

prüfung der künstlerischen Auffassung des Preisgerichts auf ihre Richtigkeit bezweckt, nicht bewilligt werden kann. Damit erübrigt es sich, auf den Standpunkt der Vorinstanz einzutreten, wonach diese Beweisergänzung schon aus formell-prozessualischen Gründen abgelehnt wurde.

8. — Soweit die Klage auf eine Haftung des Beklagten als *falsus procurator* gestützt wird, fehlt ihr eine aktenmässige Grundlage und sie ist denn auch in dieser Beziehung heute ausdrücklich nicht mehr aufrecht erhalten worden.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Kantonsgerichts des Kantons Schwyz vom 24./26. Oktober 1916 bestätigt.

31. Urteil der I. Zivilabteilung vom 23. April 1917
i. S. Affolter, Kläger und Berufungskläger,
gegen Elise Müller und Konsorten, Beklagte und
Berufungsbeklagte.

Körperliche Schädigung (Verletzung eines Auges)
die ein Knabe einem andern mit einem als Spielzeug dienenden Gewehrchen zufügte. Haftbarkeit des Schädigers und eines andern Spielgenossen nach Art. 50 aOR. Dieser setzt Zurechnungsfähigkeit des Schädigers voraus. Bössartigkeit nicht kausal bei fehlender Einsicht. — Ersatzpflicht aus Art. 58 aOR? — Belangung der Ehefrau, in deren Haushalt sich der Unfall ereignete, auf Grund von Art. 61 aOR. Einreden der mangelnden Passivlegitimation und der Verjährung. Zwischen dem aus Art. 50 aOR (Art. 41 rev. OR) und dem wegen Verpflichtung zur häuslichen Aufsicht Haftbaren besteht keine eigentliche Solidarität; Bedeutung für die Unterbrechung der Verjährung. Die Verjährungsfrist für den Tatbestand des Art. 333 ZGB ist die einjährige für die unerlaubten Handlungen (Art. 69 aOR und 60 rev. OR) geblieben. — Aufsichtspflicht des Vaters, der sich beruflich von zu Hause entfernen muss.

A. — Am 17. Februar 1911 begaben sich die beiden Knaben Johann Affolter und Robert Mösch (jener im Januar 1903, dieser im Mai 1904 geboren) in das Haus des Müller-Labhardt, dessen Sohn Heinrich (geboren im Januar 1906) mit ihnen bekannt war. Der Vater Müller war als Reisender in seinem Beruf abwesend und dessen Frau zur Post gegangen. Die Knaben Affolter und Mösch wurden von der Magd Ida Butiger empfangen und mit Heinrich Müller ohne besondere Aufsicht sich selbst überlassen. Der letztere besass ein Kindergewehr mit zugehörigen hölzernen, vorn mit einer Gummideckung versehenem Bolzen und einer Sprungfeder als Triebkraft. Er selbst konnte das Gewehr als solches nicht handhaben, da die Feder an seine Kräfte zu hohe Anforderungen stellte. Es diente ihm als durchaus

harmloses Spielzeug. Dieses gewöhnlich in einem Kasten verwahrte Gewehr wurde nun von einem der Knaben behändigt. Einer muss die Feder angezogen haben. Festgestellt ist, dass Mösch damit hantierte, auf Affolter zielte, abschoss und ihn ins Gesicht traf, was eine schwere Verletzung des linken Auges und dauernde Verminderung von dessen Sehschärfe nach sich zog. Nach dem Unfall war die Gummideckung nicht mehr am Bolzen, ohne dass feststände, wer sie entfernt hat.

Der Vater des Verletzten, Johann Ed. Affolter, Bahnarbeiter in Luzern, erhob darauf im Namen seines Sohnes Klage auf Bezahlung einer Entschädigung von 5000 Fr. *in solidum* gegen Frau Müller-Labhardt, deren Sohn Heinrich, den Knaben Robert Mösch und dessen Vater, Fuhrhalter Gottlieb Mösch. Die Klage wurde auf die Art. 50 ff. aOR, hinsichtlich der beklagten Eltern im besondern auf Art. 61 gestützt. Die Beklagten haben ihre Haftbarkeit grundsätzlich und eventuell der Höhe nach bestritten.

