

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Berufung des Klägers wird dahin als begründet erklärt, daß das Urteil des Obergerichts des Kantons Thurgau vom 28. November 1906 aufgehoben und die Sache zu neuer Entscheidung, im Sinne der Erwägungen, an die Vorinstanz zurückgewiesen wird.

**18. Urteil vom 23. März 1907 in Sachen  
Zuzi und Genossen, Kl. u. Ber.-Kl., gegen A. Frangi & Cie.,  
1. Bekl. u. Ber.-Kl. Biser, 2. Bekl. u. Ber.-Bekl.**

**1. Haft des Eigentümers eines Werkes, Art. 67 OR. — 2. Haft des Geschäftsherrn, Art. 62 OR. Was ist unter « Angestellter » und « Arbeiter » zu verstehen? Rechts- und Tatfrage.**

A. Durch Urteil vom 27. April 1906 hat der Appellations- und Kassationshof des Kantons Bern erkannt:

1. Der Klägerschaft sind ihre Rechtsbegehren gegenüber der Kollektivgesellschaft A. Frangi & Cie. zugesprochen und es ist demgemäß die letztere zur Bezahlung nachgenannter Entschädigungsbeträge verurteilt:

- a) an die Rechtsnachfolger der Frau Zuzi 1700 Fr.,
- b) an die Emma Zuzi 1112 Fr.,
- c) an die Marie Burri 575 Fr.,
- d) an Friedrich Burri 912 Fr.,
- e) an Bertha Nobs 487 Fr.,

nebst Zins zu 5 % von diesen Beträgen seit 9. Februar 1900.

2. Die Klägerschaft ist mit ihren Rechtsbegehren abgewiesen, soweit solche gegen Franz Biser gerichtet sind.

B. Gegen dieses Urteil haben rechtzeitig und formrichtig sowohl die Kläger als die Beklagten Frangi & Cie. die Berufung an das Bundesgericht ergriffen.

Die Kläger stellen den Antrag: 1. (folgt Spezifikation betr. Erhöhung.)

3. Die Klagen seien gegenüber der Firma A. Frangi & Cie. und

gegenüber Franz Biser zuzusprechen und zwar unter solidarischer Haftbarkeit der Beklagten.

Die Beklagten Frangi & Cie. beantragen Abweisung der Klage, eventuell Reduktion der zugesprochenen Entschädigungen.

C. In der bundesgerichtlichen Verhandlung vom 19. Januar 1907 haben die Vertreter der Berufungskläger je Gutheißung der eigenen und Abweisung der gegnerischen Berufung beantragt. Der Vertreter des Beklagten Biser hat Abweisung der klägerischen Berufung beantragt.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Mit der vorliegenden Klage werden der Beklagte Biser auf Grund von Art. 50 ff. und Art. 67 OR, die Beklagten Frangi & Cie. auf Grund von Art. 50 ff. und Art. 62 OR für den Schaden verantwortlich gemacht, welchen die Kläger dadurch erlitten haben, daß ihr Vater und Stiefvater Christian Zuzi am 9. Februar 1900, als er an einem Neubau des Beklagten Biser arbeitete, durch einen vom III. Stock herabgefallenen Steinblock getötet wurde.

Der Unfall hat sich unter folgenden Umständen ereignet: Biser hatte die Kloakenarbeiten dem Baumeister Nieser (dem Arbeitgeber des Zuzi) und die Stein- und Bildhauerarbeiten den Beklagten Frangi & Cie. übertragen. Er hatte den letztern die Benutzung des Baugerüsts gestattet und seinen Parlier angewiesen, an dem Gerüst diejenigen Änderungen vorzunehmen, die von den Stein- und Bildhauern etwa gewünscht werden würden. Die Beklagten Frangi & Cie. hatten ihrerseits die Bildhauerarbeiten einem gewissen Salvadé zum Pauschalpreise von 100 Fr. übertragen. Dieser arbeitete nun am III. Stock, zu einer Zeit, wo unten die Arbeiter des Nieser beschäftigt waren. Dabei entglitt ihm beim „Bosseren“ ein zirka 10 Kg. schwerer Steinblock, dessen Loslösung früher stattfand, als er erwartete. Der Block fiel zwischen den Gerüstladen und der Fassadenmauer hindurch in die Tiefe und traf den unten arbeitenden Zuzi auf den Kopf. Zuzi erlag seinen Verletzungen noch am gleichen Tage.

