person aus einem Berufsunfall nur zu, wenn der Arbeitgeber den Berufsunfall absichtlich oder grobfahrlässig herbeigeführt hat.

6.1.1 Nach Auffassung der Vorinstanz haftet die Beklagte vollumfänglich für die Regressforderung der Klägerinnen. Dass die Arbeitgeberin zufolge ihres Privilegs nicht hafte, sei nicht von Bedeutung.

Die Beklagte macht geltend, es stehe fest, dass bei gegebenen Voraussetzungen grundsätzlich auch die Arbeitgeberin des Geschädigten, die C. AG, gegenüber dem Geschädigten haftbar wäre. Gegenüber dem Geschädigten würden die Arbeitgeberin und die F. AG nicht solidarisch sondern konkurrierend haften. Die Arbeitgeberin würde nur bei Absicht oder Grobfahrlässigkeit (**Art. 75 Abs. 2 ATSG**) aus Arbeitsvertrag haften, das Gaswerk bei gegebenen Voraussetzungen aus Gesetz (**Art. 33 Abs. 1 RLG**). Sodann stehe fest, dass die Arbeitgeberin den Versicherungsfall weder absichtlich noch grobfahrlässig herbeigeführt habe. Damit gelte ihr gegenüber das Regressprivileg gemäss **Art. 75 Abs. 2 ATSG**, da sie für ihren Betrieb nicht obligatorisch haftpflichtversichert sei (diese Einschränkung findet sich heute zwar in **Art. 75 Abs. 3 ATSG**, sie ist aber erst seit dem 1. Januar 2008 in Kraft [AS 2007 5149 und 5147], so dass ihr, entgegen dem, was Beklagte anzunehmen scheint, hier keine Bedeutung zukommt; vgl. KIESER, a.a.O., N. 23 zu **Art. 75 ATSG**). Es sei ohne formelle gesetzliche Grundlage nicht zulässig, dass die Klägerinnen von der aus Gesetz haftenden F. AG (bzw. der Beklagten als deren Versicherer) die vollen Leistungen zurückfordern könnten. Es sei nämlich zu berücksichtigen, dass die Sozialversicherer durch die von der Arbeitgeberin und dem Geschädigten bezogenen Beiträge für ihren Schadenaufwand gedeckt seien bzw. dass der Arbeitgeber - gemeint offenbar als Gegenleistung für die Sozialversicherungsabgaben - von der Regresspflicht gemäss **Art. 75 Abs. 2 ATSG** befreit werde. Beides seien Umstände, die es im Sinn von **Art. 147 Abs. 1 OR** verbieten würden, der Beklagten den Anteil der privilegierten

BGE 143 III 79 S. 93

Arbeitgeberin zu überbinden, indem von ihr die ganzen Leistungen zurückverlangt würden. Auch das Bundesgericht habe in **BGE 113 II 323** E. 2b S. 330 zu erkennen gegeben, dass es nahe liegen würde, in einem solchen Fall den nicht privilegierten Rückgriffspflichtigen zulasten des Regressanspruchs der Suva einen Ausgleich zu gewähren. Der Vorhalt der Vorinstanz sodann, die Beklagte habe nicht substantiiert, welchen Anteil des Schadens von der Arbeitgeberin zu tragen gewesen wäre, übergehe **Art. 148 Abs. 1 OR**, wonach jeder Solidarschuldner einen gleichen Teil zu übernehmen habe.

6.1.2 Vorerst ist klarzustellen, dass es bei **Art. 75 Abs. 2 ATSG** um ein *Regressprivileg* und nicht um ein *Haftungsprivileg* geht. Nur der Rückgriff der Sozialversicherer auf die Arbeitgeberin ist beschränkt. Die Haftung der Arbeitgeberin gegenüber dem geschädigten Arbeitnehmer besteht nach **Art. 328 OR** dagegen 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 (FRÉSARD-FELLAY, a.a.O., S. 244 Rz. 731 ff.; KIESER, a.a.O., N. 13 zu **Art. 75 ATSG**; VOGEL/BICHSEL, *Regressprivileg und Koordinationsgemeinschaft*, HAVE 2004 S. 331 ff., 332 f. Zur Unterscheidung zwischen Regressprivileg und Haftungsprivileg grundlegend: **BGE 117 II 609 E.** 4c S. 614 ff.).

