

S. 171 / Nr. 29 Obligationenrecht (d)

BGE 59 II 171

29. Urteil der I. Zivilabteilung vom 16. Mai 1933 S. Einwohnergemeinde Eriz gegen Rohrbach.

Regeste:

Anschlussberufung. Aus dem Antrag muss hervorgehen, welche Änderungen des angefochtenen Urteiles verlangt werden. OG Art. 67 Abs. 2 (Erw. 1).

Werkhaftung der Gemeinde für eine Gemeindestrasse. Die Strasse als Werk umfasst auch Barrieren, selbst wenn die seitlichen Pfosten derselben auf den Nachbargrundstücken stehen. Das Vorhandensein solcher Abschränkungen auf kleinen Bergstrassen im Weidegebiet bildet jedoch keinen Mangel der Anlage. Bedeutung des Fehlens einer Warnungstafel. OR Art. 58 (Erw. 2).

Unerlaubte Handlung der Gemeinde. Unfall eines Radfahrers an der geschlossenen Schranke. Verhältnis von Bundeszivilrecht und kantonalem öffentlichem Recht bei Anwendung des Art. 41 OR (Erw. 3).

Selbstverschulden. OR Art. 44 (Erw. 4).

A. - Das innere Eriz und das ausgedehnte Gebiet der Erizberge werden durch eine 3,6 Meter breite Bergstrasse mit der Gegend von Steffisburg verbunden. Da diese Strasse hinten im Tale in Alpwege ausmündet, welche nach Schangnau und Habkern hinüber führen, hat sie keinen Durchgangsverkehr zu bewältigen. Sie steht im Eigentum der Einwohnergemeinde Eriz und gehört nach dem kantonalen Gesetz vom 21. März 1834 über den

Seite: 172

Strassen- und Brückenbau in die 4. Klasse, welche die Dorfwege umfasst, durch welche die einzelnen Abteilungen von Kirchgemeinden unter sich oder mit einer Strasse oder mit einem Verbindungsweg in Berührung kommen. Die Geschwindigkeit der Personenautomobile durfte, jedenfalls vor dem Inkrafttreten des Bundesgesetzes über den Motorfahrzeug- und Fahrradverkehr vom 15. März 1932, 25 Km. in der Stunde nicht übersteigen. Der Lastwagenverkehr konnte zeitweilig gänzlich untersagt werden.

Zur Abschränkung der Weiden sind auf der Erizstrasse mehrere sogenannte «Leginen» («Ziehgatter») angebracht. Die senkrechten Pfosten dieser Schranken stehen nicht auf dem Strassenkörper, sondern nebenan am Rande der Grundstücke der Anstösser. Quer über die Strasse werden die an diesen Pfosten befestigten beweglichen Sparren gelegt.

Nach Art. 3 des kantonal bernischen Gesetzes über die Strassenpolizei vom 10. Juni 1906 bedarf es zur Erstellung von Anlagen auf dem oder im Strassenkörper einer Polizeierlaubnis, die durch die Einwohnergemeinde zu erteilen ist, wenn es sich um eine Gemeindestrasse handelt. Es liegen jedoch keine Anhaltspunkte dafür vor, dass die «Leginen» der Erizstrasse durch die Gemeinde Eriz je vorschriftsgemäss genehmigt worden seien. Sie haben jedoch von jeher bestanden, und die Gemeinde hat sie geduldet. Zur Bewirtschaftung des Weidelandes sind sie insofern unentbehrlich, als ihre Unterdrückung die beidseitige Einzäunung der Strasse, die Errichtung von Wasserleitungen und vielleicht sogar die Erstellung neuer Gebäude notwendig machen, also Kosten verursachen würde, die in keinem Verhältnis zum Ertrag der Viehzucht in dieser Gegend stehen würden.

