

Protokoll: lic. iur. M. Splisgardt

U 051-0736-00 Rechtslehre (GZ und Baurecht)

D-ARCH
Mi 15-17h
HIL E 1

Fall 1

A. V war Eigentümer der Bauparzelle Kat.-Nr. 6238 in der Gemeinde D. Mit öffentlich beurkundetem Vertrag vom 29. November 2000 verkaufte V dem A die Parzelle zum Preis von Fr. 170'000.—. Am 10. Dezember 2000 schloss V mit B einen öffentlich beurkundeten Kaufvertrag über das gleiche Grundstück zum Preis von Fr. 200'000.— ab. V meldete diese Handänderung noch am gleichen Tag beim zuständigen Grundbuchamt zum Eintrag an. Der Grundbuchverwalter trug gestützt auf den Kaufvertrag B als neue Eigentümerin der Parzelle ins Grundbuch ein.

A findet, er sei der wahre Eigentümer des Grundstücks. Trifft dies zu?

B. Am 8. Januar ist A von Tesserete kommend auf die Kantonsstrasse in Richtung Lugano eingespart. Kurz nach der Wohnzone im Zentrum kam sein Wagen auf einer vereisten Stelle ins Rutschen und kollidierte in der Folge mit einem Baum am rechten Strassenrand. Der Unfall ereignete sich morgens um 07.40 Uhr. Es entstand ein Sachschaden in der Höhe von Fr. 16'000.—.

Wer haftet für den Schaden?

Lösung Fall 1. A.

1. Literatur

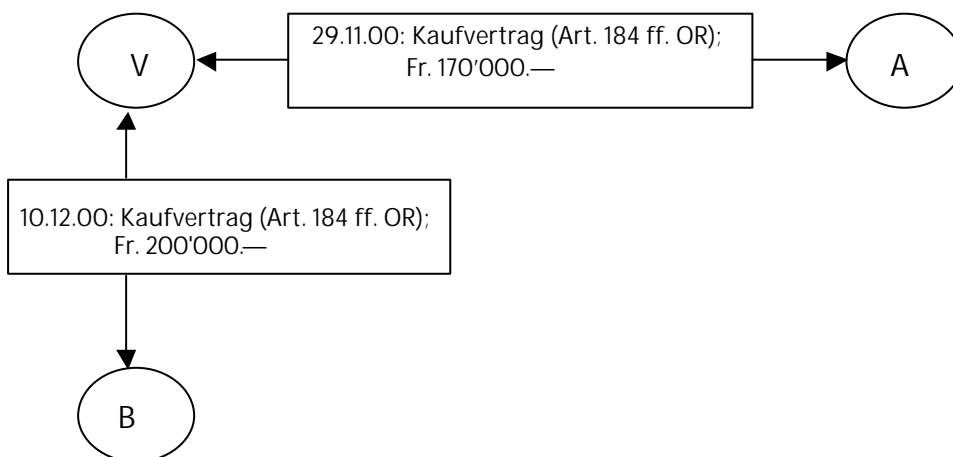
Urs Ch. Nef, Obligationenrecht für Ingenieure und Architekten, Zürich 2000, insb. S. 15, 37-44, 83-88, 117-143.

2. Problemkreise

- Zustandekommen des Vertrages
- Haftung aus Vertragsverletzung; Schuldnerverzug
- Begriff des Eigentums
- Rechtsgeschäftliche Übertragung von Grundeigentum

3. Theoretische Grundlagen und Lösungsskizze

a) Rechtsbeziehungen



b) Zustandekommen des Vertrages

Ein Vertrag wird durch gegenseitige übereinstimmende Willensäußerung abgeschlossen (Art. 1 OR). Die erste Willensäußerung wird als Antrag (Offerte), die zweite als Annahme (Akzept) bezeichnet (Nef, S. 37-44). Damit ein Kaufvertrag zustande kommt, müs-

sen sich die Parteien über den Kaufgegenstand und den Kaufpreis einigen (Art. 184 ff. OR). Besteht betreffend dieser wesentlichen Vertragspunkte **Konsens**, entsteht zwischen den Parteien ein Schuld-/Forderungsverhältnis, eine Obligation: Der Verkäufer ist verpflichtet, dem Käufer den Kaufgegenstand zu übergeben und ihm das Eigentum daran zu verschaffen, währenddem der Käufer verpflichtet ist, dem Verkäufer den Kaufpreis zu bezahlen (Art. 184 Abs. 1 OR).

Im Vertragsrecht existiert keine zeitliche Rangordnung in dem Sinne, dass der zuerst abgeschlossene Vertrag dem nachfolgend geschlossenen Vertrag "vorgehen" würde oder umgekehrt. Vielmehr ist eine vertragsschliessende Partei gegenüber allen Vertragspartnern gleichermassen verpflichtet, die vereinbarte vertragliche Leistung zu erbringen. Die Obligation erlischt erst, wenn der Vertrag erfüllt wird. Kann eine Partei den Vertrag nicht erfüllen, wird sie – sofern die Voraussetzungen dafür vorliegen – gegenüber der anderen Partei schadenersatzpflichtig (Art. 97 OR; vgl. dazu unten, c).

Gemäss Art. 11 Abs. 1 OR bedürfen Verträge zu ihrer Gültigkeit nur dann einer besonderen Form, wenn das Gesetz eine solche vorschreibt. Das bedeutet, dass Verträge grundsätzlich formfrei (d.h. auch durch eine mündliche Vereinbarung) rechtsgültig abgeschlossen werden können. Bei Kaufverträgen über Grundstücke muss hingegen die Formvorschrift der öffentlichen Beurkundung beachtet werden, damit der Vertrag rechtsgültig zustande kommt (Art. 216 Abs. 1 OR). Das kantonale Recht bestimmt, wer die öffentliche Beurkundung vorzunehmen hat und welches Verfahren dabei einzuhalten ist (Art. 55 SchIT ZGB). Im Kanton Zürich erfolgt die öffentliche Beurkundung durch den Notar. Durch die öffentliche Beurkundung sollen die Vertragsparteien vor einem übereilten Vertragsabschluss geschützt werden. Zudem wird dadurch sichergestellt, dass der Vertrag nicht mit Mängeln (z.B. Irrtümer, Unvollständigkeiten) belastet ist, was zur Erhöhung der Rechtssicherheit beiträgt. Zudem ergibt sich dadurch auch eine sicherere und klare Grundlage für die Grundbucheintragung (Nef, S. 83-88).

c) Haftung aus Vertragsverletzung; Schuldnerverzug

Kann ein Vertrag überhaupt nicht oder nicht gehörig erfüllt werden, hat der Schuldner für den daraus entstehenden Schaden Ersatz zu leisten (Art. 97 OR; Nef, S. 117-122). **Der Gläubiger kann vom Schuldner Schadenersatz fordern, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind** (Nef, S. 120 u. 121):

- Es muss ein **gültiger Vertrag** zwischen dem Geschädigten und dem Schädiger bestehen;
- Dieser **Vertrag** muss durch den Schädiger (Schuldner) **verletzt** worden sein. Art. 97 OR kommt zur Anwendung, wenn der Schuldner den Vertrag **nicht oder "nicht gehörig" erfüllt** hat;

- Es muss ein **Schaden** vorliegen. Ein Schaden im Rechtssinne ist eine ungewollte Vermögensverminderung. Sie wird aus der Differenz zweier Vermögensstände ermittelt: zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte (**sog. Differenztheorie**);
- Zwischen dem Schaden und der schuldhaften Vertragsverletzung (haftungsbe gründende Ursache) muss sowohl ein **natürlicher wie ein adäquater Kausalzu sammenhang** bestehen. Der natürliche Kausalzusammenhang ist gegeben, wenn die schuldhafte Vertragsverletzung notwendige Ursache für den Schaden gewe sen ist: ohne schuldhafte Vertragsverletzung kein Schaden. Der adäquate Kausal zusammenhang ist ein einschränkendes Kriterium: Es soll nur für Schäden gehaf tet werden, die "nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Le benserfahrung" durch die in Frage stehende Ursache begünstigt wurden;
- Den Schuldner muss bezüglich der Vertragsverletzung ein **Verschulden (= haf tungsbe gründende Ursache)** treffen. Der Begriff des Verschuldens beinhaltet ein vom Gesetz missbilligtes Verhalten. **Subjektive Voraussetzung** für den Verschul densvorwurf ist die Urteilsfähigkeit (Art. 16 ZGB), die Fähigkeit, vernunftgemäss zu handeln. **Objektive Voraussetzung** für ein Verschulden bildet ein Abweichen vom Normverhalten. Massgebend ist dabei, wie sich ein korrekter und vernünftiger Durchschnittsmensch objektiv in der konkreten Situation verhalten hätte. Abgeleitet wird diese objektive Komponente aus dem Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB). Bei der vertraglichen Haftung besteht bezüglich des Verschuldens eine von Art. 8 ZGB abweichende Beweislastverteilung: Der Schuld ner haftet, wenn er nicht beweist, dass ihn keinerlei Verschulden trifft.

Ist die vertraglich geschuldete Leistung lediglich **subjektiv** unmöglich geworden, d.h. ist die Vertragserfüllung (z.B. die Eigentumsübertragung) objektiv zwar noch möglich, der Schuldner (z.B. Verkäufer) aber dazu verschuldeterweise nicht mehr in der Lage, **kommen die Regeln des Schuldnerverzuges (Art. 102 ff. OR) zur Anwendung** (Nef, S. 121-130): Der Schuldner gerät – sofern die Verbindlichkeit fällig ist - nach Mahnung des Gläubigers in Verzug (Art. 102 Abs. 1 OR). Bei zweiseitigen Verträgen (z.B. Kaufvertrag) kann der Gläubiger dem Schuldner darauf eine angemessene Frist zur nachträglichen Erfüllung ansetzen (Art. 107 Abs. 1 OR). Wenn sich das Ansetzen einer Nachfrist als unnütz erwei sen würde, kann darauf verzichtet werden (Art. 108 Ziff. 1 OR) und der Schuldner kann direkt einseitig eine der in Art. 107 Abs. 2 OR erwähnten Rechtsfolgen nach seiner Wahl herbeiführen. **Er kann somit entweder:**

- Weiterhin auf der Erfüllung beharren und daneben Ersatz des Verspätungsscha densverlangen;
- **oder** unter Aufrechterhaltung des Vertrages auf die Erfüllung verzichten und Schadenersatz im Umfang des positiven Interesses (Schaden, der aus der Nichter füllung des Vertrages entstanden ist) verlangen;

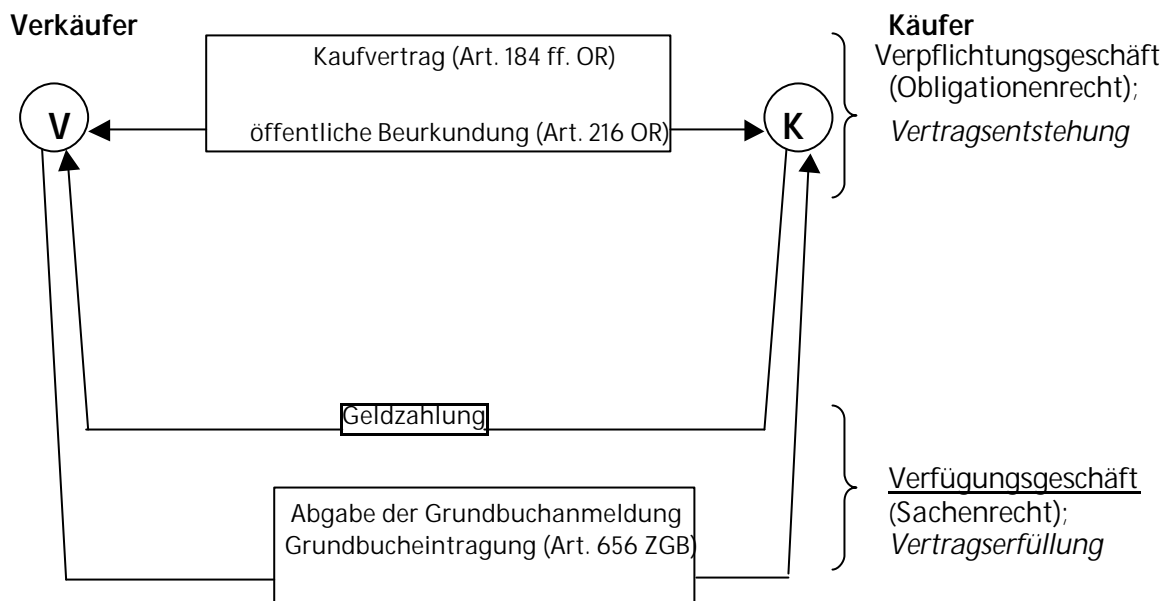
- **oder** vom Vertrag zurücktreten und Schadenersatz im Umfang des negativen Interesses (Schaden, der aus dem Dahinfallen des Vertrages entstanden ist) fordern.

d) Begriff des Eigentums

Das Eigentum ist das umfassendste dingliche Recht. Wer Eigentümer einer Sache ist, kann in den Schranken der Rechtsordnung über sie nach Belieben verfügen (**positive Seite der Eigentumsherrschaft, Art. 641 Abs. 1 ZGB**). Er hat das Recht, die Sache von jedem, der sie ihm vorenthält, herauszuverlangen und jede ungerechtfertigte Einwirkung abzuwehren (**negative Seite der Eigentumsherrschaft, Art. 641 Abs. 2 ZGB**). Ein dingliches Recht ist ein subjektives Recht (Nef, S. 15), das grundsätzlich eine Sache zum Gegenstand hat, an welcher dem Berechtigten eine unmittelbare, mehr oder weniger umfassende Herrschaft zusteht. **Es richtet sich als absolutes Recht gegen jeden Dritten, der als Störer des Sachenrechts auftritt.** Auch Persönlichkeitsrechte (z.B. Art. 27 ff. ZG) sowie Immaterialgüterrechte (z.B. Patentrecht, Urheberrecht) sind absolute Rechte, die sich gegenüber jedermann richten. Nebst dem Eigentum gibt es noch weitere dingliche Rechte: Dienstbarkeiten, Pfandrechte und Grundlasten (die sog. beschränkten dinglichen Rechte; Art. 730 ff. ZGB). **Im Gegensatz dazu ist ein Forderungsrecht** (z.B. der Anspruch des Käufers gegenüber dem Verkäufer auf Übergabe der Sache und Verschaffen des Eigentums) **lediglich ein relatives Recht**, das sich ausschliesslich gegen den Schuldner (z.B. gegen den Verkäufer), nicht aber gegen Dritte richtet (Nef, S. 19-23).

e) Rechtsgeschäftliche Übertragung von Grundeigentum

Der Kaufvertrag enthält für den Verkäufer eine Verpflichtung zur Übertragung des Eigentums am Kaufgegenstand und für den Käufer eine Verpflichtung zur Bezahlung des Kaufpreises. **Diese Verpflichtungen reichen aber nicht aus, damit das Eigentum auch tatsächlich auf den Erwerber übergeht. Vielmehr sind zwei Vorgänge auseinanderzuhalten:** das **Verpflichtungsgeschäft** und das **Verfügungsgeschäft** (Nef, S. 28 und 29):



1. Das Verpflichtungsgeschäft (Grundgeschäft)

Der Vertragsabschluss begründet – wie soeben ausgeführt - lediglich die Verpflichtung des Verkäufers, dem Käufer das Eigentum am Grundstück zu übertragen und die Verpflichtung des Käufers, dem Verkäufer den Kaufpreis zu bezahlen. **Sachenrechtlich ist damit aber "noch nichts geschehen": Nach Vertragsabschluss ist immer noch der Verkäufer Eigentümer des fraglichen Grundstücks und der Käufer Eigentümer des Geldes.** Die Verpflichtungen aus dem Kaufvertrag sind jedoch rechtlich erzwingbar (Obligationen), d.h. es kann auf Übertragung des Eigentums bzw. Bezahlung des Kaufpreises geklagt werden und die entsprechenden Gerichtsentscheide sind vollstreckbar.

2. Das Verfügungsgeschäft (Vollzugsgeschäft)

Damit das Eigentum gültig übertragen werden kann, sind **zwei Voraussetzungen erforderlich**: Erstens muss eine **gültiger Rechtsgrund** (z.B. Kaufvertrag) gegeben sein, d.h. es wird ein gültiges Verpflichtungsgeschäft vorausgesetzt (Kausalitätsprinzip). Zweitens muss das **Verfügungsgeschäft** erfolgen. Die Übertragung des Eigentums an **beweglichen Sachen (Mobilien, Fahrnis)** erfolgt durch die **Übergabe des Besitzes** auf den Erwerber (Art. 714 Abs. 1 ZGB). Für **unbewegliche Sachen (Immobilien)** sieht das Gesetz aus Publizitätsgründen das Registerprinzip vor: Grundlage für dessen Vollzug bildet das **Grundbuch**. Dieses erfüllt weitgehend die gleiche Funktion wie der Besitz für bewegliche Sachen und hat die zentrale Aufgabe, klare Eigentumsverhältnisse über dingliche Rechte an Immobilien zu schaffen. So hat der Verkäufer beim Grundstückskauf die Eigentums-

übertragung beim Grundbuchverwalter anzumelden. **Erst mit der Eintragung im Grundbuch hat der Käufer das Eigentum am Grundstück erworben. Die Grundbucheintragung ist somit bei der rechtsgeschäftlichen Übertragung von Grundeigentum konstitutiv (Art. 656 Abs. 1 ZGB).**

f) Falllösung

V hat mit A am 29. November 2000 und mit B am 10. Dezember 2000 einen Kaufvertrag nach Art. 184 ff. OR betreffend die Bauparzelle Kat.-Nr. 6238 in der Gemeinde D abgeschlossen. **In beiden Fällen liegt damit** – da auch die Formvorschrift der öffentlichen Beurkundung nach Art. 216 OR eingehalten wurde - **ein gültiges Verpflichtungsgeschäft vor.** Mit dem Abschluss des Kaufvertrages sind aber weder A noch B Eigentümer der Parzelle geworden, da für den Eigentumsübergang am Grundstück neben diesem Verpflichtungsgeschäft noch ein Verfügungsgeschäft nötig ist. Dies erfolgt erst mit der Grundbuchanmeldung und der Eintragung von B ins Grundbuch, weshalb B mit der Grundbucheintragung vom 10. Dezember 2000 neuer Eigentümer des Grundstücks wurde. **Für die Gültigkeit des Eigentumsübergangs ist es unerheblich, welcher der beiden Kaufverträge früher abgeschlossen wurde.**

Mit dem Kaufvertrag vom 29. November 2000 verpflichtete sich V gegenüber A, ihm das Eigentum am Grundstück zu verschaffen. Da vorliegend B neuer Eigentümer der Bauparzelle ist, kann V dieser Verpflichtung nicht mehr nachkommen, d.h. er kann den Vertrag nicht mehr erfüllen. **Die Leistung ist aber lediglich subjektiv unmöglich, d.h. sie könnte von einem Dritten (vorliegend B) noch erbracht werden. Somit kommen die Regeln des Verzugs nach Art. 102 ff. OR zum Zug (Nef, S. 121 ff.):** A muss V mahnen, seiner Verpflichtung aus dem Kaufvertrag (Eigentumsverschaffung) nachzukommen (Art. 102 Abs. 1 OR). Durch die Mahnung wird V in Verzug gesetzt. Das Ansetzen einer Nachfrist würde sich vorliegend als unnütz erweisen, da V bereits über das Grundstück verfügt hat und B schon als neuer Eigentümer der Parzelle im Grundbuch eingetragen ist. Deshalb kann A ohne Ansetzen einer Nachfrist direkt eine der in Art. 107 Abs. 2 OR erwähnten Rechtsfolgen herbeiführen. Dabei macht das Beharren auf der Erfüllung der vertraglichen Verpflichtung vorliegend wenig Sinn, da eine nachträgliche Erfüllung als ausgeschlossen erscheint. A wird deshalb entweder Ersatz des **positiven Interesses** (er wird so gestellt, wie wenn der Vertrag vereinbarungsgemäss erfüllt worden wäre: Hätte er das Grundstück beispielsweise für Fr. 300'000.— an einen Dritten weiterverkaufen können, hätte er einen Gewinn von Fr. 130'000.— erzielt) **oder** des **negativen Interesses** (er wird so gestellt, wie wenn der Vertrag nie geschlossen worden wäre: Wäre der Vertrag nicht geschlossen worden, wären beispielsweise die Kosten der öffentlichen Beurkundung nicht angefallen) fordern. **Bei beiden Varianten ist ein Verschulden des V vorausgesetzt, welches im vorliegenden Fall zweifelsohne gegeben ist.**

Lösung Fall 1.B.

1. Literatur und Anhang

- Urs Ch. Nef, Obligationenrecht für Ingenieure und Architekten, Zürich 2000, insb. S. 29-36, 159-202.
- BGE 129 III 65 (Bundesgerichtsentscheid in italienischer Originalfassung; Alle Bundesgerichtsentscheide sind im Übrigen im Internet unter www.bger.ch abrufbar.)
- Die Praxis 2003 Nr. 121 (Übersetzung von BGE 129 III 65 in die deutsche Sprache).
- Aufsatz von Prof. Urs Ch. Nef betreffend Werkeigentümerhaftung gemäss OR 58: in Festschrift für Ernst A. Kramer, Zürich 2004.

2. Problemkreise

- Entstehungsgründe einer Obligation
- Begriff der Haftpflicht; Haftungsarten
- Haftung aus unerlaubter Handlung (Art. 41 OR)
- Einfache Kausalhaftung
- Haftung des Werkeigentümers (Art. 58 OR)
- Gefährdungshaftung bzw. scharfe Kausalhaftung)

3. Theoretische Grundlagen

a) Entstehungsgründe der Obligation

Als **Obligation** wird ein Rechtsverhältnis zwischen zwei oder mehreren Personen bezeichnet, kraft dessen die eine Person (Schuldner) der anderen (Gläubiger) zu einer Leistung verpflichtet ist (Nef, S. 29). **Eine Obligation kann insbesondere aus folgenden drei Rechtsgründen entstehen** (Nef, S. 34-36):

1. Vertrag (Art. 1 ff. OR):

Bsp: Beim Kaufvertrag wird der Verkäufer verpflichtet, dem Käufer den Kaufgegenstand zu übergeben und ihm das Eigentum daran zu verschaffen, und der Käufer wird gegenüber dem Verkäufer verpflichtet, diesem den Kaufpreis zu bezahlen (Art. 184 Abs. 1 OR);

2. Unerlaubte Handlung (Art. 41 ff. OR):

Bei der unerlaubten Handlung geht es um Tatbestände der Obligationen aus ausservertraglicher Schädigung, d.h. zwischen den Beteiligten besteht kein Vertragsverhältnis.

Bsp: Ein Autofahrer übersieht ein Rotlicht und kollidiert mit einem Fussgänger, der verletzt wird. Dabei entsteht eine Forderung des Fussgängers gegen den Autofahrer aus unerlaubter Handlung;

3. Ungerechtfertigte Bereicherung (Art. 62 ff. OR):

Dabei handelt es sich um Forderungen, welche auf eine grundlose Vermögensverschiebung zurückzuführen sind.

Bsp: X bezahlt aus Versehen eine bestimmte Geldsumme an Y statt an Z. Y ist ungerechtfertigt bereichert, weshalb X gegenüber Y eine Forderung aus ungerechtfertigter Bereicherung zusteht.

Nebst diesen drei hauptsächlichen Entstehungsgründen von Obligationen kann eine Obligation auch aus Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 419 ff. OR) sowie aus enttäuschem Vertrauen (vgl. Nef, S. 58) entstehen. Darauf wird nachfolgend nicht näher eingegangen.

b) Begriff der Haftpflicht und die verschiedenen Haftungsarten

Haftpflicht bedeutet Einstehenmüssen für fremden Schaden. Eine Haftung entsteht nur dann, wenn ein Gesetz oder ein Vertrag dies vorsehen. Der erlittene Schaden kann somit lediglich in Fällen, bei denen eine Gesetzesnorm oder ein Vertrag verletzt ist, auf einen Dritten abgewälzt werden. Bei der **vertraglichen Haftung** entsteht die Haftung als Folge der Vertragsverletzung (vgl. Art. 97 ff. OR), währenddem bei der **ausservertraglichen Haftung** die Haftung als Folge einer unerlaubten Handlung entsteht (vgl. Art. 41 ff. OR; Nef, S. 159-161).

Nebst der Unterscheidung von vertraglicher und ausservertraglicher Haftung können die Haftungsarten weiter in zwei Typen aufgeteilt werden: Sowohl im vertraglichen als auch im ausservertraglichen Bereich gibt es zum einen die **sog. Verschuldenshaftung** und zum andern die **sog. Kausalhaftung**:

Verschuldenshaftung heisst, dass die Haftung nur dann eintritt, wenn den Schädiger ein **Verschulden** am Schaden trifft. Das Verschulden bildet demnach die allgemeine haftungsbegründende Ursache. **Art. 41 OR ist die Grundnorm der ausservertraglichen Verschuldenshaftung, währenddem Art. 97 OR die Grundnorm der vertraglichen Verschuldenshaftung ist.**

Demgegenüber bedeutet **Kausalhaftung Haftung ohne Verschulden**. Der Schädiger haftet auch dann, wenn ihm kein schuldhaftes Verhalten zur Last gelegt werden kann. **Haftungs begründende Ursache ist also nicht das Verschulden**, sondern entweder eine bestimmte **Unregelmässigkeit** (z.B. Werkmangel, vgl. Art. 58 OR) bei **sog. einfachen Kausalhaftungen** oder **der Betrieb einer gefährlichen Anlage** (z.B. eines Fahrzeugs, vgl. Art. 58 SVG) bei **sog. scharfen Kausalhaftungen** oder Gefährdungshaftungen (vgl. dazu die Übersichten bei Nef, S. 187 und 200).

c) Ansprüche von A gegen Eigentümer der Kantonsstrasse aus OR 41

Zwischen A und dem Eigentümer der Kantonsstrasse besteht kein Vertrag. Vorliegend ist deshalb zu prüfen, ob eine Haftung im ausservertraglichen Bereich des Strasseneigentümers gegenüber A entstanden ist. Im Folgenden werden die einzelnen **Voraussetzungen** der Grundnorm der ausservertraglichen Haftung nach **Art. 41 OR** untersucht:

- Es muss ein **Schaden** vorliegen. Ein Schaden im Rechtssinne ist eine ungewollte Vermögensverminderung. Sie wird aus der Differenz zweier Vermögensstände ermittelt: zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte (sog. Differenztheorie; Nef, S.163-168);
- **Widerrechtlichkeit**: Die Widerrechtlichkeit bei der ausservertraglichen Haftung liegt dann vor, wenn das schädigende Verhalten gegen Normen verstösst, welche das verletzte Rechtsgut schützen. Wird der Geschädigte am Körper verletzt oder liegt eine Sachbeschädigung vor, so ist – sofern keine Rechtfertigungsgründe vorliegen – die Widerrechtlichkeit stets gegeben, denn das Recht auf körperliche Integrität und auf Eigentum sind **absolute Rechte**, die von jedermann beachtet werden müssen (Art. 122 StGB und Art. 641 ZGB; Nef, S. 168 -170);
- Zwischen dem Schaden und der haftungsbegründenden Ursache (bei Art. 41 OR ist dies das Verschulden) muss sowohl ein **natürlicher wie ein adäquater Kausalzusammenhang** bestehen. Der natürliche Kausalzusammenhang ist gegeben, wenn das schädigende Verhalten notwendige Ursache für den Schaden gewesen ist: ohne schuldhaftes Verhalten des Schädigers kein Schaden. Der adäquate Kausalzusammenhang ist ein die Haftung einschränkendes Kriterium: Es soll nur für Schäden gehaftet werden, die "nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung" durch die in Frage stehende Ursache begünstigt wurden (Nef, S. 171-176);
- Den Schuldner muss bezüglich des eingetretenen Schadens ein **Verschulden (= haftungsbegründende Ursache)** treffen. Der Begriff des Verschuldens beinhaltet ein vom Gesetz missbilligtes Verhalten und tritt in Form von Vorsatz oder Fahrlässigkeit in Erscheinung. Subjektive Voraussetzung für den Verschuldens-

vorwurf ist die Urteilsfähigkeit (Art.16 ZGB), die Fähigkeit, vernunftgemäss zu handeln. Objektive Voraussetzung für das Verschulden bildet ein Abweichen vom Normverhalten. **Massgebend ist dabei, wie sich ein korrekter und vernünftiger Durchschnittsmensch objektiv in der konkreten Situation verhalten hätte.** Abgeleitet wird diese objektive Komponente aus dem Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB; Nef, S. 176 und 179-183).

Vorliegend ist A durch den Unfall an seinem Fahrzeug ein Sachschaden in Höhe von Fr.16'000.— entstanden. Die Voraussetzung der Widerrechtlichkeit ist auch gegeben, weil durch die Beschädigung des Autos von A Eigentum als absolut geschützte Rechtsgut verletzt wurde. In Bezug auf die vereiste Strasse und den daraus resultierenden Sachschaden von Fr.16'000.— am Auto ist der adäquate Kausalzusammenhang gegeben, da eine vereiste Strasse nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet ist, einen solchen Schaden zu bewirken. Zu prüfen bliebe, ob den Strasseneigentümer ein Verschulden trifft.

Der Strasseneigentümer hat es sicher nicht mit Absicht unterlassen, das Eis auf der Strasse zu entfernen. Allenfalls wäre aber Fahrlässigkeit zu prüfen. Dem vorliegenden Sachverhalt sind jedoch zu wenig Anhaltspunkte zu entnehmen, die auf Fahrlässigkeit hinweisen würden. Ob im vorliegenden Fall ein Abweichen vom Normverhalten vorliegt – und damit die Voraussetzung des Verschuldens gegeben ist – kann somit nicht schlüssig beurteilt werden.

Fazit: Da ein Verschulden des Eigentümers wegen der vereisten Stelle auf der Kantorsstrasse nicht klar ersichtlich ist, wird sich A kaum mit Erfolg auf Art. 41 stützen können, um seinen Sachschaden geltend zu machen. Der Nachweis eines Verschuldens – eine der Voraussetzungen der Haftungsbestimmung von Art. 41 OR – wird A schwer fallen.

A muss im vorliegenden Fall somit nach einer aussichtsreicheren Haftungsgrundlage suchen.

d) Ansprüche von A gegen das Gemeinwesen nach Art. 58 OR

Nebst der Grundnorm der ausservertraglichen Haftung von Art. 41 OR sieht das Gesetz eine Reihe weiterer Haftungstatbestände vor. So hat gemäss Art. 58 Abs. 1 OR der Eigentümer eines Gebäudes oder eines anderen Werkes wie eine Strasse den Schaden zu ersetzen, welcher durch die fehlerhafte Anlage oder Herstellung oder durch mangelhafte Unterhaltung verursacht wurde. Haftungssubjekt ist der **Werkeigentümer**. Bei der Werkeigentümerhaftung nach Art. 58 OR handelt es sich im Gegensatz zu Art. 41 OR nicht um eine Verschuldens-, sondern um eine Kausalhaftung. **Haftungsbegründende Ursache ist demnach nicht ein Verschulden, sondern eine bestimmte Unregelmässigkeit, ein Werkmangel.** Bei der Haftung des Werkeigentümers handelt es sich um eine einfache Kausalhaftung (vgl. dazu vorne b).

