

Quoique l'application de l'art. 45 par la cour cantonale puisse paraître douteuse en présence de la jurisprudence la plus récente du Tribunal fédéral en cette matière (voir RO 28 II p. 449), cette considération n'est pas de nature à justifier une modification quelconque au dispositif du jugement cantonal; le demandeur, en effet, n'a pas conclu, devant l'instance de céans, au divorce en vertu de l'art. 47 de la loi fédérale, mais il s'est borné à invoquer l'art. 46 lettre *d* ibidem.

8. — Aucune des parties n'apparaissant comme la seule coupable ou comme la plus coupable, il n'échet point de déferer à la conclusion du demandeur tendant à ce que le divorce soit prononcé aux torts de la défenderesse; dans cette situation il n'y a pas lieu non plus d'entrer en matière sur la conclusion d'O. relative à l'adjudication des enfants par la cour cantonale. Cette adjudication a eu lieu exclusivement en application du droit cantonal et il ne peut être formulé, au point de vue du droit fédéral, aucune critique fondée relativement à la manière dont le tribunal cantonal a appliqué le droit neuchâtelois à cet égard, dans l'intérêt unique des enfants. (Comp. RO 24 II p. 303 et suiv., Eheleute Trefzger; ibid. 32 II p. 1 et suiv., Studer contre Studer; arrêt du 7 novembre 1907, Eheleute Küster, consid. 2 in fine.)

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral
prononce :

Le recours est rejeté comme non fondé et le jugement rendu entre parties par le Tribunal cantonal de Neuchâtel, le 29 juillet/4 octobre 1907, est maintenu.

**III. Haftpflicht der Eisenbahnen usw.
bei Tötungen und Verletzungen. — Verantwortlichkeit
des entreprises de chemins de fer, etc.
en cas d'accident entraînant mort d'homme
ou lésions corporelles.**

75. **Urteil vom 5. Dezember 1907** in Sachen

Rubin, Kl. u. Ber.=Kl., gegen

Einwohnergemeinde Schaffhausen, Befl. u. Ber.=Befl.

Verschulden der Bahn? Art. 8 EHG von 1905. — Verschulden der Eltern eines getöteten 1 3/4 Jahre alten Kindes, darin bestehend, dass sie dieses ohne Aufsicht auf der Strasse lassen. Verschulden Dritter schliesst die Haftpflicht der Bahn nur aus, wenn es als alleinige Ursache des Unfalls in dem Sinn erscheint, dass es den Kausalzusammenhang zwischen Betrieb und Unfall ausschliesst.

A. Durch Urteil vom 6. September 1907 hat das Obergericht Schaffhausen über die Streitfrage:

Ist die Beklagte gerichtlich anzuhalten, an den Kläger aus Eisenbahnhaftpflicht die Summe von 2000 Fr. samt Zins zu 5 % vom Tage der Klageführung an zu bezahlen? —

in Bestätigung des Urteils des Bezirksgerichts Schaffhausen vom 22. April 1907 —

erkennt:

Der Kläger ist mit seiner Klage abgewiesen.

B. Gegen dieses Urteil hat der Kläger die Berufung ans Bundesgericht erklärt mit den Anträgen:

1. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger seinem Klagebegehren gemäß die Summe von 2000 Fr., eventuell eine nach richterlichem Ermessen festzusetzende Summe samt Zins zu 5 % vom Tage der Klageanhebung an (17. August 1907) zu bezahlen.

