

Provokationsdekret wird somit das Konsortium gezwungen, gegen seinen Willen dem Baschnonga dieses vertragliche Recht einzuräumen, da es sich sonst vor die Tatsache gestellt sähe, dass diesem eine solche Berechtigung entschädigungslos zustünde.

Führt aber dergestalt das Provokationsdekret zu einem mit dem OR im Widerspruch stehenden Ergebnis, so muss es nach Art. 68 Abs. 1 lit. a OG aufgehoben und die Sache nach Art. 73 Abs. 2 OG zu neuer Entscheidung (die nur auf Abweisung des Provokationsbegehrens lauten kann) zurückgewiesen werden.

Baschnonga geht auf diese Weise des von ihm behaupteten Anspruchs auf entschädigungslose Ableitung des Abwassers des Schlachthausbetriebes in die Kanalisationsanlage des Konsortiums nicht verlustig, falls ihm ein solches Recht tatsächlich zustehen sollte. Er muss lediglich als Kläger auftreten. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob das nur in der Form einer Feststellungsklage (Klage auf Feststellung des Bestehens des von ihm behaupteten Rechtes) geschehen könne, oder ob er allenfalls eine Klage auf Verurteilung des Konsortiums zur entschädigungslosen Duldung der Abwasserzufuhr aus dem Schlachthausbetrieb zu erheben habe. Denn selbst wenn nur eine Feststellungsklage in Frage käme, müsste sie von den bündnerischen Gerichten entgegengenommen werden, obwohl die ZPO des Kantons Graubünden die Feststellungsklage nicht ausdrücklich vorsieht. Diese Folge ergäbe sich aus dem Umstand, dass überall dort, wo das materielle Bundesrecht zu seiner wirksamen Durchsetzung eine Feststellungsklage erheischt, diese vom kantonalen Richter zugelassen werden muss (BGE 77 II 348 f.).

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird begründet erklärt, das Urteil des Bezirksgerichts Maloja vom 12. Januar 1953 wird aufgehoben und die Sache zu neuer Beurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.

#### IV. MOTORFAHRZEUGVERKEHR

##### CIRCULATION ROUTIÈRE

68. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 27. Oktober 1953 i. S. Rüz gegen L'Assicuratrice Italiana.

*Art. 37 Abs. 3 und 42 MFG.*

Leichtfertige Eingehung eines erkennbaren Risikos als Mitverschulden des Geschädigten. Anforderungen an den Kausalzusammenhang.

Zum Genugtuungsanspruch des mitschuldigen Verletzten.

*Art. 37 al. 3 et 42 LA.*

Faute concomitante du lésé qui, à la légère, s'expose à un risque reconnaissable. Conditions que doit remplir le rapport de causalité.

De la réparation morale lorsque le lésé a commis une faute concurrente.

*Art. 37, cp. 3 e 42 LA.*

Colpa concomitante del leso che alla leggera si espone ad un rischio riconoscibile. Condizioni che deve soddisfare il nesso di causalità.

Della riparazione del torto morale, quando al leso è addebitabile una colpa concomitante.

A. — Am 20. April 1950, kurz vor Mitternacht, verunfallte der Kläger Rüz auf der Mutschellenstrasse als Mitfahrer des vom Eigentümer selber gesteuerten Motorrades des Hans Lüthy. Dieser war haftpflichtversichert bei der Beklagten, welche die Ersatzpflicht als solche für den vom Kläger erlittenen Schaden anerkannte und Fr. 5957.25 bezahlte, jedoch erhobene Mehrforderungen ablehnte.

B. — Daraufhin belangte der Kläger die Beklagte für weiteren Schadenersatz in der Höhe von Fr. 5120.10 nebst 5 % Zins seit 25. Januar 1951 und für eine Genugtuungssumme von Fr. 2000.—. Während das Bezirksgericht Bremgarten einen Anspruch von Fr. 4296.20 schützte, sprach das Obergericht des Kantons Aargau mit Urteil vom 19. Februar 1953 Fr. 1657.70 als Schadenersatz und

Fr. 500.— als Genugtuung zu, je verzinslich ab 25. Januar 1951.

C. — Der Kläger legte Berufung an das Bundesgericht ein. Er beantragt Gutheissung der Klage für Fr. 5196.10. Die Beklagte schloss sich der Berufung an mit dem Begehren um Abweisung der Klage für den Fr. 811.65 übersteigenden Betrag.

