

Lors d'un accident de travail, un employé subit des blessures en raison du fait que du gaz s'est enflammé dans un regard d'une canalisation d'eaux usées. La Suva, l'AI et l'AVS (les demanderesse) exercent un recours à l'encontre de la compagnie d'assurance qui couvre la responsabilité civile de l'exploitant de la canalisation (la défenderesse) sur la base de la loi fédérale sur les installations de transport par conduites. **Celle-ci excipe du fait que l'employeur (qui bénéficie du privilège de l'art. 75 LPGA) doit être considéré comme un responsable solidaire à ses côtés, ce qui est de nature à réduire ses obligations.**

**L'assurance sociale ne peut obtenir, par son recours, que la quote-part dont le responsable serait redevable dans le cadre du règlement des rapports internes avec le coresponsable si celui-ci ne bénéficiait pas du privilège de recours prévu par l'art. 75 LPGA.** D'un point de vue dogmatique, le privilège de recours peut être compris comme une cause de réduction de responsabilité en faveur du responsable non privilégié au sens de l'art. 44 CO. D'un point de vue procédural, il faut partir du principe que l'assureur peut, dans un premier temps, invoquer à l'égard du responsable non privilégié la totalité de sa créance récursoire. Il appartient ensuite à ce dernier d'exposer dans quelle mesure sa part de responsabilité doit être réduite en raison du privilège de l'employeur (c. 6).

L'art. 72 LPGA dispose que « dès la survenance de l'événement dommageable, l'assureur est subrogé, jusqu'à concurrence des prestations légales, aux droits de l'assuré et de ses survivants contre tout tiers responsable ». La défenderesse contestait la capacité d'être partie et la capacité de procéder des demanderesse, en soulevant notamment l'argument selon lequel l'AI et l'AVS ne seraient que des branches d'assurances (« *blosse Versicherungszweige* »). **Le TF a clairement reconnu la capacité de partie de l'AI et de l'AVS :** lorsqu'il a adopté le terme d'assureur (« *Versicherungsträger* ») à l'art. 72 LPGA, le législateur n'a en effet, selon lui, pas voulu changer la réglementation en vigueur jusqu'alors (c. 3).

Selon l'art. 16 OPGA, « lorsque plusieurs assureurs sociaux participent au même recours, ils constituent une communauté de créanciers et doivent procéder entre eux à la répartition des montants récupérés proportionnellement aux prestations concordantes dues par chacun d'eux ». La défenderesse faisait valoir que les demanderesse devaient émettre leurs prétentions par le biais de demandes distinctes. Le TF reconnaît qu'il n'y a **pas de main commune** (« *Gesamthandsverhältnis* ») et que **les créancières du recours ne sont pas tenues de faire valoir leurs prétentions en commun.** La répartition du substrat du recours ne se fait cependant pas à l'égard du débiteur, mais proportionnellement entre les créancières du recours. Pour cette raison, les demanderesse sont légitimées à faire valoir le montant total du recours sans répartir les prestations en des conclusions distinctes (c. 4).

La défenderesse faisait valoir que les créancières du recours **ne pouvaient prétendre au remboursement de la partie du dommage constituée par la perte de rente subie par l'institution de prévoyance professionnelle.** Cette prétention appartiendrait en effet à cette dernière et à elle seule et les demanderesse n'y seraient pas subrogées. Le TF rejette l'argumentation de la défenderesse, selon laquelle l'institution de prévoyance professionnelle perdrait cette prétention au profit d'une institution du 1<sup>er</sup> pilier ; il relève que le législateur a ordonné une subrogation pour l'intégralité du dommage du lésé, y compris l'intégralité du dommage de rente (c. 5).

**Auteur : Alexis Overney, avocat à Fribourg**

## **Sachverhalt:**

### **A.**

B. (Geschädigter) erlitt am 8. September 2004 bei einem Arbeitsunfall in einem Abwasserkontrollschacht in U. Verbrennungen, als sich darin befindliches Gas entzündete.

**A.a.** Die Arbeitgeberin des Geschädigten, die C. AG (nachfolgend Arbeitgeberin), war zusammen mit einer Spezialfirma beauftragt, die Kanalisationsleitungen und die Schächte in der Hauptstrasse in U. zu sanieren und abzudichten. Am Unfalltag waren die Arbeiten an der Kanalisationsleitung selber abgeschlossen. Diese war abgedichtet und stand wieder vollumfänglich in Betrieb. Am Vormittag war anstelle eines abgebrochenen, alten Kontrollschachtes ein neuer Schacht mit Betonrohren auf ca. zwei Meter Höhe aufgebaut und mit einem Konus versehen worden, wobei noch keine Schachtabdeckung angebracht worden war. Nach der Mittagspause war der Geschädigte damit beschäftigt, die Fliessrinne am Schachtboden auszubilden und die Schachtfugen abzudichten. Während er im Schacht arbeitete, entzündete sich an einer von ihm gerauchten Zigarette im Schacht befindliches Gas, wodurch Oberkörper und Haare des Geschädigten Feuer fingen. Dieser konnte aus eigener Kraft bzw. mit Hilfe seiner Arbeitskollegen aus dem Schacht steigen, wo das Feuer an seinem Körper gelöscht werden konnte. Gleichzeitig kam es (je nach Darstellung/Qualifikation der Parteien im Prozess) zu einer Gasexplosion oder lediglich zu einer Gasverpuffung, wodurch entlang der Kanalisationsleitung an mehreren Stellen Schachtdeckel zumindest abgehoben wurden.

**A.b.** Der Geschädigte erlitt durch die Entzündung des Gases Verbrennungen an den Unterarmen und den Händen, am Hals, im Gesicht und an den Ohrenpartien, was eine Hospitalisierung vom 8. September 2004 bis zum 14. September 2004 in der Chirurgie des Spitals D. nötig machte. Wegen zusätzlich blutender Ohren wurde er vom 14. September 2004 bis zum 27. September 2004 in der Klinik für Wiederherstellungschirurgie des Spitals E. behandelt. Die Brandverletzungen heilten in der Folge gut ab. Die psychischen Folgen des Unfalls sind umstritten.

**A.c.** 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 Auffassung der Klägerinnen 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.

### **B.**

Mit Klage vom 5. Juni 2014 beim Handelsgericht des Kantons Zürich beantragten die Klägerinnen, die Beklagte sei kostenfällig zu verpflichten, ihnen Fr. 1'321'242.35 nebst Zins zu 5 % auf Fr. 1'315'340.-- seit 1. März 2014 zu bezahlen. Das Handelsgericht schützte die Klage mit Urteil vom 4. April 2016 teilweise und verpflichtete die Beklagte, den Klägerinnen Fr. 1'015'490.35, zuzüglich Zins von 5 % auf Fr. 864'637.15 ab 4. April 2016 zu bezahlen. Die Kosten und Parteientschädigungen verteilte es im Verhältnis 20 % (Klägerinnen) zu 80 % (Beklagte).

### **C.**

Beide Parteien haben gegen diesen Entscheid beim Bundesgericht Beschwerde in Zivilsachen erhoben.

**C.a.** Die Beklagte beantragt im Verfahren 4A\_311/2016, das Urteil des Handelsgerichts sei kostenfällig aufzuheben und die Klage abzuweisen; eventuell sei der Prozess an das Handelsgericht

zur Durchführung des Beweisverfahrens und neuer Entscheidung zurückzuweisen.

Die Klägerinnen schliessen auf kostenfällige Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei. Das Handelsgericht hat auf Vernehmlassung verzichtet. Die Parteien haben unaufgefordert repliziert und dupliziert.

**C.b.** Die Klägerinnen beantragen dem Bundesgericht im Verfahren 4A\_301/2016 im Wesentlichen, in Abänderung des angefochtenen Urteils sei die Beklagte kostenfällig zu verpflichten, ihnen Fr. 1'305'767.90 zuzüglich Zins von 5 % auf Fr. 1'087'238.15 ab 4. April 2016 zu bezahlen, und die Kosten des Verfahrens vor Handelsgericht seien vollumfänglich der Beklagten aufzuerlegen.

Die Beklagte beantragt kostenfällige Abweisung, soweit auf die Beschwerde einzutreten ist; eventuell die Rückweisung zur Neubeurteilung an das Handelsgericht. Dieses hat auf eine Vernehmlassung verzichtet.

## **Erwägungen:**

### **1.**

Wenn - wie hier - an den Verfahren dieselben Parteien beteiligt sind und den Beschwerden der gleiche Sachverhalt zugrunde liegt, behandelt das Bundesgericht diese in der Regel in einem einzigen Urteil. Die Beschwerdeverfahren 4A\_311/2016 und 4A\_301/2016 werden daher vereinigt.

### **2.**

**2.1.** Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG). Mit Blick auf die allgemeinen Begründungsanforderungen an eine Beschwerde (Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG) behandelt es aber grundsätzlich nur die geltend gemachten Rügen, sofern die rechtlichen Mängel nicht geradezu offensichtlich sind; es ist jedenfalls nicht gehalten, wie eine erstinstanzliche Behörde alle sich stellenden rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn diese vor Bundesgericht nicht mehr vorgetragen werden. Unerlässlich ist im Hinblick auf Art. 42 Abs. 2 BGG, dass die Beschwerde auf die Begründung des angefochtenen Entscheids eingeht und im Einzelnen aufzeigt, worin eine Verletzung von Bundesrecht liegt. Die beschwerdeführende Partei soll in der Beschwerdeschrift nicht bloss die Rechtsstandpunkte, die sie im kantonalen Verfahren eingenommen hat, erneut bekräftigen, sondern mit ihrer Kritik an den als rechtsfehlerhaft erachteten Erwägungen der Vorinstanz ansetzen (BGE 140 III 86 E. 2 S. 88 f., 115 E. 2 S. 116). Erfüllt eine Beschwerde diese Anforderungen nicht, ist darauf nicht einzutreten.

Wenn ein Entscheid auf mehreren selbständigen alternativen Begründungen beruht, ist für jede einzelne darzutun, weshalb sie Recht verletzt; denn soweit nicht beanstandete Begründungen das angefochtene Urteil selbständig stützen, fehlt das Rechtsschutzinteresse an der Beurteilung der gehörig begründeten Rügen und ist darauf nicht einzutreten (BGE 133 IV 119 E. 6.3 S. 120 f.; vgl. auch BGE 132 III 555 E. 3.2 S. 560; je mit Hinweisen).

**2.2.** Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Dazu gehören sowohl die Feststellungen über den streitgegenständlichen Lebenssachverhalt als auch jene über den Ablauf des vor- und erstinstanzlichen Verfahrens, also die Feststellungen über den Prozesssachverhalt (BGE 140 III 16 E. 1.3.1 S. 17 f. mit Hinweisen). Es kann die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz nur berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht (Art. 105 Abs. 2 BGG). "Offensichtlich unrichtig" bedeutet dabei "willkürlich" (BGE 140 III 115 E. 2 S. 117, 264 E. 2.3 S. 266). Überdies muss die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein können (Art. 97 Abs. 1 BGG).

