

APH 08 631, publiziert im April 2009

Entscheid der 1. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Bern,

unter Mitwirkung von Oberrichter Kunz (Referent), Oberrichterin Lüthy-Colomb und Oberrichterin Pfister Hadorn sowie Kammerschreiberin Wehren

vom 9. März 2009

in der Streitsache zwischen

A.

vertreten durch Rechtsanwalt X.

Nichtigkeitsklägerin

und

B.

vertreten durch Fürsprecher Y.

Nichtigkeitsbeklagte

Regeste:

- Art. 55 OR, Art. 360 Ziff. 2 ZPO, Haftung des Geschäftsherrn
- Die Nichtigkeitsklage wurde abgewiesen, soweit darauf einzutreten war, denn eine Verletzung klaren Rechts führt im Anwendungsbereich von Art. 360 Ziff. 2 ZPO nur dann zur Nichtigkeitsklärung, wenn der gerügte Mangel für das Urteil kausal war.

Die Kammer ist nicht an die von der Nichtigkeitsbeklagten vorgebrachte Haftungsgrundlage (Art. 41 OR) gebunden, sondern kann von Amtes wegen eine Haftung gemäss der Spezialnorm von Art. 55 OR prüfen, da die hierfür nötige Sachverhaltsgrundlage vorgebracht wurde. Eine Haftung der Nichtigkeitsklägerin gestützt auf Art. 55 OR ist zu bejahen, da es aufgrund der Nähe der Baustelle zur Unfallstelle durchaus wahrscheinlich erscheint, dass 4 unbefestigte Plastikteile à ca. 6m² (des schweren Plastiks) von der Baustelle der Nichtigkeitsklägerin auf die Autobahn geweht wurden. Die Möglichkeit, dass die Plastikteile von den orangen Containern oder von einem anderen Fahrzeug oder Güterwagen stammen, kommt nicht ebenso ernst in Frage wie das Wegwehen der Plastikteile von der Baustelle der Nichtigkeitsklägerin. Im Endergebnis ist daher der Vorinstanz zuzustimmen, wenn sie festhält, dass die Plastikteile auf der Autobahn mit überwiegender Wahrscheinlichkeit von der Baustelle der Nichtigkeitsklägerin stammen.

Als Mass für den Nachweis der Kausalität wird im Haftpflichtrecht überwiegende Wahrscheinlichkeit verlangt. Dass der Unfall die alleinige oder unmittelbare Ursache der gesundheitlichen Störungen der Nichtigkeitsbeklagten ist, ist nicht erforderlich. Aufgrund des von ihr geschaffenen gefährlichen Zustandes war die Nichtigkeitsklägerin dazu verpflichtet, entsprechende Sicherungsmassnahmen wie

insbesondere die Befestigung bzw. Beschwerung von frei herumliegenden Plastikteilen vorzunehmen. Da sie (bzw. ihre Hilfspersonen) die Plastikteile nicht gesichert und damit ihre Sicherungspflicht verletzt hat, konnten diese vom Wind auf die Fahrbahn geweht werden. Damit ist die hypothetische Kausalität zu bejahen.

Redaktionelle Vorbemerkungen:

Die Nichtigkeitsbeklagte erlitt am Montag, 14. März 2005, um 05.25 Uhr auf der Autobahn einen Autounfall als sie 4 durchsichtigen, auf der trockenen Fahrbahn liegenden, Wellen von ca. 20 cm bildenden, Plastikfolien à ca. 6 m² auszuweichen versuchte und dabei bremste. Sie erlitt dabei ein HWS-Distorsionstrauma. In unmittelbarer Nähe der Unfallstelle befindet sich die Baustelle der Nichtigkeitsklägerin.

Die Nichtigkeitsklägerin bestreitet die Kausalität und bringt vor, die Vorinstanz habe eine offenbar unrichtige Beweiswürdigung vorgenommen, indem sie das Selbstverschulden der Nichtigkeitsbeklagten und die Betriebsgefahr des Autos nicht berücksichtigt bzw. qualifiziert falsch eine volle Haftungsquote der Nichtigkeitsklägerin angenommen. Zudem rügt die Nichtigkeitsklägerin eine Verletzung klaren Rechts, weil das Beweismass und die Beweisführungslast derart herabgesetzt worden seien, dass praktisch eine Kausalhaftung angenommen worden sei. Eine Verletzung klaren Rechts liege sodann vor, weil die Haftung der juristischen Person nicht nach Massgabe von Art. 55 Abs. 2 ZGB geprüft worden sei.

Auszug aus den Erwägungen:

I.

(...)

II.

(...)

III.