B. — Die beiden kantonalen Instanzen, das Obergericht des Kantons Luzern durch Urteil vom 17. Januar 1917, haben die Klage abgewiesen. Das Obergericht hält dafür, dass den Knaben Mösch und Müller die für die Annahme einer subjektiven Widerrechtlichkeit erforderliche Urteilsfähigkeit gemangelt und dass weder bei Frau Müller noch bei Mösch das zu verlangende Mass an Sorgfalt in der Beaufsichtigung ihrer Kinder gefehlt habe. Die — einredeweise bestrittene — Passivlegitimation der Ehefrau Müller sei allerdings zu bejahen, da nach dem frühern kantonalen Familienrecht nicht nur der Vater sondern auch die Mutter aufsichts- und gegebenenfalls ersatzpflichtig sei. Offen gelassen werde, ob gegen Frau Müller Verjährung vorliege, insofern nämlich, als der Anspruch aus dem Unfall vom 17. Januar 1911 gegen sie erst am 11. Februar 1913 geltend gemacht worden sei.

C. — Gegen das obergerichtliche Urteil hat der Kläger die Berufung an das Bundesgericht ergriffen und sein

Klagebegehren erneuert. Gleichzeitig verlangt er Aktenergänzung durch nachträgliche Abhörung von vier Zeugen darüber, dass der Knabe Mösch ungezogen sei, sich schlecht aufführe und ein rohes, andere Leute schädigendes Betragen zeige und dass deswegen erhobene Reklamationen von den Eltern Mösch mit Hohn abgewiesen worden seien.

In der heutigen Verhandlung hat der Vertreter des Klägers die gestellten Berufungsanträge wiederholt, der Vertreter der Beklagten auf kostenfällige Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Urteils angetragen.

Das Bundesgericht zieht

i n E r w ä g u n g :

1. — (Betrifft ein Begehren um Verschiebung des Prozesses.)

2. — In der Sache selbst ist vorerst die Schadenersatzpflicht der beiden Knaben Mösch und Müller zu prüfen. Jener war zur Zeit des Unfalles noch nicht sieben, dieser kaum fünf Jahre alt; es erhebt sich also die Frage, ob sie beide bereits die erforderliche Zurechnungsfähigkeit besessen haben, um gemäss den Art. 50 ff. aOR haftbar gemacht werden zu können. Das aOR umschreibt den Begriff der Zurechnungsfähigkeit als der zur Begehung einer unerlaubten Handlung erforderlichen Urteilsfähigkeit nicht. Zweifellos aber bildet die Zurechnungsfähigkeit eine Voraussetzung der unerlaubten Handlung und der aus dieser sich ergebenden Schadenersatzpflicht. Es erhellt das zunächst daraus, dass der Art. 59 aOR die strafrechtliche Zurechnungsfähigkeit erwähnt und der Art. 58 eine ausnahmsweise Schadenersatzpflicht « nicht zurechnungsfähiger » Personen aufstellt. Aus der letztern Bestimmung namentlich ist *a contrario* zu schliessen, dass für die unerlaubte Handlung im eigentlichen Sinne, wie der Art. 50 sie auffasst, die Zurechnungsfähigkeit begriffswesentlich

sei. Das folgt aber auch schon aus der Erwägung, dass die in Art. 50 für die unerlaubte Handlung aufgestellten Voraussetzungen der Absicht oder Fahrlässigkeit zugleich die der Zurechnungsfähigkeit enthalten müssen, denn mit Absicht oder aus Fahrlässigkeit widerrechtlich handeln kann nur, wem dieses Handeln zum Verschulden zuzurechnen ist.

