

Protokoll: lic. iur. M. Splisgardt

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

D-ARCH

Fall 1

Die Käuferin K erwarb mit Kaufvertrag vom 13. Dezember 1999 von V eine Liegenschaft in X (Grundbuchparzelle Nr. 1386), umfassend ein Wohnhaus mit 604m² Gebäudefläche, Hofraum und Garten. Der Kaufpreis belief sich auf Fr. 450'000. Vor dem Verkauf hatte V diverse Renovationsarbeiten durchführen lassen. In Ziff. 8 des Kaufvertrages wurde die Gewährleistung für körperliche und rechtliche Mängel des Kaufgrundstücks im gesetzlich zulässigen Rahmen ausgeschlossen. Der Besitzantritt wurde auf den 1. Januar 2000 festgelegt. In der Folge traten in der Liegenschaft Mängel infolge von Feuchtigkeitseinwirkungen auf. In einer Expertise wurde darauf hingewiesen, dass in den untersuchten Proben verschiedene Pilze festgestellt wurden, u.a. eine Gattung, die beim Einatmen als Allergene wirken. Der mit der Abklärung der Schäden beauftragte Architekt A ermittelte einen Aufwand von Fr. 185'400 zur Beseitigung der Mängel. K klagte V am 14. November 2001 vor Bezirksgericht auf Bezahlung von 149'433 zuzüglich Zins ein. K monierte insbesondere, dass das am 12. Oktober 2000 geborene Kind eine allergische Reaktion auf die im feuchten Milieu des Hauses vorkommenden Schimmelpilze aufweise, da sich die Hals-, Nasen-, Ohren- und Lungensymptomatik trotz gezielter Behandlung nicht besserte, riet der Arzt der Familie dringend, so rasch als möglich einen Wohnungswechsel zu vollziehen

Hatte K mit seiner Klage Erfolg (vgl. dazu BGE 130 III 686)?

Fall 1

§ 1 Literatur und Anhang

- Urs Ch. Nef, Obligationenrecht für Ingenieure und Architekten, Zürich 2000, insb. S. 20-23, 28-29, 37-44, 88, 114-115, 120-121, 139-142.
- BGE 130 III 686 (Alle veröffentlichten Bundesgerichtsentscheide sind im Übrigen im Internet unter www.bger.ch abrufbar.)

§ 2 Problemkreise

- Vertragsabschluss
- Gültigkeit des Vertrages
- Kauf einer Liegenschaft
- Eigentumsübertragung
- Gewährleistung
- Verjährung der Gewährleistung
- Wegbedingung der Haftung

§ 3 Theoretische Grundlagen und Lösungsskizze

I. Vertrag

1. Vertragsabschluss

Zum Abschluss eines Vertrages ist die **übereinstimmende gegenseitige Willensäusserung** der Parteien erforderlich (**Art. 1 OR**; Nef, S. 37 f.). Die zeitlich erste Willensäusserung wird als Antrag (Offerte) bezeichnet, die zweite als Annahme (Akzept; Nef, S. 39 f.).

Im vorliegenden Fall haben K und V einen Kaufvertrag über ein Grundstück abgeschlossen. Mit dem Kaufvertrag verpflichtet sich der Verkäufer, der Käuferin den Kaufgegenstand zu übergeben und ihr das Eigentum daran zu verschaffen, und die Käuferin, dem Verkäufer den Kaufpreis zu bezahlen (Art. 184 OR).

Verträge kommen grundsätzlich mit dem Konsens über die wesentlichen Vertragspunkte, d.h. mit der Einigung der Parteien zustande. Verträge sind formfrei gültig, sie bedürfen nur dann einer Form, wenn das Gesetz dies ausdrücklich vorschreibt (Art. 11 OR). Der Grundsatz der Formfreiheit fliesst aus dem Prinzip der Privatautonomie insbesondere der Vertragsfreiheit (Nef, S. 73 ff.).

Es sind drei verschiedene Arten von gesetzlichen Formvorschriften zu unterscheiden (Nef, S. 87 f.):

- **Einfache Schriftlichkeit:** Die Willenserklärungen müssen schriftlich festgehalten werden, zudem muss diejenige Vertragspartei, welche mit dem Vertrag eine Verpflichtung eingeht, unterschreiben (das sind meistens beide Vertragsparteien; Art. 13 OR).
- **Qualifizierte Schriftlichkeit:** Es sind neben der Schriftlichkeit weitere Formelemente, wie z.B. die eigenhändige Niederschrift, nötig (Bsp.: Testament).
- **Öffentliche Beurkundung:** Der Notar ("Urkundsperson" mit hoheitlichen Befugnissen) hält dabei u.a. fest, dass der Vertragsinhalt dem Willen der Parteien entspricht. Der Kanton räumt einer Person das Recht ein, als Notar hoheitlich tätig zu sein und regelt das genaue Verfahren der öffentlichen Beurkundung.

Mit einer gesetzlichen Formvorschrift können verschiedene Zwecke verfolgt werden. Die Parteien werden vor überstürzt abgeschlossenen Rechtsgeschäften abgehalten. Ausserdem werden die Parteien gezwungen, ihren Willen klar zu äussern. Dadurch wird die Gefahr von Irrtümern und weiteren Mängeln eingeschränkt. Das trägt zur Verhütung von Streitfällen bei. Öffentlich beurkundete Kaufverträge über ein Grundstück stellen zudem eine zuverlässige Grundlage für den Eintrag im Grundbuch dar.

In Art. 216 OR schreibt das Gesetz für Kaufverträge über Immobilien (Grundstücke) eine Form, nämlich die öffentliche Beurkundung vor. Die wesentlichen Vertragspunkte müssen von der gesetzlichen Formvorschrift erfasst werden. Beim Kauf sind dies primär die Bezeichnung der Vertragsparteien, des Kaufgegenstandes, des Kaufpreises und des Willens der Parteien einen Kaufvertrag abzuschliessen.

2. Gültigkeit des Vertrages

Ist ein Vertrag durch den Austausch übereinstimmender Willensäusserungen entstanden, stellt sich die Frage, ob er auch gültig zustande gekommen ist, d.h. ob er nicht an einem rechtlichen Mangel leidet. Nichtig sind Verträge u.a. dann, wenn sie einen unmöglichen, widerrechtlichen oder gegen die guten Sitten verstossenden Inhalt haben (**Art. 20 OR**; Nef S. 76 ff.), oder wenn die oben erwähnten gesetzlichen Formvorschriften nicht eingehalten wurden. Anfechtbar sind Verträge z.B. dann, wenn sie mit einem Willensmangel behaftet sind (**Art. 23 ff. OR**).

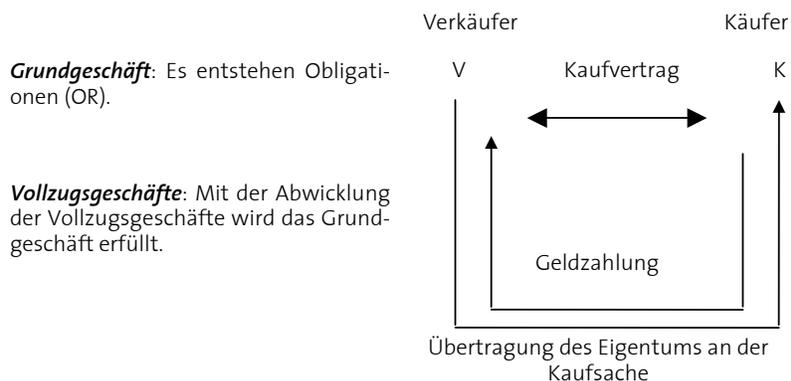
3. Kauf einer Liegenschaft im Besonderen

a) Vorbemerkung betreffend obligatorische und dingliche Rechte

Dingliche Rechte sind Rechte, die direkt auf die Sache gehen. Sie sind absolute Rechte, das heisst, sie können gegenüber jedermann durchgesetzt werden. Bei Sachenrechten (z.B. Eigentum), welche im vierten Teil des ZGB geregelt sind, handelt es sich um solche **absolute Rechte** (Nef, S. 21 ff.).

Obligatorische Rechte dagegen binden nur Personen, welche miteinander in einem Schuldverhältnis stehen. Es sind relative Rechte, welche nur einem konkreten Schuldner entgegengehalten werden können.

Beim Kauf eines Grundstückes sind somit zwei Vorgänge zu unterscheiden (vgl. Nef, S. 26 ff.):



b) Das Grundgeschäft (vorliegend Kaufvertrag)

Ein Vertrag kommt wie oben ausgeführt (§ 3.1.1; S. 3) durch den Austausch von übereinstimmenden Willensäusserungen der Parteien zustande (Art. 1 OR). Der Kaufvertrag über ein Grundstück ist in den Art. 216 ff. OR geregelt. Dieser bedarf einer besonderen Form, nämlich der öffentlichen Beurkundung (Art. 216 Abs. 1 OR). Bei der öffentlichen Beurkundung hält der Notar fest, dass der Vertragsinhalt dem Willen der Parteien entspricht. Die Abwicklung der öffentlichen Beurkundung ist Gegenstand des kantonalen öffentlichen Rechts. Der Bund bestimmt aber, in welchen Fällen ein Geschäft öffentlich beurkundet werden muss (z.B. der Abschluss eines Grundstückkaufvertrages).

Nach Vertragsabschluss ist immer noch der Verkäufer Eigentümer des fraglichen Grundstückes. Der Vertragsabschluss begründet lediglich die Verpflichtung des Verkäufers, dem Käufer das Eigentum am Grundstück zu übertragen und die Verpflichtung des Käufers den Kaufpreis zu bezahlen. Diese Verpflichtungen sind rechtlich erzwingbar (Obligationen).

c) Das Vollzugsgeschäft (Eigentumsübertragung)

Die Eigentumsübertragung an Immobilien (Grundstücken) erfolgt mit dem Eintrag ins Grundbuch (Art. 656 Abs. 1 ZGB; Das Eigentum an Mobilien geht dagegen bereits mit der Besitzesübertragung auf den Erwerber über, Art. 714 Abs. 1 ZGB).

Der Verkäufer eines Grundstücks ist vertraglich verpflichtet, beim Grundbuchverwalter die Eigentumsübertragung anzumelden. Daraufhin erfolgt die Aufnahme in das Tagebuch. Erst nach Prüfung des Eintragungsgesuches durch den Grundbuchverwalter erfolgt der Eintrag auf dem Grundstücksblatt des Hauptbuches. Die Anmeldung hat vorbehaltlos und schriftlich zu erfolgen. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann die Anmeldung zur Eintragung ins Tagebuch nicht mehr einseitig widerrufen werden. Der Verkäufer hat also der Anmeldung sicherzustellen, dass er zu seinem Geld kommt (Leistung Zug um Zug, Garantie, Bankcheck usw.). Dem Verkäufer steht für die Kaufpreisforderung immerhin das Recht auf ein gesetzliches Pfandrecht zu (mittelbares gesetzliches Pfandrecht, Art. 837 Ziff. 1 ZGB; Verkäuferpfandrecht). Falls der Verkäufer das Geschäft nicht anmelden will, kann der Käufer auf Erfüllung des Kaufvertrages klagen.

Mit der Eintragung im Grundbuch hat der Käufer das Eigentum am Grundstück erworben. Der Zeitpunkt der Eintragung im Hauptbuch wird auf den Eintrag im Tagebuch zurückbezogen.

II. Gewährleistung

1. Allgemein

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

a) Vertrag

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

b) Vertragsverletzung

Dieser **Vertrag** muss durch den Schädiger (Schuldner) **verletzt** worden sein. Art. 97 OR kommt somit zur Anwendung, wenn der Schuldner den Vertrag **nicht oder "nicht gehörig"** erfüllt hat.

c) Schaden

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**).

d) Adäquater Kausalzusammenhang

Zwischen dem Schaden und der schuldhaften Vertragsverletzung (haftungsbegründende Ursache) muss sowohl ein **natürlicher wie ein adäquater Kausalzusammenhang** bestehen. Der natürliche Kausalzusammenhang ist gegeben, wenn die schuldhaftige Vertragsverletzung notwendige Ursache für den Schaden gewesen ist: ohne schuldhaftige Vertragsverletzung kein Schaden. Der adäquate Kausalzusammenhang versteht sich als den natürlichen Kausalzusammenhang 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.

e) Verschulden

Den Schuldner muss bezüglich der Vertragsverletzung ein **Verschulden (= haftungsbegründende Ursache)** treffen. Der Begriff des Verschuldens beinhaltet ein vom Gesetz missbilligtes Verhalten. **Subjektive Voraussetzung** für den Verschuldensvorwurf 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 (Objektivierung) in der konkreten Situation (Individualisierung) verhalten hätte. Abgeleitet wird dieses Vorgehen 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 Schuldner haftet, wenn er nicht beweist, dass ihn keinerlei Verschulden trifft.

2. Gewährleistung im Kaufrecht im Besonderen

a) Vorbemerkung betreffend Übergang von Nutzen und Gefahr beim Kaufvertrag

Nach Art. 185 Abs. 1 OR gehen Nutzen und Gefahr der Sache – bereits – mit dem Abschluss des Kaufvertrages auf den Erwerber über, sofern nicht besondere Verhältnisse oder Verabredungen eine Ausnahme begründen.

Mit dieser Regelung stellt Art. 185 OR im Kaufrecht eine Ausnahme von der grundsätzlichen Gefahrtragungsnorm dar. Gemäss der allgemeinen Gefahrtragungsnorm von **Art. 119 OR** gilt nämlich **grundsätzlich** die Forderung als erloschen, soweit durch Umstände, die der Schuldner nicht zu verantworten hat, seine Leistung unmöglich geworden ist (Abs. 1). Bei zweiseitigen Verträgen haftet der hiernach freigewordene Schuldner für die bereits empfangene Gegenleistung aus ungerechtfertigter Bereiche-

rung und verliert die noch nicht erfüllte Gegenforderung (Abs. 2). Ausgenommen sind die Fälle, in denen die Gefahr nach Gesetzesvorschrift oder nach dem Inhalt des Vertrages vor der Erfüllung auf den Gläubiger übergeht (Abs. 3).

Ist jedoch für die Übernahme eines Grundstückes durch den Käufer ein bestimmter Zeitpunkt vertraglich festgestellt, so wird gemäss Art. 220 OR im Kaufvertragsrecht wiederum vermutet, dass Nutzen und Gefahr erst mit diesem Zeitpunkt auf den Käufer übergehen (siehe für den Kaufvertrag, Nef, S. 137 ff.).

b) Bei unmittelbarem Schaden Kausalhaftung

Der Verkäufer haftet bei unmittelbaren Schäden ohne Verschulden und unterliegt damit gegenüber der allgemeinen Vertragshaftung nach Art. 97 OR einer schärferen Haftung.

Gemäss **Art. 197 i.V.m. Art. 221 OR** haftet der Verkäufer dem Käufer vorliegend sowohl für die zugesicherte Eigenschaften als auch dafür, dass die Sache nicht körperliche oder rechtliche Mängel habe, die ihren Wert oder ihre Tauglichkeit zu dem vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder erheblich mindern (Abs. 1). Er haftet auch dann, wenn er den Mangel nicht gekannt hat (Abs. 2).

Ein Sachmangel i.S.v. Art. 197 Abs. 1 OR bedeutet eine Abweichung zwischen Ist- und Sollzustand der Sache. Der Verkäufer haftet dem Käufer für alle Mängel, die den Wert oder die Tauglichkeit des Kaufgegenstandes zum vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder erheblich vermindern. Was unter vorausgesetztem Gebrauch zu verstehen ist, kann nicht allgemein beantwortet werden, ergibt sich aber aus dem Vertrag selbst, aus der Art des Kaufgegenstandes sowie aus den Vertragsverhandlungen. Im Zweifelsfall ist auf den gewöhnlichen Gebrauch desselben abzustellen. Ob schliesslich ein erheblicher Sachmangel vorliegt, der die Sachgewährleistung auslöst, beurteilt sich nach den Umständen des konkreten Falls, der vertraglichen Umschreibung sowie der Verkehrsanschauung.

Die Gewährleistungsansprüche stehen dem Käufer somit auch dann zu, wenn der Käufer hinsichtlich der Mängel an der Kaufsache kein Verschulden trifft (Kausalhaftung; Nef, S. 141 und 161).

Der Verkäufer V würde der Käuferin K grundsätzlich – **falls er die Haftung nicht wie im vorliegenden Fall wegbedungen hätte** – auch ohne Verschulden für alle Schäden am gekauften Wohnhaus haften, welche auf die Feuchtigkeitseinwirkungen zurückzuführen sind.

aa) Mängelrüge

Nach **Art. 201 OR** soll der Käufer, sobald es nach dem üblichen Geschäftsgang tunlich ist, die Beschaffenheit der empfangenen Sache prüfen und, falls sich Mängel ergeben, für die der Verkäufer Gewähr zu leisten hat, diesem sofort Anzeige machen (Abs. 1). Versäumt dies der Käufer, so gilt die gekaufte Sache als genehmigt, soweit es sich nicht um Mängel handelt, die bei der übungsgemässen Untersuchung nicht erkennbar waren (Abs. 2). Ergeben sich später solche Mängel, so muss die Anzeige sofort

nach der Entdeckung erfolgen, widrigenfalls die Sache auch rücksichtlich dieser Mängel als genehmigt gilt (Abs. 3).

Unterlässt der Käufer eine rechtzeitige Prüfung bzw. Mängelrüge, so gilt die Kaufsache gemäss Art. 201 Abs. 2 und 3 OR somit als genehmigt und der Käufer verliert seine Gewährleistungsansprüche (vgl. Nef, S. 140).

Zweck der Norm von Art. 201 OR ist, ein gewisser Ausgleich zur strengen Gewährleistungspflicht des Verkäufers gemäss Art. 197 OR zu schaffen, die rasche Erfüllung des Kaufvertrages zu ermöglichen sowie die Beweislage zu erleichtern.

Sachmängel, wie die in diesem Fall zur Diskussion stehenden Schäden aus Feuchtigkeitseinwirkungen, wären nach der strengen bundesgerichtlichen Rechtsprechung wohl grundsätzlich – **wenn die Haftung nicht wie im vorliegenden Fall vertraglich ausgeschlossen worden wäre** – noch am gleichen Tag der Entdeckung, spätestens jedoch am darauffolgenden Tag, dem Verkäufer anzuzeigen gewesen, da ansonsten die Gewährleistungsansprüche untergegangen wären.

bb) Verjährung der Mängelrechte

Laut **Art. 210 OR** verjähren die Klagen auf Gewährleistung wegen Mangel der Sache **im Allgemeinen** mit Ablauf **eines Jahres** nach deren Ablieferung an den Käufer, selbst wenn dieser die Mängel erst später entdeckt, es sei denn, dass der Verkäufer eine Haftung auf längere Zeit übernommen hat (Abs. 1). Die Einreden des Käufers wegen vorhandener Mängel bleiben bestehen, wenn innerhalb eines Jahres nach Ablieferung die vorgeschriebene Anzeige an den Verkäufer gemacht worden ist (Abs. 2). Die mit Ablauf eines Jahres eintretende Verjährung kann der Verkäufer nicht geltend machen, wenn ihm eine absichtliche Täuschung des Käufers nachgewiesen wird (Abs. 3).

Gemäss **Art. 219 Abs. 3 OR** verjährt die Pflicht zur Gewährleistung für die Mängel eines **Gebäudes** im Besonderen mit dem Ablauf von **fünf Jahren**, vom Erwerb des Eigentums an gerechnet.