A. Rügegründe

1. Ein Urteil, das in der endgültigen Zuständigkeit des Gerichtspräsidenten liegt, kann gemäss Art. 360 Ziff. 2 ZPO unter anderem dann als nichtig angefochten werden, wenn das Urteil klares Recht verletzt, indem es mit einer bestimmten Gesetzesvorschrift des Zivil- oder Prozessrechtes in Widerspruch steht oder sich auf eine offenbar unrichtige Akten- oder Beweiswürdigung gründet.

Klares Recht im Sinne von Art. 360 Ziff. 2 ZPO verletzt eine Rechtsanwendung, die schlechterdings unhaltbar ist. Ist sie vertretbar, widersteht sie der Anfechtung, gleichgültig, ob der oberinstanzliche Richter, könnte er (wie bei der Appellation) frei

entscheiden, ihr folgen würde oder nicht. Die Nichtigkeitsklage bezweckt also, handgreifliche „Betriebsunfälle“ bei jenen Urteilen zu beheben, die keiner Appellation unterliegen (Kummer, Grundriss des Zivilprozessrechts, 4. Auflage, Bern 1984, S. 206). Entscheide, die sich innerhalb des dem Richter bei der Rechtsanwendung eingeräumten Ermessens halten, sind der Anfechtung wegen Verletzung klaren Rechts nicht ausgesetzt (Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, a.a.O., N 3b zu Art. 360 ZPO). Dagegen führen Ermessensmissbrauch und Ermessensüberschreitung zur Nichtigklärung wegen Verletzung klaren Rechts. Eine Verletzung klaren Rechts liegt stets vor, wenn der Richter eine konstante Rechtsprechung einfach unbeachtet lässt, falsch versteht oder aus eindeutig unstichhaltigen Gründen nicht berücksichtigt (Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, a.a.O. N 3b zu Art. 360 ZPO).

Wann eine „offenkundig unrichtige Akten- oder Beweiswürdigung“ vorliegt, lässt sich abstrakt nicht in befriedigender Weise umschreiben, sondern nur konkret im Einzelfall ermitteln. Ein einigermassen eindeutiger Massstab liegt nur dann vor, wenn der Entscheid in offenem Widerspruch zu den Akten, z.B. einer beweiskräftigen Urkunde oder einer protokollierten Aussage steht. Übersehen eines erheblichen Aktenstückes oder erhebliche, für den Entscheid kausale tatsächliche Annahmen ohne Stütze in den Vorbringen der Parteien erfüllen den Nichtigkeitsgrund ohne weiteres. Soweit jedoch das Beweisergebnis interpretiert werden muss, führt nur eine sachlich schlechthin nicht vertretbare Würdigung zur Nichtigkeit (Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, a.a.O., N 3f zu Art. 360 ZPO).

Eine Verletzung klaren Rechts führt im Anwendungsbereich von Art. 360 Ziff. 2 ZPO nur dann zur Nichtigklärung, wenn der gerügte Mangel für das Urteil kausal war (Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, a.a.O. N 3d zu Art. 360 ZPO).

2. Demzufolge ist zu prüfen, ob das angefochtene Urteil klares Recht verletzt bzw. sich auf eine offenbar unrichtige Beweiswürdigung stützt und ob der gerügte Mangel für das Urteil kausal war.

(...)

B. Beweiswürdigung und Rechtliches

1. Anwendbare Norm

Die Vorinstanz begründete die Haftung der Nichtigkeitsklägerin mit der Erfüllung der Haftungsvoraussetzungen nach Art. 41 OR. Wie die Nichtigkeitsklägerin zutreffend vorbringt, übersieht die Vorinstanz dabei, dass es sich bei der Nichtigkeitsklägerin um eine juristische Person handelt, welche nicht nach denselben Grundsätzen wie eine natürliche Person haftet. Will man bei juristischen Personen Art. 41 OR anwenden, so ist gestützt auf Art. 55 ZGB zu prüfen, ob den Organen ein Verschulden vorzuwerfen ist (vgl. Schnyder in Honsell/Vogt/Wiegand, Basler Kommentar Obligationenrecht I, 4. Auflage, Basel 2007, N 46 zu Art. 41 OR). Diese Prüfung hat die Vorinstanz unterlassen.