Zur Bejahung der Zurechnungsfähigkeit im vorliegenden Falle ist erforderlich, dass den Knaben Affolter und Mösch das nötige Unterscheidungsvermögen zustand, um die objektive Rechtswidrigkeit und die schädigenden Folgen der ihnen zur Last gelegten Handlungsweise einzusehen. Eine Altersgrenze, von der an erst die Zurechenbarkeit gesetzlich als vorhanden angenommen werden darf, stellt das OR (im Gegensatz zum gemeinen Recht, zu § 828 DBGB und der gewöhnlichen Regelung dieses Punktes in der Strafgesetzgebung) nicht auf. Es ist daher auf die konkreten Umstände des einzelnen Falles abzustellen, also namentlich auf die Individualität und die geistige Entwicklung des betreffenden Minderjährigen und die Natur der in Betracht kommenden schädigenden Handlung. In letzterer Beziehung hat dabei eine Differenzierung insoweit einzutreten, als bei Sachbeschädigungen und Körperverletzungen im allgemeinen die erforderliche Einsicht in die Rechtswidrigkeit und Kausalität des Tuns früher als vorhanden angenommen werden darf, als bei unerlaubten Handlungen mit komplizierterem Tatbestand, namentlich bei gewissen Vermögensdelikten (wie Betrug). Aber auch wenn man dem Rücksicht trägt, so ist doch zu sagen, dass Kindern unter sieben Jahren, wie die Beklagten Müller und Mösch, eine Körperverletzung vorliegender Art nicht zum Verschulden angerechnet werden kann. Sie sind sich noch nicht bewusst, dass Manipulationen mit einem solchen als Spielzeug dienenden Gewehrchen ausnahmsweise, wenn durch Zufall das Auge als ein besonders empfindliches Organ davon betroffen wird, eine körperliche Schädigung zur

Folge haben können und dass daher auf Abwendung solcher Schädigungen Bedacht genommen werden müsse. Ein so grosses Mass von Ueberlegung dürfte in diesem Alter ausnahmsweise, bei besonders vorgerückter Geistesentwicklung vorausgesetzt werden. In diesem Falle befinden sich aber die Beklagten Müller und Mösch nach aktengemässer Würdigung der Vorinstanz nicht. Hinsichtlich des letzteren behauptet der Kläger freilich noch, dass er von böartigem Charakter sei. Allein daraus würde an sich noch nicht folgen, dass er im gegebenen Falle intellektuell die erforderliche Einsicht in die Gefährlichkeit seines Tuns gehabt und mit der Möglichkeit, eine Körperverletzung zuzufügen, gerechnet habe. Nur in diesem Falle wäre seine angebliche Böartigkeit als Charaktereigenschaft für den Schadenseintritt von ursächlicher Bedeutung (vergl. EB 41 II S. 422). Nach dem Gesagten fehlte ihm aber noch das erforderliche Verständnis von der Tragweite seiner Handlungsweise. Der Beweisantrag, der vor Bundesgericht in Betracht seiner Charakteranlage gestellt wurde, ist daher als unerheblich abzulehnen. Damit muss die Schadenersatzpflicht der beiden Knaben Müller und Mösch, soweit sie auf den Art. 50 gestützt wird, verneint werden.

Auch aus dem eventuell noch angerufenen Art. 58 a OR lässt sich gegen keinen von ihnen ein Ersatzanspruch herleiten. Besondere « Rücksichten der Billigkeit », die einen solchen rechtfertigen müssten, liegen nicht vor, namentlich nicht, soweit ein Unterschied in den beiderseitigen Vermögensverhältnissen als Rechtfertigungsgrund in Betracht kommen kann. Im Gegenteil würde es das Billigkeitsgefühl verletzen, Kinder ohne Vermögen und Anwartschaft wegen einer ihnen nicht zuzurechnenden Schädigung bereits mit Schulden zu belasten, an denen sie voraussichtlich auf eine ferne Zukunft hinaus zu tragen hätten.

3. — Was die Haftbarkeit der Frau Müller-Labhardt anlangt, so ist der angefochtene Entscheid

insoweit einer Ueberprüfung durch das Bundesgericht unzugänglich, als er die gegenüber dieser Beklagten erhobene Einrede der mangelnden *P a s s i v l e g i t i m a t i o n* abweist. Es handelt sich hier um die Anwendung des frühern kantonalen Familienrechtes, sowohl in Betreff der Frage, ob und inwiefern der Frau Müller-Labhardt neben ihrem Ehemann eine elterliche Aufsichtspflicht zur Ueberwachung ihres Sohnes obgelegen habe, als der weitem Frage, ob und inwieweit aus der Verletzung dieser Pflicht gegenüber ihr ein Schadenersatzanspruch habe erwachsen können.

