

# **BS\_APPELLATIONSGERICHT ZB.2021.29 vom 6. Juli 2022**

BS Appellationsgericht, 2022-07-06, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs\\_appellationsgericht\\_ZB.2021.29](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_ZB.2021.29)

FR: BS\_APPELLATIONSGERICHT ZB.2021.29 du 6 juillet 2022

IT: BS\_APPELLATIONSGERICHT ZB.2021.29 del 6 luglio 2022

## **Erwägungen**

### **E. 2**

UVG, ohne diese Ausführungen inhaltlich zu kritisieren (Berufung, Rz 14).

Die Ausführungen des Zivilgerichts zum Meinungsstand in der Lehre sind denn auch korrekt. In der Literatur zu aArt. 44 Abs. 2 UVG und zu Art. 75 Abs. 2 ATSG wurde und wird einhellig die Auffassung vertreten, dass das Rückgriffsprivileg nur bei einem groben Verschulden der Arbeitgeberin selbst oder ihrer Organe entfällt, nicht aber bei einem groben Verschulden einer Hilfsperson. Die Versicherungsträger nennen denn auch keine Lehrmeinung, die nach geltendem Recht das Rückgriffsprivileg der Arbeitgeberin nicht nur bei einem groben Verschulden der Arbeitgeberin und ihrer Organe entfallen lässt, sondern auch bei einem groben Verschulden einer Hilfsperson. Stellvertretend für den Meinungsstand in der Lehre seien folgende Stimmen zitiert:

«Das hier allein haftungsbegründende schwere Verschulden muss diejenige Person persönlich treffen, die in Anspruch genommen wird. Wenn also der Arbeitgeber eine juristische Person ist, haftet er nur [ ], wenn eines seiner Organe mindestens eine grobe Fahrlässigkeit trifft. Wenn z. B. ein Versicherter im Auto seines Arbeitnehmers verunfallt, wird kaum je ein Organ ein grobes Verschulden treffen, vielleicht aber den Lenker, der meistens ein Arbeitskollege des Verunfallten sein wird» (Oftinger/Stark, Schweizerisches Haftpflichtrecht. Allgemeiner Teil, Band I, 5. Auflage, Zürich 1995, S. 615 f.).

«Handelt es sich bei der Arbeitgeberin um eine juristische Person, so haftet diese nur, wenn einem Organ im Sinne von Art. 55 ZGB Grobfahrlässigkeit oder Vorsatz vorgeworfen werden kann. Das schwere Verschulden einer blossen Hilfsperson genügt nicht [ ]. Im Rahmen von Art. 44 Abs. 2 UVG kommt mithin der Abgrenzung zwischen Organen und Hilfspersonen bei juristischen Personen entscheidende Bedeutung zu» (Koller, Schleichende Einschränkung des Haftungsprivilegs von Art. 44 Abs. 2 UVG durch schleichende Ausweitung des Organbegriffs nach Art. 55 Abs. 2 ZGB? ■ Bemerkungen zu BGE 4c.296/2001, recht 2002, 122, S. 123).

«Lorsque le bénéficiaire du privilège est une personne morale, la question qui se pose avant tout est de savoir en quelle qualité le responsable du dommage corporel a agi, dans l'accomplissement du travail qui lui avait été confié. Si le responsable a agi en tant qu'organe de la personne morale, la négligence grave permet la levée du privilège. En effet il faut imputer à la personne morale les actes de ses organes (art. 55 al. 2 CC). Si le responsable a agi en tant qu'auxiliaire de la personne morale en revanche, il n'y pas de levée du privilège de la personne morale» (Greber/Kahil-Wolff/Frésard-Fellay/Molo, Droit suisse de la sécurité sociale, Volume I, 2010, S. 508).

«Dieses qualifizierte Verschulden muss dabei beim Arbeitgeber selbst und nicht bloss bei einer seiner Hilfspersonen wie einem Mitarbeiter ohne Organstellung vorliegen» (von

Kaenel, Unfall am Arbeitsplatz ■ Arbeitgeberhaftung, in: Weber/Münch [Hrsg.], Haftung und Versicherung, 2. Auflage, Bern 2015, § 14.34 S. 682).

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das Zivilgericht den Meinungsstand in der Lehre korrekt wiedergab. In dieser wird durchwegs die Auffassung vertreten, dass das Rückgriffsprivileg nur bei einem groben Verschulden der Arbeitgeberin selbst oder ihrer Organe entfällt ■ nicht aber bei einem groben Verschulden ihrer Hilfspersonen.

3.2.3 Die Versicherungsträger kritisieren schliesslich, dass die zivilgerichtliche Auffassung, die durch die Rechtsprechung und Lehre gedeckt ist (vgl. oben E. 3.2.1 und 3.2.2), zu einer unzulässigen Besserstellung der rückgriffsverpflichteten Arbeitgeberin führe. Gemäss Art. 72 ATSG trete der Versicherungsträger bis auf die Höhe der gesetzlichen Leistungen in die Ansprüche der versicherten Person gegenüber dem Haftpflichtigen ein. Der Rückgriffsanspruch begründe keinen neuen Anspruch des Versicherungsträgers; vielmehr übernehme dieser den durch Subrogation übergegangenen Haftpflichtanspruch der versicherten Person mit allen damit verbundenen Vor- und Nachteilen. Die Rechtsstellung des Haftpflichtigen bleibe durch die Subrogation grundsätzlich unberührt: Der Haftpflichtige habe lediglich einen Teil seiner Schuld dem Versicherungsträger ■ statt der versicherten Person ■ zu begleichen. Dabei soll er weder besser noch schlechter gestellt werden. Das Postulat, dass mit der Subrogation weder eine Schlechter- noch eine Besserstellung des Haftpflichtigen einhergehen soll, habe das Bundesgericht betont (mit Verweis auf BGer 4A\_453/2017 vom 12. Juli 2018 E. 1.2). Gegenüber der geschädigten Person hafte der Haftpflichtige nun nicht bloss bei einem Verschulden seiner Organe, sondern auch bei einem Verschulden seiner Hilfspersonen. Mit der Schlussfolgerung, das Rückgriffsprivileg falle nur bei einer grobfahrlässigen Herbeiführung des Unfalls durch ein Organ dahin, verkenne das Zivilgericht den Grundsatz des integralen Übergangs des Haftpflichtanspruchs auf den Versicherungsträger (Berufung, Rz 15■18; vgl. auch Rz 22■29).

Der Grundsatz des integralen Übergangs des Haftpflichtanspruchs auf den Versicherungsträger erfährt Ausnahmen. Im von den Versicherungsträgern angerufenen BGer 4A\_453/2017 vom 12. Juli 2018 hält das Bundesgericht denn auch ausdrücklich fest, dass eine solche Ausnahme oder «Modifikation» in Art. 75 ATSG verankert ist, indem das Rückgriffsrecht des Versicherungsträgers gegenüber bestimmten Personen ■ wie etwa gegenüber der Arbeitgeberin ■ eingeschränkt wird:

«1.2.1 Immerhin ist anzumerken, dass die Argumentation der Beschwerdeführerinnen, soweit sie sich dabei auf den Grundsatz der integralen Subrogation berufen und uneingeschränkt Rückgriff verlangen, im Wesentlichen an der Sache vorbeigeht. Wie bereits im Rückweisungsentscheid festgehalten, entsteht mit der Subrogation 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 143 III 79 E. 6.1.3.1 S. 95 mit Hinweisen). Davon gehen an sich auch die Beschwerdeführerinnen aus. 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 mithin nicht der Grundsatz der Subrogation, sondern der Umfang und die Folgen einer im Gesetz vorgesehenen Einschränkung.