*Das Bundesgericht zieht in Erwägung :*

1. — Das Obergericht ermittelte einen Gesamtschaden von Fr. 10,153.35. Damit finden sich die Parteien ab. Umstritten bleiben der Mitverschuldensabzug und die Genugtuungsleistung.

2. — Nach Auffassung des Klägers war sein Verhalten vor dem Unfall weder schuldhaft noch überhaupt geeignet, eine teilweise Haftungsbefreiung der Beklagten herbeizuführen.

a) Im letzteren Punkte stützt die Vorinstanz ihren Entscheid auf Art. 37 Abs. 3 MFG. Die Berufung macht geltend, mit dem in dieser Bestimmung genannten « Verschulden des Geschädigten » sei ein « unfallkausales » gemeint, und ein solches belaste den Kläger nach verbindlicher Feststellung des Obergerichtes gerade nicht.

Art. 37 MFG gestaltet in seiner Gesamtheit die Haftpflicht des Halters. Richtig ist, dass Abs. 3 von der Mitwirkung — eines Verschuldens des Geschädigten, des Dritten, des Halters oder fehlerhafter Beschaffenheit des Motorfahrzeugs — *am Unfall* spricht. Andererseits ist in Abs. 2 die Rede von der Verursachung — bei Schuldlosigkeit des Halters durch Verschulden des Geschädigten oder Dritten oder durch höhere Gewalt — *des Schadens*. Käme es auf diese gegensätzliche Ausdrucksweise an, so müssten innerhalb der nämlichen Haftpflichtordnung je nach den vorausgesetzten persönlichen und sachlichen Gegebenheiten unterschiedliche Anforderungen an den Kausalzusammenhang gestellt werden. Das kann nicht der Wille des Gesetzes sein. Eine Antwort auf die vom Kläger

aufgeworfene Frage lässt sich daher nicht aus dem Wortlaut des Abs. 3 folgern.

Auszugehen ist vom Leitgedanken des Art. 37 MFG. Er ist niedergelegt in Abs. 1, welcher dem Halter die Kausalhaftung für den durch den Betrieb eines Motorfahrzeugs verursachten Schaden überbindet. Die weiteren Absätze sehen lediglich Milderungen des Grundsatzes vor, wo dessen starre Handhabung unbillige Ergebnisse zeitigen würde. Hiefür bezeichnend sind namentlich die in Abs. 2 und 3 enthaltenen Weisungen an den Richter, die Ersatzpflicht bzw. die Entschädigung « unter Würdigung aller Umstände » festzusetzen. Abs. 1 verlangt die ursächliche Verbindung zwischen der bedingenden Tatsache und dem Schadenserfolg. Die Einfügung des Verschuldensmomentes in den nachgehenden Absätzen dient der Abschwächung der Kausalhaftung. Zweck der Abs. 2 und 3 im einzelnen ist, die Haftungsverhältnisse ohne und mit Verschulden des Halters abzugrenzen. Aber nichts deutet darauf, dass zugleich für den Fall des Abs. 3 und mit völlig unmotivierter Beschränkung auf ihn eine abweichende Normierung der Kausalität beabsichtigt wäre. Das widerspräche, weil auf eine Verschärfung zum Nachteil des Halters hinauslaufend, dem erwähnten Billigkeitscharakter der Vorschrift und darf ohne zwingenden Anhalt umso weniger vermutet werden, als damit die allgemeine Regelung des OR geändert würde, welche Art. 41 MFG für die Bestimmung von Art und Umfang des Schadenersatzes als anwendbar erklärt. Folgerichtig muss auch bei Art. 37 Abs. 3 MFG der Kausalzusammenhang zwischen der Handlungsweise des Geschädigten und seinem Schaden genügen. Er ist hier gegeben. Denn hätte der Kläger die Einladung Lüthys zur Mitfahrt nach Bremgarten nicht angenommen, so wäre er nicht in den Unfall verwickelt und verletzt worden.

b) Alsdann ist zu erörtern, ob die Handlungsweise des Klägers ein rechtserhebliches Verschulden einschliesse. Die Berufung verneint es, weil der Kläger die Fahrt nur

auf Drängen Lüthys mitgemacht, sich als Vorsichtsmassnahmen die Einhaltung einer Höchstgeschwindigkeit sowie den Verzicht auf Überholen ausbedungen und die Angetrunkenheit Lüthys nicht bemerkt habe.