Nach Bundesrecht dagegen beurteilt sich die ferner erhobene *Verjährungseinrede*. Diese Einrede, die von der Vorinstanz unentschieden gelassen wurde (in der Meinung, dass die gegen Frau Müller geltend gemachte Schadenersatzforderung sachlich unbegründet sei), ist aus folgenden Gründen gutzuheissen:

Es steht zunächst fest, dass gegenüber der Frau Müller der Lauf der Verjährung nicht, wie gegenüber den andern Beklagten, durch Betreibung unterbrochen wurde. Da sodann der Kläger (in der Person seines gesetzlichen Vertreters) unmittelbar nach dem Unfall im Sinne von Art. 69 aOR « Kenntnis von der Schädigung und der Person des Täters » erlangt hat d. h. die Sachlage, aus der er nun eine Haftbarkeit der Frau Müller wegen Vernachlässigung der häuslichen Aufsichtspflicht herleitet, kannte, so war an sich gegenüber Frau Müller die Verjährung schon ungefähr seit einem Jahre eingetreten, als er sie zum amtlichen Sühneversuch vom 11. Februar 1913 lud. Mit Unrecht wendet er ein, es handle sich um eine Solidarschuld und daher hätten die gegenüber den andern Beklagten vorgenommenen Betreibungshandlungen den Lauf der Verjährung auch gegenüber Frau Müller unterbrochen (Art. 155 aOR). Der Art. 60 aOR, der im Falle, wo mehrere Personen aus unerlaubter Handlung einen Schaden gemeinsam verschulden, sie als solidarisch haftbar erklärt, ob sie als Anstifter, Ur-

heber oder Gehülften gehandelt haben, trifft hier nicht zu. Frau Müller wird nicht wegen der dem Kläger zugefügten Körperverletzung als einer unerlaubten Handlung in der Eigenschaft einer Mitbeteiligten (Anstifterin, Gehilfin usw.) belangt, sondern wegen der behaupteten Missachtung ihrer Aufsichtspflicht als einer schuldhaften Unterlassung, die einen selbständigen Tatbestand neben dem der körperlichen Verletzung bildet. Ihre Mitverantwortung beruht also auf blosser Klagenkonkurrenz (sog. *unechter Solidarität*), für die die spezifischen Folgen der Solidarhaft, im besondern auch hinsichtlich der Unterbrechung der Verjährung (Art. 155 aOR), nicht gelten (vergl. OSER, Kommentar, Vorbemerkung 2 ff. zu Art. 143 ff. rev. OR und die dort angegebene Literatur, ferner den (nicht publizierten) Entscheid des Bundesgerichtes vom 7. November 1913 i. S. Baltiswiler).

Mit Unrecht macht der Kläger weiterhin geltend, dadurch dass das ZGB die Verantwortlichkeit des Familienhauptes in das Familienrecht hinübergewonnen habe, seien hinsichtlich der Verjährung an Stelle der für die unerlaubten Handlungen aufgestellten Sonderbestimmungen (Art. 69 aOR; Art. 60 rev. OR) die allgemeinen Vorschriften der Art. 127 ff. rev. OR als anwendbar erklärt worden; die danach vorgesehene ordentliche Verjährungsfrist von zehn Jahren aber sei bei der Einleitung des Sühneversuches gegenüber Frau Müller noch nicht abgelaufen gewesen. Allerdings beruht die Verantwortlichkeit des Familienhauptes nicht unter allen Umständen auf einem Verschulden und damit auf einer unerlaubten Handlung im eigentlichen Sinne. Allein die Bestimmungen der Art. 69 aOR und Art. 60 rev. OR beziehen sich eben nicht nur auf solche Handlungen, auf zivilrechtliche Delikte, sondern auch auf deliktsähnliche Tatbestände, wie der Abschnitt über die « unerlaubten Handlungen » solche mehrfach enthält. Es wäre denn auch schwer verständlich, warum die Bestimmungen des Art. 60 rev. OR über die