Die Nichtanwendung von Art. 55 ZGB durch die Vorinstanz führt aber nur dann zur Nichtigkeitserklärung des angefochtenen Entscheids, wenn dies für das Ergebnis kausal war. Wenngleich die Vorinstanz in ihrem Bericht ausführte, dass sie den Entscheid auf Art. 41 und nicht auf Art. 55 OR stütze, so ist aus der Begründung ersichtlich, dass die Vorinstanz der Nichtigkeitsklägerin die fehlende Kontrolle der angeordneten Sicherung der Plastikfolien vorwirft. Insofern stützt sich die Vorinstanz eigentlich auf Art. 55 OR, wonach der Geschäftsherr für den Schaden haftet, den seine Arbeitnehmer oder andere Hilfspersonen in Ausübung ihrer dienstlichen oder geschäftlichen Verrichtungen verursacht haben, wenn er nicht nachweist, dass er alle nach den Umständen gebotene Sorgfalt aufgewendet hat, um einen Schaden dieser Art zu verhüten, oder dass der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt eingetreten wäre. Bei Art. 55 OR handelt es sich um eine Kausalhaftung, welche weder ein Verschulden der Hilfsperson noch ein Verschulden des Geschäftsherrn (bzw. der Organe) voraussetzt (BGE 110 II 456, 95 II 93; Schnyder in BSK OR I, a.a.O. N 1 zu Art. 55 OR; Brehm, in Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, 2. Auflage, Bern 1998, N 40 zu Art. 55 OR). Im Verhältnis zu Art. 41 OR stellt Art. 55 OR eine *lex specialis* dar (Schnyder in BSK OR I, a.a.O. N 2 zu Art. 55 OR), weshalb eine Haftung nach Art. 41 OR nicht zu prüfen ist, es sei denn, dass die Hilfsperson oder den Geschäftsherrn ein eigenes Verschulden trifft (Brehm, a.a.O. N 96 und 97 zu Art. 55 OR; BGE 115 II 237). Der Geschäftsherr haftet auch für Zufall (Brehm, a.a.O. N 34 zu Art. 55 OR). Während Art. 55 OR sich auf die Haftung für Handlungen von Hilfspersonen bezieht, betrifft Art. 55 ZGB die Haftung für schuldhaftes Handeln der Organe, welche der juristischen Person zugerechnet werden (Schnyder in BSK OR I, a.a.O. N 5 zu Art. 55 OR). Das Verhalten der Hilfspersonen, für welche der Geschäftsherr gemäss Art. 55 OR einzustehen hat, kann in einem Tun oder in einem Unterlassen bestehen (BGE 4C.119/2000).

Eine Haftung nach Art. 55 OR ist zu bejahen, wenn der Geschädigte beweist, dass ein Subordinationsverhältnis zwischen dem Geschäftsherrn und der Hilfsperson besteht, die allgemeinen Haftungsvoraussetzungen (schädigendes Ereignis, Schaden, Widerrechtlichkeit, adäquater bzw. hypothetischer Kausalzusammenhang [vgl. Brehm, a.a.O., N 36 zu Art. 55 OR; BGE 4C.119/2000]) erfüllt sind, der Schaden in Ausübung der Funktion als Hilfsperson verursacht wurde und der Exkulpationsbeweis (*cura in eligendo* [sorgfältige Auswahl], *cura in instruendo* [sorgfältige Instruktion], *cura in custodiendo* [sorgfältige Überwachung], zweckmässige Arbeitsorganisation, Endkontrolle [vgl. BGE 110 II 456]) des Geschäftsherrn misslingt (Schnyder in BSK OR I, a.a.O. N 6 – 20 zu Art. 55 OR). Auch der Geschäftsherr haftet aus Art. 55 OR für die Verletzung eines absoluten Rechts nur, wenn das Nichthandeln seiner Hilfsperson gegen eine spezifische Handlungspflicht versties, die sich insbesondere aus dem gefährlichen Zustand ergeben kann (BGE 4C.119/2000 mit Hinweis auf Oftinger/Stark, Bd II, 4. Auflage, S. 322).

Die Rechtsanwendung ist Sache des Richters, weshalb der Richter nicht an die rechtliche Begründung der Parteianträge gebunden ist. Die Anwendung der Rechtssätze auf den gemäss Verhandlungsmaxime ermittelten Sachverhalt erfolgt von Amtes wegen. Demnach kann das Gericht eine Klage aus nicht geltend gemachtem Rechtsgrunde zusprechen oder abweisen, soweit die Sachverhaltsgrund-

lage dafür vorgebracht wurde. Es gilt der Grundsatz *iura novit curia* (Leuch/Marbach/Kellerhals/ Sterchi, a.a.O., N 3a und b zu Art. 202 ZPO).

Die Kammer ist daher nicht an die von der Nichtigkeitsbeklagten vorgebrachte Haftungsgrundlage (Art. 41 OR) gebunden, sondern kann von Amtes wegen eine Haftung gemäss der Spezialnorm von Art. 55 OR prüfen, da die hierfür nötige Sachverhaltsgrundlage vorgebracht wurde.