Für eine Kritik am festgestellten Sachverhalt gilt das strenge Rügeprinzip von Art. 106 Abs. 2 BGG (BGE 140 III 264 E. 2.3 S. 266 mit Hinweisen). Die Partei, welche die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz anfechten will, muss klar und substantiiert aufzeigen, inwiefern die genannten Voraussetzungen erfüllt sein sollen (BGE 140 III 16 E. 1.3.1 S. 18 mit Hinweisen). Wenn sie den Sachverhalt ergänzen will, hat sie zudem mit präzisen Aktenhinweisen darzulegen, dass sie entsprechende rechtsrelevante Tatsachen und taugliche Beweismittel bereits bei den Vorinstanzen prozesskonform eingebracht hat (BGE 140 III 86 E. 2 S. 90). Genügt die Kritik diesen Anforderungen nicht, können Vorbringen mit Bezug auf einen Sachverhalt, der vom angefochtenen Entscheid abweicht, nicht berücksichtigt werden (BGE 140 III 16 E. 1.3.1 S. 18).

Die Ausführungen der Beklagten in ihrer Beschwerdeschrift enthalten zahlreiche neue Tatsachen, wie die Klägerinnen zu Recht geltend machen, ohne dass dargelegt würde, weshalb dies zulässig wäre. Darauf kann nicht eingetreten werden.

Verfahren 4A\_311/2016

### 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 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. 48ter 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 Versicherungszweige. 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. 48ter AHVG 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. 48ter 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. 48ter 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. 79quater 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 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. Der 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 (UELI 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/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. 48ter - 48sexies 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 S. 83). Die ständerätliche Kommission, welche auf diesem Entwurf aufbaute (vgl. Parlamentarische Initiative Sozialversicherungsrecht, Stellungnahme des Bundesrates vom 17. April 1991, BBl 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 ist das Grundsatzurteil BGE 112 II 167 - erfolgt sei (Parlamentarische Initiative Allgemeiner Teil Sozialversicherung, Bericht der Kommission des Ständerats vom 27. September 1990, BBl 1991 II 185 ff., S. 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 (BBl 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 48ter 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 Inkassoession 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 weniger deutlich der französische Text: "le recours"). Dass diese auf die Suva übergangen, 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, Walter Fellmann/ Stephan Weber [Hrsg.], S. 69 ff., S. 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; GUSTAVO SCARTAZZINI/MARC 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], René Schaffhauser/Ueli Kieser [Hrsg.], 2003, S. 121 ff., S. 148, nachfolgend: BECK, Regressbestimmungen, a.a.O.).

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 (vgl. E. 2.1 hiervor).

#### **4.**

**4.1.** Die Klägerinnen machen geltend, sie seien gemäss Art. 16 ATSV Gesamtgläubigerinnen; entsprechend stellen sie ein gemeinsames Rechtsbegehren. Die Vorinstanz erwo, 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 jede Gläubigerin berechtige, 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 Verordnungsgebers (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., S. 422; MARC M. HÜRZELER, Extrasystemische Koordination: Regress der Sozialversicherer auf Haftpflichtige, in: Recht der Sozialen Sicherheit, Sabine Steiger-Sackmann/Hans-Jakob Mosimann [Hrsg.], 2014, S. 1323 ff., S. 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 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., S. 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 Rückgriffs *klage* 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 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-FELLAY, 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-FELLAY, 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-FELLAY, 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 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. 79quater 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.

## 5.

Die Beklagte bestreitet die vorinstanzlichen Ausführungen unter dem Titel Rentenschaden. Dabei geht es ihr nicht um dessen Berechnung, sondern um das Verhältnis der Vorsorgeeinrichtung zu andern rückgriffsberechtigten Sozialversicherern, eine Frage, die mit dem unter vorstehender Erwägung 4 Ausgeführten zusammenhängt.

**5.1.** Die Vorinstanz stellte fest, der "Rentenausfallschaden" - nämlich die als Folge des Unfalls bzw. des Erwerbsausfalls nicht finanzierten Anteile der Altersvorsorge - belaufe sich auf insgesamt Fr. 202'189.90: Fr. 90'340.20 betreffend die AHV-Rente und Fr. 111'849.70 betreffend die BVG-Rente. In diese Ansprüche des Geschädigten seien die Klägerinnen subrogiert. Die Klägerin 1 [Suva] werde dem Geschädigten - kapitalisiert auf den Rechnungstag (4. April 2016) - eine lebenslange Rente von Fr. 660'845.-- bezahlen, welche gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung (BGE 126 III 41) kongruent sei zum Rentenschaden des Geschädigten; die Klägerin 3 [AHV] werde eine lebenslange Rente von Fr. 181'796.40 leisten. Insgesamt würden die Klägerinnen dem Geschädigten ab dessen ordentlicher Pensionierung Leistungen in der Höhe von Fr. 842'641.40 erbringen. Diese Leistungen seien grundsätzlich im Umfang von Fr. 202'189.90 (nicht finanzierte Altersrente) schadensausgleichend und insofern bestehe ein Regressanspruch der Klägerinnen. Ob die Vorsorgeeinrichtung zusätzlich ebenfalls eine Rente ausrichte, spiele keine Rolle, denn vom Haftpflichtigen könne auch bei einer Mehrheit rückgriffsberechtigter Sozialversicherer nicht mehr gefordert werden, als er insgesamt schulde. Gegebenenfalls seien die weiteren Sozialversicherer auf den internen Ausgleich zu verweisen (Art. 16 ATSV; Art. 27e der Verordnung über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge vom 18. April 1984 [BVV 2], SR 831.441.1).

**5.2.** Die Beklagte bestreitet den Regressanspruch der Klägerinnen im Umfang von Fr. 111'849.70, da gemäss Art. 72 ATSG nur Versicherungsträger in die Haftpflichtansprüche von Geschädigten eintreten würden. Die Klägerinnen könnten nicht in Ansprüche des beruflichen Vorsorgeträgers eintreten. Die Auffassung der Vorinstanz führe dazu, dass dem BV-Vorsorgeträger der subrogierte Anspruch weggenommen und einem Träger der 1. Säule zugeteilt werde. Eine solche "Usurpation des Subrogationsanspruchs des BV-Vorsorgeträgers" sei gesetzlich nicht vorgesehen.

Dieses Argument ist nicht nachvollziehbar: Art. 34b BVG (SR 831.40) sieht nunmehr zwar eine Subrogation vor, indem die Vorsorgeeinrichtung im Zeitpunkt des Ereignisses bis auf die Höhe der gesetzlichen Leistungen in die Ansprüche der versicherten Person, ihrer Hinterlassenen und weiterer Begünstigter nach Art. 20a BVG gegenüber einem haftpflichtigen Dritten eintritt. Art. 34b BVG (gleich wie Art. 27e BVV 2) wurde aber erst im Rahmen der 1. BVG-Revision (in Kraft seit 1. Januar 2005) in das Gesetz eingefügt (AS 2004 1683 und 1700) und ist auf Fälle, die wie hier auf ein schädigendes Ereignis vor dem 1. Januar 2005 zurückgehen, gar nicht anwendbar. Bei derartigen Fällen fand keine Subrogation statt (BGE 132 III 321 E. 2.3.1 S. 325 und E. 2.3.2.4 S. 329 ff. mit Hinweisen). Von einer "Usurpation des *Subrogationsanspruchs*" kann schon deshalb keine Rede sein. Die Vorsorgeeinrichtung konnte lediglich in ihrem Reglement bestimmen, dass der Anwärter auf eine Hinterlassenen- oder Invalidenleistung ihr seine Forderungen gegen haftpflichtige Dritte bis zur Höhe

ihrer Leistungspflicht abtreten müsse, und es bestand nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts auch ohne eine derartige Klausel ein Regressanspruch der Vorsorgeeinrichtung (BGE 132 III 321 E. 2.3.1 S. 325 und E. 2.3.2.4 S. 329 ff. mit Hinweisen). Dieser entstand aber erst sukzessive, wenn die Vorsorgeeinrichtung ihre Leistungen erbracht hatte (BGE 132 III 321 E. 2.3.2.2 S. 327 und E. 2.3.2.4 S. 331). Dass eine Abtretung der Ansprüche des Geschädigten an die Vorsorgeeinrichtung erfolgt wäre oder dass diese bereits Leistungen erbracht hätte, die sie nach der zitierten Rechtsprechung auch ohne Abtretung zu einem Regress berechtigen könnten, ist nicht festgestellt und die Beklagte zeigt auch nicht auf, dass sie Entsprechendes prozesskonform behauptet hätte. Daher braucht auf die Frage, welche Folgen eine derartige Abtretung oder das Erbringen von Leistungen hätte, nicht weiter eingegangen zu werden und kann die Beklagte daraus von vornherein nichts zu ihren Gunsten ableiten.

Im Übrigen wäre auch in Bezug auf Fälle, die auf ein schädigendes Ereignis nach dem 1. Januar 2005 zurückgehen, die Argumentation der Beschwerdeführerin nicht stichhaltig. Mit Art. 34b BVG und mit den entsprechenden Verordnungsbestimmungen (Art. 27 ff. BVV 2) wurde für die Vorsorgeeinrichtungen eine Subrogationsregelung geschaffen, wie sie für die andern Sozialversicherer gemäss Art. 72 ff. ATSG (und Art. 16 ATSV) gilt. Die Sozialversicherer und die Vorsorgeeinrichtung subrogieren nach Art. 72 ATSG und Art. 34b BVG in den Rentenschaden bis zur Höhe ihrer gesetzlichen Leistungen. Zutreffend verweist die Vorinstanz darauf, dass auch die Klägerin 1 mit der von ihr ausgerichteten lebenslangen Rente von Fr. 660'845.-- eine zum Rentenschaden kongruente Leistung erbringt (BGE 126 III 41) und daher - nachdem der Rentenschaden tiefer ist - in den vollen Betrag subrogiert. Die Klägerinnen haben deshalb einen *eigenen* Subrogationsanspruch in der Höhe des Rentenschadens und es wird nicht der Vorsorgeeinrichtung deren Subrogationsanspruch weggenommen und den Klägerinnen zugeteilt. Die Subrogation erfolgt unabhängig davon, ob der Rentenschaden aus Finanzierungslücken bei der AHV oder solchen bei der BVG-Rente resultiert. Die Auffassung der Beklagten geht demgegenüber dahin, dass der Anteil am Regressschaden, der die Finanzierungslücke bei der BVG-Rente betrifft, nicht Teil des Regresssubstrats bildet, auf das alle am Rückgriff beteiligten Sozialversicherer zufolge Subrogation greifen können. Sie geht also von blossen *Teilansprüchen* aus. Diese Vorstellung widerspricht aber der vom Gesetzgeber angeordneten Subrogation in den ganzen Schaden des Geschädigten. Der Ausgleich zwischen den Sozialversicherern fände, sofern die neue Regelung zur Anwendung käme, (nach Art. 27e BVV 2) vielmehr jedenfalls intern zwischen ihnen statt und nicht durch Aufteilung der Subrogationsansprüche gegenüber dem Haftpflichtigen.