Am 2. Oktober 1928 begab sich der im Jahre 1872 geborene Kläger, Christian Rohrbach, der in Steffisburg ein Schuhmachergewerbe und daneben eine kleine Landwirtschaft betreibt, mit seinem Fahrrad in das hintere

Seite: 173

Eriztal, um in der Geissegg eine Kuh zu besichtigen. Auf der Rückkehr stiess er mit dem Rad auf der Höhe des Hauses Aeschlimann im Bödeli in die dort befindliche, geschlossene «Legi,» stürzte und wurde erheblich verletzt. Nach seiner Darstellung wäre die Schranke zur Zeit seiner Bergfahrt offen gewesen. Als er auf der Heimkehr die hintersten «Leginen» passiert habe, sei er der Ueberzeugung gewesen, es werde nun kein Hindernis mehr geben, und er habe sich deshalb und weil die Strassenverhältnisse es gestattet hätten, entschlossen, etwas rascher zu fahren. Wegen der Blendung durch die Sonne habe er etwas nach rechts blicken müssen. Auf die geschlossene «Legi» sei er erst auf eine Entfernung von etwa 1 1/2 Metern aufmerksam geworden, zu spät, um noch anhalten zu können. Der Sturz sei in der Weise erfolgt, dass das Vorderrad an die untere Latte der Schranke gestossen und dass er samt dem Velo über das Hindernis hinüber geschleudert worden sei. Was nachher geschehen sei, wisse er infolge einer Gedächtnislücke nicht mehr....

Durch den Unfall erlitt Rohrbach Verletzungen im Gesicht und eine Gehirnerschütterung. Am 10. Oktober 1928 wurde er durch den behandelnden Arzt, Dr. Rüedi in Steffisburg, als geheilt entlassen.

In der Folge klagte er aber wiederholt über Kopfschmerzen, Schwindelgefühle und Vergesslichkeit, und es stellten sich Ohnmachtsanfälle ein. Über die Ursachen dieser Erscheinungen und die Frage eines bleibenden Nachteils aus dem Unfall wurden verschiedene medizinische Gutachten eingeholt, die zu teilweise abweichenden Ergebnissen kamen...

B. - Am 17. März 1930 hat Christian Rohrbach gegen die Einwohnergemeinde Eriz Klage mit dem Rechtsbegehren erhoben, die Beklagte sei zu verpflichten, ihm für die ökonomischen Folgen des Unfalls vom 2. Oktober 1928 angemessenen und richterlich zu bestimmenden Ersatz nebst 5% Zins seit 2. Oktober 1928 zu leisten.

Im einzelnen sind folgende Schadenersatzposten geltend gemacht worden:

Seite: 174

1. Für das zerstörte Fahrrad.... Fr. 150.-
2. Gänzliche Arbeitsunfähigkeit, Dauer 2 Monate....
Fr. 700.-
3. Arbeitsunfähigkeit zu 50% während 8 3/2 Monaten.... Fr. 1487.-
4. Rechnung Dr. Pflüger.... Fr. 75.-
5. Bleibende Invalidität 30% bei einem Jahresverdienst von....
Fr. 14800.-
6. Genugtuung.... Fr. 1000.-

Fr. 18212.-

unter Vorbehalt der ausstehenden Arztrechnungen Dr. Rüedi und Dr. Lüthy.

C. - Die Beklagte hat Abweisung der Klage beantragt.

D. - Durch Urteil vom 10. November 1932 hat der Appellationshof des Kantons Bern die Klage im Betrag von 4300 Fr. nebst 5% Zins seit 2. Oktober 1928 zugesprochen, im übrigen aber abgewiesen.

E. - Gegen dieses Erkenntnis hat die Beklagte rechtzeitig und in der vorgeschriebenen Form die Berufung an das Bundesgericht erklärt und Abweisung der Klage beantragt.

F. - Der Kläger hat sich der Berufung angeschlossen und folgenden Antrag gestellt: «Es sei das klägerische Rechtsbegehren im Sinne des Klagebegehrens in einer angemessenen und richterlich zu bestimmenden Höhe zuzusprechen, dies in Abänderung des kantonalen Urteils.»