Seine Witve starb im Verlaufe des Prozesses, den sie gemeinsam mit ihren Kindern (dem eigenen Kinde und drei Stieffindern des Verunglückten) gegen die Beklagten angehoben hatte.

Die Vorinstanz hat ihrem Urteil ein gerichtliches Gutachten von Baufachleuten zu Grunde gelegt, welches sich auf die an Bau- und Bildhauergerüste zu stellenden Anforderungen sowie auf die bei Benützung solcher Gerüste zu beobachtenden Vorsichtsmaßregeln bezieht und dessen Inhalt, soweit für die Entscheidung des Prozesses von Bedeutung, in den nachfolgenden Erwägungen wiedergegeben ist.

2. Was zunächst die Klage gegen den Bauherrn und Generalunternehmer Viser betrifft, so ist vor allem zu untersuchen, ob derselbe auf Grund von Art. 67 OR haftbar sei.

Die Eigenschaft eines Bau- und Bildhauergerüsts als eines Werkes im Sinne der angeführten Gesetzesbestimmung steht außer Zweifel. Unbestritten ist sodann, daß Viser der Eigentümer des Gerüsts war, auf welchem Salvadó arbeitete, und daß der Steinblock, von welchem Tuzi getroffen wurde, zwischen diesem Gerüst und der Fassadenmauer hindurch in die Tiefe gefallen war. Auch ist durch die Expertise festgestellt, daß es möglich gewesen wäre, durch eine andere Konstruktion des Gerüsts (Anpassung desselben an die Fassade oder Anbringung eines vorstehenden Randes an der Innenseite des Gerüsts) das Hinabfallen von Steinblöcken zu verhindern oder doch höchst unwahrscheinlich zu machen. Allein anderseits konstatieren die Experten, daß dieses Gerüst, welches ursprünglich nur zum Gebrauche für die Bauarbeiter bestimmt war, den Anforderungen, welche im allgemeinen an ein Baugerüst gestellt werden, genügte. Der Unfall hat sich denn auch nicht bei der diesem ursprünglichen Zwecke entsprechenden Benützung des Gerüsts ereignet, sondern erst bei der Benützung desselben durch die Stein- und Bildhauer. Nun ergibt sich aber aus dem Schlußsatz von Art. 67 OR und liegt es übrigens in der Natur der Sache, daß die Haftung des Eigentümers für fehlerhafte Anlage oder Erstellung eines Werkes, da sie auch den schuldlosen Eigentümer trifft, ein Regreßrecht dieses Letztern gegen den Ersteller des Werkes voraussetzt. Dieses Regreßrecht besteht aber nur in den Fällen, wo das Werk in einer seinem ursprünglichen Zwecke widersprechenden Weise erstellt wurde, denn nur dieser ursprüngliche Zweck des Werkes war dem Ersteller bekannt, und nur diesen hatte er daher zu berücksichtigen. Es kann sich also

auch die Haftung des Eigentümers als solchen nur auf jene Fälle beziehen; wird dagegen ein an sich fehlerloses Werk in einer seinem ursprünglichen Zwecke widersprechenden Weise benützt und entsteht infolge dieser Benützung Schaden, so haftet dafür derjenige, welcher das Werk seinem ursprünglichen Zwecke entfremdet oder diese Entfremdung gestattet hat. Dies kann freilich ebenfalls der Eigentümer sein; seine Haftung ist aber dann nicht auf Art. 67, sondern auf Art. 50 OR zurückzuführen.