Der von der Beklagten erwähnte **BGE 113 II 323** betrifft denn auch einen Anwendungsfall eines *Haftungsprivilegs*. Einem geschädigten Arbeitnehmer hafteten grundsätzlich nach **Art. 58 SVG** sowohl der Arbeitgeber wie der Halter des schadenverursachenden Fahrzeugs. Die Ansprüche gegenüber dem Arbeitgeber blieben dem Geschädigten aber aufgrund des damals gemäss Art. 129 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 13. Juni 1911 über die Kranken- und Unfallversicherung (KUVG; BS 8 317 f.) geltenden Haftungsprivilegs versagt. Dagegen wendete die Versicherung des haftpflichtigen Fahrzeughalters ein, der Schadenersatz sei um den Betrag zu kürzen, den sie ohne Haftungsprivileg auf dem internen Regressweg vom andern an sich Haftpflichtigen (dem Arbeitgeber) hätte verlangen können. Das Bundesgericht lehnte eine solche Reduktion ab und verpflichtete die Versicherung des haftpflichtigen Fahrzeughalters zu vollem Schadenersatz. Das Haftungsprivileg nach **Art. 129 Abs. 2 KUVG** schliesse nicht nur eine Klage des Geschädigten bzw. seiner Hinterbliebenen, sondern auch den Rückgriff der Suva oder des Dritthaftpflichtigen bzw. dessen Haftpflichtversicherers auf den Arbeitgeber aus; die Arbeitgeberfirma falle mithin aus der Solidarhaft

BGE 143 III 79 S. 94

heraus. Die dem Haftungsprivileg entsprechende Haftungsquote wurde also nicht dem Geschädigten, sondern dem andern Haftpflichtigen angelastet. Angetönt wurde allerdings, dass dem haftpflichtigen Dritten allenfalls für die entgangene Rückgriffsmöglichkeit ein Ausgleich zu Lasten des Regressanspruchs der Suva zu gewähren wäre (i.d.S. die zutreffende Interpretation des Urteils bei: THOMAS KOLLER, *Das Regressprivileg und der Rückgriff des Sozialversicherers auf einen nicht privilegierten haftpflichtigen Dritten*, HAVE 2005 S. 25 ff., 27; FRÉSARD-FELLAY, a.a.O., S. 274 Rz. 834 und bei Fn. 1468). Auf diesen Hinweis bezieht sich wie erwähnt auch die Beklagte.

In einem nicht publizierten Urteil (C 193/1957 vom 10. Juni 1958 E. 1) hat das Bundesgericht im Hinblick auf das Regressprivileg gemäss **Art. 129 Abs. 2 KUVG** erwogen, man könne sich in der Tat fragen, ob **Art. 100 KUVG** (vgl. BS 8 311) nicht eine Lücke aufweise, die in dem Sinn zu schliessen wäre, dass sich die Suva von dem vom nicht privilegierten Haftpflichtigen geforderten Betrag jene Summe abziehen lassen müsse, die dieser wegen dem Arbeitgeberprivileg nicht vom grundsätzlich ebenfalls haftbaren Arbeitgeber zurückfordern könne. Die Frage wurde offengelassen, weil in der Folge von Grobfahrlässigkeit des Arbeitgebers ausgegangen wurde (zur Kritik an diesem "Umgehen" der Frage: ROLAND SCHAER, *Grundzüge des Zusammenwirkens von Schadenausgleichssystemen*, 1984, S. 336 Rz. 982 und Fn. 5).