Problematisch sind die Normen von Art. 210 und 219 Abs. 3 OR für den Käufer einer Liegenschaft vorliegend deshalb, weil es in der Praxis oft vorkommt, dass Mängel an einem Haus erst nach fünf Jahren entdeckt werden, die Gewährleistungsrechte zu diesem Zeitpunkt jedoch bereits von Gesetzes wegen verjährt sind.

c) Bei mittelbarem Schaden Verschuldenshaftung

Nach **Art. 208 Abs. 3 OR** ist der Verkäufer verpflichtet, den weiteren Schaden bzw. mittelbaren Schaden bzw. Mangelfolgeschaden zu ersetzen, sofern er nicht beweist, dass ihm keinerlei Verschulden zur Last falle.

Im vorliegenden Fall würden somit als weiterer Schaden grundsätzlich die Arztkosten für die Behandlung der Allergie des Kindes sowie der finanzielle Aufwand in Frage kommen, der für die Miete einer neuen Wohnung bzw. eines anderen Hauses entsteht (vgl. OR 97).

3. Haftungsfreizeichnung

- a) Beispiele von vertraglich ausbedingten Haftungsbeschränkungen
- Das Unternehmen haftet nur bei Verschulden.
 - Haftung für Mängel, die durch Hilfspersonen (z.B. Subunternehmer) verursacht werden, ist ausgeschlossen.
 - Das Unternehmen haftet nicht für Mangelfolgeschäden.
 - Das Unternehmen haftet nur für bestimmte Mängel, z.B. nur für Materialfehler.
 - Der Besteller hat – im Werkvertragsrecht – keine Wandelungs- und Minderungsrechte, sondern nur ein Nachbesserungsanspruch.
 - Das Unternehmen trägt bei Mängeln nur die Arbeits- und Materialkosten.

b) Grundsätzlich Vertragsfreiheit

Im vorliegenden Fall wurde in Ziff. 8 des Kaufvertrages die Gewährleistung für körperliche und rechtliche Mängel des Kaufgrundstückes im gesetzlich zulässigen Rahmen ausgeschlossen. Prinzipiell gilt auch in Bezug auf die Haftungsfreizeichnung Vertragsfreiheit i.S.v. Art. 19 OR (vgl. zur Vertragsfreiheit, Nef, S. 73 ff.), womit der hier erfolgte Haftungsausschluss grundsätzlich zulässig ist.

c) Gesetzliche Schranken

Gemäss Art. 100 Abs. 1 OR ist jedoch eine im Voraus getroffene Vereinbarung, welche die Haftung für rechtswidrige Absicht oder grobe Fahrlässigkeit ausschliesst, nichtig (vgl. auch die Schranken von Art. 100 Abs. 2 und 101 Abs. 3 OR). Im Kaufrecht gilt sodann im Speziellen Art. 199 OR, wonach eine Vereinbarung über Aufhebung oder Beschränkung der Gewährspflicht ungültig ist, wenn der Verkäufer dem Käufer die Gewährsmängel arglistig verschwiegen hat. Grobe Fahrlässigkeit kann im Kaufrecht – im Gegensatz zum allgemeinen Vertragsrecht – ausgeschlossen werden.

Die Sachgewährleistungsvorschriften sind im Kaufvertragsrecht somit nicht zwingender Natur und können deshalb erweitert, eingeschränkt oder durch eine Freizeichnungsklausel wegbedungen werden. Im Kaufrecht ist allein bei einer absichtlichen Täuschung die Wegbedingung der Sachgewährleistungspflicht ungültig (Art. 199 OR).

d) Auslegung von Freizeichnungsklauseln nach dem Vertrauensprinzip

Ob beide Parteien in ihrer Vereinbarung den Ausschluss der Haftung oder deren Beschränkung gewollt haben, ist nach dem Vertrauensgrundsatz gemäss Art. 18 OR auszulegen (vgl. Nef, S. 49 ff.). Gemäss Art. 18 Abs. 1 OR ist bei der Beurteilung eines Vertrages sowohl nach Form als nach Inhalt der übereinstimmende wirkliche Wille und nicht die unrichtige Bezeichnung oder Ausdrucksweise zu beachten, die von den Par-

teien aus Irrtum oder in der Absicht gebraucht wird, die wahre Beschaffenheit des Vertrages zu verbergen.

Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist bei Freizeichnungsklauseln, die sich z.B. in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) befinden nach der „Unklarheitsregel“ (Nef, S. 53 f.) sowie nach dem Grundsatz vorzugehen, dass Vereinbarungen, die vom nicht zwingenden Recht abweichen, im Zweifel eng auszulegen sind, insbesondere, wenn sie die Stellung des (schwächeren) Kunden verschlechtern.

Siehe nun im Folgenden den Entscheid des Bundesgerichtes betreffend Auslegung der Freizeichnungsklausel im vorliegenden Fall (insbesondere S. 692 f.).

§ 4 Lösung: Entscheid des Bundesgerichtes (BGE 130 III 686)

Seite 686 (BGE_130_III_686)

Regeste

Art. 199 OR; Kaufvertrag; Gewährleistungsausschluss.

Grundsätze und Praxis zur Bestimmung der Tragweite einer Freizeichnungsklausel nach dem Vertrauensprinzip (E. 4.3.1). Rückweisung an die Vorinstanz zur Ergänzung der tatsächlichen Feststellungen über im massgeblichen Zeitpunkt vorhandene Mängel des Kaufgegenstandes (E. 4.3.2).

Sachverhalt

A.- (Klägerin, Käuferin) erwarb mit Kaufvertrag vom 13. Dezember 1999 von B. (Beklagte, Verkäuferin) die Liegenschaft "... in X. (Parzelle Nr. 1386, Plan 11 Grundbuch X.), umfassend ein Wohnhaus und 604 m² Gebäudegrundfläche, Hofraum und Garten. Der Kaufpreis belief sich auf Fr. 450'000.-. Vor dem Verkauf hatte die Verkäuferin diverse Renovationsarbeiten durchführen lassen. In Ziffer 8 des Kaufvertrages wurde die Gewährleistung für körperliche und rechtliche Mängel des Kaufgrundstücks im gesetzlich zulässigen Rahmen ausgeschlossen. Der Besitzesantritt wurde auf den 1. Januar 2000 festgelegt.

In der Folge traten in der Liegenschaft Mängel in Form von Feuchtigkeitserscheinungen und deren Auswirkungen auf. Im Frühjahr 2001 beauftragte die Käuferin den Architekten L., die Schäden am Wohnhaus in einem Privatgutachten festzustellen und eine Grobschätzung für die Instandstellung vorzunehmen. Der Gutachter ermittelte in seinem Bericht vom 26. April 2001 einen Aufwand von Fr. 148'400.- zur Mängelbeseitigung. In einem Nachtrag vom 22. September 2001 stellte er zudem an diversen Stellen im und am Haus Schimmelpilzbildungen und sonstige Feuchtigkeitsspuren fest und legte die Sanierungskosten auf weitere Fr. 37'000.- fest.

Die Käuferin belangte die Verkäuferin am 14. November 2001 vor Bezirksgericht Landquart auf Bezahlung von Fr. 149'433.- bzw. eines Betrages

nach richterlichem Ermessen nebst Zins. Auf Gesuch der Klägerin auf Sicherstellung eines gefährdeten Beweises hin behielt sich der Bezirksgerichtspräsident in der Beweisverfügung vom 23./25. Januar 2002 die Anordnung einer Expertise vor. Darauf reichte die Klägerin ein Wiedererwägungsgesuch sowie ein ärztliches Zeugnis ein, nach dem davon auszugehen sei, dass ihr am 12. Oktober 2000 geborenes Kind eine allergische Reaktion auf die im feuchten Wandmilieu des Hauses vorkommenden Schimmelpilze aufweise; da sich die Hals-, Nasen-, Ohren- und Lungensymptomatik trotz gezielter Behandlung nicht besserte, habe der Arzt der Familie dringend geraten, so rasch wie möglich einen Wohnungswechsel zu vollziehen. Mit Verfügung vom 5. März 2002 hiess der Bezirksgerichtspräsident das Gesuch um Sicherstellung des gefährdeten Beweises gut und beauftragte den Experten M. mit der Beweissicherung. Dieser stellte in allen untersuchten Proben sehr reichlich Kolonien oder Sporen verschiedener Pilze fest, unter

Seite 688 (BGE_130_III_686)

anderem auch einer Gattung, die beim Einatmen als Allergene wirke. Mit Urteil vom 20. August 2003 wies das Bezirksgericht die Klage ab.

Eine gegen dieses Urteil erhobene kantonalrechtliche Berufung der Klägerin wies das Kantonsgericht von Graubünden am 17. Februar 2004 ab. Es kam zum Ergebnis, der Gewährleistungsausschluss sei wirksam. Die Ausschlussklausel sei insbesondere nicht unwirksam, weil der Mangel gänzlich ausserhalb dessen liege, womit ein Erwerber vernünftigerweise rechnen müsse.

Die Klägerin beantragt mit eidgenössischer Berufung, das Urteil des Kantonsgerichts aufzuheben und die Klage gutzuheissen, eventuell die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Das Bundesgericht heisst die Berufung teilweise gut.

Auszug aus den Erwägungen:

Erwägung 4

4. Die Parteien streiten sodann darüber, ob die Mängel der verkauften Liegenschaft vom Wirkungsbereich des vertraglich vereinbarten Gewährleistungsausschlusses erfasst werden.

4.1 Die Vorinstanz bejahte dies. Sie erwog, im Zeitpunkt des Übergangs von Nutzen und Gefahr seien nach dem Beweisergebnis keine nicht dem Alter des Hauses entsprechenden Mängel erkennbar gewesen. Selbst wenn eine vom Experten M. beanstandete, vor rund 20 Jahren angebrachte Innenisolation wegen Feuchtigkeitsproblemen erfolgt wäre, habe die Beklagte davon ausgehen können, diese werde fachgemäss angebracht. Sie habe demnach keinen Anlass gehabt, nach verdeckten Mängeln zu suchen, nachdem auch keine Reklamationen seitens der Mieter erfolgt seien, die das Haus vor dem Kauf durch die Klägerin bewohnt hatten.

4.2 Die Klägerin macht dagegen geltend, die in der Liegenschaft vorhandenen Mängel erwiesen sich als überaus gravierend und erheblich. Sie seien in hohem Masse gesundheitsschädigend und machten das Bewohnen des Hauses unzumutbar. Ihre Behebung verursache Kosten in der Höhe eines Drittels des Kaufpreises der Liegenschaft. Sie lägen daher auch bei einem älteren Haus ausserhalb dessen, womit vernünftigerweise zu rechnen sei, und würden vom Gewährleistungsausschluss nicht erfasst. Entscheidend sei dafür,

dass im Zeitpunkt des Übergangs von Nutzen und Gefahr derartige Mängel vorhanden waren. Dies habe das Kantonsgericht in Verletzung von Bundesrecht verkannt, indem es erwogen habe, die

Seite 689 (BGE_130_III_686)

Aufhebung der Gewährleistung erweise sich als gültig, da im Zeitpunkt des Übergangs von Nutzen und Gefahr keine Mängel erkennbar gewesen seien und die Beklagte keinen Anlass gehabt habe, nach versteckten Mängeln zu suchen. Es habe mit der Erkennbarkeit der Mängel auf ein nicht massgebliches Kriterium abgestellt. In der Folge habe es **Art. 8 ZGB** verletzt, indem es den Antrag verwarf, zu den wesentlichen Fragen des tatsächlichen Vorliegens von Mängeln und deren Ursachen sowie zur Feststellung der Kosten für deren Beseitigung eine Expertise durchzuführen. Der von der Vorinstanz ermittelte Sachverhalt sei daher im Sinne von **Art. 64 OG** zu ergänzen.

4.3 Diese Rügen erscheinen als begründet. Zur Beurteilung, ob ein bestimmter Mangel unter den Gewährleistungsausschluss fällt, muss einerseits ermittelt werden, ob und in welchem Ausmass er im massgeblichen Zeitpunkt des vereinbarten Besitzantritts tatsächlich vorhanden war (zum massgeblichen Zeitpunkt vgl. **Art. 220 OR**; GIGER, Berner Kommentar, N. 42 zu **Art. 197 OR**; HONSELL, Basler Kommentar, N. 11 zu **Art. 197 OR**; SCHUMACHER/RÜEGG, in: Alfred Koller [Hrsg.], Der Grundstückskauf, 2. Aufl., Bern 2001, S. 230 Rz. 162). Andererseits ist zu beurteilen, ob der Mangel in den vertraglich festgelegten Wirkungsbereich der Gewährleistungsausschlussklausel fällt. Welchen Umfang eine Freizeichnungsklausel hat, ist eine Frage der Vertragsauslegung (vgl. [BGE 126 III 59](#) E. 5a; [109 II 24](#) E. 4).

4.3.1 Die Vorinstanz hat hinsichtlich der Tragweite der Freizeichnungsklausel keinen übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien festgestellt. Die Klausel ist daher nach dem Vertrauensprinzip so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durfte und musste. Dabei handelt es sich um eine Rechtsfrage, die das Bundesgericht frei überprüfen kann ([BGE 130 III 66](#) E. 3.2; [126 III 59](#) E. 5b, 119 E. 2a S. 120; [107 II 161](#) E. 6b, je mit Hinweisen).

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung fällt ein Mangel bei objektivierter Auslegung dann nicht unter den Gewährleistungsausschluss, wenn er gänzlich ausserhalb dessen lag, womit ein Käufer vernünftigerweise rechnen musste. Dabei hängt von den konkreten Umständen des Einzelfalls ab, womit ein Käufer zu rechnen hat ([BGE 126 III 59](#) E. 4a; [107 II 161](#) E. 6c/d S. 164 mit Hinweisen; vgl. dazu auch GIGER, a.a.O., N. 10 zu **Art. 199 OR**). Es

Seite 690 (BGE_130_III_686)

kommt für die Auslegung wesentlich darauf an, zu welchem erkennbaren Zweck jemand einen Gegenstand gekauft hat. Insofern sind Mängel, die eine Sache weitgehend für den vorgesehenen Gebrauch untauglich machen, anders zu werten als solche, die diesen zwar erschweren, aber dennoch zulassen. Für die

Beurteilung der Frage, ob ein bestimmter Mangel unter den Gewährleistungsausschluss fällt oder nicht, ist deshalb auf den wirtschaftlichen Zweck des Kaufvertrages abzustellen (**BGE 72 II 267** E. 3 S. 269; vgl. zum Ganzen auch das Urteil 4C.273/1995 vom 1. November 1995, E. 4a, ZBGR 77/1996 S. 330 ff.). Dementsprechend hat das Bundesgericht in [BGE 107 II 161](#) E. 6e S. 165 bei der Beurteilung der Frage, ob ein Mangel gänzlich ausserhalb dessen lag, womit der Käufer vernünftigerweise rechnen musste, auch das Ausmass des Schadens berücksichtigt.

Damit ein Mangel von einer allgemein formulierten Freizeichnungsklausel nicht erfasst wird, genügt es nicht, dass er unerwartet ist; er muss auch den wirtschaftlichen Zweck des Geschäfts erheblich beeinträchtigen (Urteil vom 1. November 1995, a.a.O., E. 4a). Dies heisst allerdings nicht, dass zunächst ohne Rücksicht auf das Ausmass des Mangels zu beurteilen ist, ob er seiner Art nach gänzlich ausserhalb von dem liegt, womit vernünftigerweise zu rechnen ist, und erst, wenn dies bejaht wurde, in einem zweiten Schritt zu prüfen wäre, ob der wirtschaftliche Zweck des Vertrages im Sinne einer kumulativen Voraussetzung erheblich beeinträchtigt wird. Vielmehr ist im Rahmen einer einheitlichen gesamthaften Beurteilung festzustellen, ob der Käufer mit den Mängeln einer bestimmten Art im vorhandenen Ausmass rechnen musste. - Auch wenn ein Käufer, der ein Haus zu Wohnzwecken erwirbt, mit Mängeln einer bestimmten Art grundsätzlich rechnen muss, heisst dies nicht, dass er mit ihnen auch in einem Ausmass rechnen muss, welches das Haus weitgehend für den vorgesehenen Wohnzweck untauglich macht.

Die Frage, ob ein Mangel einer Liegenschaft den wirtschaftlichen Zweck des Vertrages erheblich beeinträchtigt, kann grundsätzlich nicht ohne Rücksicht auf das Verhältnis zwischen dem Kaufpreis für das mutmasslich mängelfreie und für den vorausgesetzten Gebrauch taugliche Kaufobjekt und den Kosten einer allfälligen Mängelbehebung zur Herstellung der Tauglichkeit zum vorausgesetzten Gebrauch beantwortet werden. Vorbehalten bleibt immerhin der Fall, dass ein Verkäufer den Kaufpreis mit Rücksicht auf eine Freizeichnungsklausel

Seite 691 (BGE_130_III_686)

und das Alter der Liegenschaft tief ansetzt. Unter dieser Voraussetzung können auch im Verhältnis zum Kaufpreis relativ hohe Mängelbehebungskosten den wirtschaftlichen Zweck des Vertrages kaum erheblich beeinträchtigen. Dass die Beklagte vorliegend den Preis entsprechend tief angesetzt habe, lässt sich indessen den vorinstanzlichen Sachverhaltsfeststellungen nicht entnehmen (**Art. 63 Abs. 2 OG**).

Freizeichnungsklauseln haben im Allgemeinen die Funktion, dem Verkäufer zu ermöglichen, seine Gewährleistung nicht für die uneingeschränkte Qualität der Kaufsache erbringen zu müssen, weil er das Risiko von Mängeln selber nicht einschätzen kann (Urteil des Bundesgerichts vom 1. November 1995, a.a.O., E. 4b). Insbesondere beim Verkauf von Altbauten besteht regelmässig ein entsprechendes Bedürfnis und wird denn auch im Regelfall jede Gewährleistung ausgeschlossen (SCHUMACHER/RÜEGG, a.a.O., S. 225 Rz. 137). Mit Rücksicht darauf übt die bundesgerichtliche Rechtsprechung mit der Annahme, dass ein Mangel völlig ausserhalb dessen lag, womit vernünftigerweise zu rechnen war, und daher nicht unter die Klausel fällt, allgemein Zurückhaltung. Der Richter darf eine Freizeichnungsklausel insbesondere nicht schon für unwirksam erklären, weil sie gegen sein

Gerechtigkeitsempfinden verstösst.