2. Eventuell sei die Sache zur Weiterinstruktion an die kantonalen Instanzen zurückzuweisen.

C. Die Beklagte hat auf Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Urteils angetragen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Am 17. April 1906 nachmittags wurde das 1 $\frac{3}{4}$ Jahre alte Kind des Klägers, Margaretha, von einem Wagen der städtischen Straßenbahn Schaffhausen-Neuhausen in der Ortschaft Neuhausen überfahren und getötet. Der Wagen war bedient durch den Führerasspiranten Moser und den Führer Schudel, der links neben dem auf dem Führerstand befindlichen Moser stand. Moser hielt die Handbremse in der rechten Hand, während er mit der linken den Regulator bediente. Beim Restaurant zum „Schlößchen“ wurde der dort vorhandenen Kurve wegen ein Signal gegeben und die Bremse etwas angezogen, so daß der Wagen mit mäßiger Geschwindigkeit fuhr. Gleich darauf bemerkte Schudel in der Nähe des Hauses Nr. 180 vor dem Hofe und rechts vom Geleise 5 bis 6 Kinder im Alter bis zu 6 Jahren bei einander. Als die zweite Kurve passiert werden sollte und der Wagen auf der Höhe der Kinder angekommen war, sah Schudel, wie eines der Kinder — es war das genannte Mädchen des Klägers, das sich in Begleitung eines dreijährigen Brüdchens ohne weitere Aufsicht auf der Straße befand — in der Entfernung von etwa einem Meter gerade vor den Wagen sprang. Er drückte augenblicklich den Aspiranten Moser auf die Seite, stellte mit der linken Hand den Regulierhebel auf Punkt 6 der elektrischen Bremse und zog mit der rechten die Handbremse an. Trotzdem schleifte der Wagen noch etwas weiter und überfuhr das Kind.

Der Kläger belangte die Beklagte als Unternehmerin der Straßenbahn aus dem EHG vom 28. März 1905 auf Zahlung von 300 Fr. als Ersatz der Auslagen für die Beerdigung des Kindes, für Anschaffung von Trauerkleidern und eines Grabsteines, ferner von 1700 Fr. aus Art. 8 des Gesetzes wegen Verschuldens der Bahn. Die die Klage gemäß dem Antrag der Beklagten abweisenden Urteile der Vorinstanzen beruhen auf der Erwägung, daß die Beklagte kein Verschulden am Unfall trifft, wohl aber den Kläger und dessen Ehefrau, die das verunglückte, noch nicht zwei Jahre alte Kind ohne Obhut auf der stark fre-

quentierten Straße gelassen haben, und daß dieses Verschulden als Verschulden eines Dritten im Sinne des Art. 1 des Gesetzes die Beklagte von der Haftpflicht befreie.

2. Mit den kantonalen Gerichten ist davon auszugehen, daß der Beklagten kein Verschulden am Unfall zur Last gelegt werden kann. Es ist ihr insbesondere kein Vorwurf daraus zu machen, daß sie den fraglichen Wagen durch einen Aspiranten, der vielleicht dieser Aufgabe nicht oder noch nicht voll gewachsen sein mochte, führen ließ, da ja der Aspirant durch einen erfahrenen Führer überwacht wurde, der, wie gerade der Hergang beim Unfall zeigt, in der Lage war, jederzeit ohne Verzug einzugreifen. Im übrigen kann, was die Frage des Verschuldens der Beklagten anbetrifft, einfach auf die eingehenden und überzeugenden Ausführungen der kantonalen Urteile verwiesen werden. Wird aber ein Verschulden der Beklagten verneint, so ist von vorneherein keine Rede davon, daß dem Kläger mehr als der Ersatz des nachweislichen, von ihm auf 300 Fr. bezifferten Vermögensschadens zugesprochen werden könnte.