## **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 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 Arbeitgeberin zu überbinden, indem von ihr die ganzen Leistungen zurück verlangt 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 *Regress* privileg und nicht um ein *Haftungs* privileg 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; BRUNO VOGEL/THEODOR BICHSEL, Regressprivileg und Koordinationsgemeinschaft, HAVE 2004 S. 331 ff., S. 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 *Haftungs* privilegs. 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 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., S. 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 offen gelassen, 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 *Regress*privilegs 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: Personen-Schaden-Forum 2004, Verein Haftung und Versicherung [Hrsg.], S. 165 ff., S. 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, in: Haftung und Versicherung, Stephan Weber/Peter Münch [Hrsg.], 2. Aufl. 2015, S. 251 ff., S. 312 Rz. 6.176, nachfolgend: BECK, Schadenausgleichssysteme II, a.a.O.; DOLF, a.a.O., S. 157 Rz. 330; ALEXANDER MÜLLER, Regress im Schadenausgleichsrecht unter besonderer Berücksichtigung des Privatversicherers, 2006, S. 82. A.A. THOMAS FREI, Die durch ein Regressprivileg gestörte Koordinationsgemeinschaft, in: 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; 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 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., S. 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; 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 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 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. 48ter AHVG anerkannte Regressprivileg ab (Bericht der Kommission des Nationalrats für soziale Sicherheit und Gesundheit, a.a.O., 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 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, in: ZSR 86/1967 II S. 1 ff., S. 70; PETER STEIN, Haftungskompensation, in: ZSR 102/1983 I S. 67 ff., S. 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., S. 137; SCHAER, a.a.O., S. 335 f. Rz. 982 f.; PETER BECK, Zusammenwirken von Schadenausgleichssystemen, in: Schaden - Haftung - Versicherung, Peter Münch/Thomas Geiser [Hrsg.], 1. Aufl. 1999 [Voraufgabe], S. 235 ff., S. 281 f. Rz. 6.105 und S. 310 Rz. 6.159, nachfolgend: BECK, Schadenausgleichssysteme I, a.a.O.). Es handelt 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.

**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

Sozialversicherungssystem. 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 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 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, Schadenausgleichssysteme 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, BBl 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 (KARL OFTINGER/EMIL W. STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band II/3, 4. Aufl. 1991, S. 391 § 30 Rz. 163). Dabei nimmt die Beklagte als Haftpflichtversicherung der F. AG deren Position ein (BGE 130 III 362 E. 5.1 S. 369; 116 II 645 E. 2 S. 647 f. mit Hinweisen; OFTINGER/STARK, a.a.O., Band 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. Soweit eine Haftung der Beklagten besteht, wird die Vorinstanz daher über die Berücksichtigung des Regressprivilegs neu zu entscheiden haben.

## **7.**

Nach Art. 33 Abs. 1 RLG haftet der Inhaber einer Rohrleitungsanlage, wenn durch deren Betrieb oder durch einen Mangel oder die fehlerhafte Behandlung einer nicht in Betrieb stehenden Anlage ein Mensch getötet oder in seiner Gesundheit geschädigt oder Sachschaden verursacht wird. Die Klägerinnen haben zu beweisen, dass der Unfall (vgl. zum unbestrittenen Unfallhergang Sachverhalt Aa hiervor) in diesem Sinn durch den Betrieb einer Rohrleitung verursacht worden ist.

**7.1.** Gemäss Vorinstanz haben die Klägerinnen den Beweis erbracht, dass es sich beim entzündeten Gas um ein Propan-/Luftgemisch aus den Leitungen der F. AG handelte. Zwar seien nach dem Unfall keine Messungen des Gasvorkommens an der Unfallstelle vorgenommen worden und dies könne nachträglich auch nicht mehr nachgeholt werden. Die Klägerinnen hätten bewiesen, dass aus einem Ringspalt in der Gasleitung an der Strasse W. Gas ausgetreten und in die Kanalisationsleitung und schliesslich bis zum Kontrollschacht gelangt sei. Sie stützte sich für diese Beweiswür vorerst auf die unbestrittene Tatsache, dass die F. AG im Sommer 2004 unerklärliche Gasverluste und Messdifferenzen festgestellt hatte, ohne jedoch bis zum Unfalltag das entsprechende Leck gefunden zu haben. Sie würdigte weiter ein von der Klägerin 1 in Auftrag gegebenes Gutachten des H.-Inspektorats (nachfolgend: Hlyy) vom 15. April 2005. Die Gutachter hätten keinerlei Zweifel daran gehabt, dass Brenngas aus dem bereits bestehenden Leck Ursprung des Unfalls gewesen sei, auch wenn sie dies - mangels entsprechender Messungen unmittelbar nach dem Unfall - nicht mit absoluter wissenschaftlicher Sicherheit hätten feststellen können. Die Einwendungen der Beklagten gegen den Beweiswert des Hlyy-Gutachtens seien unbehelflich. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (BGE 140 III 24 E. 3.3.1.3 S. 27) seien auch von einem Sozialversicherer im entsprechenden Verfahren eingeholte Gutachten Fremd- und nicht Parteigutachten, und daher im Zivilprozess taugliche Beweismittel. Die Vorinstanz war der Auffassung, dies gelte auch im Regressverfahren, in dem ein Sozialversicherer als Partei auftrete. Sie hielt sodann fest, beim Hlyy handle es sich um eine ausgewiesene Fachstelle, was an sich auch von der Beklagten anerkannt werde. Schliesslich verwies die Vorinstanz auch auf die Ermittlungen der Kantonspolizei V., die

ebenfalls ohne weiteres von ausgetretenem Propangas als Unfallursache ausgegangen sei. I., Tiefbauingenieur des Bezirks U., habe in der polizeilichen Einvernahme als Auskunftsperson erklärt, das Gas ströme wegen leichtem Überdruck aus den Lecks und fliesse in die defekten Abwasserleitungen. Seine Aussage widerlege insbesondere das Argument der Beklagten, dass in U. die Gasleitungen durch verdichtetes Erdreich so abgedämmt gewesen seien, dass trotz eines erheblichen Lecks kein Gas in die Kanalisationsleitungen habe gelangen können. Zudem - so die Vorinstanz weiter - würden verschiedene Schreiben der Beklagten bzw. der F. AG zeigen, dass diese im damaligen Zeitpunkt selber keinerlei Zweifel daran gehabt hätten, dass Propangas aus den Leitungen der letzteren Ursache des Unfalls gewesen sei.

Was die Beklagte dagegen vorbringe, sei unbehelflich. So fehlten irgendwelche Anzeichen dafür, dass der Rohrbruch der Gasleitung an der Strasse W. erst nach bzw. aufgrund der Gasentzündung entstanden sein könnte. Die Beklagte bringe nicht vor, dass auch in der Strasse W. Schachtdeckel abgehoben worden wären. Dass vor dem Unfall kein Gasgeruch registriert worden sei, sei ebenfalls nicht stichhaltig. Denn da Propangas schwerer sei als Luft, erscheine durchaus wahrscheinlich, dass es durch die Kanalisationsleitungen fließen konnte, ohne an die Oberfläche bzw. in die Häuser zu gelangen. Schliesslich überzeugten auch die Vorbringen der Beklagten betreffend alternativ vorhandene Gase nicht. So erkläre die Beklagte nicht, wie das von ihr erwähnte Ammoniak hätte in die Kanalisationsleitungen gelangen können. Dass der Geschädigte teilweise davon gesprochen habe, er habe Ammoniakgeruch wahrgenommen, vermöge in keiner Weise dessen Vorkommen zu beweisen. Denn dass ein in Bezug auf Gase Unkundiger den Fäkalgeruch einer Kanalisation als Ammoniakgeruch beschreibe, sei nicht erstaunlich. Eine Ansammlung von Methan schliesslich sei namentlich deshalb auszuschliessen, weil dieses Gas unstrittig leichter sei als Luft, womit es aus dem offenen Kontrollschacht hätte entweichen können und müssen.

**7.2.** Das Bundesgericht greift nur dann in die Beweiswürdigung des Sachgerichts ein, wenn diese willkürlich ist. Willkür liegt nicht schon dann vor, wenn eine andere Lösung ebenfalls in Betracht zu ziehen oder gar vorzuziehen wäre, sondern nur, wenn der angefochtene Entscheid im Ergebnis offensichtlich unhaltbar ist, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft (BGE 140 III 16 E. 2.1 S. 18 f.; 129 I 8 E. 2.1 S. 9; je mit Hinweisen). Was die Beklagte gegen die Beweiswürdigung der Vorinstanz vorbringt, lässt diese nicht als willkürlich erscheinen.

**7.2.1.** Sie führt namentlich aus, der Beweis dafür, dass sich ein Propangas-Luftgemisch am Schachtboden befunden habe, wäre nur mit Messungen in den ersten Tagen nach dem Unfall und der Entnahme von Luftproben möglich gewesen, die dann unter Laborbedingungen hätten untersucht werden können. Und der Beweis für die Herkunft des Gases aus der Bruchstelle an der Strasse W. wäre nur dann denkbar gewesen, wenn die Klägerinnen unter anderem hätten nachweisen können, dass nach der Reparatur dieser Bruchstelle eine vorher, aber schon 1-2 Tage nach dem Unfall gemessene Propankonzentration an der Unfallstelle rasch und markant abgenommen hätte. Mangels solcher Messergebnisse hätten auch die von den Klägerinnen beantragten wissenschaftlichen Gutachten - so sie denn eingeholt worden wären - nichts gebracht, denn solche hätten auf eben diesen Messungen beruhen müssen. Die Vorinstanz habe Art. 8 ZGB in Verbindung mit Art. 231 und Art. 232 ZPO verletzt, indem sie ohne einen gutachterlichen Beweis den Nachweis als erbracht erachtet habe, dass sich Propangas auf dem Schachtboden befunden habe. Art. 231 und 232 Abs. 2 ZPO sieht die Beklagte deshalb als verletzt, weil die Vorinstanz ihres Erachtens das von den Klägerinnen beantragte wissenschaftliche Gutachten hätte abnehmen müssen. Da sie dies nicht tat, habe man der Beklagten die Möglichkeit zur Würdigung eines solchen Gutachtens genommen. Im Rahmen dieser Würdigung hätte sie aufzeigen können, dass mit einem nicht auf der Basis von Messungen erstellten Gutachten die Klägerinnen den ihnen obliegenden Beweis nicht erbringen können.