Verjährung z. B. für die Haftung des Geschäftsherrn (Art. 55 rev. OR), aber nicht auch für die des Familienhauptes gelten sollten. Wenn daher der Art. 7 ZGB die allgemeinen Bestimmungen des OR als auch auf die übrigen zivilrechtlichen Verhältnisse anwendbar erklärt, so ruft das in vorliegender Beziehung der Anwendung des Art. 60 und nicht des Art. 127 ff. rev. OR. Dem entspricht ferner, dass, nachdem nunmehr das rev. OR die Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung hinsichtlich der Verjährung denen aus unerlaubter Handlung (Art. 41 ff.) angepasst hat, die Bestimmungen der Art. 127 ff. über die Verjährung im wesentlichen nur noch für Ansprüche aus Vertrag Geltung haben.

Ob die behauptete Haftung der Frau Müller-Labhardt materiell bestände, braucht hiernach nicht untersucht zu werden.

4. — Was endlich die Frage der Haftbarkeit des G o t t l i e b M ö s c h anlangt, so beurteilt sie sich in zwischenzeitlicher Hinsicht nach Art. 61 a O R, nicht nach dem nunmehrigen Art. 333 ZGB. Ob der Beklagte Mösch im Sinne von Art. 61 « das übliche und durch die Umstände gebotene Mass von Sorgfalt in der Beaufsichtigung » seines Sohnes « beobachtet habe », ist unter Berücksichtigung der Gepflogenheiten des täglichen Lebens zu prüfen. Danach aber lässt es sich gewiss nicht als eine Verletzung der häuslichen Aufsichtspflicht ansehen, wenn ein Vater, der aus beruflichen Gründen von Hause abwesend sein muss, seinem ungefähr sieben Jahre alten Sohn gestattet, die freie Zeit bei einer bekannten Familie zum Spielen mit den dieser angehörigen Kindern zuzubringen. Dadurch sichert er sich ja gerade eine gewisse Ueberwachung und verhindert, dass sein Kind veranlasst wird, sich auf der Strasse herumzutreiben. Eine Haftbarkeit bestände auch nicht, falls Mösch von dem Besuche seines Sohnes bei der Familie Müller nichts gewusst und sich überhaupt damals um den Knaben nicht weiter gekümmert hätte, denn dadurch wäre dieser nach dem Gesagten

doch nicht in eine Lage gebracht worden, die eine vom Vater zu verantwortende Gefährdung Dritter in sich schloss. Für den Schadenseintritt von Bedeutung ist übrigens nicht sowohl, dass sich der Knabe Mösch zu der Familie Müller begeben, als vielmehr, dass er hier das Kindergewehr in die Hand bekommen hat ; soweit aber darin ein Mangel an der erforderlichen Aufsicht liegen würde, träfe die Verantwortlichkeit nicht den Beklagten Mösch, der als Fernstehender mit diesem Umstande nicht zu rechnen hatte. Unerheblich ist endlich auch hinsichtlich der Haftbarkeit des Vaters Mösch die Behauptung, sein Sohn sei böartigen Charakters. Wenn dies richtig wäre, so könnte sich daraus allerdings für den Vater im allgemeinen eine Verschärfung seiner Aufsichtspflicht ergeben. Aber im vorliegenden Falle hätte nach dem oben Gesagten der angebliche Charakterfehler nicht kausal gewirkt, weil die Unfallsursache lediglich in der noch ungenügenden intellektuellen Entwicklung des Knaben Mösch zu suchen ist. Auch in dieser Beziehung ist daher der Antrag, über die moralische Charakteranlage des Knaben Mösch nachträglich Beweis zu erheben, als unerheblich abzuweisen.

Demnach hat das Bundesgericht
e r k a n n t :

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichts des Kantons Luzern vom 17. Januar 1917 bestätigt.