3. Das Verschulden des Klägers und seiner Ehefrau am Unfall wird von den Vorinstanzen darin gefunden, daß das verunglückte Kind ungenügend beaufsichtigt war. Die Straße sei die belebteste Verkehrsader der industriereichen Ortschaft, die von Fuhrwerken aller Art und namentlich von der Straßenbahn in kurzen Zwischenräumen befahren werde. Eine angebliche örtliche Übung, die Kinder in solcher Weise ohne besondere Obhut auf der Straße spielen zu lassen, bilde keine Entschuldigung; denn ein 1 $\frac{3}{4}$ Jahre altes Kind dürfe eben unter derartigen Umständen bloß in Begleit eines dreijährigen Kindes nicht sich selbst überlassen bleiben. Auch diese Ausführungen der mit den örtlichen und persönlichen Verhältnissen vertrauten kantonalen Gerichte können nicht beanstandet werden. Der Kläger macht zwar geltend, daß er und seine Frau der Arbeit nachgehen müssen, daß sie ihre Kinder nicht zu Hause einschließen können und daß sie sich darauf verlassen durften, ältere auf der Straße spielende Kinder würden eine gewisse Aufsicht ausüben. Diese Momente sind zwar geeignet, das Verhalten der Eltern in milderem Lichte erscheinen zu lassen, nicht aber sie völlig zu entlasten. Die Be-

rußgeschäfte können die Eltern nicht von der Pflicht entbinden, für die nach den gegebenen Umständen unentbehrliche Obhut über die Kinder Sorge zu tragen, und darauf, daß zufällig auf der Straße anwesende größere Kinder freiwillig und ohne besondern Auftrag sich der Kinder des Klägers annehmen würden, konnte, wie die Erfahrung gezeigt hat, nicht gezählt werden. Es leuchtet sodann ein, daß der Kausalzusammenhang zwischen jener Unterlassung der Eltern und dem Unfall gegeben ist, weil bei angemessener Beaufsichtigung das Kind sich aller Vermutung nach nicht in nächster Nähe des Geleises aufgehalten hätte und nicht noch unmittelbar vor dem heranziehenden Wagen auf das Geleise hätte springen können.

4. Das Verschulden der Eltern des verunglückten Kindes kommt nach dem EHG als Verschulden Dritter in Betracht. Als Selbstverschulden im Sinne des Gesetzes stellt sich nach dem klaren Wortlaut des Art. 1 Abs. 1 nur das Verschulden des Getöteten oder Verletzten selber dar und von diesem Haftbefreiungs- oder Haftminderungsgrund kann vorliegend keine Rede sein, weil das Opfer des Unfalls, ein 1³/₄ Jahre altes Kind, eines eigenen Verschuldens noch nicht fähig ist (US 31 II S. 34 Erw. 3; cf. auch Urteil des Bundesgerichts in Sachen Ravessoud vom 4. Oktober 1907, Erw. 3). Da das schuldhafteste Verhalten der Eltern aber bloß in einer bis zu einem gewissen Grade begreiflichen und entschuldbaren Unvorsichtigkeit besteht, wie sie unter den hier vorliegenden und ähnlichen Verhältnissen erfahrungsgemäß nicht selten vorkommt, kann es nicht als die alleinige Ursache (im Rechtsinn) des Unfalls betrachtet werden, sondern als Mitursache erscheint hier der Betrieb der Straßenbahn. Denn vom Standpunkt eines Bahnbetriebs aus, der sich auf offener Straße abspielt und eine erhöhte Diligenz des Publikums voraussetzt, kann und muß nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der Erfahrung des Lebens damit gerechnet werden, daß, zumal in Quartieren mit industrieller Bevölkerung, gelegentlich Kinder ohne genügende Aufsicht auf der Straße spielen und — trotz aller Aufmerksamkeit der Bahnorgane — infolge der natürlichen Sorglosigkeit ihres Alters mit dem Betrieb in Berührung kommen. Bei Unfällen dieser Art ist daher allgemein der Erfolg

als mit durch die Gefährlichkeit des Betriebes begünstigt anzusehen, sodaß neben dem Verhalten der dritten Personen, welche die Obhut der Kinder vernachlässigt haben, für die rechtliche Betrachtung auch der Betrieb konkurrierende Mitursache ist (siehe die Ausführungen des Bundesgerichts im Fall Hüfer, oben S. 22 f.).