1.2.2 Die Stellung der Sozialversicherung wird bei Bestehen des Privilegs im Gegensatz zu einer gewöhnlichen Subrogation insofern eingeschränkt, als die Sozialversicherung nicht vollumfänglich in die Position des Geschädigten eintritt».

Der Grundsatz des integralen Übergangs des Haftpflichtanspruchs gilt somit nicht ausnahmslos. Er wird in Art. 75 ATSG vielmehr explizit eingeschränkt oder «modifiziert» durch das Rückgriffsprivileg der Arbeitgeberin und ihrer Organe. Würde das Rückgriffsprivileg nicht nur bei einem groben Verschulden der Arbeitgeberin selbst oder ihrer Organe entfallen, sondern auch bei einem groben Verschulden ihrer Hilfspersonen, würde zwar der Grundsatz des integralen Übergangs des Haftpflichtanspruchs «durchgezogen» und die Arbeitgeberin im Rückgriffsverhältnis nicht bessergestellt. Gleichzeitig würde aber das Rückgriffsprivileg, wie es in Art. 75 ATSG verankert ist, drastisch eingeschränkt, indem die Arbeitgeberin gegen einen Rückgriff nur dann geschützt wäre, wenn sie selbst, ihre Organe und ihre Hilfspersonen kein schweres Verschulden trifft. Eine solche Aushöhlung des Rückgriffsprivilegs der Arbeitgeberin ist aber nach Rechtsprechung und Lehre nicht vorgesehen (vgl. oben E. 3.2.1 und 3.2.2).

### 3.3 Zwischenfazit

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das Rückgriffsprivileg der Arbeitgeberin nur dann entfällt, wenn das grobe Verschulden die Arbeitgeberin persönlich oder eines ihrer Organe trifft ■ und nicht auch dann, wenn es eine ihrer Hilfspersonen trifft. Im Rahmen des Rückgriffs der Versicherungsträger ist deshalb das Handeln des Lagerchefs in seiner Eigenschaft als Hilfsperson der Arbeitgeberin nicht anzurechnen. Dies hat das Zivilgericht zutreffend erkannt (vgl. Zivilgerichtsentscheid, E. 4.5.2.1).

## 4. Grobfahrlässige Herbeiführung des Unfalls durch ein faktisches Organ?

### 4.1 Zivilgerichtsentscheid

Nachdem das Zivilgericht zu Recht festgehalten hatte, dass das Rückgriffsprivileg der Arbeitgeberin nur bei einem groben Verschulden der Arbeitgeberin selbst oder ihrer Organe entfällt (vgl. oben E. 3), prüfte es, ob dem Lagerchef Befugnisse delegiert wurden, die ihn zum faktischen Organ machen. Es führte dazu einleitend aus, dass in der Rechtsprechung und Lehre verschiedene Kategorien von Organen unterschieden würden. Die Versicherungsträger beriefen sich auf BGE 128 III 76, in welchem ein Betriebsleiter einer öffentlich-rechtlichen Anstalt Reinigungsarbeiten an einen Angestellten delegiert hatte, ohne die dafür nötigen Anweisungen gegeben und die nötigen Aufsichtsmaßnahmen getroffen zu haben. Dem Betriebsleiter wurde vorgeworfen, dass er den Unfall des vom Angestellten beigezogenen Lehrlings hätte vorhersehen können und dass er die elementarsten Sorgfaltspflichten verletzt habe. Der Betriebsleiter handelte im Rahmen des Betriebs der öffentlich-rechtlichen Anstalt als Organ des Kantons. Gemäss dem Bundesgericht wurde der Angestellte durch die Übertragung von Befugnissen an ihn ■ qua Delegation ■ zu einem Organ des Arbeitgebers. Nach der Darstellung von BGE 128 III 76 prüfte das Zivilgericht ■ in Anlehnung an diesen Entscheid ■ im vorliegenden Fall zwei Fragen: (1) Wurde der Chef des Warenlagers infolge einer konkreten oder generellen Delegation zum Organ im weiteren Sinn? Und: (2) War die vom Lagerchef durchgeführte gefährliche «Putzaktion» vom 24. Dezember 2009 für den Geschäftsführer vorhersehbar? (Zivilgerichtsentscheid, E. 4.5.2.2 S. 19 f.).

Das Zivilgericht verneinte die erste Frage: Es fehle sowohl an einem konkreten Auftrag des Geschäftsführers zur Reinigung (mit der Wegnahme des Metallgitters) als auch an einer generellen Delegation, aufgrund welcher die «Putzaktion» vom 24. Dezember 2009 in den Aufgabenbereich des Lagerchefs gefallen wäre (E. 4.5.2.2.1 mit Verweis auf E. 4.5.1). In der nachfolgenden E. 5 wird eingehend ausgeführt, dass diese Einschätzung korrekt ist.

Auch die zweite Frage ■ die Vorhersehbarkeit der «Putzaktion» für den Geschäftsführer ■ wurde vom Zivilgericht verneint. Der Lagerchef habe nach seiner eigenen Aussage auf dem Rundgang vom 24. Dezember 2009 gegenüber dem Geschäftsführer, der sich bereits habe verabschieden wollen, beiläufig kurz erwähnt, dass er das bei Gelegenheit machen wolle. Der Geschäftsführer habe angesichts dieser beiläufigen Bemerkung aufgrund der gegebenen technischen Umstände (Gewicht und Verschraubung des Metallgitters, keine Wegnahme des Metallgitters seit 1996) und der dem Lagerchef zustehenden Kompetenzen weder gewusst noch in Kauf genommen, dass der Lagerchef das Gitter aus der Bodenöffnung heben würde. Dies werde umso deutlicher, als sich der Lagerchef erst im Verlauf der «Putzaktion» spontan zur Wegnahme des Gitters entschieden habe. Habe aber die «Putzaktion» nicht im Aufgabenbereich des Lagerchefs gelegen und sei sie auch nicht vorhersehbar gewesen, liege kein mit BGE 128 III 76 vergleichbarer Sachverhalt vor. Demgemäss sei der Lagerchef nicht als Organ im weiteren Sinn zu qualifizieren und sein Handeln sei der Arbeitgeberin somit im Sinn von Art. 75 ATSG nicht anrechenbar (E. 4.5.2.2.2).

#### 4.2 Einwände der Versicherungsträger

Die Versicherungsträger halten in ihrer Berufung an der Anwendung von BGE 128 III 76 auf den vorliegenden Fall fest (Berufung, Rz 54■63). Der Entscheid handelt 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 nicht anwesend war. Das Bundesgericht entschied, 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 führte das Bundesgericht aus, 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 («s■il a délégué ses compétences à son collaborateur, celui-ci devient, en raison de cette délégation, un organe de l■employeur»). 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).

Es ist zunächst fraglich, ob mit BGE 128 III 76 der Organbegriff allgemein neu definiert wurde. Das Bundesgericht qualifizierte in diesem Entscheid den einfachen Angestellten, welchem der Betriebsleiter den Auftrag zur Reinigung des Stalldachs gegeben hatte, als faktisches Organ. Organe einer juristischen Person sind nach der ständigen Praxis des Bundesgerichts aber nur jene Personen, die durch Gesetz, Statuten oder aufgrund der

faktischen Organisation an der Willensbildung der Gesellschaft teilhaben und mit entsprechender rechtlicher oder tatsächlicher Entscheidungskompetenz ausgestattet sind. Es genügt nicht, wenn ein Angestellter in einem stark eingeschränkten Geschäftsbereich die ihm übertragene Tätigkeit selbständig ausführt. Erforderlich ist vielmehr, dass er die Willensbildung des Unternehmens zu beeinflussen vermag («personnes qui tiennent les leviers de commande de l'entreprise»). Dass eine Person im technischen Bereich die ihm übertragenen Arbeiten selbständig ausführt, ändert an der Qualifizierung als blosser Hilfsperson nichts (BGE 122 III 225 E. 4). Dieser engere Begriff des faktischen Organs wird denn auch vom Bundesgericht in den vor und nach BGE 128 III 76 ergangenen Entscheiden ganz überwiegend vertreten (vgl. etwa BGE 124 III 418 E. 1b, 128 III 29 E. 3, 146 III 37 E. 6.1; BGer 4A\_544/2008 vom 10. Februar 2009 E. 2.3).