Art. 232 Abs. 1 ZPO (Schlussvorträge nach Abschluss der Beweisabnahme) kann insoweit nicht verletzt sein, als zuvor keine Beweisabnahme stattfand und daher kein Beweisergebnis vorliegt, zu dem die Parteien hätten Stellung nehmen können. Indem die Beklagte sodann selber ausführt, das abzunehmende wissenschaftliche Gutachten hätte den geforderten Beweis mangels vorgenommener Messungen nicht erbringen können, macht sie in Tat und Wahrheit nicht geltend, ein entscheidendes Beweismittel sei nicht abgenommen worden. Vielmehr laufen ihre Vorbringen darauf hinaus, die Beweiswürdigung der Vorinstanz sei willkürlich, weil sie aufgrund der vorhandenen Indizien und des Hlyy-Gutachtens den Beweis für das Propangas als Ursache als erbracht erachtete.

**7.2.2.** Die Beklagte macht geltend, das Hlyy-Gutachten sei nicht im Sozialversicherungsverfahren zur Abklärung der Leistungspflicht gegenüber dem Versicherten eingeholt worden, sondern zur Absicherung des Regresses. Es handle sich daher entgegen der Vorinstanz um ein Parteigutachten. Denn die *Offizialmaxime* im Sozialversicherungsrecht [gemeint ist wohl eher das "Untersuchungsprinzip"; vgl. zur Abgrenzung vom "Offizialprinzip": KIESER, a.a.O., N. 16 zu Art. 43 ATSG] gelte nur gegenüber dem Versicherten, nicht aber gegenüber potentiell Haftpflichtigen. Im Regressverfahren habe die Beklagte Anspruch auf die Leistung eines Beweises in den Formen des Zivilprozesses.

In BGE 140 III 24 E. 3.3.1.3 S. 27 führte das Bundesgericht aus, der Zivilrichter könne ein Gutachten, das von einer anderen Behörde in Auftrag gegeben und in einem anderen Verfahren erstattet worden sei, als gerichtliches Gutachten beiziehen. Die Beweistauglichkeit solcher Fremdgutachten könne durch entsprechende Vorkehren zur Wahrung des rechtlichen Gehörs im Zivilprozess sichergestellt werden. Die Klägerin 1 hat das Hlyy-Gutachten am 5. Oktober 2004 in Auftrag gegeben. Es ist unklar, ob dies im Rahmen des Sozialversicherungsverfahrens gegenüber dem Geschädigten erfolgte, oder als vorprozessuale Massnahme der Klägerin 1 im Hinblick auf ihren eigenen künftigen Regressprozess, wie die Beklagte geltend macht. Die Frage kann offenbleiben.

**7.2.3.** Auch wenn das Hlyy-Gutachten lediglich als Parteigutachten zu qualifizieren wäre, wäre es nicht einfach unbeachtlich. Auch Parteigutachten können unter Umständen zusammen mit - durch Beweismittel nachgewiesenen - Indizien den Beweis für eine Tatsache erbringen (BGE 141 III 433 E. 2.6 S. 437).

**7.2.3.1.** Von Bedeutung ist dabei auch die Qualität des Parteigutachtens. Wenn die Vorinstanz von der Neutralität des Hlyy ausging, namentlich auch deshalb, weil es sich dabei um das Inspektorat des Vereins J. handelt, in welchem Gas- und Wasserversorgungsunternehmen zusammengeschlossen sind, und es daher nicht ersichtlich sei, inwiefern das Hlyy ein Interesse daran haben könnte, ein Gutachten wider die Interessen der Gaswerk F. AG zu erstatten, so erscheint dies jedenfalls nicht willkürlich. Daran ändert entgegen der Beklagten auch nichts, dass zufolge der bestehenden Haftpflichtversicherungsdeckung der Fall für die Gaswerk F. AG finanziell folgenlos bleibt bzw. dass sich das Hlyy in einer Konkurrenzsituation mit der K. AG befunden haben soll, die den Rohrbruch gefunden habe. Abgesehen davon handelt es sich bei der letzteren um eine neue und daher grundsätzlich unzulässige Behauptung (vgl. E. 2.2 hiervor).

Die Beklagte bestreitet sodann nicht die Feststellung der Vorinstanz, dass sie die grundsätzliche Sachverständigkeit des Hlyy zur Untersuchung von Gasunfällen anerkannt und die Hlyy-Experten als Autoritäten in diesem Bereich bezeichnet habe. Sie ist jedoch der Auffassung, das Hlyy sei vorliegend unprofessionell vorgegangen, weil es keine Messungen unmittelbar nach dem Unfall vornahm. Dazu stellte die Vorinstanz fest, das Hlyy sei gemäss seinen Hinweisen im Gutachten erst mit Schreiben vom 5. Oktober 2004, also rund einen Monat nach dem Unfall, von der Klägerin 1 mit der Unfallabklärung beauftragt worden, weshalb ihm wegen der nicht durchgeführten Messungen kein unsorgfältiges Vorgehen - und damit mangelnde Kompetenz im vorliegenden Fall - vorgeworfen

werden könne. Die Beklagte hält dem entgegen, sie habe im vorinstanzlichen Verfahren darauf hingewiesen, dass das Hlyy bereits am 9. September 2004, also einen Tag nach dem Unfall, auf dem Unfallplatz erschienen sei. Dass die Vorinstanz darauf nicht eingegangen ist, rügt sie als Verweigerung des rechtlichen Gehörs. Der Anspruch auf rechtliches Gehör verlangt indessen nicht, dass sich ein Gericht mit jedem Einwand einer Partei auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt. Es genügt, wenn der Entscheid gegebenenfalls sachgerecht angefochten werden kann (BGE 136 I 184 E. 2.2.1 S. 188). Dies war hier offensichtlich der Fall. Wenn die Vorinstanz sodann auf das Gutachten abstellte, das selber festhielt, ein Abklärungsauftrag sei erst am 5. Oktober 2004 erteilt worden und Erstabklärungen seien am 21. Oktober und 14. November 2004 erfolgt, ist dies nicht willkürlich. Mangels Auftrags kann dem Hlyy kein Vorwurf der Un sorgfalt gemacht werden, wenn es nicht am 9. September 2004 Messungen durchführte, auch wenn es - was nicht festgestellt ist - tatsächlich schon am 9. September 2004 am Unfallort war.

Für die Vorinstanz war entscheidend, dass es sich bei den Hlyy-Experten um ausgewiesene Fachleute zur Abklärung von Gasunfällen handelt, diese die involvierten Mitarbeiter der Arbeitgeberin, der F. AG und der ebenfalls beigezogenen Spezialfirma L. AG befragt sowie eine Ortsbegehung der Unfallstelle durchgeführt hatten und daraufhin zum Schluss gekommen waren, dass keinerlei Zweifel daran bestehe, dass der bereits bestehende Spalt in der Gasleitung an der Strasse W. Ursprung des Unfalls gewesen sei, auch wenn sie dies nicht mit Messungen nachweisen konnten. Die Vorinstanz konnte daher willkürfrei das Hlyy-Gutachten in ihre Beweiswürdigung einbeziehen.

**7.2.3.2.** Hinzu kommt, dass die Vorinstanz wie die Gutachter massgeblich berücksichtigte, dass bereits in der Zeit vor dem Unfall Gasverluste festgestellt worden waren. Dazu äussert sich die Beklagte nur ungenügend. Sie führt aus, der Rohrquerschnitt des Gasrohrs betrage bloss 80 mm, während eine Kanalisationsleitung in der Regel 300 mm Durchmesser habe. Dieser grosse Unterschied werfe die Frage auf, wo denn der Rest des Gases aus dem Rohrbruch hingeflossen sein solle, ohne während der Zeit zwischen dem Unfall und dem Fund des Rohrbruchs rund zwei Wochen später mit dem entsprechenden Gas-Geruch einen möglichen Bruch zu signalisieren. Darauf kann bereits deshalb nicht abgestellt werden, weil es sich bei der Behauptung, Kanalisationsleitungen hätten einen Durchmesser von 300 mm, um eine neue und damit grundsätzlich unzulässige Behauptung handelt (vgl. E. 2.2 hiervor). Vor allem aber hat die Vorinstanz nachvollziehbar dargelegt, dass nichts daraus abgeleitet werden kann, dass kein Gasgeruch feststellbar war, weil Propangas schwerer als Luft sei. Dazu äussert sich die Beklagte nicht.

**7.2.3.3.** Schliesslich verwies die Vorinstanz zu Recht auf die beiden Schreiben der Beklagten bzw. ihrer Versicherungsnehmerin vom 14. April 2008 bzw. 11. Oktober 2004, in welchen diese selber im damaligen Zeitpunkt keinerlei Zweifel daran gehabt hätten, dass Propan aus den Leitungen der F. AG Ursache des Unfalls war. Zu ihrem eigenen Schreiben vom 14. April 2008 wendet die Beklagte einzig ein, es sei dort nicht um eine Anerkennung der Haftung, sondern eine Begründung der Haftungsbefreiung gegangen. Das mag sein; hätte sie aber das Propangas als Ursache in Frage stellen wollen, hätte sie dies zweifellos erwähnt und die Sache nicht an der Haftungsbefreiung, die ja logisch erst an zweiter Stelle kommt, aufgehängt. Die Auslegung dieses Schreibens durch die Vorinstanz erfolgte willkürfrei. Zum Schreiben ihrer Versicherungsnehmerin vom 11. Oktober 2004 wendet die Beklagte ein, diese sei nicht mit "unfall-fachlicher Autorität versehen" und zudem habe die Vorinstanz den Anspruch auf rechtliches Gehör und Art. 232 Abs. 1 ZPO verletzt, weil sich die Beklagte dazu an der Hauptverhandlung nicht nochmals habe äussern können. Ersteres ist eine unzulässige neue Behauptung (vgl. E. 2.2 hiervor) und ändert zudem nichts daran, dass die F. AG das Gas als Ursache nicht anzweifelte. Letzteres ist trölerisch, wurde doch das Schreiben mit der Klageschrift eingereicht und hatte die Beklagte somit bereits im Schriftenwechsel Gelegenheit, dazu Stellung zu nehmen. Insgesamt ist die Beweiswürdigung jedenfalls im Ergebnis nicht willkürlich, unabhängig davon, wie der Beweiswert des Berichts der Kantonspolizei und die Aussage des zuständigen Tiefbauingenieurs des Bezirks U. zu würdigen sind und dass die Zeugen M. und N., die

nach den Angaben der Beklagten zum Unfallablauf hätten Aussagen machen können, nicht einvernommen wurden.

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Vorinstanz rechtsfehlerfrei von der von der F. AG betriebenen Rohrleitung als (Mit-) Ursache des Unfalls ausgehen konnte.

## **8.**

Es ist nicht umstritten, dass der Geschädigte durch die Entzündung des Gases Verbrennungen erlitt. Die Brandverletzungen heilten in der Folge aber gut ab (vgl. Sachverhalt A.b hiervor). Strittig sind die psychischen Folgen des Unfalls, namentlich ob ein posttraumatisches Belastungssyndrom (PTBS) vorliegt, das zu einer anhaltenden und vollständigen Arbeitsunfähigkeit geführt hat.

