

a.a.O., N 16 zu Art. 273 ZGB; *Cyril Hegnauer*, Kommentar, N 130 ff. zu Art. 273 ZGB; Urteil BGer 5C.146/2004, E. 4.3).

OGP, 09.04.2015

3650

Werkvertrag. Abnahme und Genehmigung des Werks durch den Besteller (Art. 370 OR). Prototyp eines Anhängers im Testbetrieb.

Aus den Erwägungen:

2.5 [...]

Wird das abgelieferte Werk vom Besteller ausdrücklich oder stillschweigend genehmigt, so ist der Unternehmer von seiner Haftpflicht befreit, soweit es sich nicht um Mängel handelt, die bei der Abnahme und ordnungsmässigen Prüfung nicht erkennbar waren oder vom Unternehmer absichtlich verschwiegen wurden (Art. 370 Abs. 1 OR). Stillschweigende Genehmigung wird angenommen, wenn der Besteller die gesetzlich vorgenommene Prüfung und Anzeige unterlässt (Art. 370 Abs. 2 OR). Genehmigung ist eine Willenserklärung des Bestellers, das abgelieferte Werk als vertragsgemäss gelten zu lassen (*Zindel/Pulver*, Obligationenrecht I, Basler Kommentar, 5. A., Basel 2011, N 2 zu Art. 370). Der Ablieferung durch den Unternehmer, welche die Fertigstellung („Vollendung“) des Werkes voraussetzt, entspricht die Abnahme durch den Besteller, die auch stillschweigend, durch zweckentsprechenden Gebrauch des Werkes, erfolgen kann. Ein besonderer Abnahmewille des Bestellers oder seines Vertreters ist nicht erforderlich (*Zindel/Pulver*, a.a.O., N 3 zu Art. 370). Eine stillschweigende Genehmigung kann – vom Sonderfall von Art. 370 Abs. 2 OR abgesehen – als konkludentes Verhalten oder als Schweigen namentlich vorliegen, wenn der Besteller das Werk vorbehaltlos entgegennimmt oder darüber verfügt (es gebraucht, verändert oder ggf. verbraucht; *Zindel/Pulver*, a.a.O., N 11 zu Art. 370). Der Unternehmer hat die Genehmigung des abgelieferten Werkes durch den Besteller nach Art. 370 Abs. 1 OR zu beweisen (*Zindel/Pulver*, a.a.O., N 26 zu 370).

Die Berufungsklägerin A. AG bestreitet, dass es bezüglich des bestellten Anhängers zu einer werkvertraglichen Ablieferung bzw. Abnahme gekommen ist. Diese Frage ist daher im Lichte der aufgeführten Rechtsprechung zu prüfen. Bejaht man die Ablieferung bzw. Abnahme des Werkes, ist danach zu fragen, ob das Werk von der Berufungsklägerin genehmigt wurde, soweit allfällige Mängel bei einer ordnungsmässigen Prüfung erkennbar waren. Dafür trägt der Berufungsbeklagte B. die Beweislast. Folgende Ereignisse erscheinen in diesem Zusammenhang als für die Beurteilung relevant:

- 16.12.1998 Kontrolle des Anhängers durch die Motorfahrzeugkontrolle der A. AG als Zulassungsbehörde im Werk H.
- 17.12.1998 Schreiben der A. AG an B.: „Wir beziehen uns auf die Fahrzeugabnahme vom 16. Dezember 1998 in Ihrem Betrieb [...]. Die Garantie der Deichsel bzw. der 50 mm Durchmesser Kugelkupplung (Albe) am Anhänger muss auf den erschwerten Betriebseinsatz durch Sie als Fahrzeughersteller überprüft werden. Mit diesem Vorbehalt kann der Anhänger am 24. Dezember 1998, in Ihrer Verantwortung zum Probelauf, dem Busdienst freigegeben werden. Gerne erwarten wir baldmöglichst eine schriftliche Bestätigung der Garantie.“
- 19.12.1998 Garantie-Erklärung der Herstellerfirma B. für den Anhänger.
- 24.12.1998 Prüfungsbericht der Motorfahrzeugkontrolle der A. AG betreffend die Kontrolle des Anhängers mit 2,0 t-Kupplung vom 16.12.1998. 1. Inverkehrsetzung: 24.12.1998.
- 24.12.1998 B. baute eine stärkere Kupplung, eine 3,5 t-Kugel-Kupplung EM 300 A ein und lieferte den Anhänger am 24. Dezember 1998 an die Berufungsklägerin aus.
- 08.01.1999 Fahrzeugausweis für den Anhänger wird ausgestellt. 1. Inverkehrsetzung: 24.12.1998.
- 03.03.1999 Schreiben der Motorfahrzeugkontrolle der A. AG an das Regionalzentrum St.Gallen-Appenzell. Darin wird festgehalten: „Der Anhänger E./SA 680-N (P 30091) wurde am 16. Dezember 1998 durch uns bei der Firma B. in H., abgenommen und am 24.12.98 zum Verkehr zugelassen. Zum Zeitpunkt der Abnahme herrschte Zweifel über die Eignung der Kupplungsteile des Anhängers für den Einsatz mit Gesellschaftswagen. Deshalb wurde von dem Fahrzeughersteller eine zusätzliche Garantie für die Kupplungsteile verlangt (s. Brief vom 17. Dez. 1998 in der Beilage). Bis zum Unfalldatum haben wir diese Garantie nicht erhalten.“
- 25.10.2000 Befragungsprotokoll Kantonspolizei St.Gallen von L., Garagenchef bei der A. AG: „Am 24.12.1998 erschien B. mit dem Sachentransportanhänger bei der Busgarage in N. Anwesend waren auch F. und ich. Dabei erklärte mir B., dass nun eine stärkere Anhängerkupplung montiert worden sei. Die Zugkraft betrage nun 3,5 Tonnen. Mehr sagte B. nicht zur Anhängerkupplung.“

Die vorstehend aufgeführten Dokumente und Ereignisse zeigen klar, dass die Berufungsklägerin selbst noch am 3. März 1999 ausführte, dass der An-

hänger von B. am 16. Dezember 1998 von ihr abgenommen worden war. Fest steht ebenfalls, dass die Berufungsklägerin im Nachgang zum 16. Dezember 1998 in ihrem Schreiben vom 17. Dezember 1998 insofern einen Vorbehalt zur Kupplung machte, als sie vom Berufungsbeklagten eine Überprüfung der Kupplung bezüglich erschwertem Betriebseinsatz verlangte. B. baute in der Folge eine stärkere Kupplung ein und lieferte den Anhänger mit eingebauter stärkerer Kupplung am 24. Dezember 1998 bei der Beklagten in N. ab. Bei der Ablieferung anwesend waren von der A. AG Garagenchef L. sowie F. L. bestätigte, dass B. ihm erklärt habe, er habe nun eine stärkere Anhängerkupplung montiert. Mit dem Einbau der stärkeren 3,5 t-Kupplung und Ablieferung des Anhängers am 24. Dezember 1998 bei der Berufungsklägerin war nach Ansicht des Obergerichts das Werk vollendet, dies unabhängig von kleineren Mängeln. Die Anwesenden L. und F. waren Fachleute und wurden, wie erwähnt, von B. ausdrücklich auf die verstärkte Kupplung aufmerksam gemacht. Von ihnen beiden als Vertreter der Bestellerin konnte erwartet werden, dass sie ihre Vorgesetzten über den abgelieferten Anhänger und insbesondere über den Einbau der neuen Kupplung informieren würden. Aus dem Umstand, dass die A. AG in der Folge offenbar nicht weiter auf der von ihm noch am 17. Dezember 1998 verlangten Garantieerklärung beharrte, ist davon auszugehen, dass der interne Informationsaustausch mit grösster Wahrscheinlichkeit auch stattfand. Andernfalls hätte die A. AG nicht am 8. Januar 1999 für den Anhänger den Fahrzeugausweis mit dem Datum 24.12.1998 als 1. Inverkehrsetzung ausgestellt. Nach der Ablieferung und Abnahme des Anhängers am 24. Dezember 1998 nahm die Berufungsklägerin den Anhänger mit neuer Kupplung bis zum Tag des Unfalls in Gebrauch. Dies lässt einzig den Schluss zu, dass die zuständigen Personen bei der A. AG mit dem Anhänger und insbesondere auch mit der verstärkten Kupplung einverstanden waren, so dass das Werk i.S.v. Art. 370 Abs. 1 OR von der Bestellerin stillschweigend genehmigt wurde.