2. Beweiswürdigung

2.1 Nach Art. 8 ZGB hat, wo das Gesetz es nicht anders bestimmt, derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet.
(...)

Das Beweismass bestimmt, ob der Richter für das Vorhandensein einer bestimmten Tatsache einen strikten Beweis verlangt, oder sich mit einem minderen Grad an Sicherheit begnügt. Dieser Massstab hat weder mit der Beweislast noch mit Beweiswürdigung direkt etwas zu tun. Möglich sind Abstufungen von der Gewissheit bis zur blossen Wahrscheinlichkeit bzw. Glaubhaftmachung. Das Beweismass ist im Einzelfall nicht aus Art. 8 ZGB ableitbar, sondern wird aus der konkret zur Anwendung gelangenden materiellen Norm gewonnen (Schmid in Basler Kommentar, Honsell/Vogt/Geiser, Zivilgesetzbuch I, 3. Auflage, Basel 2006, N 15 f. zu Art. 8 ZGB).

Als Regelbeweismass gilt, dass der Beweis erbracht ist, wenn der Richter aufgrund objektiver Gesichtspunkte von der Verwirklichung einer Tatsache überzeugt ist und allfällig vorhandene Zweifel nicht als erheblich erscheinen, was deutlich mehr sein muss als eine bloss überwiegende Wahrscheinlichkeit (Schmid, a.a.O., N 17 zu Art. 8 ZGB).

Die Bezeichnung als „Regelbeweismass“ bringt nur zum Ausdruck, dass grundsätzlich jeder Beweis entsprechend diesem Grad zu leisten ist. Auf eine inhaltlich kennzeichnungskräftige Kurzformel hat das Bundesgericht lange Zeit verzichtet. Erst in seiner jüngsten Rechtsprechung verweist es mehr nebenbei auf das „Regelbeweismass der vollen Überzeugung“ oder auf das „Regelbeweismass der richterlichen Überzeugung“. Innerhalb seiner Anwendungsreichweite muss das Regelbeweismass dafür sorgen, dass ein geltend gemachter Anspruch nur dann gerichtlich durchgesetzt werden kann, wenn die ihm zugrunde liegenden rechtserheblichen Tatsachenbehauptungen mit annähernder Sicherheit nachgewiesen wurden. Vor diesem Hintergrund wird das Regelbeweismass durch die mitunter auch im Schrifttum anzutreffende Wendung von der „an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit“ zutreffend charakterisiert. Die Bezeichnung als Regelbeweismass der an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit macht klar, dass absolute Sicherheit nicht zu erreichen ist, mehr als ein Wahrscheinlichkeitsurteil nicht verlangt werden kann. Zugleich verdeutlicht sie, dass die erforderliche Beweisintensität trotz dieser Einschränkung annähernde Sicherheit vermitteln muss und damit sehr hohe Anforderungen an den Nachweis stellt (Isabelle Berger-Steiner, Beweismass und Privatrecht in: ZBJV 4/2008 vom 24.04.2008, S. 291 f.).

Das Bundesgericht führte in BGE 130 III 321ff, E. 3.2., S. 324 aus, ein Beweis gelte als erbracht, wenn das Gericht nach objektiven Gesichtspunkten von der Richtigkeit einer Sachbehauptung überzeugt sei. Absolute Gewissheit könne dabei nicht verlangt werden. Es genüge, wenn das Gericht am Vorliegen der behaupteten Tatsache keine ernsthaften Zweifel mehr habe oder allenfalls verbleibende Zweifel als leicht erscheinen würden. Ausnahmen von diesem Regelbeweismass, in denen eine überwiegende Wahrscheinlichkeit als ausreichend betrachtet werde, ergäben sich einerseits aus dem Gesetz selbst und seien andererseits durch Rechtsprechung und Lehre herausgearbeitet worden. Den Ausnahmen liege die Überlegung zu Grunde, dass die Rechtsdurchsetzung nicht an Beweisschwierigkeiten scheitern dürfe, die typischerweise bei bestimmten Sachverhalten auftreten (vgl. auch BGE 128 III 275).

Die Beweiserleichterung setze demnach eine "Beweisnot" voraus. (...)

Nach Isabelle Berger-Steiner ist für das Gelingen des Beweises der hohen bzw. überwiegenden Wahrscheinlichkeit entscheidend, wie viel mehr für als gegen die Wahrheit der Sachverhaltsdarstellung des Hauptbeweismittelführers spricht. Für die Verwirklichung anderer Sachversionsversionen darf gemäss Berger-Steiner beim Beweisgrad der hohen bzw. überwiegenden Wahrscheinlichkeit kein ernst zu nehmender Raum bleiben (Isabelle Berger-Steiner in ZBJV 144/2008, S. 294).