Auch in der Lehre wird BGE 128 III 76 als «Ausreisser» betrachtet: So wird etwa unter ausdrücklicher Bezugnahme auf BGE 128 III 76 ausgeführt, dass das Bundesgericht eine faktische Organstellung «vereinzelte» auch bei Personen bejaht habe, die über keine eigenen wesentlichen Entscheidbefugnisse verfügten (Meier, in: Fischer/ Luterbacher [Hrsg.], Haftpflichtkommentar, Zürich 2016, Art. 55 ZGB N 25). Sodann wird in der Lehre angezweifelt, dass BGE 128 III 76 «den Organbegriff generell neu definiert», und kritisiert, dass diese weite Auslegung des Organbegriffs eine Rechtsunsicherheit schaffe und nur dann Anwendung finden sollte, «wenn die strengen Voraussetzungen des Rechtsmissbrauchs oder der Delegation organotypischer Aufgaben vorliegen» (Rusch/Bornhauser, Korrektiv zur Freizeichnung von der Hilfspersonenhaftung, AJP 2010, 1228, S. 1235 f.). Koller führt in seiner Besprechung des Urteils aus, es lasse sich schwer abschätzen, ob es sich um eine auf Dauer angelegte Änderung der Rechtsprechung oder um einen blossen «Ausreisser» handle. Das Urteil sei «stark geprägt von der (verständlichen) Haltung, die Tragweite des Haftungsprivilegs von Art. 44 Abs. 2 UVG einzuschränken» und dem verunfallten Lehrling einen Anspruch auf Ersatz des ganzen Schadens gegen den Kanton zu gewähren. Die Auswirkungen einer allfälligen generellen Änderung der Rechtsprechung wären allerdings erheblich. Würde Mitarbeitern künftig allein aufgrund einer Delegation von Instruktions- und Überwachungsaufgaben Organqualität beigemessen, laufe dies auf eine «weitgehende faktische Einschränkung des Haftungsprivilegs» und des Regressprivilegs hinaus. Diese Privilegien kämen dann praktisch «nur noch in seltenen Fällen» zum Tragen. Damit ginge allerdings das Bundesgericht wesentlich weiter als etwa der Gesetzgeber beim Erlass des ATSG, der das Regressprivileg ausdrücklich habe beibehalten wollen (Koller, Schleichende Einschränkung des Haftungsprivilegs von Art. 44 Abs. 2 UVG durch schleichende Ausweitung des Organbegriffs nach Art. 55 Abs. 2 ZGB? ■ Bemerkungen zu BGE 4c.296/2001, recht 2002, 122, S. 124; vgl. dazu bereits oben E. 3.2). Noch dezidierter äussert sich schliesslich Wyler, der die in BGE 128 III 76 gewählte rechtliche Konstruktion insofern als irrig («erroné») bezeichnet, als der Mitarbeiter, der mit der Aufgabe der Reinigung und Überwachung betraut wurde, offensichtlich («manifestement») die von der Rechtsprechung geforderten Voraussetzungen an die Organeigenschaft nicht erfülle. Vielmehr sei der Mitarbeiter eine Hilfsperson des Arbeitgebers im Sinn von Art. 55 und 101 OR. Die rechtliche Konstruktion des Bundesgerichts liefe darauf hinaus, dass die Organeigenschaft auf jeder Stufe unterhalb der Organe delegiert werden könnte. Eine solche Delegation erscheine umso weniger zulässig, als der Mitarbeiter, dem eine Aufgabe delegiert werde, über keinerlei Entscheidbefugnisse verfüge und keinen Einfluss auf die Führung der juristischen Person habe (Wyler, La responsabilité civile de l'employeur, y compris en ce qui concerne les actes de ses organes et auxiliaires, ARV 2011, 249, S. 254).

Aufgrund dieser Lehrmeinungen und der seither ergangenen Entscheide erscheint BGE 128 III 76 tatsächlich als «Ausreisser» in der gefestigten bundesgerichtlichen Praxis zum Organbegriff. Eine Anwendung des in BGE 128 III 76 verwendeten extensiven Organbegriffs ist deshalb abzulehnen. Im Einklang mit der ständigen Bundesgerichtspraxis und der Lehre setzt eine faktische Organeigenschaft demgegenüber voraus, dass eine Person aufgrund der faktischen Organisation an der Willensbildung der Gesellschaft teilhat und auch mit entsprechender Entscheidkompetenz ausgestattet ist. Es genügt nicht, wenn ein Mitarbeiter ■ wie in BGE 128 III 76 ■ in einem stark eingeschränkten Geschäftsbereich die ihm übertragene Arbeit selbständig ausführt. Im vorliegenden Fall war der Lagerchef an der Willensbildung der Arbeitgeberin nicht beteiligt und verfügte auch nicht über eine entsprechende Entscheidkompetenz. Er ist deshalb nicht als faktisches Organ zu qualifizieren und sein Handeln ist der Arbeitgeberin im Rahmen von Art. 75 ATSG nicht anzurechnen.

Für den Fall, dass die Grundsätze von BGE 128 III 76 im vorliegenden Fall Anwendung fänden, wenden die Versicherungsträger in ihrer Berufung zweierlei ein: Zum einen habe sich die «Putzaktion» des Lagerchefs im Rahmen seines generellen Aufgabenbereichs bewegt. Zum anderen sei es unerheblich, ob die «Putzaktion» für den Geschäftsführer vorhersehbar gewesen sei oder nicht (Berufung, Rz 57, 58 und 60). Der erste Einwand der Versicherungsträger ■ die «Putzaktion» des Lagerchefs habe sich im Rahmen seines generellen Aufgabenbereichs bewegt ■ ist unzutreffend. Dies wird in E. 5 eingehend dargelegt. Der zweite Einwand ■ die Frage der Vorhersehbarkeit für den Geschäftsführer ■ kann deshalb offen gelassen werden.

#### 4.3 Zwischenfazit

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass BGE 128 III 76 der ständigen Bundesgerichtspraxis zum Organbegriff widerspricht. Wendet man im vorliegenden Fall den gängigen ■ engeren ■ Organbegriff an, ist der Lagerchef nicht als faktisches Organ, sondern als normale Hilfsperson zu betrachten, deren Verhalten der Arbeitgeberin im Rahmen des Rückgriffs nicht anzurechnen ist (vgl. oben E. 3). Dies hat das Zivilgericht zutreffend festgehalten und begründet (Zivilgerichtsentscheid, E. 4.5.2.2).