Die Voraussetzungen für eine Haftung nach Art. 58 OR sind (Nef, S. 192-197):

- **Schaden:** vgl. dazu die Ausführungen vorne c);
- **Widerrechtlichkeit:** vgl. dazu die Ausführungen vorne c);
- **Adäquater Kausalzusammenhang:** vgl. dazu die Ausführungen vorne c);
- **Haftungsbegründende Ursache: Werkmangel**
 - o **Vorliegen eines Werkes:** Ein Werk i.S.v. Art. 58 OR ist ein künstlich erstelltes, mit dem Boden direkt oder indirekt verbundenes und auf eine gewisse Dauer angelegtes Gebilde. Der Werkbegriff nach Art. 58 OR unterscheidet sich vom Werk im Sinne des Werkvertrages gemäss Art. 363 OR (vgl. Fall 3 für den Begriff des Werkvertrages);
 - o **Vorliegen eines Mangels:** Ein Werkmangel liegt vor, wenn das Werk bei bestimmungsgemäsem Gebrauch nicht genügend Sicherheit bietet. Abgestellt wird dabei auf ein vernünftiges Verhältnis zwischen den Schutzinteressen der Benutzer und den zu treffenden Massnahmen (Verkehrssicherungspflicht des Werkeigentümers), unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Werkes (Zumutbarkeit).

Da es sich im vorliegenden Fall um eine Kantonsstrasse handelt, würde für die Haftung grundsätzlich öffentliches Recht und nicht das zivile Privatrecht zur Anwendung kommen. Die privatrechtliche Werkeigentümerhaftung nach Art. 58 OR gilt indessen nach Rechtsprechung des Bundesgerichts seit jeher auch für öffentliche Werke, namentlich für Strassen, die auch als Werk im Sinne von Art. 58 OR zu qualifizieren sind (BGE 108 II 185, 112 II 230). Die Erklärung für die Anwendung von OR 58 auf Strassen im öffentlich-rechtlichen Eigentum ist, dass das Privatrecht bereits vor dem öffentlichen Recht existierte und einen besseren Schutz bot als das lückenhafte öffentliche Recht. **Art. 58 OR ist auf alle öffentlichen Werke anwendbar.** Vorliegend ist somit die betreffende Gemeinde, als Eigentümerin der Kantonsstrasse, Haftungssubjekt der Werkeigentümerhaftung.

Hier sind sowohl die Voraussetzungen des Schadens wie der Widerrechtlichkeit gegeben (vgl. dazu vorne, c). Betreffend Kausalzusammenhang kann auf die Ausführungen vorne verwiesen werden. Demnach war die Ursache des Unfalls, die vereiste Strasse, adäquat kausal zum Sachschaden. Fraglich ist aber, ob das Werk tatsächlich einen Mangel aufweist. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts geht bei Strassen die Zumutbarkeit des Unterhalts weniger weit als bei anderen Werken. Falls die Strasse als ein mangelhaftes Werk zu qualifizieren wäre, würde der Strasseneigentümer somit gegenüber A aus Art. 58 OR für den Schaden von Fr. 16'000.— haften. Nach neuester bundesgerichtlicher Rechtsprechung (BGE 129 II 65) ist die Haftung des Gemeinwesens als Eigentümer einer

Strasse im Winter gemäss Art. 58 OR zu bejahen, wenn die Bildung von Eisflächen als Ursache des Schadens nicht nur voraussehbar, sondern auch vermeidbar gewesen wäre.

Siehe nun im Folgenden den aktuellsten Bundesgerichtsentscheid (BGE 129 II 65) in Bezug auf die Frage, wann eine vereiste Strasse als mangelhaftes Werk zu qualifizieren ist und in allgemeinerer Hinsicht in Bezug auf die haftungsbegründete Ursache bei Art. 58 OR den Aufsatz von Prof. Urs Ch. Nef.

BGE 129 III 65 (Bundesgerichtsentscheid in italienischer Originalfassung).
Siehe insbesondere Seite 69, weil die deutsche Übersetzung (weiter hinten) bezüglich Schadensaufteilung nicht restlos klar ist.

Urteilkopf

BGE 129 III 65

11. Estratto della sentenza della I Corte civile nella
causa Stato del Cantone Ticino contro A. (ricorso per
riforma)

4C.190/2002 del 29 ottobre 2002

Inhaltsverzeichnis			
Regeste		Erwägungen	Seiten
- Deutsch	Sachverhalt	Erwägung 1	65 67 68 69
- Français		Erwägung 2	70
- Italiano		Erwägung 5	
		Erwägung 7	

Seite 65 (BGE_129_III_65)

I. Regeste

Art. 44 und 58 OR, Art. 60 SVG; Verkehrsunfall; Haftung des
Werkeigentümers und des Motorfahrzeughalters; Aufteilung des
Schadens.

Haftung des Gemeinwesens als Eigentümer einer Strasse,
insbesondere im Winter (E. 1). Im vorliegenden Fall ist die
Haftung zu bejahen, weil die Bildung von Eisflächen als Ursache
des Schadens nicht nur voraussehbar, sondern auch vermeidbar
gewesen wäre (E. 2 und 5).

Aufteilung des Schadens, unter Berücksichtigung der
konkurrierenden Haftung des Werkeigentümers und des
Fahrzeuglenkers; Berücksichtigung des Risikos, das mit dem Betrieb
des Fahrzeuges verbunden ist (E. 7).

II. Sachverhalt

A- La controversia verte sulla domanda di
risarcimento danni - per un totale di fr. 16'000.- - formulata
da A. nei confronti dello Stato del Cantone Ticino a seguito
dell'incidente di cui è stato vittima la mattina dell'8 gennaio
1996, quando la sua auto, scivolata su di una lastra di ghiaccio
formatasi sulla strada cantonale che da Tesserete porta a Lugano,
è andata a scontrarsi con un albero.

Con sentenza del 30 dicembre 2000 il Pretore del Distretto
di Lugano, sezione 2, ha accolto l'azione limitatamente a fr.
9'600.- oltre interessi del 5% a partire dal 12 gennaio 1996.

Adita da entrambe le parti, il 22 aprile 2002 la II Camera civile del Tribunale d'appello ha confermato il giudizio di primo grado. I giudici dell'ultima istanza cantonale hanno infatti concluso che la strada, nel punto in cui è avvenuto il sinistro, non garantiva la necessaria sicurezza, donde la responsabilità del Cantone ex **art. 58 CO**. Essi hanno pure convalidato la decisione pretorile di ridurre l'importo a favore dell'attore, dato ch'egli - per sua stessa ammissione - circolava ad una velocità inappropriata.

B.- Contro questa decisione lo Stato del Cantone Ticino è insorto al Tribunale federale con ricorso per riforma.

In parziale accoglimento del gravame il Tribunale federale ha modificato la pronuncia impugnata nel senso che la somma a carico dello Stato del Cantone Ticino è stata diminuita a fr. 6'400.-, oltre interessi del 5% a partire dal 12 gennaio 1996.

III. Auszug aus den Erwägungen:

Dai considerandi:

Erwägung 1

1. Giusta l'**art. 58 CO** il proprietario di un edificio o di un'altra opera è tenuto a risarcire i danni cagionati da vizio di costruzione o difetto di manutenzione.

1.1 Un'opera si reputa difettosa quando non garantisce una sicurezza sufficiente, conforme al suo scopo e alla sua funzione; l'ammissione di un difetto dipende dalle circostanze del caso concreto (**DTF 126 III 113** consid. 2a/cc pag. 116 con rinvii; **BREHM**, Berner Kommentar, n. 65 ad **art. 58 CO**).

Trattandosi di strade, occorre tenere conto del tipo e dell'intensità del traffico ivi previsto (**DTF 103 II 240** consid. 2b pag. 243; **BREHM**, op. cit., n. 170 ad **art. 58 CO**). Non ogni fonte di pericolo vale automaticamente quale vizio di costruzione o difetto di manutenzione; non si può infatti ragionevolmente pretendere che la rete stradale venga realizzata e mantenuta in uno stato tale da prevenire ogni minimo rischio. L'utente è consapevole del fatto che le strade sono esposte ai fenomeni naturali e che possono esservi momenti

Seite 67 (BGE_129_III_65)

in cui il loro transito può avverarsi pericoloso; in linea di principio - secondo dottrina e giurisprudenza - tocca pertanto a lui conformarsi alle condizioni del manto stradale e non il contrario (**DTF 102 II 343** consid. 1b pag. 345; **BREHM**, op. cit., n. 172 ad **art. 58 CO**; **OFTINGER/STARK**, Schweizerisches Haftpflichtrecht, vol. II/1, Zurigo 1987, n. 111 e 112 a pag. 239; **KELLER**, Haftpflicht im Privatrecht, 6a ed., Berna 2002, pag. 206).

Ai fini del giudizio sulla responsabilità dell'ente pubblico non va inoltre scordato che gli investimenti pubblici nel settore della costruzione e della manutenzione della rete viaria devono rimanere in una proporzione ragionevole con i mezzi finanziari a disposizione. In altre parole, dall'ente pubblico proprietario di una strada si possono esigere solamente interventi attuabili sia dal profilo tecnico che da quello economico (**DTF 102 II 343** consid. 1c pag. 345 seg.; **100 II 134** consid. 4 pag. 139;

BREHM, op. cit., n. 173-175 ad **art. 58 CO**;
OFTINGER/STARK, op. cit., n. 111 a pag. 238; KELLER,
op. cit., pag. 204).

1.2 Per quanto concerne in particolare la presenza di ghiaccio sulla carreggiata, non ci si può aspettare che il proprietario rimedi a tale problema ovunque contemporaneamente: egli deve ripristinare il più rapidamente possibile la circolazione sulle strade importanti e, se necessario, vietare la circolazione nelle zone più insidiose (DTF 98 II 40 consid. 2 pag. 43 seg. con rinvii).

Il linea di principio, all'esterno delle località non è obbligatorio cospargere il suolo con sale o sabbia, eccezion fatta per le autostrade; in caso di strade fortemente trafficate può dunque bastare che i tratti pericolosi siano resi nuovamente transitabili entro un termine ragionevole (DTF 102 II 343 consid. 1b pag. 345; BREHM, op. cit., n. 217 e 219 ad **art. 58 CO**; OFTINGER/STARK, op. cit., n. 138 a pag. 253 e n. 142 a pag. 256). È piuttosto all'interno delle località che vi è la necessità di rimuovere neve e ghiaccio, soprattutto nell'interesse dei pedoni (DTF 89 II 331; BREHM, op. cit., n. 226 segg. ad **art. 58 CO**).

1.3 Infine, va ribadito che spetta anzitutto al conducente tenere conto delle condizioni della rete stradale ed adeguare la sua velocità alla situazione concreta (**art. 31 cpv. 1 e 32 cpv. 2 LCStr**). Posto che ad una temperatura di circa zero gradi la formazione di ghiaccio sulle strade bagnate è prevedibile, egli è tenuto - in simili circostanze - a rallentare la sua andatura e, se necessario, a viaggiare a passo d'uomo. Chi non tiene nella debita considerazione questi fattori e circola troppo velocemente non può prevalersi della responsabilità dell'ente pubblico giusta l'**art. 58 CO** (DTF 98 II 40 consid. 2 in fondo pag. 44). Ciò spiega perché, nella giurisprudenza sino ad oggi

Seite 68 (BGE_129_III_65)

pubblicata in caso di incidenti con un veicolo a motore all'esterno di un centro abitato, la responsabilità del proprietario non è ancora mai stata ammessa (BREHM, op. cit., n. 208 ad **art. 58 CO**; OFTINGER/STARK, op. cit., pag. 255).

Erwägung 2

2. In concreto, la Corte ticinese ha stabilito che quando è avvenuto l'incidente la strada non garantiva una sicurezza adeguata alle circostanze. Dall'istruttoria è infatti emerso che la mattina dell'8 gennaio 1996, alle 4.30, il tratto di strada in cui si è verificato il sinistro è stato ispezionato dal cantoniere competente, il quale ha pure controllato la temperatura dell'aria; sulla scorta dei risultati ottenuti, e osservato che la strada era solo bagnata, egli non ha reputato necessario chiedere l'intervento dell'autocarro spargisale, nonostante questo non fosse impiegato altrove. Con ogni probabilità la lastra di ghiaccio su cui è scivolato il veicolo dell'attore si è formata a causa del diradarsi della nuvolosità e del successivo abbassamento della temperatura, fenomeni peraltro già pronosticati nel bollettino meteorologico del 7 gennaio 1996. A rafforzare il pericolo contribuiva inoltre il cumulo di neve - ben visibile - ai bordi della strada, ammassato nei giorni precedenti dallo spazzaneve e pronto a sciogliersi. In queste circostanze, la

formazione di ghiaccio, in particolare nei luoghi più esposti e pericolosi - com'è, notoriamente, quello in rassegna - era dunque non solo prevedibile ma anche evitabile. Omettendo di prendere i provvedimenti urgenti e necessari richiesti dalla situazione, l'ente pubblico non ha valutato con sufficiente cura ed attenzione i rischi del caso, donde la sua responsabilità ex **art. 58 CO**.

(...)

Erwägung 5

5. Nonostante le censure proposte contro l'applicazione dell'**art. 58 CO** siano, in definitiva, irricevibili, vale la pena di precisare che l'autorità cantonale non ha misconosciuto la portata di tale norma nell'ambito delle strade e piazze pubbliche, ammettendo in concreto la responsabilità del convenuto per non aver impedito il formarsi della lastra di ghiaccio. Stando a quanto accertato nella sentenza impugnata, l'ente pubblico disponeva dei mezzi - non essendo a quel momento il camion spargisale impiegato altrove - per cospargere di sale il tratto di strada notoriamente pericoloso, al di fuori - ma comunque nelle immediate vicinanze - del centro abitato di Tesserete. La situazione di pericolo esistente al momento del sinistro è imputabile al convenuto in quanto le persone da lui delegate hanno valutato male le circostanze ed ommesso - a torto - di richiedere l'intervento del

Seite 69 (BGE_129_III_65)

servizio antisale. In queste circostanze la decisione circa l'esistenza di un difetto di manutenzione della strada cantonale appare corretta.

(...)

Erwägung 7

7. Anche l'ammontare del risarcimento concesso all'attore è criticato; a questo proposito il convenuto si duole, in particolare, della mancata considerazione della responsabilità civile del detentore del veicolo a motore (**art. 58 segg. LCStr**).

7.1 Secondo la giurisprudenza, qualora abbia avuto una concreta incidenza sul verificarsi dell'evento dannoso, il rischio inerente all'esercizio del veicolo a motore deve essere preso in considerazione nella determinazione del danno. Ciò corrisponde al principio generale sancito dall'**art. 44 cpv. 1 CO**, giusta il quale il giudice può ridurre il risarcimento se delle circostanze per le quali il danneggiato è responsabile hanno contribuito a cagionare il danno (**DTF 108 II 51** consid. 5a pag. 57; **BREHM**, op. cit., n. 41 ad **art. 44 CO**; **KELLER**, op. cit., vol. I pag. 389; **OFTINGER/STARK**, op. cit., vol. I, 5a ed., Zurigo 1995, pag. 476).

Ne discende che l'attore deve lasciarsi imputare sia il suo comportamento (**DTF 113 II 323** consid. 2a pag. 329) che il rischio d'esercizio insito nel fatto di circolare con un veicolo a motore. Contrariamente a quanto asseverato dai giudici, non si può sostenere che quest'ultimo elemento non abbia, in concreto, contribuito al verificarsi dell'incidente; l'energia cinetica sviluppata dall'auto, che viaggiava ad una velocità ben superiore a quella richiesta dalle circostanze, ha manifestamente influito sull'insorgere del danno e sulla sua gravità (sulla determinazione

dell'importanza del rischio d'esercizio cfr. anche
OFTINGER/STARK, op. cit., vol. II/2, 4a ed., Zurigo
1989, n. 667 segg. pag. 288).

Su questo punto il gravame si avvera dunque fondato.

7.2 L'autorità cantonale ha per contro respinto
a ragione la tesi dell'attore, secondo la quale il convenuto
dovrebbe rispondere anche per la valutazione sbagliata della
situazione da parte del suo impiegato. Questa circostanza è già
stata debitamente considerata nel quadro dell'esame della
responsabilità causale ex **art. 58 CO**, quando si è trattato di
pronunciarsi sull'esistenza del difetto di manutenzione. Il
difetto è stato infatti ammesso perché il convenuto avrebbe potuto
e dovuto procedere allo spargimento del sale nel tratto di strada
pericoloso, ciò che però non ha fatto a causa dell'errore commesso
dal suo dipendente. La violazione del dovere di diligenza da parte
del cantoniere è già stata considerata nel quadro della
responsabilità causale del proprietario dell'opera e non può venir
valutata anche come una sua colpa

Seite 70 (BGE_129_III_65)

(cfr. STEIN, Haftungskompensation, in: ZSR 102/1983 pag. 67
segg., in particolare pag. 88). Non v'è dunque motivo di imputare
al convenuto un'ulteriore responsabilità, oltre a quella fondata
sull'**art. 58 CO**.

Infine, va disatteso anche l'argomento - esposto
dall'attore - per cui il concorso di responsabilità (tra il
proprietario della strada ed il detentore del veicolo a motore)
sarebbe interamente assorbito dalla colpa preponderante dello
Stato; una simile considerazione risulta infatti in contrasto con
il senso dell'**art. 44 cpv. 1 CO** (DTF 113 II 323 consid. 1c pag.
328).

7.3 Posto che l'incidente è stato cagionato da
un concorso di circostanze imputabili ad entrambe le parti, il
danno va ripartito proporzionalmente fra di esse (KELLER,
op. cit., pag. 377 segg.; OFTINGER/STARK, op. cit., vol. I,
pag. 476 segg.).

Per determinare le rispettive quote occorre considerare,
da un lato, la rilevanza delle varie responsabilità causali in
gioco e, dall'altro, la gravità della concolpa del danneggiato;
soprattutto è necessario stabilire in che misura le circostanze di
cui sono chiamate a rispondere le parti hanno influito sul
verificarsi del danno (OFTINGER/STARK, op. cit., pag.
476).

In concreto, al convenuto va rimproverata una
responsabilità causale ex **art. 58 CO** per non aver garantito la
sicurezza della strada; a carico dell'attore vanno invece ritenuti
il rischio d'esercizio ai sensi dell'**art. 60 LCStr** e la colpa per
aver violato le regole sulla circolazione stradale (**art. 32
LCStr**). Il danno complessivo va quindi ripartito a dipendenza
delle singole responsabilità. La concolpa dell'attore non è di
trascurabile importanza atteso che, secondo quanto accertato nella
sentenza impugnata - in maniera vincolante per il Tribunale
federale (**art. 55 cpv. 1 lett. c OG**) - egli circolava ad una
velocità di circa 50 km/h, sicuramente eccessiva per una curva
notoriamente esposta al rischio di ghiaccio. L'autorità cantonale
ha attribuito all'attore il 40% del danno, tralasciando però il
rischio d'esercizio; dato che in questa sede tale fattore viene
preso in considerazione, appare giustificato ridurre la quota
connessa alla colpa al 35%. Anche se, di principio, la
responsabilità causale inerente al rischio d'esercizio è reputata
più grave di quella del proprietario di una strada

(OFTINGER/STARK, op. cit., pag. 480 seg.), in concreto essa risulta meno determinante per l'insorgere del danno, sicché può essere valutata nel 25%. A carico del convenuto rimane pertanto una responsabilità del 40%, ciò che, tenuto conto della portata dell'obbligo di manutenzione delle strade e delle particolari circostanze del caso specifico, appare adeguato.

Inhaltsverzeichnis			
Regeste		Erwägungen	Seiten
- Deutsch	Sachverhalt	Erwägung 1	65 67 68 69
- Français		Erwägung 2	70
- Italiano		Erwägung 5	
		Erwägung 7	

Die Praxis 2003 Nr. 121 (Übersetzung von BGE 129 III 65 in die deutsche Sprache).

Bundesgericht, I. Zivilabteilung Entscheid vom 29. 10. 2002 i.S. Kanton Tessin c. A. (4C.190/2002) Übersetzt von GIANNI RIZZELLO, lic.iur. LL.M., Rechtsanwalt

Verkehrsunfall. Haftung des Werkeigentümers und des Motorfahrzeughalters. Aufteilung des Schadens (Art. 44, 58 OR; Art. 60 SVG). *Haftung des Gemeinwezens als Strasseneigentümerin, im Besonderen im Winter (E. 1). Haftung bejaht, da die Bildung von Glatteis nicht nur voraussehbar war, sondern auch vermeidbar gewesen wäre (E. 2 und 5). Aufteilung des Schadens unter Berücksichtigung der konkurrierenden Haftung des Werkeigentümers und Fahrzeuglenkers; Berücksichtigung des Risikos, das mit dem Betrieb eines Fahrzeugs verbunden ist (E. 7).*

Sachverhalt:

Am 8. Januar 1996 ist A. von Tesserete kommend auf die Kantonsstrasse in Richtung Lugano eingespurt; kurz nach der Wohnzone im Zentrum oder genauer in der Nähe der Linkskurve unmittelbar vor der Garage B. kam sein Wagen auf einer vereisten Stelle ins Rutschen und kollidierte in der Folge mit einem Baum am rechten Strassenrand. Der Unfall ereignete sich morgens um 7.40 Uhr. Es entstand ein Sachschaden in der Höhe von CHF 16 000.–.

Am 7. Mai 1998 klagte A. beim Pretore des Bezirks Lugano, Sektion 2, auf Verurteilung des Kantons Tessin zur Bezahlung von CHF 16 000.– nebst Zinsen und Kosten sowie auf Beseitigung des erhobenen Rechtsvorschlags in der bereits eingeleiteten Betreibung. In teilweiser Gutheissung der Klage bejahte der Richter mit Entscheid vom 30. Dezember 2000 eine Schadenersatzpflicht zugunsten von A. im Umfang von CHF 9600.– nebst Zinsen zu 5% seit 12. Januar 1996.

Die II. Zivilkammer des Appellationsgerichts bestätigte auf das von beiden Parteien eingelegte Rechtsmittel hin das erstinstanzliche Urteil. Wie bereits der Pretore waren auch die letztinstanzlichen kantonalen Richter der Auffassung, die Strasse sei am Unfallort nicht genügend sicher gewesen, womit der Kanton aus Art. 58 OR hafte. Das Appellationsgericht bestätigte den Entscheid auch hinsichtlich der zulasten des Klägers vorgenommenen Schadensreduktion, da der Kläger – wie er selbst zugegeben hat – die Geschwindigkeit nicht den Verhältnissen angepasst hatte.

Der Kanton Tessin erhob am 27. Mai 2002 Berufung beim Bundesgericht. Er rügt hauptsächlich eine Verletzung von Art. 58 OR und verlangt die Aufhebung des angefochtenen Entscheids und die vollumfängliche Abweisung der Klage.

Mit Berufungsantwort vom 19. Juli 2002 verlangte A. die Abweisung der Berufung.

Aus den Erwägungen:

1. Nach Art. 58 OR hat der Eigentümer eines Gebäudes oder eines andern Werkes den Schaden zu ersetzen, den diese infolge von fehlerhafter Anlage oder Herstellung oder von mangelhafter Unterhaltung verursachen.

1.1. Ein Werk ist mangelhaft, wenn es den Benützern bei bestimmungsgemäsem Gebrauch keine genügende Sicherheit bietet; ob ein Mangel vorliegt, ist konkret zu

beurteilen (BGE 126 III 113 E. 2 a/cc S. 116 m.Hinw. = Pra 2000 Nr. 185; BK-BREHM, N 65 zu Art. 58 OR). Bei Strassen muss auf die Art der Strasse und den bestimmungsge-
mässen Verkehr abgestellt werden (BGE 103 II 240 E. 2 b S. 243 = Pra 67 Nr. 68; BK-
BREHM, N 170 zu Art. 58 OR). Nicht jede Gefahrenquelle ist ohne weiteres ein Mangel
in der Herstellung oder im Unterhalt; vernünftigerweise kann nicht verlangt werden,
dass das gesamte Strassennetz so gebaut und unterhalten wird, dass jedes noch so
kleine Risiko ausgeschlossen ist. Der Strassenbenützer ist sich bewusst, dass die
Strassen Naturphänomenen ausgesetzt sein können und dass die Benützung der
Strasse dann und wann gefährlich sein kann; gemäss Lehre und Rechtsprechung hat
sich der Verkehr grundsätzlich den Strassenverhältnissen anzupassen und nicht um-
gekehrt (BGE 102 II 343 E. 1 b S. 345 = Pra 66 Nr. 65 ; BK-BREHM, N 172 zu Art. 58
OR; OFTINGER/STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. II/1, Zürich 1987, S. 239
N 111 f.; KELLER, Haftpflicht im Privatrecht, 6. Aufl., Bern 2002, S. 206). Bei der Beur-
teilung der Haftung des Gemeinwesens wird davon ausgegangen, dass die öffentli-
chen Ausgaben für Strassenbau und -unterhalt in einem vernünftigen Verhältnis zu
den finanziellen Möglichkeiten stehen. Mit anderen Worten können vom Gemeinwe-
sen nur Aufwendungen verlangt werden, die auch ökonomisch und technisch zumut-
bar sind (BGE 102 II 343 E. 1 c S. 345 = Pra 66 Nr. 65 ; BGE 100 II 134 E. 4 S. 139 =
Pra 63 Nr. 258; BK-BREHM, N 173 ff. zu Art. 58 OR; OFTINGER/STARK, a.a.O., S. 238 N
111; KELLER, a.a.O., S. 204).

1.2. Bei Glätteis kann vom Strasseneigentümer nicht erwartet werden, dass er gleich-
zeitig überall auf dem Strassennetz Massnahmen ergreift; er muss so schnell als mög-
lich verkehrswichtige Strassen wieder befahrbar machen und soweit erforderlich für
besonders gefährliche Strassen ein Fahrverbot erlassen (BGE 98 II 40 E. 2 S. 43 f.
m.Hinw. = Pra 61 Nr. 94). Grundsätzlich besteht ausserorts keine Salz- oder
Sandstreupflicht, ausser für Autobahnen; bei verkehrsreichen Strassen genügt es da-
her, dass die gefährlichen Abschnitte innerhalb einer vernünftigen Zeit wieder befahr-
bar gemacht werden (BGE 102 II 343 E. 1 b S. 345 = Pra 66 Nr. 65 ; BK-BREHM, N
217 und 219 zu Art. 58 OR; OFTINGER/STARK, a.a.O., S. 253 N 138 und S. 256 N 142).
Viel mehr besteht eine Notwendigkeit innerorts, Schnee und Eis zu beseitigen, vor
allem im Interesse der Fussgänger (BGE 89 II 331 = Pra 53 Nr. 19; BK-BREHM, N 226
ff. zu Art. 58 OR).

1.3. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass es vor allem am Fahrzeuglenker liegt,
sich den Strassenverhältnissen anzupassen und seine Geschwindigkeit den konkre-
ten Umständen anzupassen (Art. 31 Abs. 1 und 32 Abs. 2 SVG). Bei Temperaturen
um den Gefrierpunkt ist die Bildung von Eis auf nassen Strassen voraussehbar. Der
Fahrzeuglenker muss bei solchen Umständen seine Geschwindigkeit reduzieren und
falls notwendig im Schritttempo fahren. Wer diese Umstände nicht gebührend beach-
tet und zu schnell fährt, kann sich nicht auf die Haftung des Gemeinwesens nach Art.
58 OR berufen (BGE 98 II 40 E. 2 S. 44 unten = Pra 61 Nr. 94). Damit erklärt sich,
warum bis heute bei Unfällen ausserorts mit Motorfahrzeugen noch nie eine Haftung
des Strasseneigentümers angenommen wurde (BK-BREHM, N 208 zu Art. 58 OR; OF-
TINGER/STARK, a.a.O., S. 255).

2. Im vorliegenden Fall war die Vorinstanz der Auffassung, die Sicherheit der Strasse
sei im Unfallzeitpunkt nicht den Umständen angepasst gewesen. Die Instruktion er-

gab, dass am Morgen des 8. Januar 1996 um 4.30 Uhr der Strassenabschnitt, wo sich der Unfall ereignet hatte, vom zuständigen Strassenwärter inspiziert worden war. Dieser hatte auch die Lufttemperatur gemessen; aufgrund der Resultate schloss er, die Strasse sei lediglich nass und er erachtete somit das Aufbieten eines Salzstreuwagens nicht als notwendig. Ein Streuwagen war zu jenem Zeitpunkt nirgends im Einsatz. Aller Wahrscheinlichkeit nach habe sich wegen der Bewölkung und dem nachfolgenden Temperaturabfall Glatteis gebildet, auf welchem das Fahrzeug des Klägers ins Rutschen geriet. Die Gefahr der Glatteisbildung sei aber bereits im Wetterbericht vom 7. Januar 1996 angekündigt worden. Erschwerend habe sich dabei der gut sichtbare Schnee ausgewirkt, der durch den Schneeflug in den Tagen zuvor am Strassenrand aufgehäuft worden war und der am Schmelzen gewesen sei. Unter diesen Umständen sei die Bildung von Glatteis, insbesondere an exponierten und gefährlichen Stellen – wie vorliegend der Fall – nicht nur vorhersehbar, sondern auch vermeidbar gewesen. Da das Gemeinwesen die dringlichen, notwendigen und gebotenen Massnahmen nicht getroffen und die Risiken nicht genügend sorgfältig beurteilt habe, hafte es nach Art. 58 OR.

3. Das beklagte Gemeinwesen bestreitet zunächst das Vorliegen eines natürlichen Kausalzusammenhangs. Entgegen der Begründung im angefochtenen Entscheid habe sich der Unfall nicht als Folge von Glatteis auf der Fahrbahn ereignet, sondern wegen der nicht angepassten Geschwindigkeit des Fahrzeuges des Klägers, der u.a. nicht nachgewiesen habe, dass sein Auto mit Winterreifen ausgestattet gewesen sei. Dass die Geschwindigkeit nicht den Verhältnissen angepasst gewesen sei, zeige sich auch darin, dass zahlreiche andere Strassenbenützer den entsprechenden Strassenabschnitt ohne Schaden passiert hätten. Hätte das Tessiner Gericht allen offerierten Beweisen die gebührende Beachtung geschenkt, insbesondere den statistischen Angaben, der Foto-Dokumentation und dem Katasterplan, wäre es zum gleichen Schluss gelangt.

3.1 Angesichts der Form der vorgebrachten Rügen ist in Erinnerung zu rufen, dass sich das Bundesgericht im Rahmen einer Berufung auf die von der letzten kantonalen Instanz festgestellten Tatsachen stützt, ausser es seien bundesrechtliche Beweisvorschriften verletzt worden (z.B. Art. 8 ZGB), offensichtlich auf Versehen beruhende Feststellungen müssten berichtigt werden (Art. 63 Abs. 2 OG; BGE 125 III 368 E. 3 i. f.) oder der Tatbestand müsste i.S.v. Art. 64 OG ergänzt werden (BGE 126 III 59 E. 2 a = [Pra 2000 Nr. 117](#)). Abgesehen von diesen Ausnahmen sind Rügen betreffend Tatsachenfeststellungen und die Beweiswürdigung durch die kantonalen Behörden ausgeschlossen; ebenso unzulässig sind Ausführungen, die sich gegen die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil richten, sowie das Vorbringen neuer Tatsachen (Art. 55 Abs. 1 lit. c OG; BGE 127 III 248 E. 2 c S. 252 m.Hinw.). Hingewiesen sei ebenfalls auf Art. 43 Abs. 4 OG, wonach jede unrichtige rechtliche Beurteilung einer Tatsache als Rechtsverletzung anzusehen ist (Art. 43 Abs. 4 OG). Entgegen den Vorbringen des Beklagten gewährt dieser der beschwerdeführenden Partei nicht das Recht, die Würdigung der Beweise durch die kantonale Instanz uneingeschränkt anzufechten. Die rechtliche Würdigung einer Tatsache ist nichts anderes als ihre rechtliche Qualifikation (Subsumption). Somit enthält Abs. 4 nichts, was nicht bereits in Art. 43 Abs. 1 OG gesagt wird (BGE vom 16. November 1992 E. 3 b, publiziert in SJ 1995,

S. 794; POUURET, Commentaire de la loi fédérale d'organisation judiciaire, Bd. II, Bern 1990, N 5 zu Art. 43 OG, S. 178).