3. Fragt es sich nun, ob der Beklagte Viser den Klägern deshalb hafte, weil er den Stein- und Bildhauern gestattete, das für die Bauarbeiten hergestellte Gerüst für ihre Zwecke zu benützen, so muß auch diese Frage unbedingt verneint werden, und zwar ganz unabhängig davon, ob jenes Gerüst wirklich nicht geeignet war, auch als Stein- und Bildhauergerüst zu dienen. Denn nicht nur war es nicht Sache des Beklagten Viser, die Verwendbarkeit des Gerüsts für die Zwecke der Stein- und Bildhauer zu beurteilen (dies war vielmehr Sache der Letztern), sondern es steht zum Überflusse auch noch fest, daß Viser seinen Parlier angewiesen hatte, das Gerüst nach den Wünschen der Stein- und Bildhauer umzubauen, was denn auch geschah. Darin, daß Viser die Benützung des Gerüsts durch die Stein- und Bildhauer gestattete, ist also eine schuldhafte Handlung im Sinne von Art. 50 OR nicht zu erblicken.

4. Ebensowenig besteht schließlich eine Haftung Visers aus dem Grunde, weil er als Bauherr und Generalunternehmer nicht dafür gesorgt habe, daß mit den Stein- und Bildhauerarbeiten erst nach Beendigung der Kloakenarbeiten, oder umgekehrt mit den Letztern erst nach Beendigung der Erstern begonnen werde. Auch hier kann von der Frage, ob eine solche Maßregel wirklich nötig war, abgesehen werden; denn jedenfalls war es nicht Sache des Beklagten Viser, die sich aus der Ausführung der Stein- und Bildhauerarbeiten ergebenden speziellen Gefahren zu beurteilen, sondern, wenn die Ausführung der Stein- und Bildhauerarbeiten für die Arbeiter Niesers eine ständige Gefahr bedeutete und derselben nur in der hievorigen ange deuteten Weise abzuwehren war, so war es Sache der Stein- und Bildhauer, die Anhandnahme ihrer Arbeit so lange zu verweigern, als an der Kanalisation gearbeitet wurde.

5. Was nun die Klage gegen die mit der Ausführung der Stein- und Bildhauerarbeiten beauftragten Beklagten Frangi & Cie. betrifft, so ist ein Verschulden derselben weder darin zu erblicken, daß sie das ursprünglich für die Zwecke der Bauarbeiter hergestellte Gerüst auch für ihre Zwecke benutzten, was sie übrigens erst nach Anbringung einiger Modifikationen an demselben taten, noch darin, daß sie die Anhandnahme ihrer Arbeiten nicht so lange verweigerten, als an der Kanalisation gearbeitet wurde. Denn nach der ausdrücklichen Erklärung der Experten besteht bei der Ausführung der Bildhauerarbeiten eine Gefahr für Untenstehende jeweilen nur während des wenige Minuten in Anspruch nehmenden „Bossterens“ und läßt sich dieser Gefahr dadurch begegnen, daß die unten beschäftigten Arbeiter aufgefordert werden, einen Augenblick abzutreten. Ein Verschulden der Beklagten Frangi & Cie. liegt also nur dann vor, wenn sie dafür verantwortlich sind, daß in dem Moment, wo der Unfall sich ereignete, der Bildhauer Salvadé die Arbeiter des Rießer nicht gewarnt hatte.

6. In dieser Beziehung könnte nun sowohl eine Haftung der Beklagten Frangi & Cie. auf Grund von Art. 62, als auch ein eigenes Verschulden derselben im Sinne von Art. 50 OR in Betracht kommen. Die Vorinstanz hat erstere verneint, weil Salvadé in keinem Dienst- oder Subordinationsverhältnis zu Frangi & Cie. gestanden habe, sondern deren Unterakkordant gewesen sei, letzteres dagegen bejaht, weil Frangi & Cie. dennoch verpflichtet gewesen seien, Salvadé zur Vorsicht anzuhalten. Diese Argumentation kommt mit sich selbst in Widerspruch; denn entweder stand Salvadé als „Angestellter oder Arbeiter“ der Beklagten Frangi & Cie. unter deren Aufsicht: dann haften letztere nach Maßgabe von Art. 62 OR für den von Salvadé verursachten Schaden; — oder aber Salvadé stand nicht unter ihrer Aufsicht: dann hätten sie ihn auch nicht zur Vorsicht anzuhalten, so daß also in diesem Fall der Tatbestand von Art. 50 OR ebensowenig vorliegt, wie derjenige von Art. 62. Wenn die Vorinstanz annimmt, aus der Überlassung des an sich ungenügend gesicherten Gerüstes sei für Frangi & Cie. die Pflicht entstanden, auch selbst dafür zu sorgen, daß bei der Verwendung des Gerüstes die im

Interesse Dritter notwendigen Maßregeln getroffen würden, so ist dies unzutreffend, weil es eben Sache des jeweiligen Unternehmers ist und ihm überlassen werden darf, diese Maßnahmen zu treffen.