### 5. Grobfahrlässige Herbeiführung des Unfalls durch ein formelles Organ?

#### 5.1 Zivilgerichtsentscheid

Nachdem das Zivilgericht zu Recht festgehalten hatte, dass die Arbeitgeberin im Rahmen des Rückgriffs für das Verhalten des Lagerchefs nicht einstehen müsse (vgl. oben E. 3. und 4.), behandelte es die weitere Frage, ob der Geschäftsführer der Arbeitgeberin als formelles Organ den Schaden herbeigeführt habe. Dabei prüfte es zum einen, ob die unfallverursachende «Putzaktion» vom 24. Dezember 2009 aufgrund einer generellen Delegation zum Aufgabenbereich des Lagerchefs gehörte (Zivilgerichtsentscheid, E. 4.5.2.2.1). Zum anderen prüfte es, ob die «Putzaktion» aufgrund eines konkreten Auftrags zu dessen Aufgabenbereich gehörte (E. 4.5.1). Das Zivilgericht verneinte beide Fragen, was von den Versicherungsträgern kritisiert wird. Im Folgenden wird geprüft, ob das Zivilgericht die beiden Fragen ■ (1) Gehörte die «Putzaktion» aufgrund einer generellen Delegation zum Aufgabenbereich des Lagerchefs? (2) Gehörte sie aufgrund eines konkreten Auftrags des Geschäftsführers zu seinem Aufgabenbereich? ■ zu Recht verneinte und deshalb auch eine Verursachung des Unfalls durch die Arbeitgeberin oder ihre Organe zu Recht ausschloss.

## 5.2 Erster Einwand der Versicherungsträger: «Putzaktion» des Lagerchefs

als Teil seines generellen Aufgabenbereichs

5.2.1 Zur Frage, ob die fragliche «Putzaktion» aufgrund einer generellen Delegation im Aufgabenbereich des Lagerchefs lag, führte das Zivilgericht Folgendes aus: Der Mitarbeiter war als Lagerchef angestellt. Gemäss seiner eigenen Aussage war er in dieser Funktion insbesondere für die Bereitstellung der Waren für den Abtransport sowie generell für die Ordnung und Sauberkeit im Lager zuständig ■ nicht aber für die Sauberkeit ausserhalb des Lagers und des Hauses; dafür sei [...] (Hauswart) beigezogen worden. Gemäss den Aussagen des Hauswarts wurde er ■ der Hauswart ■ für handwerkliche Sachen ausserhalb, aber auch innerhalb des Gebäudes geholt, zum Beispiel für das Wechseln von Glühbirnen oder Ähnliches. Er habe auch die Styroporplatten in den Bodenöffnungen (unterhalb des Metallgitters) im Lager angebracht. Das Zivilgericht nahm deshalb an, dass der Lagerchef für die normale alltägliche Reinigung des Lagers und die Aufrechterhaltung des Lagerbetriebs zuständig war, nicht hingegen für handwerkliche Sachen um das Gebäude, aber auch im Gebäude. Zentrale Frage sei nun, ob der Lagerchef im Rahmen dieses ihm generell zugewiesenen Aufgabenbereichs auch zur Wegnahme des Metallgitters zwecks Reinigung der Bodenöffnung berechtigt gewesen sei. Dies sei nicht der Fall, und zwar aus folgenden Gründen: (1) Das fragliche Metallgitter sei seit 1996 nie aus der Bodenöffnung gehoben worden; (2) der Lagerchef habe ausgeführt, dass es rostige Schrauben gehabt habe; das Gitter sei somit mit dem Boden verschraubt gewesen; (3) das Gitter habe gemäss der Aussage des Lagerchefs nur mit Hilfe eines Werkzeugs aus seiner Verankerung gehoben werden können; (4) das Herausheben des Gitters sei in einem zweistufigen Vorgehen erfolgt (Anheben mit Zwischenklemmen und Herausheben) und damit nur unter erheblicher Kraftaufwendung möglich gewesen. Aufgrund dieser Umstände sei die Wegnahme des Metallgitters als handwerkliche Arbeit zu qualifizieren, die mit der alltäglichen Reinigung und der Aufrechterhaltung des Lagerbetriebs nichts mehr zu tun habe. Damit liege die unfallverursachende Handlung ■ die «Putzaktion» ■ ausserhalb des an den Lagerchef generell delegierten Aufgabenbereichs (E. 4.5.2.2.1).

5.2.2 Die Versicherungsträger sind dagegen der Auffassung, dass die «Putzaktion» vom generellen Aufgabenbereich des Lagerchefs abgedeckt gewesen sei (Berufung, Rz 33 ■ 36 und 42 ■ 53). Das Zivilgericht gehe in E. 4.5.2.2.1 zwar von einer generellen Delegation von Organbefugnissen an den Lagerchef aus, verneine aber dann, dass die konkrete unfallverursachende Handlung zum delegierten Aufgabenbereich gehört habe. Es qualifiziere die Wegnahme des Metallgitters als handwerkliche Arbeit, die mit der Aufrechterhaltung des Lagerbetriebs nichts zu tun habe (Berufung, Rz 33). Bereits die vom Zivilgericht geschilderte Ausgangslage sei falsch: Es sei nie um die Reinigung der Bodenöffnung gegangen, sondern um die Beseitigung des «Absätzleins», also um die Beseitigung des Hervorstehens des Gitters (durch die Reinigung des Gitters und/oder des Betonrahmens, auf dem das Gitter lag). Dass es um die Beseitigung des «Absätzleins» gegangen sei, hätten die Versicherungsträger in der Klage und der Replik dargelegt und sei vom Lagerchef an der Hauptverhandlung bestätigt worden (Berufung, Rz 34 [S. 13 f.]).

Die Kritik der Versicherungsträger ist insofern zutreffend, als es bei der «Putzaktion» nicht um die Reinigung der Bodenöffnung ging, sondern um die Beseitigung des «Absätzleins», also um die Beseitigung des Schmutzes, der zwischen der Auflagefläche und dem darauf liegenden Metallgitter lag. Das Zivilgericht spricht tatsächlich zuweilen von der Reinigung der Bodenöffnung. Dies ist zwar verkürzt und unpräzise, aber auch ohne Belang, da feststeht,

dass es den Reinigungsvorgang zutreffend verstanden und dargelegt hat. So fasste es den Unfallhergang im Sachverhalt so zusammen: «Zum Unfall kam es, nachdem zwei Mitarbeitende des Betriebs unmittelbar vor dem Warenlift eines von sechs tragfähigen Metallgittern aus seiner Verankerung gelöst und entnommen hatten, um Schmutz zu entfernen. Unter dem besagten Gitterrost befand sich eine nicht tragfähige Styroporplatte, welche dazu diente, den Luftzug aus dem Weinkeller im 2. UG zu verhindern» (Zivilgerichtsentscheid, S. 2). Auch aus der Schilderung der Zeugenaussagen (E. 4.3.2 und 4.3.3), der Darstellung der Ausführungen der Parteien zu den Zeugenaussagen (E. 4.4) und den weiteren Erwägungen (E. 4.5.1 S. 19 oben) ergibt sich, dass das Zivilgericht die «Putzaktion» richtig erfasst hat. Die Versicherungsträger geben denn auch nicht an, inwiefern es von Bedeutung sein soll, dass das Zivilgericht von einer Reinigung der Bodenöffnung spricht. Die Kritik an der verkürzenden Wendung zielt mit anderen Worten ins Leere.

5.2.3. Die Versicherungsträger machen sodann geltend, dass auch die Arbeitgeberin die Beseitigung des «Absätzleins» als Putzarbeit und nicht als handwerkliche Arbeit betrachtet habe: Der Geschäftsführer der Arbeitgeberin habe selbst ausgesagt, dass der Lagerchef die Aufgabe gehabt habe, das Lager zu putzen (Verhandlungsprotokoll, S. 4 oben). Der Hauswart habe in diesem Zusammenhang angegeben, dass er im 2009 ab und zu kleine Reparaturarbeiten gemacht habe, mit den Metallgittern aber nichts zu tun gehabt habe. Für Putzarbeiten habe man ihn nach seiner Aussage nicht geholt (Verhandlungsprotokoll, S. 4 f.). Auch habe die Arbeitgeberin in ihrer Duplik (Rz 151) die Beseitigung des «Absätzleins» als Putzarbeit bezeichnet. Es sei deshalb unhaltbar, dass das Zivilgericht sich über diese Anerkennung hinwegsetze und die «Putzaktion» als handwerkliche Arbeit qualifiziere (Berufung, Rz 35).