In **BGE 72 II 267** hat das Bundesgericht einen allgemeinen Gewährleistungsausschluss hinsichtlich eines gebrauchten, ohne die erforderliche Bewilligung auf Holzgas umgebauten Lastwagens als wirksam erachtet, obwohl der Käufer in der Folge die Bewilligung für die Inbetriebnahme nicht erhielt; der Käufer hätte, nachdem gesetzliche Bestimmungen über die Bewilligung des Umbaus erlassen worden waren, mit ihnen rechnen müssen (**BGE 72 II 267** E. 3 S. 269 f.). In einem weiteren Fall schützte das Bundesgericht die allgemein formulierte Freizeichnungsklausel für Bauland, auf dem eine Ölverschmutzung mit Sanierungskosten von über 10 % des Kaufpreises von Fr. 3 Mio. zu Tage trat; das Gericht hielt dafür, es sei mit einem entsprechenden Mangel in seinem Ausmass zu rechnen gewesen, da den Parteien bekannt war, dass auf dem Grundstück früher ein Gewächshaus unter Verwendung einer Heizanlage betrieben wurde (**BGE 107 II 161** E. 6d/e). Mit Urteil vom 1. November 1995 (a.a.O.) war sodann ein Fall zu beurteilen, in dem beim Umbau und der Erweiterung eines älteren Wohnhauses eine reparaturbedürftige Wasserleitung zum Vorschein kam, die ein öffentliches

Seite 692 (BGE_130_III_686)

Gewässer führte, dessen Bestand im Grundbuch nicht vermerkt war, und Sanierungskosten im Rahmen von zehn Prozent des Kaufpreises verursachte. Das Bundesgericht schloss auch hier, es handle sich um einen Mangel, der nicht ausserhalb dessen liege, was nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr von der Ausschlussklausel als erfasst gelten müsse. In **BGE 126 III 59** E. 5c hatte sich das Bundesgericht ferner mit einer Freizeichnungsklausel zu befassen, die speziell formuliert war und Mängel aus der Zeit vor dem Besitz der Verkäuferin am Kaufgegenstand, einer ursprünglich wertvollen Vase, von der Gewährleistung ausschloss. Erst nach der Abwicklung des Kaufvertrags wurde bekannt, dass die Vase in der Zeit vor dem Besitz der Verkäuferin wegen eines Sprungs im obersten Bereich verkürzt und dadurch weitgehend entwertet worden war. Das Bundesgericht hielt dafür, es sei nach Treu und Glauben davon auszugehen, dass die Parteien mit einer solchen Möglichkeit rechneten, als sie die Gewährleistung für die Zeitspanne, in der die Veränderung vorgenommen worden war, ausschlossen. Anders entschied das Bundesgericht in einem Fall, in dem Land dem Preis nach unzweifelhaft als Bauland verkauft worden war, sich aber in der Folge wegen eines darauf lastenden Bauverbots als unüberbaubar erwies: Die Freizeichnungsklausel, nach der das Grundstück in dem Zustand übergeben werde, in dem es sich zur Zeit befinde, und seitens des Verkäufers für irgendwelche Mängel keine Währschaft geleistet werde, sei nur auf körperliche Mängel des Kaufgrundstücks zu beziehen. Der Käuferin sei damit nicht eindeutig zu erkennen gegeben worden, dass der Verkäufer für die Überbaubarkeit nicht habe einstehen wollen. Entsprechend liess das Bundesgericht die Berufung der Käuferin auf Grundlagenirrtum zu (**BGE 91 II 275** E. 2).

4.3.2 Der zwischen der Klägerin und der Beklagten geschlossene Kaufvertrag enthält eine allgemein formulierte Freizeichnungsklausel. Die Klägerin hat im kantonalen Verfahren geltend gemacht, das Haus habe bereits im Zeitpunkt des Übergangs von Nutzen und Gefahr versteckte Feuchtigkeitsmängel aufgewiesen, die das als Wohnhaus verkaufte Gebäude

unbewohnbar machten und deren Behebung Sanierungskosten von rund einem Drittel des Kaufpreises verursache. Sie hat damit das Vorhandensein von Mängeln behauptet, von denen im Lichte der dargestellten Praxis über die vertrauenstheoretische Ermittlung des Wirkungsbereichs von Freizeichnungsklauseln nicht ohne weiteres gesagt werden

Seite 693 (BGE_130_III_686)

kann, sie würden vom vereinbarten Gewährleistungsausschluss erfasst. Zwar ist bei einem Hauskauf grundsätzlich mit Feuchtigkeitsmängeln zu rechnen. Dies gilt besonders im vorliegenden Fall, in dem das streitbetreffende Kaufobjekt nach den vorinstanzlichen Feststellungen in einem Gebiet mit hohem Grundwasserspiegel liegt und ein gewisses Alter sowie eine bescheidene Bausubstanz aufweist. Fraglich erscheint indessen, ob die Klägerin vernünftigerweise damit rechnen musste, dass im massgeblichen Zeitpunkt entsprechende Mängel im behaupteten - und noch verbindlich festzustellenden - Ausmass vorlagen. Die Behauptungen der Beklagten hinsichtlich der im massgeblichen Zeitpunkt vorhandenen Mängel betrafen somit wesentliche Tatsachen. Dennoch traf die Vorinstanz dazu keine Sachverhaltsfeststellungen im Sinne von **Art. 63 Abs. 2 OG**. Sie hielt lediglich fest, es sei durch die Privatgutachten des Architekten L. vom 26. April 2001 und vom 22. September 2001 sowie das Beweisgutachten der M. + Partner AG vom 23. April 2002 bewiesen, dass die streitbetreffene Liegenschaft (im Zeitpunkt der Begutachtung) mit Mängeln behaftet gewesen sei. **Ihr Urteil enthält indessen keine tatsächlichen Feststellungen über die im Zeitpunkt des Besitzesertritts des Kaufobjekts am 1. Januar 2000 vorhandenen Mängel, ihre Ursachen und die Kosten zu deren Behebung. Entscheidend ist indessen zum einen, ob (versteckte) Mängel im behaupteten Ausmass im Zeitpunkt des Übergangs von Nutzen und Gefahr vorhanden waren, und zum andern, ob die Klägerin damit hätte rechnen müssen, oder ob sie völlig ausserhalb dessen lagen, womit vernünftigerweise zu rechnen war (vgl. die vorstehenden Erwägungen 4.3. und 4.3.1).** Indem die Vorinstanz erwog, die Aufhebung der Gewährleistung erweise sich als gültig, da im Zeitpunkt des Übergangs von Nutzen und Gefahr keine Mängel erkennbar gewesen seien und die Beklagte keinen Anlass gehabt habe, nach versteckten Mängeln zu suchen, verkannte sie, dass sich die gesetzliche Pflicht zur Gewährleistung auch oder gar in erster Linie auf vorhandene, aber versteckte Mängel bezieht und vorliegend zu beurteilen ist, ob die vereinbarte Freizeichnungsklausel für solche gültig ist. - Die Frage, ob Mängel nach Treu und Glauben von einer Freizeichnungsklausel nicht erfasst werden, dürfte sich bei erkennbaren Mängeln ohnehin kaum je ernsthaft stellen.

Hat die Vorinstanz damit, von ihrer unrichtigen Rechtsauffassung ausgehend, keine verbindlichen Feststellungen über das tatsächliche

Seite 694 (BGE_130_III_686)

Vorliegen der behaupteten versteckten Mängel im massgeblichen Zeitpunkt und über ihr Ausmass getroffen, ist es dem Bundesgericht nicht möglich, zu beurteilen, ob bei Übergang von Nutzen und Gefahr der streitbetreffenden

Liegenschaft Mängel vorlagen, die nach Treu und Glauben nicht mehr als vom Gewährleistungsausschluss erfasst betrachtet werden dürfen. Die Sache ist daher nach **Art. 64 OG** zur Vervollständigung der Sachverhaltsfeststellungen an die Vorinstanz zurückzuweisen. Diese wird - gegebenenfalls mittels Einholung der von der Klägerin beantragten Expertise - Feststellungen darüber zu treffen haben, ob und in welchem Ausmass im Zeitpunkt des Besitzesantritts Feuchtigkeitsmängel vorhanden waren, wobei auch deren Ursachen und die Kosten zu deren Behebung zu ermitteln sind. Anschliessend wird die Vorinstanz unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles zu beurteilen haben, ob die festgestellten Mängel nach Treu und Glauben als vom Gewährleistungsausschluss erfasst betrachtet werden dürfen (Erwägung 4.3.1 vorne), und erneut über die Klage entscheiden müssen.

Protokoll: lic. iur. M. Splisgardt

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

D-ARCH

Fall 2

H beabsichtigt, ein Mehrfamilienhaus zu erstellen. Zu diesem Zweck schliesst er drei Verträge ab: Einen ersten Vertrag mit der Architektin A für die Ausarbeitung der Pläne und die Bauleitung, einen zweiten Vertrag mit dem Ingenieur I für die Abklärung des Baugrundes sowie einen dritten Vertrag mit dem Bauunternehmen B AG für die Ausführung der Bauarbeiten. Im Vertrag mit der Architektin wird vereinbart, die SIA-Norm Nr. 102 bilde integrierenden Bestandteil des Vertrages. Gleiches wird mit dem Bauunternehmen B AG betreffend SIA-Norm Nr. 118 abgemacht.

Bei der nachträglichen Überprüfung des Fundaments und des Mauerwerks im Untergeschoss des Gebäudes kamen zahlreiche Wasserschäden zum Vorschein. Die Probleme erforderten Korrekturarbeiten, Sanierungsmassnahmen und die teilweise Nutzung des zweiten Stockwerks. Der aus den Mängeln resultierende Schaden betrug insgesamt Fr. 990'662. Er ist im wesentlichen auf die Fehlbeurteilung von I bezüglich des Baugrunds zurückzuführen.

Wer haftet für den Schaden?

Der Einzug des Mieters M verzögert sich. Welche Rechtsbehelfe stehen ihm zu und gegenüber wem?

(vgl. dazu BGE 125 III 223)

Fall 2

§ 5 Literatur

Urs Ch. Nef, Obligationenrecht für Ingenieure und Architekten, 3. Auflage, Zürich 2000, S. 124-130, 143-150, 216-219.

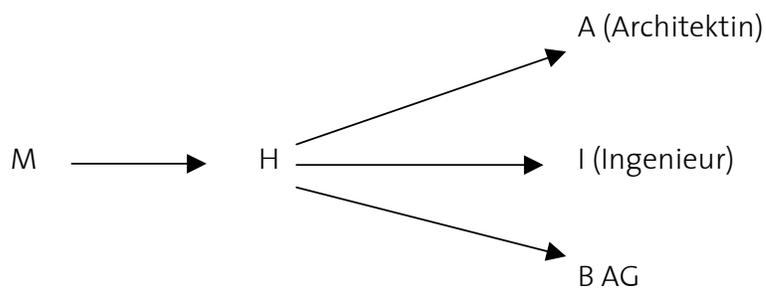
Weiterführende Literatur: Peter Gauch, Der Werkvertrag, 4. Auflage, Zürich 1996.

§ 6 Problemkreise

- Arbeitsleistungsverträge (Arbeitsvertrag, Auftrag, Werkvertrag)
- Architektenvertrag und Ingenieurvertrag im Besonderen
- Allgemeine Vertragsbedingungen und SIA-Normen 102 und 118
- Haftung aus Vertragsverletzung
- Gewährleistung beim Werkvertrag
- Mehrheit von Haftpflichtigen

§ 7 Lösungsskizze

I. Rechtsverhältnisse



II. Theoretische Grundlagen

1. Arbeitsleistungsverträge und Qualifizierung des Architektenvertrages

Ein Vertrag über Architekturarbeiten wird als **Architektenvertrag** bezeichnet. Dieser Vertrag ist im Gesetz nicht geregelt. Je nach Inhalt des Vertrages lassen sich mindestens zwei verschiedene Leistungen des Architekten erkennen:

- Planung und Projektierung des Baus (Planungsvertrag)
- Durchführung und Überwachung des Baus; Bauführung (Bauleitungsvertrag).

Der Architekt kann sich auch zur Planung **und** zur Bauleitung verpflichten (Gesamtvertrag). 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)**.

Während beim Werkvertrag Arbeit und Erfolg geschuldet ist, besteht der Inhalt des Auftrages (lediglich) in einem auf ein Ziel gerichtetes Tätigwerden des Beauftragten. Der Arbeitnehmer schliesslich schuldet dem Arbeitgeber Arbeit im Rahmen der Arbeitszeit. Ein weiteres Unterscheidungsmerkmal der drei Arbeitsleistungsverträge ist die Entgeltlichkeit. Sowohl der Unternehmer beim Werkvertrag als auch der Arbeitnehmer werden für ihre Leistungen entlohnt (Werklohn, Arbeitslohn). Der Auftrag hingegen ist unentgeltlich, sofern keine Vergütung verabredet oder üblich ist (Art. 394 Abs. 3 OR). Eine Vergütung wird heute bei Auftragsverhältnissen in der Regel vereinbart worden sein. Schliesslich können die drei Verträge durch das Kriterium der Selbst- bzw. Fremdbestimmtheit voneinander abgegrenzt werden. Der Werkunternehmer und der Beauftragte handeln grundsätzlich selbstbestimmt, d.h. ohne Weisungen des Werkbestellers bzw. Auftraggebers. Der Arbeitnehmer hingegen ist gegenüber seinem Arbeitgeber weisungsgebunden und damit fremdbestimmt. Schematisch lassen sich die Unterschiede zwischen den genannten Arbeitsleistungsverträgen wie folgt darstellen (Nef, S. 148):

Vertragsart	Geschuldete Leistung	Arbeitsausführung	entgeltlich/unentgeltlich
Werkvertrag (Art. 363 ff. OR)	Arbeit und Erfolg (insb. Berufe im Baugewerbe)	selbstbestimmt	entgeltlich
Auftrag (Art. 394 ff. OR)	Arbeit im Hinblick auf ein Ziel (z.B. Arzt, Rechtsanwalt)	selbstbestimmt	unentgeltlich/entgeltlich
Arbeitsvertrag (Art. 319 ff. OR)	Arbeit im Rahmen der Arbeitszeit	fremdbestimmt (Subordinationsverhältnis)	entgeltlich

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 der Ärztin oder dem Rechtsanwalt. Beide können keinen Erfolg – bezüglich Gesundheit oder Prozessausgang – versprechen und haften dementsprechend auch nicht für den Erfolg, sondern nur für auf ein sorgfältiges, auf ein Ziel gerichtetes Tätigwerden.

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 einen Erfolg abliefern (kunstgerechte Pläne). Hingegen unterstehen die **Planentwürfe den Regeln des Auftragsrechts nach Art. 394 ff. OR**.

Der **Bauleitungsvertrag** beinhaltet die Arbeitsvergebung, die Überwachung und die Betreuung des Bauvorgangs (Bauführung). Bei der Bauleitung gibt es viele Faktoren, die vom Bauleiter nicht beeinflusst werden können (z.B. Konkurs eines Handwerkers, was zur Verzögerung der Arbeiten führt). Der Bauleiter 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 sowohl Werkvertrags- als auch Auftrags-elemente enthält (BGE 109 II 462; BGE 110 II 380). Innominatverträge sind Verträge, die sich keinem besonderen Vertragsverhältnis nach Art. 184 ff. OR oder einer in einem anderen Gesetz geregelten Vertragsart zuordnen lassen (Nef, S. 149). Solche gesetzlich nicht geregelte Vertragstypen können von den Parteien vereinbart werden, da im Obligationenrecht die **Grundsätze der Privatautonomie** und der **Vertragsfreiheit** gelten. Das bedeutet, dass die Parteien ihrem Vertrag eine gesetzlich nicht geregelte Vertragsfigur zugrunde legen (**Typenwahlfreiheit**) und den Inhalt des Vertrages – innerhalb der Schranken des Gesetzes (vgl. Art. 19 u. 20 OR) – beliebig festlegen (**Inhaltsfreiheit**). Im Gegensatz dazu gilt etwa im **Sachenrecht ein Typenzwang**, das Gesetz zählt die möglichen sachenrechtlichen Institute abschliessend auf (Grundsatz des “*numerus clausus*”; Nef, S. 73-76). Die **Auflösung** des Gesamtvertrages richtet sich gemäss heutiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung **ausschliesslich nach Auftragsrecht (Art. 404 OR; BGE 109 II 465 f. E. c, d; BGE 110 II 382 E.2)**.

2. Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) und SIA-Normen

Unter AGB versteht man die seitens eines Verwenders vorformulierten Vertragsbestimmungen, die als Bestandteil einer Vielzahl individueller Verträge mit Kunden konzipiert sind (z.B. auch 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 deshalb verschiedene Grundsätze, z.B. für die Gültigkeit des Vertrages (**Ungewöhnlichkeitsregel**) oder für die Auslegung (**Unklarheitsregel**) aufgestellt (Nef, S. 44-46; 53-54).

Bei den SIA-Normen handelt es sich um AGB, um Rechtsvorschriften, die vom Schweizerischen Ingenieur- und Architekten-Verein herausgegeben werden. 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**. Eine solche Übernahme ist jedoch nur möglich, soweit **dispositives** Gesetzesrecht zur Anwendung gelangt. Wurden im Gesetz **zwingende** Normen (z.B. zum Schutz der schwächeren Vertragspartei) aufgestellt, können diese nicht durch AGB-Bestimmungen abgeändert werden. AGB können auch stillschweigend zum Vertragsbestandteil werden (Art. 1 Abs. 2 OR), etwa dann, wenn zwischen den Parteien langjährige Geschäftsbeziehungen bestehen und die AGB von den Parteien in früheren Fällen jeweils für anwendbar erklärt wurden.

III. Rechtsansprüche im vorliegenden Fall

1. Ansprüche des H gegen den Ingenieur I

a) Qualifizierung des vorliegenden Ingenieurvertrages

Ingenieurvertrag und Architektenvertrag sind einander sehr ähnlich. Der Ingenieurvertrag umfasst immer die Leistungen aus dem jeweiligen Fachgebiet des Ingenieurs, welche den Tiefbau wie auch den Hochbau im weitesten Sinne betreffen können. Die Ausführungen zum Architektenvertrag finden auf den Ingenieurvertrag sinngemäss Anwendung, da es um analoge Leistungen geht (Nef, S. 150; Gauch, N 48).

Für die Qualifikation des Vertrages muss somit – wie oben ausgeführt (vgl. § 7.II.1) – darauf abgestellt werden, welche Leistungen die Parteien im konkreten Ingenieurvertrag vereinbart haben. Je nachdem kann ein einfacher Auftrag (Art. 394 OR), ein Werkvertrag (Art. 363 OR), ein Innominatvertrag oder allenfalls ein gemischtes Vertragsverhältnis vorliegen.

Fraglich ist hier somit insbesondere, ob der Ingenieur I bezüglich Beurteilung des Baugrundes gegenüber H einen Erfolg gemäss 363 ff. OR (Werkvertrag) oder lediglich ein auf ein Ziel gerichtetes Tätigwerden gemäss 394 ff. OR (Auftrag) schuldete. Die körperliche Ausführung des Mehrfamilienhauses war im vorliegenden Fall nicht dem Ingenieur I, sondern dem Bauunternehmen B AG übertragen. Auch wenn sich die Fehlleistungen des Ingenieurs I in Mängeln der Baute niedergeschlagen haben, gehört deren Herstellung hier nicht zum Schuldinhalt des Ingenieurvertrages.

Vorliegend hatte der Ingenieur I „nur“ den Baugrund abzuklären. Man kann somit davon ausgehen, dass Ingenieur I bei seiner Analyse des Bodens keinen Erfolg, sondern eine sorgfältige Arbeit, die den üblichen Standards seiner Berufsgattung entsprach, schuldete. Es ist vorliegend somit zwischen Ingenieur I und H von einem einfachen Auftragsverhältnis auszugehen.

b) Haftung des Ingenieurs I

aa) Haftung im Auftragsrecht

Fraglich ist nun, ob H aufgrund der mangelhaften Beurteilung des Baugrundes durch den Ingenieur I von diesem Schadenersatz verlangen kann. Im Auftragsrecht finden sich keine besonderen Haftungsnormen (vgl. aber Art. 398 Abs. 2 OR), weshalb nachfolgend die Voraussetzungen der allgemeinen vertraglichen Verschuldenshaftung nach Art. 97 OR geprüft werden (Nef, S. 120 u. 121). Der Gläubiger kann vom Schuldner Schadenersatz fordern, wenn folgende Voraussetzungen gemäss Art. 97 OR 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, vgl. zum Schadensbegriff und den Schadensarten, Nef, S. 163-168);
- 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 haftet 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 abwei-

chende Beweislastverteilung: Der Schuldner haftet, wenn er nicht beweist, dass ihn keinerlei Verschulden trifft.

bb) Anwendung von Art. 97 i.V.m. 394 OR im vorliegenden Fall

Zwischen H und Ingenieur I bestand ein gültiger **Vertrag**.