Selbst wenn man davon ausginge, dass eine erneute Prüfung des Anhängers mit der neuen Kupplung gesetzlich erforderlich gewesen wäre, liegt eine stillschweigende Genehmigung i.S.v. Art. 370 Abs. 2 OR vor. Die Berufungsklägerin, welche eine eigene Motorfahrzeugkontrolle führt, muss sich anrechnen lassen, dass sie über ihre Vertreter L. und F. Kenntnis vom Einbau der stärkeren Kupplung hatte und trotzdem offensichtlich eine erneute Fahrzeugprüfung nicht für erforderlich hielt. Im Gegenteil stellte sie am 8. Januar 1999 den Fahrzeugausweis aus und nahm den Anhänger in Betrieb. Entsprechend muss sie sich auch in diesem Fall darauf behaften lassen, dass sie das abgelieferte Werk mit der Abnahme am 24. Dezember 1998 stillschweigend genehmigt hat.

Einzugehen ist auch auf den Einwand der Berufungsklägerin, der Anhänger sei ein Prototyp gewesen und habe sich noch im Probetrieb befunden. Eine Abnahme sei daher noch nicht erfolgt. Damit setzt sie sich in Wider-

spruch zu ihrer eigenen Argumentation in der Stellungnahme zum Beweisergebnis. Dort führte sie noch aus, der Anhängerunterbau (Chassis) Unterboden und die Kupplung seien selbstverständlich kein Prototyp gewesen, dieser habe von Anfang an sicher sein müssen. Ein Prototyp sei der Anhänger nur bezüglich der Tauglichkeit und Verwendbarkeit des Anhängeraufbaus gewesen. Der Einwand wird zudem auch dadurch entkräftet, dass die Berufungsklägerin den Anhänger nicht, wie es bei einem vollständigen Prototypen zu erwarten gewesen wäre, etwa auf einem Testgelände, sondern im regulären Busbetrieb einsetzte, was ebenfalls auf eine erfolgte Abnahme hinweist. Dieses Ergebnis steht im Übrigen auch nicht im Widerspruch dazu, dass die Berufungsklägerin aufgrund ihrer Aussagen beabsichtigte, möglicherweise den Anhängeraufbau für weitere Anhänger zu verwenden.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Berufungsklägerin den Anhänger am 24. Dezember 1998 abgenommen und in der Folge stillschweigend genehmigt hat. Gestützt auf Art. 370 Abs. 1 OR gilt die daraus resultierende Befreiung des Unternehmers von der Haftpflicht selbstverständlich nicht für allfällige Mängel am Anhänger, die bei der Abnahme und ordnungsgemäßen Prüfung nicht erkennbar waren oder vom Unternehmer absichtlich verschwiegen wurden.

OGer, 16.02.2015

Das Bundesgericht wies am 8. Januar 2016 eine gegen dieses Urteil erhobene Beschwerde der Berufungsklägerin ab, soweit es darauf eintrat (Urteil BGer 4A_401/2015).