**8.1.** Die Vorinstanz hielt fest, gemäss der internationalen statistischen Klassifikation der Krankheiten und verwandter Gesundheitsprobleme (ICD-10) entstehe ein PTBS als eine verzögerte oder protrahierte Reaktion auf ein belastendes Ereignis oder eine Situation kürzerer oder längerer Dauer, mit aussergewöhnlicher Bedrohung oder katastrophenartigem Ausmass, die bei fast jedem eine tiefe Verzweiflung hervorrufen würde. Typische Merkmale seien das wiederholte Erleben des Traumas in sich aufdrängenden Erinnerungen (Nachhallerinnerungen, Flashbacks), Träumen oder Albträumen, die vor dem Hintergrund eines andauernden Gefühls von Betäubtsein und emotionaler Stumpfheit aufträten. Ferner fänden sich Gleichmütigkeit gegenüber andern Menschen, Teilnahmslosigkeit der Umgebung gegenüber, Freudlosigkeit sowie Vermeidung von Aktivitäten und Situationen, die Erinnerungen an das Trauma wachrufen könnten. Meist trete ein Zustand vegetativer Überregtheit mit Vigilanzsteigerung, einer übermässigen Schreckhaftigkeit und Schlafstörung auf. Angst und Depressionen seien häufig mit den genannten Merkmalen assoziiert und Suizidgedanken seien nicht selten. Der Beginn folge dem Trauma mit einer Latenz, die wenige Wochen bis Monate dauern könne. Der Verlauf sei wechselhaft, in der Mehrzahl der Fälle könne jedoch eine Heilung erwartet werden. In wenigen Fällen nehme die Störung über viele Jahre einen chronischen Verlauf und gehe dann in eine andauernde Persönlichkeitsänderung (F62.0) über.

Die Vorinstanz erachtete das PTBS und die daraus resultierende Arbeitsunfähigkeit als erwiesen. Ihre Würdigung beruhte auf einer Vielzahl von medizinischen Berichten im Zeitraum zwischen dem 19. November 2004 und dem 28. März 2013, die namentlich vom Hausarzt, Dr. med. O., Facharzt für Allgemeinmedizin FMH, dem Sozialpsychiatrischen Dienst des Kantons V., der Rehaklinik P., dem Kreisarzt Dr. med. Q., Facharzt FMH für Plastische Chirurgie/Handchirurgie, und der Psychiatrischen Klinik X. erstellt worden waren, sowie einem psychiatrischen Gutachten des Instituts R. (nachfolgend: IRxx) vom 19. November 2006. Alle medizinischen Akten würden ein PTBS bestätigen. Namentlich dem IRxx-Gutachten mass die Vorinstanz vollen Beweiswert zu. Zwar treffe es zu, dass der Gutachter davon ausgegangen sei, der Geschädigte sei durch die Wucht der Explosion aus dem Schacht geschleudert worden, was gemäss übereinstimmenden Angaben der Parteien nicht zutreffe. Dies vermöge jedoch den Beweiswert des Gutachtens nicht zu schmälern. Denn dass der Geschädigte in einem engen Schacht in Brand geraten und nur mit Hilfe von Kollegen aus dem Schacht gelangt sei und gelöscht werden konnte, sowie dass er erhebliche Verletzungen erlitten habe, sei unbestritten. Dies und insbesondere das in Brand stehen seien die wesentlichen Elemente. Selbst wenn aber das "Herausschleudern" für die Diagnose eines PTBS entscheidend wäre würde dies an den festgestellten Beschwerden des Geschädigten bzw. an dessen Arbeitsunfähigkeit nichts ändern. Einzig die Diagnose wäre anzupassen. Die Beklagte bezeichne die Beschwerden als "unfallfremd". Damit verneine sie aber einzig die Kausalität zum Unfallereignis und stelle nicht in Abrede, dass der Geschädigte die geschilderten Beschwerden tatsächlich habe. Die behandelnden Ärzte würden insbesondere Schlafstörungen, Albträume, Angstzustände, Flashbacks, Nervosität sowie ein brennendes Gefühl im Gesicht schildern; teilweise würden sie auch von Suizidalität und Fremdaggressivität sprechen. Alle diese Symptome liessen sich zwanglos unter die gemäss ICD-10-Klassifikation für ein PTBS typischen Symptome subsumieren. Die Vorinstanz ging sodann gestützt auf den langen Verlauf und das Alter des Geschädigten davon aus, dass sich sein Gesundheitszustand in Zukunft nicht entscheidend

verbessern werde.

Die Beklagte bestreite zwar die Arbeitsunfähigkeit des Geschädigten, begründe dies jedoch damit, dass dieser nicht wegen psychischer Beschwerden, sondern wegen mangelndem Willen seit dem Unfall nicht mehr berufstätig sei. Damit mache sie nicht geltend, dass der Geschädigte selbst bei Vorliegen der von den Klägerinnen geschilderten psychischen Beschwerden dennoch hätte arbeiten können. Angesichts des erstellten Gesundheitszustands sei daher von dessen 100%iger Arbeitsunfähigkeit auszugehen, zumal auch die verschiedenen medizinischen Unterlagen eine solche annähmen.

Aufgrund der diversen vorhandenen, grundsätzlich übereinstimmenden und überzeugenden medizinischen Unterlagen sei eine weitere medizinische Begutachtung nicht erforderlich. Da der Unfall bereits über zehn Jahre zurückliege und sich ein neuer Gutachter - insbesondere für die relevante Vergangenheit - damit schwergewichtig auf die vorhandenen medizinischen Unterlagen abstützen müsste, stünde das Ergebnis eines neuen medizinischen Gutachtens ohnehin bereits fest; ein solches könne antizipiert werden. Der Einwand der Beklagten, der Unfall sei nicht gravierend genug gewesen für entsprechende Beschwerden, betreffe die Kausalität und stelle einen unzulässigen "post hoc ergo propter hoc" Schluss dar.

Mit Blick auf die dargestellten Überlegungen und mangels weiterer offerierter Beweismittel kam die Vorinstanz zum Schluss, der Beklagten könne auch der Gegenbeweis nicht gelingen, dass der Geschädigte zumindest teilweise arbeitsfähig gewesen wäre. Eine medizinische Begutachtung verlange sie einzig für die Untersuchung der TSH-Werte (Hormon Thyreotropin). Dies beschlage jedoch nicht die Frage der Beschwerden des Geschädigten bzw. dessen Arbeitsfähigkeit, sondern die Kausalität.

## **8.2.**

**8.2.1.** Die Beklagte rügt zu Recht, die Vorinstanz sei unzulässigerweise davon ausgegangen, dass sie die von dieser bejahten Beschwerden nicht bestritten habe. Sie führte nämlich in der Klageantwort an der angegebenen Stelle nicht nur aus, die "Eskalation der Beschwerden und deren neu berichtete Komponenten werden als unfallfremd bestritten", sondern fuhr fort "Die Prognose einer Persistenz der Symptomatik lässt sich damit nicht halten; sie wird bestritten". Zudem machte sie in der Randziffer davor geltend, die angeblich eingeschränkte Aufmerksamkeit und Konzentration, kognitiven Einschränkungen, Anspannungen, anhaltenden Ängste und Panikerlebnisse, Schreckhaftigkeit, massiv verminderte Stresstoleranz "wird bestritten, eventuell als unfallfremd bestritten". Bestritten werde auch, dass es deswegen zu schnellem Spannungsaufbau mit starker Agitation, zu psychomotorischer Unruhe, zu Flashbacks gekommen sei. Damit hat sie jene Beschwerden und Symptome bestritten, die von der Vorinstanz als Symptome eines PTBS gewürdigt wurden.

**8.2.2.** Auch den Vorhalt im angefochtenen Entscheid, die Beklagte habe nicht geltend gemacht, dass der Geschädigte auch bei Vorliegen der von der Vorinstanz bejahten Beschwerden noch arbeitsfähig gewesen sei, denn sie habe dessen fehlende Wiederaufnahme der Arbeit einzig mit fehlendem Willen begründet, ist nicht recht nachvollziehbar. Die Beklagte hat damit invalidisierende psychische Beschwerden bestritten. Das allein ist entscheidend. Die Differenzierung der Vorinstanz läuft darauf hinaus der Beklagten vorzuwerfen, nicht bestritten zu haben, dass psychische Beschwerden als Folge eines PTBS voll invalidisierend sein können, wenn sie denn in einer entsprechenden Ausprägtheit vorhanden wären.

**8.2.3.** Aktenwidrig ist sodann die Feststellung der Vorinstanz, die Beklagte habe ihren Gutachtensantrag auf die Feststellung des TSH-Werts beschränkt. Wie letztere zutreffend ausführt,

hat sie bereits an der von der Vorinstanz zitierten Stelle ausgeführt, sie verlange für den von den Klägerinnen gestellten Gutachtensbeweis eine stationäre Begutachtung mit Urinkontrolle der Medikationscompliance *als auch* eine erneute Bestimmung des TSH. Und ausdrücklich unter dem Titel "Gegenbeweismittel" beantragte sie eine polydisziplinäre stationäre medizinische Begutachtung mit Blut- und Wasserlaborwertbestimmung. Nachdem die Klägerinnen ihrerseits an der angegebenen Stelle in der Klage anschliessend an die von ihnen eingereichten medizinischen Berichte und dem IRxx-Gutachten zum Beschwerdebild und der daraus folgenden Arbeitsunfähigkeit ein medizinisches Gutachten beantragt hatten, konnte die Vorinstanz den Gutachtensantrag der Beklagten unmöglich in dem von ihr erwähnten eingeschränkten Sinn verstehen.

**8.3.** Die Beklagte rügt eine Verletzung von Art. 8 ZGB, weil die Vorinstanz ausschliesslich auf von den Klägerinnen initiierte Untersuchungen im Sozialversicherungsverfahren abstellte, wo die Beklagte weder ein Mitsprache- noch ein Interventionsrecht gehabt habe. Durch die Verweigerung eines gerichtlichen Gutachtens habe die Vorinstanz sowohl den Klägerinnen den Beweis wie der Beklagten selber den Gegenbeweis verunmöglicht. Die Klägerinnen hätten die erstmals vom Hausarzt am 19. November 2004 gestellte Diagnose eines PTBS hingenommen, den Geschädigten über die Jahre namentlich durch den Hausarzt und den sozialpsychiatrischen Dienst "betreuen" lassen, statt ihn wirksamen Therapien zu unterziehen. Sie, die Beklagte, habe nie die Chance gehabt, in diese fatale Entwicklung einzugreifen. Die Sozialversicherer hätten aber gegenüber ihren Regressaten eine Schadenminderungspflicht. Das von den Parteien beantragte gerichtliche Gutachten hätte sich auch dazu zu äussern, ob der Geschädigte zweckmässig und mit wirksamen Therapien behandelt und nicht bloss betreut worden sei, und schliesslich, ob der Invaliditätsgrad mit "voll" nicht weitaus zu hoch angesetzt worden sei.