Aus den von den Versicherungsträgern genannten drei Aussagen ergibt sich nicht, dass die Beseitigung des «Absätzleins» zur normalen Putzarbeit gehörte, die in den Aufgabenbereich des Lagerchefs fiel. Der Geschäftsführer bestätigte lediglich, dass der Lagerchef «die Aufgabe auch zum Putzen des Lagers» hatte; er habe ■ neben vier anderen Angestellten ■ «auch geschaut, dass sauber und aufgeräumt ist» (Verhandlungsprotokoll, S. 4 oben). Aus dieser Aussage lässt sich jedenfalls nicht ableiten, dass die Beseitigung des «Absätzleins» zur normalen Putzarbeit gehörte, die in den Aufgabenbereich des Lagerchefs gefallen wäre. Der Hauswart sodann gab an, dass er im 2009 «ab und zu kleine Reparaturarbeiten gemacht» habe, wie etwa das Wechseln von Birnen oder das Reparieren von Löchern. Er bestätigte auch, «handwerkliche Sachen gemacht» zu haben und nicht geholt worden zu sein, wenn es ums Putzen ging. Er habe auch die Styroporplatten von unten reingedrückt (Verhandlungsprotokoll, S. 4 f.). Diesen Angaben des Hauswarts lässt sich ebenfalls nicht entnehmen, dass die Beseitigung des «Absätzleins» von ihm als Putzarbeit qualifiziert wurde: Da er bereits das blosses Reindrücken der Styroporplatten ■ ohne Hand an die Gitter legen zu müssen ■ als handwerkliche Arbeit betrachtete, muss dies erst recht gelten für die Beseitigung des «Absätzleins», die eine Wegnahme des Gitters erforderte. Die Aussagen des Hauswarts weisen somit darauf hin, dass die Beseitigung des «Absätzleins» nicht in den Aufgabenbereich des Lagerchefs fiel. Entgegen der Darstellung der Versicherungsträger ergibt sich schliesslich auch aus den Ausführungen der Arbeitgeberin in der Duplik nicht, dass die Arbeitgeberin selbst die Beseitigung des «Absätzleins» als normale Putzarbeit betrachtete, die zu den Aufgaben des Lagerchefs gehörte. In der Duplik (Rz 151) führte die Arbeitgeberin Folgendes aus:

«Herr D\_\_\_\_\_ hat keinen Auftrag erteilt, den festverankerten Gitterrost unter Gewalt aufzubrechen, damit am 24. Dezember 2009 ein kleines Absatzlein von ca. 5 mm geputzt werden könnte. Herr D\_\_\_\_\_ hat denn auch keine Weisung erteilt, wonach dort unten zu putzen ist. Herr D\_\_\_\_\_ hat, gemäss Aussage E\_\_\_\_\_, einzig gesagt, dass man dort einfach einmal putzen soll, was normalerweise durch das Hauswartteam geschehen soll, nicht aber von Frau [...] und Herr E\_\_\_\_\_. Da der Geschäftsbetrieb auch mit dem von Frau [...] monierten Absatzlein normal von dannen ging und keine Beeinträchtigung des Betriebes spürbar war, bestand denn auch keine Notwendigkeit, dass die Aushilfe und der Lagerleiter am 24. Dezember 2009 eine solche Putzaktion ausführten. Zumal derartige Putzarbeiten in den Bereich des Hauswartes, nicht jedoch zu den Aufgaben von Herrn E\_\_\_\_\_ oder der Aushilfe gehörten».

Entgegen der Darstellung der Versicherungsträger anerkannte die Arbeitgeberin mit diesen Ausführungen keineswegs, dass es sich bei der Beseitigung des «Absatzleins» um normale, in den Aufgabenbereich des Lagerchefs fallende Putzarbeiten handelte.

5.2.4 Die Versicherungsträger kritisieren im Weiteren die zivilgerichtliche Erwägung, wonach der unfallverursachende Mitarbeiter als Lagerchef angestellt und «insbesondere» für die Bereitstellung der Waren für den Abtransport zuständig gewesen sei. Dies ergebe sich aus den Aussagen des Lagerchefs nicht. Wenn schon eine Gewichtung der Aufgabenbereiche vorzunehmen gewesen wäre, dann insoweit, als zunächst die Lagerleitung hätte erwähnt werden müssen und damit die Verantwortung dafür, das Lager aufzuräumen und sauber zu halten (Berufung, Rz 42 und 44).

Diese Kritik basiert zunächst einzig auf den Aussagen des Lagerchefs und berücksichtigt die Aussagen des Geschäftsführers und des Hauswarts nicht, die vom Zivilgericht korrekt gewürdigt wurden. Es kann an dieser Stelle vollständig auf den Zivilgerichtsentscheid verwiesen werden (E. 4.5.2.2.1 S. 20 unten und S. 21 oben). Sodann erscheint es auch nicht als plausibel, dass der Aufgabenbereich eines Lagerchefs in erster Linie das Aufräumen und Putzen des Lagers umfassen soll und erst in zweiter Linie das Bereitstellen der Waren für den Abtransport. Schliesslich legen die Versicherungsträger auch nicht dar, was sich aus einer etwas stärkeren Gewichtung der Putzarbeit für die Frage ableiten liesse, ob die Beseitigung des «Absatzleins» noch in den Aufgabenbereich des Lagerchefs fiel oder nicht.

5.2.5 Die Versicherungsträger kritisieren auch die zivilgerichtliche Erwägung, wonach aus der Aussage des Hauswarts hervorgehe, dass die Arbeitgeberin diesen für handwerkliche Sachen ausserhalb, aber auch innerhalb des Geschäftsgebäudes geholt habe. Davon könne keine Rede sein. Der Geschäftsführer habe selbst angegeben, dass der Lagerchef «für alles innen geschaut» habe, «Haus und Lager» (Verhandlungsprotokoll, S. 4). Es sei unhaltbar zu behaupten, dass die Beseitigung des «Absatzleins», zu dem es wegen der Ansammlung von Schmutz gekommen sei, eine handwerkliche Arbeit sei, die mit der alltäglichen Reinigung des Lagers und der Aufrechterhaltung des Lagerbetriebs nichts mehr zu tun habe. Die Beseitigung des «Absatzleins» habe «offensichtlich» zum Aufgabenbereich des Lagerchefs gehört. Zudem habe der Geschäftsführer beim Rundgang vom 24. Dezember 2009 zusammen mit dem Lagerchef Beschädigungen angeschaut. Die Besichtigung von Beschädigungen ergebe aber nur dann Sinn, wenn es der Lagerchef gewesen sei, der die Beschädigungen zu beheben hatte (Berufung, Rz 43).