Zu den Auswirkungen eines *Regressprivilegs* gemäss **Art. 75 Abs. 2 ATSG** bei mehreren Haftpflichtigen hat sich das Bundesgericht somit noch nicht abschliessend geäussert. Es ist demnach zu prüfen, ob die Sozialversicherer zur Durchsetzung der Subrogationsforderung vollumfänglich allein auf die nicht privilegiert haftende F. AG bzw. die Beklagte als deren Haftpflichtversicherer regressieren können, wie die Vorinstanz annahm.

6.1.3 Die neuere Lehre geht im Anschluss an **BGE 113 II 323** überwiegend davon aus, dem Sozialversicherer sei das volle Regressrecht gegenüber dem nicht privilegierten Schuldner zu gewähren, so wie in **BGE 113 II 323** auch dem Geschädigten zugestanden wurde, vom nicht privilegierten Haftpflichtigen den vollen Schadenersatz zu verlangen. Die Rechtsprechung zum Haftungsprivileg wird also auf das Regressprivileg übertragen (VOGEL/BICHSEL, a.a.O., S. 332, die ausdrücklich von einer "Analogie" sprechen; SYLVIA LÄUBLI ZIEGLER, *Überentschädigung und Koordination*, in:

BGE 143 III 79 S. 95

Personen-Schaden-Forum 2004, Verein Haftung und Versicherung [Hrsg.], S. 165 ff., 174; KOLLER, a.a.O., S. 26 f., FRÉSARD-FELLAY, a.a.O., S. 275 ff. Rz. 837 ff.; KRAUSKOPF, a.a.O., S. 84; HÜRZELER, a.a.O., S. 1346 Rz. 36.48; PETER BECK, *Zusammenwirken von Schadenausgleichssystemen*, [nachfolgend: *Schadenausgleichssysteme II*], in: *Haftung und Versicherung*, Weber/Münch [Hrsg.], 2. Aufl. 2015, S. 251 ff., 312 Rz. 6.176; DOLF, a.a.O., S. 157 Rz. 330; ALEXANDER MÜLLER, *Regress im Schadensausgleichsrecht unter besonderer Berücksichtigung des Privatversicherers*, 2006, S. 82; a.A. THOMAS FREI, *Die durch ein Regressprivileg gestörte Koordinationsgemeinschaft*, HAVE 2004, S. 140 f.). Es bleibt zu prüfen, ob diese Übertragung auf die Regressforderung gemäss **Art. 75 Abs. 2 ATSG** dogmatisch und wertungsmässig gerechtfertigt ist.

6.1.3.1 Mit der Subrogation entsteht kein neuer, selbstständiger Anspruch des Sozialversicherers. Vielmehr übernimmt dieser durch Legalzession den Haftpflichtanspruch des Geschädigten mit allen damit verbundenen Vor- und Nachteilen. Die Rechtsposition des Haftpflichtigen bleibt durch die Subrogation grundsätzlich unberührt (**BGE 124 III 222 E.** 3 S. 225; **BGE 124 V 174 E.** 3b S. 177; zit. Urteil 4A_404/2013 E. 1.1; Urteil 4C.208/2002 vom 19. November 2002 E. 2.1.1).

Das Bundesgericht hat noch vor dem Inkrafttreten des ATSG entschieden, dass die Sozialversicherung bei Subrogation im Zeitpunkt des schädigenden Ereignisses *aus dem Solidaritätsverhältnis heraustritt*. Die