**8.3.1.** Art. 8 ZGB gibt der beweispflichtigen Partei einen bundesrechtlichen Anspruch darauf, für rechtserhebliche Vorbringen mit rechtzeitig und formgültig angebotenen Beweisanträge zum Beweis zugelassen zu werden (BGE 133 III 295 E. 7.1 S. 299 mit Hinweisen). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts gewährleistet Art. 8 ZGB ebenfalls das Recht zum Gegenbeweis, d.h. er gibt dem Gegner der beweisbelasteten Partei einen Anspruch darauf, zum Beweis von konkreten Umständen zugelassen zu werden, die beim Gericht Zweifel an der Richtigkeit der Gegenstand des Hauptbeweises bildenden Sachbehauptung wach halten und diesen dadurch vereiteln können (BGE 130 III 321 E. 3.4 S. 326; 115 II 305 je mit Hinweisen). Auch dieser Beweisführungsanspruch schliesst aber die vorweggenommene Beweiswürdigung nicht aus, verbietet dem Gericht also nicht, einem beantragten Beweismittel die Erheblichkeit oder Tauglichkeit abzuspochen. Zudem wird Art. 8 ZGB auch hinsichtlich des Gegenbeweises gegenstandslos, wenn das dem Hauptbeweis unterstellte Tatbestandsmerkmal beweismässig bereits feststeht. Wird allerdings eine substantiierte Sachverhaltsrüge im Sinne von Art. 97 Abs. 1 und 105 Abs. 2 BGG erhoben, kann das Bundesgericht prüfen, ob die Beschränkung des Beweisverfahrens zu einer offensichtlich unrichtigen Feststellung des Sachverhalts führt, sei es durch Willkür bei der Sachverhaltsermittlung, sei es durch Verweigerung des rechtlichen Gehörs, weil einem Beweismittel von vornherein jede Erheblichkeit oder Tauglichkeit abgesprochen wird, ohne dass dafür sachliche Gründe angegeben werden können (BGE 114 II 289 E. 2a S. 291; Urteil 4A\_188/2010 vom 8. Juni 2010 E. 4; vgl. Botschaft vom 28. Februar 2001 zur Totalrevision der Bundesrechtspflege, BBl 2001 4338 Ziff. 4.1.4.2 zu Art. 92 E-BGG und 4343 f. Ziff. 4.1.4.5 zu Art. 99 E-BGG).

**8.3.2.** Wie dargelegt (vgl. E. 7.2.2 hiavor) können im Sozialversicherungsverfahren eingeholte medizinische Gutachten grundsätzlich als Beweismittel im Zivilprozess berücksichtigt werden, sofern durch entsprechende Vorkehren die Wahrung des rechtlichen Gehörs im Zivilprozess sichergestellt wird. Dazu gehört namentlich auch die Möglichkeit, Ergänzungsfragen zu stellen (Art. 185 Abs. 2 ZPO). Die Beweiskraft der Fremdgutachten richtet sich freilich wie die jedes gerichtlichen Gutachtens nach dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung (Art. 157 ZPO), weshalb ein neues Gutachten angeordnet werden kann, wenn die Feststellungen und Schlussfolgerungen eines Fremdgutachtens

einer kritischen Würdigung nicht standhalten (BGE 140 III 24 E. 3.3.1.3 S. 27). Die Vorinstanz durfte somit das IRxx-Gutachten vom 19. November 2006 als zivilprozessuales Beweismittel berücksichtigen, soweit dabei die zivilprozessualen Anforderungen an ein Gutachten gewahrt blieben.

**8.3.3.** Die Beklagte moniert, das Ereignis sei nie auf die Kriterien - gemeint eines PTBS - nach der ICD-Klassifikation überprüft worden. Das trifft in Bezug auf die verschiedenen Arztberichte zu, denen jedoch ohnehin nicht der Stellenwert gerichtlicher Gutachten zukommt. Es trifft aber insofern nicht zu, als im IRxx-Gutachten darauf eingegangen wird. Der Gutachter qualifizierte das Unfallereignis als "doch eher schwer und auch besonders eindrücklich" und führt dazu aus: "Bei dieser Einschätzung des Schweregrades des Ereignisses geht es nicht um eine dem medizinischen Sachverständigen nicht zustehende Vorwegnahme der normativ-wertenden Beurteilung des Adäquanzkriteriums, sondern um die notwendige Gewichtung eines diagnostischen Eingangsmerkmals, verlangt doch das [...] Diagnosesystem der Weltgesundheitsorganisation WHO (ICD-10), dass eine Situation aussergewöhnlicher Bedrohung oder katastrophentypigen Ausmasses bestanden haben muss, die bei fast jedem eine tiefe Verzweiflung hervorrufen würde, ansonsten sich alle weiteren Überlegungen zur Frage nach dem Vorliegen einer posttraumatischen Belastungsstörung erübrigen". Mit andern Worten: es bedarf keiner weiteren Diskussion der vom Geschädigten subjektiv beschriebenen oder äusserlich festgestellten Beschwerden (z.B. Nervosität), wenn die "diagnostischen Eingangsmerkmale" nicht vorliegen.

**8.3.3.1.** Entscheidend ist nun, dass der Gutachter die "diagnostischen Eingangsmerkmale" bejahte, dabei aber aufgrund der Schilderungen des Geschädigten ihm gegenüber unbestritten von einem falschen Sachverhalt ausging, indem er annahm, dieser sei durch die Wucht der Explosion aus dem Schacht geschleudert worden. Wenn die Vorinstanz meint, dies vermöge den Beweiswert des Gutachtens nicht zu schmälern, denn auch die vorhandenen Elemente (in Brand geraten im engen Schacht; Hilfe der Kollegen, um herauszugelangen; erhebliche Verletzungen) liessen das Geschehen als besonders eindrücklich erscheinen, erstellt sie eine medizinische Diagnose, indem sie anstelle des Gutachters die "diagnostischen Eingangsmerkmale" beurteilt. Dazu fehlt ihr die Fachkompetenz. Im Übrigen rügt die Beklagte zu Recht, die Vorinstanz spreche hier davon, der Geschädigte habe " *nur* mit Hilfe von Kollegen aus dem Schacht gelangen" (Herv. durch die Beklagte) können, während sie bei der Schilderung des Sachverhalts ausführe, der Geschädigte habe "aus eigener Kraft bzw. mit Hilfe seiner Arbeitskollegen aus dem Schacht steigen" können, was nicht das Gleiche sei.

**8.3.3.2.** Auch die Eventualbegründung, selbst wenn das Herausschleudern für die Diagnose eines PTBS entscheidend wäre, würde dies an den festgestellten Beschwerden nichts ändern, nur die Diagnose wäre anzupassen, beruht auf einer eigenen medizinischen Einschätzung der Vorinstanz. Ob für einen Gutachter die (weitgehend) subjektiv geschilderten Beschwerden nachvollziehbar sind, kann davon abhängen, ob er die Diagnosekriterien für die psychische Störung, welche die Beschwerden bewirken sollen, als erfüllt erachtet. Dass eine gerichtliche Begutachtung zum vorneherein nutzlos wäre, lässt sich in diesem Zusammenhang nicht sagen. Namentlich die Überprüfung der Frage, ob angesichts des bewiesenen Ereignisses die Kriterien eines PTBS erfüllt sind, ist auch im Nachhinein möglich.

**8.3.3.3.** Sodann betrifft der Einwand der Beklagten, der Unfall sei nicht gravierend genug gewesen für entsprechende Beschwerden, zwar die Frage der Kausalität. Nicht nachvollziehbar ist aber das Argument, der Einwand stelle einen unzulässigen "post hoc ergo propter hoc" Schluss dar. Dieser logische Fehlschluss zeichnet sich dadurch aus, dass allein aus der zeitlichen Abfolge auf das Vorliegen eines Kausalzusammenhangs geschlossen wird. Mit dem Einwand der Beklagten wird dagegen aus der fehlenden Schwere des Vorfalles auf die Unglaubwürdigkeit der geklagten Beschwerden geschlossen beziehungsweise auf das Fehlen eines (natürlichen oder adäquaten) Kausalzusammenhangs zwischen diesen und dem Unfall. Ob dieser Schluss zutrifft, ist keine Frage

der Logik, sondern der Erfahrungswerte darüber, welche Wirkungen die gegebene Ursache unter normalen Umständen zeitigen kann beziehungsweise wie die Ursache beschaffen sein muss, damit sie zum behaupteten Erfolg führen kann.

**8.3.3.4.** Hinzu kommt Folgendes: Das IRxx-Gutachten bescheinigte dem Geschädigten aktuell - d.h. im November 2006 - eine vollschichtige Arbeitsunfähigkeit. Eine 50%ige Wiederaufnahme einer beruflichen Tätigkeit liege aber durchaus im Bereich des Möglichen, jedoch nicht vor Beginn einer adäquaten psychotraumatologischen Therapie und entsprechender geeigneter Medikation. Damit wurde eine Verbesserung der Arbeitsfähigkeit durch eine adäquate Therapie und Medikation thematisiert. In der Folge wurde diese Therapie nach den Feststellungen der Vorinstanz nicht durchgeführt, weil der SPD des Kantons V. mit Bericht vom 18. Juni 2007 eine solche nicht als sinnvoll erachtete. Eine gutachterliche Beurteilung dieser Einschätzung des SPD wurde nicht durchgeführt. Für die Zeit danach verwies die Vorinstanz einzig noch auf ein Arztzeugnis des Allgemeinpraktikers und Hausarztes Dr. O. vom 12. Juli 2008, das ebenfalls eine 100%ige Arbeitsunfähigkeit bestätige. Es liegt damit auch keine abschliessende Beurteilung der für die Arbeitsunfähigkeit massgebenden gesundheitlichen Beeinträchtigung durch ein den zivilprozessualen Anforderungen genügendes Gutachten vor, namentlich in Bezug auf die therapeutischen Erfolgsaussichten.

**8.3.3.5.** Vor diesem Hintergrund konnte die Vorinstanz ohne Willkür ein Gutachten (eventuell weitere Beweismassnahmen im Sinne der Ergänzung des bestehenden Gutachtens) zu den medizinischen Folgen des Unfalls und der daraus resultierenden Arbeitsunfähigkeit nicht verweigern, denn es kann ohne Willkür nicht davon ausgegangen werden, ein zu einem abweichenden Schluss kommendes Gutachten sei nicht geeignet, das Beweisergebnis zu beeinflussen. Die Sache ist zur Abnahme weiterer Beweise an die Vorinstanz zurückzuweisen. Demzufolge erübrigen sich vorläufig Ausführungen zum adäquaten Kausalzusammenhang (abgesehen von der Frage des Selbstverschuldens, nachfolgend E. 9), da die entsprechende Würdigung der Vorinstanz davon ausgeht, dass ein PTBS mit den entsprechenden Symptomen bewiesen ist.