G. - In der heutigen Verhandlung haben beide Parteien ihre Anträge wiederholt und je Abweisung der Berufung der Gegenpartei verlangt.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.- Nach Art. 67 Abs. 2 OG ist in der Berufungserklärung anzugeben, inwieweit das Urteil angefochten wird und welche Abänderungen beantragt werden. Diese Vorschrift gilt auch für die Anschlussberufungserklärung, OG Art. 70 Abs. 1. Im vorliegenden Fall ist der eigentliche Anschlussberufungsantrag des Klägers und

Seite: 175

Anschlussberufungsklägers ein unbestimmter, und er genügt der Vorschrift des Art. 67 Abs. 2 OG daher nicht. Es geht daraus nur hervor, dass der Kläger eine Abänderung des angefochtenen Entscheides und zwar im Sinne der Erhöhung der Schadenersatzsumme begehrt, nicht aber, welche Abänderung er verlangt, d. h. wie viel ihm mehr zugesprochen werden soll. Der Kläger hat dem unbestimmten Antrag jedoch noch weitere Ausführungen beigefügt, aus denen das Ziel der Anschlussberufung in eindeutiger Weise hervorgeht. Er verlangt Ablehnung jedes Mitverschuldens, eventuell Annahme eines Mitverschuldens von nur 10-25% statt 50%, Zusprechung der eingeklagten Genugtuungssumme von 1000 Fr. und Weglassung des von der Vorinstanz vorgenommenen Abzuges von 1000 Fr. wegen Abnahme der Arbeitsfähigkeit im höheren Alter. Der bestimmte Antrag in dieser Form genügt nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, da Zweifel über die Gründe der Anfechtung des kantonalen Urteils hier weder für das Bundesgericht, noch für die Beklagte, bestehen können, und auf die Anschlussberufung ist daher einzutreten (BGE 38 II S. 92).

2.- Der Kläger hat sich zunächst darauf berufen, dass die Beklagte als Eigentümerin der Strasse gemäss Art. 58 OR für seinen Schaden einzustehen habe. Der Appellationshof hat diesen Standpunkt mit der Begründung abgelehnt, dass die mit polizeilicher Bewilligung auf öffentlichem Grund erstellten Anlagen entgegen dem Akzessionsprinzip (ZGB Art. 667) nicht in das Eigentum der Gemeinde oder des Staates übergingen (BGE 56 III S. 63 ff.) und dass überdies die «Legi», eine besondere Anlage darstelle, die Pfosten auf den Nachbargrundstücken stünden und eine Klage wegen Haftbarkeit des Werkeigentümers gegen den Eigentümer des anstossenden Grundstückes, Friedrich Reusser, hätte gerichtet werden müssen. Dieser Auffassung kann nicht beigepflichtet werden. Der Kläger macht keineswegs geltend, dass der «Legi» ein Mangel der Anlage, der Herstellung oder des

Seite: 176

Unterhalten angehaftet habe, und eine Klage gegen deren Eigentümer oder gegen denjenigen des anstossenden Grundstückes auf Grund von Art. 58 OR wäre daher zwecklos gewesen. Der Kläger beruft sich auf einen Mangel der Strasse selbst, da sie infolge der Absperrung keine freie Durchfahrt gewährt habe. Dass nun die Strasse im Eigentum der Beklagten steht und dass niemand anders als Eigentümer in Betracht fällt, ist nicht streitig. Ebenso steht nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ausser Zweifel, dass die Strasse ein Werk im Sinne des Art. 58 OR ist und dass das Gemeinwesen als Strasseneigentümer wie Private der Haftung des Art. 58 OR unterworfen ist (BGE 49 II S. 472, 56 II S. 92, 58 II S. 357). Was ein Werk in räumlicher Beziehung aber umfasst, entscheidet sich nicht nach den sachenrechtlichen Beziehungen, sondern nach der Bestimmung des Werkes, das heisst nach seiner ganzen Anlage, mithin nach den tatsächlichen Verhältnissen, und das Werk hört also nicht dort auf, wo das Eigentum daran aufhört. Eine Zugehör z. B. kann, auch wenn sie in fremdem Eigentum steht, zu einem Teil des Werkes geworden sein, wenn sie nur in die bestimmungsgemässe Verbindung mit der Hauptsache getreten ist (ebenso OSER-SCHÖNENBERGER, Kommentar, N. 6 zu Art. 58). Es ist namentlich zu beachten, dass bei Beurteilung der Fehlerhaftigkeit eines Werkes seine Zweckbestimmung mit den Ausschlag gibt (vgl. BECKER, Kommentar, N. 6 zu Art. 58). Da eine Strasse auch dazu bestimmt ist, dem Fahrradverkehr zu dienen, kann ein Mangel ihrerseits also auch darin liegen, dass in dem Luftraum, in dem sich der Radfahrer bewegt, ein fester Gegenstand ein Hindernis bildet, vorausgesetzt, dass dieser Gegenstand nicht zufällig dort ist, sondern seiner Bestimmung gemäss. Es ist übrigens nicht einzusehen, wieso die Haftung des Strasseneigentümers auf Grund von Art. 58, wie die Vorinstanz meint, anwendbar oder nicht anwendbar sein soll, je nachdem die Seitenpfosten noch am Rande der Strasse oder schon auf