Sozialversicherung sei gerade keine Haftpflichtige, sondern eine "haftpflichtfremde Ersatzpflichtige". Anders sei dies bei der Haftpflichtversicherung, die für den Versicherten leistet. Diese trete bezüglich des Regressrechtes an die Stelle des Haftenden. Gegenüber Mithaftenden könne sie als Teil der Solidaritätsgemeinschaft im Gegensatz zur Sozialversicherung nur anteilmässig Rückgriff nehmen, da unter den mehreren Mithaftenden selber keine Solidarität besteht (zit. Urteil 4C.208/2002 E. 2.1.2 mit umfassenden Hinweisen). **Art. 72 Abs. 2 ATSG** setzt diese Auffassung um (KOLLER, a.a.O., S. 26) und bestimmt deshalb, dass mehrere Haftpflichtige dem Sozialversicherer solidarisch haften (kritisch dazu: ROLAND BREHM, Berner Kommentar, 4. Aufl. 2013, N. 91 zu **Art. 51 OR**). Eine Lehrmeinung (BECK, Schadenausgleichssysteme II, a.a.O., S. 312 Rz. 6.176) leitet bereits aus diesem Urteil ab, folglich sei der Regress des Sozialversicherers auf den nicht privilegiert Haftpflichtigen nicht auf dessen Anteil beschränkt und der nicht privilegierte

BGE 143 III 79 S. 96

Solidarschuldner könne sich nicht auf das für einen Mithaftpflichtigen zur Anwendung kommende Regressprivileg berufen. Das wird mit diesem Urteil aber nicht gesagt.

6.1.3.2 Das Regressprivileg gemäss **Art. 75 Abs. 2 ATSG** bedeutet, dass bei gegebenen Voraussetzungen (lediglich Fahrlässigkeit des Arbeitgebers) *keine* Forderung des Sozialversicherers gegenüber dem Arbeitgeber besteht (so auch allgemein [nicht bezogen auf **Art. 75 Abs. 2 ATSG**]: PETER JUNG, Regressprobleme bei Privilegierung eines Solidarschuldners, in: Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier, 2008, S. 285 ff., 286). Solidarität zwischen mehreren Haftpflichtigen kann es aber nur geben, wenn eine multiple Haftung vorhanden ist (**BGE 133 III 6** E. 5.3.4 S. 25; **BGE 130 III 362** E. 5.2 S. 369). In der Lehre wird die Auffassung vertreten, sofern die Voraussetzungen des Regressprivilegs gegeben seien, schliesse dies eine Haftung gegenüber dem regressierenden Sozialversicherer aus (FRÉSARD-FELLAY, a.a.O., S. 275 Rz. 837). Der Privilegierte fällt - wie es in **BGE 113 II 323** formuliert wurde - "aus der Solidarhaft heraus". Aus diesem Ansatz ergibt sich bereits aus dogmatischen Gründen, dass, wenn der Sozialversicherer voll auf den nicht privilegierten Haftpflichtigen Rückgriff genommen hat - dieser seinerseits *nicht* auf den privilegierten Arbeitgeber regressieren kann, da *keine gemeinsame Schuld* besteht. Daraus wird der Schluss gezogen, der nicht privilegierte Schuldner hafte dem Sozialversicherer als einziger Schuldner für den ganzen Haftungsbetrag (FRÉSARD-FELLAY, a.a.O., S. 275 Rz. 837. Im Ergebnis gleich mit Hinweis auf die in **BGE 113 II 323** zum Haftungsprivileg ergangene Rechtsprechung: KOLLER, a.a.O., S. 27 und bei Fn. 18 mit der Begründung, die Abänderung des Haftungs- zu einem Regressprivileg habe die Stellung des Sozialversicherungsträgers nicht berührt; sowie DOLF, a.a.O., S. 157 Rz. 330, der darauf verweist, für den Sozialversicherer müsse bei Vorliegen eines Regressprivilegs dasselbe gelten, wie für den Geschädigten bei Vorliegen eines Haftungsprivilegs). Es fragt sich aber, ob es nicht angezeigt ist, den Ausfall des Mitschädigers als Umstand zu berücksichtigen, der eine Haftungsreduktion (**Art. 44 OR**) rechtfertigt.