7. Nach dem gesagten hängt das Schicksal der gegen Frangi & Cie. angestregten Klage ganz davon ab, ob Salvadé ein „Angestellter oder Arbeiter“ im Sinne von Art. 62 OR oder aber ein selbständiger Unterakkordant war; dies ist eine Rechtsfrage, und das Bundesgericht ist daher bei Beantwortung derselben weder an die Auffassung der Vorinstanz, noch an die von Antonio Frangi als Eidesdelaten vor Gericht geäußerte Ansicht (Salvadé sei „selbständiger Bildhauer“ und „Unterakkordant“ von Frangi & Cie. gewesen) gebunden. Wenn die Vorinstanz in ihrem Urteil bemerkt, die Aussage des Frangi schaffe „prozedürliche Wahrheit“, so bezieht sich dies und kann sich dies selbstverständlich nur auf die jener Deposition zu entnehmenden Tatsachen beziehen, nicht aber auf die rechtliche Qualifikation des Salvadé als eines „selbständigen Bildhauers“ und „Unterakkordanten“.

Die Frage nun, ob Frangi & Cie. als die „Geschäftsherren“ des Salvadé und dieser als ihr „Angestellter oder Arbeiter“ im Sinne von Art. 62 OR oder ob letzterer als selbständiger Unterakkordant zu betrachten sei, ist nicht identisch mit der Frage, ob das Rechtsverhältnis zwischen Frangi & Cie. und Salvadé dasjenige des Dienstvertrages oder dasjenige des Werkvertrages gewesen sei (eine Frage, welche übrigens nicht schon deshalb in letzterem Sinne zu beantworten wäre, weil Salvadé die Bildhauerarbeiten zu einem Pauschalpreise übernommen hatte; vergl. Lotmar, Der Dienstvertrag im künftigen Schweiz. Zivilrecht, in der Zeitschrift für Schweiz. Recht, Bd. 43 S. 533 ff., und in den Schweiz. Blättern für Wirtschafts- und Sozialpolitik, Jahrg. 13 S. 259 ff.). Einerseits gibt es ja offenbar Dienstverhältnisse, in welchen von einem Recht und einer Pflicht des „Dienstherrn“, dem „Dienstnehmer“ in Bezug auf die Ausführung der Arbeit Weisungen zu erteilen und ihn dabei zu beaufsichtigen, keine Rede sein kann — es sei hier nur an die Fälle erinnert, wo die Leistung der Dienste eine wissenschaftliche oder künstlerische Aus-

bildung erfordert, welche dem „Dienstherrn“ abgeht (vergl. z. B. über die Stellung des Rechtsanwalts: Planck, Bürgerliches Gesetzbuch, Anm. 2 zu § 831 — und anderseits muß Art. 62 OR auch in solchen Fällen anwendbar sein, in denen, z. B. mangels elterlicher oder vormundschaftlicher Genehmigung, ein Vertrag zwischen den in Betracht kommenden Personen überhaupt nicht besteht: wenn ein Minderjähriger ohne den Konsens seines Gewalthabers als Arbeiter beschäftigt wird, so ergibt sich schon aus diesem rein tatsächlichen Verhältnis eine Aufsichtspflicht des Geschäftsherrn und daher auch eine Haftung desselben für den Schaden, welchen der Minderjährige in Ausübung seiner geschäftlichen Verrichtungen verursacht. Vergl. Windscheid-Kipp, Pandekten, Bd. 2 S. 923.