3.2 Somit bindet die Feststellung betreffend eine natürliche Kausalität zwischen dem vereisten Strassenstück und dem Schaden das Bundesgericht. Die diesbezüglichen Vorbringen des Beklagten sind daher unzulässig. Sie richten sich gegen die Tatsachenfeststellung und die Beweiswürdigung der kantonalen Behörden, ohne dass jedoch eine der erwähnten Ausnahmen gemäss den gesetzlichen Vorschriften vorgebracht wurde.

4. Mit einer wenig klaren Argumentation scheint der Beklagte eine Verletzung von Art. 8 ZGB zu rügen, insofern er den kantonalen Richtern im Wesentlichen vorwirft, sie hätten zugunsten der Gegenseite, welche die Beweislast trage, zu geringe Anforderungen gestellt, um sich über die Umstände des Unfalles auslassen zu können; die kantonalen Richter hätten insbesondere vergessen, alternative und somit wahrscheinlichere Szenarien zu prüfen. Der Beklagte argumentiert mit Bezug auf das Urteil analog über das Vorliegen eines Unterhaltsmangels, der eine Haftung aus Art. 58 OR begründen könnte. Das kantonale Gericht hätte einen solchen Mangel nicht bejahen dürfen, da der Kläger den Beweis nicht erbracht habe. Diese Vorbringen erweisen sich als unzulässig. Trotz Berufung auf Bundesrecht, dessen Tragweite jedoch verkannt wird, rügt der Beklagte erneut die Beweiswürdigung.

4.1. Art. 8 ZGB regelt für sämtliche Rechtsverhältnisse des Bundeszivilrechts die Verteilung der Beweislast und somit die Folgen der Beweislosigkeit (BGE 125 III 78 E. 3 b; 124 III 134 E. 2 b/bb m.Hinw.). Diese Bestimmung gibt der beweispflichtigen Partei einen Anspruch darauf, für rechtserhebliche Sachvorbringen zum Beweise zugelassen zu werden, wenn ihr Beweisantrag seiner Form und seinem Inhalt nach den Vorschriften des kantonalen Rechts entspricht (BGE 114 II 289 E. 2 a). Aus der gleichen Bestimmung ergibt sich sodann auch das Recht oder eigentlich die Möglichkeit des Gegners der beweisbelasteten Partei zum Gegenbeweis (BGE 126 III 315 E. 4 a; 125 III 78 E. 3 b). Auf jeden Fall schreibt Art. 8 ZGB dem Sachgericht nicht vor, mit welchen Mitteln der Sachverhalt abzuklären ist und wie die Beweise zu würdigen sind, denn dabei handelt es sich um Fragen des kantonalen Prozessrechts. Ebenfalls schliesst Art. 8 ZGB die antizipierte Beweiswürdigung nicht aus. Mit anderen Worten bleibt es dem Sachgericht unbenommen, von beantragten Beweiserhebungen deshalb abzusehen, weil es sie von vornherein nicht für geeignet hält, die behaupteten Tatsachen zu beweisen, oder weil es seine Überzeugung bereits aus anderen Beweisen gewonnen hat (BGE 122 III 219 E. 3 c S. 223 m.Hinw.; vgl. auch CORBOZ, Le recours en réforme au Tribunal fédéral, SJ 2000 II S. 41).

4.2. Im vorliegenden Fall hat das Appellationsgericht, wie im Einzelnen in E. 2 dargelegt, seine Überzeugung über den Mangel aufgrund der Instruktion gewonnen. Somit ist die Frage der Beweislast gegenstandslos.

Die Vorbringen des Beklagten gegen die Tatsachenfeststellungen und die Beweiswürdigung müssen somit unberücksichtigt bleiben.

5. Obwohl auf die Rügen im Zusammenhang mit der Anwendung von Art. 58 OR definitiv nicht einzutreten ist, ist zu präzisieren, dass die kantonale Instanz die Tragweite

dieser Norm mit Bezug auf Strassen und öffentliche Plätze nicht verkannt hat, indem sie eine Haftung des Beklagten wegen unterlassener Verhinderung der Glatteisbildung bejahte. Wie im angefochtenen Entscheid festgestellt wurde, hatte das Gemeinwesen die Mittel – der Streuwagen war nirgendwo sonst im Einsatz – um im betreffenden und bekanntlich gefährlichen Strassenabschnitt, der ausserhalb, jedoch in unmittelbarer Nähe der Wohnzone im Zentrum von Tesserete liegt, Salz zu streuen. Die im Unfallzeitpunkt herrschende Gefahr ist dem Beklagten anzurechnen, da die von ihm delegierten Personen die Situation unrichtig beurteilt und es zu Unrecht unterlassen hatten, den Salzstreuwagen einzusetzen. Unter diesen Umständen scheint die Annahme eines mangelhaften Unterhalts korrekt.

6. Der Beklagte bringt zudem vor, den kantonalen Richtern sei die Tatsache entgangen, dass der Kläger durch seine unangepasste Geschwindigkeit den adäquaten Kausalzusammenhang zwischen Mangel und Unfall unterbrochen habe.

6.1. Zur Beurteilung des Vorliegens eines Kausalzusammenhangs zwischen einer Unterlassung und einem Schaden ist auf die Existenz eines hypothetischen Kausalzusammenhangs abzustellen. Hier ist das Bundesgericht an die Feststellung der kantonalen Instanz gebunden, wenn es – wie vorliegend – nicht nur um Feststellungen geht, die ausschliesslich auf allgemeiner Lebenserfahrung beruhen, sondern zusätzlich Tatsachen betroffen sind, die auf dem Wege der Beweiswürdigung festgestellt worden sind (BGE 127 III 453 E. 5 d S. 456 m.Hinw. = [Pra 2001 Nr. 179](#)). Vorliegend hat das kantonale Gericht zunächst zu Recht erwogen, dass gemäss dem normalen Lauf der Dinge und aufgrund allgemeiner Lebenserfahrung das Vorliegen von Glatteis in einer Kurve geeignet ist, einen Unfall wie den vorliegenden zu verursachen. Sofern der Beklagte diesen Schluss dadurch bestreitet, dass andere Strassenbenützer nicht dieselben Probleme gehabt hätten, verkennt er den Begriff der adäquaten Kausalität (vgl. dazu BGE 123 III 110 E. 3 c S. 114 f.; 116 II 519 E. 4 S. 523 ff. = [Pra 80 Nr. 72](#)). Die Tessiner Richter waren sodann der Ansicht, trotz Fehlen eines Gutachtens über den Unfallhergang würden genügend Elemente vorliegen, im Besonderen die Zeugenaussagen und die Foto-Dokumentation, um einen adäquaten Kausalzusammenhang zwischen dem Glatteis auf der Strasse, dem unterbliebenen Streuen von Salz und dem Schaden zu bejahen. Hätte der Beklagte rechtzeitig Salz eingesetzt, hätte sich kein Glatteis gebildet und der Unfall hätte sich nicht ereignet.

6.2. Der angefochtene Entscheid verdient Zustimmung, insofern die Unterbrechung des adäquaten Kausalzusammenhangs durch das Verhalten des Klägers verneint wird. Die Tatsache, dass dieser mit übersetzter Geschwindigkeit unterwegs war, entschuldigt den mangelhaften Unterhalt nicht derart, dass dieser für den Unfall nicht mehr kausal gewesen wäre (BGE 127 III 453 E. 5 d S. 457 oben m.Hinw. = [Pra 2001 Nr. 179](#)). Wie von den Tessiner Richtern richtig entschieden, ist das Verhalten des Klägers eher ein Grund zur Herabsetzung des Schadenersatzes i.S.v. Art. 44 Abs. 1 OR.

7. Auch die Höhe des dem Kläger zugesprochenen Schadenersatzes wird angefochten; der Beklagte rügt im Besonderen, die Haftung des Motorfahrzeughalters sei nicht hinreichend berücksichtigt worden (Art. 58 ff. SVG).

7.1. Nach der Rechtsprechung ist die Betriebsgefahr des Motorfahrzeugs zu berücksichtigen, soweit sie sich auf das Schadensereignis konkret ausgewirkt hat. Dies entspricht dem Grundsatz von Art. 44 Abs. 1 OR, wonach der Richter die Ersatzpflicht ermässigen kann, wenn Umstände, für die der Geschädigte einstehen muss, auf die Verschlimmerung des Schadens einen Einfluss hatten (BGE 108 II 51 E. 5 a S. 57 = [Pra 71 Nr. 147](#); BK-BREHM, N 41 zu Art. 44 OR; KELLER, a.a.O., Bd. I, S. 389; OFTINGER/STARK, a.a.O., Bd. II/2, 4. Aufl., Zürich 1989, S. 288 N 667 ff.). In diesem Punkt erweist sich die Rüge somit als begründet.

7.2. Die kantonale Behörde hat die Vorbringen des Klägers zu Recht zurückgewiesen, wonach der Beklagte auch für die fehlerhafte Beurteilung der Situation durch ihren Angestellten hafte. Dieser Fall wurde bereits gebührend im Rahmen der Prüfung der Kausalhaftung aus Art. 58 OR berücksichtigt, wo es um die Beantwortung der Frage ging, ob ein mangelhafter Unterhalt vorgelegen hat. Ein solcher wurde bejaht, zumal der Beklagte auf dem gefährlichen Strassenabschnitt Salz hätte streuen können und müssen, dies jedoch wegen des Fehlers seines Angestellten nicht getan hat. Eine Verletzung der Sorgfaltspflicht durch den Strassenwärter wurde bereits im Rahmen der Kausalhaftung des Strasseneigentümers berücksichtigt und kann nicht noch zusätzlich als Verschulden des Eigentümers gewertet werden (vgl. STEIN, Haftungskompensation ZSR 1983 Bd. I S. 67 ff., im Besonderen S. 88). Eine Haftung neben Art. 58 OR besteht für den Beklagten somit nicht. Schliesslich ist auch das Argument des Klägers abzulehnen, wonach die Haftungskonkurrenz (zwischen Strasseneigentümer und Motorfahrzeughalter) durch die im Vordergrund stehende Haftung des Staates vollumfänglich absorbiert werde; dies würde Art. 44 Abs. 1 OR widersprechen (BGE 113 II 323 E. 1 c S. 328 = [Pra 77 Nr. 15](#)).

7.3. Wurde der Schaden durch verschiedene Umstände verursacht, die den Parteien anzulasten sind, ist er von diesen verhältnismässig zu tragen (KELLER, a.a.O., S. 377 ff.; OFTINGER/STARK, a.a.O., Bd. I, S. 476 ff.). Zur Festlegung der einzelnen Quoten ist einerseits die Relevanz der einzelnen Kausalhaftungen und andererseits das Mitverschulden des Geschädigten zu berücksichtigen; vor allem ist festzustellen, in welchem Mass die den Parteien zuzurechnenden Umstände den Schaden bewirkt haben (OFTINGER/STARK, a.a.O., S. 476). Vorliegend wird dem Beklagten eine Kausalhaftung aus Art. 58 OR angelastet, weil die Sicherheit der Strasse nicht garantiert war; zu Lasten des Klägers geht das Risiko der Betriebsgefahr i.S.v. Art. 60 SVG sowie die Verletzung von Verkehrsregeln (Art. 32 SVG). Der gesamte Schaden ist daher im Verhältnis der einzelnen Haftungstatbestände aufzuteilen. Das Mitverschulden des Klägers ist nicht unerheblich. Nach den Tatsachenfeststellungen im angefochtenen Entscheid, die für das Bundesgericht verbindlich sind (Art. 55 Abs. 1 lit. c OG), fuhr der Kläger mit einer Geschwindigkeit von ca. 50 km/h, was sicherlich übersetzt war, zumal es sich um eine Kurve mit einem bekannt hohen Risiko von Glatteisbildung handelte. Die kantonale Behörde hat dem Kläger 40% des Schadens auferlegt, die Betriebsgefahr jedoch übersehen; wird vom Bundesgericht dieser Faktor berücksichtigt, rechtfertigt es sich, die Quote auf 35% zu reduzieren. Auch wenn grundsätzlich die der Betriebsgefahr zugrunde liegende Haftung schwerer wiegt als die des Strasseneigentümers (OFTINGER/STARK, a.a.O., S. 480 f.), erweist sich diese im vorliegenden Fall nicht weniger wesentlich für das Entstehen des Schadens, womit sie mit 25% bewertet werden kann. Zu Lasten des Beklagten bleibt somit eine Haftungsquote von 40%, was ange-

sichts der Tragweite der Unterhaltspflicht in Bezug auf die Strasse und die besonderen Umstände dieses Falles gerechtfertigt erscheint.

8. [. . .]

DIE WERKEIGENTÜMERHAFTUNG GEMÄSS ART. 58 OR

ANMERKUNGEN ZUR HAFTUNGSBEGRÜNDENDEN URSACHE*

Von Urs Ch. Nef**

o. Professor für Rechtswissenschaft an der Eidgenössischen Technischen Hochschule ETH Zürich

IV. Die dogmatischen Konzepte

In der Lehre zum ausservertraglichen Haftpflichtrecht bestehen unterschiedliche Auffassungen sowohl bezüglich der für die Haftbarmachung massgebenden haftungsbegründenden Ursachen als auch bezüglich der Zuordnung der einzelnen Haftungstatbestände zu den von der Wissenschaft entwickelten Haftungskategorien. An einer Schnittstelle der dogmatischen Kontroversen steht die Werkeigentümerhaftung. KARL OFTINGER, in seinem grundlegenden Werk „Schweizerisches Haftpflichtrecht“, und mit ihm die herrschende Lehre¹ und Rechtsprechung unterscheiden die Verschuldenshaftung gemäss Art. 41 OR, die gewöhnlichen Kausalhaftungen und die in einer Vielzahl von Spezialgesetzen geregelten Gefährdungshaftungen. Zu den *gewöhnlichen Kausalhaftungen* zählen insbesondere die in unserer Privatrechtskodifikation geregelten Haftungstatbestände von Art. 333 ZGB (Haftung des Familienhaupts) und Art. 679 ZGB (Haftung des Grundeigentümers) sowie von Art. 54 OR (Haftung urteilsunfähiger Personen), Art. 55 OR (Haftung des Geschäftsherrn), Art. 56 OR (Haftung des Tierhalters) und Art. 58 OR (Haftung des Werkeigentümers). Die gewöhnlichen Kausalhaftungen werden gelegentlich mit einer irgendwie gearteten *Ordnungswidrigkeit* in Beziehung gebracht, für welche der Haftpflichtige einzustehen hat².

* *Die nachfolgenden Zeilen widmet der Verfasser Ernst A. Kramer in freundschaftlicher Erinnerung an die zahlreichen Begegnungen an der damaligen Hochschule St. Gallen.*

** *Meinem Assistenten, Herrn RA lic. iur. Marc Splisgardt, danke ich für die tatkräftige Unterstützung bei der Zusammenstellung der Literatur.*

¹ KARL OFTINGER, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 3 Bde., 2. Aufl., Zürich, Bd. I 1958, Bd. II/1 1960, Bd. II/2 1962; Bd. I, 19 ff., Bd. II/1 1 ff.; KARL OFTINGER/EMIL W. STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Besonderer Teil, Bd. II/1, 4. Aufl., Zürich 1987, 125 ff.; ALFRED KELLER, Haftpflicht im Privatrecht, Bd. I, 6. Aufl., Bern 2002, 47 ff.; HEINZ REY, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 3. Aufl., Zürich 2003, 15 ff.

² KELLER (FN 1), 49. Kritisch zur rechtlichen Tragfähigkeit dieses Kriteriums: Bericht der Studienkommission für die Gesamtrevision des Haftpflichtrechts, Bern 1991, 25.

OFTINGER lehnt eine weitere Unterteilung der gewöhnlichen Kausalhaftungen ab, mit der Begründung, dass dafür die nötigen Kriterien fehlen³. Insbesondere besteht nach ihm kein Anlass zu einer Differenzierung zwischen denjenigen Haftungsbestimmungen, bei denen das Gesetz die Haftbarmachung an eine *Sorgfaltspflichtverletzung* anknüpft und die dem präsumtiv Haftpflichtigen einen Exzeptionsbeweis einräumen, sowie den anderen Haftungsbestimmungen, bei denen, wie namentlich bei der Werkeigentümerhaftung, von einer Sorgfaltspflichtverletzung *im Gesetz nicht die Rede ist*⁴. Die einheitliche rechtliche Behandlung der gewöhnlichen Kausalhaftungen begründet OFTINGER damit, dass sie letztlich alle auf eine Sorgfaltspflichtverletzung zurückgeführt werden können, was sie von den Gefährdungshaftungen unterscheidet. Dies trifft „implicite“ auch auf die Haftung des Werkeigentümers zu, dem vorgeworfen werde, das Fortdauern von Mängeln an seinem Werk nicht verhütet zu haben⁵.

Immerhin weist OFTINGER darauf hin, dass die Haftungen des Familienhauptes, des Geschäftsherrn und des Tierhalters ursprünglich als Verschuldenshaftungen mit einer Umkehr der Beweislast verstanden wurden⁶. Im Zusammenhang mit der Werkeigentümerhaftung spricht OFTINGER von der „*vorausgesetzten*“ *Sorgfaltspflicht*, weshalb der Verstoß gegen sie bei der Rechtsanwendung nicht mehr zu prüfen sei⁷. Demzufolge kommt nach OFTINGER als Voraussetzung für eine Haftbarmachung des Werkeigentümers neben dem Eigentum allein der „objektive Tatbestand der Mangelhaftigkeit des Werkes“ in Frage⁸. Damit ordnet OFTINGER die Werkeigentümerhaftung nun doch einer schärferen Haftungskategorie zu, als diejenigen gewöhnlichen Kausalhaftungen, welche nach dem Gesetzeswortlaut an eine Sorgfaltspflichtverletzung anknüpfen. Im diesem Sinne äussert sich auch ALFRED KELLER: „Die Haftung aus Werkeigentum ist kausaler, strenger, indem sie auf den blossen Mangel des Werks [...] abstellt [...]“. „Das Vorhandensein eines Mangels genügt, gleichviel aus welcher Ursache, Sorgfalt hin

³ OFTINGER (FN 1), Bd. I, 22.

⁴ REY (FN 1), 198, fasst die erstgenannten gewöhnlichen Kausalhaftungen in der Gruppe der „milden Kausalhaftungen“ zusammen. Im Unterschied dazu verwendet KELLER (FN 1), 48, den Begriff der „milden Kausalhaftung“ im Sinne der gewöhnlichen Kausalhaftung.

⁵ OFTINGER (FN 1), Bd. II/1, 3.

⁶ OFTINGER (FN 1), Bd. I, 22; vgl. auch HEINRICH HONSELL, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 3. Aufl., Zürich 2000, 5, und INGEBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Bern 2003, 301, welche dieses Konzept vertreten.

⁷ OFTINGER (FN 1), Bd. II/1, 3 und Bd. I, 23; HENRI DESCHENAUX/PIERRE TERCIER, La responsabilité civile, 2. Aufl., Bern 1982, 126, sprechen von „violation objective du devoir de diligence“.

⁸ OFTINGER (FN 1), Bd. I, 23.

oder her [...]“⁹. Konsequenterweise vermeidet es KELLER, im Zusammenhang mit der Haftung des Werkeigentümers von einer Sorgfaltspflichtverletzung zu sprechen.

VITO ROBERTO teilt die ausservertragliche Haftung in zwei Kategorien ein: in die „Haftung für eigenes Fehlverhalten“, welche die Verschuldenshaftung und die gewöhnlichen Kausalhaftungen umfasst, und in die „Haftung für Gefahren“, zu welcher die Gefährdungshaftungen zählen¹⁰. Zieht man den deutschen Gesetzeswortlaut heran, so stellt man fest, dass in Art. 58 Abs. 1 OR nicht von einer Haftung für einen Werkmangel die Rede ist. Vielmehr knüpft die Haftung an ein *menschliches Verhalten* an. Das Gesetz verwendet die substantive Form der Tätigkeiten von Anlegen, Herstellen und Unterhalten¹¹. Daraus könnte man ableiten, es liege eine *Haftung für eigenes Fehlverhalten* vor. Im Unterschied dazu ist jedoch in der französischen und in der italienischen Fassung der Gesetzesbestimmung von „vices de construction“ bzw. „vizio di costruzione“ und „défaut d'entretien“ bzw. „difetto di manutenzione“ die Rede¹². Durch letztere Formulierungen wird für die Anknüpfung der Haftung dem *Mangel* als Qualitätsmerkmal des Objekts „Werk“ die entscheidende Bedeutung beigemessen. Damit wird die Frage ausgeblendet, wem allenfalls ein Fehlverhalten vorzuwerfen sei.

Die Verfasser des Vorentwurfs eines Bundesgesetzes zur „Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts“, PIERRE WIDMER und PIERRE WESSNER, gehen wie OFTINGER davon aus, dass die Werkeigentümerhaftung als eine gewöhnliche Kausalhaftung in der Verletzung einer „besonderen“ *Sorgfaltspflicht* begründet ist¹³. Sie schlagen unter dem Titel „Haftung für Werke“ vor, anstelle des bisherigen Art. 58 OR neu einen Art. 61 OR in das Gesetz einzufügen. Nach dieser neuen Bestimmung soll der Halter eines Gebäudes oder eines anderen Werks haften, wenn der Halter nicht beweist, dass der Schaden „weder auf einen Konstruktions- noch auf einen Unterhaltmangel zurückzuführen ist“¹⁴. Die Vermutung der Verletzung der „besonde-

⁹ Vgl. KELLER (FN 1), 191; auch ALFRED KOLLER in THEO GUHL, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl., Zürich 2000, 201 f., grenzt die Werkeigentümerhaftung von denjenigen gewöhnlichen Kausalhaftungen ab, bei denen sich der präsumtiv Haftpflichtige entlasten kann, wenn er beweist, dass er der objektiven Sorgfaltspflicht genügt hat.

¹⁰ VITO ROBERTO, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zürich 2002, 12; DESCHENAUX/TERCIER (FN 7), 29, unterscheiden die Haftung à titre „faute“ und à titre „loi“.

¹¹ Ebenso ROBERTO (FN 10), 114.

¹² Die gleichen Begriffe findet man bereits im Text des Obligationenrechts vom 14. Juni 1881.

¹³ Erläuternder Bericht zum Vorentwurf zu einem Bundesgesetz über die Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts, 291. Man kann davon ausgehen, dass der Begriff der „besonderen“ Sorgfaltspflicht im Sinne von WIDMER/WESSNER gleichbedeutend ist mit dem Begriff der „vorausgesetzten“ Sorgfaltspflicht im Sinne von OFTINGER.

¹⁴ Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts, Vorentwurf eines Bundesgesetzes, 17.

ren“ Sorgfaltspflicht führt zu einer Umkehr der Beweislast zu Lasten des Werkeigentümers¹⁵. Sodann werden in Anlehnung an den französischen und italienischen Gesetzestext in der deutschen Fassung die Begriffe „fehlerhafte Anlage oder Herstellung“ und „mangelhafte Unterhaltung“ durch die Begriffe „Konstruktionsmangel“ und „Unterhaltsmangel“ ersetzt. Sowohl die Anknüpfung der Haftung an den Zustand der Mangelhaftigkeit des Werks, als auch die Umkehr der Beweislast, zielen auf eine Verschärfung der Haftung ab.

Wie aus ihrem „Erläuternden Bericht“ hervorgeht, wollen die Verfasser des Vorentwurfs den von ihnen vorgeschlagenen neuen Art. 61 OR trotzdem als gewöhnliche Kausalhaftungsnorm verstanden wissen, welcher eine vermutete Verletzung der „besonderen“ Sorgfaltspflicht zugrunde liegt¹⁶. Allerdings wird der Befreiungsbeweis dem Werkeigentümer nach wie vor vorenthalten. Die Verfasser betonen sodann, dass die „besondere“ Sorgfaltspflicht nicht mit einem Verschulden gleichgesetzt werden dürfe, was zur Folge habe, dass der Werkeigentümer auch dann hafte, wenn er den Werkmangel nicht kannte¹⁷. OFTINGER, erklärt dazu im Zusammenhang mit der Haftung des Geschäftsherrn: „Das bedeutet, dass der Geschäftsherr auch dort haftet, wo sein Verhalten zwar nicht diejenige Stufe erreicht, die als schuldhaft qualifiziert wird, indessen doch schon eine Unsorgfalt bedeutet.“¹⁸. Die Konstruktion von „besonderen“ Sorgfaltspflichten, deren Verletzung im unteren Bereich der Skala der Missbilligung noch nicht die Intensität des Verschuldens erreicht, wirkt gekünstelt, ist letztlich unverständlich und deshalb auch nicht praktikabel. Sie sollte in Zukunft fallengelassen werden.

V. Die Rechtsprechung

1. Übersicht

In der höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Werkeigentümerhaftpflicht wird über die Jahrzehnte, jedenfalls in Umrissen, eine Entwicklung in drei Phasen erkennbar. Am Ausgangspunkt steht eine *strikte Haftung*, welche am formalen Kriterium des Werkmangels anknüpft. Im Anschluss an die Lehre von ANDREAS VON TUHR wird die Werkeigentümerhaftung als Ge-

¹⁵ Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts (FN 13), 291.

¹⁶ Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts (FN 13), 291.

¹⁷ Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts (FN 13), 286 und 291.

¹⁸ OFTINGER (FN 1), Bd. II/1, 156.

fährdungshaftung verstanden¹⁹. In einer zweiten Phase wird unter dem Einfluss der Theorie von KARL OFTINGER das materielle Element der *Sorgfaltspflichtverletzung* für die Anknüpfung der Haftung in den Vordergrund gerückt. Damit verbunden ist eine Differenzierung der Tatbestände und eine Relativierung der Haftung. Beide Gelehrten übten zu ihrer Zeit einen massgeblichen Einfluss auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts aus. In einer dritten Phase entwickelt sich die Werkeigentümerhaftung in Anlehnung an das Produkthaftpflichtgesetz, welches eine Haftung für mangelhafte bewegliche Sachen statuiert, zu einer allgemeinen *Haftung für Sachmängel* bei künstlich hergestellten, unbeweglichen Gegenständen.

2. Strikte Haftung

Die Durchsicht der früheren Rechtsprechung zu Art. 58 Abs. 1 OR bestätigt den Eindruck, das Bundesgericht habe die Bestimmung zunächst in einem eher technischen und dementsprechend strikten Sinne verstanden. Das Gericht hat sich im Rahmen der Rechtsanwendung eine Vorstellung darüber gebildet, wie ein Werk, z.B. ein Schwimmbad, eingerichtet und ausgerüstet sein sollte. Das Fehlen von für die Sicherheit der Benutzer notwendigen Einrichtungen wurde als *Werkmangel* qualifiziert, was ohne weiteres die Haftung des Werkeigentümers nach sich zog²⁰. Bestand bezüglich der Mangelhaftigkeit des Werks Unklarheit, hat das Gericht im Rahmen der freien Beweiswürdigung gelegentlich von der eingetretenen Schädigung den Schluss auf den mangelhaften Zustand des Werks gezogen²¹. So hat das Bundesgericht im Entscheid BGE 63 II 95 einen Werkeigentümer als haftbar erklärt, weil er nicht darzutun vermochte, „que l'état défectueux ne résulte pas d'un vice de construction ou d'un défaut d'entretien“ (Seite 101).

Im Entscheid BGE 60 II 341 ff. ging es um die Mieterin in einem Mehrfamilienhaus, welche im Treppenhaus gestürzt war, weil im zweiten Stockwerk eine Glühbirne der Treppenhausbeleuchtung ausgebrannt war. Wohl gehört es zum ordnungsgemässen Unterhalt eines Miethauses, dass die einzelnen Gebäudeteile periodisch überprüft und aufgetretene Mängel behoben

¹⁹ ANDREAS VON TUHR, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 1. Halbbd., Zürich 1924, 360 ff.; ebenso VON TUHR/SIEGWART, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 1. Halbbd., 2. Aufl., Zürich 1942, 389 ff. und VON TUHR/PETER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I, 456 ff.; Art. 58 Abs. 1 OR geht auf Art. 67 Satz 1 des alten OR von 1881 zurück. In der Botschaft des Bundesrates zum ZGB/OR vom 3. März 1905, 17, wird vermerkt, dass die Haftung für Tier(?) und Werk Schaden dem Grundgedanken der Gefährdungshaftung entsprungen sei.

²⁰ BGE 64 II 198.

²¹ ANTON K. SCHNYDER, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I: Art. 1-529 OR, hrsg. von HEINRICH HONSELL/NEDIM PETER VOGT/WOLFGANG WIEGAND, 3. Aufl., Basel/Genf/München 2003, Art. 58 N 19; OFTINGER/STARK (FN 1), Bd. II/1, 214.

werden. Insbesondere in kleinen Mietobjekten kann jedoch nicht erwartet werden, dass ständig ein Hauswart anwesend ist. Eine sofortige Behebung des Mangels war dem Hauseigentümer infolgedessen nicht zumutbar²². Obwohl von einem mangelhaften Unterhalt nicht gesprochen werden konnte, hat das Gericht die Haftung des Hauseigentümers richtigerweise bejaht. Denn Werke schaffen „aus sich selbst heraus“ gefährliche Situationen²³, für welche der Eigentümer, der aus der Bewirtschaftung des Werks einen Gewinn erzielt, einstehen soll. Damit gerät die Werkeigentümerhaftung in den Regelungsbereich der Gefährdungshaftungen. Ein Tor in diese Richtung wird durch den Lehrsatz aufgestossen, dass in den gewöhnlichen Kausalhaftungen eine Haftung für Zufall eingeschlossen sei²⁴. Allerdings vermag nicht recht zu überzeugen, weshalb das Ausbrennen einer Glühlampe (Seite 344) auf einem Zufall beruhen soll, musste doch mit dem Eintritt des Ereignisses früher oder später gerechnet werden. Ein weiteres Tor in Richtung Gefährdungshaftung öffnet die Regel, dass bei der Werkeigentümerhaftung grobes Drittverschulden nicht von der Haftung befreie²⁵. Für den Transport eines sperrigen Gegenstandes in einem Miethaus veranlasste ein Mieter die Demontage eines Teils des Treppengeländers, was zum Sturz und zur Verletzung eines Hausbewohners führte (BGE 69 II 394). Auf Seite 398 des Entscheids erklärt das Bundesgericht mit unmissverständlicher Deutlichkeit, die Haftung gemäss Art. 58 OR sei „rein kausal“, und fährt fort, der Werkeigentümer habe für den *mangelhaften Zustand als solchen* einzustehen, nicht bloss für ein Verhalten, auf das allfällig dieser Zustand zurückzuführen sei.

