

rechtfertigt, den Beklagten wegen der ihm zur Last gelegten Verabsäumung der den Umständen entsprechenden Obhut für den 1000 Fr. übersteigenden Schaden verantwortlich zu erklären, wobei gegenüber seinem Eventualbegehren um Ermässigung der Entschädigung innert dem Rahmen von 1000 Fr. zu bemerken ist, dass diese Schranke wegfällt, sobald ein Verschulden des Gastwirtes oder seiner Dienstleute vorliegt. Die Abwägung des beidseitigen Verschuldens führt im Ergebnis zur Bestätigung des angefochteten Urteils.

*Demnach erkennt das Bundesgericht;*

Die Hauptberufung und die Anschlussberufung werden abgewiesen und das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Bern vom 6. November 1919 wird bestätigt.

### 23. Urteil der I. Zivilabteilung vom 29. März 1920

i. S. Rothpletz gegen Pezzini.

Haftung für einen Unfall, der sich bei Verwendung eines Privatautomobils im Militärdienst ereignet hat. Voraussetzungen der Haftung des Geschäftsherrn nach Art. 55 OR. Anforderungen an den Entlastungsbeweis. Bemessung der Entschädigung.

A. — Der Beklagte Rothpletz wurde bei der Mobilisation der schweizerischen Armee im August 1914 mit dem Kommando über die befestigten Anlagen des Monte Ceneri und die artilleristische Verteidigung der Ebene und der Talhänge des Tessin bis zum Monte di Motti betraut. Da er nur ein Pferd zur Verfügung hatte und sein Dienst beschwerlich war, erhielt er von seinem Vorgesetzten, Oberstbrigadier Biberstein, die Bewilligung, ein der Société franco-suisse de construction, deren Teilnehmer er ist, gehörendes, damals im Kanton Bern ste-

hendes Automobil zu benutzen. Er beauftragte dann seinen Adjutanten, auf dem Dienstwege anzufragen, ob bei der Truppe ein Chauffeur sei, der das Automobil lenken könne. Nachdem sich niemand gemeldet hatte, erfuhr man durch Mitteilung von Angehörigen einer andern Kompagnie, dass der zwanzigjährige Hans Weissenhorn ein Automobil zu führen verstehe. Er wurde aufgerufen, gab auf Befragen zu, dass er fahren könne, und wurde, obschon er lieber bei der Truppe geblieben wäre, am 11. August 1914 in den Dienst des Beklagten gestellt.

Schon am 14. August 1914 zeigte sich, dass die Bremsen des Automobils nicht richtig liefen. Der Beklagte gab Weissenhorn den Auftrag, das Automobil in die Garage zu führen, die Bremsen nachzusehen und zu probieren. Die Reparatur der Bremsen wurde von Weissenhorn mit Leder, statt mit Kamelhaar ausgeführt, wie es hätte geschehen sollen, weil solches in der Garage nicht vorhanden war.

Am Tage darauf begab sich Weissenhorn, der am Vorabend nicht Zeit gehabt hatte, die Reparaturen zu beenden, morgens 7 Uhr in die Garage, um am Automobil noch etwas in Ordnung zu bringen, und machte dann damit einige Fahrten, namentlich zur Post, wohin die Wirtin Gobbi ihn gebeten hatte, sie zu führen. Auf dem Rückwege fuhr er gegen 10½ Uhr vormittags durch die Via Nosetto, eine an einzelnen Stellen nur 4,60 m breite Strasse. Da Feiertag war (Mariä Himmelfahrt), war die Strasse sehr belebt; unter anderem befand sich dort der zwölfjährige Enrico Pezzini, welcher sich mit seinen Kameraden Carlo Wullschleger und Livio Tosoni zur Kirche begab. In unmittelbarer Nähe führten 3 Personen zwei Rinder, von denen das eine schon in eine Seitenstrasse, die Via Magoria, eingelenkt hatte, während das andere sich noch in der Via Nosetto, gegenüber der Birreria centrale, befand, als das Automobil heranfuhr. Weissenhorn suchte dem Vieh auszuweichen; er wandte sich bald nach rechts, bald nach links, stiess das zweite Rind

in die Flanke, brachte es zu Fall und schleppte es 1 bis 1 ½ m auf dem Boden nach, wandte sich auf die entgegengesetzte Seite, warf den kleinen Pezzini um, streifte den Carlo Wullschlegler und prallte schliesslich an die Mauer der Birreria centrale an. Obschon die Fahrgeschwindigkeit des Automobils keine übermässige gewesen zu sein scheint, hatte Weissenhorn die Herrschaft über die Maschine verloren, und konnte oder wusste die Bremsen nicht in Wirksamkeit zu setzen.