5. Ist darnach vorliegend der Unfall nicht allein durch das Verschulden der dritten Personen verursacht, sondern zugleich eine Folge der Eigenartigkeit des Bahnbetriebs, so entspricht es Wesen und Zweck der Eisenbahnhaftpflicht, durch die das Risiko der spezifischen Betriebsgefahren den Bahnunternehmungen auferlegt werden sollte, daß die Bahn trotz des Verschuldens der Dritten nicht von der Haftpflicht befreit ist. Die Bestimmung in Art. 1 des EHG von 1905, wonach die Bahn nicht haftet, wenn der Unfall „durch Verschulden Dritter verursacht ist“, muß denn auch in der Tat dahin verstanden werden, daß die Befreiung von der Haftpflicht nur eintritt, wenn das Verhalten der Dritten geradezu den Kausalzusammenhang im Rechtsinn zwischen Betrieb und Unfall ausschließt (den Unfall ausschließlich verursacht), nicht aber, wenn daneben auch der Betrieb als Mitursache erscheint. Für diese Auslegung sprechen außer jenem Argument aus der allgemeinen Ratio der Eisenbahnhaftpflicht folgende Erwägungen:

Art. 5 des Gesetzes sanktioniert den Grundsatz, daß, wenn der Unfall auf der gemeinsam verursachenden Mitwirkung eines Verschuldens des Verletzten oder Getöteten und des Bahnbetriebs beruht, die Haftpflicht nicht dahinfällt, sondern lediglich ermäßigt wird nach der gegenseitigen Bedeutung der beiden konkurrierenden Ursachen für den Erfolg (US oben S. 21 Erw. 6). Es wäre eine höchst befremdliche Anomalie, die unmöglich im Willen des Gesetzes liegen kann, wenn ein im angegebenen Sinn konkurrierendes Verschulden eines Dritten haftbefreiend wirken würde, während ein für die Frage des Kausalzusammenhanges gleichwertiges Selbstverschulden des Betroffenen die Haftpflicht nicht ausschließt. Im alten Gesetz war sodann der Bahn das Rückgriffsrecht nur gegen ihr Personal, das den Unfall verschuldet hat, vorbehalten (Art. 3). Wenn demgegenüber Art. 18 des Ge-

jeses von 1905 das Regressrecht der Bahn allgemein statuiert in Ansehung der Personen, „die durch ihr Verschulden einen Unfall verursacht haben“, so sollte mit dieser weiteren Fassung der Bahn wohl speziell auch gegenüber dritten Personen der Rückgriff gewahrt sein. Ein Rückgriffsrecht der Bahn gegen dritte Personen, die durch ihr Verschulden den Unfall verursacht haben, kann aber nur in Frage kommen, wenn die Bahn unter Umständen auch beim Vorhandensein eines solchen Verschuldens haftet. Daß das Gesetz hier, was das Verhältnis der Bahn zu dritten Schädigern anlangt, etwa ausschließlich oder auch nur in erster Linie den Fall des Mitverschuldens beider im Auge habe, kann nach dessen Formulierung nicht angenommen werden. Ferner ist daran zu erinnern, daß die gesetzliche Neuordnung der Eisenbahnhaftpflicht namentlich auch den Zweck hatte, eine Übereinstimmung zwischen den Vorschriften des Spezialgesetzes und denen des gemeinen Rechts, insbesondere den Art. 50 ff. OR, was den Umfang der Haftung betrifft, zu erzielen (s. Botschaft des Bundesrates BBl 1901 I S. 677). Und nun bietet sich für den Fall, daß ein Unfall durch schuldhaftes Verhalten eines Dritten herbeigeführt und zugleich eine Verwirklichung der allgemeinen Betriebsgefahr ist, die Analogie des Art. 60 OR dar, wonach Mehrere, die den Schaden gemeinsam verschuldet haben, auch gemeinsam (und zwar solidarisch) haften. Als Schädiger erscheinen hier die Bahn und der Dritte, wobei für die erstere als Haftungsgrund an die Stelle des Verschuldens die gesetzliche Pflicht, für die Folgen der Betriebsgefahren einzustehen, tritt. Weiterhin mag auf Art. 2 des FHS verwiesen werden, wo als Haftbefreiungsgrund u. a. das Verbrechen oder Vergehen dritter Personen aufgeführt ist, d. h. Tatbestände, die regelmäßig nicht voraussehbar sind, mit denen in keiner Weise gerechnet werden kann, und neben denen andere, durch den Betrieb gegebene Ursachen rechtlich meistens keine Rolle spielen. Bei der gesetzgeberischen Revision der Eisenbahnhaftpflicht sollten aber auch die Normen der letztern, speziell in Ansehung der Haftausschließungsgründe, denjenigen der Fabrikhaftpflicht angenähert werden (s. Botschaft S. 679 und stenogr. Bull. 1904 S. 49), und es geht daher nicht wohl an, dem Haftbefreiungsgrund des Verschuldens Dritter nach Art. 1 FHS eine grund-