Allerdings hat das Bundesgericht bereits in früheren Urteilen (z.B. in BGE 66 II 109) die Auffassung vertreten, dass die grundsätzliche Pflicht des Eigentümers, für einen einwandfreien Zustand des Werks besorgt zu sein, nicht unbegrenzt sei (Seite 111). Eine Verpflichtung zur Behebung von „*untergeordneten Mängeln*“, wie z.B. abgetretenen Türschwellen oder ausgetretenen Treppenstufen, wie sie im Laufe der Zeit bei jedem Gebäude notwendigerweise auftreten, würde vor allem bei älteren Häusern zu einer unerträglichen Belastung des Eigentümers führen (Seite 112). Dies gelte jedoch nicht für öffentliche und andere allgemein zugängliche

²² ROLAND BREHM, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Bd. VI, 1. Abt., 3. Teilbd., 1. Unterteilbd.: Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, hrsg. von HEINZ HAUSHEER, 2. Aufl., Bern 1998, Art. 58 N 57.

²³ OFTINGER/STARK (FN 1), Bd. II/1, 169.

²⁴ BREHM (FN 22), Art. 58 N 100; OFTINGER/STARK (FN 1), 201.

²⁵ Es handelt sich um eine umstrittene Frage, bei der besonders deutlich wird, dass über die Tragweite der Werkeigentümerhaftung keine Klarheit herrscht; vgl. den Stand der Lehre mit einem differenzierten Lösungsvorschlag bei BREHM (FN 22), Art. 58 N 101.

Orte, wo jedermann davon ausgehen könne, es sei keinerlei Gefahr vorhanden (Seite 113). So ist ein Boden in der Schalterhalle einer Bank, welcher aus harten, polierten und infolgedessen schlüpfrigen Steinplatten bestand, als mangelhaft angelegt befunden worden (BGE 88 II 417).

3. Relativierung der Haftung

Später kam das Bundesgericht zur Einsicht, dass das *konkrete Verhalten* des Werkeigentümers bei der Rechtsanwendung stärker zu gewichten sei. Damit verbunden war eine spürbare Entschärfung der Haftung. So hat das Bundesgericht in einem Urteil vom 23.1.1989 entschieden, dass die Gemeinde Turtmann als Eigentümerin einer defekten Wasserleitung nicht hafte, wenn ein Dritter unbefugterweise die Leitung öffne, was zur Folge hatte, dass eine neu bepflanzte Rebparzelle überschwemmt wurde. Das Gericht begründete sein Urteil mit der Erfüllung der Sorgfaltspflicht durch die Gemeinde, die an der defekten Stelle der Leitung eine Tafel angebracht hatte, welche die Benützung des Werks untersagte²⁶. PETER GAUCH hat dieses Urteil mit dem Hinweis kritisiert, die Werkeigentümerhaftung schliesse als Kausalhaftung die Haftpflicht für das Verschulden eines Dritten auch dann ein, wenn dieser sich am mangelhaften Werk unbefugterweise zu schaffen macht²⁷.

Die Erfüllung der Sorgfaltspflichten durch den Eigentümer unter Einbezug der Pflicht des Werkbenutzers zur Vorsicht wird vom Bundesgericht bei der Entscheidungsfindung in den Mittelpunkt gerückt. Der Werkeigentümer muss zur Behebung der Mängel Vorkehrungen in dem Umfang treffen, als sie in einem vernünftigen Verhältnis zum *Zweck des Werks*, zum *Schutzinteresse der Benützer* und zur *wirtschaftlichen Bedeutung des Werks* stehen²⁸. Sodann müssen die Aufwendungen in finanzieller Hinsicht *zumutbar* sein. Im Entscheid BGE 81 II 450 kam das Bundesgericht bezüglich einer neu eingestellten Wäscherin, welche im nicht beleuchteten Flur des Hauses ihres Arbeitgebers die falsche Türe erwischte und die gefährliche Kellertreppe hinunterstürzte zum Schluss, dass von einer mangelhaften Einrichtung des Privathauses nicht die Rede sein könne. Berücksichtigt man, dass der Hauseigentümer im Gebäude ein Gewerbe mit Publikumsbesuch betrieb, kann von einem erstaunlich milden Urteil gesprochen werden.

²⁶ RVJ 1989, 189 ff.

²⁷ PETER GAUCH, Baurecht 1990, 51.

²⁸ BREHM (FN 22), Art. 58 N 58.

Für die Anforderungen an den *Unterhalt von Strassen* hat das Bundesgericht eine besondere Praxis entwickelt, nach welcher die Zumutbarkeit des Unterhalts weniger weit geht als bei anderen Werken²⁹. In früheren Entscheiden hat das Gericht noch darauf hingewiesen, es könne vom Gemeinwesen verlangt werden, die Strassen in zweckentsprechendem Zustand zu erhalten und jene Massnahmen zu treffen, die für die Sicherheit des Verkehrs erforderlich sind (BGE 49 II 260). Die Unterhaltspflicht beziehe sich darauf, die Strassen in einem solchen Zustand zu erhalten, dass sie für den Verkehr, dem sie gewidmet sind, genügende Sicherheit bieten (BGE 72 II 201). Inzwischen ist die *finanzielle Lage des Gemeinwesens* zum zentralen Kriterium für die Zumutbarkeit von Massnahmen zur Behebung von Strassenmängeln geworden³⁰. Im Strassenverkehr gilt demzufolge der Grundsatz, dass sich der Verkehr den Strassenverhältnissen unterzuordnen habe und nicht umgekehrt³¹. Der Fahrzeuglenker hat namentlich die Geschwindigkeit seines Motorfahrzeugs den Strassenverhältnissen und den weiteren Umständen anzupassen³².

4. Verschärfung der Haftung

In den letzten Jahren macht sich in der Rechtsprechung wieder eine *Verschärfung der Haftung* bemerkbar. Es werden bezüglich der Sicherheit von allgemein zugänglichen Bauten und Anlagen zunehmend die im Ausland üblichen Standards auf die Schweiz übertragen. Die schwierigen topografischen Verhältnisse, die bei Bauten zu einer Häufung von Tritten führen, die umfangreiche, das Erscheinungsbild unseres Landes prägende historische Bausubstanz sowie die hohen Anforderungen an die Freilegung der Verkehrsflächen von Schnee und Eis, können je länger desto weniger als Argumente für eine Haftungsbeschränkung ins Feld geführt werden³³. So hat das Bundesgericht bezüglich des Vorraums von Toiletten im Untergeschoss eines Hotels festgehalten, dass Treppenstufen als unfallträchtige Stellen so gekennzeichnet werden müssen, dass sie auch bei einem bloss flüchtigen Blick auf den Boden zu erkennen sind (BGE 117 II 399).

²⁹ BREHM (FN 22), Art. 58 N 191 und KELLER (FN 1), 192.

³⁰ BREHM (FN 22), Art. 58 N 175 (mit Nachweisen).

³¹ BGE 129 III 67; BREHM (FN 22), Art. 58 N 172 (mit Nachweisen).

³² Art. 31 Abs. 1 und 32 Abs. 2 SVG.

³³ Beschleunigt wird dieser Prozess durch die Gesetzgebung: Vgl. z.B. das Bundesgesetz vom 13. Dezember 2002 über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen (Behindertengleichstellungsgesetz, BehiG), SR 151.3.

Der Werkeigentümer darf sich nicht mehr damit zufrieden geben, den bestimmungsgemässen, vernünftigen Gebrauch des Werks für den Benutzer sicherzustellen. Er muss zusätzlich dafür besorgt sein, dass Gefahrenquellen, welche zu einem *bestimmungswidrigen Gebrauch* verführen, ausgeschaltet werden³⁴. Das gilt namentlich dann, wenn Kinder und Jugendliche Zutritt zu einer Anlage haben. Jedem Menschen, der sich gelegentlich in ein öffentliches Schwimmbad begibt, ist bekannt, dass die Bassins an verschiedenen Stellen verschiedene Tiefen aufweisen, und dass es deshalb unverantwortlich ist, ohne vorgängige Inspektion kopfvoran in ein Bassin zu springen. Das Bundesgericht befand, dass der Eigentümer des Schwimmbads aufgrund der Konzeption der Anlage als „Plausch- und Vergnügungsbad“ mit einem übermütigen, unvernünftigen, von der ursprünglichen Zweckbestimmung des Werks abweichenden Verhalten insbesondere bei jugendlichen Benutzern rechnen müsse. Der Werkeigentümer wäre verpflichtet gewesen, in den kritischen Bereichen des Bades Abschränkungen anzubringen und Verbotstafeln aufzustellen (BGE 116 II 422). In einem weiteren Fall hat das Bundesgericht festgehalten, dass der Werkeigentümer dafür zu sorgen habe, dass auch zerstreute, unaufmerksame oder abgelenkte Personen vor Schäden geschützt werden. Nach den Feststellungen des Gerichts herrschte zur Zeit des Unfalls in der Innenstadt von Liestal eine aussergewöhnliche Wetterlage. Ein Angestellter des Gebäudeeigentümers hat, bevor das betreffende Geschäft geöffnet wurde, vor der Eingangstür das Eis weggepickelt und Salz gestreut. Später hat er die kritische Stelle nochmals mit Salz bearbeitet. Infolge der Sonneneinwirkung ist jedoch vom schneebedeckten Dach des Gebäudes dauernd Wasser getropft, das am Boden wieder gefror. Ein Kunde stürzte auf der Eisschicht (BGE 118 II 36). Das Bundesgericht berief sich in der Urteilsbegründung eigenartigerweise nicht auf die Haftung des Werkeigentümers für Zufall, was nahegelegen hätte, kann doch die Eisbildung als ein geradezu typisches, vom menschlichen Verhalten unabhängiges Ereignis bezeichnet werden. Im Gegenteil warf das Bundesgericht dem Werkeigentümer vor, die Rutschgefahr nicht durch das Legen eines Teppichs beseitigt oder zumindest die Ladenbesucher mit einem Warnschild auf die Gefahr aufmerksam gemacht zu haben. Mit Recht wurden die vom Gericht monierten Vorkehrungen als wenig tauglich kritisiert³⁵. Ein Teppich vermag die Eisbildung nicht zu verhindern und Warntafeln gehen in der Informationsflut, welcher der moderne Mensch ausgesetzt ist, allzu oft unter. Im kürzlich ergangenen Ent-

³⁴ Noch in BGE 94 II 153 ist u.a. zu lesen, das Werk habe „einem bestimmungswidrigen Gebrauch nicht gewachsen zu sein“.

³⁵ PETER BECK, Sicherungspflichten eines Werkeigentümers im Winter, Schweizerische Versicherungszeitschrift 1993, 124 ff.; HEINZ HAUSHEER, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1992, ZBJV 1994, 287 ff.

scheid BGE 129 III 65 hat das Bundesgericht sogar die Verurteilung eines Gemeinwesens als Strasseneigentümer zu einer Schadenersatzleistung an einen Automobilisten geschützt, welcher mit seinem Wagen auf Glatteis ins Rutschen kam und in der Folge mit einem Baum kollidierte. Das Gericht kam zum Schluss, dass die Bildung von Glatteis auf dem betreffenden Strassenabschnitt voraussehbar war und bei richtigem Verhalten des Strassenwärters hätte vermieden werden können. Das Gericht bejahte die Haftung des Gemeinwesens, obwohl sich der Geschädigte wegen übersetzter Geschwindigkeit ein Selbstverschulden anrechnen lassen musste.

VI. Die Werkeigentümerhaftung als allgemeine Sachhaftung

Die Botschaft, welche das Bundesgerichts in den zuletzt erwähnten drei Urteilen vermittelt, lässt an Eindeutigkeit nichts zu wünschen übrig. Die Betreiber von Hotels, Restaurants, Schwimmbädern, Geschäfts- und Warenhäusern und weiteren, der Öffentlichkeit zugänglichen Anlagen sollen ihre Einrichtungen so unterhalten, dass die Besucher nicht verunfallen. Erleidet ein Benutzer einen Personen- oder Sachschaden, so soll der Betreiber dafür aufkommen, unabhängig davon, ob der Benutzer sich werks- bzw. anlagekonform verhalten hat. Eine derart strikte Haftung erscheint hinsichtlich der Grösse der Risiken plausibel und sachlich begründet. Man denke an die achtzig Jahre alte Dame, die infolge ihres Sturzes wahrscheinlich dauernd gehbehindert bleiben wird, oder an den möglicherweise ungenügend versicherten Jugendliche n, der sich nach dem unvernünftigen Sprung ins Wasser mit einer schweren Invalidität auseinandersetzen muss.

Das den angeführten Urteilen zugrundeliegende Haftungsverständnis geht von einer *allgemeinen Haftung für mangelhafte Werke und Anlagen* aus³⁶. Bisher war das Werk mangelhaft, wenn es beim *bestimmungsgemässen Gebrauch* keine genügende Sicherheit bot (BGE 106 II 210) und folglich den Benutzer einer Gefahr aussetzte. Neu kann die Gefährdung auch von einem unvernünftigen Verhalten des Benutzers ausgehen (BGE 116 II 422). Muss der Betreiber mit der missbräuchlichen Benutzung der Anlage rechnen, so haftet er für einen allfälligen Schaden, sofern er trotz erkennbarer Gefahr keine Schutzmassnahmen getroffen hat, um die Benutzer von einem *bestimmungswidrigen Gebrauch* der Anlage abzuhalten. Die Analogie zu

³⁶ KELLER (FN 1), 50.

Art. 4 Abs. 1 lit. b des Produkthaftungspflichtgesetzes liegt auf der Hand³⁷. Nach dieser Bestimmung wird, was die Sicherheitsanforderungen an ein Produkt angeht, u.a. auf den Gebrauch abgestellt, „mit dem vernünftigerweise gerechnet werden kann“. Haftungsbegründende Ursache ist nicht mehr das unsorgfältige Verhalten des Produzenten, sondern das Abweichen des Produkts und in Analogie dazu auch des Werks von objektiven technischen Standards³⁸. Damit ist der Übergang von der „Haftung für Fehlverhalten“ zur „Haftung für Gefahren“ vollzogen.

Richtet man den Blick auf die privatrechtliche Haftungsordnung insgesamt, so ergänzt die Werkeigentümerhaftung als eine Kausalhaftung auf sinnvolle Art und Weise die Produkthaftungspflicht. Beide Haftungen knüpfen an die Benutzung von *fehlerhaften*, vom Menschen hergestellte Gegenstände an³⁹; und in beiden Fällen handelt es sich um die Haftung für bearbeitete und damit um in einem weitesten Sinne „technische Gegenstände“. Für *mangelhafte bewegliche Gegenstände* haftet nach dem Produkthaftungspflichtgesetz die Herstellerin bzw. die Lieferantin, für die *mangelhaften unbeweglichen Gegenstände* nach Art. 58 Abs. 1 OR die Eigentümerin des Werks.

Man könnte in Analogie zum Produkthaftungspflichtgesetz noch einen Schritt weitergehen und in einem noch strikteren Sinne in die Werkeigentümerhaftung eine „Haftung für Fehlritte“ einschliessen. Diese käme z.B. dann zum Zug, wenn der Benutzer eines Gebäudes durch eine „unkoordinierte Bewegung“ aus dem Tritt gerät bzw. einen Tritt verfehlt und sich dabei verletzt. Einer „Haftung für Fehlritte“ bei der Werkeigentümerhaftung würde die „Haftung für Ausreisser“⁴⁰ bei der Produkthaftungspflicht entsprechen. VITO ROBERTO zählt die Produkthaftungspflicht zu den gewöhnlichen Kausalhaftungen, anerkennt bei ihr aber wegen der „Haftung für Ausreisser“ ein besonderes Gefährdungselement, während HEINRICH HONSELL die Produkthaftungspflicht direkt unter die Gefährdungshaftungen einreihet⁴¹.

Die bisherigen Darlegungen führen uns zur Erkenntnis, dass eine Treppe mit einer Vielzahl unterschiedlich hoher Stufen von der Haftung für ausserordentlich grobes Verschulden über die verschiedenen Spielarten von Sorgfaltspflichtverletzung und Mängelhaftungen bis zur scharfen Betriebshaftung reicht, bei welcher der Betreiber der Anlage immer dann haftet, wenn im Ein-

³⁷ Vgl. den diesbezüglichen Hinweis von PETER GAUCH, Baurecht 1996, 120 f.

³⁸ URS CH. NEF, Obligationenrecht für Ingenieure und Architekten, 3. Aufl., Zürich 2000, 235.

³⁹ WALTER FELLMANN/GABRIELLE VON BÜREN-VON MOOS, Grundriss der Produkthaftungspflicht, Bern 1993, 64.

⁴⁰ Vgl. zu diesem Begriff FELLMANN/VON BÜREN-VON MOOS (FN 39), 81; HANS-JOACHIM HESS, Kommentar zum Produkthaftungspflichtgesetz, 2. Aufl., Bern 1996, 255.

⁴¹ ROBERTO (FN 10), 12; HONSELL (FN 6), 5.

flussbereich seiner Anlage ein Schaden entsteht. Das Bundesgericht versteht somit Art. 58 Abs. 1 OR als Generalklausel einer Werkeigentümerhaftung, deren Anwendungsbereich je nach Art des Werks das ganze Haftungsspektrum abdeckt. Bei Art. 58 Abs. 1 OR handelt es sich demzufolge um eine die bestehenden dogmatischen Grenzen sprengende Norm. In seinen Begründungen unterlässt es das Gericht jeweils festzuhalten, auf welcher Stufe der Treppe ein bestimmtes Urteil einzureihen ist. Diese offene Praxis ist unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit nicht unbedenklich. Immerhin hat das Gericht im Laufe der Jahre diejenigen Tatbestände, welche einer bestimmten Treppenstufe zugewiesen werden können, in Fallgruppen zusammengefasst. Damit wurden die Trends der Rechtsfortbildung sichtbar gemacht. Bereits früher wurden die Fallgruppen der Privathäuser, öffentlichen Strassen und öffentlichen Gebäude gebildet; hinzu kommt in neuester Zeit die Fallgruppe der Hotels, Restaurants, Schwimmbäder, Geschäfts- und Kaufhäuser, welche im oberen Teil der Treppe, d.h. im Bereich einer strikten Kausalhaftung anzusiedeln ist.

ERNST A. KRAMER hat in seiner luziden Schrift „Juristische Methodenlehre“ auf die bedenklichen wie erwünschten Aspekte von Generalklauseln hingewiesen⁴². Die Generalklausel von Art. 58 Abs. 1 OR hat sich insoweit als fruchtbar erwiesen, als sie den Gerichten erlaubt, in einem Feld nicht voraussehbarer technischer Entwicklungen für in ihrer Gefährlichkeit ganz unterschiedliche Objekte sachgerechte Lösungen zu erzielen.

⁴² ERNST A. KRAMER, *Juristische Methodenlehre*, Bern 1998, 52.

U 051-0736-00 Rechtslehre (GZ und Baurecht)

D-ARCH
Mi 15-17h
HIL E 1

Fall 2

Am 10. Mai 2003 wird die Seilbahn S in F durch die Herstellerfirma R der jährlichen Revision unterzogen. Der Monteur A von R verwendet zur Befestigung des Zugseils an der Kabinenaufhängung nicht die vorgeschriebenen Schrauben. Eine Kabine löst sich vom Zugseil und rast ungebremst talwärts, wo sie auf einen Parkplatz abstürzt. Die Passagiere X, Y und Z werden verletzt. Zwei Autos erleiden Totalschaden.

- A) Welche Schadenersatzansprüche können die Verletzten geltend machen und gegenüber wem?
- B) Steht ihnen allenfalls ein Anspruch auf Genugtuung zu?
- C) Wer kommt gegenüber den Eigentümern E und F der Autos für den Verlust der Fahrzeuge auf?

Lösung Fall 2

1. Literatur

Urs Ch. Nef, Obligationenrecht für Ingenieure und Architekten, 3. Auflage, Zürich 2000, S. 159-225.

2. Anhang

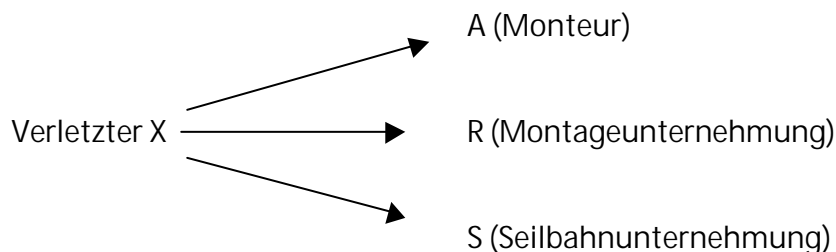
„leading case“ des Bundesgerichtes betreffend Art. 55 OR (BGE 110 II 456, sog. „Schachtrahmenfall“)

3. Problemkreise

- Entstehung von Obligationen
- Verschuldenshaftung
- einfache Kausalhaftungen
- Gefährdungshaftungen
- Haftung mehrerer

4. Theoretische Grundlagen und Lösungsskizze

Wir behandeln die Ansprüche der verletzten Personen, z.B. des Verletzten X. **Grundsätzlich hat der Geschädigte seinen Schaden selber zu tragen.** Er kann ihn nur dann auf andere abwälzen, **wenn eine rechtliche Grundlage dafür besteht** (Vertrag oder Gesetz). Es kommen mehrere Personen in Frage, die für den Schaden des X haften könnten:



A. Entstehung von Obligationen

Als Obligation wird ein Rechtsverhältnis zwischen zwei oder mehreren Personen bezeichnet, das darin besteht, dass die eine Person (Gläubiger) gegenüber der anderen (Schuldner) eine (rechtlich erzwingbare) Forderung hat.

Die drei wichtigsten Entstehungsgründe für Obligationen sind (Nef, S. 34; vgl. Inhaltsverzeichnis zum OR: erster Titel; siehe auch Fall 1):

- **Vertrag (Art. 1 ff. OR)**
- **unerlaubte Handlung (Art. 41 ff. OR)**
- **ungerechtfertigte Bereicherung (Art. 62 ff. OR)**

B. Verschuldenshaftung gemäss Art. 41 OR

Zwischen X und A (und X und R) besteht kein Vertrag. Eine Haftung aus Vertragsverletzung steht deshalb nicht zur Diskussion.

Die Verschuldenshaftung gemäss Art. 41 OR verkörpert den Grundtatbestand der ausservertraglichen Haftung (Haftung aus unerlaubter Handlung). Damit X von A Schadenersatz aus Art. 41 OR fordern kann, müssen folgende Tatbestandselemente erfüllt sein (Nef, S. 162 f.):

- **Schaden**
- **Widerrechtlichkeit**
- **Verschulden (haftungsbegründende Ursache)**
- **natürlicher und adäquater Kausalzusammenhang zwischen dem Verschulden und dem Schaden**

Die Beweislast für alle diese Haftungsvoraussetzungen obliegt dem Geschädigten (X) (Art. 8 ZGB):

Ein Schaden im Rechtssinne ist eine unfreiwillige Vermögensverminderung (siehe auch Fall 1). Der **Schaden** von X besteht einerseits in den entstandenen **Kosten** (Transportkosten zum Spital, Heilungskosten, Reparaturkosten oder Ersatz der Skiausrüstung etc.) und andererseits im **Erwerbsausfall** während der Arbeitsunfähigkeit.

Die **Widerrechtlichkeit** tritt bei der ausservertraglichen Haftung an die Stelle der Vertragsverletzung bei der vertraglichen Haftung. Ein Verhalten ist widerrechtlich, wenn es gegen eine Rechtsnorm verstösst, die den Schutz des verletzten Rechtsgutes zum Zweck hat. Die Verletzung eines **absoluten Rechtsgutes**, wie Leib und Leben, Eigentum oder Besitz, ist immer widerrechtlich (Nef, S. 168 f.; siehe auch Fall 1).

Art. 41 OR setzt als **haftungsbegründende Ursache** ein **Verschulden** voraus (zur Verschuldensdefinition vgl. Fall 1). X hat im vorliegenden Fall nicht **absichtlich**, d.h. mit Wissen und Willen, nicht die vorgeschriebenen Schrauben zur Befestigung des Zugseils an der Kabinenaufhängung verwendet. Ihm ist jedoch **Fahrlässigkeit** vorzuwerfen, weil er nicht die im Verkehr geforderte Sorgfalt angewendet hat. Eine Schraubenverwechslung, welche eine derart gravierende Konsequenzen nach sich ziehen kann, darf ihm nicht unterlaufen. Er hätte die Schraubenwahl genau überprüfen und bei Unsicherheit jemanden beiziehen müssen, der die in diesem Fall vorgesehenen Schrauben kannte. Es wird grundsätzlich zwischen grober und leichter Fahrlässigkeit unterschieden. Eine grobe Fahrlässigkeit liegt vor, wenn jemand elementarste Vorsichtsgebote missachtet. Im vorliegenden Fall müsste man von einer groben Fahrlässigkeit ausgehen („**Wie konnte er nur!**“).

Es bleibt zu prüfen, ob zwischen der Fahrlässigkeit des A und dem Schaden des X **ein natürlicher und ein adäquater Kausalzusammenhang** besteht. Der fahrlässige Rechnungsfehler ist „conditio sine qua non“ für den Unfall und die daraus resultierenden Schäden. Ein derartiger Fehler ist zudem nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet, die in Frage stehenden Schäden herbeizuführen (Adäquanz, vgl. Nef, S. 172 ff.; vgl. auch Fall 1).

A haftet gegenüber dem Verletzten X somit aus unerlaubter Handlung (Art. 41 OR).

C. Einfache Kausalhaftungen

Das Verschuldensprinzip ist ein grundlegendes Prinzip der schweizerischen Rechtsordnung. **Es gibt aber auch Haftungsnormen, bei denen ohne Verschulden gehaftet wird (= Kausalhaftungen).** Auf diese Haftungsart ist im Folgenden einzugehen.

Einschub: R und S sind Unternehmen, welche wahrscheinlich als Aktiengesellschaften (AG) oder Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH) konstituiert sind. Es handelt sich damit um juristische Personen. Menschen sind natürliche Personen (Art. 11 ff. ZGB). Sie sind Träger von Rechten und Pflichten und somit rechtsfähig (z.B. im Gegensatz zu Tieren und Pflanzen). Juristische Personen stellen eine rechtliche Konstruktion dar. Das Gesetz stattet sie mit all jenen Rechten und Pflichten der natürlichen Personen aus, die nicht menschliche Eigenschaften, wie Alter, Geschlecht oder Verwandtschaft voraussetzen (Art. 53 ZGB; Nef, S. 16 f.).

aa) Werkeigentümerhaftung (Art. 58 OR; Nef, S. 192 ff.; siehe diesbezüglich auch Fall 1)

Die **S** haftet als **Werkeigentümerin** gemäss **Art. 58 OR**, wenn folgende Tatbestandselemente erfüllt sind:

- **Werk**
- **Schaden**
- **Widerrechtlichkeit**
- **Werkmangel (haftungsbegründende Ursache)**
- **natürlicher und adäquater Kausalzusammenhang zwischen dem Werkmangel und dem Schaden**

Ein **Werk** im Sinne von Art 58 OR ist gemäss Rechtsprechung ein künstlich erstelltes, mit dem Boden verbundenes und auf eine gewisse Dauer angelegtes Gebilde. Eine Seilbahn entspricht dieser Definition. Der Werkbegriff gemäss Werkeigentümerhaftung (Art. 58 OR) ist vom Werk im Sinne des Werkvertrages (Art. 363 OR, „Erfolg“) zu unterscheiden (zum Werkbegriff beim Werkvertrag, vgl. Fall 3).

Bei der Werkeigentümerhaftung handelt es sich um eine **einfache Kausalhaftung**. Haftungsbegründende Ursache ist somit nicht ein Verschulden, sondern nur eine **Ordnungswidrigkeit**, bei Art. 58 OR ein **Werkmangel**. Ein Werkmangel liegt vor, wenn das Werk bei bestimmungsgemäsem Gebrauch nicht genügend Sicherheit bietet. Das ist hier der Fall.

Die S haftet dem Verletzten X damit aus Werkeigentümerhaftung (Art. 58 OR).

bb) Geschäftsherrenhaftung (Art. 55 OR; Nef, S. 187 ff.; siehe auch unten BGE 110 II 456)

Die R haftet als **Geschäftsherrin** für den Schaden, den ihr Monteur verursacht hat, **wenn die Voraussetzungen von Art. 55 OR erfüllt sind:**

- **Schaden**
- **Widerrechtlichkeit**
- **Subordinationsverhältnis** zwischen dem Geschäftsherrn und der Hilfsperson
- Die Hilfsperson verursachte den Schaden **in Ausübung ihrer geschäftlichen und dienstlichen** Verrichtungen
- **Sorgfaltspflichtverletzung (haftungsbegründende Ursache)**
- **natürlicher und adäquater Kausalzusammenhang** zwischen der Sorgfaltspflichtverletzung und dem Schaden

Bei der Geschäftsherrenhaftung liegt die Ordnungswidrigkeit in einer **Sorgfaltspflichtverletzung**. Der Geschäftsherr haftet, wenn er nicht beweisen kann, dass er bei der **Auswahl, Instruktion und Überwachung** seiner Hilfspersonen, sowie bei der **Arbeitsorganisation** genügend sorgfältig gehandelt hat (Sorgfaltsbeweis). **Das Bundesgericht ist bei der Beurteilung der nötigen Sorgfalt sehr streng (vgl. Anhang; BGE 110 II 456).**

Damit die Geschäftsherrenhaftung zur Anwendung kommt, muss zwischen dem Geschäftsherrn und der Hilfsperson ein Subordinationsverhältnis bestehen. Kann der Geschäftsherr keine Anweisungen erteilen, so hat er es auch nicht in der Hand den Schadensfall zu verhindern. Er soll dann auch nicht haften.

Der A wird im vorliegenden Fall für R tätig, denn er wirkt bei der Erfüllung der von R übernommenen vertraglichen Verpflichtungen gegenüber S mit. A tut dies sodann infolge seiner Eingliederung als Arbeitnehmer im Betrieb des R. Zwischen R und A besteht somit ein Subordinationsverhältnis. R steht im Weiteren gemäss Art. 55 OR der Entlastungsbeweis offen. Dieser ist dann als gelungen zu betrachten, wenn R nachweisen kann, dass er den A ordnungsgemäss ausgewählt, richtig instruiert und regelmässig überwacht hat. A hat fahrlässig einen sehr groben technischen Fehler begangen. Dies spricht gegen eine ordnungsgemässe Gestaltung des Betriebes von R, weshalb ihm der Entlastungsbeweis nicht gelingen wird.

Fazit: R haftet dem Verletzten X aus Geschäftsherrenhaftung (Art. 55 OR)

cc) Produkthaftung nach PrHG (Nef, S. 197 ff.)

Haftet der **R** als **Hersteller** der Seilbahn auch aufgrund des **Produkthaftpflichtgesetzes**? Der Hersteller haftet gemäss Art. 1 ff. des Produkthaftpflichtgesetzes (PrHG), wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind:

- **Schaden an Personen oder Sachen**, die zum privaten Gebrauch bestimmt sind und genutzt werden (damit ist auch die Widerrechtlichkeit immer gegeben)
- Beim fehlerhaften Produkt handelt es sich um eine **bewegliche Sache**. Sie kann jedoch Teil einer unbeweglichen Sache bilden. Für Dienstleistungen kommt die Produkthaftung nicht in Frage.
- **Fehlerhaftes Produkt (haftungsbegründende Ursache)**
- **natürlicher und adäquater Kausalzusammenhang** zwischen dem Produktfehler und dem Schaden

Der Hersteller haftet dem Geschädigten direkt für seinen Schaden, auch wenn zwischen ihnen kein Vertrag besteht (ausservertragliche Haftung). Die Produkthaftung ist im Lichte des Konsumentenschutzes zu sehen. Es ist jedoch fraglich, ob sie auch im vorliegenden Fall Anwendung findet, da eine Seilbahn nicht als bewegliche Sache qualifiziert werden kann. Zudem wäre zu diskutieren, ob das Produkt überhaupt fehlerhaft war.