## 9.

Nach Art. 33 Abs. 2 RLG wird der Inhaber oder Eigentümer einer Rohrleitungsanlage von der Haftpflicht befreit, wenn er beweist, dass der Schaden durch ausserordentliche Naturvorgänge, durch kriegerische Ereignisse oder durch grobes Verschulden des Geschädigten verursacht wurde, ohne dass ihn selbst oder eine Person, für die er verantwortlich ist, ein Verschulden trifft. Liegt ein Selbstverschulden vor, das keine derartige Intensität aufweist, kann es nach Art. 34 RLG in Verbindung mit Art. 44 OR zu einer Herabsetzung des Schadenersatzes führen. Die Beweislast für das Vorliegen eines Verschuldens des Geschädigten trägt nach Art. 33 Abs. 2 RLG die Beklagte.

**9.1.** Die Vorinstanz verneinte ein grobes Selbstverschulden des Geschädigten ebenso wie ein weniger intensives, im Rahmen von Art. 44 OR zu würdigendes Selbstverschulden durch das Anzünden einer Zigarette im Schacht. Sie stellte fest, unbestritten habe die Arbeitgeberin kein Rauchverbot ausgesprochen. Sie verwarf sodann den Einwand der Beklagten, aufgrund der SUVA-Broschüre 44062 "Sicheres Einsteigen und Arbeiten in Schächten, Gruben und Kanälen" existiere eine allgemeine Sicherheitsregel, dass in Schächten nicht geraucht werden dürfe, worüber der Geschädigte informiert worden sei und was ihm sehr wohl bekannt gewesen sei. Letzteres begründe die Beklagte einzig mit dessen Aussageverhalten, wo er bestritten habe, im Schacht geraucht zu haben. Aus diesem nachträglichen Abstreiten, als er bereits gewusst habe, dass sich aufgrund seiner Zigarette Gas entzündet hatte, lasse sich aber nicht beweisen, was er vorher gewusst habe oder hätte wissen müssen. Es sei somit davon auszugehen, dass der Geschädigte weder von seiner Arbeitgeberin noch auf andere Weise betreffend die erwähnte SUVA-Broschüre instruiert worden sei. Im Übrigen könne der besagten Broschüre ohnehin kein allgemeines Rauchverbot in Kanalisationskontrollschächten entnommen werden.

Damit stelle sich die Frage, ob der Geschädigte aufgrund der konkret im Schacht angetroffenen Situation eine Sorgfaltspflichtverletzung begangen habe, indem er darin eine Zigarette rauchte. Auch dies sei jedoch zu verneinen. Einerseits sei nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung nicht damit zu rechnen, dass bei der Erstellung eines neuen Kontrollschachtes einer Abwasserleitung aus dem Abwasserkanal Gas ausströme, wenn die Bauarbeiten nicht in unmittelbarer Nähe einer Gasleitung stattfänden. Auch die konkreten Umstände sprächen dagegen, habe sich doch der Schacht erst im Aufbau befunden und sei er weder abgedeckt noch abgedichtet gewesen. Die Beklagte behaupte zwar, der Geschädigte habe Ammoniakgeruch wahrgenommen und hätte aufgrund dessen vorsichtig sein müssen. Sie habe aber weder beweisen können, dass überhaupt Kanalgase im Kanalisationskontrollschach vorhanden waren, noch dass der Geschädigte solches wahrgenommen habe. Wie bereits im Zusammenhang mit der Unfallursache dargelegt, sei es durchaus üblich, dass ein Laie Fäkalgeruch so beschreibe, dass er Ammoniak gerochen habe. Daran würde auch nichts ändern, falls der Zeuge N. tatsächlich dem Geschädigten seine Feststellung von Gasgeruch mitgeteilt haben sollte. N. habe nämlich selber ausgesagt, niemand habe seine Aussage ernst genommen. Offenbar habe er seine Wahrnehmung auch niemandem mitgeteilt, weshalb seine Befürchtungen nicht hätten gravierend gewesen sein können. Ein haftpflichtrechtlich relevantes Selbstverschulden des Geschädigten sei mithin zu verneinen.

**9.2.** Dass die Vorinstanz ein Selbstverschulden auf der Grundlage der von ihr festgestellten Tatsachen verneinte, wird als solches von der Beklagten nicht in Frage gestellt. Sie rügt aber in verschiedener Hinsicht die Beweiswürdigung der Vorinstanz hinsichtlich dessen, was der Geschädigte wusste. Ihre Vorbringen beinhalten indessen nur appellatorische Kritik. So wenn sie erneut auf das Aussageverhalten des Geschädigten bzw. sein Abstreiten des Rauchens oder seine Aussage betreffend den Ammoniakgeruch verweist, ohne sich rechtsgenügend mit der Begründung der Vorinstanz auseinanderzusetzen. Sie rügt (erneut) eine Verletzung von Art. 8 ZGB, weil die Vorinstanz den Zeugen N. nicht dazu befragte, ob er den Geschädigten vor Gasgeruch gewarnt habe. Mit den Ausführungen der Vorinstanz, weshalb selbst eine Bejahung dieser Frage durch den Zeugen nichts ändern würde, setzt sie sich nicht auseinander. Auf die Rüge ist nicht einzutreten.

## **10.**

Die Vorinstanz sprach den Klägerinnen einen Regresszins von 5 % im Betrag von Fr. 150'853.20 zu. Die Beklagte rügt grundsätzlich, dass überhaupt ein Zins von 5 % anerkannt wurde.

**10.1.** Die Vorinstanz erwog, aufgrund des integralen Subrogationsrechts nach Art. 72 ATSG gingen auch die Schadenzinsforderungen des Geschädigten als akzessorische Nebenleistung grundsätzlich auf die Sozialversicherer über, solange diese mit ihren Leistungen einen entsprechenden Schaden ausglich. Damit entspreche auch der Regresszins der Höhe des Schadenzinses. Fraglich könne daher nur sein, ob die zwischen der Schweizerischen Vereinigung der Haftpflicht- und Motorfahrzeug-Versicherer (HMOV) und dem Bundesamt für Sozialversicherung abgeschlossene Vereinbarung 2 betreffend Verzicht auf die Geltendmachung von Verzugszins und die Leistung von Akontozahlungen vom 24. Dezember 1981 / 13. Januar 1982, auf die sich die Beklagte berufe, daran etwas zu ändern vermöge. Dies sei nicht der Fall. Vorerst würde die Vereinbarung 2 die Klägerin 1 nicht erfassen. Gemäss ihrem klaren Wortlaut beziehe sie sich sodann nur auf Verzugszins und nicht auf Schadenzins. Und selbst wenn sie auch den Schadenzins erfassen würde, könnte sich die Beklagte nicht darauf berufen. Ein Zinsverzicht setze nämlich voraus, dass der Haftpflichtversicherer "angemessene Akontozahlungen" leiste, und davon könne bei der von der Beklagten geleisteten Akontozahlung von Fr. 140'000.-- nicht die Rede sein.

**10.2.** Unbehelflich ist der Einwand der Beklagten, die Sozialversicherer würden in unverzinsten Ansprüchen eintreten. Das trifft zwar zu; aus welchem Grund jedoch danach der Anspruch des Geschädigten unverzinslich sein soll, erklärt die Beklagte nicht. Die Vorinstanz ging daher zu Recht davon aus, den Klägerinnen stünde grundsätzlich ein Regresszins in Höhe des Schadenzinses zu.

Entscheidend ist daher, ob die Parteien mit der Vereinbarung 2 davon abwichen. Diesbezüglich macht die Beklagte mit Blick auf das Hauptargument der Vorinstanz, die Vereinbarung erfasse nach ihrem klaren Wortlaut nur Verzugszinse und nicht Schadenzinse, zwar geltend, es handle sich beim Regresszins weder um Schaden- noch um Verzugszins, sondern um einen den technischen Zinsen ähnlichen Faktor *sui generis*, über den die Vereinbarung 2 geschlossen worden sei. Zur Eventualbegründung, dass jedenfalls keine angemessenen Akontozahlungen geleistet wurden, äussert sich die Beklagte in ihrer Beschwerde aber nicht. Die Ausführungen in der Beschwerdereplik sind verspätet, da diese nicht dazu dienen kann, die Beschwerde zu ergänzen oder zu verbessern (vgl. BGE 135 I 19 E. 2.2 S. 21; 132 I 42 E. 3.3.4 S. 47; Urteil des Bundesgerichts 4A\_279/2013 vom 12. November 2013 E. 2). Auf die Rüge ist daher insgesamt nicht einzutreten (vgl. E. 2.1 hiervor).

#### **11.**

Abschliessend führt die Beklagte aus, sie bestreite jede einzelne von der Vorinstanz aufgeführte Position auch betraglich, mit Ausnahme der richtig bezifferten Summe der Akontozahlungen. Das ist eine ungenügende Rüge (vgl. E. 2.1 hiervor); darauf ist nicht einzutreten.

Verfahren 4A\_301/2016

#### **12.**

Die Vorinstanz sprach den Klägerinnen keine Regressansprüche für die geltend gemachten Heilungs- und Abklärungskosten im Betrag von Fr. 222'601.20 (von der Klägerin 1 übernommene Heilbehandlung vom 9. November 2004 bis zum Rechnungstag: Fr. 139'717.20 sowie künftige Heilbehandlung: Fr. 79'342.--; von den Klägerinnen 2 und 3 aufgewendete Abklärungskosten: Fr. 3'542.--) zu. Dies rügen die Klägerinnen mit ihrer eigenen Beschwerde.

**12.1.** Die Klägerin 1 hatte im vorinstanzlichen Verfahren ein Bordereau eingereicht, welches die einzelnen Rechnungspositionen der Heilbehandlung und einen Gesamtbetrag von F. 139'717.20 auswies. Die Vorinstanz erwog, die Beklagte bestreite nicht, dass die Klägerin 1 diese Leistungen tatsächlich erbracht habe. Entscheidend sei daher, ob sie damit auch den regressfähigen Schaden genügend behauptet und bewiesen habe. Dies sei zu verneinen. Zum einen genüge der blosser Verweis auf das Bordereau als Aktenstück nicht. Behauptungen müssten in den Rechtsschriften selber erfolgen. Doch selbst unter der Annahme, dass das Bordereau als Tatsachenbehauptung zu betrachten wäre, sei es allein aufgrund dessen nicht möglich zu überprüfen, ob die fakturierten Leistungen aufgrund eines unfallkausalen Schadens des Geschädigten erbracht worden seien. Teilweise seien nicht einmal die behandelnden Ärzte aufgeführt. Hinweise zu den erbrachten Heilbehandlungen fehlten gänzlich. Auch die Namen der vergüteten Medikamente seien nicht ersichtlich. Für keine einzige Zahlung werde erklärt, für welche Behandlung diese geleistet worden sei und weshalb diese aufgrund des Unfalls vom 8. September 2004 nötig gewesen sei. Da die Klägerinnen es unterlassen hätten, weitere Beweismittel (insbesondere Arztrechnungen oder Zeugenbefragungen der behandelnden Personen) zu offerieren, würde ihnen damit selbst bei Zulassung zum Beweis derselbe nicht gelingen.