fätzlich gänzlich verschiedene Bedeutung beizulegen, als sie der entsprechende Haftbefreiungsgrund bei der Fabrikhaftpflicht hat.

Diesen Momenten, die in ihrer Gesamtheit entschieden dafür sprechen, daß Art. 1 des Gesetzes nach richtiger Auslegung bei Verschulden Dritter die Haftpflicht nur ausschließt, wenn es im Rechtsinn die alleinige Ursache des Unfalls und nicht bloße Mitursache neben dem Betrieb ist, kann auch nicht die Entstehungsgeschichte des Gesetzes entgegengehalten werden. Zwar sind bei der Beratung im Nationalrat ein Antrag, das Wort „ausschließlich“ vor „Verschulden Dritter“ einzuschalten und ähnliche Anträge abgelehnt worden. Doch zeigt die Diskussion in den Räten, daß man davon ausging, die Haftpflicht falle bloß in den Fällen dahin, wo der Unfall als allein durch das Verschulden des Dritten verursacht sich darstellt (s. Stenogr. Bull. 1902 S. 730 ff., namentlich das Votum von Bundesrat Brenner S. 391 ff.; 1904 S. 49).

6. Ob bei der konkurrierenden Verursachung des Unfalls durch schuldhaftes Verhalten von Dritten und Bahnbetrieb die Bahn in vollem Maß haftpflichtig ist, wofür die Analogie des Art. 60 OR sprechen würde, oder ob eine gemäß der konkreten Bedeutung des Betriebs als Ursachensmoment reduzierte Haftpflicht Platz greift, in analoger Anwendung von Art. 5 des Gesetzes, kann vorliegend dahingestellt bleiben. Denn der Kläger ist selber dritter Schädiger, und soweit sein Verschulden am Unfall beteiligt ist, wäre er nach Art. 18 dem Rückgriff der Beklagten ausgesetzt. Er kann daher von vorneherein Schadenersatz nur insoweit beanspruchen, als der Unfall nicht durch sein eigenes Verschulden, sondern durch den Betrieb der Beklagten herbeigeführt erscheint. Diese Schadensquote ist unter Würdigung aller Umstände auf die Hälfte anzusetzen (s. oben S. 25 Erm. 6).

7. Der durch den Unfall dem Kläger verursachte Schaden beläuft sich nach seinen Angaben auf 300 Fr., bestehend in Auslagen für die Beerdigung, für Trauerkleider, einen Grabstein u. s. w. Dieser Betrag, für den keine Belege vorliegen, muß als überfetzt bezeichnet werden und ist nach freiem richterlichem Ermessen auf 200 Fr. zu reduzieren. Hievon ist dem Kläger die Hälfte mit 100 Fr. nebst Zins seit der Klagerhebung beim Frie-

den Richteramt (17. August 1906) als Haftpflichtentschädigung zuzusprechen.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird als teilweise begründet erklärt, und es wird das Urteil des Obergerichts des Kantons Schaffhausen vom 6. September 1907 dahin abgeändert, daß die Beklagte verpflichtet wird, dem Kläger eine Entschädigung von 100 Fr. nebst 5% Zins seit 17. August 1906 zu zahlen.