Eine Viertelstunde nach dem Unfall verschied Enrico Pezzini im Spital. Weissenhorn wurde als Führer des Automobils am 31. August 1914 durch das Kriegsgericht der V. Division wegen fahrlässiger Tötung und Körperverletzung zu 1 Monat Gefängnis verurteilt.

B. — Die Eltern Pezzini wandten sich zunächst an das Schweizerische Militärdepartement um Schadloshaltung, erhielten aber zur Antwort, dass der Beklagte sein Privatautomobil im Dienste verwendet habe, es sich also nicht um ein eingeschätztes Militärautomobil handle, weshalb das Militärdepartement jede Entschädigungspflicht ablehne.

Darauf leiteten sie die vorliegende Klage ein, mit dem Begehren, der Beklagte sei zu verurteilen, ihnen durch Zahlung einer angemessenen, gerichtlich festzusetzenden Geldsumme Entschädigung und Genugtuung zu leisten.

Im Verlauf des Prozesses starb Vater Carlo Pezzini; die Parteien kamen überein, dass der Rechtsstreit von seinen Erben, d. h. der Witwe und den vier Kindern, weitergeführt werden solle.

Der Beklagte beantragte Abweisung der Klage.

C. — Durch Urteil vom 16. September 1919 hat der Appellationshof des Kantons Bern die Klage grundsätzlich gutgeheissen und den Beklagten verurteilt, der Witwe Elisa Pezzini eine Summe von 3350 Fr., und ihr und ihren Kindern zusammen, als Rechtsnachfolgern des Vaters Pezzini, eine weitere Summe von 900 Fr. zu bezahlen, beides ohne Zins.

D. — Gegen dieses Urteil hat der Beklagte die Berufung an das Bundesgericht erklärt und beantragt, die Klage sei gänzlich abzuweisen, eventuell: die zugesprochenen Entschädigungen seien « angemessen herabzusetzen und in Rentenform auszusetzen. »

*Das Bundesgericht zieht in Erwägung:*

1. — Es fragt sich in erster Linie, ob der Beklagte grundsätzlich für den den Klägern durch den Unfall entstandenen Schaden aufzukommen habe, oder ob nicht die Eidgenossenschaft dafür haftbar sei. Dabei ist von der unbestrittenen Tatsache auszugehen, dass man es nicht mit einem von den Militärbehörden dem Beklagten zur Verfügung gestellten, eingeschätzten Militärautomobil, sondern mit einem im Miteigentum des Beklagten stehenden Privatautomobil zu tun hat, welches dieser mit Ermächtigung seiner Vorgesetzten, aber auf seine Rechnung und Gefahr verwendete, um sich die Ausübung seines Kommandos zu erleichtern, und über das er nach wie vor frei verfügen konnte. Aus den Aussagen sowohl von Oberstbrigadier Biberstein als des Beklagten geht hervor, dass die Beteiligten sich dieser, durch den Beklagten selber geschaffenen, eigenartigen Rechtslage bewusst waren, wobei hervorzuheben ist, dass die Société franco-suisse de construction als Eigentümerin des Automobils gegen Unfallsgefahren bei der Versicherungsgesellschaft « Zürich » versichert war und der Beklagte dieser den Unfall sofort gemeldet hat.