Dasselbe gelte grundsätzlich auch für die Regressansprüche der Klägerin 2. Die Klägerinnen würden sich auf den Satz beschränken, sie hätten für Arztberichte und Untersuchungen Fr. 3'542.-- aufgewendet. Auch hier würden Ausführungen dazu fehlen, weshalb diese Leistungen dem Schaden des Geschädigten für Heilungskosten entsprechen sollten. Es scheine sich bei diesen Kosten denn auch um Kosten für die Einholung von Berichten und insbesondere das IRxx-Gutachten zu handeln. Diese Leistungen hätten jedoch nicht der Heilung des Geschädigten gedient, sondern der Abklärung dessen Anspruchs auf Leistungen durch die Klägerin 2.

**12.2.** Für die somatischen Folgen machen die Klägerinnen Behandlungskosten von Fr. 24'893.25 geltend. Die Beklagte ihrerseits führt dazu aus, diese Kosten "wären betraglich nicht bestritten" bzw. "werden unfallversicherungsrechtlich wohl ausgewiesen sein". Dass die Beklagte den Konjunktiv

verwendet, hängt damit zusammen, dass sie die Ursächlichkeit eines Rohrleitungsbruchs für den Unfall grundsätzlich bestreitet. Nachdem die entsprechende Beweiswürdigung durch die Vorinstanz geschützt wurde (E. 7 hiervor), können ihre Ausführungen nun als Anerkennung der entsprechenden Heilungskosten verstanden werden. Ein Betrag von Fr. 24'893.25 ist somit ausgewiesen.

### **12.3.**

**12.3.1.** Die Klägerinnen rügen, nachdem die Vorinstanz auch die psychischen Gesundheitsbeeinträchtigungen als Unfallfolgen anerkannt habe, verkenne sie, dass die geltend gemachten Heilkostenleistungen von der Klägerin 1 als zur Neutralität und Objektivität verpflichtetem Organ des Gesetzesvollzugs im dafür vorgesehenen Verwaltungsverfahren gestützt auf die massgeblichen unfallversicherungsrechtlichen Bestimmungen festgelegt worden seien. Und sie seien von ihr auch dahingehend überprüft worden, ob die von den Leistungserbringern in Rechnung gestellten Untersuchungen, Behandlungen, Therapien und Medikationen den unfallbedingten Gesundheitsschaden betreffen. Der Zivilrichter könne diese übernehmen, jedenfalls solange es dem Haftpflichtigen nicht gelinge, diese Leistungen als offensichtlich unrichtig (und damit nach Art. 53 Abs. 2 ATSG der Wiedererwägung zugänglich) auszuweisen.

Überdies seien die Kosten aber auch im Sinn von Art. 55 ZPO genügend substantiiert. Die Vorinstanz habe mit ihren überhöhten Anforderungen Art. 55 ZPO verletzt. Mindestens im Teilbetrag von Fr. 90'583.60, nämlich für die Behandlungen beim Sozialpsychiatrischen Dienst Y. und Z. (55 Positionen: total Fr. 41'590.50), in der Rehaklinik P. (1 Position: Fr. 20'700.80) und in der psychiatrischen Klinik X. (3 Positionen: total Fr. 28'292.30) seien die Kosten genügend substantiiert. Die künftigen Heilungskosten müssten nach Art. 42 Abs. 2 OR geschätzt werden, wobei es nahe liege, von den Leistungen der vergangenen Jahre auszugehen, was die Klägerinnen getan hätten.

**12.3.2.** Die Klägerinnen gehen mit ihrer ersten Begründung davon aus, sie seien von einer Substanziierung und einem Beweis der eingeklagten Heilungskosten befreit, sofern die beklagte Haftpflichtige nicht deren offensichtliche Unrichtigkeit im Sinn von Art. 53 Abs. 2 ATSG nachweise. Dem ist nicht so. Art. 53 Abs. 2 ATSG verbietet dem Sozialversicherer im sozialversicherungsrechtlichen Verfahren auf seine formell rechtskräftigen Verfügungen zurückzukommen, es sei denn diese seien "zweifelloos unrichtig" und ihre "Berichtigung von erheblicher Bedeutung". Die Bestimmung schränkt somit nur den Sozialversicherer selber ein. Es ist nicht ersichtlich, dass diese dem Haftpflichtigen entgegengehalten werden könnte. Aus dem zit. Urteil 4A\_275/2013 E. 9.2, auf das sich die Klägerinnen berufen, können sie nichts zu ihren Gunsten ableiten. Nach diesem Entscheid dient grundsätzlich das Verfahren zwischen der versicherten Person und der Sozialversicherung der Festsetzung der zu erbringenden gesetzlichen Leistungen und damit der Bestimmung der Höhe, bis zu der die Sozialversicherung im Zeitpunkt des Ereignisses in die Ansprüche der versicherten Person eintritt. Für die Höhe der Ansprüche der versicherten Person, in die der Versicherungsträger nach Art. 72 ATSG eintritt, kommt einem Verfahren zwischen der versicherten Person und der Sozialversicherung, an dem der haftpflichtige Dritte nicht teilgenommen hat, dagegen keinerlei Bindungswirkung zu.

**12.3.3.** Nach Art. 55 Abs. 1 ZPO haben - unter der Geltung der Verhandlungsmaxime - die Parteien dem Gericht die Tatsachen darzulegen, auf die sie ihre Begehren stützen, und die Beweismittel anzugeben.

Die vorinstanzliche Begründung ist eine doppelte: einerseits lägen keine genügend substantiierte Behauptungen zu den Heilungskosten vor. Andererseits seien - auch wenn angenommen würde, es lägen genügende Behauptungen vor, und die Klägerinnen daher zum Beweis zugelassen würden - keine tauglichen Beweismittel offeriert worden. Die Klägerinnen rügen aber wie dargelegt nur den Vorwurf der ungenügenden Substanziierung; zur zweiten Begründung der fehlenden bzw.

ungenügenden Beweisanträge äussern sie sich nicht. Das betrifft auch die Kosten für künftige Heilbehandlungen, da sie selber darlegen, ihre Schätzung von Fr. 4'000.--/Jahr beruhe auf den in den letzten Jahren erbrachten - das heisst den als geschuldet ausgewiesenen Heilungskosten. Da nicht beide tragenden Begründungen rechtsgenüglich angefochten werden, ist insoweit auf die Beschwerde nicht einzutreten (vgl. E. 2.1 hiervor).

**12.4.** Im Hinblick auf die nicht zugesprochenen Abklärungskosten rügen die Klägerinnen eine Verletzung von Art. 72 Abs. 1 i.V.m. Art. 74 Abs. 2 ATSG. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (Urteil 2C\_1087/2013 vom 28. Mai 2014 E. 5) würden solche Abklärungskosten zu den Heilungs- und Eingliederungskosten gemäss Art. 74 Abs. 1 lit. a ATSG zählen, die auf den Versicherungsträger übergehen.

Heilungskosten erfassen Leistungen, die der Behandlung der gesundheitlichen Beeinträchtigung dienen. Als Eingliederungskosten gelten solche für Hilfsmittel und für die berufliche und medizinische Eingliederung. Ebenfalls Teil der Eingliederungsmassnahmen bilden der eigentlichen Eingliederung vorgelagerte Vorbereitungsschritte wie beispielsweise Integrationsmassnahmen (KIESER, a.a.O., N. 7 f. zu Art. 74 i.V.m. N. 19 f. zu Art. 14 ATSG). Dass Abklärungskosten nicht darunter fallen, ergibt sich bereits aus dieser Umschreibung. Auch die Systematik des ATSG spricht klar dagegen. Art. 14 ATSG zählt die Heilbehandlung als eine Kategorie der Sachleistungen auf. Andererseits besteht für die Kosten der Abklärung ebenfalls eine Regelung (Art. 45 Abs. 1 ATSG). Das Gesetz unterscheidet somit die Begriffe. Schliesslich lässt sich auch aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nichts Anderes ableiten. Aus dem zit. Urteil 2C\_1087/2013 E. 5.2 können die Klägerinnen nichts für ihren Standpunkt ableiten. Abgesehen davon, dass nicht klar ist, was dort von der beschwerdeführenden Partei gerügt wurde, bezieht sich der Entscheid auf "Arztberichte und Gutachten, die nötig waren, um die Heilung an die Hand zu nehmen bzw. um den Umschulungsbedarf abzuklären". Der Fall betraf die Umschulung einer im Unterricht schwer verletzten Lehrerin zur Heilpädagogin. Es ging also um Eingliederungs-, nicht um Heilungskosten. Wenn aber Gutachten nötig waren, um den Umschulungsbedarf abzuklären, lassen sich diese zu den der eigentlichen Eingliederung vorgelagerten Vorbereitungsschritten zählen, die somit vom Begriff Eingliederungskosten erfasst werden. Die Vorinstanz sprach den Betrag von Fr. 3'542.-- somit zu Recht nicht zu.

### **13.**

Das Urteil der Vorinstanz ist somit aufzuheben und die Sache zu neuer Beurteilung an diese zurückzuweisen.

Die Klägerinnen obsiegen mit ihrer Beschwerde (4A\_301/2016) im Umfang von (gerundet) einem Zehntel. Entsprechend werden ihnen neun Zehntel und der Beklagten ein Zehntel der Gerichtskosten von Fr. 6'000.-- auferlegt. Ausserdem schulden die Klägerinnen der Beklagten eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 5'600.-- (Art. 66 Abs. 1 und Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG).

Im Beschwerdeverfahren der Beklagten (4A\_311/2016) obsiegt diese teilweise, nämlich mit dem Eventualbegehren. Allerdings wurde ein wesentlicher Teil der Arbeit durch die von ihr aufgeworfenen formellen Fragen verursacht, wo ihr Standpunkt nicht geschützt werden konnte. Es rechtfertigt sich daher, die Kosten des bundesgerichtlichen Verfahrens von Fr. 15'000.-- den Parteien je hälftig aufzuerlegen und für dieses Verfahren keine Parteientschädigungen zuzusprechen.

SectionDispositif

### **Demnach erkennt das Bundesgericht:**

#### **1.**

Die Verfahren 4A\_301/2016 und 4A\_311/2016 werden vereinigt.

**2.**

In teilweiser Gutheissung der Beschwerde der Klägerinnen (4A\_301/2016) und der Beschwerde der Beklagten (4A\_311/2016) wird das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 4. April 2016 aufgehoben, und die Sache wird zur Neuurteilung der Klage an das Handelsgericht zurückgewiesen.

**3.**

Die Gerichtskosten von Fr. 21'000.-- werden im Betrag von Fr. 12'900.-- unter solidarischer Haftbarkeit den Klägerinnen und im Betrag von Fr. 8'100.-- der Beklagten auferlegt.

**4.**

Die Klägerinnen haben die Beklagte für das bundesgerichtliche Verfahren unter solidarischer Haftbarkeit mit Fr. 5'600.-- zu entschädigen.

**5.**

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Handelsgericht des Kantons Zürich schriftlich mitgeteilt.