Immerhin wurden an der Kabinenaufhängung nicht vorgeschriebene Schrauben verwendet.

D. Gefährdungshaftungen (Nef, S. 200 ff.)

Neben den einfachen Kausalhaftungen, bei denen kein Verschulden aber doch eine Ordnungswidrigkeit (Werkmangel, Sorgfaltspflichtverletzung, fehlerhaftes Produkt) vorliegen muss, gibt es auch scharfe Kausalhaftungen (Gefährdungshaftungen). **Das Gesetz sieht Gefährdungshaftungen für Betriebe oder Anlagen vor, von denen naturgemäss eine grosse Gefährdung für die Umwelt ausgeht; sei es, dass sie dazu neigen sehr häufig Schadensfälle zu produzieren (Motorfahrzeuge), sei es, dass sie selten, dann aber sehr grosse Schäden verursachen (Atomkraftwerke, Flugzeuge, Eisenbahn usw.).** Derart gefährliche Einrichtungen müsste der Gesetzgeber eigentlich verbieten. Der Betrieb solcher Anlagen kann andererseits auch Nutzen bringen. **Mit der Gefährdungshaftung soll sichergestellt werden, dass dann, wenn sich die Gefahr manifestiert, die Geschädigten den Schaden ersetzt bekommen.** Diejenige Person, welche den Nutzen aus einer gefährlichen Anlage zieht, soll also für alle Schäden einstehen, die der Betrieb der Anlage mit sich bringt.

Haftungsbegründende Ursache ist einzig und allein der Betrieb der Anlage. Es ist weder ein Verschulden noch eine Ordnungswidrigkeit vorausgesetzt.

Konzessionspflichtige Seilbahnen fallen unter die Gefährdungshaftung des Eisenbahnhaftpflichtgesetzes. Dieses Gesetz stellt nach herrschender Lehre ein Spezialgesetz dar, welches alle Ansprüche aus Vertrag (hier Transportvertrag gemäss Art. 394 OR) und Delikt verdrängt. **S** haftet dem Geschädigten X als **Betreiber** einer Seilbahn nach Art. 5 Abs. 1 PBG (Bundesgesetz über die Personenbeförderung und die Zulassung als Strassentransportunternehmung) i.V.m. Art. 1 Abs. 1 EHG (Bundesgesetz betreffend die Haftpflicht der Eisenbahn- und Dampfschiffahrtsunternehmungen und der Post), wenn folgenden Voraussetzungen erfüllt sind:

- **Schaden** aus Tötung oder Verletzung eines Menschen (Personenschaden, Art. 1 f. EHG) oder Sachschaden (im Rahmen von Art. 11 EHG)

- **Widerrechtlichkeit** (Wobei zu beachten ist, dass Personen- oder Sachschäden immer widerrechtlich sind)
- **Betrieb der Seilbahn (haftungsbegründende Ursache)**
- **natürlicher und adäquater Kausalzusammenhang** zwischen dem Betrieb der Seilbahn und dem Schaden

Fazit: Alle Voraussetzungen sind im vorliegenden Fall erfüllt. X kann gegen S seinen Schaden deshalb grundsätzlich sowohl aus Werkeigentümerhaftung als auch aus der Gefährdungshaftung nach EHG vorgehen. Das EHG verdrängt indessen als Spezialgesetz die Werkeigentümerhaftung.

Weiteres Beispiel für eine scharfe Kausalhaftung (Gefährdungshaftung): Motorfahrzeughalterhaftpflicht (Art. 58 SVG).

E. Haftung aus Transportvertrag

Zwischen dem Verletzten X und der S besteht zudem ein Vertrag (Transportvertrag). Es wäre demnach zu prüfen, ob die S auch aus Vertrag (Art. 97 OR) haftbar gemacht werden kann. Art. 97 OR verkörpert eine Verschuldenshaftung mit Beweislastumkehr (Nef, S. 121 oben).

Die S trifft indessen kein Verschulden, da von ihr nicht erwartet wird, dass sie die Schraubenwahl eines Angestellten der spezialisierten Revisionsunternehmung R überprüft. Im Übrigen werden hier aber ohnehin vertragliche Ansprüche durch das Eisenbahnhaftpflichtgesetz als Spezialgesetz verdrängt.

F. Genugtuungsansprüche von X

Schadenersatz und Genugtuung sind stets streng auseinander zuhalten: Im Gegensatz zum Schadenersatz, welcher als finanzieller Ausgleich einer ungewollten Vermögensverminderung definiert werden kann, ist die Genugtuung finanzieller Ausgleich von physischem und seelischem Leid. **Mit der Genugtuung soll somit eine erlittene immaterielle Unbill ausgeglichen werden.** Diese kann in Zusammenhang mit Tod, Körperverlet-

zung oder einer schweren Persönlichkeitsverletzung neben der wirtschaftlich messbaren Vermögensverminderung resultieren und beruht immer auf einer Verletzung der Persönlichkeit (Nef, S. 221 f.). Grundlage des Genugtuungsanspruchs bei einer Körperverletzung ist **Art. 47 OR**. Anspruchsberechtigt ist der Verletzte. **Für die erfolgreiche Geltendmachung des Genugtuungsanspruches nach Art. 47 OR sind folgende Voraussetzungen erforderlich (Nef, S. 223 f.):**

- **Immaterielle Unbill**; diese kann etwa körperliche Schmerzen, seelisches Leid und verminderte Lebensfreude umfassen;
- **Widerrechtliche Verletzung**; die Verletzung der körperlichen Integrität als absolutes Recht ist stets widerrechtlich;
- **Adäquater Kausalzusammenhang**; vgl. dazu die Ausführungen vorne;
- **Haftungsbegründende Ursache**; bei der Verschuldenshaftung muss ein Verschulden des Verletzers vorliegen, währenddem bei Kausalhaftungen auch ohne zusätzliches Verschulden des Verletzers eine Genugtuung zugesprochen werden kann.

Vorliegend hat X durch den Seilbahnunfall eine immaterielle Unbill (körperliche Schmerzen, ev. auch seelisches Leid) erlitten. Da gemäss vorstehenden Ausführungen auch die Widerrechtlichkeit, der adäquate Kausalzusammenhang sowie die haftungsbegründende Ursache (Verschulden) gegeben sind, hat X grundsätzlich einen Anspruch auf Genugtuung aus Art. 47 OR, zumindest gegen A. Allerdings werden von der derzeitigen Rechtsprechung hohe Anforderungen an die "Schwere" der Verletzung (Art. 49 Abs. 2 OR) gestellt (vgl. dazu die Fallgruppen und Beispiele bei Nef, S. 224 f.). Denkbar wäre auch ein Genugtuungsanspruch von A gegen die S. Allerdings dürfte ein solcher Anspruch schon deshalb gänzlich abzulehnen sein, weil das Fehlverhalten der S, welches zum Werkmangel führte – unter Berücksichtigung der gesamten Umstände und im Vergleich zum Verhalten von A – , nicht als ähnlich gravierend zu qualifizieren ist.

G. Haftung von mehreren Personen

aa) Theorie (vgl. Nef, S. 216-219; zudem Fall 3)

Bestehen Haftungsansprüche des Geschädigten gegen mehrere Haftpflichtige, stellt sich das Problem, gegen wen der Geschädigte vorgehen kann und wer den Schaden endgültig zu tragen hat.

Im **Aussenverhältnis**, d.h. dem Verhältnis zwischen dem Geschädigten und den Haftpflichtigen, gilt das **Prinzip der Solidarität**: Alle Haftpflichtigen haften solidarisch für den ganzen Schaden, d.h. der Geschädigte kann von jedem Einzelnen den Ersatz des ganzen Schadens fordern. Hat der Geschädigte jedoch den Schaden von einem Schädiger ersetzt erhalten, so erlöschen seine Forderungen auch gegenüber den übrigen Schädigern, der Schaden wird m.a.W. nur einmal ersetzt.

Hat ein Schädiger dem Geschädigten den ganzen Schaden ersetzt, bedeutet das noch nicht, dass dieser den Schaden endgültig allein zu tragen hat. Unter Umständen kann er auf einen oder mehrere Mitschädiger Regress nehmen. Das Verhältnis zwischen den Schädigern nennt man **Innenverhältnis**. Gemäss der **Kaskadenordnung** von Art. 51 Abs. 2 OR trägt dabei in erster Linie derjenige den Schaden, der ihn durch unerlaubte Handlung (ausservertragliche Verschuldenshaftung, Art. 41 OR) verschuldet hat, in zweiter Linie der aus Vertrag Haftende und in letzter Linie derjenige, welcher allein nach Gesetzesvorschrift (insbesondere aufgrund einer Kausalhaftung) haftbar ist. Der Richter hat nach seinem Ermessen zu bestimmen, inwieweit die verschiedenen Schädiger Regress gegeneinander nehmen können (Art. 50 Abs. 2 OR).

bb) Falllösung

Dem Geschädigten X stehen mehrere Haftpflichtige gegenüber. Sie haften aus verschiedenen Rechtsgründen:

- A aus Verschulden, Art. 41 OR
- R aus einfacher Kausalhaftung, Art. 55
- S aus scharfer Kausalhaftung, Art. 11 EHG

Es besteht folgende Rechtslage:

Im Aussenverhältnis herrscht Solidarität. Der Geschädigte X kann wählen, von wem er den ganzen Schaden ersetzt haben will.

Im Innenverhältnis wird die Haftung für den Schaden gemäss der Kaskade in Art. 51 OR aufgeteilt. Die Haftpflichtigen tragen den Schaden in folgender Reihenfolge:

1. Der aus Verschulden Haftende
2. Der aus Vertrag Haftende

3. Der aus Kausalhaftung Haftende

Die Gerichte weichen teilweise von dieser **in Art. 51 OR statuierten Kaskade** ab. Die interne Schadensverteilung könnte im vorliegenden Fall z.B. wie folgt aussehen:

Der A haftet aus Verschulden (Art. 41). In analoger Anwendung von Art 321 e Abs. 2 i.V.m. 43 OR muss indessen für Arbeitnehmer wie A bei der internen Schadensaufteilung unter den Haftpflichtigen zwingend eine Ermässigung der Schadenersatzpflicht erfolgen. Der Gefährdungshaftpflichtige – in casu S – muss sodann in Konkurrenz mit anderen Haftpflichtigen, welche aus einer einfachen Kausalhaftung oder aus Verschulden haften, einen Teil des Schadens nach Ermessen des Richters vorweg tragen (Nef, S. 219). Da S aufgrund einer scharfen Kausalhaftung (EHG) belangt werden kann, hat er vorweg 25% des Schadens zu übernehmen. Der restliche Schaden von 75% würde danach auf die drei Parteien aufgeteilt. A und R hätten somit eine Schadensquote von je 25% zu tragen. S hätte dem X 50% des Schadens zu ersetzen (25% zuzüglich 25%).

H. Haftung für den Totalschaden der Fahrzeuge von E und F

E und F können ihren Sachschaden – wie X seinen Personenschaden – gegen A, R und S geltend machen.

Art. 11 EHG lautet aber wie folgt:

¹ Die Eisenbahnunternehmung hat auch für Beschädigung, Zerstörung oder Verlust von Gegenständen, die der Betroffene unter seiner eigenen Obhut mit sich führte, Schadenersatz zu leisten, wenn die Beschädigung, die Zerstörung oder der Verlust mit dem Unfall im Zusammenhang steht.

² Abgesehen von diesem Falle ist sie für Beschädigung, Zerstörung oder Verlust von Gegenständen, **die weder als Frachtgut noch als Reisegepäck aufgegeben worden sind, nur dann schadenersatzpflichtig, wenn ihr ein Verschulden nachgewiesen wird.**

Art. 11 Abs. 2 EHG besagt somit, dass nur Personenschäden uneingeschränkt der scharfen Kausalhaftung unterliegen. Diese Bestimmung gilt als überholt und systemwidrig und sollte sobald wie möglich revidiert werden, weil kein Grund dagegen vorliegt, die Bahn für Sachschaden in genau gleicher Weise wie für Körperschaden haften zu lassen (Alfred Keller, Haftpflicht im Privatrecht, Band I, 6. Auflage, Bern 2002, S. 253).

Im vorliegenden Fall würde S somit gemäss Art. 11 EHG nur bei Verschulden für den Totalschaden der Autos auf dem Parkplatz haften. Ein Verschulden der S ist vorliegend nicht auszumachen. Es kann von einer Seilbahnunternehmung wie S nicht verlangt werden, dass sie die Arbeiten der spezialisierten Revisionsunternehmung R überwacht. Auch für die Haftung aus dem obligationenrechtlichen Transportvertrag müsste ein Verschulden der S vorliegen.

E und F müssen somit ihren Sachschaden gegen A und R geltend machen. Ein Vorgehen gegen S verspricht keinen Erfolg.

leading case des Bundesgerichtes betreffend OR 55 (BGE 110 II 456, sog. „Schachtrahmenfall“)

Urteilkopf

BGE 110 II 456

87. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 9. Oktober 1984 i.S. F. gegen H. AG (Berufung)

Inhaltsverzeichnis			
Regeste		Erwägungen	Seiten
- Deutsch	Sachverhalt	Erwägung 1	456 458 459 460
- Français		Erwägung 2	461 462 463 464 465
- Italiano		Erwägung 3	

Seite 456 (BGE_110_II_456)

I. Regeste

Art. 55 OR. Haftung des Geschäftsherrn für Schäden aus Produktmängeln.

1. An den Befreiungsbeweis des Geschäftsherrn sind auch dann erhöhte Anforderungen zu stellen, wenn die Arbeit der Hilfspersonen als solche nicht gefährlich ist, Fehler bei der Herstellung des Produktes aber zu einer Gefahr für Personen, die es bestimmungsgemäss verwenden, führen können (E. 2b).

2. Die vom Geschäftsherrn gemäss **Art. 55 Abs. 1 OR** verlangte Sorgfalt beschränkt sich nicht auf richtige Auswahl, Überwachung und Instruktion der Hilfspersonen, sondern der Geschäftsherr hat darüber hinaus für eine zweckmässige Arbeitsorganisation und nötigenfalls für die Endkontrolle seiner Erzeugnisse zu sorgen, wenn damit eine Schädigung Dritter verhindert werden kann (E. 3a).

3. Ist eine Endkontrolle der Produkte nicht möglich oder unzumutbar, muss der Geschäftsherr eine Konstruktionsart wählen, die Fabrikationsfehler und die sich daraus ergebende Schädigungsgefahr mit hoher Wahrscheinlichkeit ausschliesst (E. 3b).

II. Sachverhalt

A- Christian F., Arbeitnehmer der Baufirma Gebrüder F. & B., erlitt am 14. Oktober 1980 bei Bauarbeiten an der Allmendstrasse in Reutigen einen Unfall. F. war zusammen mit anderen Arbeitern damit beschäftigt, einen 690 kg schweren, exzentrischen Schachtrahmen aus armiertem Beton mit Hilfe eines Baggers hochzuheben und auf dem Schacht anzubringen. Dabei riss eine der

beiden etwa in der Schwerelinie des Rahmens einbetonierten Aufhängeschlaufen aus, worauf der Rahmen herabfiel und den rechten Fuss von F. zerquetschte.

Nach dem Unfall befand sich F. während rund drei Monaten im Spital und war bis 25. Oktober 1981 arbeitsunfähig. Die Unfallverletzungen führten zu einer schweren Deformation des rechten Fusses. F. muss einen speziellen orthopädischen Schuh tragen und ist gehbehindert. Er arbeitet heute wieder bei der gleichen Bauunternehmung als Maschinist, ist aber für manuelle Arbeiten wie zum Beispiel Schaufeln und Pickeln nicht mehr voll einsatzfähig. Die SUVA setzte am 13. Juni 1983 die Erwerbsunfähigkeit von F. auf 30% fest und sprach ihm eine monatliche Invalidenrente von Fr. 606.-- zu. Für die unfallbedingte Arbeitsunfähigkeit zahlte die SUVA ein Krankengeld von 80% des ausgefallenen Lohnes aus.

Im Februar 1983 erhob F. beim Appellationshof des Kantons Bern Klage gegen die H. AG, welche den Schachtrahmen hergestellt hatte. Er verlangte Schadenersatz von rund Fr. 69'000.-- und

Seite 458 (BGE_110_II_456)

eine Genugtuung von Fr. 15'000.--. Zur Begründung der Klage machte er geltend, die Beklagte habe aufgrund von **Art. 55 OR**, weil die Aufhängeschlaufe wegen eines Fehlers bei der Herstellung des Schachtrahmens ausgerissen sei.

Der Appellationshof wies die Klage am 31. August 1983 mit der Begründung ab, die Beklagte habe beweisen können, dass sie alle erforderlichen und zumutbaren Massnahmen getroffen habe, um das Ausreissen der Aufhängeschlaufe zu verhindern.

Der Kläger hat gegen dieses Urteil Berufung eingelegt, die gutgeheissen wird.

III. Erwägungen

Aus den Erwägungen:

Erwägung 1

1.- Die Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz sind, soweit sie im folgenden wiedergegeben werden, von keiner Partei bestritten. Danach stellt die Beklagte verschiedene Arten von Schachtrahmen seit mehr als zwanzig Jahren in Stückzahlen von heute jährlich insgesamt 200 bis 250 her. Für den Herstellungsvorgang bestehen keine schriftlichen Anweisungen. Fabriziert werden die Rahmen von zwei langjährigen und bewährten Arbeitern. Beide gelten als zuverlässig und werden nicht speziell überwacht. Das Vorgehen bei der Rahmenherstellung ist einfach. Zunächst wird in die entsprechende Form eine erste Schicht Beton eingefüllt und eine Lage Armierungseisen eingelegt. Dann werden die vorgefabrizierten Aufhängeschlaufen eingesetzt, die aus acht Millimeter dickem Armierungsstahl von ca. 45 cm Länge bestehen. Die Schlaufen weisen die Form einer unten offenen Acht auf; der obere runde Teil dient als Öse, die mit den zwei unteren Enden im Beton verankert wird. Nach dem Einsetzen der Schlaufen wird eine weitere Schicht Beton eingeschaufelt, die zweite Lage Armierung eingelegt und nochmals Beton eingefüllt, der jedesmal gestampft oder vibriert wird. Dann wird mit einer Schablone eine runde Vertiefung in den Rahmen gepresst, welche für das Einsetzen des eisernen Gussdeckels bestimmt ist. Schliesslich wird der Rahmen nach Erhärtung des Betons, d.h. nach ein bis zwei Tagen, mit einem Hubstapler ins Freie gebracht und auf dem Fabrikgrundstück gelagert.

Seit 1979 oder 1980 wird der unterste Teil der Schlaufenenden in Form von Widerhaken nach oben gebogen. Zudem werden heute bei exzentrischen Schachtrahmen anstelle von zwei Aufhängeschlaufen deren drei eingesetzt. Der Rahmen, welchen die Beklagte

Seite 459 (BGE_110_II_456)

der Firma Gebrüder F. & B. am 1. September 1980 geliefert hatte, war mit zwei Schlaufen ohne Widerhaken versehen. Wann genau und von welchem Arbeiter er hergestellt wurde, ist nicht bekannt.

Dieser Rahmen war rund ein Monat vor dem Unfall von Arbeitern der Firma Gebrüder F. & B. an der Allmendstrasse auf das Schachtrohr aufgesetzt worden. Auch damals hatte ein Bagger den Rahmen an einem durch die Schlaufen gezogenen Seil hochgehoben und auf dem Schachtrohr abgesetzt. Am Tag des Unfalls wurde der Rahmen wieder abgenommen, weil das Schachtrohr verkürzt werden sollte. Für das Durchziehen des Drahtseiles war es notwendig, die Schlaufen etwas hochzubiegen. Der Rahmen wurde dann neben dem Schachtrohr abgesetzt. Nach der Verkürzung des Rohres wurde der Rahmen vom Bagger hochgezogen und über dem Schacht in die richtige Lage gebracht. Dabei stand der Kläger neben dem Rahmen, um beim Richten zu helfen, und während des Absenkens ereignete sich der Unfall.

Auch die Feststellungen des Appellationshofes über die Ursache des Ausreissens der Aufhängeschlaufe sind von beiden Parteien unbestritten. Die Vorinstanz stellte dazu auf ein Gutachten vom 17. Mai 1982, die Aussagen des Gutachters und den Augenschein bei der Beklagten ab. Nach dem Gutachten lagen drei Fabrikationsfehler vor. Erstens war die ausgerissene Schlaufe um ca. 35° verdreht eingesetzt worden, wodurch ein Schlaufenende allein den Grossteil der Last tragen musste; das heisst der Winkel zwischen Betonoberfläche und Schlaufenenden betrug nicht wie normal etwa 55°, sondern für das eine Ende ca. 20° und für das andere ca. 90°. Zweitens waren die Schlaufenenden ungleich lang. Während das eine rund 15 cm mass, wies das andere, beinahe senkrecht im Beton eingesetzte, eine Länge von rund 11 cm auf. Drittens waren die Schlaufenenden nicht vollständig vom Beton umgeben, weil die Schlaufe nicht genügend einvibriert worden war. Diese Fehler waren von aussen nicht zu erkennen. Nach den Aussagen des Gutachters hätte das kürzere Schlaufenende auch allein die Last tragen können, wenn es vollständig von Beton umgeben gewesen wäre. Der Gutachter gab an, die Schlaufe müsse nach dem Einsetzen, während des Härtens des Betons verschoben und nachher der Beton nicht mehr vibriert oder gestampft worden sein. Beim Augenschein stellte der Appellationshof fest, dass eine Schlaufe in diesem Stadium des Herstellungsvorgangs durch ein blosses Anschlagen mit der Pflasterkelle verschoben werden kann. Der Gutachter

Seite 460 (BGE_110_II_456)

hatte sich auch dazu geäussert, ob die Haftung zwischen Beton und Schlaufe durch das Niederdrücken und Wiederaufbiegen der Schlaufe habe geschwächt werden können. Er bezeichnete dies als möglich, aber nicht nachweisbar. Im angefochtenen Urteil wird ausgeführt, das Gutachten enthalte insofern einen Widerspruch, als an einer Stelle eine Schwächung der Haftbrücke zwischen Stahl und Beton grundsätzlich für möglich gehalten werde, an einer anderen Stelle aber festgehalten werde, das Um- und Wiederaufbiegen beanspruche nur den Stahl; nach den Aussagen des Gutachters bei der Befragung müsse die Schwächung jedoch für möglich gehalten werden. Im restlichen Teil des Urteils kommt der Appellationshof nicht mehr auf diese Bemerkung zurück; offenbar weil er die Frage für unerheblich hielt. Die Parteien äussern sich nicht dazu. Unter diesen Umständen muss davon ausgegangen werden, dass eine - nach Feststellung des Gutachters nicht nachweisbare - Schwächung der Haftung zwischen Beton und Schlaufe durch das Niederdrücken und Wiederaufbiegen als Ursache des Ausreissens ausser Betracht fällt.

Erwägung 2

2.- Gemäss **Art. 55 Abs. 1 OR** haftet der Geschäftsherr für den Schaden, den seine Arbeitnehmer oder andere Hilfspersonen in Ausübung ihrer dienstlichen oder geschäftlichen Verpflichtungen verursacht haben, wenn er nicht nachweist, dass er alle nach den Umständen gebotene Sorgfalt zur Schadenverhütung angewendet hat, oder dass der Schaden auch bei Anwendung

dieser Sorgfalt eingetreten wäre. Der Appellationshof weist zutreffend darauf hin, dass es sich dabei um eine Kausalhaftung handelt, die kein Verschulden der Hilfsperson oder des Geschäftsherrn voraussetzt (BGE 97 II 223 mit Hinweisen).

In bezug auf den Befreiungsbeweis hält die Vorinstanz fest, die vom Geschäftsherrn geforderte Sorgfalt werde im allgemeinen in die Trilogie cura in eligendo, instruendo vel custodiendo gegliedert; darüber hinaus könne sich der Geschäftsherr in der Regel nicht befreien, wenn er die Arbeit in seinem Betrieb unzweckmässig organisiert habe, ungeeignetes Material oder Werkzeug zur Verfügung gestellt, die Hilfsperson überanstrengt oder zu Arbeiten angehalten habe, denen sie nicht gewachsen sei oder die schlechthin gefährlich seien, ohne dass er gleichzeitig die im Interesse Dritter erforderlichen Schutzmassnahmen getroffen habe. An den Befreiungsbeweis seien strenge Anforderungen zu stellen, und die geforderte Sorgfalt sei um so grösser, je wichtiger oder gefährlicher die Arbeit der Hilfsperson sei. Vom Geschäftsherrn dürfe aber

Seite 461 (BGE_110_II_456)

nicht Unzumutbares verlangt werden. Gegen diese Ausführungen, die mit Lehre und Rechtsprechung übereinstimmen, bringt der Kläger mit Recht nichts vor.

a) Nach Auffassung des Appellationshofes kann der Beklagten bezüglich Auswahl der Arbeiter, denen die Herstellung der Schachtrahmen übertragen war, kein Vorwurf gemacht werden. Auch die Überwachung durch den Vorarbeiter, der Stichproben gemacht habe, sei nicht ungenügend gewesen. Die seit Jahren mit dem Arbeitsvorgang vertrauten Arbeiter hätten beste Gewähr dafür geboten, die einfache und alltägliche Verrichtung ordnungsgemäss auszuführen. Es sei weltfremd zu fordern, dass während des gesamten Herstellungsvorgangs stets jemand hinter den Arbeitern hätte stehen und sie überwachen müssen. Eine Verletzung der cura in instruendo liege ebenfalls nicht vor. Die Arbeiter hätten aufgrund ihrer langen Erfahrung den Produktionsvorgang bestens gekannt. Die einfache und ihnen geläufige Arbeit habe nicht erfordert, dass ihnen stets die Weisung erteilt werde, namentlich bei der Einbetonierung der Schlaufen besondere Vorsicht walten zu lassen, denn das sei für die Arbeiter selbstverständlich gewesen.

b) Diesen Erwägungen kann insoweit ohne Bedenken beigestimmt werden, als sich die Beklagte auf ihre zuverlässigen, langjährigen Arbeiter verlassen durfte, ohne sie ständig zu ermahnen und zu überwachen. Es stellt sich aber die Frage, ob die Hilfspersonen ausreichend instruiert worden sind. Ursache für die ungenügende Haftung zwischen der ausgerissenen Schlaufe und dem Beton war nach der Aussage des Gutachters eine Unachtsamkeit bei der Herstellung: Die Schlaufe war während des Härtevorgangs versehentlich berührt und verschoben worden, und danach war der Beton nicht noch einmal gestampft oder vibriert worden. Es sind auch dann erhöhte Anforderungen an die Pflicht zur Erteilung von Anweisungen zu stellen, wenn die Arbeit der Hilfspersonen als solche nicht gefährlich ist, Fehler bei der Herstellung des Erzeugnisses aber zu einer Gefahr für Leib und Leben der Personen, die es bestimmungsgemäss verwenden, führen können (vgl. BGE 64 II 261/2). Dass das Ausreissen einer Aufhängeschlaufe während des Hochhebens des 690 kg schweren Schachtrahmens fatale Folgen haben konnte, musste der Beklagten bewusst sein. Es könnte deshalb mit guten Gründen die Auffassung vertreten werden, sie hätte ihre Arbeiter nachdrücklich darauf hinweisen müssen, dass auch ein geringfügiges Versehen beim Härtevorgang die Funktionstüchtigkeit der Schlaufen in Frage stelle. Mit der Vorinstanz

Seite 462 (BGE_110_II_456)

ist aber davon auszugehen, dass unter den gegebenen Umständen der Fabrikationsfehler durch das Erteilen derartiger Anweisungen nicht hätte verhindert werden können.

Erwägung 3

3.- Der Kläger wirft dem Appellationshof vor, er habe unzureichend geprüft, ob die Beklagte hafte, weil sie die Schachtrahmen nach der Herstellung nicht habe kontrollieren lassen. Ein kurzes abruptes Hochheben und Absenken der Rahmen an ihren Schlaufen durch einen Gabelstapler hätte zur Prüfung der Festigkeit der Schlaufen genügt. Eng mit der Kontrollpflicht hänge die zweckmässige Organisation des Betriebes zusammen. Inhalt dieser "Organisationshaftung" sei sicher einmal der korrekte Ablauf der Herstellungsphase. Weiter habe der Geschäftsherr aber schon organisatorisch eine Kontrolle der Produkte vorzusehen. Die cura in custodiendo umfasse die sorgfältige Ausführung der Kontrolle, das Gebot der zweckmässigen Organisation jedoch das Vorsehen einer Kontrolle.

Nach Ansicht des Appellationshofes hätte der Fabrikationsfehler durch eine Kontrolle der Schlaufen nicht entdeckt werden können. Die Vorinstanz leitet diese Annahme aus dem Umstand ab, dass die Schlaufen mindestens zweimal gehalten hatten. Der mangelhafte Schachtrahmen müsse als sogenannter Ausreisser betrachtet werden, dessen Fehler durch zumutbare Kontrolle nicht feststellbar gewesen sei. Im übrigen könne auch nicht behauptet werden, der Betrieb der Beklagten sei unzweckmässig organisiert gewesen.

a) In **BGE 90 II 90** wurde festgehalten, der Geschäftsherr habe zur Haftungsbefreiung insbesondere nachzuweisen, dass er seinen Betrieb zweckmässig organisiert habe. Für die Beurteilung jenes Falles war diese Frage aber ohne Bedeutung. In einem früheren Entscheid zu **Art. 62 alt OR** wurde der Direktion eines Betriebes ein Verschulden vorgeworfen, weil sie die Arbeit der Hilfspersonen mangelhaft organisiert hatte. Der Mangel wurde darin gesehen, dass keine Personen bezeichnet worden waren, welche regelmässig eine bestimmte Arbeit auszuführen hatten und daher damit vertraut waren, sondern dass die Arbeiter vielfach wechselten und einige von ihnen dazu berufen wurden, die mit der Sache nur ganz ausnahmsweise zu tun hatten (**BGE 31 II 701**). Unter dem Begriff des Organisationsmangels wurde somit das Fehlen von Anweisungen darüber verstanden, wer die Arbeit regelmässig auszuführen habe. In der Literatur zur Produzentenhaftung, auf welche sich die Einwände des Klägers abstützen, wird dagegen der Begriff der

Seite 463 (BGE_110_II_456)

Organisation wesentlich weiter gefasst. Diese Autoren gehen davon aus, die Arbeitsabläufe bei der industriellen Massenproduktion seien derart kompliziert und für einen Aussenstehenden unübersichtlich, dass der Beitrag des einzelnen Arbeiters unter dem Aspekt der Haftung des Herstellers für Schäden aus mangelhaften Erzeugnissen in den Hintergrund trete. Wichtiger als die Frage, ob der Geschäftsherr den Fehler des einzelnen Arbeiters hätte verhindern können, sei deshalb, ob er den Betrieb so organisiert habe, dass keine fehlerhaften Produkte das Unternehmen verlassen. Folgerichtig wird daher verlangt, eine zweckmässige Organisation habe auch die Kontrolle der fertigen Produkte zu umfassen (BARBARA MERZ, Analyse der Haftpflichtsituation bei Schädigung durch Medikamente, Diss. ZH 1980, S. 27 ff.; HANS NATER, Die Haftpflicht des Geschäftsherrn gemäss OR 55 angesichts der wirtschaftlich-technischen Entwicklung, Diss. ZH 1970, S. 62 ff.; FRANZ BURKI, Produktheftpflicht nach schweizerischem und deutschem Recht, Diss. BE 1976, S. 145 ff.).