6.1.3.3 In **BGE 113 II 323** E. 2b S. 330 f. wurde wie erwähnt die Nicht-Berücksichtigung des Haftungsprivilegs des Arbeitgebers bei der Haftpflicht des nicht privilegierten Dritthaftpflichtigen gegenüber dem Geschädigten wesentlich wertungsmässig begründet. Es entspreche dem Wesen der Solidarität und Billigkeit, den

BGE 143 III 79 S. 97

haftpflichtigen Dritten und nicht den Geschädigten den Ausfall tragen zu lassen. Diese Überlegung lässt sich nicht ohne weiteres auf den Sozialversicherer übertragen (ebenso: KOLLER, a.a.O., S. 27). Im zitierten Entscheid wurde denn auch festgehalten, ein Ausgleich zugunsten des nicht privilegierten Haftpflichtigen und zulasten des Sozialversicherers, wie er in der Lehre zum Teil befürwortet werde, "liegt in der Tat nahe" (**BGE 113 II 323** E. 2b S. 330 mit Hinweisen). Nachdem mit dem ATSG das Haftungsprivileg zugunsten des Geschädigten abgeschafft wurde, liegt ein solcher Ausgleich noch näher. Weshalb soll es gerechtfertigt sein, dass der nicht privilegierte Haftpflichtige, der vom Geschädigten belangt wurde, für den Direktschaden auf den mit ihm solidarisch haftenden Arbeitgeber Rückgriff nehmen kann, gegenüber dem Sozialversicherer aber für die Subrogationsforderung vollumfänglich allein haftet? Das frühere Haftungsprivileg nach aArt. 44 UVG wurde einerseits damit begründet, dass der Arbeitgeber die Prämien der Betriebsunfallversicherung bezahlen müsse, und andererseits mit dem Zweck der Erhaltung des Arbeitsfriedens durch Ausschaltung von Auseinandersetzungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer (**BGE 127 III 580** E. 2b S. 583). Mit der Aufhebung des Haftungsprivilegs besteht der zweite Grund nicht mehr. Die Aufrechterhaltung des Regressprivilegs der Suva ergibt sich gemäss den Materialien aber 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, BBl 1999 4659 f. zu Art. 82 E-ATSG). In der Folge kam es im Gesetzgebungsprozess zu keinen massgeblichen Äusserungen mehr (vgl. die Zusammenfassung bei FRÉSARD-FELLAY, a.a.O., S. 247 Rz. 746 f.). Geht man von dieser Begründung des Regressprivilegs aus, dann ist es folgerichtig, dass ein interner Rückgriff des dem Sozialversicherer voll leistenden Haftpflichtigen auf den Arbeitgeber ausgeschlossen ist, denn sonst würde das Regressprivileg auf diesem Weg unterlaufen und der Arbeitgeber würde des Vorteils, den er sich nach der Vorstellung des Gesetzgebers mit der Prämienleistung erkaufte, verlustig gehen. Andererseits fehlt eine innere Rechtfertigung dafür, dass sich die Sozialversicherer voll am nicht privilegierten

Haftpflichtigen schadlos halten können. Ihre Gegenleistung für die das Privileg rechtfertigenden Prämienzahlungen ist die entsprechende

BGE 143 III 79 S. 98

Versicherungsdeckung für die Arbeitnehmer. Bei einer vollen Regressmöglichkeit auf den nicht privilegierten Haftpflichtigen wären sie daher in der Tat bereichert, wie die Beklagte geltend macht. Es erscheint daher jedenfalls wertungsmässig gerechtfertigt, dass der nicht privilegierte Haftpflichtige dem Sozialversicherer nur insoweit haftet, wie er im internen Verhältnis mit dem Arbeitgeber den Schaden tragen müsste, wenn kein Regressprivileg bestünde und demzufolge zwischen ihnen der interne Regress zwischen Solidarschuldern spielen würde.