2.2 (...)

(Die Würdigung der Beweismittel im vorliegenden Fall führt zur Feststellung, dass Plastikfolien am Unfallort lagen, aber nicht mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit gesagt werden kann, dass die Plastikteile der Baustelle der Nichtigkeitsklägerin zugeordnet werden können. Zuzufolge Beweisnot ist deshalb das Beweisregelmass auf das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit herabzusetzen.).

(...) Mithin darf kein ernst zu nehmender Raum für die Wahrscheinlichkeit bestehen, dass die Plastikfolien von einem anderen Ort als der Baustelle der Nichtigkeitsklägerin stammen. Indem die Vorinstanz das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit als anwendbar erachtete, verletzte sie deshalb Art. 8 ZGB nicht. Der Nichtigkeitsklägerin obliegt der Gegenbeweis, dass eine andere Ursache ebenso ernst in Frage kommt oder sogar näher liegt als das Plastik (vgl. BGE 107 II 273).

Die Vorinstanz führte zutreffend aus, dass die Plastikteile auf der Autobahn A5 mit überwiegender Wahrscheinlichkeit von der Baustelle der Nichtigkeitsklägerin stammen würden, denn die Nichtigkeitsklägerin habe zu diesem Zeitpunkt im fraglichen Gebiet als einzige eine Baustelle betrieben. Mit Blick auf die entsprechenden Fotos könne nicht gesagt werden, dass bei den orangen Containern eine SBB-Baustelle gewesen sei. Nebst den Containern seien zudem keine Baumaterialien, Baufahrzeuge etc. und auch nicht Plastik irgendwelcher Art ersichtlich. Ob es sich über-

haupt um Container der SBB gehandelt habe, sei zudem offen, da als Geschädigte der Bauabschrankung in der Anzeige das Strasseninspektorat und nicht die SBB aufgeführt werde. Demgemäss sei es unwahrscheinlich, dass die unfallverursachenden Plastikfolien von dort stammen würden. Die Möglichkeit, dass das Plastik auf der Fahrbahn von einem anderen Fahrzeug stammen könnte, erachtete die Vorinstanz als sehr unwahrscheinlich, da der Unfall um 05.25 Uhr geschehen sei, weshalb der vorgängige Verkehr nicht intensiv haben kann. Weiter habe die Polizei 4 Plastikteile festgestellt. Plastik als Warenabdeckung auf einem Fahrzeug dürfe aber eher aus einem Stück sein und als Ware eher auf Rollen transportiert werden. Die Nichtigkeitsklägerin – so die Vorinstanz – habe demgegenüber gemäss Tagesrapport vom Freitag, 11. März 2005 (...), vorgesehen, die Oberflächen mit Plastikfolien und Thermoplaten abzudecken. Laut Tagesrapport vom 14. März 2005 sei dies am 11. März 2005 um 19.00 Uhr abends geschehen (...). Aus den Fotos des Ehemannes der Nichtigkeitsbeklagten sei ersichtlich, dass auf der fraglichen Baustelle in grossem Umfang Plastik eingesetzt worden sei.

(...)

(Die Würdigung der Beweismittel im vorliegenden Fall ergibt, dass die Baustelle über das Wochenende nicht kontrolliert wurde bzw. der Ingenieur am 11. März 2005 nicht kontrollierte, ob seine Anweisungen eingehalten wurden, indessen aufgrund der Aussagen des Poliers und der Tatsache, dass keine Schäden am Beton sichtbar waren, mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen ist, dass die Abdeckung des Betons am 11. März 2005 um 19.00 Uhr mit Plastikfolien und Thermomatten erfolgte und die Folien beschwert wurden.)

Da die Vorinstanz die Aussagen des Poliers, wonach er die Abdeckung wahrscheinlich selbst vorgenommen habe, ausser Acht liess, und festhielt, dass völlig offen sei, ob die Plastikfolien mit Thermomatten abgedeckt worden seien, bzw. dass ohne weiteres denkbar sei, dass die Bauarbeiter der Nichtigkeitsklägerin die korrekte Beschwerung des Plastiks auf der Baustelle mit Thermomatten nicht oder nur ungenügend durchgeführt hätten, liegt eine offenbar unrichtige Beweiswürdigung vor. Daraus folgt aber nicht zwingend die Nichtigkeitsklärung des angefochtenen Entscheids. Vielmehr ist zu prüfen, ob diese offenbar unrichtige Beweiswürdigung für das Ergebnis kausal war. Wie nachfolgend aufgezeigt wird, ist dies zu verneinen.

(...)