Diese Überlegungen können nicht ohne weiteres auf den vorliegenden Sachverhalt übertragen werden. Sie sind auf Produktionsverhältnisse zugeschnitten, wie sie in Grossbetrieben mit weitgehend automatisierten Arbeitsabläufen gegeben sein mögen. Zudem wird von den erwähnten Autoren, die de lege ferenda eine strenge Produzentenhaftung postulieren, im allgemeinen zu wenig beachtet, dass die Anforderungen an den Befreiungsbeweis des Geschäftsherrn gemäss **Art. 55 Abs. 1 OR** nach den tatsächlich gegebenen Umständen bestimmt werden müssen; es geht daher nicht an, die vom Geschäftsherrn im Einzelfall geforderte Sorgfalt an Massstäben zu messen, die auf allgemeinen Annahmen über die Arbeitsabläufe bei der Herstellung von

Massenprodukten beruhen. Aus dem gleichen Grunde darf die Tatsache, dass nachträglich - das heisst aufgrund der Kenntnis über die Ursache des Produktmangels - im allgemeinen leicht festzustellen ist, durch welche Massnahme der Fehler hätte entdeckt und der Schaden verhindert werden können, nicht dazu verleiten, von vornherein unerfüllbare Anforderungen an den Befreiungsbeweis zu stellen (vgl. EMIL W. STARK, Einige Gedanken zur Produkthaftungspflicht, in Festgabe für Karl Oftinger, S. 292 f.). Auf die erwähnten Lehrmeinungen kann dagegen auch im vorliegenden Fall insoweit abgestellt werden, als sie mit Recht unterstreichen, dass sich die vom Geschäftsherrn gemäss **Art. 55 Abs. 1 OR** verlangte Sorgfalt nicht auf richtige Auswahl, Überwachung und Instruktion der Hilfspersonen

Seite 464 (BGE_110_II_456)

beschränkt, sondern der Geschäftsherr darüber hinaus für eine zweckmässige Arbeitsorganisation und nötigenfalls für die Endkontrolle der Produkte zu sorgen hat, wenn damit eine Schädigung Dritter verhindert werden kann. Der Appellationshof hat dem zu wenig Beachtung geschenkt und zudem nicht berücksichtigt, dass der allgemeine Grundsatz des Haftpflichtrechts, wonach die Schaffung oder Unterhaltung gefährlicher Zustände zum Ergreifen von Schutzmassnahmen verpflichtet, auch für die Geschäftsherrenhaftung wegleitend sein muss (OFTINGER, Schweiz. Haftpflichtrecht, Bd. II/1, 3. Auflage, S. 154/5).

b) Wie bereits festgehalten, musste der Beklagten bewusst sein, dass Herstellungsfehler, die sich auf die Festigkeit der Aufhängeschlaufen auswirkten, zu einer Gefahr bei der Handhabung der Schachtrahmen führen konnten. Die Arbeiter, die sich vor allem beim Ausrichten des Rahmens auf dem Schachtrohr im direkten Gefahrenbereich des Rahmens befinden, müssen darauf vertrauen können, dass die Aufhängeschlaufen unter allen Umständen der Belastung standhalten. Die Beklagte war deshalb verpflichtet, alle nötigen und zumutbaren Massnahmen zu ergreifen, um Herstellungsfehler zu verhindern, oder zu verunmöglichen, dass mangelhafte Erzeugnisse verkauft wurden. Wird mit der Vorinstanz angenommen, ein Fabrikationsfehler, wie er im vorliegenden Fall unterliefe, hätte selbst mit einer anderen Organisation des Herstellungsvorgangs nicht vermieden werden können, so drängte sich die Vornahme einer Endkontrolle auf.

Die Beklagte bestreitet nicht, dass sie die Festigkeit der Aufhängeschlaufen nicht prüft. Sie bringt indes vor, die Schachtrahmen würden nach der Fertigung aus der Fabrikhalle auf den Lagerplatz transportiert, indem sie an den Schlaufen angehoben und weggeführt würden. Dieser bewährte innerbetriebliche Vorgang komme einer Testanordnung nahe. Der Kläger weist demgegenüber mit Recht darauf hin, dass bei einer eigentlichen Kontrolle zu prüfen wäre, ob die Schlaufen einer höheren als der normalen Belastung standhalten. Aus diesem Grund überzeugt auch das Argument des Appellationshofes nicht, dass eine Kontrolle nichts gebracht hätte, weil die mangelhafte Schlaufe vor dem Unfall mindestens zweimal gehalten habe; denn das besagt nichts darüber, ob der Mangel auch bei höherer Belastung nicht entdeckt worden wäre. Unklar ist aber, wie eine zweckmässige, vom Aufwand her zumutbare und technisch realisierbare Endprüfung zu gestalten wäre. Der Vorschlag des Klägers scheint zwar tauglich zu sein, es fragt sich aber,

Seite 465 (BGE_110_II_456)

ob die Kontrolle auf diese Weise durchgeführt werden könnte, ohne dass gerade durch die Prüfung die Verankerung der Schlaufe im Beton - von aussen nicht erkennbar - gelockert und damit erst die Gefahr eines späteren Unfalls geschaffen würde. Ob mit anderen Untersuchungsmethoden, wie etwa Durchleuchten, eine ungenügende Haftung der Schlaufen im Beton festgestellt werden könnte, ist bisher nicht geklärt worden.

Die Frage, wie eine Nachkontrolle auszugestalten wäre, kann jedoch offen bleiben. Denn sollte es keine tauglichen und zumutbaren Möglichkeiten einer derartigen Prüfung gegeben haben, so durfte die Beklagte nicht darauf verzichten, ohne durch eine sicherere Konstruktion die Gefahr, dass eine Schlaufe ausreißt, auf ein Minimum zu reduzieren. Mit anderen Worten hätte also die Beklagte die Konstruktion der Schachtrahmen so verändern müssen, dass ein Ausreißen der Schlaufen auch dann mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit auszuschliessen war, wenn deren Festigkeit nicht geprüft wurde oder geprüft werden konnte. Dass eine sicherere Konstruktion ohne grossen Mehraufwand möglich ist, beweisen die Änderungen, welche die Beklagte seit 1979 oder 1980 bezüglich der Aufhängeschlaufen vorgenommen hat. Sie versieht seither die Schlaufen mit Widerhaken und setzt bei exzentrischen Rahmen statt zwei deren drei ein. Die Widerhaken vermindern die Gefahr, dass die Schlaufen bei ungenügendem Einvibrierten ausreißen, und die dritte Schlaufe bietet mehr Sicherheit für den Fall, dass eine der Schlaufen der Belastung nicht standhält.

c) Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass die Beklagte im Hinblick auf die Funktion der Schlaufen, ein Einsetzen der Schachtrahmen ohne Schädigung der beteiligten Arbeiter zu ermöglichen, verpflichtet war, entweder durch eine Nachkontrolle allfällige Fehler bei der Produktion aufzuspüren, oder, wenn sie eine solche Kontrolle nicht vornehmen wollte oder konnte, eine sicherere Konstruktion zu wählen. Ihre Haftung ist demnach aufgrund von **Art. 55 Abs. 1 OR** zu bejahen. Damit braucht die vom Appellationshof verneinte Frage, ob die Klage auch auf **Art. 41 OR** gestützt werden könnte, nicht entschieden zu werden.

Inhaltsverzeichnis			
Regeste		Erwägungen	Seiten
- Deutsch	Sachverhalt	Erwägung 1	456 458 459 460
- Français		Erwägung 2	461 462 463 464 465
- Italiano		Erwägung 3	

Protokoll: lic.iur. M. Splisgardt

U 051-0736-00 Rechtslehre (GZ und Baurecht)

D-ARCH
Mi 15-17h
HIL E 1

FALL 3

Der Lebensmittel-Grossverteiler X hat als Bauherr im April 1996 mit Architekt A einen Vertrag für die Projektierung, Planung, Ausführung und Bauleitung eines neuen Verteilzentrums in Z abgeschlossen. Dieser schloss im Namen und im Auftrag des X Verträge mit dem Ingenieurunternehmen I sowie dem Bauunternehmen B ab. Der B verpflichtete sich dabei zu schlüsselfertiger Ausführung des Verteilzentrums (Generalunternehmervertrag).

Im Anschluss daran schloss B mit verschiedenen Handwerksunternehmen, unter anderem mit der Heizag weitere Verträge ab. Die Heizag verpflichtete sich, im Verteilzentrum eine komplette Öl-Zentralheizungsanlage zu installieren. Der erdverlegte Tank wurde von der Firma T an Ort und Stelle zusammengebaut. Im Vertrag zwischen X und A wurde die Anwendung der SIA Norm 102 (Ordnung für Leistungen und Honorare der Architektinnen und Architekten) und in den Verträgen zwischen X und B sowie B und Heizag die Anwendung der SIA Norm 118 (Allgemeine Bedingungen für Bauarbeiten) vereinbart.

Am 20. Oktober 1998 wurde das Verteilzentrum in Betrieb genommen. Im Frühjahr 1999 wurde auf der Nachbarliegenschaft eine Verschmutzung des Erdreichs mit Öl festgestellt. Die Nachforschungen führten zu einem Leck im Öltank der Firma T. Der Tank wurde leergepumpt und die Heizanlage stillgelegt.

Fragen:

- A) Wie ist die Rechtslage, wenn der von T hergestellte Tank dem geforderten Betriebsdruck nicht standhielt und A zuvor davon Kenntnis hatte, dass T bei der Montage von Gross-tanks schon an anderen Orten Probleme hatte.
- B) Wie ist die Rechtslage, wenn der Chauffeur C des Öllieferanten O den Öltank aus Unachtsamkeit überfüllt?

Lösung Fall 3

1. Literatur

Urs Ch. Nef, Obligationenrecht für Ingenieure und Architekten, 3. Auflage, Zürich 2000, S. 44-46, 89-96, 117-122, 135-150.

2. Weiterführende Literatur

Peter Gauch, Der Werkvertrag, 4. Auflage, Zürich 1996; Peter Gauch/Walter R. Schluemp/Jörg Schmid/Heinz Rey, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 8. Auflage, Zürich 2003; Heinrich Honsell, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 3. Auflage, Zürich 2000.

3. Anhang

BGE 116 II 305 (insbesondere für den vorliegenden Fall von Bedeutung die Seiten 307 und 308).

4. Problemkreise

- Arbeitsleistungsverträge (Arbeitsvertrag, Auftrag, Werkvertrag)
- Architektenvertrag
- Haftung aus Vertragsverletzung
- Gewährleistung beim Werkvertrag
- Allgemeine Vertragsbedingungen und SIA-Norm 102 und 118
- Ausservertragliche Haftung
- Mehrheit von Haftpflichtigen

5. Theoretische Grundlagen und Lösungsskizze

a) Rechtsbeziehungen

aa) Stellvertretungsrecht (Nef, S. 89-96)

Bei der Stellvertretung sind folgende Personen beteiligt:

- der Vertreter, d.h. diejenige Person, die handelt;
- der Vertretene, d.h. diejenige Person, für die gehandelt wird;

- und der Dritte, d.h. diejenige Person, mit welcher ein Rechtsgeschäft abgeschlossen wird.

Es bestehen folgende Rechtsverhältnisse:

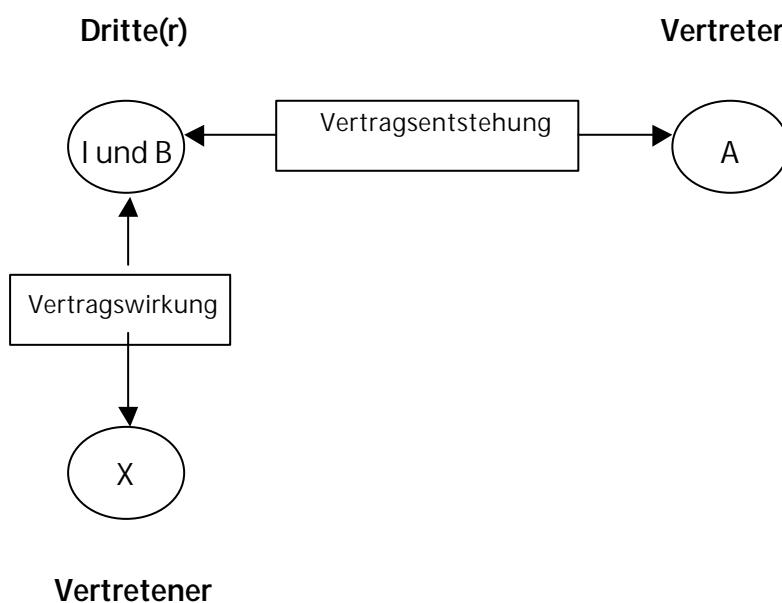
- Zwischen dem Vertretenen und dem Vertreter kann bestehen: ein Arbeitsvertrag, ein Auftrags- oder Geschäftsführungsverhältnis. Dieses sog. Grundverhältnis regelt insbesondere die Pflichten des Vertreters und dessen Haftung gegenüber dem Vertretenen.
- Zwischen dem Vertretenen und dem Dritten soll erst durch den Vertreter ein Rechtsverhältnis zum Entstehen kommen.
- Zwischen dem Dritten und dem Vertreter besteht kein Vertrag. Es entsteht auch keiner aufgrund der Stellvertretung.

Stellvertretung im weitesten Sinne bedeutet rechtserhebliches Handeln mit Wirkung für einen anderen.

Im vorliegenden Fall hat A im Auftrag von X Verträge mit I und B abgeschlossen. A handelte bei diesen Vertragsabschlüssen als bevollmächtigter Vertreter von X, er verfügte somit über Vertretungsmacht. Da A in fremden Namen und für fremde Rechnung handelte (Art. 32 Abs. 1 OR), liegt ein Fall von direkter (oder unmittelbarer oder echter) Stellvertretung vor.

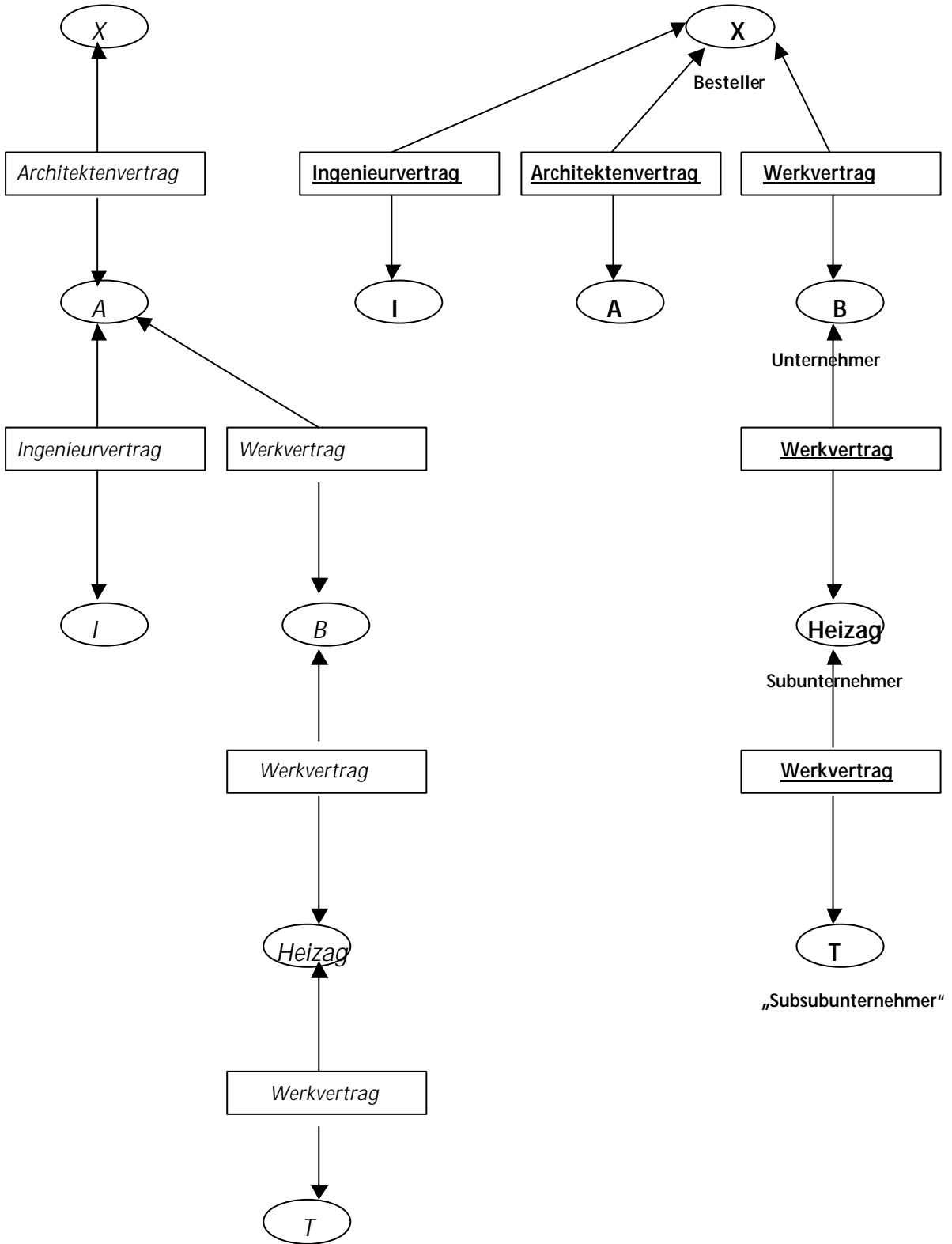
Unter einer Vollmacht versteht man die durch Rechtsgeschäfte, Bevollmächtigung, an eine andere Person erteilte Ermächtigung, Vertretungsmacht.

Soweit das Gesetz nicht ausnahmsweise etwas anderes vorsieht, bedarf die Bevollmächtigung zu ihrer Wirksamkeit keiner besonderen Form.



bb) Vertragsabschluss (linke Seite)

Vertragswirkung (rechte Seite)



Frage A)

X und dem Nachbar stehen bezüglich ihres Schadens verschiedene mögliche Haftpflichtige gegenüber

b) Zuerst zum Architektenvertrag und den Arbeitsleistungsverträgen im Allgemeinen (Werkvertrag, Auftrag und Einzelarbeitsvertrag)

In der schweizerischen Rechtsordnung herrscht der Grundsatz der Vertragsfreiheit. Die Parteien sind nicht an bestimmte im Gesetz geregelte Vertragstypen gebunden, sie können in den Schranken der Rechtsordnung, den Vertragsinhalt frei bestimmen (Art. 19 f. OR; Typenwahlfreiheit; Nef, S. 75).

Ein Vertrag über Architekturarbeiten wird als Architektenvertrag bezeichnet. Er ist im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt. Beim Architektenvertrag lassen sich mindestens zwei verschiedene Leistungen heraussondern:

- Planung und Projektierung des Baus (**Planungsvertrag**)
- Durchführung und Überwachung des Baus (**Bauleitungsvertrag**)

Der Architekt kann sich auch zur Planung und zur Bauleitung verpflichten (**Gesamtvertrag**; zu den einzelnen Leistungen des Gesamtvertrages vgl. Art. 4 der SIA – Norm 102).

Bei allen drei Verträgen verpflichtet sich der Architekt zu einer Arbeitsleistung. Im Gesetz werden drei wichtige Arbeitsleistungsverträge geregelt: der Einzelarbeitsvertrag (Art. 319 ff. OR), der Auftrag (Art. 394 ff. OR) und der Werkvertrag (Art. 363 ff. OR). Sie unterscheiden sich vor allem in folgenden Punkten (Nef, S. 148):

Vertragsart	Geschuldete Leistung	Arbeitsausführung	entgeltl./unentgeltl.
Werkvertrag (Art. 363 ff. OR)	Arbeit und <i>Erfolg</i>	selbstbestimmt	entgeltl.
Auftrag (Art. 394 ff. OR)	Arbeit im Hinblick auf ein <i>Ziel</i>	selbstbestimmt	unentgeltl./entgeltl.
Arbeitsvertrag (Art. 319 ff. OR)	Arbeit im Rahmen der <i>Arbeitszeit</i>	fremdbestimmt (Subordinationsverhältnis)	entgeltl.

Anhand dieser Qualifikationsmerkmale lässt sich der Architektenvertrag einordnen. Beim **Planungsvertrag** handelt es sich – mindestens bezüglich der Detailpläne – um einen **Werkvertrag** nach Art. 363 ff. OR. Der Architekt arbeitet selbständig und muss ein Erfolg abliefern (kunstgerechte Pläne).

Der **Bauleitungsvertrag** beinhaltet die Arbeitsvergebung, die Überwachung und die Betreuung des Bauvorgangs. Bei der Bauleitung gibt es viele Faktoren, die vom Bauleiter nicht beeinflusst werden können. Er verpflichtet sich nicht zu einem Erfolg, sondern zu einem Tätigwerden im Interesse des Bauherrn. Auf den Bauleitungsvertrag wird deshalb **Auftragsrecht** angewendet (Art. 394 ff. OR; Nef, S. 149 f.).

Verpflichtet sich der Architekt sowohl zur Planung als auch zur Bauleitung (Gesamtvertrag), erweist sich die rechtliche Qualifikation des Vertrages als schwieriger. Der überwiegende Teil der Lehre und Rechtsprechung behandelt den Gesamtvertrag als gemischten Vertrag (Innominatvertrag), der also sowohl Werkvertrags- als auch Auftrags-elemente enthält (BGE 109 II 462; 110 II 380). Auf den Planungsvertragsteil ist Werkvertragsrecht anzuwenden, auf den Bauleitungsvertragsteil Auftragsrecht. Die Auflösung des Gesamtvertrages richtet sich gemäss Bundesgericht jedoch ausschliesslich nach Auftragsrecht (Art. 404 OR).

Die Frage, ob es sich bei einem Vertrag um einen Werkvertrag oder um einen Auftrag handelt, ist u.a. bei der Haftung für Vertragsverletzungen relevant. Der Werkunternehmer verpflichtet sich zu einem Erfolg, der Beauftragte zu sorgfältigem Tätigwerden. Ein typischer Auftrag ist z.B. der Vertrag mit dem Arzt oder dem Rechtsanwalt. Beide können keinen Erfolg versprechen (bezüglich Gesundheit oder Prozessausgang) und haften dementsprechend auch nicht für den Erfolg, sondern nur für auf ein Ziel gerichtetes Tätigwerden.

c) Ansprüche von X gegen B nach Art. 363 ff. OR (Werkvertragsrecht)

aa) Generalunternehmer

Je grösser und komplizierter die auszuführende Baute ist, desto schwieriger ist es für den Bauherrn, die Arbeiten verschiedener Nebenunternehmer zu koordinieren. Beim Bauherrn ist deshalb auch das Bedürfnis gross, sich von dieser Koordinationsaufgabe zu befreien. Dies erreicht er am besten, wenn er die ganzen Bauarbeiten nur einem Unternehmer, einem Generalunternehmer, überträgt. Dieser übernimmt sodann vom Bauherrn (oft vom Vertreter, dem Architekten oder Ingenieur) die ganze Ausführung einer grösseren Baute. Der Generalunternehmer übernimmt somit die Errichtung eines Bauwerks, dessen Ausführung der Bauherr normalerweise mehreren Unternehmen in verschiedenen Werkverträgen zu vergeben hätte. **Der Bauherr hat für die Errichtung eines grösseren Bauwerks also mit dem Generalunternehmer nur einen einzigen Werkvertrag abzuschliessen.** Dabei führt der Generalunternehmer oft nur einen Teil der übernommenen Arbeiten selber mit eigenen Arbeitskräften aus, während er andere Arbeiten an weitere Subunternehmer weitervergibt. Durch die Weitervergabe verschiebt sich das Koordinationsproblem vom Bauherrn auf den Generalunternehmer. **Der Vertrag zwischen dem Generalunternehmer und seinem Besteller, der Generalunternehmervertrag,**

ist ein Werkvertrag. Auch wenn der Generalunternehmer alle Arbeiten an Subunternehmer weitergibt, bleibt der Vertrag ein Werkvertrag. Dies setzt indessen voraus, dass der betreffende Unternehmer die Arbeiten, die er durch andere Subunternehmer ausführen lässt, seinerseits dem Besteller schuldet, demnach selber zur Herstellung des gesamten Bauwerkes verpflichtet ist. **Im Gegensatz zum Generalunternehmer übernimmt der Totalunternehmer auch noch die Planungsarbeiten, insbesondere die Projektierungsarbeiten.** Auch dieser Vertrag wird als Werkvertrag qualifiziert (Peter Gauch, Der Werkvertrag, 4. Auflage, Zürich 1996, S. 69 ff.).

Zu beachten ist hier insbesondere, dass wer die Erfüllung eines Vertrages durch eine *Hilfsperson* vornehmen lässt, für deren Verhalten haftet, wie wenn er selbst gehandelt hätte (Art. 101 Abs. 1 OR; sog. vertragliche Hilfspersonenhaftung; Nef, S. 130 ff). Somit haftet B für den Beizug der Heizag (Subunternehmer) gegenüber X. Die Heizag Ihrerseits haftet gegenüber B für den Beizug der Hilfsperson T, welche selber im Verhältnis zu B als Subunternehmer zu qualifizieren ist.

bb) Begriff des Werkvertrages (vgl. Nef, S. 144-148)

Durch den Werkvertrag verpflichtet sich der Unternehmer zur Herstellung eines Werkes (Art. 363 OR). Der Werkvertrag kann – wie oben ausgeführt – als Vertrag auf Erbringung einer Arbeitsleistung charakterisiert werden. Der Werkvertrag zeichnet sich dadurch aus, dass der Unternehmer ein Werk und damit einen Erfolg seiner Arbeit schuldet (im vorliegenden Fall ist u.a. eine funktionierende Öl-Zentralheizungsanlage geschuldet). Im Gegensatz dazu ist der Beauftragte nur verpflichtet, auf ein bestimmtes Ziel hinzuwirken. Gemeinsam ist dem Werkvertrag und Auftrag, dass sowohl der Unternehmer als auch der Beauftragte ihre Arbeit grundsätzlich selbständig ausführen. Im Unterschied dazu hat der Arbeitgeber ein Weisungsrecht gegenüber dem Arbeitnehmer, da zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer Subordinationsverhältnis besteht. Der Arbeitnehmer schuldet Arbeit auf Zeit (Siehe Schema oben).

cc) Gewährleistung beim Werkvertrag und vertragliche Haftung nach Art. 97 OR

Art. 97 ff. OR enthält die allgemeinen Haftungsnormen bei Vertragsverletzungen (Nef, S. 118 ff.). Für den Verkäufer und den Werkunternehmer hat das Gesetz besondere Regeln aufgestellt, wenn deren nicht gehörige Erfüllung in der Lieferung oder Herstellung eines mangelhaften Objekts besteht (Gewährleistungsrechte; Kaufvertrag, Art. 197 ff. OR; Werkvertrag, Art. 367 ff. OR). Ein Mangel liegt u.a. dann vor, wenn die Lieferung nicht so beschaffen ist, wie sie gemäss Vertrag sein sollte. Es wird unterschieden zwischen geheimen (versteckten) und offenen Mängeln. Offene Mängel sind solche, die man ohne besondere Fachkenntnisse sofort erkennen kann. Sind die Mängel nicht offensichtlich, so handelt es sich um geheime Mängel. Die Haftung des Werkunterneh-

mers für Mängel richtet sich nach Art. 367 ff. OR. Nach Ablieferung des Werkes hat der Besteller, sobald es nach dem üblichen Geschäftsgange tunlich ist, dessen Beschaffenheit zu prüfen und den Unternehmer von allfälligen Mängeln in Kenntnis zu setzen (Art. 367 OR). Diesen Prüfungs- und Rügepflichten (Mängelrüge) muss der Besteller rechtzeitig, d.h. sobald als möglich, nachkommen, sonst sind die Mängelrechte verwirkt (Art. 370 OR). Offene Mängel muss der Besteller sofort nach der Prüfung des Werks rügen. Geheime Mängel muss der Besteller rügen, sobald sie zu Tage getreten sind und er sichere Kenntnis von deren Vorhandensein hat (Art. 370 Abs. 3 OR). Der Besteller kann geheime bzw. versteckte Mängel des Werks noch einige Zeit nach Ablieferung des Werks geltend machen, wenn er sie bis dann noch nicht entdeckt hat. Dies gilt jedoch nur, solange die Ansprüche aus dem Werkvertrag noch nicht verjährt sind. Ist die Verjährung eingetreten, so können auch keine geheimen Mängel mehr geltend gemacht werden. Bei beweglichen Werken (z.B. Autoreparatur) beträgt die Verjährungsfrist ein Jahr, bei unbeweglichen Werken (z.B. Häuser) beträgt die Verjährungsfrist 5 Jahre.

Bei rechtzeitiger Mängelrüge hat der Besteller beim Werkvertrag (**anders beim Kaufvertrag**) die **Wahl zwischen folgenden drei Mängelrechten** (Art. 368 OR; Nef, S. 145 ff.):

- **Wandelung (368 Abs. 1):** Der Besteller kann vom Vertrag zurücktreten, wenn die Mängel so erheblich sind, dass das Werk für ihn unbrauchbar ist oder ihm die Annahme billigerweise nicht zugemutet werden kann. Bei mit Grund und Boden verbundenen Bauten ist das problematisch (Abs. 3);
- **Minderung (368 Abs. 2):** Der Besteller kann einen dem Minderwert entsprechenden Abschlag am Lohn machen;
- **unentgeltliche Verbesserung (368 Abs. 2):** Der Besteller kann die unentgeltliche Verbesserung verlangen, sofern diese dem Unternehmer nicht übermässige Kosten verursacht.

Die genannten Mängelrechte kann der Besteller für Schäden geltend machen, die am Werk selber entstanden sind (sog. Mangelschäden; unmittelbarer Schaden). Ein Verschulden des Unternehmers ist nicht Voraussetzung.

Ist dem Besteller über den reinen Mangelschaden hinaus weiterer Schaden (sog. Mangelgeschaden; mittelbarer Schaden) entstanden, so kann er auch für diesen Ersatz verlangen, wenn den Unternehmer ein Verschulden trifft (Art. 368 Abs. 2 OR). Diese Verschuldenshaftung folgt den Regeln der allgemeinen vertraglichen Verschuldenshaftung nach Art. 97 ff. OR. Der Gläubiger kann vom Schuldner Schadenersatz fordern, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind:

- Es muss ein **gültiger Vertrag** zwischen dem Geschädigten und dem Schädiger bestehen;

- Dieser Vertrag muss durch den Schädiger (Schuldner) verletzt worden sein. Art. 97 OR kommt zur Anwendung, wenn der Schuldner den Vertrag **nicht oder "nicht gehörig"** erfüllt hat;
- Es muss ein **Schaden** vorliegen. Ein Schaden im Rechtssinne ist eine ungewollte Vermögensverminderung. Sie wird aus der Differenz zweier Vermögensstände ermittelt: zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte (sog. Differenztheorie);
- Zwischen dem Schaden und der schuldhaften Vertragsverletzung (haftungsbe gründende Ursache) muss sowohl ein **natürlicher wie ein adäquater Kausalzusammenhang** bestehen. Der natürliche Kausalzusammenhang ist gegeben, wenn die schuldhafte Vertragsverletzung notwendige Ursache für den Schaden gewesen ist: ohne schuldhafte Vertragsverletzung kein Schaden. Der adäquate Kausalzusammenhang ist ein einschränkendes Kriterium: Es soll nur für Schäden gehaftet werden, die "nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung" durch die in Frage stehende Ursache begünstigt wurden;
- Den Schuldner muss bezüglich der Vertragsverletzung ein **Verschulden (= haftungsbegründende Ursache)** treffen. Ein Verschulden ist ein von der Rechtsordnung disqualifiziertes Verhalten, ein Abweichen vom Durchschnittsverhalten. Subjektive Voraussetzung für den Verschuldensvorwurf ist die Urteilsfähigkeit (Art. 16 ZGB), die Fähigkeit, vernunftgemäss zu handeln. Bei der vertraglichen Haftung besteht bezüglich des Verschuldens eine von Art. 8 ZGB abweichende Beweislastverteilung: Der Schuldner haftet, wenn er nicht beweist, dass hn keinerlei Verschulden trifft.