6.1.3.4 Dogmatisch lässt sich das Regressprivileg des Mitverursachers als *Reduktionsgrund* für die Haftung des nicht privilegierten Haftpflichtigen verstehen. Der Sozialversicherer muss sich den Vorteil anrechnen lassen, der seinen versicherten Arbeitgebern zugestanden wird (i.d.S. - allerdings noch bezogen auf aArt. 44 UVG bzw. **Art. 129 Abs. 2 KUVG** - EMIL W. STARK, Probleme der Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts, ZSR 86/1967 II S. 1 ff., 70; PETER STEIN, Haftungskompensation, ZSR 102/1983 I S. 67 ff., 107 f.; PIERRE TERCIER, Concours d'actions et solidarité: OÙ en sommes-nous?, in: Quelques questions fondamentales du droit de la responsabilité civile, 2002, S. 115 ff., 137; SCHAEER, a.a.O., S. 335 f. Rz. 982 f.; PETER BECK, Zusammenwirken von Schadenausgleichssystemen, in: Schaden - Haftung - Versicherung, [nachfolgend: Schadenausgleichssysteme I], Münch/Geiser [Hrsg.], 1. Aufl. 1999 [Vorauslage], S. 235 ff., 281 f. Rz. 6.105 und S. 310 Rz. 6.159). Eshandelt sich um einen Umstand aus dem Verantwortungsbereich des Gläubigers, für den dieser im Sinn von **Art. 44 Abs. 1 OR** einzustehen hat. Diesem Ergebnis steht auch die Rechtsnatur der Subrogation nicht entgegen. Es bleibt dabei, dass keine neue Forderung des Sozialversicherers entsteht; der *Bestand* der durch Legalzession übergegangenen Forderung des Geschädigten bleibt unverändert (Erhaltung der Einwendungen und Einreden). Der Gesetzgeber hat aber mit der neuen Ordnung im ATSG eine gewisse Unabhängigkeit der Regressforderung von der subrogierten Forderung geschaffen (so auch FRÉSARD-FELLAY, a.a.O., S. 275 ff. Rz. 837 a.E. Rz. 839 ff.). Die Abschaffung des Haftungsprivilegs und die Beibehaltung des Regressprivilegs führen dazu, dass der Geschädigte zwar eine Forderung gegen den Arbeitgeber hat. Soweit diese seine Forderung aber auf die Sozialversicherer übergeht, hat der Sozialversicherer seinerseits im Rahmen des Arbeitgeberprivilegs keine (durchsetzbare) Forderung mehr.

BGE 143 III 79 S. 99

6.1.3.5 Die Lehre, die eine volle Haftung des nicht privilegierten Haftpflichtigen gegenüber den Sozialversicherern befürwortet, rechtfertigt diese ebenfalls wertungsmässig. Es gehe um eine Frage der richtigen Schadens- beziehungsweise Kostenallokation und der Verhaltenssteuerung (KOLLER, a.a.O., S. 27 ff.; ihm folgend: FRÉSARD-FELLAY, a.a.O., S. 277 f. Rz. 841; DOLF, a.a.O., S. 158 f. Rz. 333 ff.). Namentlich KOLLER, der dies erstmals begründete, macht geltend, das Bundesgericht habe in **BGE 119 II 289**, wo dem Sozialversicherer der Genuss des Einreden- und Einwendungsausschlusses gemäss **Art. 65 Abs. 2 SVG** zugestanden worden sei, darauf abgestellt, dass die obligatorische Motorfahrzeughalterhaftpflicht dem Schädiger näher stehe als die Unfallversicherung des Geschädigten. Mit diesem Entscheid habe das Bundesgericht die aus einem Autounfall resultierenden Kosten beim Haftpflichtversicherungssystem des Strassenverkehrs alloziert statt beim Sozialversicherungssystem, das heisst sachlich zutreffend dort, wo die Kosten verursacht worden seien. Übertrage man dies auf das Problem des Regressprivilegs, so zeige sich am Beispiel eines Autounfalls mit dem Auto des Arbeitgebers, dass bei einem - wegen des Arbeitgeberprivilegs - bloss anteilmässigen Rückgriff auf den nicht privilegierten Halter eines Fahrzeugs das Motorfahrzeughalterhaftpflichtversicherungssystem entlastet würde zum Nachteil des Sozialversicherungssystems. Das würde der Grundidee widersprechen, dass Kosten des Strassenverkehrs von diesem und nicht vom Sozialversicherungssystem zu tragen seien. KOLLER führt weiter aus, diese Überlegungen müssten auch gelten, wenn nicht die Motorfahrzeughalterhaftpflicht, sondern eine andere Kausalhaftung zur Diskussion stehe. Im gewerblichen Bereich würden Haftpflichtprämien als Teil der Kosten für die Herstellung oder Verteilung von Gütern in die Endkosten einfließen und so auf die Konsumenten abgewälzt. Unter dem Prinzip der Kostenwahrheit sei es sachgerecht, dass der Verbraucher und nicht der Prämienzahler der Sozialversicherung diese Kosten übernehme und die Prämien entsprechend dem zu übernehmenden Risiko ausgestaltet seien. Nur wenn die Prämien für die Haftpflichtversicherung des Kausalhaftpflichtigen risikogerecht ausgestaltet seien, könnten sie zu einer risikogerechten und effizienten Kostenallokation beitragen (KOLLER, a.a.O., S. 27 ff.).
Diese Überlegungen überzeugen nur bedingt. Die Frage ist vorerst: Was heisst risikogerechte Prämiengestaltung? Es kann sein, dass der Kausalhaftpflichtige alleiniger Verursacher eines Schadens ist, oder