Man muss davon ausgehen, dass in einem fachgerecht ausgeführten Mehrfamilienhaus keine Wasserschäden auftreten. Im Zweifel müsste ein Gutachten eines Sachverständigen Klarheit schaffen. Indem im Haus von H Wassereinbrüche festgestellt wurden, hat Ingenieur I den Vertrag nicht gehörig erfüllt, weshalb eine **Vertragsverletzung** vorliegt.

Die Vermögensverminderung bei H für Korrekturarbeiten, Sanierungsmassnahmen und die teilweise Umnutzung des zweiten Stockwerkes beträgt vorliegend Fr. 990'662.— (unmittelbarer **Schaden**). Fraglich ist, ob auch die Unbenutzbarkeit der Mietwohnung und damit die Verzögerung des Einzugs des Mieters M einen Schaden im Rechtssinne darstellt, den H gegenüber Ingenieur I geltend machen kann. Dies ist zu bejahen, denn im vorliegenden Fall wird der Mieter M gegen H als Vermieter vorgehen und Schadenersatz verlangen, da er nicht rechtzeitig in die Mietwohnung einziehen kann (vgl. hinten, § 6 Ziff. III.4). H wird deshalb in Bezug auf die Unbenutzbarkeit der von ihm vermieteten Wohnung eine Vermögenseinbusse erleiden, da sich der Mieter aufgrund der Wasserschäden zumindest vorübergehend nicht in der betreffenden Mietwohnung aufhalten kann (mittelbarer **Schaden**).

Weiter ist sowohl der natürliche wie auch der **adäquate Kausalzusammenhang** zwischen der Vertragsverletzung und dem eingetretenen Schaden (Fr. 990'662.—) gegeben. Bezüglich des adäquaten Kausalzusammenhanges ist von Bedeutung, dass die mangelhafte Untersuchung des Baugrundes des Ingenieurs nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet ist, den bei H entstandenen Schaden zu bewirken.

Zu prüfen bleibt das **Verschulden** von Ingenieur I. Der Ingenieur hat den Baugrund sicher nicht absichtlich (d.h. mit Wissen und Willen) fehlerhaft beurteilt. Es ist somit zu prüfen, ob der Ingenieur I fahrlässig gehandelt hat. Aus dem Sachverhalt geht hervor, dass dem Ingenieur I bei der Beurteilung des Baugrunds ein Fehler unterlaufen ist, der – wovon hier auszugehen ist – einem Ingenieur nicht unterlaufen durfte. Die mangelhafte Abklärung des Baugrundes durch den Ingenieur I stellt damit ein Abweichen vom Normverhalten und eine Verletzung der auftragsrechtlichen Sorgfaltspflicht dar, weshalb hier ein Verschulden vorliegt. Der Ingenieur I wird den Exkulpationsbeweis nicht erbringen können. **Er kann die auftragsrechtliche Haftung insbesondere nicht abwenden, indem er einwendet, er habe „nach bestem Wissen und Gewissen“ gehandelt.** Bei der Beurteilung des Verschuldens im Rahmen von vertraglichen Verrichtungen ist eben von objektiven Anforderungen wie das Handeln nach „herrschender Lehre“ oder den „Stand der Technik“ auszugehen. **Der Verschuldensbegriff ist im Privatrecht ein objektiver.**

Da alle Voraussetzungen der vertraglichen Haftung nach Art. 97 ff. OR gegeben sind, haftet der Ingenieur I gegenüber H aus Art. 394 Abs. 1. i.V.m. Art. 97 OR für den Schaden in der Höhe von insgesamt Fr. 990'662.— sowie den Schaden den H aus der Verzögerung des Mieters M beim Einzug entsteht.

c) Architektin A als Hilfsperson (Art. 101 OR) von H?

Stehen dem Architekten aufgrund des Vertrages mit dem Bauherrn Weisungsbefugnisse gegenüber dem Bauunternehmer betreffend die Bauausführung oder gegenüber dem Ingenieur betreffend seiner spezifischen Arbeiten zu, so ist der Architekt als Hilfsperson i.S.v. Art. 101 OR des Bauherrn zu qualifizieren (vgl. BGE 95 II 53 f.; allgemein zur Hilfspersonenhaftung, vgl. Nef, S. 130-132). In einem solchen Fall muss der Bauherr für schuldhaftes Fehleinschätzen des Architekten einstehen und kann Schaden in dem betreffenden Umfang nicht auf die anderen am Bau Beteiligten abwälzen, z.B. Ingenieurbüro, Bauunternehmer, usw. Werden in einem solchen Fall Ingenieur oder Bauunternehmer vom Bauherrn für den Schaden belangt, können diese einwenden, soweit ein Fehlverhalten der Hilfsperson (Architekt) vorliege, welches nach Art. 101 OR dem Bauherrn zugerechnet wird, reduziere sich nach Art. 43 Abs. 1 OR die Höhe des Schadenersatzes wegen Selbstverschuldens. Der Bauherr muss in einem solchen Fall einen Teil des Schadens selber tragen und einen zweiten Regressprozess gegen den Architekten anstrengen.

Die Architektin A könnte im vorliegenden Fall als Hilfsperson des Bauherrn H qualifiziert werden, wenn sie das Recht hatte, dem Ingenieur I Weisungen zu erteilen (Art. 101 OR). Hier geht jedoch aus dem Sachverhalt nicht hervor, dass Ingenieur I Weisungsempfänger der Architektin A war. Es ist vielmehr davon auszugehen, dass Architektin A nicht in der Lage und auch nicht berechtigt war, sich in die Facharbeit des Ingenieurs I bezüglich Beurteilung des Baugrundes einzumischen.

Vorliegend führte Ingenieur I die Abklärung des Baugrundes selbständig, d.h. ohne Weisungen der Architektin A oder des Bauherrn H aus. I wird deshalb allein haftpflichtig, wenn seine Abklärungen mangelhaft sind. Die Architektin A hat für die mangelhafte Bauausführung nicht einzustehen. Sie haftet jedoch für ihre eigenen Fehler bei der Ausarbeitung der Pläne und der Bauleitung.

2. Ansprüche des H gegen die Architektin A

Vorliegend schloss H mit der Architektin A einen Vertrag für die Ausarbeitung der Pläne sowie die Bauführung ab. Es liegt deshalb ein **Gesamtvertrag** vor, der nach der aktuellen Rechtsprechung des Bundesgerichts – wie oben erläutert – sowohl aus Werkvertrags- als auch aus Auftrags-elementen besteht. Fragen, welche das ganze Vertragsverhältnis betreffen, sind einheitlich dem geeigneteren Typus zuzuordnen (Nef, S. 150).

Die Planung des Architekten ist als Vorgang zu verstehen, der über die blosser Erstellung von Plänen hinausgeht und vor allem Tätigkeiten der Bauleitung umfasst. Da vorliegend somit die Bauleitungstätigkeit im Vordergrund steht, **sind die Bestimmungen des Auftragsrechts nach Art. 394 ff. OR anwendbar**. In diesem Fall trifft den Architekten die Sorgfaltspflicht des Beauftragten nach Art. 398 OR. Gemäss Absatz 2 dieser Bestimmung haftet der Architekt als Beauftragter gegenüber dem Bauherrn als Auftraggeber für die getreue und sorgfältige Ausführung des ihm übertragenen Geschäftes. Zu den Sorgfaltspflichten des Architekten gehört beispielsweise, dass dieser den Bauherrn zu günstigen Lösungen rät, ihn vor allfälligen Risiken warnt und ihm unter Umständen zum Abschluss einer Bauherrenhaftpflichtversicherung rät. Zudem hat der Architekt die Bauarbeiten ständig zu überprüfen. Der Architekt haftet z.B. auch für einen ungenauen Kostenvoranschlag.

Fraglich ist nun, ob dem H aufgrund einer mangelhaft verschuldeten Planung durch die Architektin A ein Schaden entstanden ist. Aus dem Sachverhalt geht vorliegend indessen nicht hervor, dass durch die Architektin A verschuldete Mängel in der Planung bzw. Bauleitung zu den Wasserschäden im Mehrfamilienhaus des H geführt haben. Demnach liegt kein Verschulden der Architektin A vor, weshalb auch eine Haftung ihrerseits gemäss Art. 394 i.V.m. 97 OR auszuschliessen ist.

H und die Architektin A haben die SIA-Norm 102 zum Vertragsbestandteil erklärt, weshalb diese vorliegend Anwendung findet. Ziff. 1.9.11 der SIA-Norm 102 lautet: "Bei verschuldet fehlerhafter Auftragserfüllung hat der Architekt dem Auftraggeber den dadurch entstandenen Schaden zu ersetzen. Dies gilt insbesondere bei Verletzung der Sorgfalts- und Treuepflicht, bei Nichtbeachtung oder Verletzung anerkannter Regeln seines Fachgebietes, bei mangelnder Koordination oder Beaufsichtigung, bei ungenügender Kostenerfassung sowie bei Nichteinhaltung von verbindlich vereinbarten Fristen oder Terminen." Auch die SIA-Norm 102 setzt damit eine von der Architektin verschuldet fehlerhafte Auftragserfüllung voraus, weshalb die Anwendung der SIA-Norm 102 für die Frage der Haftung des Architekten zu keinem anderen Ergebnis führt als das Vorgehen nach der gesetzlichen Regelung von Art. 97 OR.

3. Ansprüche des H gegen Bauunternehmen B AG

a) Vorbemerkung betreffend juristische Personen

Menschen sind nach Art. 11 ff. ZGB natürliche Personen. Sie sind Träger von Rechten und Pflichten und somit rechtsfähig, dies z.B. im Gegensatz zu Tieren und Pflanzen.

Die B AG ist ein Unternehmen, das als Aktiengesellschaft (AG) konstituiert ist. Bei der Aktiengesellschaft handelt es sich um eine juristische Person (Art. 52 ff. ZGB). Juristische Personen stellen eine rechtliche Konstruktion dar. Das Gesetz stattet sie ebenfalls 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.). Gemäss Art. 55 ZGB haften juristische wie natürliche Personen, insbesondere auch für das Verschulden ihrer Organe.

b) Ansprüche aus Werkvertrag

aa) *Unmittelbarer Schaden (Kausalhaftung)*

Zwischen H und der B AG ist ein Werkvertrag i.S.v. Art. 363 ff. OR entstanden, bei dem die B AG gegenüber H verpflichtet ist, ein Werk (Mehrfamilienhaus) zu erstellen. Das von der B AG erstellte Werk leidet an einem Mangel, der bei der Bauausführung entstanden ist und bei Mehrfamilienhaus des H zu einem unmittelbaren Schaden in der Höhe von Fr. 990'662.— geführt hat.

Die Haftung des Werkunternehmers für Mängel richtet sich nach Art. 367 ff. OR. Der Werkbesteller hat nach Ablieferung des Werkes dessen Beschaffenheit zu **prüfen** und den Unternehmer von allfälligen Mängeln in Kenntnis zu setzen (**Mängelrüge; Art. 367 OR**). Bei **rechtzeitiger** Mängelrüge hat der Besteller die **Wahl** zwischen folgenden **drei Möglichkeiten** (Art. 368 OR; Nef, S. 145 f.):

- **Wandelung (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;
- **Minderung (Abs. 2)**: Der Besteller kann einen dem Minderwert entsprechenden Abschlag am Lohn machen;
- **unentgeltliche Verbesserung (Abs. 2)**: Der Besteller kann die unentgeltliche Verbesserung verlangen, sofern diese dem Unternehmer nicht übermässige Kosten verursacht.

Die genannten Mängelrechte kann der Besteller nur für Schäden geltend machen, die am Werk selber entstanden sind (**sog. Mangelschäden; unmittelbare Schäden**). Ein Verschulden des Unternehmers ist dabei nicht Voraussetzung (**vertragliche Kausalhaftung**).

Vorliegend gibt es im Untergeschoss des Gebäudes zahlreiche Wasserschäden. Das von der B AG erstellte Werk ist damit mangelhaft. H hat nach Prüfung des Werkes den Mangel zu rügen, **und zwar sobald als möglich**, sonst sind seine Mängelrechte verwirkt (Art. 370 OR). Nach rechtzeitig vorgenommener Mängelrüge hat er dann grundsätzlich die Möglichkeit, die Wandelung (Art. 368 Abs. 1 OR) geltend zu machen, einen dem Minderwert des Werkes entsprechenden Abzug am Werklohn vorzunehmen (Minderung; Art. 368 Abs. 2 OR) oder die unentgeltliche Verbesserung des Werkes zu verlangen. Zu beachten ist aber Art. 368 Abs. 3 OR. Bei mit Grund und Boden verbundenen Bauten ist die Wandelung ausgeschlossen, wenn das Werk seiner Natur nach nur mit unverhältnismässigen Nachteilen entfernt werden kann. Da das Werk vorliegend mit Grund und Boden verbunden ist, kann H die Wandelung somit hier nicht geltend machen, sondern er kann lediglich den Werklohn mindern oder die Nachbesserung des Werkes verlangen.

bb) Mittelbarer Schaden (Verschuldenshaftung)

Ist dem Besteller über den reinen Mangelschaden hinaus weiterer Schaden (**sog. Mangelfolgeschaden; mittelbarer Schaden; z.B. Mietzinsausfall**) entstanden, so kann er auch für diesen Ersatz verlangen, wenn den Unternehmer ein **Verschulden** trifft (Art. 368 Abs. 2 am Ende). Diese Verschuldenshaftung folgt den Regeln der allgemeinen vertraglichen Verschuldenshaftung nach **Art. 97 ff. OR**. Im vorliegenden Fall ist H nicht nur ein unmittelbarer Schaden am Mehrfamilienhaus entstanden in Höhe von Fr. 990'662.—, sondern auch ein mittelbarer Schaden, da der Mieter M gegen ihn vorgehen und Schadenersatz verlangen wird, weil die Mietwohnung im betreffenden Mehrfamilienhaus nicht bewohnbar ist. H kann jedoch diesen Mangelfolgeschaden gegen die B AG gemäss Art. 368 Abs. 2 i.V.m. 97 OR nur gelten machen, wenn sich die B AG im Verschulden befunden hat.

Da vorliegend die zahlreichen Wasserschäden im Wesentlichen auf die Fehlbeurteilung von I bezüglich des Baugrunds zurückzuführen sind, liegt kein Verschulden der B AG vor. Diese haftet somit gegenüber dem H **nicht** für die **Mangelfolgeschäden** (Schadenersatzforderung von Mieter M gegen H sowie Mietzinsausfälle des H), die dem H aus der Verzögerung des Einzugs von Mieter M entstehen.

cc) Einfluss der SIA-Normen im vorliegenden Fall

Zwischen C und B wurde die Anwendung der **SIA-Norm 118 (AGB)** vereinbart, welche damit Bestandteil des Werkvertrages ist. Gemäss **Art. 169 Abs. 1** dieser Norm hat der Werkbesteller nicht die Wahl zwischen Minderung oder Nachbesserung, sondern ihm steht zunächst lediglich ein Anspruch auf Nachbesserung zu. Erst wenn der Unternehmer sich weigert, die Nachbesserung vorzunehmen oder dazu nicht imstande ist, kann der Besteller die Minderung oder – im vorliegenden Fall aber gemäss Art. 169 Abs. 1 Ziff. 3 SIA-Norm 118 nicht möglich – die Wandelung, d.h. den Rücktritt vom Vertrag verlangen.

Das Bauunternehmen B AG haftet somit gegenüber H aus Art. 368 Abs. 2 OR für den unmittelbaren Schaden in der Höhe von Fr. 990'662.— (Kausalhaftung). Gemäss Art. 169 Abs. 1 der SIA Norm 118 hat er jedoch zunächst lediglich das Recht, die unentgeltliche Verbesserung des Werkes zu verlangen.

4. Mieter M gegen H

a) Schaden

M und H haben einen Mietvertrag i.S.v. Art. 253 ff. OR abgeschlossen über eine Wohnung im zu erstellenden Mehrfamilienhaus des H. Dieser liess das Mehrfamilienhaus von verschiedenen **Erfüllungsgehilfen** – Architektin A, Ingenieur I und Bauunternehmen B AG – erstellen. Da am Mehrfamilienhaus zahlreiche Wasserschäden entstanden sind, verzögert sich der Einzug des Mieters M, die Mietsache befindet sich mithin nicht in einem zum vorausgesetzten Gebrauch tauglichen Zustand (Art. 256 Abs. 1 OR). Der Vermieter H kann in anderen Worten seinen Verpflichtungen aus dem Mietver-

trag gegenüber M aufgrund der Wasserschäden nicht nachkommen und wird diesem gegenüber damit auch schadersatzpflichtig, weil wer die Erfüllung eines Vertrages durch eine **Hilfsperson** vornehmen lässt, für deren Verhalten gemäss Art. 101 Abs. 1 OR haftet, wie wenn er selbst gehandelt hätte (Zurechnung des Verschuldens der Hilfsperson/Es handelt sich hier um eine vertragliche Kausalhaftung).

b) Vertragsauflösung

Wenn M sich vom Mietvertrag lösen will, weil er nicht mehr an der mangelhaften Wohnung interessiert ist, kann er gemäss Art. 258 Abs. 1 OR nach den Art. 107-109 OR über die Nichterfüllung des Vertrages vorgehen, wenn der Vermieter H die Wohnung nicht zum vereinbarten Zeitpunkt oder mit Mängeln, welche die Tauglichkeit zum vorausgesetzten Gebrauch ausschliessen oder erheblich beeinträchtigen, übergibt.

IV. Mehrheit von Haftpflichtigen

1. Allgemein

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 somit 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 Verschuldenschaft, 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). Er würdigt dabei sowohl die Umstände als auch die Grösse des Verschuldens (Art. 43 Abs. 1 OR; Nef, S. 216-219).

2. Schadensaufteilung im vorliegenden Fall

Dem H stehen mehrere Haftpflichtige gegenüber, die aus verschiedenen Rechtsgründen haften. H stehen sowohl der Ingenieur I als auch der Bauunternehmer B AG als Haftpflichtige für den unmittelbaren Schaden in der Höhe von Fr. 990'662.— gegenüber (den mittelbaren Schaden hat der Ingenieur I allein zu tragen). Gemäss dem Prinzip der **Solidarität**, welches im **Aussenverhältnis** zur Anwendung gelangt (Art. 50 Abs. 1 OR), kann H den gesamten Schadenersatz in Höhe von Fr. 990'662.— sowohl von Ingenieur I als auch von der B AG verlangen. Wer diesen Schaden **endgültig** zu tragen hat, bestimmt sich nach dem **Innenverhältnis**, d.h. dem Verhältnis zwischen den Schädigern: Vorliegend trifft den Ingenieur I die vertragliche Verschuldenshaftung nach Art. 394 Abs. 1. i.V.m. Art. 97 OR, währenddem das Bauunternehmer B AG aufgrund der vertraglichen Kausalhaftung von Art. 368 OR haftet. Da somit der Ingenieur I aus Verschulden haftet, hat er im internen Verhältnis den ganzen Schaden zu tragen. Wird die B AG – z.B. aufgrund ihrer allenfalls besseren finanziellen Lage – von H als erste für den Schaden in Anspruch genommen, könnte sie daraufhin somit gegen den Ingenieur I Regress nehmen. Sofern auch die B AG ein Verschulden trifft, muss der Schaden gemäss Art. 43 Abs. 1 OR im Ausmass des Verschuldens aufgeteilt werden (sog. Zusätzliches Verschulden bei Kausalhaftung).