Seite: 177

der anstossenden Liegenschaft stehen, denn der Mangel der Strasse als Werk ist doch der gleiche in beiden Fällen, wenn ein Mangel überhaupt angenommen werden muss.

Diese letztere Frage ist jedoch zu verneinen. Das Vorhandensein solcher Abschränkungen auf Bergstrassen im Weidegebiet, die zudem in die 4. Klasse gehören, kann nicht als ein Mangel der Strassenanlage betrachtet werden. Die Vorinstanz hat selbst festgestellt, dass «Leginen» auch auf stärker befahrenen Bergstrassen, als die Erizstrasse es ist, häufig vorkommen, und es ist bekannt, dass dem auch in andern Kantonen so ist. Das Bundesgericht hat allerdings schon wiederholt erkannt, dass ein Abusus den Werkeigentümer nicht von der Haftung befreit (BGE 38 II S. 74, 45 II S. 333, 55 II S. 83, 57 II S. 108). Allein davon kann hier nicht gesprochen werden. «Leginen» sind wohl Verkehrshindernisse, aber nicht alle mit der Strasse verbundenen Verkehrshindernisse sind Mängel, wie aus dem Beispiel der Eisenbahnbarrieren, die sogar an Durchgangsstrassen vorkommen, ohne weiteres hervorgeht. Auf Bergsträsschen, die nicht dem grossen Verkehr zu dienen haben, hat der Radfahrer, der Fuhrmann, der Motorfahrzeugführer, mit derartigen Hindernissen zu rechnen, so gut wie mit der Begegnung mit Viehherden, Holzfuhrern und andern Hindernissen, die den Weg nur vorübergehend versperren, und er hat sich darnach einzustellen. Im allgemeinen darf übrigens gesagt werden, dass die schweizerische Bevölkerung gewöhnt ist, in Gebieten, wo Viehzucht getrieben wird, solche Abschränkungen auf Nebenstrassen anzutreffen, und dass sie auch Verständnis dafür hat und sie im Interesse des Bauern wieder schliesst, wenn sie sie passiert hat. Die «Leginen» bilden zudem kein gefährliches Hindernis, denn sie erfordern nicht mehr Aufmerksamkeit, als die Strasse selbst, indem sie stärker in Erscheinung treten. Man kann sie im höchsten Fall als lästig bezeichnen, nämlich für denjenigen, der es scheut, von Zeit zu Zeit anzuhalten und Hand anzulegen. Das genügt aber nicht, um einen Mangel der

Seite: 178

Anlage anzunehmen. Dazu kommt, dass nach der bundesgerichtlichen Praxis Aufwendungen, die in keinem Verhältnis zum Schutze des Publikums stehen, dem Werkeigentümer nicht zugemutet werden können (BGE 57 II S. 108, VON TUHR, OR I S. 361, vgl. auch die bundesgerichtlichen Urteile über die Verpflichtung der Kantone, ihre Strassen dem Automobilverkehr anzupassen, zitiert in BGE 58 II S. 360). Es ist erstelt, dass bei Wegfall der Ziehgatter die rationelle Bewirtschaftung des ausgedehnten Weidelandes auf grosse Strecken die Einzäunung, sowie die Erstellung von Wasserleitungen erheischen würde, was mit so beträchtlichen Kosten verbunden wäre, dass ein vernünftiges Verhältnis zu dem erlangten Vorteil nicht bestehen würde. Man wird freilich den Einwand gewärtigen müssen, dass diese Kosten nicht die Gemeinde als Strasseneigentümerin treffen würden, da diese einfach die «Leginen» verbieten und es den privaten Grundeigentümern überlassen könnte, ob sie nun zur Einzäunung ihres Weidelandes schreiten wollen oder nicht. Allein dieser Einwand ginge fehl, denn wenn die Gemeinde auch keine Pflicht gegenüber den Anstössern hat, für diese «Leginen» zu sorgen, so darf sie andererseits bei der Ausgestaltung ihres Werkes, der Strasse, doch berücksichtigen, dass nicht ihr, aber den Grundeigentümern unter ihren Bürgern unverhältnismässige

Kosten erwachsen würden, wenn sie von «Leginen» absehen würde.