Unbestrittenermassen sagte der Geschäftsführer vor Zivilgericht aus, dass der Lagerchef «für alles innen geschaut» habe (Verhandlungsprotokoll, S. 4 oben). Diese Aussage wollen

die Versicherungsträger so verstanden wissen, dass der Lagerchef nicht nur für Putzarbeiten, sondern auch für Reparaturarbeiten im Gebäude zuständig gewesen sei. Dieses Verständnis wird durch die weiteren Aussagen des Geschäftsführers und des Hauswarts nicht gestützt. Der Geschäftsführer gab nämlich auch an, dass der Lagerchef die Aufgabe hatte, «dass sauber und aufgeräumt ist» (Verhandlungsprotokoll, S. 4 oben). Die Aussage, dass der Lagerchef «für alles innen geschaut» habe, wird durch diese Aussage relativiert: Der Lagerchef war demgemäss insofern «innen» für alles zuständig, das sich innerhalb seiner Putz- und Aufräumpflichten bewegte. Dass der Lagerchef darüber hinaus «innen» nicht für Reparaturarbeiten ■ auch nicht für kleinere ■ zuständig war, ergibt sich sodann aus dem Umstand, dass der Hauswart für das Auswechseln von Glühbirnen und Ähnliches ■ konkret etwa für das Hineindrücken der Styroporplatten ■ beigezogen wurde (vgl. Verhandlungsprotokoll, S. 4 f.). Die Aussage, dass der Lagerchef «für alles innen geschaut» habe, bezieht sich demgemäss auf die alltägliche Reinigung des Lagers. Dies wurde vom Zivilgericht klar dargelegt. Auf die entsprechenden Erwägungen kann verwiesen werden (Zivilgerichtsentscheid, E. 4.5.2.2.1 S. 20 f.).

Nichts zu ihren Gunsten können die Versicherungsträger auch aus dem Umstand ableiten, dass der Geschäftsführer und der Lagerchef auf ihrem Rundgang vom 24. Dezember 2009 zusammen Beschädigungen anschauten. Die Arbeitgeberin räumt ein, dass man Beschädigungen angeschaut habe, weist aber gleichzeitig zu Recht darauf hin, dass man nicht über die Art und Weise der Behebung der Beschädigungen gesprochen habe. Aus der gemeinsamen Besichtigung der Schäden könne nicht abgeleitet werden, dass der Lagerchef diese behebe; es könnte gerade so gut sein, dass der Hauswart oder eine externe Firma für die Beseitigung aufgeboden werden sollte (Berufungsantwort, Rz 47). Entgegen der Auffassung der Versicherungsträger ergibt eine Besichtigung der Schäden durch den Geschäftsführer und den Lagerchef somit auch dann Sinn, wenn nicht der Lagerchef diese beheben sollte.

5.2.6 Die Versicherungsträger bemängeln schliesslich die zivilgerichtliche Annahme, dass das Metallgitter verschraubt gewesen sei. Das Zivilgericht verschweige, dass der Lagerchef ausgesagt habe, er könne nicht mehr zu 100 % sagen, ob das Gitter verschraubt gewesen sei (Verhandlungsprotokoll, S. 6). Sodann verweisen die Versicherungsträger auf die Aussagen des Lagerchefs und der Aushilfsangestellten im Rahmen der Strafuntersuchung im 2010, wonach sie das Gitter in einem zweistufigen Vorgehen entfernt hätten (Anheben des Gitters mit dem Zwischenklemmen eines Werkzeugs und dann Herausheben des Gitters [vgl. Klagebeilage 4, S. 91 und 114]). Von einem Lösen von Schrauben hätten die beiden nichts gesagt. Somit sei nicht erstellt, dass das Gitter verschraubt gewesen sei (Berufung, Rz 46).

Vor Zivilgericht sagte der Hauswart an der Hauptverhandlung vom 16. September 2020 zweimal aus, dass das Metallgitter «angeschraubt» gewesen sei. Aus diesem Grund habe er die Styroporplatten von unten reingedrückt (Verhandlungsprotokoll, S. 5), und nicht von oben ■ nach Wegnahme der Gitter ■ montiert. Ebenfalls vor Zivilgericht gab der Lagerchef an, dass er «nicht mehr 100 % sagen» könne, «ob es verschraubt war», er «habe es mit einem Schraubenzieher rausgezwickelt» (Verhandlungsprotokoll, S. 7). In der Strafuntersuchung gab der Lagerchef am 1. Juli 2010 zum Reinigungsvorgang Folgendes an: «[ ] dieses Gitter war sehr schwer. Und man musste sogar einen Schraubenzieher holen, um darunter putzen zu können». Auf die darauf folgende Frage, wie man dieses Gitter weggenommen habe, sagte er: «Wie gerade beschrieben. Mit dem Schraubenzieher hoch gehoben, und dann hat man das Gitter hoch gehoben» (Klagebeilage 4, S. 114 oben). Die

Aushilfsangestellte [...], die zusammen mit dem Lagerchef unter den Gittern putzte, schilderte den Putzvorgang ähnlich. In der Strafuntersuchung gab sie am 24. März 2010 an, sie habe dies zusammen mit dem Lagerchef getan, da ihr die Gitter «zu schwer» gewesen seien, «um diese hoch zu heben». Sie hätten mit «Schäufelchen» und «Besenchen» geputzt und «so Werkzeug» gehabt, um die Gitter hoch zu heben. Sie hätten «noch Zangen und Schraubenzieher» gehabt; diese habe sie auch benutzt, um die Rillen zu putzen. Zur Frage, wie man die Gitter weggenommen habe, gab sie Folgendes an: «Man musste mit der Zange und einem Metallteil das Gitter hochheben, und dann konnte man mit einem Holz darunter schieben, und erst dann konnte man es hochheben. Es war ein bisschen eine ■Würgete■» (Klagebeilage 4, S. 90 f.). Die Aussagen des Lagerchefs und der Aushilfsangestellten in der Strafuntersuchung erfolgten rund 3 und 6 Monate nach der «Putzaktion» vom 24. Dezember 2009, und damit in einem Zeitpunkt, in welchem die Erinnerungen noch «frisch» waren. Sie sind demgemäss auch detailliert und stimmen im Wesentlichen überein. Demgegenüber wurde die Aussage des Hauswarts, auf welche sich das Zivilgericht stützt, mehr als 10 Jahre nach der «Putzaktion» gemacht. Sie ist demgemäss dürr, indem sie sich auf die Aussage beschränkt, dass das Gitter «angeschraubt» war. Unter diesen Umständen ist tatsächlich fraglich, ob das Zivilgericht aufgrund dieser knappen Aussage, die sich auf einen weit zurückliegenden Zeitpunkt bezieht, als erwiesen erachten durfte, dass das Metallgitter verschraubt war.

Die Frage, ob das Gitter verschraubt war, kann jedoch offen gelassen werden, da es unbestrittenermassen mit dem «Absätzlein» fest verbunden war und nur mit einem Werkzeug aus seiner Verankerung gehoben werden konnte. Das Herausheben des Gitters erforderte unbestrittenermassen ein zweistufiges und kraftraubendes Vorgehen: zuerst wurde das Gitter durch das Dazwischenklemmen eines Werkzeugs angehoben und dann herausgehoben. Diesen Vorgang hielt auch das Zivilgericht zutreffend fest (Zivilgerichtsentscheid, E. 4.5.2.2.1 S. 21 Mitte). Dieses Vorgehen wird auch von den Versicherungsträgern nicht in Zweifel gezogen (Berufung, Rz 46). Ist aber das soeben beschriebene Vorgehen unbestritten, erscheint die «Putzaktion» tatsächlich 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 wurde. Der Umstand, dass das Gitter möglicherweise nicht verschraubt war, ändert mit anderen Worten nichts daran, dass die «Putzaktion» nicht zum Aufgabenbereich des Lagerchefs gehörte.

5.2.7 Als Zwischenfazit ist festzuhalten, dass die «Putzaktion» vom 24. Dezember 2009 nicht in den Aufgabenbereich des Lagerchefs fiel. Dieser handelte somit ausserhalb des von der Arbeitgeberin definierten Aufgabenbereichs. Demgemäss hat die Arbeitgeberin die «Putzaktion» und den nachfolgenden Unfall nicht herbeigeführt. Dies hat das Zivilgericht zutreffend festgehalten und begründet (Zivilgerichtsentscheid, E. 4.5.2.2.1).