Protokoll: lic. iur. M. Splisgardt

Fall 3

a) Die dreieinhalb Jahre alte A besuchte im April 1993 zusammen mit ihrer Mutter M, die in X wohnhafte Tante T. Während die Mutter im Garten tätig war, spielte A mit einem sieben Jahre alten Mädchen aus der Nachbarschaft auf dem Gebäudevorplatz. Nach einer gewissen Zeit entfernte sich das Nachbarmädchen unbemerkt, um die Toilette aufzusuchen. Plötzlich bemerkte M, dass A verschwunden war und machte sich auf die Suche nach ihrer Tochter. Diese hatte sich mit ihrem Dreirad auf die Zufahrtsstrasse neben dem Webereikanal begeben, wobei sie aus unerklärlichen Gründen in den Kanal fiel. Der Mutter gelang es schliesslich, das Kind zu retten. Dieses hatte während des Aufenthalts im Wasser eine schwere Gehirnschädigung erlitten.

A klagt gegen die Eigentümerin des Kanals, die W AG, mit der Begründung, diese habe die Zufahrtsstrasse, bzw. den Kanal nicht genügend gesichert.

Mit Erfolg (vgl. BGE 130 III 736)?

b) Die Gemeinde X betreibt ein Hallenbad. Es dient in erster Linie als Schulbad, ist jedoch auch für die Öffentlichkeit gegen die Entrichtung eines Eintrittspreises täglich während bestimmten Stunden zugänglich. Das Bad wird durch einen Gemeindeangestellten G aufgrund eines Pflichtenhefts überwacht.

Am 4. Juli 1984 betrat Alice S. mit ihren vier Kindern um ca. 15 Uhr das Schwimmbadgebäude. Während die Mutter sich mit den drei jüngeren Kindern noch im Umkleide-raum befand, betrat die des Schwimmens unkundige achtjährige Tochter C die Schwimmhalle, in der sich ca. vierzig Personen aufhielten. Als Alice S mit den anderen Kindern in die Schwimmhalle nachfolgte, suchte sie vergeblich ihre Tochter C. Nach einigen Minuten wurde sie von einem Badegast darauf aufmerksam gemacht, dass sich ein Kleinkind auf dem Grund des Schwimmbassins befinde. Der zur Hilfe gerufene G barg die bewusstlose C aus dem 1.8 m tiefen Wasser. Nach erfolgloser durchgeführten Erste-Hilfe-Massnahmen, konnte der herbeigerufene Arzt nur noch den Tod des Kindes feststellen.

Die Angehörigen von C klagen die Gemeinde wegen ungenügender Aufsicht im Schwimmbad auf Ersatz der Bestattungskosten in der Höhe von Fr. 4'000 sowie auf die Bezahlung einer Genugtuung ein. Die Eltern fordern eine Genugtuung in der Höhe von je Fr. 25'000, die Geschwister in der Höhe von je Fr. 7'000.

Zu Recht (vgl. BGE 113 II 424)?

Fall 3

§ 8 Literatur und Anhang

- Urs Ch. Nef, Obligationenrecht für Ingenieure und Architekten, Zürich 2000, insb. S. 34-37, 117-121, 159-178, 179-202, 221-226
- BGE 130 III 736 (Alle veröffentlichten Bundesgerichtsentscheide sind im Übrigen im Internet unter www.bger.ch abrufbar.)
- Aufsatz von Prof. Urs Ch. Nef betreffend Werkeigentümerhaftung gemäss OR 58: aus der Festschrift für Ernst A. Kramer, Zürich 2004.

§ 9 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
- Genugtuung (Art. 47 und 49 OR)
- Haftung aus Vertrag (Art. 97 OR)
- Haftung für Hilfspersonen (Art. 101 OR)

§ 10 Teil a

I. Theoretische Grundlagen

1. Entstehungsgründe einer 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 ff.):

a) 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);

b) 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;

c) 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.

2. 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 ff.).

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. **Haftungsbegründende Ursache ist in diesem Fall nicht das Verschulden, sondern entweder eine bestimmte Unregelmässigkeit bzw. Ordnungswidrigkeit** (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 bzw. Gefährdungshaftungen** (vgl. dazu die Übersichten bei Nef, S. 187 und 200).

3. Juristische Personen

Bei der W AG handelt es sich um eine Aktiengesellschaft. Siehe diesbezüglich die Ausführungen zur juristischen Personen, vorne (§ 7.III.3.a)

II. Lösungsskizze

1. Ansprüche der A gegen die W AG aus Art. 41 OR

a) Voraussetzungen

Zwischen A und der W AG (Eigentümerin des Kanals) besteht kein Vertrag. Vorliegend ist deshalb zu prüfen, ob eine Haftung im ausservertraglichen Bereich der Kanaleigentümerin W AG gegenüber A entstanden ist. Im Folgenden werden die einzelnen **Voraussetzungen der Grundnorm der ausservertraglichen Haftung** nach **Art. 41 OR** erläutert.

aa) Schaden

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 ff.).

bb) Widerrechtlichekeit

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).

cc) Adäquater Kausalzusammenhang

Zwischen dem Schaden und der haftungsbe gründenden 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).

dd) Verschulden

Den Schuldner muss bezüglich des eingetretenen Schadens ein **Verschulden (= haftungsbe gründende 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 Verschuldensvorwurf 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).

b) Anwendung von Art. 41 OR im vorliegenden Fall

Vorliegend ist A durch den Unfall ein **Vermögensschaden** entstanden. Dieser setzt sich insbesondere aus den Behandlungskosten im Spital und für allfällige weiteren Therapien sowie den künftigen Erwerbsausfall zusammen. Bei einer schweren Gehirnschädigung ist davon auszugehen, dass das Kind A in Zukunft keinen Beruf wird erlernen und ausüben können und damit nicht in der Lage sein wird, ein ursprünglich grundsätzlich erwartetes Erwerbseinkommen zu realisieren. Gemäss Art. 46 Abs. 1 OR sind der Geschädigten A diese Nachteile gänzlicher oder teilweiser Arbeitsunfähigkeit zu ersetzen. Massgebend für die Bestimmung des entsprechenden Schadenspostens sind somit die wirtschaftlichen Auswirkungen der Körperverletzung.

Die Voraussetzung der **Widerrechtlichkeit** ist auch gegeben, weil A durch die Körperverletzung in ihrer physischen Integrität betroffen und damit ihr Persönlichkeitsrecht als ein absolut geschütztes Rechtsgut verletzt wurde.

Sofern die W AG verpflichtet gewesen wäre, den Kanal mit einer Abschränkung zu sichern, wäre diese Unterlassung adäquate Ursache für den Schaden gewesen, womit auch der **adäquate Kausalzusammenhang** gegeben wäre.

Zu prüfen bliebe, ob die W AG ein **Verschulden** trifft. Die W AG hat es sicher nicht mit Absicht unterlassen, den Wasserkanal genügend gegen einen derartigen Unfall abzusichern. Allenfalls wäre aber Fahrlässigkeit der W AG zu prüfen. Dem vorliegenden Sachverhalt sind jedoch zu wenig Anhaltspunkte zu entnehmen, die auf Fahrlässigkeit hinweisen. Ob im vorliegenden Fall ein Abweichen vom Normverhalten vorliegt – und damit die Voraussetzung des Verschuldens gegeben ist – kann somit nicht schlüssig beurteilt werden.

Im Ergebnis ist ein Verschulden der W AG wegen des ungenügend abgesicherten Wasserkanals nicht klar ersichtlich, womit sich A vor Gericht kaum mit Erfolg auf Art. 41 OR stützen können, um ihren Vermögensschaden erfolgreich gegen die W AG geltend zu machen. Der Nachweis eines Verschuldens – eine der Voraussetzungen der Haftungsbestimmung von Art. 41 OR – wird A hier somit (zu) schwer fallen. A muss im vorliegenden Fall deshalb nach einer erfolgsversprechenderen Haftungsgrundlage suchen.

2. Ansprüche der A gegen die W AG aus 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 Verschuldenshaftung, sondern um eine **einfache Kausalhaftung**. Haftungsbegründende Ursache ist demnach nicht ein Verschulden, sondern eine bestimmte Unregelmässigkeit, ein Werkmangel. Die Voraussetzungen für eine Haftung nach Art. 58 OR sind (vgl. Nef, S. 192 ff.):

a) Voraussetzungen

aa) Schaden

Vgl. dazu die Ausführungen, vorne (§ 10.II.1.a.aa).

bb) Widerrechtlichkeit

Vgl. dazu die Ausführungen vorne (§ 10.II.1.a.bb).

cc) Adäquater Kausalzusammenhang

Vgl. dazu die Ausführungen vorne § 10.II.1.a.cc).

*dd) Haftungs begründende Ursache: **Werkmangel***

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 2 für den Begriff des Werkvertrages). Die privatrechtliche Werkeigentümerhaftung nach Art. 58 OR gilt im Übrigen 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). Art. 58 OR ist im Übrigen auf alle öffentlichen Werke anwendbar.

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).

b) Ergebnis im vorliegenden Fall

Hier sind sowohl die Voraussetzungen des Schadens wie der Widerrechtlichkeit und des adäquaten Kausalzusammenhangs gegeben.

Beim Kanal der W AG handelt es sich sodann fraglos um ein **Werk** i.S.v. Art. 58 OR, da es sich um ein künstlich erstelltes, mit dem Boden direkt verbundenes auf eine gewisse Dauer angelegtes Gebilde handelt.

Fraglich ist hier jedoch, ob das Werk – der Webereikanal – tatsächlich einen **Mangel** aufweist. Die W AG musste hier damit rechnen, dass sich die Menschen im Allgemeinen und Kinder im Besonderen vom Wasser angezogen fühlten und sich zweckwidrig nahe an das Wasser begeben würden. Aus diesem Grund wäre die Anbringung eines Zauns, der für die W AG nicht übermässige Kosten verursacht hätte, zur Verhinderung von Stürzen in den Fabrikkanal notwendig gewesen. Man kann insbesondere in Bezug auf Kinder nicht davon ausgehen, dass diese immer von ihren Eltern, auch an solchen gefährlichen Orten, genau beaufsichtigt werden. Der Kanal der W AG ist somit aufgrund der fehlenden Sicherung für Dritte als mangelhaft i.S.v. Art. 58 OR zu qualifizieren.

Da hier alle Voraussetzungen gemäss Art. 58 OR gegeben sind, haftet die W AG gegenüber A für den beim Sturz in den Kanal erlittenen Schaden.

c) Rechtsprechung des Bundesgerichts im vorliegenden Fall (BGE 130 III 736)

aa) Vorbemerkung

Das Bundesgericht hat in Bezug auf die Vorliegen eines Werkmangels anders – als wie gerade dargelegt – entschieden. Im Bundesgerichtsurteil wurde der „Werkmangel“ beim Kanal der W AG verneint (vgl. S. 740-743 des Entscheides). Die Beweggründe für den Entscheid des Bundesgerichts dürften aber nicht zuletzt rechtspolitischer Natur gewesen sein. Es ist davon auszugehen, dass das Bundesgericht keinen Präzedenzfall für die Vielzahl von ähnlichen künstlichen See- und Flussufergestaltungen schaffen wollte (vgl. diesbezüglich, S. 747 des folgenden Entscheides).

bb) Entscheid

101. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung i.S. Politische Gemeinde Vilters-Wangs und A. gegen B. AG (Berufung)
4C.157/2004 vom 8. September 2004

Seite 736 (BGE_130_III_736)

Regeste

Werkeigentümerhaftung; Art. 58 OR.

Inhalt und Umfang der Werkeigentümerhaftung im Allgemeinen (E. 1.1, 1.3 und 1.4).

Zuordnung der Mängel und Abgrenzung der Verantwortungsbereiche bei kombinierten Werken. Haftpflichtig kann nur sein, wer für ein Werk verantwortlich ist, das im Hinblick auf seine Zweckbestimmung als mangelhaft erscheint (E. 1.2).

Werkeigentümerhaftung bei Kinderunfällen; Zusammenfassung der Rechtsprechung (E. 1.5 und 1.6).

Werkeigentümerhaftung bezüglich einer Zufahrtsstrasse verneint, da diese für den bestimmungsgemässen Gebrauch tauglich war und keine Ausnahmesituation vorlag, welche die Werkeigentümerhaftung trotz zweckwidrigem Gebrauch auslöst (E. 2).

Sachverhalt

Die damals dreieinhalb Jahre alte A. (Klägerin 2) besuchte im April 1993 zusammen mit ihren Eltern und ihrer Grossmutter ihre in X. wohnhafte Tante. Während dieses Besuchs stürzte sie in den der Zufahrtsstrasse (Y.-Weg) entlang führenden Webereikanal und erlitt dabei eine schwere Hirnschädigung. Die Politische Gemeinde Vilters-Wangs (Klägerin 1) bevorschusste die Transport- und Spitalkosten.

Nach den Angaben der Klägerinnen trug sich der Unfall folgendermassen zu: Während der Vater und die Grossmutter im Garten tätig gewesen seien, habe die Klägerin 2 mit einem Mädchen aus der Nachbarschaft, einer Erstklässlerin, auf dem Gebäudevorplatz gespielt. Das Nachbarmädchen habe sich nach einer gewissen Zeit unbemerkt entfernt, um die Toilette aufzusuchen. Plötzlich habe man bemerkt, dass die Klägerin 2 verschwunden war und sich nach ihr auf die Suche gemacht. Der Vater habe an der Böschung des Webereikanals, an der Stelle, wo eine metallgefasste Leitung den Kanal überquere, zuerst ihr Dreirad gefunden, das durch einen Strauch aufgehalten worden sei. Schliesslich habe er das Kind, das kanalabwärts getrieben worden

sei, aus dem Wasser holen können. Die Klägerinnen sind der Auffassung, dass der Unfall hätte vermieden werden können, wenn die B. AG (Beklagte) die Strasse und den Kanal hinreichend gesichert hätte.

Am 21. September 1999 reichten die Klägerinnen beim Bezirksgericht Sargans je eine Klage ein. Die Klägerin 1 klagte auf Bezahlung von Fr. 31'373.90 nebst Zins, die Klägerin 2 auf Bezahlung von Fr. 46'752.60 nebst Zins unter Vorbehalt der Nachklage für

Seite 738 (BGE_130_III_736)

weitere Schadenersatzansprüche aus dem Unfallereignis. Die beiden Klagen wurden vereinigt. Mit Urteil vom 12. November 2002 wies das Bezirksgericht die Klagen ab. Das Kantonsgericht St. Gallen wies die von den Klägerinnen erhobenen Berufungen mit Urteil vom 8. Januar 2004 ab.

Die Klägerinnen haben, unter Einreichung von zwei gleich lautenden Rechtsschriften, eidgenössische Berufung eingelegt. Unter Erneuerung ihrer im kantonalen Verfahren gestellten Begehren beantragen sie die Aufhebung des Urteils des Kantonsgerichts vom 8. Januar 2004, eventualiter die Rückweisung der Streitsache an die Vorinstanz zur weiteren Abklärung.

Das Bundesgericht weist die Berufung ab.

Auszug aus den Erwägungen:

Erwägung 1

1. Vorliegend ist umstritten, ob die Klägerinnen die Beklagte aus der Werkeigentümerhaftpflicht (**Art. 58 OR**) in Anspruch nehmen können. Die Vorinstanz bejahte den Werkcharakter sowohl der Zufahrtsstrasse als auch des Webereikanals. Nach ihrer Auffassung stellt sich nicht die Frage, ob die Werke mangelhaft unterhalten sind, sondern ob ein Werkmangel infolge fehlerhafter Erstellung vorliegt. Die Beklagte, welche sachenrechtliche Eigentümerin des Webereikanals und des Grundstücks sei, auf dem die Zufahrtsstrasse liege, könne nur für einen allfälligen Erstellungsmangel des Webereikanals belangt werden, während die Klägerin 1 als für die Anlage der Zufahrtsstrasse verantwortliches Gemeinwesen für einen allfälligen, dort auftretenden Werkmangel infolge fehlerhafter Erstellung einzustehen habe.

Die Vorinstanz geht davon aus, dass sich der Unfall der Klägerin 2 aufgrund der räumlichen Konstellation der Zufahrtsstrasse und des Webereikanals ereignete. Ob die Beklagte und die Klägerin 1 aufgrund der räumlichen Verbindung der Werke zu einem so genannten "kombinierten Werk" solidarisch haftbar seien, könne hier aber offen bleiben, da ein Werkmangel zur Zeit des Unfalls nicht bestanden habe. Ein Werkmangel durch das Nebeneinander von Zufahrtsstrasse und Webereikanal würde nur dann vorgelegen haben, wenn sich der Unfall trotz der bestimmungsgemässen Benützung der Zufahrtsstrasse ereignet hätte. Die Benützung der Zufahrtsstrasse durch ein unbeaufsichtigtes Kleinkind sei aber nicht bestimmungsgemäss. Ebenso wenig liege eine Ausnahmesituation vor, in

Seite 739 (BGE_130_III_736)

welcher der Werkeigentümer aufgrund der Vorsehbarkeit der bestimmungswidrigen Benützung des Werks durch Kinder zu haften habe. Der vorliegende Sachverhalt könne nicht mit demjenigen im vom Bundesgericht entschiedenen "Plauschbad-Fall" ([BGE 116 II 422](#)) verglichen werden. Weder der Webereikanal noch die Zufahrtsstrasse würden durch Wesen und Anlage Kinder zu einem bestimmungswidrigen Gebrauch verleiten, dem mit besonderen Sicherheitsvorkehrungen zu begegnen gewesen wäre. Mit unbeaufsichtigten Kleinkindern habe die Beklagte trotz der Tatsache, dass die Zufahrtsstrasse in einen Vorplatz eines Mehrfamilienhauses münde, jedenfalls nicht rechnen müssen. Selbst wenn aber mit unbeaufsichtigt spielenden Kleinkindern zu rechnen gewesen wäre und auch das Verlassen des Vorplatzes eine voraussehbare Verhaltensweise dargestellt hätte, habe dies allein nicht zum Unfall der Klägerin 2 geführt. Vielmehr habe die Klägerin 2 die Zufahrtsstrasse verlassen und über das bewachsene Bord geraten müssen, damit sich der folgenschwere Sturz in den Webereikanal ereignen konnte. Dieser letzte Schritt gehöre keinesfalls mehr zu den Ereignissen, mit welchen die Beklagte rechnen müssen.

In einer Eventualbegründung hält die Vorinstanz des Weiteren dafür, dass die Verletzung der Aufsichtspflicht des Vaters als grob beurteilt werden müsse, weshalb die Beklagte auch aus dem Blickwinkel des kausalitätsunterbrechenden Drittverschuldens nicht zur Rechenschaft gezogen werden könnte.

Als erstes bringen die Klägerinnen vor, die Klägerin 1 könne für einen allfälligen Mangel der Zufahrtsstrasse nicht verantwortlich gemacht werden, da sich diese nicht auf ihrem Territorium, sondern in einer benachbarten Gemeinde befinde. Wenn nicht die Beklagte als Grundeigentümerin für den Werkmangel der Zufahrtsstrasse haftbar sei, dann sei es die benachbarte Gemeinde. Sodann machen die Klägerinnen geltend, für die Frage des Vorliegens eines Werkmangels müsse das Gefahrenpotential der Zufahrtsstrasse und des Webereikanals als je eigenständige Werke geprüft werden, was die Vorinstanz unterlassen habe. Insbesondere im Bereich des Vorplatzes der Mehrfamilienhäuser könne die Benützung der Zufahrtsstrasse durch Kinder im Vorschulalter nicht als zweckwidrig beurteilt werden. Jedenfalls sei eine solche Benützung voraussehbar. Mit spielenden Kindern auf wenig befahrenen Strassen in der Nähe von Mehrfamilienhäusern müsse immer gerechnet werden. Ebenso sei für die Beklagte voraussehbar gewesen, welches Gefahrenpotential

Seite 740 (BGE_130_III_736)

der ungesicherte Zugang zum Webereikanal im Umfeld eines von Familien mit Kindern bewohnten Wohnhauses mit sich bringe. Dass mit frei spielenden Kindern im Umfeld der Mehrfamilienhäuser zu rechnen gewesen sei, zeige sich auch daran, dass Abschränkungen gegen den Webereikanal im Zeitpunkt des Unfalls nicht gänzlich fehlten und die Beklagte nach dem Unfall im Norden und im Osten der Mehrfamilienhäuser zusätzliche Zäune anbrachte. Grobes Drittverschulden der Eltern infolge vernachlässigter Beaufsichtigung der Klägerin 2 liege nicht vor. Vielmehr treffe die Beklagte zusätzlich ein Verschulden, weil ein Werkmangel vorlag, um den sie aufgrund früherer Unfälle wusste resp. wissen musste. Die Beklagte hafte deshalb nicht nur als

Werkeigentümerin, sondern auch aus Verschulden.