BGE 143 III 79 S. 100

dass er neben einem den Schaden schuldhaft Verursachenden haftet, oder dass er schliesslich neben einem Arbeitgeber eines Geschädigten haftet. Die Prämiengestaltung wird alle möglichen Fälle in Rechnung stellen müssen. Es ist daher kaum anzunehmen, dass wegen der möglichen Einzelfälle, wo der nicht privilegierte Kausalhaftpflichtige neben einem Arbeitgeber haftet, die Prämiengestaltung anders ausfällt und entsprechend zur Verhaltenssteuerung beim nicht privilegierten Kausalhaftpflichtigen beiträgt. Hinzu kommt,

dass das Privileg des Arbeitgebers gerade dadurch gerechtfertigt wird, dass auch der Sozialversicherer von ihm für das gedeckte Risiko eine Prämie erhalten hat. Das Bundesgericht hielt in **BGE 119 II 289** E. 5c S. 296 zwar fest, der obligatorische Motorfahrzeug-Haftpflichtversicherer stehe dem Schädiger näher als die Unfallversicherung des Geschädigten. Es ging dabei aber um die Folgen von Versicherungsverträgen, die sich nachträglich als nichtig erweisen, und nicht um das durch die obligatorische Versicherung abgedeckte Risiko, das sich verwirklicht hatte. In dem Entscheid ging es konkret mithin nicht um die hier interessierende Frage.

Insgesamt erscheint es gerechtfertigt, das Regressprivileg bei der Bemessung des Regressanspruchs des Sozialversicherers auf einen Dritten zu berücksichtigen. Dabei kann offenbleiben, ob sich für diese Frage allenfalls aus der in **Art. 75 Abs. 3 ATSG** erfolgten Gesetzesanpassung etwas ableiten liesse, ist diese doch erst seit dem 1. Januar 2008 in Kraft und damit hier nicht anwendbar.

6.2 Prozessual ist davon auszugehen, dass der Sozialversicherer zunächst den ungekürzten Anspruch behaupten darf. Es ist dann Sache des in Anspruch genommenen Haftpflichtigen darzulegen, in welchem Ausmass sein Anteil wegen des Arbeitgeberprivilegs zu reduzieren ist. Davon ging implizit auch die Vorinstanz aus. Gemäss ihren Feststellungen habe die Beklagte aber im kantonalen Verfahren nicht ausgeführt, welcher Anteil des Schadens ihrer Meinung nach von der C. AG zu tragen gewesen wäre. Dem hält die Beklagte entgegen, die Vorinstanz übergehe damit **Art. 148 Abs. 1 OR**, wonach jeder Solidarschuldner einen gleichen Teil zu übernehmen habe. Sowohl die Auffassung der Vorinstanz als auch diejenige der Beklagten greifen zu kurz:

6.2.1 Die Reduktion des Regressanspruchs erfolgt grundsätzlich, indem eine interne Haftungsaufteilung zwischen den beiden Haftpflichtigen stattfindet, wie wenn das Sonderrecht nicht spielen würde. Die sich aus dieser Operation ergebende Quote des Privilegierten trägt

BGE 143 III 79 S. 101

definitiv der subrogierende Versicherer, so dass der Dritthaftpflichtige nur für seinen internen Anteil geradestehen muss (FREI, a.a.O., S. 141; vgl. STARK, a.a.O., S. 70; SCHAER, a.a.O., S. 335 f. Rz. 982; BECK, Schadenausgleichsysteme I, a.a.O., S. 281 f. Rz. 6.105 und S. 310 Rz. 6.159).

Ohne Sonderrecht würden die Beteiligten (sofern auch die Arbeitgeberin eine Haftung trifft) den Klägerinnen nach **Art. 72 Abs. 2 ATSG** solidarisch haften. Mit **Art. 72 Abs. 2 ATSG** sollte erreicht werden, dass gegenüber dem Versicherungsträger gleich wie gegenüber dem Geschädigten je nach Gesetzesbestimmung "echte" Solidarität (gem. **Art. 50 OR** und Regelungen in Spezialgesetzen, z.B. **Art. 60 SVG**) oder "unechte" Solidarität (gem. **Art. 51 OR**) gilt (vgl. Parlamentarische Initiative Sozialversicherungsrecht, Vertiefte Stellungnahme des Bundesrates vom 17. August 1994, BBI 1994 V 957 f. zu Art. 79 E-ATSG). Gemäss **Art. 34 RLG** richtet sich der Rückgriff unter den Haftpflichtigen bei einer Haftung gemäss Rohrleitungsgesetz nach den Bestimmungen des Obligationenrechtes über unerlaubte Handlungen, was sich insbesondere auf **Art. 51 OR** bezieht (OFTINGER/STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. II/3, 4. Aufl. 1991, S. 391 § 30 Rz. 163). Dabei nimmt die Beklagte als Haftpflichtversicherer der F. AG deren Position ein (**BGE 130 III 362** E. 5.1 S. 369; **BGE 116 II 645** E. 2 S. 647 f. mit Hinweisen; OFTINGER/STARK, a.a.O., Bd. I, 5. Aufl. 1995, S. 572 § 11 Rz. 102). Entgegen der Auffassung der Beklagten kann damit nicht einfach **Art. 148 Abs. 1 OR** herangezogen werden.

6.2.2 Die Beklagte hat nach den Feststellungen im angefochtenen Entscheid vorinstanzlich ausgeführt, die Sozialversicherer müssten denjenigen Anteil übernehmen, den der haftpflichtrechtlich privilegierte Arbeitgeber als Solidarschuldner zu verantworten hätte. Es ist nicht notwendig, dass sie darlegt, welcher Anteil des Schadens ihrer Meinung nach von der C. AG zu tragen gewesen wäre. Es genügt, dass sie die Tatsachen behauptet und nachweist, die es dem Gericht erlauben, den Betrag nach Art. 51 i.V.m. **Art. 50 OR** festzusetzen. Dazu äussert sich der angefochtene Entscheid nicht. Das Regressprivileg setzt voraus, dass die Arbeitgeberin gegenüber dem Geschädigten haftpflichtig ist, ohne dass ihr ein grobes Verschulden oder Absicht vorgeworfen werden kann. Sofern der Beklagten dieser Nachweis gelingt, kann sie sich der Regressforderung der Klägerinnen insoweit widersetzen, als der Schaden im internen Verhältnis ohne Regressprivileg von der Arbeitgeberin zu tragen wäre.

BGE 143 III 79 S. 102

Soweit eine Haftung der Beklagten besteht, wird die Vorinstanz daher über die Berücksichtigung des Regressprivilegs neu zu entscheiden haben. (...)