Eine Haftung ohne Verschulden bezeichnet man – wie schon ausgeführt – als Kausalhaftung, eine Haftung, die ein Verschulden voraussetzt, als Verschuldenshaftung. Demnach unterstehen die Mängelrechte einer vertraglichen Kausalhaftung, die Haftung für Mangelfolgeschäden dagegen einer vertraglichen Verschuldenshaftung.

dd) Allgemeine Geschäftsbedingungen (**AGB**), z.Bsp. SIA-Norm 102 und 118 (vgl. Nef, S. 152)

Bei den SIA-Normen handelt es sich um „Rechtsvorschriften“, die vom Schweizerischen Ingenieur- und Architekten Verein herausgegeben werden („privates Regelwerk“). Im Gegensatz zum Gesetzesrecht finden diese Normen nicht ohne weiteres Anwendung. **Die SIA-Normen werden nur anwendbar, wenn die Vertragsparteien sie zum Vertragsinhalt erhoben haben, d.h. die Parteien müssen eine SIA-Norm für anwendbar erklären.**

Unter AGB versteht man die seitens eines Verwenders vorformulierten Vertragsbestimmungen, die als Bestandteil einer Vielzahl individueller Verträge mit Kunden konzipiert sind (z.B. Bank- oder Versicherungsbedingungen). AGB entsprechen grundsätzlich einem

berechtigten Rationalisierungsbedürfnis. Problematisch sind sie, wenn sich nicht gleichstarke Vertragsparteien gegenüber stehen. Konsumenten nehmen den Inhalt der AGB oft nicht genau zur Kenntnis. Es bleibt ihnen auch lediglich die Wahl, den Vertrag gar nicht oder mit den vorgeschlagenen AGB abzuschliessen. Zum Schutz der schwächeren Vertragspartei bei der Verwendung von AGB wurden in der Lehre verschiedene Grundsätze, z.B. Auslegungsregeln (**Ungewöhnlichkeitsregel, Unklarheitsregel**) aufgestellt.

Gegenstand der SIA-Norm 118 ist der Bauwerkvertrag, welcher eine Erscheinungsform des Werkvertrages ist. Anwendbar ist die Norm für alle Bauarbeiten. Insbesondere macht es keinen Unterschied, ob der Bauunternehmer ein neues Bauwerk herzustellen, nur einen Teil davon auszuführen oder eine Ausbesserungs-, Umbau- oder Abbrucharbeit zu leisten hat. Gegenstand der SIA-Norm 102 ist der Architektenvertrag.

ee) Haftung des Generalunternehmers B

Zwischen X und B besteht ein Vertrag. Die vertragliche Leistung von B besteht in der schlüsselfertigen Ausführung des Verteilzentrums in Z. Zu diesem Verteilzentrum gehört auch der Öltank, den B nicht nur liefern muss, sondern auch für dessen Herstellung und Inbetriebnahme zu sorgen hat. **Der Vertrag zwischen X und B ist als Generalunternehmervertrag und somit als Werkvertrag i.S.v. Art. 363 ff. zu qualifizieren (siehe oben)**, denn der Unternehmer B schuldet ein Werk und damit einen Erfolg seiner Arbeit, d.h. vorliegend eine funktionierende Gesamtanlage. Gemäss Art. 364 Abs. 2 OR ist der Unternehmer grundsätzlich verpflichtet, das Werk persönlich auszuführen oder unter seiner persönlichen Leitung ausführen zu lassen. Ausgenommen sind dabei die Fälle, in denen es nach der Natur des Geschäfts auf persönliche Eigenschaften des Unternehmers nicht ankommt. Im vorliegenden Fall dürfte der Beizug der Subunternehmer Heizag sowie T vertraglich vereinbart worden und damit zulässig sein. Zu beachten ist jedoch, dass der Unternehmer bei einem solchen Beizug für alle beigezogenen Subunternehmer vollumfänglich einzustehen hat (Art. 101 OR), ansonsten die Haftung des Unternehmers durch solche Beizüge umgangen werden könnte (vgl. BGE 116 II 308; 111 II 173). **Vorliegend hat damit B gegenüber X für die Fehler der Heizag sowie von T einzustehen.** Da das Werk (als solches kann entweder der Tank allein oder die komplette Zentralheizungsanlage oder das Verteilzentrum betrachtet werden) einen Fehler aufweist und vom Vertrag abweicht, liegt ein Werkmangel vor und es kommen die besonderen Gewährleistungsansprüche nach Art. 367 ff. OR zur Anwendung. **Vorliegend handelt es sich um einen geheimen Mangel**, den X nicht ohne besondere Fachkenntnisse sofort, d.h. bereits am 20. Oktober 1998, hat erkennen können und müssen. X kann also den Mangel auch noch nach der Feststellung des Mangels im Frühjahr 1999 bei der B i.S.v. Art. 367 OR rügen und hat dann grundsätzlich die Möglichkeit, die Wandelung (Art. 368 Abs. 1 OR) geltend zu machen, einen dem Minderwert entsprechenden Abzug am Werklohn vorzunehmen (Art. 368 Abs. 2 OR) oder die unentgeltliche Verbesserung des Werkes zu verlangen. Die

Wandelung ist möglich, obwohl die Heizung mit Grund und Boden des Bestellers verbunden ist, weil die Heizung ohne unverhältnismässige Nachteile entfernt werden könnte (vgl. Art. 368 Abs. 3 OR).

Zu beachten ist allerdings, dass die Parteien im Vertrag vom April 1996 die Anwendung der SIA-Norm 118 vereinbarten. Gemäss Art. 169 dieser Norm hat der Werkbesteller nicht die Wahl, welches Mängelrecht er geltend machen will, **sondern ihm steht zunächst nur ein Anspruch auf Nachbesserung zu**. Erst wenn der Unternehmer die Nachbesserung nicht vornimmt, kann der Besteller auch die Wandelung oder Minderung fordern.

X kann somit in Bezug auf den unmittelbaren Schaden gegenüber B vorerst lediglich die Nachbesserung des Tankes verlangen.

Für den **Mangelfolgeschaden** nach Art. 368 Abs. 2 am Ende (**Mittelbarer Schaden**: Kosten für die Sanierung des verschmutzten Erdreichs des Nachbargrundstückes; Inanspruchnahme von X durch den Nachbarn infolge des verschmutzten Erdreichs) sind die Voraussetzungen von Art. 97 OR zu prüfen: Zwischen X und der B besteht ein Werkvertrag, welcher durch B verletzt wurde. Ein Schaden ist X durch die Verschmutzung des Erdreichs des Nachbargrundstückes entstanden, da X bspw. als Werkeigentümer vom Nachbarn für Kosten der Sanierung des Erdreichs in Anspruch genommen werden kann. Auch der adäquate Kausalzusammenhang ist gegeben, denn die nicht gehörige Erfüllung des Werkvertrages ist nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet, eine Verschmutzung des Erdreichs und die daraus entstandenen Kosten für die Sanierung zu bewirken. Als letzte Voraussetzung muss ein Verschulden des Unternehmers, d.h. von B, gegeben sein (Art. 368 Abs. 2 OR am Ende, Art. 97 OR). Ein solches ist B nicht vorzuwerfen, denn nicht der Generalunternehmer selber, sondern der Tankhersteller T hat den Fehler begangen. **Das Verschuldensprinzip wird indessen durchbrochen, wenn der Werkmangel und damit der Mangelfolgeschaden von einer Hilfsperson des Unternehmers (z.B. von einem Subunternehmer) in Ausübung ihrer Verrichtungen verursacht wurde. In diesem Fall kommt die vertragliche Hilfspersonenhaftung nach Art. 101 OR zum Zug und der Unternehmer haftet ohne eigenes Verschulden (BGE 116 II 308).** Für den Unternehmer gibt es jedoch einen Entlastungsbeweis. Er kann sich von seiner Hilfspersonenhaftung durch den Nachweis befreien, dass ihm selber, hätte er gleich wie die Hilfsperson gehandelt, kein Verschulden vorgeworfen werden könnte (Hypothetische Vorwerfbarkeit; Nef, S. 131). Gelingt dieser Nachweis, so entfällt die Haftung des Unternehmers nach Art. 101 OR für den Mangelfolgeschaden, den seine Hilfsperson verursacht hat. Der Tank hatte ein Leck. Es ist die Aufgabe eines korrekt, sorgfältig und professionell arbeitenden Tankherstellers, dafür zu sorgen, dass alle notwendigen Untersuchungen und Prüfungen des Tanks vorgenommen werden und dass der Tank über kein Leck verfügt. T hat es offensichtlich unterlassen, die erforderliche Prüfung vor Inbetriebnahme der Heizung vorzunehmen, was als schuldhaftes Verhalten zu

qualifizieren ist. Hätte B gleich wie T gehandelt, wäre auch ihm ein Verschulden vorzuwerfen.

Demnach haftet B auch für den Mangelfolgeschaden aufgrund von Art. 368 Abs. 2 i.V.m. Art. 101 Abs. 1 OR gegenüber X.

ff) Haftung des Architekten A als Hilfsperson i.S.v. Art. 101 OR des Bauherrn X (vgl. Nef, S. 130-132; 214)?

Fraglich ist, ob Unternehmer B allenfalls den Schaden ganz oder zumindest teilweise auf den Architekten A abwälzen kann, da dieser an Projektierung, Planung, Ausführung und Bauleitung des neuen Verteilzentrums in Z beteiligt war. Die Rechtsprechung geht davon aus, dass ein Architekt, der die Pläne ausarbeitet und die Arbeiten vergibt und überwacht, als Hilfsperson i.S.v. Art. 101 OR des Bauherrn zu qualifizieren ist (vgl. etwa BGE 95 II 53 f.). Mit anderen Worten muss der Bauherr in einem solchen Fall für schuldhaftes Fehleinschätzen seines Architekten einstehen und kann nicht den ganzen Schaden auf denjenigen am Bau Beteiligten abwälzen, der den Schaden verursacht hat (z.B. Ingenieurbüro, Sanitärinstallateur, usw.).

Wird nun der am Bau Beteiligte B (also nicht der Architekt) vom Bauherrn X belangt, kann B gegenüber X einwenden, dass aufgrund des Fehlverhaltens der Hilfsperson A (Architekt) des X, welches aufgrund von Art. 101 OR dem Bauherrn X selber zugerechnet wird, müsse sich nach Art. 43 Abs. 1 OR die Höhe des Schadenersatzes wegen Selbstverschulden des Bauherrn reduzieren. Der Bauherr X muss in diesem Fall einen Teil des Schadens selber tragen, bzw. danach einen zweiten Prozess gegen seinen Architekten A für seinen Regressanspruch anstrengen.

In Ziff. 1.6. der SIA-Norm Nr. 102, welche vorliegend durch die gegenseitige übereinstimmende Willensäußerung der Parteien Vertragsbestandteil geworden ist – und somit das dispositive Gesetzesrecht (394 ff. OR) verdrängt – sind Vorschriften betreffend die Verantwortlichkeit des Architekten enthalten. Danach hat der Architekt bei verschuldeter, fehlerhafter Auftragserfüllung dem Auftraggeber den entstandenen direkten Schaden zu ersetzen. Eine solche fehlerhafte Auftragserfüllung wird insbesondere bei Verletzung der Sorgfalts- und Treuepflicht, bei Nichtbeachtung oder Verletzung anerkannter Regeln seines Fachgebietes, bei mangelnder Koordination oder Beaufsichtigung sowie bei ungenügender Kostenerfassung angenommen. Kann dem Architekten eine schuldhaftes Sorgfaltspflichtverletzung nachgewiesen werden, so haftet er gegenüber dem Bauherrn B aufgrund der vertraglich vereinbarten SIA-Norm 102 für den entstandenen Schaden.

Vorliegend hatte der Architekt A die Aufgabe, die Projektierung, Planung, Ausführung und Bauleitung für das Verteilzentrum Z auszuüben. Gegenüber dem Ingenieur I bzw. dem Bauunternehmen B standen A somit aufgrund des Vertrages zwischen ihm und dem Bauherrn X Weisungsbefugnisse zu. Er hatte mit anderen Worten Einfluss auf die

Arbeit des Unternehmers B, welcher als Spezialist die erforderlichen Arbeiten selbständig ausführte. A war somit Hilfsperson von X im Sinne von Art. 101 OR. Wie aus dem Sachverhalt hervorgeht, wusste A, dass T bei der Montage von Grosstanks schon an anderen Orten Probleme gehabt hatte. Im Rahmen der Bauleitung wäre es seine Pflicht gewesen, den B darauf aufmerksam zu machen, dass er für die Installation des Tanks besser einen anderen Subunternehmer hätte verpflichten müssen. **Das bedeutet somit, dass B den Einwand mit Erfolg wird geltend machen können, den Bauherrn X treffe aufgrund der Hilfspersonenstellung von A ein Selbstverschulden, was zwingend zu einer Reduktion seiner Schadenersatzpflicht führe.** X hätte somit vorerst einen Teil des Schadens selber zu tragen und könnte ihn danach gegen A geltend machen.

d) Ansprüche des Nachbarn gegen T nach Art. 41 OR

aa) Theorie (vgl. Nef, S. 162 ff.)

Die Grundnorm der ausservertraglichen Haftung ist Art. 41 OR. Voraussetzungen für die Entstehung einer Obligation aus unerlaubter Handlung nach Art. 41 Abs.1 OR (ausservertragliche Haftung) und damit einer Schadenersatzforderung des Geschädigten sind:

- **Schaden:** vgl. dazu die Ausführungen vorne;
- **Widerrechtlichkeit:** Die Widerrechtlichkeit bei der ausservertraglichen Haftung tritt an die Stelle der Vertragsverletzung bei der vertraglichen Haftung und liegt dann vor, wenn der Schädiger gegen Normen verstösst, welche das verletzte Rechtsgut schützen. Wird der Geschädigte am Körper verletzt oder liegt eine Sachbeschädigung vor, so ist – sofern keine Rechtfertigungsgründe vorliegen – die Widerrechtlichkeit stets gegeben, denn das Recht auf körperliche Integrität und das Eigentum sind absolute Rechte, die von jedermann beachtet werden müssen (Art. 122 StGB und Art. 641 ZGB);
- **Adäquater Kausalzusammenhang:** vgl. dazu die Ausführungen vorne;
- **Verschulden:** vgl. dazu die Ausführungen vorne; anders als bei der vertraglichen Verschuldenshaftung nach Art. 97 ff. OR findet hier die Beweislastumkehr nicht statt, d.h. der Geschädigte muss hier beweisen, dass den Schädiger ein Verschulden trifft.

bb) Falllösung

Zwischen dem Nachbarn und dem Tankhersteller T besteht kein Vertrag. Es kommen deshalb lediglich ausservertragliche Schadenersatzansprüche in Frage.

Dem Nachbarn ist durch die Verschmutzung seines Grundstücks ein Schaden entstanden, da das Erdreich gesäubert werden muss, was erhebliche Kosten verursacht. Da

durch den defekten Tank das absolut geschützte Rechtsgut Eigentum verletzt wurde, ist auch die Voraussetzung der Widerrechtlichkeit grundsätzlich gegeben. Problematisch ist aber die Tatsache, dass der Schaden nicht durch ein Handeln, sondern durch eine Unterlassung (ungenügende Prüfung des Tanks) herbeigeführt wurde, denn aus naturwissenschaftlicher Sicht kommt als Schadensursache nur ein Geschehen und nicht auch ein Nicht-Geschehen in Betracht. Rechtlich betrachtet wird ein Unterlassen dann als Schadensursache qualifiziert, wenn eine Pflicht zum Handeln besteht. Eine solche Pflicht zum Ergreifen von Schutzmassnahmen besteht insbesondere dort, wo ein gefährlicher Zustand geschaffen oder unterhalten wird (sog. Gefahrensatz). Wird gegen diesen Gefahrensatz verstossen, ist die Widerrechtlichkeit gegeben, da in denjenigen Fällen, bei denen der Gefahrensatz herbeigezogen wird, stets absolut geschützte Rechtsgüter verletzt werden (vgl. dazu beispielsweise Nef, S. 172; Honsell, S. 56 f.). Vom Betrieb einer Öl-Heizungsanlage geht potentiell die Gefahr einer Schädigung aus, welche nach geeigneten Vorsichtsmassnahmen ruft. Dazu dürfte auch die genaue Überprüfung des Tankes gehören. Im vorliegenden Fall ist daher auch die Voraussetzung der Widerrechtlichkeit gegeben. Da ferner sowohl die mangelhafte Überprüfung des Tankes adäquat kausal für den eingetretenen Schaden ist als auch ein Verschulden des T vorliegt (vgl. dazu die Ausführungen vorne), haftet dieser gegenüber dem Nachbarn aus Art. 41 OR.

e) Ansprüche des Nachbarn gegen B nach Art. 55 OR

aa) Theorie (vgl. Nef, S. 187 ff.; siehe auch Fall 2)

Gemäss Art. 55 Abs. 1 OR haftet der Geschäftsherr für den Schaden, den seine Arbeitnehmer oder andere Hilfspersonen in Ausübung ihrer dienstlichen oder geschäftlichen Verrichtungen verursacht haben, wenn er nicht nachweist, dass er alle nach den Umständen gebotene Sorgfalt angewendet hat, um einen Schaden dieser Art zu verhüten, oder dass der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt eingetreten wäre. Die Voraussetzungen der Haftung nach Art. 55 OR sind demnach:

- **Schaden:** vgl. dazu die Ausführungen vorne;
- **Widerrechtlichkeit:** vgl. dazu die Ausführungen vorne;
- **Adäquater Kausalzusammenhang:** vgl. dazu die Ausführungen vorne;
- **Schädigung in Ausübung dienstlicher oder geschäftlicher Verrichtungen:** Gefordert ist m.a.W. ein funktioneller Zusammenhang zwischen der Verrichtung und der schädigenden Handlung der Hilfsperson. So muss ein Malermeister beispielsweise nicht für den Schaden einstehen, den sein Angestellter durch Diebstahl in einer neu zu streichenden Wohnung verursacht;
- **Subordinationsverhältnis zwischen Geschäftsherrn und Hilfsperson:** Als Hilfspersonen gelten Personen, welche zum Geschäftsherrn in einem Subordinationsver-

hältnis (Unterordnungsverhältnis) rechtlicher oder tatsächlicher Natur stehen. Dies ist beispielsweise regelmässig zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer der Fall;

- Haftungsbegründende Ursache: Sorgfaltspflichtverletzung des Geschäftsherrn; Die Sorgfaltspflichtverletzung des Geschäftsherrn wird vom Gesetz vermutet (Art. 55 Abs. 1 OR). Die Sorgfaltspflicht des Geschäftsherrn nach Art. 55 OR besteht darin, dass er seine Hilfsperson richtig auswählen (*cura in eligendo*), richtig instruieren (*cura in instruendo*) und bei ihren Verrichtungen genügend überwachen (*cura in custodiendo*) muss. Ausserdem muss der Geschäftsherr die Abläufe in seinem Betrieb so einrichten, dass allfällige Fehler entdeckt und behoben werden können.

Zu beachten ist, dass weder den Geschäftsherrn noch die Hilfsperson ein Verschulden treffen muss (einfache Kausalhaftung).

Abgrenzung:

Während es sich bei Art. 55 OR um eine **ausservertragliche** Haftungsnorm handelt, beschränkt sich die Anwendung von Art. 101 OR auf das zwischen dem "Geschäftsherrn" und dem Geschädigten bestehende **Vertragsverhältnis**.

bb) Falllösung

Es fragt sich, ob allenfalls B aufgrund der Geschäftsherrenhaftung nach Art. 55 OR für den Schaden haftet, der durch den fehlerhaften Tank dem Nachbarn entstanden ist. **Umstritten ist, ob zwischen Generalunternehmer und Subunternehmer ein Subordinationsverhältnis besteht.** In der **Lehre und Rechtsprechung** wird ein solches Unterordnungsverhältnis **verneint** (Brehm, Berner Kommentar, N 10 zu Art. 55 OR; Rey, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, N 910; BGE 96 II 337 ff.). B kann deshalb nicht aufgrund von Art. 55 OR haftbar gemacht werden.

f) Ansprüche des Nachbarn gegen X nach Art. 58 OR und Art. 679 ZGB

aa) Theorie (vgl. Nef, S. 192-197; Vgl. Fall 1 betreffend Art. 58 OR)

Gemäss Art. 58 Abs. 1 OR hat der Eigentümer eines Gebäudes oder eines anderen Werkes den Schaden zu ersetzen, welcher durch die fehlerhafte Anlage oder Herstellung oder durch mangelhafte Unterhaltung verursacht wurde. Die Voraussetzungen für eine Haftung nach Art. 58 OR sind:

- **Schaden:** vgl. dazu die Ausführungen vorne;
- **Widerrechtlichkeit:** vgl. dazu die Ausführungen vorne;

- **Adäquater Kausalzusammenhang:** vgl. dazu die Ausführungen vorne;
- **Vorliegen eines Werkes:** Ein Werk im Sinne von Art. 58 OR ist ein künstlich erstelltes, mit dem Boden verbundenes und auf eine gewisse Dauer angelegte Gebilde. So stellt beispielsweise auch eine Seilbahn ein Werk dar. Der Werkbegriff nach Art. 58 OR unterscheidet sich vom Werk im Sinne eines Werkvertrages gemäss Art. 363 OR;
- **Werkmangel als haftungsbegründende Ursache:** Bei der Werkeigentümerhaftung handelt es sich um eine einfache Kausalhaftung. Haftungsbegründende Ursache ist somit nicht ein Verschulden (wie etwa bei Art. 41 OR), sondern eine Ordnungswidrigkeit, ein Werkmangel. Ein solcher Werkmangel liegt vor, wenn das Werk bei bestimmungsgemässen Gebrauch nicht genügend Sicherheit bietet.

Gemäss Art. 679 ZGB kann eine Person, die dadurch geschädigt oder mit Schaden bedroht wird, dass ein Grundeigentümer sein Eigentumsrecht überschreitet, auf Beseitigung der Schädigung oder aus Schutz gegen drohenden Schaden und auf Schadenersatz klagen. Die Haftung des Grundeigentümers ist eine einfache Kausalhaftung, welche keine Befreiung durch einen Sorgfaltbeweis vorsieht. Die Funktion der Grundeigentümerhaftung liegt v.a. beim privaten Immissionsschutz. Grundlage dafür bildet das Verursacherprinzip: Wer schädliche Einwirkungen verursacht, soll für den dadurch entstehenden Schaden einstehen. Die Voraussetzungen für eine Haftung nach Art. 679 ZGB sind:

- **Schaden:** vgl. dazu die Ausführungen vorne;
- **Widerrechtlichkeit:** vgl. dazu die Ausführungen vorne; es muss eine Überschreitung der Schranken des Grundeigentums (Nachbarrecht) vorliegen;
- **Adäquater Kausalzusammenhang:** vgl. dazu die Ausführungen vorne; die Schädigung muss auf eine Ausübung der tatsächlichen Herrschaft über das Grundstück zurückgehen, welche die Schranken der Ausübung des Grundeigentums verletzt. Solche Schranken werden durch das Nachbarrecht (Art. 684 ff. ZGB) gesetzt. Die Überschreitung muss nicht durch den Eigentümer selbst erfolgen (d.h. der Eigentümer kann beispielsweise auch für eine Handlung von Mietern haftbar werden), und sie muss nicht auf Verschulden beruhen;
- **Übermässige Eigentumsüberschreitung als haftungsbegründende Ursache.**

bb) Falllösung

Die Heizungsanlage und der fehlerhafte Tank wurden durch den Einbau auf dem Grundstück von X zu Eigentum desselben (Art. 642 ZGB). Als Werk kann somit entweder das Geschäftshaus als ganzes oder die Heizungsanlage betrachtet werden. Beides sind künstlich erstellte, mit dem Boden verbundene und auf eine gewisse Dauer angelegte Gebilde und entsprechen damit dem Werksbegriff von Art. 58 OR. Da sowohl ein Werk-

mangel als haftungsbegründende Ursache als auch die übrigen Voraussetzungen (Schaden, Widerrechtlichkeit, adäquater Kausalzusammenhang) gegeben sind, haftet X für den aus dem Werkmangel entstandenen Schaden auf dem Grundstück des Nachbarn.

Vom Grundstück von X gehen schädigende Einwirkungen (Verschmutzung des Erdreichs) auf das Nachbargrundstück aus, welche durch die Ausübung der tatsächlichen Herrschaft über das Grundstück verursacht werden und die Schranken des Grundeigentums verletzen. Da auch die übrigen Voraussetzungen gegeben sind, haftet X gegenüber dem Nachbar auch aus Art. 679 ZGB.

g) Mehrheit von Haftpflichtigen

aa) Theorie (vgl. Nef, S. 216-219; zudem Fall 2)

bb) Falllösung

Im **Aussenverhältnis** haften verschiedene Personen für den beim Nachbarn eingetretenen Schaden. Diese Personen haften dem Nachbarn solidarisch für den Schaden, d.h. er kann von beiden den Ersatz des gesamten Schadens fordern. Wird der Nachbar von einem der Haftpflichtigen vollständig befriedigt, erlöscht jedoch auch seine Schadenersatzforderung gegen den andern.

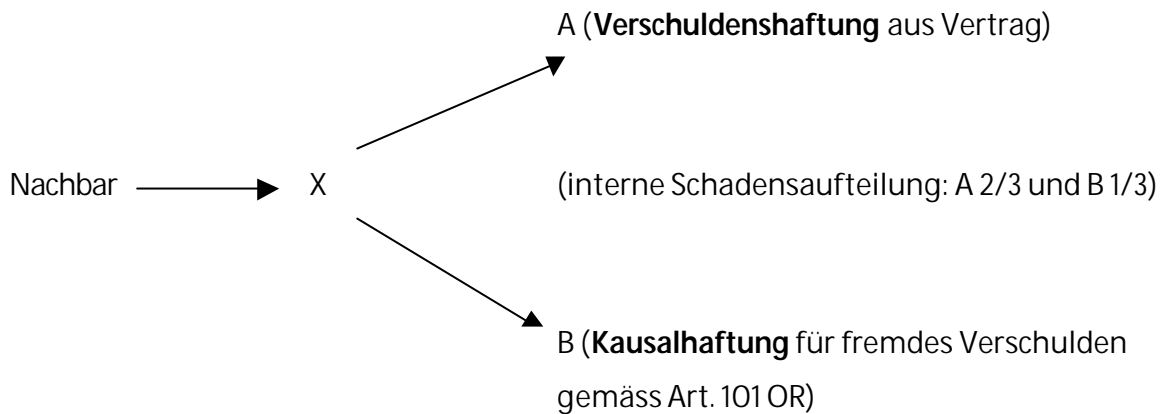
Fraglich ist jedoch, wer den beim Nachbarn eingetretenen Schaden endgültig tragen muss bzw. welche Regressansprüche zwischen den beteiligten Haftpflichtigen bestehen. Dies beantwortet sich nach dem **Innenverhältnis**, das heisst, es kommt auf das Verhältnis zwischen den Schädigern an.

T haftet gegenüber dem Nachbarn nach der Verschuldenshaftung von Art. 41 OR. X haftet dem Nachbar sowohl nach der Werkeigentümerhaftung (Art. 58 OR) als auch nach der Haftung des Grundeigentümers gemäss (Art. 679 ZGB). Laut Art. 51 Abs. 2 OR trägt in erster Linie derjenige den Schaden, der ihn durch unerlaubte Handlung verschuldet hat. Weil T nach der Verschuldenshaftung gemäss Art. 41 OR haftet, trägt er deshalb in erster Linie den Schaden. X trifft kein Verschulden, weshalb er lediglich aufgrund einfacher Kausalhaftungen (Art. 58 OR, Art. 679 ZGB) und damit erst in zweiter Linie haftbar gemacht werden kann.

Falls X vom Nachbarn in Anspruch genommen wird, hat er einen Schaden, für den wiederum A aus Auftragsrecht und B aus Werkvertragsrecht haftpflichtig sind. A weil er die Arbeitsabläufe nicht richtig koordiniert hat und somit seine vertragliche Sorgfaltspflicht verletzt hat (OR 97). B weil seine Subunternehmer ein mangelhaftes Werk hergestellt haben.

X kann deshalb, wenn er vom Nachbar in Anspruch genommen wird, diesen Schaden wiederum auf A und B Abwälzen. Das heisst, der Schaden von X wird aufgrund der Höhe

des Verschuldens zwischen den beiden Beteiligten A und B aufgeteilt. Die Schadensaufteilung zwischen A und B erfolgt je nach Gewichtung des Verschuldens des Architekten A. Da das Verschulden des A nicht als sehr gross zu qualifizieren ist, würde es sich im vorliegenden Fall rechtfertigen, zwei Drittel des Schadens dem aus Verschulden haftenden A und einen Drittel Schadens dem kausalhaftpflichtigen B aufzuerlegen (vgl. Nef, S. 216 - 219).



Frage B) Unachtsamkeit des Chauffeurs C

a) Ansprüche von X gegen den Öllieferanten O nach Art. 184 ff. i.V.m. Art. 97 und Art. 101 OR

aa) Theorie (vgl. Nef, S. 120 f.)

Art. 97 ff. enthalten die allgemeinen Haftungsnormen für Vertragsverletzungen. Der Gläubiger kann vom Schuldner Schadenersatz fordern, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind (vgl. dazu die eingehenden Ausführungen vorne) :

- Vertrag;
- Vertragsverletzung;
- Schaden;
- Natürlicher und adäquater Kausalzusammenhang;
- Verschulden.

Wer die Erfüllung eines Vertrages durch eine **Hilfsperson** vornehmen lässt, haftet für deren Verhalten, wie wenn er selbst gehandelt hätte (vgl. Art. 101 Abs. 1 OR; Hilfspersonenhaftung).

bb) Falllösung

Zwischen X und dem Öllieferanten O besteht ein Kaufvertrag nach Art. 184 ff. OR. Der Öllieferant hat den Vertrag nicht gehörig erfüllt, was zu einem Schaden führte. Der Schaden von X besteht zum einen darin, dass er den defekten Tank ersetzen muss. Zweitens ist das Erdreich verschmutzt worden, was aufgrund der Sanierungskosten zu einer Vermögensverminderung führt. Ein Schaden ist somit gegeben. Auch die Vertragsverletzung durch O ist offensichtlich. Weiter ist der adäquate Kausalzusammenhang gegeben, denn das Überfüllen des Tankes ist nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet, den eingetretenen Schaden (Kosten für den Ersatz des Tanks, Sanierungskosten des verschmutzten Erdreichs) zu bewirken. Zu prüfen bleibt das Verschulden des Öllieferanten, es ist m.a.W. zu fragen, ob im vorliegenden Fall ein Abweichen vom Durchschnittsverhalten eines korrekten und vernünftig arbeitenden Öllieferanten vorliegt. Eine solche Abweichung und damit ein Verschulden ist auf Seiten des Öllieferanten nicht gegeben, weshalb er nicht nach Art. 97 OR haftbar gemacht werden kann. O hat aber nach der Hilfspersonenhaftung von Art. 101 OR für das Verschulden seines Mitarbeiters und Chauffeurs C einzustehen, wie wenn er selbst gehandelt hätte. Der Chauffeur hat den Tank aus Unachtsamkeit überfüllt. Es ist die Aufgabe eines korrekt und professionell arbeitenden Chauffeurs eines Öllieferanten dafür zu sorgen, dass (u.a. durch Einschalten einer Überfüllsicherung) nicht zu viel Öl in eine Heizungsanlage eingefüllt wird. Der Chauffeur C, der als Hilfsperson des Öllieferanten O zu qualifizieren ist, trifft ein grobes Verschulden, das aufgrund der Bestimmung von Art. 101 OR dem O zuzurechnen ist.