Die Mutschellenstrasse ist zwar gut ausgebaut, aber gefährlich wegen ihrer vielen Kurven. Laut tatbeständlicher Angabe der Vorinstanz herrschte in der Nacht vom 20./21. April 1950 schlechte Sicht. Von einer abendlichen Ausfahrt nach Uster zurückgekehrt, wo sie Wein und Kaffee mit Schnaps zu sich genommen hatten, waren die Beteiligten zu vorgerückter Stunde im Restaurant « Mutschellen » eingekehrt, um erneut Wein zu trinken. Wohl stellt die Vorinstanz bindend fest, dass dem Kläger die an sich erwiesene Angetrunkenheit Lüthys nicht auffiel. Doch ist es gemeinhin bekannt, dass Alkoholeinflüsse selbst dann, wenn sie keine sichtbare Trunkenheit auslösen, die zur sicheren Lenkung eines Motorfahrzeugs nötigen Eigenschaften beeinträchtigen. Das allein schon hätte den Kläger abhalten sollen, zumal er mit einer gewissen Ermüdung Lüthys rechnen musste, wusste er doch, dass dieser bereits am Nachmittag seinen Meister im Auto nach Zürich geführt hatte. Wenn er trotzdem und ungeachtet der ungünstigen äusseren Verhältnisse an der — einzig zum Besuche einer anderen Wirtschaft unternommen und darum durchaus überflüssigen — Fahrt nach Bremgarten sich beteiligte, so setzte er sich leichtfertig einem erkennbaren Risiko aus. Diesem war mit dem Mittel einer Geschwindigkeitsbegrenzung auf 60 km/Std. unter den obwaltenden Umständen und auf einer Talfahrt offenkundig nicht zu begegnen. Dass sich der Kläger erst auf Zureden Lüthys zu dessen Begleitung herbeiliess, entlastet ihn auch nicht. Er hat nichtsdestoweniger seinen Entschluss freiwillig gefasst.

c) Somit ist ein Abzug an der dem Kläger geschuldeten Entschädigung gerechtfertigt. Die Vorinstanz bestimmte ihn auf  $\frac{1}{4}$ .

(Bundesgerichtliche Bestätigung in dieser Höhe.)

3. — Gemäss Art. 42 MFG « kann » der Richter, sofern den Halter ein Verschulden trifft, « unter Würdigung der besonderen Umstände, namentlich in Fällen von Arglist oder grober Fahrlässigkeit », dem Verletzten eine Genugtuungssumme zusprechen. Die Mehrheit der Vorinstanz machte von dieser Befugnis Gebrauch. Das Berufungsbegehren um Verdoppelung des bewilligten Betrages steht unter der Voraussetzung der Schuldlosigkeit des Klägers, welche nach dem Gesagten entfällt. Die Anschlussberufung widersetzt sich jeglicher Genugtuungsleistung. Das von der Beklagten zu vertretende Verschulden Lüthys ist allerdings grob. Aber es ist zuzugeben, dass dort, wo auch der Geschädigte schuldig wurde, bei der Zuerkennung geldwerter Genugtuung einige Zurückhaltung geboten ist. Der Kläger hat weder bleibende Gesundheitsschädigungen davongetragen noch schweres seelisches Leid erfahren. Dass er seiner Verletzungen wegen längere Zeit pflegebedürftig war, Schmerzen erdulden und sonstige Unannehmlichkeiten hinnehmen musste, hat er weitgehend der eigenen Fahrlässigkeit zuzuschreiben. Mit der Minderheit des Obergerichtes ist ihm daher Genugtuung in Form einer Geldsumme zu verweigern.

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

1. — Die Hauptberufung wird abgewiesen.
  2. — In teilweiser Gutheissung der Anschlussberufung wird Disp. Ziff. 1 des angefochtenen Urteils dahin abgeändert, dass die Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger Fr. 1657.70 nebst 5 % Zins ab 25. Januar 1951 zu bezahlen.
- Soweit auf mehr oder anderes gerichtet wird die Anschlussberufung abgewiesen und der kantonale Entscheid bestätigt.