5.3 Zweiter Einwand der Versicherungsträger: «Putzaktion» des Lagerchefs aufgrund eines konkreten Auftrags des Geschäftsführers

5.3.1 In E. 5.2 wurde zunächst die Frage geprüft, ob die «Putzaktion» zum Aufgabenbereich des Lagerchefs gehörte. Es wurde dargelegt, dass das Zivilgericht diese Frage zu Recht verneinte und deshalb auch diesbezüglich eine Herbeiführung des Unfalls durch die Arbeitgeberin ausschloss. Zur weiteren Frage, ob die fragliche «Putzaktion» vom

Geschäftsführer der Arbeitgeberin konkret in Auftrag gegeben wurde, führte das Zivilgericht Folgendes aus: Unbestrittenermassen sei der Unfall verursacht worden durch die Wegnahme des Metallgitters aus der besagten Bodenöffnung am 24. Dezember 2009. Unbestrittenermassen habe der Lagerchef zusammen mit der Aushilfsangestellten dieses Gitter aus der Bodenöffnung gehoben. Aufgrund der Aussage des Lagerchefs sei erwiesen, dass er keinen ausdrücklichen Auftrag vom Geschäftsführer zur Wegnahme des Gitters erhalten habe. Damit werde die Beweiswürdigung im Parallelfall gegen den Werkeigentümer bekräftigt, wonach ein entsprechender Auftrag des Geschäftsführers nach der dortigen Aktenlage nicht mit der nötigen Sicherheit feststehe. Zu ergänzen sei, dass auch kein stillschweigender Auftrag vorliege. Dies werde bereits aus den Aussagen des Lagerchefs deutlich, wonach er diese «Putzaktion» selbst geplant habe, genau gewusst habe, wie er das Gitter machen müsse, und den Geschäftsführer beim besagten Rundgang nur beiläufig darauf hingewiesen habe, dass er das mal mache. Wesentlich sei auch, dass der Lagerchef beim Rundgang noch gar nicht die Absicht gehabt habe, das Metallgitter zu entfernen: Vielmehr habe er bestätigt, dass er sich erst beim Reinigungsvorgang, nachdem er das Gitter herausgezwickelt und damit leicht angehoben habe, dazu entschlossen habe, das Metallgitter zu entfernen. Es spiele keine Rolle, ob dies wegen des Gewichts des Gitters oder aufgrund einer erst dann gewonnenen Erkenntnis, wo sich der Dreck befand, der Fall gewesen sei. Fakt sei, dass die Wegnahme des Gitters durch den Lagerchef spontan erfolgt sei, womit aber eine vorgängige stillschweigende Auftragserteilung durch den Geschäftsführer auszuschliessen sei. Da sich der Geschäftsführer nach seiner glaubwürdigen Aussage während der «Putzaktion» in seinem Büro im 1. Stock des Gebäudes befunden habe und keine Hinweis bestünden, dass er davon gewusst habe, falle auch eine stillschweigende Zustimmung während des Vorgangs selbst ausser Betracht. Demzufolge stehe fest, dass der Geschäftsführer keinen konkreten Auftrag zur Wegnahme des Metallgitters erteilt habe (E. 4.5.1).

5.3.2 Zur Frage, ob der Geschäftsführer die fragliche «Putzaktion» konkret in Auftrag gegeben habe, legen die Versicherungsträger zunächst die Aussagen des Lagerchefs dar (Berufung, Rz 36 unter Verweis auf das Verhandlungsprotokoll, S. 5■7). Aktenwidrig sei zunächst die zivilgerichtliche Feststellung, dass der Lagerchef beim Rundgang am 24. Dezember 2009 noch nicht die Absicht gehabt habe, das Gitter zu entfernen. Der Lagerchef habe nämlich zum einen ausgesagt, dass es nicht ausgereicht hätte, nur mit dem Staubsauger zu reinigen. Zum anderen habe er ausgesagt, er habe das Gitter zusammen mit der Aushilfsangestellten rausgenommen, «von Anfang an, man muss das rausnehmen» (Berufung, Rz 37 unter Verweis auf das Verhandlungsprotokoll, S. 6).

Diese Darstellung der Versicherungsträger basiert auf einer selektiven Auswahl der Aussagen. Nicht erwähnt wird insbesondere folgende Aussage des Lagerchefs, die er im Zusammenhang mit der Ausführung der «Putzaktion» machte: «Ja, aber als ich gemerkt habe, dass dort Dreck drunter ist, musste ich das Gitter rausnehmen» (Verhandlungsprotokoll, S. 6 unten). Mit anderen Worten: Der Lagerchef bemerkte nach seinen eigenen Angaben erst im Verlauf der «Putzaktion» selbst, dass er das Gitter herausheben musste. Bereits aufgrund dieser Aussage ist es nicht zu beanstanden, dass das Zivilgericht feststellte, dass der Lagerchef beim Rundgang noch gar nicht die Absicht gehabt habe, das Metallgitter zu entfernen, und die Entfernung somit spontan erfolgte (vgl. dazu Zivilgerichtsentscheid, E. 4.5.1 S. 17 unten).

5.3.3 Die Versicherungsträger machen sodann geltend, der Lagerchef habe den Geschäftsführer darüber in Kenntnis gesetzt, dass er die Ursache für das «Absätzlein» beseitigen würde. Diesem Ansinnen habe der Geschäftsführer nicht widersprochen und sich nicht beim Lagerchef erkundigt, wie dieser den Schmutz zu beseitigen gedenke. Der Geschäftsführer habe ihm darüber hinaus gesagt, «er solle das dann mal putzen». Für den Geschäftsführer habe somit die Art und Weise, wie der Lagerchef die «Putzaktion» durchführen würde, keine Rolle gespielt. Wenn das Zivilgericht aus dem Stillschweigen des Geschäftsführers den Schluss gezogen habe, dieser habe keine Zustimmung zum vom Lagerchef gewählten Reinigungsvorgang gegeben, sei dies eine unhaltbare Beweiswürdigung (Berufung, Rz 38 und 39). Die Arbeitgeberin habe denn auch in den erstinstanzlichen Rechtsschriften (Klageantwort, Rz 34, und Duplik, Rz 92) nicht bestritten, dass der Geschäftsführer gesagt habe, «man solle das einfach mal putzen» (Berufung, Rz 34 [S. 14]).

An der Hauptverhandlung vom 20. September 2020 gab der Geschäftsführer zur Frage, ob er den Lagerchef mit der «Putzaktion» beauftragt habe, Folgendes an (Verhandlungsprotokoll, S. 3 unten und S. 4 oben):

«Ich habe mit Herr E\_\_\_\_\_ am 24.12. am Vormittag einen Rundgang gemacht, das Geschäft ist dann gelaufen, wir machen dann jeweils noch das Inventar, Aufräumarbeiten, Beschädigungen anschauen usw., in diesem Zusammenhang haben wir diesen Rundgang gemacht. Dann hat Herr E\_\_\_\_\_ mich darauf hingewiesen.

Nein, ich habe keinen Auftrag gegeben, habe nicht gesagt, bau diesen Rost aus.

Der Rost hat ja einen Rahmen, man könnte ja mit dem Staubsauger putzen, man müsste nicht diesen Rost ausbauen.

Er hat zu mir gesagt, wir putzen das denn mal.

Ja, ich habe das einfach so entgegengenommen [ ].

(A. V. Aussage E\_\_\_\_\_, Strafakten, S. 113) Nein, das stimmt nicht, ich habe ihm keinen Auftrag erteilt, dieses Gitter zu entfernen, ich wusste nichts von seiner Absicht, das Gitter zu entfernen. Falls ich das gewusst hätte, hätte ich anders reagiert, das wäre ja gefährlich gewesen».