1.1 Unter Werken im Sinne der Werkeigentümerhaftung gemäss Art. 58 Abs. 1 OR sind Gebäude oder andere stabile, künstlich hergestellte, bauliche oder technische Anlagen zu verstehen, die mit dem Erdboden, sei es direkt oder indirekt, dauerhaft verbunden sind (BGE 121 III 448 E. 2a S. 449 mit Hinweisen). Der Werkcharakter des Webereikanals ist unbestrittenermassen gegeben (vgl. BGE 91 II 474 E. 6 S. 484; 61 II 78 E. 2 S. 79). Dasselbe gilt für eine Zufahrtsstrasse, wie sie der Y.-Weg darstellt (BGE 111 II 55 E. 1 S. 56; 103 II 240 E. 2a S. 242, mit Hinweisen).

1.2 Im Bereich von Strassen befinden sich häufig Anlagen verschiedener Eigentümer. Dies bedingt eine Zuordnung der geltend gemachten Mängel zu den betreffenden Werken und eine Abgrenzung der Verantwortungsbereiche der einzelnen Werkeigentümer. Die Grenzen der Werkmängelhaftung decken sich dabei nicht notwendigerweise mit den Grenzen des sachenrechtlichen Eigentums (vgl. BGE 121 III 448 E. 2a S. 449 f. mit Hinweisen).

Bei einer räumlichen und funktionellen Verbindung mehrerer Anlagen geht die Lehre von einem so genannten "kombinierten" Werk aus. Der Mangel liegt in diesem Fall in der Kombination der einzelnen mängelfreien Werke begründet (BREHM, Berner Kommentar, N. 21 f. zu Art. 58 OR; SCHNYDER, Basler Kommentar, N. 9 zu Art. 58 OR; OFTINGER/STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht - Besonderer Teil, Bd. II/1, § 19 Rz. 57 ff.; REY, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 3. Aufl., Zürich 2003, Rz. 1042 f.; DESCHENAUX/TERCIER, La responsabilité civile, 2. Aufl., Bern 1982, § 12 Rz. 37 f.). Lässt die Kombination der Werke beide als mangelhaft erscheinen, sind

Seite 741 (BGE_130_III_736)

konkurrierende Klagen gegen beide Werkeigentümer denkbar (BREHM, a.a.O., N. 22 zu Art. 58 OR; OFTINGER/STARK, a.a.O., § 19 Rz. 59; REY, a.a.O., Rz. 1042). Die Rechtsprechung hat eine solche Solidarhaftung allerdings nur selten angenommen (vgl. etwa BGE 58 II 249; 56 II 90; weitere Beispiele bei BREHM, a.a.O., N. 22 zu Art. 58 OR). Im Urteil 4C.101/1995 vom 26. März 1996, E. 3b, hat das Bundesgericht seine Rechtsprechung vielmehr in dem Sinne präzisiert, dass eine solidarische Haftung der Eigentümer mehrerer Werke nur dann in Betracht kommt, wenn die behaupteten Mängel, sollten sie tatsächlich bestehen, alle beteiligten Anlagen in ihrer Funktion berühren (vgl. in die gleiche Richtung OFTINGER/STARK, a.a.O., § 19 Rz. 58). Ausschlaggebend muss demnach sein, welchen Anlagen die vom Geschädigten geltend gemachten Mängel zuzuordnen sind. Ein Werk, dessen bestimmungsgemässer Gebrauch durch die behaupteten Mängel nicht beeinträchtigt wird, kann, da nicht mangelhaft, von vornherein keine Werkeigentümerhaftung begründen, gleichviel, ob es allein im Raum oder mit anderen, möglicherweise mangelhaften Werken in räumlicher und funktioneller Beziehung steht (vgl. BGE 79 II 75 E. 1 S. 78 f.; anders noch BGE 59 II 166 S. 169).

Vorliegend behaupten die Klägerinnen, der Webereikanal sei mangelhaft gewesen, weil zwischen ihm und der Zufahrtsstrasse keine Abschränkung angebracht worden sei. Nach dem Gesagten kann dieser allfällige Mangel dem

Webereikanal aber nicht zugeordnet werden. Der Zweck des Webereikanals besteht einzig und allein darin, der Weberei das zu ihrem Betrieb erforderliche Wasser zuzuführen. Die Erfüllung dieses Zwecks wird durch das Fehlen einer Abschränkung zwischen dem Webereikanal und der Zufahrtsstrasse in keiner Weise berührt. Unter der Voraussetzung, dass eine Abschränkung zwischen Zufahrtsstrasse und Webereikanal hätte angebracht werden sollen, lässt die fehlende Abschränkung deshalb lediglich die Zufahrtsstrasse als mangelhaft erscheinen. Zu prüfen ist als nächstes, ob die Zufahrtsstrasse tatsächlich mangelhaft war.

1.3 Nach Art. 58 Abs. 1 OR haftet der Werkeigentümer für den Schaden, der durch fehlerhafte Anlage oder Herstellung oder durch mangelhaften Unterhalt des Werks verursacht wird. Ob ein Werk fehlerhaft angelegt oder mangelhaft unterhalten ist, hängt vom Zweck ab, den es zu erfüllen hat. Ein Werkmangel liegt vor, wenn das Werk beim bestimmungsgemässen Gebrauch keine genügende

Seite 742 (BGE_130_III_736)

Sicherheit bietet (BGE 126 III 113 E. 2a/cc S. 116; 123 III 306 E. 3b/aa S. 310 f., je mit Hinweisen; BREHM, a.a.O., N. 65 f. zu Art. 58 OR; SCHNYDER, a.a.O., N. 13 zu Art. 58 OR; OFTINGER/STARK, a.a.O., § 19 Rz. 73; REY, a.a.O., Rz. 1058; WERRO, Commentaire romand, N. 16 zu Art. 58 OR; KELLER, Haftpflicht im Privatrecht, Bd. I, 6. Aufl., Bern 2002, S. 202 f.). Als Grundsatz gilt somit, dass das Werk einem bestimmungswidrigen Gebrauch nicht gewachsen zu sein braucht.

Eine Schranke der Sicherungspflicht bildet die Selbstverantwortung. Vorzubeugen hat der Werkeigentümer nicht jeder erdenklichen Gefahr (BGE 123 III 306 E. 3b/aa S. 311). Er darf Risiken ausser Acht lassen, welche von den Benützern des Werks oder von Personen, die mit dem Werk in Berührung kommen, mit einem Mindestmass an Vorsicht vermieden werden können (BGE 126 III 113 E. 2a/cc S. 116; 117 II 399 E. 2 S. 400, je mit Hinweisen). Ein ausgefallenes, unwahrscheinliches Verhalten muss nicht einberechnet werden (BREHM, a.a.O., N. 85 zu Art. 58 OR; WERRO, a.a.O., N. 16 zu Art. 58 OR; OFTINGER/STARK, a.a.O., § 19 Rz. 74; REY, a.a.O., Rz. 1058; KELLER, a.a.O., S. 205 f.; DESCHENAUX/TERCIER, a.a.O., § 12 Rz. 49).

Eine weitere Schranke der Sicherungspflicht bildet die Zumutbarkeit. Zu berücksichtigen ist, ob die Beseitigung allfälliger Mängel oder das Anbringen von Sicherheitsvorrichtungen technisch möglich ist und die entsprechenden Kosten in einem vernünftigen Verhältnis zum Schutzinteresse der Benutzer und dem Zweck des Werks stehen (BGE 126 III 113 E. 2a/cc S. 116; 123 III 306 E. 3b/aa S. 311, je mit Hinweisen). Dem Werkeigentümer sind Aufwendungen nicht zuzumuten, die in keinem Verhältnis zur Zweckbestimmung des Werks stehen (BREHM, a.a.O., N. 58 zu Art. 58 OR; SCHNYDER, a.a.O., N. 16 zu Art. 58 OR; WERRO, a.a.O., N. 18 zu Art. 58 OR; OFTINGER/STARK, a.a.O., § 19 Rz. 78; REY, a.a.O., Rz. 1063; KELLER, a.a.O., S. 203 ff.; DESCHENAUX/TERCIER, a.a.O., § 12 Rz. 49).

1.4 Strassen müssen wie alle anderen Werke so angelegt und unterhalten sein, dass sie den Benützern hinreichende Sicherheit bieten. Im Vergleich zu anderen Werken dürfen bezüglich Anlage und Unterhalt von Strassen aber nicht allzu strenge Anforderungen gestellt werden. Das Strassennetz kann nicht in gleichem Mass unterhalten werden wie zum Beispiel ein einzelnes Gebäude (BGE 102 II 343 E. 1c S. 346; BREHM, a.a.O., N. 187 zu Art. 58 OR; KUTTLER,

Zur privatrechtlichen Haftung des Gemeinwesens als Werk- und Grundeigentümer, in: ZBl 1976 S. 425).

Es kann vom Strasseneigentümer, bei dem es sich meistens um das Gemeinwesen handelt, nicht erwartet werden, jede Strasse so auszugestalten, dass sie den grösstmöglichen Grad an Verkehrssicherheit bietet. Es genügt, dass die Strasse bei Anwendung gewöhnlicher Sorgfalt ohne Gefahr benützt werden kann. In erster Linie ist es deshalb Sache des einzelnen Verkehrsteilnehmers, die Strasse mit Vorsicht zu benützen und sein Verhalten den Strassenverhältnissen anzupassen (BGE 129 III 65 E. 1.1 S. 67; 108 II 184 E. 1b S. 186; 102 II 343 E. 1c S. 346; BREHM, a.a.O., N. 173 zu Art. 58 OR; WERRO, a.a.O., N. 34 zu Art. 58 OR; REY, a.a.O., Rz. 1088). Dadurch wird das vom Strasseneigentümer zu vertretende Sorgfaltsmass herabgesetzt (OFTINGER/STARK, a.a.O., § 19 Rz. 111).

Sodann muss in jedem einzelnen Fall geprüft werden, ob der Strasseneigentümer nach den zeitlichen, technischen und finanziellen Gegebenheiten in der Lage war, seine Aufgabe zu erfüllen (BGE 129 III 65 E. 1.1 S. 67; 102 II 343 E. 1c S. 346; BREHM, a.a.O., N. 173 zu Art. 58 OR; OFTINGER/STARK, a.a.O., § 19 Rz. 111; SCHNYDER, a.a.O., N. 23 zu Art. 58 OR; WERRO, a.a.O., N. 36 zu Art. 58 OR). Die Frage der Zumutbarkeit von Sicherheitsvorkehrungen wird zudem unterschiedlich beurteilt, je nachdem, ob es sich um eine Autobahn, eine verkehrsreiche Hauptstrasse oder einen Feldweg handelt (BGE 129 III 65 E. 1.1 S. 67; 102 II 343 E. 1c S. 345 f.; ferner BGE 108 II 184 E. 1b S. 186; BREHM, a.a.O., N. 170 zu Art. 58 OR).

Bestehen verwaltungsrechtliche Vorschriften über Anlage und Unterhalt von Strassen, bedeutet deren Verletzung in der Regel einen Werkmangel im Sinne von Art. 58 OR (BGE 102 II 343 E. 1a S. 344 f.; BREHM, a.a.O., N. 193 zu Art. 58 OR; KUTTLER, a.a.O., S. 427). Umgekehrt kann die Befolgung solcher Vorschriften nur ein Indiz für die Einhaltung der erforderlichen Sorgfaltspflicht darstellen und schliesst einen Werkmangel nicht von vornherein aus (BREHM, a.a.O., N. 194 zu Art. 58 OR; OFTINGER/STARK, a.a.O., § 19 Rz. 150).

1.5 Der Grundsatz, dass der Werkeigentümer nur für den bestimmungsgemässen Gebrauch seines Werks haftet, gilt nicht uneingeschränkt. Ausnahmsweise bejahen Lehre und Rechtsprechung die Haftung des Werkeigentümers selbst bei einem zweckwidrigen Verhalten bestimmter Personengruppen, insbesondere von Kindern.

Zu denken ist erstens an Werke, bei denen aufgrund ihrer Beschaffenheit augenfällig ist, dass Unvernunft und Unvorsicht zu schweren

Schädigungen führen können (vgl. BGE 117 II 50 E. 2b S. 54; Urteil des Bundesgerichts 4C.36/1997 vom 15. Juli 1997, E. 2a). In BGE 60 II 218, in dem eine dem Publikum frei zugängliche Seilbahn zu beurteilen war, bejahte

das Bundesgericht die Haftung des Eigentümers infolge eines Unfalls eines vierjährigen Knaben, dessen rechte Hand in die offene Seilrolle geriet, als er sich zufällig in der Nähe der Seilbahn aufhielt und im Spiel ein Stück Papier auf die offene Seile legte. Der Sockel der Seilbahn war nicht erhöht, weshalb die ungeschützte Seilrolle von Kindern jeglichen Alters, selbst den kleinsten, berührt werden konnte. Dem Eigentümer der Seilbahn half es nicht, dass die Seilbahn nach den Regeln der Technik erbaut und installiert war und ihrem Zweck entsprechend funktionierte. Das Bundesgericht erachtete das Unfallereignis nach den örtlichen Verhältnissen und der allgemeinen Lebenserfahrung als vorhersehbar und das Anbringen von Schutzvorkehrungen weder als kostspielig noch technisch schwierig, somit als zumutbar.

Eine weitere Gefahrenquelle stellen Werke dar, welche Kinder zu einer bestimmungswidrigen Benützung verleiten. In [BGE 116 II 422](#), dem "Plauschbad-Fall", stand ein Wellenbad zur Diskussion, in das ein fünfzehnjähriger Jugendlicher aus 1,3 m Höhe an einer bloss 1,6 m tiefen Stelle kopfveran hineinsprang und sich eine Querschnittslähmung zuzog. Das Bundesgericht bejahte die Haftung des Werkeigentümers mit der Begründung, dass Konzeption und Zweckbestimmung des Wellenbades, der angesprochene Kreis der Benützer und das von einem Teil dieser Benützer zu erwartende unvernünftige Verhalten einen gefährlichen Zustand schaffen. In [BGE 130 III 571](#) verneinte das Bundesgericht dagegen eine Pflicht des Eigentümers einer von Kindern benutzbaren Sommerrodelbahn, zusätzliche Sicherheitsvorkehrungen gegen Auffahrtskollisionen beim Auslaufen der Rodel anzubringen, da die Bremsvorrichtungen der Rodel leicht zu bedienen sind und die Rodelbahn daher bei minimaler Aufmerksamkeit, welche selbst von Kindern im Primarschulalter erwartet werden darf, ohne Gefährdung anderer befahren werden kann. In [BGE 72 II 198](#) betreffend die Pflicht des Strasseneigentümers zum Sanden, um das vorschriftswidrige Schlitteln zu verunmöglichen, verneinte das Bundesgericht die Werkeigentümerhaftung mit der Begründung, dass das Unbenutzbarmachen der Strasse gegen einen verbotenen Gebrauch nicht zum mangelfreien Unterhalt gehört (kritisch dazu allerdings KELLER, a.a.O., S. 202, da die Strasse so angelegt war, dass sie Kinder zum Schlitteln verleitete).

Seite 745 (BGE_130_III_736)

1.6 Aus der dargestellten Rechtsprechung ergeben sich die folgenden Grundsätze zur Werkeigentümerhaftung bei Kinderunfällen:
Der Werkeigentümer darf grundsätzlich darauf vertrauen, dass Kinder sich gemäss der ihrem Alter entsprechenden, durchschnittlichen Vernunft verhalten. Kinder, die in Bezug auf die Benützung eines bestimmten Werks nicht über die erforderliche Vernunft verfügen, gehören unter Aufsicht. Dies muss insbesondere für den Strassenverkehr gelten, da das Strassennetz nicht eine für jeden Verkehrsteilnehmer optimale Sicherheit zu gewährleisten braucht. Der Strasseneigentümer darf darauf vertrauen, dass nur verkehrsgeschulte Kinder sich unbegleitet im Strassenverkehr aufhalten.

Ausnahmsweise hat der Werkeigentümer jedoch besondere Sicherheitsvorkehrungen zur Verhinderung zweckwidrigen Verhaltens durch Kinder zu treffen, wenn das Werk aufgrund seiner Beschaffenheit besondere Risiken in sich birgt, welche bei fehlender Vernunft und Vorsicht zu schweren Schädigungen führen, oder wenn das Werk aufgrund seiner besonderen Zweckbestimmung Kinder zu einer

bestimmungswidrigen Benützung verleitet. Voraussetzung der Haftbarkeit des Werkeigentümers ist aber in jedem Fall, dass das zweckwidrige Verhalten voraussehbar ist und zumutbare Massnahmen getroffen werden können, damit eine zweckwidrige Verwendung nicht erfolgt. Gegen ein ausgefallenes Verhalten muss der Werkeigentümer selbst bei Kindern keine Vorkehrungen unternehmen. Diese die genannten Ausnahmesituationen betreffenden Regeln der Werkeigentümerhaftung bei bestimmungswidriger Benützung des Werks durch Kinder sind in der Lehre anerkannt (KELLER, a.a.O., S. 202 f.; BREHM, a.a.O., N. 65 zu **Art. 58 OR**; REY, a.a.O., Rz. 1074 ff.; KUTTLER, a.a.O., S. 423).

Erwägung 2

2.

2.1 Nach den tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil ist davon auszugehen, dass sich der Unfall an derjenigen Stelle des Webereikanals zugetragen hatte, wo der Vater der Klägerin 2 das in der Böschung hängende Dreirad auffand. Wie die Vorinstanz festhielt, befand sich die Unfallstelle nicht im Bereich des Vorplatzes des Mehrfamilienhauses, sondern auf der Zufahrtsstrasse.

Die Zufahrtsstrasse dient der Erschliessung der Mehrfamilienhäuser. Sie steht dem allgemeinen Motorfahrzeugverkehr nicht offen. Die Zufahrtsstrasse und der Webereikanal werden auf der ganzen

Seite 746 (BGE_130_III_736)

Länge durch ein mit Gras und naturwüchsiger Wiesenvegetation überwachsenes Bord voneinander getrennt. Die Verhältnisse sind übersichtlich, so dass sich Fussgänger und Fahrzeuge gefahrlos kreuzen können. Die Vorinstanz schliesst daraus, dass ein durchschnittlich aufmerksamer Strassenbenützer durch das Nebeneinander von Zufahrtsstrasse und Webereikanal nicht gefährdet sei. Die kantonalen und kommunalen Gesetze über den Strassenunterhalt schreiben nicht generell eine Pflicht vor, Strassen gegen Gewässer abzuschränken, weshalb das Fehlen einer Abschränkung in casu nicht als Indiz einer Sorgfaltspflichtverletzung im Sinne von **Art. 58 Abs. 1 OR** gewertet werden kann.