Damit haftet der Öllieferant O gegenüber X aus Art. 184 i.V.m. Art. 101 Abs. 1 OR.

b) Ansprüche des Nachbarn gegen den Öllieferanten O bzw. den Chauffeur C nach Art. 55 bzw. Art. 41 OR

Zwischen dem Nachbarn und dem Öllieferanten besteht kein Vertrag; es kommen daher lediglich ausservertragliche Ansprüche in Betracht.

Der Öllieferant kann unter Umständen aufgrund der Geschäftsherrenhaftung nach Art. 55 OR (vgl. zu den Voraussetzungen im einzelnen die Ausführungen bei Fall 2) in Anspruch genommen werden: Der Schaden, die Widerrechtlichkeit und der adäquate Kausalzusammenhang sind gegeben: Der Nachbar hat einen Schaden an seinem Eigentum erlitten, wobei das Überfüllen des Öltanks adäquat kausal für diesen Schaden ist. Dieser Eingriff in das absolut geschützte Rechtsgut Eigentum des Nachbarn ist widerrechtlich. Auch ist ein funktioneller Zusammenhang zwischen der Verrichtung und der schädigenden Handlung der Hilfsperson C gegeben. Ferner wird zwischen dem Geschäftsherrn O und seinem Angestellten und Chauffeur C ein Subordinationsverhältnis bestehen (z.B. Arbeitsvertrag). Ein Verschulden wird nicht vorausgesetzt. Haftungsbe gründende Ursa-

che ist eine Sorgfaltspflichtverletzung des Geschäftsherrn, welche vom Gesetz vermutet wird. Im vorliegenden Fall wird der Geschäftsherr den Sorgfaltsbeweis nicht erbringen können, denn er wird nicht beweisen können, die nötige Sorgfalt sowohl in der Auswahl, der Instruktion als auch der Überwachung seines Mitarbeiters aufgebracht zu haben, denn der Geschäftsherr hat dafür zu sorgen, dass der Vorgang des richtigen Einfüllens von Öl ordnungsgemäss und durch zuverlässige Mitarbeiter erfolgt.

Der Öllieferant O haftet somit gegenüber dem Nachbarn aus Art. 55 OR.

Der Nachbar kann auch direkt gegen den Chauffeur C nach Art. 41 OR vorgehen. Eine detaillierte Erörterung der Haftungsvoraussetzungen (Schaden, Widerrechtlichkeit, adäquater Kausalzusammenhang, Verschulden) erübrigt sich, da alle Voraussetzungen klar gegeben sind.

Der Chauffeur C haftet damit gegenüber dem Nachbarn aus Art. 41 OR.

c) Ansprüche des Nachbarn gegen X nach Art. 58 OR und Art. 679 ZGB

Es kann auf die obigen Ausführungen verwiesen werden. X haftet sowohl nach Art. 58 OR als auch nach Art. 679 ZGB für den beim Nachbarn entstandenen Schaden.

d) Mehrheit von Haftpflichtigen

Dem Nachbarn stehen drei verschiedene Haftpflichtige gegenüber: Öllieferant O, Chauffeur C und Grund- und Werkeigentümer X. Im **Aussenverhältnis** gilt auch hier, dass der Nachbar grundsätzlich von allen drei Haftpflichtigen den gesamten Schaden verlangen darf, dieser aber nur einmal ersetzt wird.

Im **Innenverhältnis** haftet aufgrund von Art. 51 Abs. 2 OR in erster Linie der Chauffeur C, weil ihn ein Verschulden trifft. X und der Öllieferant O haften aufgrund einer Kausalhaftung, d.h. verschuldensunabhängig. Sie beide trifft kein Verschulden, weshalb sie den Schaden erst in zweiter Linie zu tragen haben. Werden sie vom Nachbar (z.B. aufgrund ihrer besseren finanziellen Situation) als erste in Anspruch genommen, können sie daraufhin Regress auf den Chauffeur C nehmen.

Urteilkopf

BGE 116 II 305

55. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 6. Juni 1990 i.S. Y.
gegen X. (Berufung)

Inhaltsverzeichnis			
Regeste		Erwägungen	Seiten
- Deutsch	Sachverhalt	Erwägung 2	305 307 308 309
- Français		Erwägung 3	310 311 312 313 314
- Italiano		Erwägung 4	315
		Erwägung 7	

Seite 305 (BGE_116_II_305)

I. Regeste

Werkvertrag; Sachgewährleistung des Unternehmers; Weisung des Bestellers hinsichtlich des Beizugs eines Unterakkordanten; Bestimmung des Herabsetzungsbetrages (**Art. 368 und 369 OR**).

1. Weisung des Bestellers über den Beizug eines Unterakkordanten (E. 2c/aa). Wann gelten Vorbehalte gegenüber einer diesbezüglichen Weisung als Abmahnung? (E. 2c/bb). Ausnahmen von der Abmahnungspflicht (E. 2c/cc).

2. Wahlrecht des Bestellers nach **Art. 368 OR**. Machen die Parteien von der dispositiven Natur dieser Regelung Gebrauch und vereinbaren einen Vorrang des Nachbesserungsrechtes, verliert der Besteller seine Ansprüche auf Wandelung oder Minderung, wenn er dem Unternehmer keine Gelegenheit zur Nachbesserung gibt (E. 3a). Die Gewährung einer neuen oder die Erstreckung einer laufenden Garantiefrist stellt keine Nachbesserung dar. Wirkung der Garantieabsprache (E. 3c).

3. Bestimmung des Herabsetzungsbetrages nach **Art. 368 Abs. 2 OR**. Wann können die den Herabsetzungsbetrag übersteigenden Nachbesserungskosten als Mangelfolgeschaden geltend gemacht werden? (E. 4a).

4. Beginn der Zinspflicht hinsichtlich des zurückzuerstattenden Werklohnes sowie des Betrages zur Deckung des Mangelfolgeschadens (E. 7).

II. Sachverhalt

A- X. erstellte in den Jahren 1972 bis 1977 ein Bürogebäude.
Die Ausführung der Metallfassade, der Verglasung und der

Seite 307 (BGE_116_II_305)

Sonnenstoren wurde Y. übertragen. Die Herstellung und Montage besorgte als dessen Unterakkordantin die M. AG. Ab Frühjahr 1978 zeigten sich Mängel an den Sonnenstoren.

B.- Am 21. Mai 1979 klagte X. gegen Y. auf Nachbesserung, eventuell

Beseitigung der Storen oder Kostenersatz für deren Selbstbeseitigung sowie Rückerstattung des Werkpreises, subeventuell auf Minderung.

Mit Klageänderung vom 6. Februar 1984 verlangte X. von Y. die Bezahlung von Fr. 1'511'510.65 als Ersatz der Behebungskosten, des Minderwerts und anderer Schäden bzw. als Rückerstattung des bezahlten Werklohnes, ferner von Fr. 200'753.95 für Schäden am Mobiliar, die Errichtung eines provisorischen Sonnenschutzes und den Mehrverbrauch der Klimaanlage sowie von Fr. 50'000.-- für Expertenkosten und Umtriebe.

In seiner Klageantwort und Widerklage beantragte Y., auf die Klage mangels Passivlegitimation nicht einzutreten, ihn eventuell zu ermächtigen, die Nachbesserung vorzunehmen oder, sofern dies nicht mehr möglich sei, die Klage abzuweisen, sowie die widerklageweise Verurteilung der Klägerin zur Tilgung seiner restanzlichen Werklohnforderung von Fr. 354'883.35.

C.- Das Zivilgericht des Kantons Basel-Stadt schützte am 30. März 1987 die Klage im Umfange von Fr. 968'954.95 nebst Zins und erklärte die Widerklage, deren Forderung es vollumfänglich zur Verrechnung zuliess, als dahingefallen.

Das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt änderte am 16. Juni 1989 dieses Urteil hinsichtlich der Zinsforderung, bestätigte es im übrigen und wies die Mehrforderung der Klägerin sowie die Widerklage des Beklagten als unbegründet ab.

D.- Die vom Beklagten gegen dieses Urteil erhobene eidgenössische Berufung heisst das Bundesgericht teilweise gut, soweit es darauf eintritt.

III. Auszug aus den Erwägungen:

Aus den Erwägungen:

Erwägung 2

2.- c) Der Unternehmer im Werkvertrag schuldet ein mängelfreies Werk und hat sich bei dessen Mangelhaftigkeit je nach Erheblichkeit der Mängel die Wandelung des Vertrages oder die Herabsetzung des Werklohnes gefallen zu lassen oder kann zur Nachbesserung des Werks verpflichtet werden; bei Verschulden haftet er überdies für den Mangelfolgeschaden (**Art. 368 OR**). Überträgt er die Erstellung des Werkes als Hauptunternehmer

Seite 308 (BGE_116_II_305)

einem Drittunternehmer, der zum Besteller nicht in ein Vertragsverhältnis tritt, hat er für den Arbeitserfolg dieses Subunternehmers oder Unterakkordanten als seines Erfüllungsgehilfen einzustehen. Er haftet kausal gegenüber den unmittelbaren Gewährleistungsansprüchen des Bestellers und gegenüber Ansprüchen auf Ersatz von Mangelfolgeschaden gemäss **Art. 101 OR** (BGE 107 II 439; GAUCH, Der Werkvertrag, 3. Aufl. 1985, S. 41 Rz. 146, S. 289 Rz. 1022, S. 291 Rz. 1027 und S. 356 ff. Rz. 1333 ff.; derselbe, Ein Bauwerk - mehrere Unternehmer, ZBJV 118/1982 S. 65 ff., 80 ff.; GAUTSCHI, N 21a zu **Art. 364 OR**). Davon gehen zu Recht auch die Vorinstanz und die Parteien aus.

Der Beklagte beruft sich auf **Art. 369 OR**. Danach entfallen die Sachgewährleistungsansprüche des Bestellers, wenn er durch Weisungen, die er entgegen den ausdrücklichen Abmahnungen des Unternehmers über die Ausführung erteilte, oder auf andere Weise die Mängel selbst zu vertreten hat.

aa) Nach den Feststellungen der Vorinstanz wünschte die Klägerin bzw. ihr Architekt, die Ganzmetallstoren seien von der M. AG herzustellen und zu montieren, obgleich der Beklagte hierfür einen anderen Subunternehmer vorgeschlagen hatte. Das Appellationsgericht erblickt darin zutreffend eine Weisung im Sinne von **Art. 369 OR**. Eine Weisung kann namentlich auch den Beizug bestimmter Unterakkordanten zum Gegenstand haben (GAUCH, Werkvertrag, S. 364 Rz. 1366 und S. 382/3 Rz. 1452 ff.).

bb) Die Sachgewährleistung des Unternehmers entfällt nach **Art. 369 OR** im allgemeinen bloss, wenn der Besteller trotz ausdrücklicher Abmahnung (avis formel, espresso parere) an seiner Weisung festhält. Eine ausdrückliche Abmahnung ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nur anzunehmen, wenn eine eindeutige Willenskundgabe des Unternehmers vorliegt, aus welcher der Besteller schliessen muss, dass der Unternehmer die Verantwortung für die vorgeschriebene Ausführung ablehne (**BGE 95 II 50**). In der Literatur werden an die Willenserklärung teilweise weniger strenge Anforderungen gestellt; doch wird jedenfalls die Mitteilung verlangt, die Weisung sei fehlerhaft, weil sich aus ihrer Befolgung (möglicherweise) ein Werkmangel ergebe (GAUCH, Werkvertrag, S. 366 Rz. 1373). Die Frage, ob die Anforderungen an die Abmahnung entsprechend zu mildern seien, kann vorliegend jedoch offenbleiben. Keine Abmahnung ist ein allgemeiner Vorbehalt des Unternehmers, er würde technisch anders vorgehen oder er hätte einen anderen Subunternehmer vorgezogen (GAUCH,

Seite 309 (BGE_116_II_305)

Werkvertrag, S. 366 Rz. 1373). Solche Vorbehalte können lediglich dann eine Abmahnung darstellen, wenn sie die Weisung im Hinblick auf den vertraglichen Arbeitserfolg beanstanden, wenn sie mindestens Bedenken äussern, der vorgeschriebene Subunternehmer biete nicht die erforderliche Gewähr für eine mängelfreie Ausführung.

Aufgrund ihrer Beweiswürdigung hält die Vorinstanz nicht als erstellt, dass der Beklagte solche Bedenken vorgetragen hätte. Er sei über die Weisung bloss unglücklich gewesen, was eine Verstimmung zwischen ihm und der Subunternehmerin bewirkt habe. Wenn der Beklagte demgegenüber ausführt, er habe sich gegen den Beizug der M. AG energisch zur Wehr gesetzt, unterstellt er einen Sachverhalt, der von den verbindlichen Feststellungen des Appellationsgerichts abweicht und daher im Berufungsverfahren unbeachtet zu bleiben hat. Zudem macht der Beklagte selbst nicht geltend, die Fähigkeiten der vorgeschriebenen Subunternehmerin in Frage gestellt zu haben. Der vom Beklagten angerufenen Literaturstelle bei GAUCH (Werkvertrag, S. 382 Rz. 1453) lässt sich lediglich die Auffassung entnehmen, der Unternehmer könne seine Bedenken gegen die Fähigkeiten oder Zuverlässigkeit eines vorgeschriebenen Subunternehmers auch damit begründen, dieser sei ihm unbekannt. Damit sagt er aber nicht aus, bereits der Einwand der fehlenden persönlichen Bekanntschaft genüge als Abmahnung. Zu Recht verneint daher das Appellationsgericht eine ausdrückliche Abmahnung, an welche grundsätzlich strenge Anforderungen zu stellen sind (**BGE 95 II 51 E. d**).

cc) In seinem Eventualstandpunkt macht der Beklagte geltend, eine Haftungsbefreiung sei auch ohne Abmahnung eingetreten, da die Weisung sachverständig erteilt worden sei, und zudem nicht er, sondern die Klägerin Anlass gehabt hätte, an den Fähigkeiten der Subunternehmerin zu zweifeln.

Die gesetzliche Regelung beruht auf der Vorstellung, dass im Werkvertragsrecht der Sachverstand beim Unternehmer liegt. Sie ist jedoch dann einzuschränken, wenn die konkreten Verhältnisse dieser Vorstellung nicht entsprechen, insbesondere der massgebende Sachverstand dem Besteller (oder seinen Hilfspersonen) zuzurechnen ist. Nach Lehre und Rechtsprechung wird der Unternehmer von seiner Haftung auch dann befreit, wenn er eine Abmahnung unterlassen hat, es sei denn, er habe die Fehlerhaftigkeit der Weisung erkannt oder hätte sie erkennen müssen (nicht publizierter Entscheid des Bundesgerichts vom 20. März 1990 i.S. J. M. AG c).

Seite 310 (BGE_116_II_305)

J. Z.; GAUCH, Werkvertrag, S. 369 ff. Rz. 1388 ff.). Diese für den Bereich der technischen Ausführungsweisungen zutreffende Auffassung kann indessen nicht unbesehen auf Weisungen über den Beizug eines Subunternehmers übertragen werden. Hier steht nicht die Frage des Sachverstands, sondern diejenige nach den einschlägigen Erfahrungen im Vordergrund; dies gilt jedenfalls insoweit,

als der vorgeschriebene Subunternehmer nicht wegen seiner Unerfahrenheit, seiner ungenügenden (personellen oder maschinentechnischen) Kapazität oder seiner Branchenfremdheit allgemein als ungeeignet erscheint, die Leistung zu erbringen. Eignet sich der vorgeschriebene Subunternehmer für die auszuführende Arbeit, haftet der Hauptunternehmer ausnahmsweise ohne Abmahnung dann nicht, wenn zwar nicht er, aber der Besteller kraft einschlägiger Erfahrung und Kenntnis Bedenken gegen diesen haben musste (GAUCH, Werkvertrag, S. 382 Rz. 1454). Den tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz sind indessen keine Anhaltspunkte zu entnehmen, welche auf eine allgemeine Unfähigkeit der vorgeschriebenen Subunternehmerin oder auf konkrete Bedenken der Klägerin gegen deren Fähigkeiten oder Zuverlässigkeit schliessen liessen.

Weiter ist zu beachten, dass die Funktionsstörungen der Ganzmetallstoren und damit die Mängel der Anlage nach den verbindlichen Feststellungen des Appellationsgerichts auf einen Verschleiss des Führungslagers der Scherenglieder zurückzuführen und damit in erster Linie werkstoffbedingt waren. Die Haftungsbefreiung des Beklagten könnte daher ohne ausdrückliche Abmahnung nur eintreten, wenn ihm auch hinsichtlich der technischen Ausführung bzw. des zu verwendenden Werkstoffes eine sachverständige Weisung erteilt worden wäre, deren Fehlerhaftigkeit er weder erkannte noch hätte erkennen müssen. Dies stellt das Appellationsgericht jedoch nicht fest. Namentlich schliesst es zu Recht aus der Tatsache, dass die Storen von der Klägerin und der Subunternehmerin gemeinsam im Windkanal auf Lärmwirkungen und aerodynamisches Verhalten geprüft wurden, nicht auf eine solche Weisung. Ein offensichtliches Versehen im Sinne von **Art. 63 Abs. 2 OG** liegt dabei nicht vor, wenn die Vorinstanz aus den erhobenen Beweisen angeblich unzutreffende Schlüsse zieht (**BGE 104 II 74**). Die vorinstanzliche Beweiswürdigung ist für das Bundesgericht im Berufungsverfahren verbindlich (**Art. 55 Abs. 1 lit. c und Art. 63 Abs. 2 OG**; **BGE 113 II 55** mit Hinweisen).

dd) Offenbleiben kann, ob Art. 29 Abs. 5 der SIA-Norm 118 (Ausgabe 1977) zu einem anderen Ergebnis führen würde, da diese

Seite 311 (BGE_116_II_305)

Ausgabe der genannten Allgemeinen Vertragsbedingungen unbestritten nicht Vertragsbestandteil bildete.

ee) Das Appellationsgericht verneint das Vorliegen verschiedener vom Beklagten behaupteter Mängelursachen (Schadstoffablagerungen, ungenügende Wartung, Entfernung der ursprünglichen Fabrikschmierung) und damit den natürlichen Kausalzusammenhang. Es handelt sich dabei um eine im Berufungsverfahren nicht überprüfbare Tatfrage (**BGE 113 II 351 E. 2a**). Soweit der Beklagte geltend machen sollte, durch die Ablehnung einer Oberexpertise zu diesen Fragen sei sein bundesrechtlicher Beweisführungsanspruch verletzt worden, übersieht er, dass **Art. 8 ZGB** bei positivem Beweisergebnis keinen Anspruch auf zusätzliche Beweiserhebungen gibt (**BGE 114 II 291**). Mangels natürlicher Kausalität stellt sich daher die Frage nicht, ob die genannten Umstände dem Risikobereich des Bestellers im Sinne von **Art. 369 OR** zuzuordnen wären oder eine Haftungsminderung des Beklagten analog **Art. 44 OR** zu begründen vermöchten (dazu GAUCH, Werkvertrag, S. 386 ff. Rz. 1469 ff.). Ebensovienig bewirkt die Tatsache, dass dem Beklagten ein bestimmter Subunternehmer vorgeschrieben wurde, für sich allein bereits eine teilweise Entlastung des Unternehmers; die Frage stellte sich bloss, wenn der Klägerin die Auswahl dieses Unterakkordanten zum Vorwurf gereichte (SPIRO, Die Haftung für Erfüllungsgehilfen, S. 167 Fn. 7), was nach dem Beweisergebnis zu verneinen ist. Schliesslich resultiert auch aus dem Umstand, dass das Gebäude der Klägerin als Rundbau architektonisch einmalig und nicht herkömmlich gestaltet ist, keine (Teil)entlastung des Unternehmers; er hat die Ausführungstauglichkeit nicht abgemahnt.

Erwägung 3

3.- Der Beklagte macht weiter geltend, die Gutheissung des

Minderungsbegehrens der Klägerin verstosse gegen Bundesrecht, da rechtsgenüchlich Nachbesserung angeboten worden sei.

a) Dem Besteller steht nach **Art. 368 OR** bei gegebenen Voraussetzungen das Wahlrecht zu, Wandelung, Minderung oder Nachbesserung zu beanspruchen (**BGE 109 II 41**). Die Regelung ist dispositiver Natur. Vorliegend haben die Parteien die SIA-Norm 118 (Ausgabe 1962) zum Vertragsbestandteil erhoben, welche in Art. 26 Abs. 2 einen Vorrang des Nachbesserungsrechtes normiert, mithin den Unternehmer in den Stand setzt, den Besteller an der Ausübung des Minderungs- oder Wandelungsrechts zu hindern, wenn er bereit und imstande ist, die Mängel frist- und sachgerecht zu beheben. Folgerichtig verliert der Besteller seine

Seite 312 (BGE_116_II_305)

Ansprüche auf Wandelung oder Minderung, wenn er eigenmächtig die Mängel selbst oder durch einen Dritten beseitigt, ohne dem Unternehmer vorher Gelegenheit zur Nachbesserung zu geben (**BGE 110 II 53** zur im Grundsatz unveränderten Regelung nach Art. 169 Abs. 1 der SIA-Norm 118, Ausgabe 1977).

Von dieser Rechtslage geht zutreffend auch das Appellationsgericht aus, hält aber dafür, der Beklagte habe seinen Nachbesserungsanspruch verwirkt, indem weder er noch seine Subunternehmerin fristgerecht eine sachgerechte Mängelbehebung angeboten hätten.

b) Soweit der Beklagte geltend macht, das Appellationsgericht würdige im Rahmen des Verwirkungstatbestandes nur das Verhalten des Hauptunternehmers, lasse jedoch ausser acht, dass die M. AG rechtsgenüchlich Nachbesserung offeriert habe und sie eine Sanierung hätte durchführen können, sind seine Einwände unbegründet. Das Appellationsgericht vertritt keine abweichende Auffassung, sondern befindet lediglich, weder der Beklagte selbst noch seine Subunternehmerin hätten innert Frist eine sachgerechte Nachbesserung angeboten. Zu prüfen bleibt daher einzig, ob das Appellationsgericht das Nachbesserungsangebot der Subunternehmerin zu Recht für ungenügend hielt, zumal der Beklagte nicht geltend macht, er selbst habe eine hinreichende Mängelbehebung offeriert.

c) Das Appellationsgericht hält für das Bundesgericht verbindlich fest (**Art. 63 Abs. 2 OG BGE 113 II 27 E. 1a**), die M. AG habe bei ihrem Angebot, die defekte Storenanlage zu sanieren, bloss an eine erweiterte Wartung gedacht. Bundesrechtskonform schliesst die Vorinstanz daraus, eine sachgerechte Nachbesserung sei nicht offeriert worden. Denn der Besteller hat sich weder mit einem Flickwerk noch mit einer blossen Behelfslösung zu begnügen (GAUCH, Werkvertrag, S. 330 Rz. 1218 und S. 336 Rz. 1245/6). Dies gilt vorliegend umso mehr, als nach den verbindlichen tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz die aufgetretenen Mängel nicht auf eine ungenügende Wartung der Anlage zurückzuführen waren.

Der Beklagte rügt in diesem Zusammenhang als offensichtliches Versehen des Appellationsgerichts, dass es die fünfjährige Garantiezusicherung der Subunternehmerin nicht beachte. Ob ein Versehen vorliegt, kann offenbleiben. Die Gewährung einer neuen oder die Erstreckung einer laufenden Garantiefrist stellt keine Nachbesserung dar. Bei rechtsgenüchlich erfolgter Mängelrüge kommt einer

Seite 313 (BGE_116_II_305)

Garantieabsprache im wesentlichen lediglich verjährungsrechtliche Bedeutung zu. Dabei übersieht der Beklagte, dass bereits eine Anerkennung der Gewährleistungspflicht, insbesondere auch der Nachbesserung, die Verjährung unterbricht. Diese Verjährungsfrist aber beträgt nach zutreffender Auffassung auch unter der Ordnung der SIA-Norm 118, Ausgabe 1962, fünf Jahre, so dass insoweit die Klägerin durch die behauptete Zusicherung einer neuen Garantiefrist ohnehin keine Verbesserung ihrer vertraglichen Rechtsstellung erlangt hätte (nicht publizierter Entscheid des Bundesgerichts vom 21. Dezember

1988 i.S. F. AG c. Kanton Zürich E. 2a entgegen [BGE 97 II 354 E. d](#); GAUCH, Werkvertrag, S. 513 Rz. 1986).

Die Subunternehmerin hat somit keine hinreichende Nachbesserung angeboten und der Beklagte sein Nachbesserungsrecht mit Ablauf der angemessen gesetzten Frist verwirkt. Dabei kann offenbleiben, ob die Klägerin sich überhaupt mit einer Nachbesserungsanfrage der Subunternehmerin hätte begnügen müssen, wenn der Beklagte als ihr Vertragspartner seine Gewährleistungspflicht weiterhin bestritt.

d) Zutreffend führt schliesslich das Appellationsgericht aus, da der Beklagte sein Nachbesserungsrecht verwirkt habe, sei rechtlich bedeutungslos, ob die Ersatzlösung der Klägerin unter betrieblichen Gesichtspunkten grössere Vorteile als die sanierte, ursprüngliche Anlage gebracht habe. Die diesbezügliche Kritik des Beklagten ist daher unbegründet, soweit sie zufolge unzulässiger neuer tatsächlicher Vorbringen nicht ohnehin unbeachtlich ist (**Art. 55 Abs. 1 lit. c OG**; [BGE 111 II 473 E. 1c](#)). Jedenfalls erübrigt sich eine diesbezügliche Ergänzung des Sachverhalts (**Art. 64 Abs. 1 OG**) mangels Rechtserheblichkeit.

Erwägung 4

4.- Den Minderungs- oder Herabsetzungsbetrag beziffert das Appellationsgericht mit Fr. 1'274'714.-. Dieser Betrag entspricht den Kosten der Drittnachbesserung. Der Beklagte kritisiert diese Berechnungsweise.

a) Der Herabsetzungsbetrag nach **Art. 368 Abs. 2 OR** entspricht der proportionalen Kürzung der Vergütung um das Mass des Minderwertes des Werkes ([BGE 111 II 162](#); GAUCH, Werkvertrag, S. 317 ff. Rz. 1154 ff.). Deckt sich der objektive Wert des mängelfrei gedachten Werkes mit der vertraglichen Vergütung, entspricht die Minderung auch betragsmässig dem Minderwert (GAUCH, Werkvertrag, S. 323 Rz. 1182). Aufgrund einer tatsächlichen Vermutung darf mit der Vorinstanz davon ausgegangen

Seite 314 (BGE_116_II_305)

werden, der Minderwert des Werkes entspreche den Kosten der Mängelbehebung ([BGE 111 II 164 E. c](#)).

Die Vorinstanz geht an sich zutreffend von einem Gesamtwerk aus. Sie beachtet aber nicht, dass die Parteien für die Storenanlage im Werkvertrag offensichtlich eine eigene und in sich geschlossene Vergütung vereinbart haben. Diese gibt die Klägerin selbst mit Fr. 1'566'266.- an. Darin sollen ebenfalls die Kosten der Steuerungsanlage enthalten sein, welche ihrerseits nicht mängelbehaftet sein und nach den ursprünglichen Darlegungen der Klägerin einen Wert von Fr. 450'000.- aufweisen soll. Die Vorinstanz äussert sich zum objektiven Minderwert des Werkes nicht. Insbesondere geht aus ihren tatsächlichen Feststellungen nicht hervor, ob der Minderwert des Gesamtwerkes den Wert des Werkteils Storenanlage überstieg und weshalb. Ist dies nicht der Fall, kann der Herabsetzungsbetrag von vornherein nicht höher sein als die für die Storenanlage geschuldete Vergütung bzw. die proportionale Kürzung dieser Vergütung um den Minderwert der Storenanlage unter Berücksichtigung des Restwerts der mängelfreien Steuerungsanlage. Daran ändert auch die Anlehnung an die Nachbesserungskosten nichts, denn der Herabsetzungsbetrag hat nach **Art. 368 Abs. 2 OR** dem Minderwert des Werks und nicht den Verbesserungskosten zu entsprechen (GAUCH, Werkvertrag, S. 324 Rz. 1184 ff.). Liegen die Verbesserungskosten über dem relativ ermittelten Herabsetzungsbetrag, fallen sie nicht unter den Begriff der Minderung (GAUCH, Werkvertrag, S. 324 Rz. 1188). Diesfalls aber sind sie dem Besteller auch nicht unter dem Titel eines Schadenersatzes zu vergüten, da er mit der Ausübung seines Minderungsrechtes den Nachbesserungsanspruch verliert und infolgedessen auch denjenigen auf Ersatz von Nachbesserungskosten bei Selbstverbesserung ohne richterliche Ermächtigung ([BGE 107 II 55 E. 3](#)), sofern diese Kosten den nach **Art. 368 Abs. 2 OR** zu berechnenden Herabsetzungsbetrag übersteigen (GAUCH, Werkvertrag, S. 325/6 Rz. 1192 ff.). Ein solcher Anspruch bleibt dem Besteller vielmehr nur gewährt, wenn er seinerseits auf dem Nachbesserungsanspruch beharrt und die

Drittkosten bei Selbstverbesserung als Mangelfolgeschaden geltend macht. Übt er dagegen sein Wahlgestaltungsrecht zugunsten der Minderung aus, beschränkt sich sein Anspruch auf den Herabsetzungsbetrag nach **Art. 368 Abs. 2 OR** (vgl. **BGE 109 II 41/2**). Darüber hinausgehende Nachbesserungskosten kann er diesfalls auch nicht als Mangelfolgeschaden geltend machen, ist der zum Ersatz beanspruchte

Seite 315 (BGE_116_II_305)

Aufwand doch im Mangel selbst begründet und nicht dessen Folge (GAUCH, Werkvertrag, S. 351 Rz. 1315).

Erwägung 7

7.- Insoweit die Klägerin aus ihrem Minderungsanspruch den geleisteten Werklohn teilweise zurückfordern kann, schuldet der Beklagte diesen Betrag nebst Zins (analog **Art. 208 OR**; GAUCH, Werkvertrag, S. 312 Rz. 1129). Auf dem Betrag zur Deckung des Mangelfolgeschadens schuldet er Schadenszins (**BGE 81 II 519 E. 6**). Die Zinspflicht beginnt im ersten Fall im Zeitpunkt des Empfangs der rückzuerstattenden Vergütung, im zweiten Fall mit dem Eintritt des Schadens. Von dieser Rechtslage geht zutreffend auch die Vorinstanz aus. Insoweit ist die Berufung unbegründet.

Inhaltsverzeichnis			
Regeste		Erwägungen	Seiten
- Deutsch		Erwägung 2	305 307 308 309
- Français	Sachverhalt	Erwägung 3	310 311 312 313 314
- Italiano		Erwägung 4	315
		Erwägung 7	