Daß die in Art. 62 OR normierte Haftung des „Geschäftsherrn“ für schädigende Handlungen seiner „Arbeiter oder Angestellten“ das Bestehen einer Aufsichtspflicht und daher auch eines Aufsichtrechts auf Seiten des „Geschäftsherrn“ voraussetzt und also die Frage, ob ein Dienst- oder ein Werkvertrag vorliege, hier nicht ausschlaggebend sein kann, folgt zwingend aus der Entstehungsgeschichte der mehrerwähnten Gesetzesbestimmung. Art. 62 OR ist (unter Beifügung des Exculpationsbeweises, der übrigens in den ersten Entwürfen fehlte) nichts anderes als eine Wiedergabe von Art. 1384 Abs. 3 des französischen Code civil (vergl. Schneider und Fick, Anm. 1 zu Art. 62). Diese letztere Bestimmung lautet: Les maîtres et les commettants sont responsables du dommage causé par leurs domestiques et préposés, dans les fonctions auxquelles ils les ont employés. Die französische Doktrin und die Praxis haben nun aber in konstanter Auslegung dieser Bestimmung den préposé dahin definiert: une personne qui exerce une fonction déterminée par le choix et sous la surveillance d'une autre que l'on nomme commettant. Vergl. Pand. françaises s. v. responsabilité civile Nr. 1033, 1042, 1093, 1126. Ganz gleich verhält es sich mit dem entsprechenden Paragraphen (831) des deutschen Bürgerl. Gesetzbuches, welcher, wie die Motive ausdrücklich bemerken, dem Schweiz. Obligationenrecht entnommen ist, ohne daß bei der Änderung des Wortlautes eine sachliche Änderung beabsichtigt gewesen wäre: die Fassung „wer einen andern zu einer Verrichtung bestellt“, soll

den „Geschäftsherrn“ unseres Art. 62 OR definieren, und diese Definition steht genau auf dem gleichen Boden, wie die Quelle jenes Art. 62, nämlich Art. 1384 des französischen Code civil. Vergl. Staubinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Anm. 2 zu § 831; Crome, System, II 2 S. 1050; Planck, Bürgerl. Gesetzbuch, Anm. 2 zu § 831.

8. Nach dem gesagten kommt im vorliegenden Fall alles darauf an, ob die Beklagten Frangi & Cie. berechtigt und verpflichtet waren, den Bildhauer Salvadé zu beaufsichtigen, demselben über die Art der Ausführung seiner Arbeit Weisungen zu erteilen. Nun steht in dieser Beziehung lediglich fest, daß Frangi & Cie. gegenüber Biser die Ausführung sämtlicher Stein- und Bildhauerarbeiten übernommen hatten, und daß sie, wie die Vorinstanz auf Grund der eidlichen Aussage des Frangi konstatiert, die Bildhauerarbeiten dem Salvadé, welcher zur Besorgung solcher Arbeiten herumzureisen pflegte, zum Pauschalpreise von 100 Fr. übertragen hatten; ferner daß Salvadé, wie Antonio Frangi als Eidesdelat deponierte, „sich bezüglich der Detailausführung mit Biser (dem Bauherrn und Auftraggeber der Beklagten Frangi & Cie.) direkt in Verbindung setzte“.

Es ist schwer, an Hand dieser wenigen Momente zu der Frage Stellung zu nehmen, ob Salvadé unter der Aufsicht der Beklagten Frangi & Cie. stand oder nicht. Einerseits könnte die Tatsache, daß Salvadé keine eigene geschäftliche Niederlassung besaß, sondern zur Ausführung von Bildhauerarbeiten herumzureisen pflegte, als Indiz für eine gewisse wirtschaftliche Abhängigkeit des genannten betrachtet und hieraus vielleicht auf das Bestehen eines Subordinationsverhältnisses zwischen Salvadé und Frangi & Cie. geschlossen werden; anderseits deutet aber der Umstand, daß Frangi & Cie. nur die Steinhauerarbeiten durch ihre eigenen Leute ausführen ließen, die Ausführung der Bildhauerarbeiten dagegen, welche eine gewisse Kunstfertigkeit erforderte, jenem Salvadé übertragen, eher darauf hin, daß Frangi & Cie. sich nicht für kompetent erachteten, die Bildhauerarbeiten selber auszuführen. Ist dem aber so, so dürften sie sich wohl auch, und zwar mit Recht, für nicht befugt gehalten haben, dem Salvadé über die Art und Weise der Inangriffnahme seiner Arbeit und über die von ihm zu beachtenden Vorichtsmaßregeln Weisungen zu erteilen. Dem