(Die Beweiswürdigung im vorliegenden Fall ergibt, dass das schwerere Ökoplastik auch am Abend unbeschwert auf der Baustelle der Nichtigkeitsklägerin herumliegen kann und kleinere Stücke davon sogar weggeweht werden können.)

Aufgrund der Nähe der Baustelle zur Unfallstelle erscheint es durchaus wahrscheinlich, dass 4 unbefestigte Plastikteile à ca. 6m² (des schweren Plastiks) von der Baustelle der Nichtigkeitsklägerin auf die Autobahn geweht wurden, denn es ist gerichtsnotorisch, dass keine Sturmböen nötig sind um leichtes Plastik oder kleinere Teile des schweren Plastiks fortzuwehen. Die Möglichkeit, dass die Plastikteile von

den orangen Containern oder von einem anderen Fahrzeug oder Güterwagen stammen, kommt wie ausgeführt nicht ebenso ernst in Frage wie das Wegwehen der Plastikteile von der Baustelle der Nichtigkeitsklägerin. Im Endergebnis ist daher der Vorinstanz zuzustimmen, wenn sie festhält, dass die Plastikteile auf der Autobahn A5 mit überwiegender Wahrscheinlichkeit von der Baustelle der Nichtigkeitsklägerin stammen.

3. Schaden

(...) Demzufolge beträgt der Schaden der Nichtigkeitsbeklagten Fr. 7'746.95.

4. Subordinationsverhältnis und Ausübung dienstlicher Verrichtungen

Ein Arbeitsvertrag und damit ein Subordinationsverhältnis zwischen dem Polier und der Nichtigkeitsklägerin ist zu bejahen (...). Am Freitag, 11. März 2005, arbeitete der Polier (...) seinen Angaben zufolge auf der Baustelle der Nichtigkeitsklägerin neben der Unfallstelle und war an der Abdeckung des Betons beteiligt (...).

5. Widerrechtlichkeit

Eine Schadenszufügung ist widerrechtlich, wenn sie gegen eine allgemeine gesetzliche Pflicht verstösst, indem entweder ein absolutes Recht des Geschädigten beeinträchtigt (Erfolgsunrecht) oder eine reine Vermögensschädigung durch Verstoß gegen eine Norm bewirkt wird, die nach ihrem Zweck vor derartigen Schäden schützen soll (Verhaltensunrecht; vgl. BGE 4C.119/2000 mit Hinweisen auf BGE 123 III 306, 122 III 176, 119 II 127). Der allgemeine Grundsatz des Haftpflichtrechts, wonach die Schaffung oder Unterhaltung gefährlicher Zustände oder die Vertretung dieses Zustands in sonst wie rechtlich verbindlicher Weise zum Ergreifen von Schutzmassnahmen verpflichtet, ist – falls ein absolutes Recht verletzt ist – auch für die Geschäftsherrenhaftung wegleitend (BGE 110 II 464, BGE 4C.119/2000).

Vorliegend erlitt die Nichtigkeitsbeklagte ein schweres HWS-Distorsionstrauma (...), mithin eine Körperverletzung. Demnach wurde ein absolutes Recht verletzt. Der Gefahrensatz ist damit anwendbar.

Die Vorinstanz bejaht zu Recht die Schaffung einer Gefahrenquelle durch die Nichtigkeitsklägerin durch den Betrieb einer Baustelle. Wenn die Nichtigkeitsklägerin nicht die notwendigen Schutzmassnahmen trifft, handelt sie widerrechtlich. Das gilt nicht nur für die Haftung nach Art. 41 OR, sondern auch für die hier zu prüfende Geschäftsherrenhaftung nach Art. 55 OR. Art. 103 der SIA-Norm 118 verpflichtet zwar lediglich den Unternehmer gegenüber seinem Bauherrn dazu, zum Schutze von Personen und deren Gesundheit die gesetzlich vorgeschriebenen und erfahrungsgemäss gebotenen Vorkehren zu treffen, doch geht daraus hervor, dass der Unternehmer bis zur Abnahme für den Schutz von Personen zuständig und ihm daher die Missachtung von Schutzvorschriften anzulasten ist. Der Schutzbereich erstreckt sich vorliegend bis auf die unmittelbar angrenzende Autobahn A5 und damit auf die Unfallstelle. Allfällige Niveauunterschiede spielen dabei keine Rolle. Das Nichtsichern von frei herumliegenden Plastikfolien stellt eine Verletzung von

Schutzmassnahmen dar, weshalb die Widerrechtlichkeit – wie die Vorinstanz zutreffend festhält - zu bejahen ist.