Der Unfall der Klägerin 2 ereignete sich zu einem Zeitpunkt, als diese unbeaufsichtigt mit ihrem Dreirad umherfuhr. Das Befahren einer Strasse durch Kinder ist an und für sich nichts Aussergewöhnliches. Jedoch trifft dies nur auf Kinder zu, die über die erforderliche Urteilsfähigkeit verfügen, um die Gefahren des Strassenverkehrs zu erkennen. Dies muss selbst für eine dem allgemeinen Motorfahrzeugverkehr nicht offen stehende Zufahrtsstrasse gelten. Auch dort muss ein Kind der Gefahr eines herannahenden Fahrzeugs gewachsen sein und sich den örtlichen Gegebenheiten entsprechend verhalten können, ehe ihm die Eltern erlauben, sich dort unbegleitet aufzuhalten. Bei einem dreieinhalbjährigen Kleinkind ist auszuschliessen, dass es bereits über die hierzu erforderliche Urteilsfähigkeit verfügt. Das Befahren der Zufahrtsstrasse durch ein unbeaufsichtigtes dreieinhalbjähriges Kind gehört deshalb nicht zur bestimmungsgemässen Benützung der Zufahrtsstrasse.

Die Vorinstanz hat somit kein Bundesrecht verletzt, wenn sie davon ausging, dass die Zufahrtsstrasse für den üblichen Gebrauch tauglich war und insoweit kein Werkmangel im Sinne von **Art. 58 Abs. 1 OR** gegeben war.

2.2 Zu prüfen bleibt, ob eine Ausnahmesituation vorlag, welche die Werkeigentümerhaftung trotz bestimmungswidrigem Gebrauch der Zufahrtsstrasse auslöst.

2.2.1 Die Frage, ob die Zufahrtsstrasse, da nur wenig befahren, Kinder zu einem übermütigen Verhalten, zum Beispiel zu einem übermütigen Gebrauch von Fahrrädern oder Rollbrettern, verleitet, steht hier nicht zur Diskussion. Damit ein Kind zu einem übermütigen Tun überhaupt verleitet werden kann, muss es über ein gewisses Gefahrenbewusstsein verfügen. Ein solches zu entwickeln ist

Seite 747 (BGE_130_III_736)

ein dreieinhalbjähriges Kind gerade nicht in der Lage. Ein Kleinkind benutzt eine Strasse, ohne zwischen einer gefährlichen und einer nicht gefährlichen Strasse unterscheiden zu können. Das Verleiten eines Kleinkindes ist daher von vornherein nicht möglich.

2.2.2 Es stellt sich somit einzig die Frage, ob aufgrund der räumlichen Konstellation der Zufahrtsstrasse damit gerechnet werden musste, dass ein dreieinhalbjähriges Kind infolge fehlender Abschränkungen in den Webereikanal fallen könnte und ob die zu treffenden Sicherheitsvorkehrungen zumutbar sind. Die Klägerinnen machen geltend, dass mit spielenden Kindern im Bereich des Vorplatzes eines Mehrfamilienhauses immer gerechnet werden müsse. An sich ist nicht von der Hand zu weisen, dass Vorplätze zu Mehrfamilienhäusern von den anwohnenden Kindern als Spielplatz genutzt werden. Ebenso wenig ist auszuschliessen, dass Kinder den Vorplatz verlassen und ihren Aufenthaltsbereich auf die Zufahrtsstrasse ausdehnen. Jedoch dürfte es sich dabei kaum um unbeaufsichtigte Kleinkinder handeln. Im Gegenteil darf grundsätzlich darauf vertraut werden, dass Kleinkinder von ihren Eltern resp. einer von den Eltern beauftragten Person beim Spiel im Freien überwacht werden. Dass der Unfall bei gehöriger Aufsicht vermieden worden wäre, stellen auch die Klägerinnen nicht in Abrede.

Davon abgesehen entfällt die Haftung auch unter dem Blickwinkel der Zumutbarkeit. Wie jede andere Strasse gehören auch Zufahrtsstrassen in der Regel zu einem ganzen Strassennetz des Gemeinwesens, von dem nicht erwartet werden kann, dass es an jeder Stelle Zäune und andere Abschränkungen aufweist, wo es an einem offenen Gewässer vorbeiführt. Ansonsten müssten bei unzähligen, in der näheren Umgebung von Wohnhäusern gelegenen Uferanlagen und Seepromenaden Abschränkungen angebracht werden, wenn auch an solchen Stellen mit Unfällen der vorliegenden Art gerechnet werden müsste. Eine derart weit gehende Sicherungspflicht sprengt aber den Rahmen des Zumutbaren.

Die Vorinstanz hat deshalb kein Bundesrecht verletzt, indem sie erkannte, dass die Voraussetzungen der Werkeigentümerhaftung nicht erfüllt sind. Ob der Sachverhalt anders zu beurteilen wäre, wenn sich der Unfall auf dem Vorplatz ereignet hätte, kann hier offen bleiben.

2.3 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Zufahrtsstrasse nicht mit einem Werkmangel behaftet war und auch keine Ausnahmesituation

vorlag, welche zur Werkeigentümerhaftung trotz Mängelfreiheit des Werks geführt hätte. Es erübrigt sich daher zu prüfen, ob die Beklagte Haftungssubjekt ist und ob, was die Vorinstanz in der Eventualbegründung ebenfalls verneinte, ein kausalitätsunterbrechendes Drittverschulden vorliegt.

III. 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

1. 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

* 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/I, 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.

werden gelegentlich mit einer irgendwie gearteten *Ordnungswidrigkeit* in Beziehung gebracht, für welche der Haftpflichtige einzustehen hat².

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 treffe „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

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

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/I, 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“.

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 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

8 Oftinger (FN 1), Bd. I, 23.

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.

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 Unterhaltsmangel zurückzuführen ist“¹⁴. Die Vermutung der Verletzung der „besonderen“ *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,

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.

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

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

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.

2. Die Rechtsprechung

a) 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 Gefährdungshaftung 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 Haf-

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

18 Oftinger (FN 1), Bd. II/1, 156.

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 Werkschaden dem Grundgedanken der Gefährdungshaftung entsprungen sei.

tung für mangelhafte bewegliche Sachen statuiert, zu einer allgemeinen *Haftung für Sachmängel* bei künstlich hergestellten, unbeweglichen Gegenständen.

b) 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 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 zumut-

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.

bar²². 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

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.

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 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).

c) 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 öffnete, 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 Be-*

²⁶ RVJ 1989, 189 ff.

²⁷ Peter Gauch, Baurecht 1990, 51.

deutung 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 erwischt 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.

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.

28 Brehm (FN 22), Art. 58 N 58.

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.

d) 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).

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 Werkeigen-

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.

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

tümer 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 Entscheid 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 Ge-

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.

richt bejahte die Haftung das Gemeinwesens, obwohl sich der Geschädigte wegen übersetzter Geschwindigkeit ein Selbstverschulden anrechnen lassen musste.

3. 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 Jugendlichen, 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 Art. 4 Abs. 1 lit. b des Produkthaftungsgesetzes liegt auf der Hand³⁷. Nach dieser Bestimmung wird, was die

36 Keller (FN 1), 50.

37 Vgl. den diesbezüglichen Hinweis von Peter Gauch, Baurecht 1996, 120 f.

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 Produkthaftpflicht. 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 Produkthaftpflichtgesetz 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 Produkthaftpflichtgesetz 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 Produkthaftpflicht entsprechen. VITO ROBERTO zählt die Produkthaftpflicht zu den gewöhnlichen Kausalhaftungen, anerkennt bei ihr aber wegen der „Haftung für Ausreisser“ ein besonderes Gefährdungselement, während HEINRICH HONSELL die Produkthaftpflicht direkt unter die Gefährdungshaftungen einreicht⁴¹.

38 Urs Ch. Nef, Obligationenrecht für Ingenieure und Architekten, 3. Aufl., Zürich 2000, 235.

39 Walter Fellmann/Gabrielle von Büren-von Moos, Grundriss der Produkthaftpflicht, Bern 1993, 64.

40 Vgl. zu diesem Begriff Fellmann/von Büren-von Moos (FN 39), 81; Hans-Joachim Hess, Kommentar zum Produkthaftpflichtgesetz, 2. Aufl., Bern 1996, 255.

41 Roberto (FN 10), 12; Honsel (FN 6), 5.

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 Einflussbereich 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.

§ 11 Teil b

I. Pflicht der Gemeinde X auf Zahlung von Schadenersatz und Genugtuung an Alice C

1. Vorbemerkung

Im vorliegenden Fall tritt die Gemeinde X, als Betreiberin eines der Öffentlichkeit zugänglichen Hallenbades, nicht hoheitlich auf. Sie schliesst mit den Hallenbadbenützern jeweils einen privatrechtlichen Vertrag ab. Es besteht in casu somit zwischen der Gemeinde und dem Hallenbadbesucher ein horizontales und nicht ein vertikales Rechtsverhältnis. Aus diesem Grund sind hier die Haftungsregeln des Bundesprivatrechts und nicht des öffentlichen Rechts anwendbar.

2. Schadenersatzforderung der Alice S für die Bestattungskosten ihrer Tochter C

a) Voraussetzungen der Vertragshaftung im Allgemeinen (Art. 97 OR)

Die Betriebsinhaberin X, welche die eingegangenen Verpflichtungen nicht oder nicht gehörig erfüllt hat, muss gemäss Art. 97 Abs. 1 OR für den Schaden, der aus der Nicht- oder Schlechterfüllung entsteht, Ersatz leisten, sofern sie nicht nachweist, dass ihr keinerlei Verschulden trifft (Siehe im Einzelnen zu den allgemeinen Haftungsvoraussetzungen bei Vertragsverletzung, vorne § 3.II.1, S. 6).

b) Anwendung von Art. 97 OR im vorliegenden Fall

aa) *Vertrag*

Mit der Zahlung einer Eintrittsgebühr für die Benützung des Hallenbades schloss die Gemeinde X mit Alice S. bzw. C einen rechtsgültigen Vertrag ab. Dieser Vertragstypus ist im OR nicht geregelt, er ist aber mit einigen im Gesetz umschriebenen Verträgen verwandt. Es handelt sich um einen Innominatvertrag. Der Vertrag kann als Vereinbarung sui generis qualifiziert werden, der dem Gastaufnahmevertrag nahe steht.

bb) *Vertragsverletzung*

Die Gemeinde X hat den Benützern des Hallenbades, Alice S. und C, die Einrichtungen nicht in einem Zustand zur Verfügung gestellt, dass C an Körper und Gesundheit keinen Schaden nimmt. Die Gemeinde X als Inhaberin des Schwimmbades hat somit vorliegend nicht alle durch die Umstände gebotenen Vorkehrungen getroffen, um die nötige Sicherheit im Hallenbad zu gewährleisten und damit auch ihre vertraglichen Verpflichtungen nicht erfüllt. Nebst der Sicherheit der Einrichtungen eines Hallenba-

des ist nämlich auch die Überwachung der Benutzer und deren Verhalten, besonders an den gefährlichsten Stellen, wie im Schwimmbassin und bei den Sprungeinrichtungen, vorliegend eine wesentliche Vertragspflicht.

cc) Schaden

Die Kosten – und damit die Vermögensverminderung – der Alice S. für die Bestattung ihrer Tochter C belaufen sich im vorliegenden Fall auf Fr. 4'000.—.

dd) Adäquater Kausalzusammenhang

Im vorliegenden Fall ist der Tod der C auf ungenügende Aufsicht beim Schwimmbassin durch die Gemeinde X bzw. den Gemeindeangestellten G zurückzuführen. Der natürliche und adäquate Kausalzusammenhang zwischen der Vertragsverletzung durch die Gemeinde X und dem Schaden der Alice S. ist somit gegeben.

ee) Verschulden

Die Gemeinde X als Betreiberin des Hallenbades hat die eingegangenen vertraglichen Verpflichtungen nicht gehörig erfüllt. Es stellt sich nun die Frage, ob sie diesbezüglich ein Verschulden trifft.

Die Gemeinde X hat zur Vertragserfüllung den Gemeindeangestellten G als Hilfsperson beigezogen und haftet somit für dessen Verhalten aufgrund von Art. 101 OR wie für das eigene (vgl. zur vertraglichen Kausalhaftung gemäss Art. 101 OR; Nef, S. 131 f. sowie vorne § 7.III.1.c). Die Gemeinde X kann sich somit der Haftung für das Handeln des Gemeindeangestellten G nur mit dem Beweis entziehen, dass man ihr, hätte sie wie der Gemeindeangestellte X gehandelt, kein Verschulden hätte vorwerfen können.

Im vorliegenden Fall hat der Gemeindeangestellte G nicht bemerkt, dass die achtjährige C ins Wasser gesprungen und anschliessend nicht mehr aufgetaucht ist. Die des Schwimmen unkundige C hätte höchstwahrscheinlich gerettet werden können, wenn der Gemeindeangestellte G aufmerksamer gewesen und ihr Absinken rechtzeitig bemerkt hätte. Vorliegend ist bei einem öffentlichen Hallenbad von einem strengen Sorgfaltsmassstab bei der Beaufsichtigung des Schwimmbassins auszugehen, weshalb das Versäumnis der Gemeinde X bzw. des Gemeindeangestellten G klarerweise als Sorgfaltspflichtverletzung zu qualifizieren ist. Damit ist auch von einem Verschulden der Gemeinde X bzw. des Gemeindeangestellten G beim Tod der C auszugehen.

ff) Ergebnis

Da alle Haftungsvoraussetzungen erfüllt sind, hat die Gemeinde X gegenüber der Alice S aufgrund von Art. 97 i.V.m. 101 OR Schadenersatz in Höhe von Fr. 4'000.—zu leisten.

c) Entscheidung des Bundesgerichtes im vorliegenden Fall (BGE 113 II 424)

Das Bundesgericht hat im vorliegenden Fall anders entschieden und ein Verschulden der Gemeinde X bzw. des Angestellten G verneint.

Das Bundesgericht führte im vorliegenden Fall in seinem Urteil aus dem Jahre 1987 aus, dass eine ständige Aufmerksamkeit des Bademeisters am Rande oder in der Nähe des Beckens zu fordern sei, damit bei jeder erkennbarer Unregelmässigkeit eingegriffen werden könne. Insbesondere habe der Betreiber des Hallenbades oder sein Bademeister Rempelen zu verbieten und darauf zu achten, dass sich die Badenden nicht ins Wasser stossen und sich zu versichern, dass die ins Wasser gefallen gut schwimmen können. Dagegen könne sich die Sorgfaltspflicht der Beobachtung während der Aufsicht vernünftigerweise nicht auf jede Handlung der Benutzer, auch wenn sie sich im Wasser befinden, beziehen. Gemäss Bundesgericht ist es infolgedessen nicht Pflicht des Bademeisters zu kontrollieren, ob jeder Badende an der Wasseroberfläche bleibt, oder, wenn er unter Wasser geht, rechtzeitig wieder auftaucht (!). Das Risiko der normalen – oder anscheinend normalen – Benützung des Wassers muss der Schwimmer selber oder die Person, welche die direkte Obhut ausübt, tragen. Der Bademeister hat nur dann einzugreifen, wenn er feststellt, dass das Risiko Wirklichkeit wird (BGE 113 II 424 = Pra 76 Nr. 109).

Es erscheint fraglich, ob das Bundesgericht diesen Fall heute gleich entscheiden würde. Es ist wohl eher davon auszugehen, dass das Bundesgericht – hätte es diesen Fall heute erneut zu beurteilen – schärfer urteilen und von einem Verschulden der Gemeinde X bzw. dem Gemeindeangestellten G ausgehen würde.

3. Genugtuung

a) Voraussetzungen im Allgemeinen

Schadenersatz und Genugtuung sind streng auseinanderzuhalten. 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, Körperverletzung 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.).

aa) Immaterielle Unbill

Die immaterielle Unbill kann etwa körperliche Schmerzen, seelisches Leid und verminderte Lebensfreude umfassen. Eine geringfügige Beeinträchtigung, die nicht zu einem eigentlichen Schmerz führt, stellt keine immaterielle Unbill dar. Der erlittene körperli-

che bzw. seelische Schmerz muss also von einer gewissen Schwere sein, damit eine Genugtuung zugesprochen werden kann.

bb) Widerrechtliche Verletzung

Die Verletzung der körperlichen Integrität als absolutes Recht ist stets widerrechtlich.

cc) Adäquater Kausalzusammenhang

Zwischen der schädigenden Handlung und Körperletzung oder Tötung sowie der immateriellen Unbill muss ein adäquater Kausalzusammenhang bestehen.

dd) 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.

b) Anwendung im vorliegenden Fall

Im Bereiche des Deliktsrechts haben die nahen Angehörigen eines Verletzten nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts Anspruch auf Genugtuung, wenn das schädigende Ereignis sie in ihren persönlichen Verhältnissen verletzt. Das Vertragsrecht enthält keine Anspruchsnorm für eine Genugtuung, doch nimmt die Rechtsprechung an, die Verweisung von Art. 99 Abs. 3 OR erfasse ebenfalls Art. 47 und 49 OR.

Vorliegend kann Alice S jedoch auch eine Verletzung der persönlichen Verhältnisse und damit die Beeinträchtigung eines absoluten Rechtsgutes geltend machen, welches im Schutzbereich der ausservertraglichen Verhaltensnormen liegt.

Eine immaterielle Unbill ist bei Alice S aufgrund des Todes ihrer Tochter C zweifellos gegeben. Eine widerrechtliche Verletzung liegt vor, da sie in ihren persönlichen Verhältnissen und damit in ihren Persönlichkeitsrechten schwer verletzt wurden. Im Weiteren ist – wie oben besprochen – eine Verschulden der Gemeinde X oder des Gemeindeangestellten G beim Tod der C nach vorliegender Ansicht (anders das Bundesgericht) gegeben. Schliesslich ist auch der adäquate Kausalzusammenhang zwischen der immateriellen Unbill und der Handlungsweise der Gemeinde X bzw. des Angestellten G erfüllt.

Die Gemeinde X hat damit der Alice S nach vorliegender Meinung auch eine Genugtuungszahlung auszurichten.

4. Regress der Gemeinde X gegen den Gemeindeangestellten G

Falls die Gemeinde X von Alice S für Schadenersatz- und Genugtuungszahlungen in Anspruch genommen wird, könnte sie bei Verschulden Regress gegen den Gemeindeangestellten G nehmen.

Dies muss aber unter Berücksichtigung von Art. 321 e OR geschehen, der für Arbeitnehmer eine gegenüber der allgemeinen Haftung von Art. 97 OR mildere Haftung vorsieht. Bei der Bemessung des Schadenersatzes des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber im Rahmen eines Rückgriffs sind insbesondere das mögliche Selbstverschulden des Arbeitgebers, das allfällig nur leichte Verschulden sowie die allenfalls nur geringe Entlohnung des Arbeitnehmers zu berücksichtigen. Solche Umstände können zu einer Aufteilung des Schadens zwischen Arbeitnehmer (Gemeindeangestellter G) und Arbeitgeber (Gemeinde X) oder gar zu einer vollen Haftungsbefreiung des Arbeitnehmers führen.

Protokoll: lic. iur. M. Splisgardt

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

Fall 4

a) Der Chauffeur C des Transportunternehmens T verlässt um 07.45 Uhr mit dem mit Aushubmaterial beladenen Lastwagen den Bauplatz X in der Stadt Zürich. Kurz nachdem sich C mit seiner schweren Fracht in den Verkehr eingeordnet hatte, trat Student S vom Trottoir auf die Strasse vor den Lastwagen des C. Trotz sofort eingeleitetem Bremsmanöver war eine Kollision nicht mehr zu verhindern. S wurde verletzt in das Spital eingeliefert. Aufgrund seiner Verletzungen muss er mit einer bleibenden Invalidität rechnen.