Bei dieser Sachlage könnte die Eidgenossenschaft nicht als Halterin des Automobils für die Unfallsfolgen haftbar gemacht werden; und ebensowenig ist unter den vorliegenden Umständen für die Anwendung des Art. 27 Mil.-Org. Raum, welcher bestimmt, dass wenn infolge militärischer Uebungen eine Zivilperson getötet oder körperlich verletzt wird, der Bund grundsätzlich für den dadurch entstandenen Schaden haftet. Dagegen folgt aus dem Gesagten, dass der Beklagte nach der Rechtspre-

chung des Bundesgerichtes als Geschäftsherr im Sinne von Art. 55 OR anzusehen ist. Denn der Ausdruck « Geschäftsherr » umfasst nicht etwa nur die einem Geschäftsbetrieb vorstehenden oder einen Beruf ausübenden Personen ; Art. 55 OR beruht auf dem allgemeinen Gedanken, dass wer — wie hier der Beklagte — eine Besorgung zu seinem Nutzen durch einen andern verrichten lässt, auch das Risiko für den Schaden tragen soll, der Dritten aus der Verrichtung durch die Hilfsperson erwächst (vergl. AS 41 II S. 496 ff.).

2. — Auch das weitere Erfordernis der Schadensverursachung durch den « Angestellten » des Geschäftsherrn « in Ausübung seiner dienstlichen Verrichtungen » ist erfüllt, da Weissenhorn unbestrittenermassen der Urheber des Unfalls ist, und er dem Beklagten persönlich untergeordnet war. Dass ein vertragliches Verhältnis zwischen ihnen nicht bestand und er nicht vom Beklagten entlohnt wurde, ist nicht entscheidend ; denn der Begriff des « Angestellten » ist hier nicht im rechtlichen, sondern im wirtschaftlichen Sinne aufzufassen ; es ist deshalb nicht erforderlich, dass formell ein wirklicher Dienstvertrag mit dem Geschäftsherrn bestehe, sondern es genügt, dass die Verrichtung nach aussen als das Geschäft jenes, als auf seinem Willen und seinen Weisungen beruhend und unter seiner Aufsicht erfolgend sich darstellt, und der dabei verursachte Schaden als mittelbar von ihm veranlasst erscheint (vergl. AS 41 II S. 498 f.). Das trifft hier alles zu, worüber im einzelnen auf die erschöpfenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden kann.

3. — Der vom Beklagten angetretene Beweis, dass er alle nach den Umständen gebotene Sorgfalt angewendet habe, um einen Schaden dieser Art zu verhüten, ist nach zwei Richtungen gescheitert : einmal was die Auswahl des Chauffeurs betrifft, und sodann mit Bezug auf die Art und Weise, wie er die Bremsreparatur durch Weissenhorn vornehmen liess. Dabei darf sich der Beklagte nicht da-

rauf berufen, seine militärische Inanspruchnahme habe ihn verhindert, alle gebotene Sorgfalt aufzuwenden. Denn die Einstellung des Automobils war auf sein Risiko erfolgt ; er hatte also dafür zu sorgen, dass dessen Führung einem fähigen Chauffeur übertragen werde, und nicht einem Soldaten, der sich als diplomierten Chauffeur ausgab, in Wirklichkeit aber weder einen Fähigkeitsausweis, noch eine Fahrbewilligung, noch überhaupt nennenswerte Erfahrung als Automobilführer besass. Da Weissenhorn ihm gänzlich unbekannt war, hätte er sich der Richtigkeit seiner Aussagen vergewissern sollen. Schon in der Unterlassung dieser Massnahme, die auch durch die angeordnete Probefahrt nicht ersetzt werden konnte, ist ein Mangel an der durch das Gesetz verlangten Sorgfalt zu erblicken. Ferner durfte sich der Beklagte, als schon nach 2 bis 3 Tagen die Bremsen nicht mehr gut liefen, nicht damit begnügen, Weissenhorn einfach mit deren Verifikation und Reparatur zu betrauen, wie denn auch die nach dem Unfall angeordnete Expertise ergeben hat, dass die vorgenommene Ausbesserung ungenügend und die Fussbremse nicht in Ordnung war. So wie die Umstände lagen, hätte er Weissenhorn nähere Weisungen erteilen und namentlich sich selber davon Rechenschaft geben sollen, ob die Reparatur sorgfältig ausgeführt sei, bevor der junge und unerfahrene Chauffeur wieder Fahrten unternehmen durfte. Der Beklagte haftet deshalb grundsätzlich für den Schaden, der den Klägern aus der Tötung des Enrico Pezzini entstanden ist.