Der Appellationshof hat allerdings auf einen Entscheid des bernischen Regierungsrates hingewiesen, in dem die Absperrung einer durch Alpweiden führenden Staatsstrasse durch Viehgatter als unstatthaft erklärt und bemerkt wurde, dass solche Schranken auch schon auf subventionierten Gemeindestrassen aberkannt worden seien. Dieser Entscheid tut jedoch nichts zur Sache; denn der Appellationshof hat in verbindlicher Weise festgestellt, dass die Aufsichtsbehörde gegen die «Leginen» auf der Erizstrasse nie eingeschritten sei. In Bezug auf die Gemeindestrassen hat der angerufene Entscheid des

Seite: 179

Regierungsrates also jedenfalls nicht die Bedeutung eines allgemeinen Verbotes, sondern der Regierungsrat behielt sich lediglich vor, bei Gemeindestrassen, die vom Staate subventioniert werden, von Fall zu Fall unter Abwägung der Interessen einzuschreiten. Wenn das Bundesgericht schon mehrfach erkannt hat, dass die Innehaltung der polizeilichen Vorschriften nicht von der Werkhaftung befreie, so darf daraus übrigens nicht nach der andern Richtung der Schluss gezogen werden, dass ein Mangel immer dann vorliege, wenn ein Werk einer polizeilichen Vorschrift nicht genüge, denn die Polizeivorschrift kann auch in einem Interesse aufgestellt sein, das mit den Gefahren des Werkes nichts zu tun hat; m. a. W., der Regierungsrat als Strassenpolizeibehörde kann sich z. B. unter Umständen gezwungen sehen, «Leginen» zu untersagen, um die völlig ungehinderte Durchfahrt zu ermöglichen, womit offenbar nicht gesagt ist, dass jedes Hindernis auch schon eine Gefahr bedeute und ein Mangel des Werkes sei.

Der Kläger hat nun aber geltend gemacht, dass die konkrete «Legi» bei welcher der Unfall passiert ist, jedenfalls einen Mangel der Strassenanlage darstelle, da sie sich an einer unübersichtlichen Stelle befinde und da zur Zeit des Unfalles keine Warnungstafel angebracht gewesen sei. Die Feststellung der Vorinstanz, dass die Stelle für den talauswärts Fahrenden unübersichtlich sei, steht jedoch im Widerspruch mit den Akten und ist auch als aktenwidrig gerügt worden. Der Experte Rieder hat ausgeführt, dass die «Legi» bei mässigem Fahren hätte bemerkt werden können und dass sie keine direkte Gefährdung geboten habe. Vor allen Dingen geht aus den bei den Akten befindlichen Photographien hervor, dass von einer unübersichtlichen Stelle keine Rede sein kann. Darnach erscheint sogar die Behauptung der Beklagten als glaubhaft, dass das Hindernis auf eine Entfernung von 90 Metern erkennbar gewesen sei. Auch bei einer kürzern Distanz wäre noch nicht Unübersichtlichkeit vorhanden gewesen. Unübersichtlichkeit hätte nur für einen Fahrer

Seite: 180

bestanden, der mit unsinniger Geschwindigkeit fuhr. Dasselbe gilt hinsichtlich der Frage, ob auf gehörige Distanz wahrnehmbar gewesen sei, dass die Holzstangen die Strasse überquerten und nicht einfach die Fortsetzung seitlicher Latten waren und ob sie sich, bei Mitberücksichtigung der Sonnenblendung des Fahrers, genügend von der Farbe der Strasse abgehoben haben. Bei Beurteilung der Mangelhaftigkeit des Werkes darf und soll vorausgesetzt werden, dass die Strassenbenützer ihrerseits die gebotene Sorgfalt anwenden.