Wer kommt für den Schaden auf?

b) An einem warmen Sonntagnachmittag haben die zwei Studenten S und D zwischen Viznau und Weggis vom Ufer aus im Vierwaldstättersee einen Tauchgang durchgeführt. Beim Auftauchen aus 20 Metern Tiefe kollidiert S mit einem Motorboot. Der Motorbootführer C hat die zwei sich unter der Wasseroberfläche befindlichen Taucher nicht bemerkt. Aufgrund seiner Verletzungen muss S mit einer bleibenden Invalidität rechnen.

Wer kommt für den Schaden auf?

Fall 4

§ 12 Literatur

- Urs Ch. Nef, Obligationenrecht für Ingenieure und Architekten, Zürich 2000, insb. S. 159-202

§ 13 Problemkreise

- Ausservertragliche Verschuldenshaftung
- Einfache Kausalhaftungen
- Gefährdungshaftungen

§ 14 Teil a

I. Theoretische Grundlagen

1. Kausalhaftungen

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

Neben den **einfachen Kausalhaftungen**, bei denen kein Verschulden aber doch eine **Ordnungswidrigkeit** (Werkmangel, Sorgfaltspflichtverletzung, fehlerhaftes Produkt) vorliegen muss, gibt es im ausservertraglichen Haftpflichtrecht 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. Haf-

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

2. Beispiele

a) Einfache Kausalhaftungen

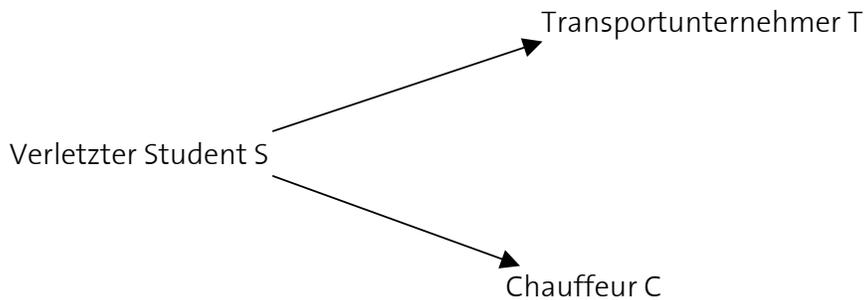
Siehe Nef, S. 187.

b) Scharfe Kausalhaftungen (Gefährdungshaftungen)

Siehe, Nef, S. 200.

II. Lösungsskizze

1. Vorbemerkung



Bei der Behandlung der Ansprüche des verletzten Studenten S sei hier nochmals darauf hingewiesen, dass grundsätzlich der Geschädigte selbst seinen Schaden zu tragen hat. Der Geschädigte kann seinen Schaden nur dann auf andere abwälzen, wenn eine rechtliche Grundlage dafür besteht (Vertrag oder Gesetz). Es kommen im vorliegenden Fall das Transportunternehmen T wie auch der Chauffeur C in Frage, die für den Schaden des S haften könnten. Da zwischen S und T sowie zwischen S und C indessen kein Vertrag besteht, kommt hier für die Abwälzung des Schadens von S nur eine ausservertragliche Haftungsgrundlage in Frage.

2. Haftung von Chauffeur C aus Verschulden gemäss Art. 41 OR

a) Voraussetzungen

Vgl. vorne (§ 10.II.1.a).

b) Anwendung von Art. 41 OR im vorliegenden Fall

Der Student S wurde nach der Kollision ins Spital gebracht. Seine Verletzungen stellten sich als so gravierend heraus, sodass er mit einer bleibenden Invalidität rechnen muss. Student S erlitt somit aufgrund der Spital- und Heilungskosten sowie seinen in Zukunft invaliditätsbedingten Erwerbsausfall einen **Schaden** im Sinne einer wirtschaftlich messbaren Vermögensverminderung.

Das Verhalten des Chauffeurs C war **widerrechtlich**, hat er doch die körperliche Integrität des Studenten und damit ein absolut geschütztes Rechtsgut verletzt.

Zwischen der Handlung des C und dem Schaden des S besteht auch ein **natürlicher und adäquater Kausalzusammenhang**. Eine Kollision eines Lastwagens mit einem Fussgänger ist nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Erfahrung geeignet, einen derartigen Schaden, wie ihn Student S erlitten hat, zu bewirken.

Für die Beurteilung des **Verschuldens** sind jeweils die konkreten Umstände massgebend. Aus dem Sachverhalt geht hier nicht hervor, dass der Lastwagenchauffeur C den Student S z.B. auf einem Fussgängerstreifen angefahren hat. C hat auch sofort ein Bremsmanöver eingeleitet und damit selber alles unternommen, um eine Kollision zu verhindern. Die Kollision erfolgte im vorliegenden Fall trotz korrektem Verhalten des Lastwagenfahrers C. **Da ihm somit kein Verschulden vorgeworfen werden kann, entfällt hier eine Haftung gemäss Art. 41 OR.**

3. Geschäftsherrenhaftung des Transportunternehmens T gemäss Art. 55 OR

a) Vorbemerkung

Bei der Geschäftsherrenhaftung handelt es sich um eine **einfache Kausalhaftung**. Das Transportunternehmen haftet dabei als Geschäftsherr für den Schaden, den sein Chauffeur C verursacht hat, wenn die folgenden Voraussetzungen von Art. 55 OR erfüllt sind.

b) Voraussetzungen von Art. 55 OR

aa) Schaden

Vgl. vorne (§ 10.II.1.a.aa).

bb) Widerrechtlichkeit

Vgl. vorne (§ 10.II.1.a.cc).

cc) Subordinationsverhältnis zwischen dem Geschäftsherrn und der Hilfsperson

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.

dd) Von Hilfsperson verursachter Schaden in Ausübung ihrer geschäftlichen und dienstlichen Verrichtungen

Die schädigende Handlung muss in einem funktionellen Zusammenhang mit der geschäftlichen Verrichtung stehen. Es genügt nicht, dass der Schaden anlässlich dieser Verrichtung zugefügt wird, wenn er mit der Verrichtung selber nichts zu tun hat. Keine Ausübung dienstlicher Verrichtungen stellt z.B. das Stehlen eines Wertgegenstandes durch einen Angestellten eines Malers, der in einer Wohnung mit Malerarbeiten beschäftigt ist.

ee) Sorgfaltspflichtverletzung als haftungsbegründende Ursache

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 des Geschäftsherrn sehr streng (vgl. BGE 110 II 456).

ff) Adäquater Kausalzusammenhang zwischen der Sorgfaltspflichtverletzung und dem Schaden

Was den adäquaten Kausalzusammenhang betrifft, setzt die Haftung des Geschäftsherrn Adäquanz zwischen der Handlung der Hilfsperson und dem Schaden voraus (Vgl. § 10.II.1.a.cc.).

c) Anwendung von Art. 55 OR im vorliegenden Fall

Die Voraussetzungen des Schadens, der Widerrechtlichkeit und des adäquaten Kausalzusammenhangs sind hier erfüllt.

Der Chauffeur C wird im vorliegenden Fall sodann für den Transportunternehmer T tätig. Er wirkt somit bei der Erfüllung der vom Transportunternehmer T übernommenen vertraglichen Verpflichtungen mit. Chauffeur C tut dies schliesslich infolge seiner Eingliederung als Arbeitnehmer im Betrieb des Transportunternehmens des T. Zwischen C und T besteht also auch ein Subordinationsverhältnis i.S.v. Art. 55 OR.

Dem Transportunternehmen steht aber gemäss Art. 55 OR der Entlastungsbeweis offen. Dieser ist als gelungen zu betrachten, wenn das Transportunternehmen T nachweisen kann, dass es den Chauffeur C ordnungsgemäss ausgewählt, richtig instruiert und regelmässig überwacht hat. Aus dem Sachverhalt geht vorliegend nicht hervor, dass Chauffeur C einen bekannt schlechten fahrerischen Leumund bzw. schon mehrere Unfälle verursacht hatte. Auch spricht vorliegend nichts für eine unordnungsgemässe Gestaltung des Betriebes des Transportunternehmens T, weshalb diesem der Entlastungsbeweis gemäss Art. 55 OR gelingen wird.

S wird somit seine Schadenersatzforderung gegen das Transportunternehmen T nicht mit Erfolg auf Art. 55 OR abstützen können.

4. Motorfahrzeughalterhaftung gemäss Art. 58 Strassenverkehrsgesetz (SVG)

a) Vorbemerkung

Bei der Motorfahrzeughalterhaftung nach Art. 58 SVG handelt es sich um eine **scharfe Kausalhaftung**. Das Transportunternehmen haftet dabei als Geschäftsherr für den Schaden, den sein Chauffeur C verursacht hat, wenn die folgenden Voraussetzungen von Art. 58 SVG erfüllt sind.

b) Voraussetzungen

aa) Schaden

Vgl. vorne (§ 10.II.1.a.aa).

bb) Widerrechtlichkeit

Vgl. vorne (§ 10.II.1.a.bb).

cc) Betrieb eines Motorfahrzeuges

Als **Motorfahrzeug** gelten gemäss Art. 7 Abs. 1 SVG nur Fahrzeuge mit eigenem Antrieb, durch den es dem Erdboden unabhängig von Schienen fortbewegt wird, z.B. auch Dampfwalze, Pistenfahrzeug, Schneefräse etc.

Als **Motorfahrzeughalter** gilt derjenige, auf dessen Gefahr der Betrieb des Fahrzeuges erfolgt sowie über die tatsächliche unmittelbare Verfügungsgewalt über das Fahrzeug hat. Der Motorfahrzeughalter wird nach materiellen, nicht nach formellen Kriterien bestimmt. Es sind also die tatsächlichen, wirtschaftlichen und nicht die rechtlichen Verhältnisse massgeblich. Halter ist in der Regel die zur Zeit des Unfalls im Fahrzeugausweis eingetragene natürliche oder juristische Person. Sie braucht es aber nicht zu sein, weshalb der Richter im Einzelfall zu prüfen hat, wer tatsächlich Halter ist.

Art. 58 SVG kommt sodann nur zur Anwendung, wenn das Motorfahrzeug **in Betrieb** ist, also die maschinellen Einrichtungen wie Motor und Scheinwerfer im Zusammen-

hang mit der Fortbewegung im Gebrauch sind und/oder das Fahrzeug durch seinen Antrieb in Bewegung und/oder das Fahrzeug durch das bewusste Ausnutzen der Schwerkraft in Bewegung ist. Beim Betriebsbegriff handelt es sich um einen maschinentechnischen und nicht um einen verkehrstechnischen Begriff.

dd) Adäquater Kausalzusammenhang

Vgl. vorne (§ 10.II.1.a.cc).

c) Anwendung von Art. 58 SVG im vorliegenden Fall

Die Voraussetzungen des Schadens und der Widerrechtlichkeit sind vorliegend erfüllt. Auch der adäquate Kausalzusammenhang ist gegeben, da der Betrieb des Motorfahrzeuges zum Schaden geführt hat und nach dem allgemeinen Lauf der Dinge damit gerechnet werden musste, dass der Betrieb eines Lastwagens zu einer Körperverletzung eines Fussgängers führen kann.

Beim Lastwagen handelt es sich sodann um ein Motorfahrzeug i.S.v. Art. 7 SVG, das zur Zeit des Unfalls in Betrieb war. Vorliegend war das Transportunternehmen sicher als Halter im Fahrzeugausweis eingetragen. Das Transportunternehmen T hat seinen Lastwagen seinem Angestellten C direkt überlassen, damit dieser einen Auftrag des Transportunternehmens T als Hilfsperson erfüllte, nämlich Aushubmaterial auf den Bauplatz X fuhr. Als Motorfahrzeughalter gilt hier somit klarerweise das Transportunternehmen T und nicht etwa der Chauffeur C.

Da vorliegend alle Voraussetzungen von Art. 58 SVG erfüllt sind, haftet das Transportunternehmen T gegenüber dem Studenten S für dessen bei der Kollision erlittenen Schaden.

§ 15 Teil b

I. Lösungsskizze

1. Haftung von C aus Verschulden gemäss Art. 41 OR

a) Voraussetzungen

Vgl. vorne (10.II.1.a).

b) Anwendung von Art. 41 OR im vorliegenden Fall

Vorliegend ist Student S ein Schaden im Sinne einer Vermögensverminderung – Spitalkosten sowie (hypothetischer) Erwerbsausfall aufgrund der Invalidität – entstanden.

Das Verhalten des Motorbootführers C ist widerrechtlich, weil er das absolut geschützte Rechtsgut Leib und Leben des Studenten S verletzt hat.

Zwischen dem Schaden des S und der Handlung des C besteht auch ein natürlicher und adäquater Kausalzusammenhang. Eine Kollision eines Motorbootes mit einem Taucher ist nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Erfahrung geeignet, einen solchen Schaden, wie ihn Student S erlitten hat, zu bewirken.

Eine Sorgfaltswidrigkeit und damit ein Verschulden des Motorbootführers C wäre wohl indessen nur dann zu bejahen, wenn die beiden Taucher S und D eine Boje am Ort ihres Auftauchens platziert hätten. Aus dem vorliegenden Sachverhalt geht aber nicht hervor, dass die tauchenden Studenten S und D den Ort ihres Auftauchens irgendwie für Motorbootfahrer signalisiert hatten.

Dem Motorbootführer C kann hier somit kein Verschulden vorgeworfen werden, womit hier eine Haftung nach Art. 41 OR auszuschliessen ist.

2. Haftung des Motorfahrzeughalters C gemäss Art. 58 SVG

a) Voraussetzungen

Vgl. vorne (§ 14.II.4.b).

b) Anwendung von Art. 58 SVG im vorliegenden Fall

Die Voraussetzungen des Schadens, der Widerrechtlichkeit und des adäquaten Kausalzusammenhangs sind hier erfüllt.

Es stellt sich aber die Frage, ob ein Motorboot auch als Motorfahrzeug im Sinne von Art. 58 SVG qualifiziert werden kann. Gemäss Art. 7 SVG ist ein Motorfahrzeug im Sinne des Gesetzes jedes Fahrzeug mit eigenem Antrieb, durch den es auf dem Erdboden unabhängig von Schienen fortbewegt wird. Der Hinweis auf dem Erdboden dient primär zur Abgrenzung gegenüber den Wasser- und Luftfahrzeugen. Das Motorboot des C fällt somit nicht unter den Begriff des „Motorfahrzeugs“ gemäss Art. 58 SVG, womit auch die Haftung des C aus Art. 58 SVG gegenüber den Studenten S entfällt.

3. Anspruch von Student S gegen Motorbootführer C aufgrund anderer Gefährdungshaftungen

Die Gefährdungshaftungen (=scharfen Kausalhaftungen) sind in verschiedenen Gesetzen verstreut (vgl. Nef, S. 187 und 200). Für den vorliegenden Fall lässt sich jedoch keine („günstige“) scharfe Kausalhaftung finden, aufgrund welcher der Student S seine Schadenersatzansprüche auf den Motorbootführer C abwälzen könnte.

4. Ergebnis

Im vorliegenden Fall lassen sich überhaupt keine Rechtsnormen finden, welche im vorliegenden Fall zu einer Haftung des Motorbootführers C für den Schaden des Studenten S führen. S hat somit den beim Unfall erlittenen Schaden grundsätzlich vollumfänglich selber zu tragen.

S hat aufgrund seiner bleibenden Invalidität durch den Unfall einen grossen finanziellen Schaden erlitten. Ein Teil des Schadens wird die obligatorische Krankenversicherung übernehmen. Hat der Student jedoch keine private Unfallversicherung abgeschlossen, wird er sich für den Rest seines Lebens mit einer nur sehr geringen Invaliditätsrente der Invaliditätsversicherung (zuzüglich Ergänzungsleistungen) begnügen müssen.

II. Exkurs: Revisionsbestrebungen im Haftpflichtrecht, insbesondere betreffend Gefährdungshaftung

Das Haftpflichtrecht ist heute in zahlreichen Gesetzen unterschiedlich geregelt. Daher ist es sehr unübersichtlich. Oft werden gleiche Fragen zudem unterschiedlich geregelt (z.B. Verjährung), was zu Rechtsungleichheiten führt. Ein Expertenentwurf von Prof. Pierre Widmer und Pierre Wessner strebt deshalb eine Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts an. Zu diesem Zweck wird ein Allgemeiner Teil des Haftpflichtrechts im Obligationenrecht (OR) vorgeschlagen, an den die übrigen Gesetze (Spezialgesetze) so weit wie möglich angepasst werden. Der Expertenentwurf behält die Grundregeln des geltenden Haftpflichtrechts bei. In zahlreichen Einzelfragen schlägt er aber Änderungen vor, vor allem dort, wo in der Rechtslehre oder in politischen Vorstössen Reformen verlangt wurden.

Die Verfasser des Vorentwurfs zur Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts halten den Zeitpunkt gegeben für u.a. folgende Überlegung:

„Die Tatbestände der Gefährdungshaftung, die da und dort durch gesetzgeberische Zuckungen entstanden sind, aufgrund der Tagesaktualität und scheinbar ohne Beziehung untereinander, gehen in Wirklichkeit auf eine einzige Idee und einen gemeinsamen Grundsatz zurück, der es erlauben sollte ihnen eine gemeinsame Grundlage zuzubilligen“. Der Generalklausel der Gefährdungshaftung liegt die Idee zugrunde, ins Obligationenrecht eine genügend weit gefasste und flexible Bestimmung einzufügen ist, die es dem Gericht ermöglicht, die ungleiche – und deswegen ungerechte – Behandlung von Fällen zu vermeiden, deren Merkmale mit jenen Situationen vergleichbar sind, welche nach geltendem Recht schon durch besondere Bestimmungen der Kausalhaftungen unterstellt sind. Dem Gericht soll damit auch ein Weg für vernünftige Analogien freigemacht werden, die ihm bis jetzt verboten“ waren“ (Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts, Erläuternder Bericht, von den Professoren Pierre Widmer und Pierre Wessner, S. 137).

Aus diesen Gründen wurde Art. 50 OR des Vorentwurfs zur Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts verfasst, der folgendermassen lautet:

1 Wird Schaden dadurch verursacht, dass sich das charakteristische Risiko einer besonders gefährlichen Tätigkeit verwirklicht, so haftet dafür die Person, die diese betreibt, selbst wenn es sich um eine von der Rechtsordnung geduldete Tätigkeit handelt.

2 Eine Tätigkeit gilt als besonders gefährlich, wenn sie ihrem Wesen nach oder nach der Art der dabei verwendeten Stoffe, Geräte oder Kräfte geeignet ist, auch bei Anwendung aller von einer fachkundigen Person zu erwartenden Sorgfalt häufige oder schwerwiegende Schäden herbeizuführen; dies ist insbesondere dann anzunehmen, wenn für ein vergleichbares Risiko bereits ein Gesetz eine spezielle Haftung begründet.

3 Spezielle Haftungsbestimmungen für ein bestimmtes charakteristisches Risiko sind vorbehalten.

Falls Art. 50 des OR-Vorentwurfs zur Zeit des Unfalls im vorliegenden Fallbeispiel in Kraft gewesen wäre, hätte Student S sich auf diese Rechtsgrundlage stützen können und dann mit Erfolg seinen bei der Kollision entstandenen finanziellen Schaden gegen den Motorbootsführer C geltend gemacht.

Derzeit ist die Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts indessen aus verschiedenen Gründen erheblich ins Stocken geraten, sodass in absehbarer Zeit nicht mit dem Inkrafttreten einer solchen Generalklausel der Gefährdungshaftung im OR zu rechnen ist.