IV. Haftpflicht für den Fabrik- und Gewerbebetrieb. — Responsabilité pour l'exploitation des fabriques.

76. Urteil vom 10. Oktober 1907

in Sachen **Senn** und **Hagmann**, Bekl. u. Ber.-Kl., gegen
Zweigen, Kl. u. Ber.-Bekl.

Haftpflicht in einem Falle, in dem der im Dienste eines Meisters (Maurermeisters) stehende und für diesen arbeitende Arbeiter auch Arbeiten für einen andern Meister (Zimmermeister) verrichtet: beide Arbeitgeber sind haftpflichtig. Klagenkonkurrenz.

A. Durch Urteil vom 15. Mai 1907 hat das Obergericht Zürich, I. Appellationskammer, über die Streitfrage:

Sind die Beklagten solidarisch verpflichtet, an den Kläger 5400 Fr. nebst Zins zu 5% vom 24. August 1906 zu bezahlen?
erkannt:

1. Die Beklagten sind solidarisch verpflichtet, an den Kläger 4000 Fr. nebst Zins zu 5% seit dem 24. August 1906 zu bezahlen.

2. Dem Kläger wird der Vorbehalt der Nachklage im Sinne des Art. 8 des Haftpflichtgesetzes gewährt.

B. Gegen dieses Urteil haben die Beklagten die Berufung ans Bundesgericht erklärt. Der Beklagte Senn hat beantragt:

1. Es sei die Klage, wie sie gestellt, formell abzuweisen.

2. Eventuell: es sei die Klage gegenüber dem Beklagten Senn abzuweisen.

Der Beklagte Hagmann hat beantragt:

1. Es sei die Klage gegen den Beklagten Hagmann gänzlich abzuweisen.

2. Eventuell: es sei bei grundsätzlicher Bejahung der Haftpflicht das Quantitativ nach richterlichem Ermessen zu reduzieren und der Vorbehalt der Nachklage zu streichen.

C. In der heutigen Berufungsverhandlung vor Bundesgericht haben die Vertreter der Beklagten diese Anträge wiederholt und begründet. Dabei hat der Vertreter des Beklagten Hagmann seinen Antrag, es sei der Vorbehalt der Nachklage zu streichen, fallen gelassen.

Der Vertreter des Klägers hat auf Abweisung der Berufung unter Bestätigung des angefochtenen Urteils angetragen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die Beklagten, die mit ihren Betrieben der Haftpflichtgesetzgebung unterstehen, hatten im Frühjahr 1906 jeder für sich Arbeiten für einen ländlichen Neubau in Seen übernommen und zwar der Maurermeister Senn die Maurerarbeiten und der Zimmermeister Hagmann die Zimmerarbeiten. Ihre Bezahlung erfolgte in der Weise, daß sie dem Bauherrn die Tagelöhne für die am Neubau beschäftigten Arbeiter verrechneten. Wenn die Maurer gerade keine Arbeit hatten, so halfen sie, um nicht müßig zu sein, gemäß einer bestehenden Übung bei den Zimmerarbeiten und umgekehrt. Doch wurde deswegen an der Verrechnung der Tagelöhne nichts geändert: der Maurermeister bezog den ganzen Taglohn für den Maurer, auch wenn dieser während einiger Zeit bei den Zimmerarbeiten half, und umgekehrt. Der Kläger arbeitete als Maurerhandlanger im Dienste des Senn auf dem Neubau. Am 5. April war gerade keine Maurerarbeit mehr zu verrichten. Senn wies daher den Kläger an, den Zimmerarbeitern beim „Aufrichten“ zu helfen. Als Hagmann bei dieser Arbeit den Kläger mit Hand anlegen sah, bemerkte er zu ihm, er möge von dem Bau hinuntergehen, man könne nur Leute brauchen, die diese Arbeit verstehen, er (Hagmann) wolle nicht, daß noch jemand „un-