Der Lagerchef gab zur Frage der Auftragserteilung vor Zivilgericht Folgendes an (Verhandlungsprotokoll, S. 6):

[ ] «wir haben einen Rundgang gemacht, ich habe ihm ein paar Sachen gezeigt, das und das. Auch das Gitter habe ich kurz erwähnt, das war ganz kurz, für das war ich ja der Lagerchef, ich kann das bestimmen, wann.

Ich habe das im Verbeilaufen gesagt, in etwa so, das mache ich nun auch bei Gelegenheit.

(A.F.) Nein, er hat mir nicht gesagt, wie ich das machen muss. Ich bin ja nicht ganz unpraktisch veranlagt, ich mache alles selber.»

Entgegen der Darstellung der Versicherungsträger gab der Lagerchef vor Zivilgericht nicht an, dass er den Geschäftsführer beim Rundgang in Kenntnis gesetzt habe, dass er die Ursache für das «Absätzlein» beseitigen würde. Aufgrund der Aussagen des Geschäftsführers und des Lagerchefs steht fest, dass die beiden beim Rundgang weder über die Ursache des «Absätzleins» noch über die Art und Weise der Behebung gesprochen

haben. Der Geschäftsführer ging nach seiner Aussage davon aus, dass man das «Absätzlein» mit dem Staubsauger putzen könne, ohne das Gitter auszubauen. Der Lagerchef gab an, dass der Geschäftsführer ihm nicht gesagt habe, wie er das machen müsse. Unter diesen Umständen ■ Vorstellung des Geschäftsführers, dass sich das «Absätzlein» ohne Entfernung des Gitters beseitigen lasse und keinerlei Kommunikation über die mögliche Notwendigkeit der Entfernung des Gitters ■ trifft die Darstellung der Versicherungsträger nicht zu, dass für den Geschäftsführer die Art und Weise, wie der Lagerchef die «Putzaktion» durchführen würde, nachweislich keine Rolle gespielt habe. Demgemäss ist auch die zivilgerichtliche Feststellung zutreffend, dass der Geschäftsführer, der von der Notwendigkeit der Entfernung des Metallgitters nichts wusste, dem Lagerchef keinen ausdrücklichen oder stillschweigenden Auftrag gab, das Gitter zu entfernen und das «Absätzlein» zu beseitigen (vgl. Zivilgerichtsentscheid, E. 4.5.1 S. 17 unten). Wenn ein Auftrag anzunehmen wäre, beschränkte sich dieser auf das blosses Putzen, umfasste aber keinesfalls auch die Entfernung des Metallgitters (vgl. Aussage des Geschäftsführers [Verhandlungsprotokoll, S. 4 oben]: «Er hat zu mir gesagt, wir putzen das denn mal. Ja, ich habe das einfach so entgegengenommen»). Steht aber fest, dass ein allfälliger Auftrag sich auf das blosses Putzen (ohne Entfernung des Gitters) beschränkt hätte, kann die Frage offen bleiben, ob die Arbeitgeberin in den erstinstanzlichen Rechtsschriften (Duplik, Rz 92) nicht bestritten hat, dass der Geschäftsführer zum Lagerchef gesagt habe, «man solle das einfach mal putzen».

5.3.4 Somit ist festzuhalten, dass der Geschäftsführer dem Lagerchef keinen konkreten Auftrag zur Beseitigung des «Absätzleins» gab, der auch die Wegnahme des Gitters umfasste. Fehlt es an einem solchen Auftrag, fehlt es auch an der Herbeiführung des nachfolgenden Unfalls. Dies hat das Zivilgericht korrekt festgehalten (Zivilgerichtsentscheid, E. 4.5.1). Dieses Zwischenfazit deckt sich im Übrigen mit der Beurteilung des Appellationsgerichts im Parallelverfahren der Versicherungsträger gegen den Werkeigentümer. Bereits dort wurde festgestellt, dass ein konkreter Auftrag des Geschäftsführers zur Wegnahme der Gitter nicht nachgewiesen ist (AGE ZB.2018.40 vom 18. Juni 2019 E. 3.4).

#### 5.4 Zwischenfazit

Zusammenfassend ist im Einklang mit dem Zivilgericht festzuhalten, dass die «Putzaktion» vom 24. Dezember 2009 nicht zum Aufgabenbereich des Lagerchefs gehörte. Zum einen ist eine generelle Delegation nicht nachgewiesen, aufgrund welcher die «Putzaktion» (einschliesslich Wegnahme des Gitters) zu den Aufgaben des Lagerchefs gehört hätte (vgl. oben E. 5.2). Zum anderen ist auch ein konkreter Auftrag des Geschäftsführers zur Vornahme der «Putzaktion» (einschliesslich Wegnahme des Gitters) nicht nachgewiesen (vgl. oben E. 5.3). Damit fehlt es an einer Herbeiführung des Unfalls durch die Arbeitgeberin. Folglich steht den Versicherungsträgern nach Art. 75 ATSG kein Rückgriffsrecht gegen die Arbeitgeberin zu.

### 6. Entscheid und Prozesskosten

6.1 Aus diesen Erwägungen folgt, dass der angefochtene Zivilgerichtsentscheid korrekt ist und die dagegen erhobene Berufung abzuweisen ist.

6.2 Die Prozesskosten des Berufungsverfahrens sind somit den Versicherungsträgern in solidarischer Haftung aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 und 3 ZPO). Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens richten sich nach den erstinstanzlichen Ansätzen (vgl. § 12 des

Reglements über die Gerichtsgebühren [GGR, SG 154.810]). Bei erstinstanzlichen Gerichtskosten von CHF 20'000.■ (vgl. Zivilgerichtsentscheid, E. 5.1) betragen die zweitinstanzlichen Gerichtskosten ebenfalls CHF 20'000.■.

Die Versicherungsträger bezahlen der Arbeitgeberin sodann eine Parteientschädigung. Diese berechnet sich im Berufungsverfahren nach den gleichen Grundsätzen wie im erstinstanzlichen Verfahren. Das Grundhonorar beträgt in der Regel die Hälfte bis zwei Drittel der Ansätze für das erstinstanzliche Verfahren. Es umfasst einen einfachen Schriftenwechsel ohne Hauptverhandlung (§ 12 Abs. 1 des Honorarreglements [HoR, SG 291.400]). Bei einem Streitwert von CHF 956'151.■ beläuft sich das erstinstanzliche Grundhonorar auf CHF 50'000.■ (§ 5 Abs. 1 HoR). Da sich das Berufungsverfahren im Wesentlichen auf die Frage der Herbeiführung des Versicherungsfalls beschränkt und damit im Vergleich zum erstinstanzlichen Verfahren deutlich weniger aufwändig ist, rechtfertigt es sich, das Honorar bei der Hälfte der Ansätze für das erstinstanzliche Verfahren und damit mit CHF 25'000.■ festzulegen.

Nach ständiger Rechtsprechung des Appellationsgerichts wird einer mehrwertsteuerpflichtigen Partei, die den Prozess im Rahmen ihrer unternehmerischen Tätigkeit geführt hat, die Parteientschädigung ohne Mehrwertsteuer zugesprochen, sofern sie nicht ausdrücklich einen Zuschlag für die Mehrwertsteuer beantragt und nachweist, dass sie durch die Mehrwertsteuer belastet ist (AGE ZB.2017.1 vom 29. März 2017 E. 4.3). Im vorliegenden Fall hat sich die gemäss UID-Register mehrwertsteuerpflichtige Arbeitgeberin in ihrer Berufungsantwort zur Frage der Mehrwertsteuer nicht geäußert (Rechtsbegehren 2 sowie Rz 68). Die Parteientschädigung ist ihr deshalb ohne Mehrwertsteuer zuzusprechen.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.