Ein Mangel liegt auch nicht darin, dass eine Warnungstafel fehlte. Die «Legi» selbst konnte ja schon an der Stelle wahrgenommen werden, wo man allenfalls eine solche Tafel hingestellt hätte. Die Gefahr war also nicht verborgen, sondern jedem Ankommenden offenbar, soweit eine Gefahr überhaupt angenommen werden muss. Dass die Strassenbenützer schlechthin auf alle Gefahren aufmerksam gemacht werden müssen, hat das Bundesgericht schon in seinem Urteil vom 1. März 1932 i. S. Märchy gegen Kanton Schwyz verneint. Sodann ist auf die Erwägungen des bundesgerichtlichen Urteils i. S. Widmer gegen Glarus zu verweisen: «Dass blosser Warnungstafeln insbesondere von Autofahrern wenig beachtet zu werden pflegen, ist Erfahrungstatsache. Wer im Gebirge reist, muss sich auf solche Gefahren gefasst machen und selbst Vorsorge gegen sie treffen. Hier kann in der Tat nur auf die Vernunft und Vorsicht der Reisenden abgestellt werden. Die Ausserachtlassung der erforderlichen aussergewöhnlichen Aufmerksamkeit im Gebirge geschieht auf die Gefahr dessen, dem sie zur Last fällt. Einen Anspruch darauf, gewarnt und unterrichtet zu werden, hat derjenige, der Gebirgsstrassen benutzt, nicht» (BGE 49 II S. 26S). Aus dem Umstand, dass die Beklagte nach dem Unfall eine Warnungstafel angebracht haben soll, kann der Kläger nichts ableiten. Das Bundesgericht hat am 7. Oktober 1930 i. S. Flückiger et Cons. ca. Besse et Commune de Leysin und sodann in dem erwähnten Urteil i. S.

Seite: 181

Märchy gegen den Kanton Schwyz erkannt, dass das Gemeinwesen auch über die ihm als Werkeigentümer obliegenden Sorgfaltspflichten hinausgehen kann, wenn es versucht, die Strassenbenützer vor ihrer eigenen Unvorsichtigkeit zu schützen. Das Fehlen einer Warnung könnte hier schliesslich auch nicht als kausal angesehen werden, denn aller Wahrscheinlichkeit nach wäre

eine solche Tafel durch den Kläger so wenig beachtet worden, wie die Schranke selbst.

Selbst wenn man aber annehmen wollte, der Strasse habe ein Mangel angehaftet, müsste die Klage aus Art. 58 OR abgewiesen werden. Den Kläger trifft selbst die Schuld an seinem Unfall, wie noch auszuführen sein wird. Der Richter hat die Beklagte daher gemäss Art. 44 Abs. 1 OR von der Ersatzpflicht zu entbinden. Dass das eigene Verschulden des Geschädigten auch bei der Haftung des Werkeigentümers von Bedeutung ist, wird in Literatur und Praxis anerkannt (vgl. BGE 41 II S. 22a, VON TUHR, OR I S. 93, BECKER, Kommentar, N. 13 zu Art. 58).

3.- Der Kläger hat sich sodann darauf berufen, dass der Beklagten eine unerlaubte Handlung zur Last falle. Die Erstellung von Anlagen auf dem Strassengebiet sei nach Art. 2 Abs. 2 des kantonalen Strassengesetzes nur mit besonderer Bewilligung zulässig. Eine solche Bewilligung sei durch die Beklagte nie eingeholt worden. Nach Art. 9 und 10 Abs. 1 desselben Gesetzes bestehe ein Verbot, die öffentlichen Strassen zu verstellen.

Soweit sich die Klage indessen auf Art. 41 ff. OR, d. h. auf einen Tatbestand stützt, der durch Art. 58 OR nicht erschöpft ist, muss vorab die Frage der Rechtsanwendung untersucht werden. Das Bundesgericht kann auf die Berufung nur eintreten, wenn es sich um eine Zivilrechtsstreitigkeit handelt, die von der Vorinstanz unter Anwendung eidgenössischer Gesetze entschieden worden oder nach solchen Gesetzen zu entscheiden ist (OG Art. 56). Die Vorinstanz hat nun gefunden, dass die