6. Exkulpationsgründe

Wie bereits erwähnt ist erstellt, dass die Baustelle durch die Nichtigkeitsklägerin weder am Abend des 11. März 2005 noch am darauf folgenden Wochenende kontrolliert wurde. Infolgedessen wurde von der Nichtigkeitsklägerin nicht überprüft, ob unbefestigte Plastikteile auf der Baustelle frei herumlagen. Es wurde nicht vorgebracht und ist auch nicht erstellt, dass die Nichtigkeitsklägerin überhaupt die Anweisung gegeben hätte, dass frei herumliegende Plastikteile zu befestigen sind. Demzufolge misslingt der Nichtigkeitsklägerin der Beweis, dass sie bei der Instruktion und der Kontrolle eine hinreichende Sorgfalt walten gelassen hätte. Eine Exkulpation ist deshalb zu verneinen.

7. Kausalität

Weist der Geschäftsherr nach, dass der Schaden auch bei Anwendung der Sorgfalt eingetreten wäre, kann er sich von der Haftung befreien (Brehm, a.a.O. N 91 zu Art. 55 OR). Die Nichtigkeitsklägerin hat weder vorgebracht noch ist erstellt, dass der Schaden auch bei Sicherung der frei herumliegenden Plastikteile eingetreten wäre, denn hinreichend gesicherte Plastikteile können nicht vom Wind weggeweht werden.

Der Beweis des natürlichen Zusammenhangs obliegt dem Geschädigten. Als Mass für den Nachweis der Kausalität wird im Haftpflichtrecht überwiegende Wahrscheinlichkeit verlangt (BGE 107 II 269; BREHM, BK Art. 41-61 OR, Bern 2006, N 117 zu Art. 41). Die auf der Autobahn liegenden Plastikteile, deren Vorhandensein auf der Fahrbahn wie erwähnt erwiesen ist, waren *conditio sine qua non* für den Unfall der Nichtigkeitsbeklagten. Dass der Unfall die alleinige oder unmittelbare Ursache der gesundheitlichen Störungen der Nichtigkeitsbeklagten ist, ist nicht erforderlich. Für den Begriff des natürlichen Kausalzusammenhangs genügt, dass das schädigende Ereignis zusammen mit andern Bedingungen die körperliche oder geistige Integrität beeinträchtigt hat (SCHNYDER, BSK-OR I, 3. Auflage, N 15 zu Art. 41 OR; BGE 4C. 108/2005 vom 20 Mai 2005; SJZ 102 (2006), Nr. 2, S. 25ff).

Die Ausführungen der Vorinstanz zur natürlichen Kausalität sind daher nicht zu beanstanden, weshalb das Vorliegen eines natürlichen Kausalzusammenhangs zwischen dem Nichtsichern der frei herumliegenden Plastikteile und dem Unfall der Nichtigkeitsbeklagten zu bejahen ist.

Adäquat kausal ist ein Ereignis (nach konstanter Rechtssprechung) dann, „wenn es nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung an sich geeignet ist, einen Erfolg von der Art des eingetretenen herbei zu führen, der Eintritt des Erfolgs also durch das Ereignis allgemein als begünstigt erscheint“ (BGE 123 III, 110f, Erw. 3a, S. 112, mit weiteren, zahlreichen Hinweisen, 123 V 98 E 3d, S. 103f). Auch beim adäquaten Kausalzusammenhang ist das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit massgebend. In BGE 4C.402/2006 hat das

Bundesgericht die Praxis bestätigt, „dass Mitursachen die Adäquanz kaum je auszuschliessen vermögen, wenn der natürliche Kausalzusammenhang zwischen dem schädigenden Ereignis und dem Schaden festgestellt ist“ (Verweisung auf Urteil BGE 4C.79/2001 vom 21. Juni 2001, E. 3c).

Eine nicht beschwerte bzw. nicht gesicherte Plastikfolie kann nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung auf die sich in unmittelbarer Nähe befindliche Fahrbahn geweht werden und ist geeignet, einen Autounfall und damit auch eine schwere HWS-Distorsion herbeizuführen. Der adäquate Kausalzusammenhang wurde von der Vorinstanz somit korrekterweise bejaht.

Zwischen einer unterlassenen Handlung und dem schädigenden Ereignis muss ein hypothetischer Kausalzusammenhang bestehen. Eine Unterlassung kann überhaupt nur als rechtserhebliche Ursache einer Schädigung angesehen werden, wenn eine Rechtspflicht zum Handeln bestand (BGE 4C.119/2000).

Wie erwähnt war die Nichtigkeitsklägerin aufgrund des von ihr geschaffenen gefährlichen Zustandes dazu verpflichtet, entsprechende Sicherungsmassnahmen wie insbesondere die Befestigung bzw. Beschwerung von frei herumliegenden Plastikteilen vorzunehmen. Da sie (bzw. ihre Hilfspersonen) die Plastikteile nicht gesichert und damit ihre Sicherungspflicht verletzt hat, konnten diese vom Wind auf die Fahrbahn geweht werden. Damit ist die hypothetische Kausalität zu bejahen.