4. — Die einzelnen, durch die Vorinstanz festgesetzten Entschädigungsbeträge und Genugtuungssummen erscheinen in keiner Weise als übersetzt ; entgegen der Auffassung des Beklagten kann ein Ermässigungsgrund insbesondere nicht darin erblickt werden, dass die Vorinstanz unterlassen habe, einen Abzug wegen Wegfalls der Erziehungskosten für den Getöteten zu machen, da ein solcher Abzug sich nicht rechtfertigen würde. Endlich besteht auch kein genügender Anlass, um gemäss

dem Eventualbegehren des Beklagten an die Stelle der Aversalentschädigungen einen Ersatz in Rentenform treten zu lassen.

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Appellationshofes des Kantons Bern vom 16. September 1919 bestätigt.

**24. Urteil der I. Zivilabteilung vom 26. April 1920**

**i. S. Geschwister Baur gegen Mack.**

Bei Erfüllung vertraglicher Pflichten haftet der Dienstherr für diejenige Sachkenntnis und Sorgfalt seiner Angestellten die man nach dem Vertragsverhältnis von ihm selbst zu erwarten berechtigt ist. — Die Exkulpationseinrede nach Art. 55 OR ist ausgeschlossen.

A. — Die Firma Geschwister Baur, Holzhandlung in Zürich, liess am 18. Juli 1917 beim Schmiedmeister J. Mack ein Pferd beschlagen. Da der Meister abwesend war, wurde die Arbeit durch den gelernten Arbeiter Emil Messmer vorgenommen. Schon am anderen Tage begann das Pferd hinten rechts schwach zu laufen und am 30. Juli lahmte es an denselben Gliedmassen. Eine Untersuchung ergab, dass beim Beschlagen der Huf leicht vernagelt worden war: die Vernagelung verursachte einen Nageldruck, aus welchem sich dann ein Abscess und der Starrkrampf entwickelten. Das Pferd musste geschlachtet werden, dessen Kadaver wurde zu 500 Fr. verkauft.

B. — Mit Klage vom 15. November 1917 belangte die Holzhandlung Baur den Schmiedmeister Mack vor Bezirksgericht Zürich um Bezahlung von 3500 Fr. für den Wert des Pferdes und 200 Fr. für Arztrechnung und

Fütterung des Tieres während der Krankheitsdauer. Das Gericht sprach 2650 Fr. nebst Zins zu 5% seit dem 15. September 1917 zu.

Auf Berufung seitens des Beklagten hin setzte das Obergericht, mit Urteil vom 21. November 1919, diese Summe auf 1300 Fr. herab. Es handle sich um einen Werkvertrag. Der mittelbare Kausalzusammenhang zwischen dem Vernageln und der Krankheit, welcher das Pferd erlegen, sei gegeben. Es frage sich, ob Art. 101 OR auf dem Boden der Kausalhaftung stehe. Die Frage sei zu verneinen in dem Sinne, dass der Schuldner nicht weiter hafte, als wenn er selbst die Verrichtung besorgt hätte. Nun handle es sich aber um ein leichtes Verschulden des Angestellten Messmer, so dass, da dazu noch der Zufall eine Rolle gespielt habe, eine Reduktion des Schadens auf ungefähr die Hälfte der eingeklagten Summe (1300 Fr.) angemessen erscheine.

C. — Gegen dieses Urteil hat die Klägerin die Berufung eingelegt mit dem Begehren, die Entschädigungssumme auf 2585 Fr. zu erhöhen.

In ihren Rechtsschriften erörtern die Parteien lediglich die Frage, ob Art. 101 OR eine reine Kausalhaftung vorsehe, oder ob in seinen Rahmen ein Exkulpationsbeweis zulässig sei.

*Das Bundesgericht zieht in Erwägung :*

Da der Beklagte die Berufung nicht ergriffen hat, so ist seine grundsätzliche Schadenersatzpflicht nicht weiter Gegenstand der Untersuchung und es handelt sich bloss darum, ob der zugesprochene Betrag von 1300 Fr. gemäss dem Begehren der Klägerin auf 2585 Fr. zu erhöhen sei.

Die Vorinstanz hat ein schuldhaftes, den Verlust des Pferdes herbeiführendes Handeln des Angestellten Emil Messmer angenommen und es fragt sich ob diese Verursachung gemäss Art. 101 ohne weiteres dazu führen müsse, den Beklagten zum Ersatze des vollen Schadens zu verur-