Seite: 182

Pflicht, alles vorzukehren, damit die Strasse bei Anwendung der nach den Umständen gebotenen Sorgfalt ohne Gefahr benützt werden kann, jeden Eigentümer, die öffentlichrechtliche Körperschaft sowohl, als den privaten Eigentümer, treffe, und dass ihre Verletzung als unerlaubte Handlung im Sinne des Art. 41 OR anzusehen sei. Allein der Appellationshof ist der Frage dann doch nicht weiter nachgegangen, indem er angenommen hat, dass die Beklagte auch nach öffentlichem Recht" Art. 39 des kantonalen Gesetzes über das Gemeindewesen vom 9. Dezember 1917 für den Schaden einzustehen habe, da er unter Verletzung der Pflicht sorgfältiger Verwaltung durch eine Gemeindebehörde verursacht worden sei.

Das Bundesgericht hat nun am 20. Juni 1923 i. S. Widmer gegen Glarus (BGE 49 II S. 267) erkannt, dass zur Begründung der Ersatzpflicht des Gemeinwesens die allgemeinen Grundsätze der Art. 41 ff. OR insoweit in Betracht fallen, als auch es die zivilrechtliche Pflicht hat, alles vorzukehren, dass die Strasse bei Anwendung der nach den Umständen gebotenen Sorgfalt ohne Gefahr benutzt werden kann. Allein soweit sich der Kläger auf das kantonale Strassengesetz berufen hat, um im Rahmen des Art. 41 die Widerrechtlichkeit des Verhaltens der Beklagten darzutun, entzieht sich der Entscheid der Vorinstanz dennoch der Überprüfung durch das Bundesgericht (vgl. BGE 55 II S. 334 ff.). Soweit der Kläger daneben aber noch auf allgemeine Rechtsgrundsätze verwiesen hat, ist nicht einzusehen, wieso im vorliegenden Fall der Beklagten eine weitergehende Pflicht obgelegen haben soll, als sie schon durch die strenge Haftung des Art. 58 OR begründet ist und wieso ihren Organen ein Verschulden zur Last fallen soll. Der einzige Vorwurf, den die Vorinstanz bei Anwendung des Art. 41 OR aufgegriffen hat, besteht darin, dass die Beklagte es unterlassen habe, eine Warnungstafel anzubringen. Dieser Vorwurf ist, wie schon ausgeführt wurde, unbegründet, zumal ein ursächlicher Zusammenhang zwischen der

Seite: 183

Unterlassung und dem Unfall nicht angenommen werden kann.

4.- Den Kläger trifft überhaupt selbst das ausschliessliche oder doch so überwiegende Verschulden an seinem Unfall, sodass eine Ersatzpflicht der Beklagten nicht in Frage kommen kann. Die Vorinstanz hat freilich lediglich festgestellt, dass er «ziemlich stark» gefahren sei. Darin kann jedoch keine verbindliche tatsächliche Feststellung des kantonalen Gerichtes angenommen werden, denn dieser Qualifikation fehlt jede Bestimmtheit und es kommt ganz darauf an, ob man die Betonung auf das «ziemlich» oder auf das «stark» legt. In Wirklichkeit muss der Kläger jedoch sehr rasch gefahren sein und dazu noch der Strasse nicht die nötige Aufmerksamkeit geschenkt, sondern wahrscheinlich zur Seite geblickt oder den Kopf gesenkt haben. Namentlich aus dem Gutachten von Prof. Greinacher geht hervor, dass die Wucht des Anpralls aussergewöhnlich gewesen sein muss. Der Kläger hätte aber allen Grund gehabt, langsam und vorsichtig zu fahren; die Blendung der Sonne, die Gestaltung des Terrains in jenem Voralpengebiet, das Abfallen und die Windungen der Strasse hätten das erfordert, und wenn ihm infolge der übersetzten Fahrgeschwindigkeit nun ein Unfall zugestossen ist, hat er ihn also nur seinem eigenen Verhalten zuzuschreiben, so bedauerlich die Folgen auch sind. Die Klage muss demnach abgewiesen werden.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Berufung wird gutgeheissen und die Klage wird in Abänderung des Urteils des Appellationshofes des Kantons Bern vom 10. November 1932 abgewiesen.

Die Anschlussberufung wird abgewiesen