(...)

Selbstverständlich geht vom Auto eine gewisse Betriebsgefahr aus, doch vermag diese den Kausalzusammenhang nicht zu unterbrechen, zumal die Nichtigkeitsklägerin mit der erlaubten Geschwindigkeit von 120km/h (Art. 4a Abs. 1 lit. d VRV) auf der zu diesem Zeitpunkt trockenen Autobahn fuhr. In Übereinstimmung mit der Strafrichterin – deren Aufhebungsverfügung (...) für den Zivilrichter nicht bindend ist (Art. 53 OR) – kann festgehalten werden, dass aus dem polizeilichen Bericht (...) hervorgeht, dass die Plastikfolien auf dem Normalstreifen (Fahrbahn) lagen, durchsichtig waren und wegen der Dunkelheit nicht rechtzeitig erkennbar waren. Dass die Nichtigkeitsbeklagte nicht mit Fernlicht fuhr, kann ihr nicht vorgeworfen werden, da flach am Boden liegende, Wellen von ca. 20 cm bildende, durchsichtige Plastikfolien auch mit eingeschaltetem Fernlicht erst kurz vor dem Hindernis erkennbar gewesen wären, so dass der Unfall auch mit eingeschaltetem Fernlicht nicht hätte vermieden werden können. Der vorliegende Fall ist entgegen der Auffassung der Nichtigkeitsklägerin nicht mit einem auf der Fahrbahn liegenden Stuhl (BGE 93 IV 115) vergleichbar, da ein Stuhl nicht durchsichtig und wesentlich höher und damit auch früher erkennbar ist. Der Vergleich der Nichtigkeitsklägerin mit einer vereisten Fahrbahn hinkt, denn die Fahrbahn war trocken, weshalb die Nichtigkeitsbeklagte nicht mit einer vereisten Stelle rechnen musste.

Aus der Tatsache, dass der Zeuge A. die Unfallstelle ohne Unfall passieren konnte, kann entgegen der Auffassung der Nichtigkeitsklägerin nicht geschlossen werden,

dass ein Selbstverschulden der Nichtigkeitsbeklagten vorliegen würde. Der Zeuge A. gab anlässlich der Fortsetzungsverhandlung (...) an, dass er versucht habe, den Plastikfolien auszuweichen, es aber nicht ganz gereicht habe um auszuweichen. Andere Automobilisten hätten das Hindernis nach dem Unfall passiert. Auch der Zeuge A. bremste, überfuhr die Plastikfolien aber trotzdem teilweise.

Aus den Aussagen des Zeugen A. kann gefolgert werden, dass ein vollständiges Umfahren der Plastikfolien nicht möglich war. Dass die Nichtigkeitsbeklagte bei Wahrnehmung des Hindernisses ihren eigenen Angaben zufolge nicht nur auszuweichen versuchte, sondern auch bremste, kann ihr nicht angelastet werden, denn bei Feststellung eines Hindernisses hat man zu bremsen und auszuweichen. Nachdem ein vollständiges Ausweichen nicht möglich war, ist es nicht zu beanstanden, dass die Nichtigkeitsbeklagte gebremst hat.

Ob das Ausweichmanöver des Zeugen A. besser war als dasjenige der Nichtigkeitsbeklagten und er dadurch verhindern konnte, dass er nicht verunfallte, oder ob er seine Fahrt wegen der verunfallten Nichtigkeitsbeklagten bereits verlangsamt hatte oder ob es bloss Zufall war, kann nicht eruiert werden. Unklar ist ebenfalls, ob die nachfolgenden Fahrzeuge ihre Geschwindigkeit verlangsamt hatten, weil sie das Auto des Zeugen A. stehen gesehen hatten. Demzufolge ist nicht erwiesen, dass andere Automobilisten, insbesondere der Zeuge A., die Plastikfolien mit einer Geschwindigkeit von 120km/h überfahren, ohne zu verunfallen. Demzufolge ist es der Nichtigkeitsklägerin nicht gelungen, den Beweis des Selbstverschuldens zu erbringen. Entsprechend fällt auch eine Reduktion der Haftungsquote nicht in Betracht.

8. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass keine offenbar unrichtige Beweiswürdigung der Vorinstanz und auch keine andere Verletzung klaren Rechts vorliegt, weshalb der angefochtene Entscheid zu bestätigen ist. Die Nichtigkeitsklage wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.

Hinweis:

Das Urteil ist nicht rechtskräftig.