entspricht denn auch der bereits erwähnte Umstand, daß Salvadé sich bezüglich der Detailausführung mit Biser in Verbindung zu setzen hatte. Dieser letztere war in seiner Eigenschaft als Baumeister sowohl wie in seiner Eigenschaft als Bauherr gewiß noch weniger mit der Bildhauerkunst vertraut, als die Inhaber der Steinhauersfirma Frangi & Cie. Hatte also Salvadé bezüglich der Detailausführung die Wünsche Bisers zu berücksichtigen, so handelte es sich hier offenbar nicht um die Delegation eines den Beklagten Frangi & Cie. zustehenden Aufsichtsrechtes an Biser, in welchem Falle es übrigens fraglich wäre, ob nicht Biser an Stelle von Frangi & Cie. als Geschäftsherr im Sinne von Art. 62 OR zu betrachten wäre, sondern es trat im Gegenteil Salvadé im Verhältnis zwischen Biser und Frangi & Cie. an die Stelle dieser letztern, so daß Salvadé nur solche Wünsche zu beachten hatte, welche Biser nach dem zwischen ihm und Frangi & Cie. bestehenden Vertrag diesen letztern gegenüber zu äußern befugt gewesen wäre, d. h. Wünsche, welche sich auf das Resultat der Arbeit bezogen, nicht aber Anordnungen über die Befolgung dieser oder jener Arbeitsmethode oder über die Beobachtung von Vorsichtsmaßregeln.

Deuten somit die Umstände des vorliegenden Falles in ihrer Totalität eher darauf hin, daß diejenige Person, welche den eingeklagten Schaden verursacht hat, nicht ein „Arbeiter oder Angestellter“ im Sinne von Art. 62 OR war, während doch die Kläger in dieser Beziehung beweispflichtig gewesen wären, so ist die Frage nach der Haftbarkeit der Beklagten Frangi & Cie. für den durch Salvadé verursachten Schaden zu verneinen und daher, im Gegensatz zur Vorinstanz, auch die gegen Frangi & Cie. angestregte Klage abzuweisen.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

In Gutheißung der Berufung der Beklagten Frangi & Cie. und in Abweisung der klägerischen Berufung wird das Urteil des Appellations- und Kassationshofes des Kantons Bern vom 27. April 1906 dahin abgeändert, daß auch die gegen Frangi & Cie. erhobene Klage abgewiesen wird.

19. Arrêt du 26 mars 1906, dans la cause  
Commune de Planfayon, déf. et rec.,  
contre Compagnie des Omnibus automobiles de Fribourg  
en liquidation, dem. et int.

Société par actions. — Effets de l'inscription. — Validité de souscriptions. Art. 615 CO.

A. — En date du 15 mars 1903, l'Assemblée communale de Planfayon a décidé de souscrire 20 actions de 200 fr. chacune de la Compagnie des Omnibus automobiles de Fribourg qui était en voie de formation.

Cette décision a été communiquée au président du comité d'initiative de la dite compagnie par lettre du 16 mars dont suit la traduction française :

« Planfayon, le 16 mars 1903.

» Monsieur,

» J'ai l'honneur de vous informer que dans la séance de  
» hier de l'assemblée communale il a été décidé de souscrire  
» pour 4000 fr. d'actions de la Compagnie d'automobiles.

» Avec haute considération.

» Au nom de l'Assemblée communale :

» Le Greffier,

Pour le Syndic,

» Is. Brügger.

Bernard Rämly. »

A la demande du Conseil communal, la décision du 15 mars 1903 a été ratifiée par le Conseil d'Etat du canton de Fribourg en date du 23 juin 1903.

L'assemblée générale constitutive de la Compagnie des Omnibus automobiles a eu lieu le 31 juillet 1903. Deux délégués de la commune de Planfayon assistaient à cette assemblée et l'un d'eux fut nommé membre du conseil d'administration.

L'assemblée générale a constaté que le capital social était entièrement souscrit et que le quart statutaire était versé.

La Compagnie des Omnibus automobiles a été inscrite au Registre du Commerce le 5 décembre 1903.