

# **AR\_GERICHTE OG O1Z-14-1 vom 16. Februar 2015**

AR Gerichte, 2015-02-16, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ar\\_gerichte OG O1Z-14-1](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ar_gerichte OG O1Z-14-1)

FR: AR\_GERICHTE OG O1Z-14-1 du 16 février 2015

IT: AR\_GERICHTE OG O1Z-14-1 del 16 febbraio 2015

## **Regeste**

Obergericht Appenzell Ausserrhoden 1. Abteilung Entscheid vom 16. Februar 2015  
Mitwirkende Obergerichtspräsident E. Zingg Oberrichterin S. Rohner Oberrichter R. Aebischer, P. Louis, H. Zingg Obergerichtsschreiberin B. Widmer Verfahren Nr.

## **Erwägungen**

### **E. 1**

lit. b Justizgesetz, JG, bGS 145.31).

### **E. 1.1**

Anwendbares Verfahrensrecht Der angefochtene Entscheid vom 22. August 2013 wurde nach den Bestimmungen der Zivilprozessordnung des Kantons Appenzell Ausserrhoden (ZPO-AR) beurteilt. Das Urteil wurde den Parteien am 23. Dezember 2013 eröffnet (act. 170 und 171). Somit ist gestützt auf Art. 405 Abs. 1 ZPO für das Berufungsverfahren die am

### **E. 1.2**

Prozessvoraussetzungen Bezüglich der vom Gericht von Amtes wegen zu prüfenden Prozessvoraussetzungen (Art. 60 ZPO, aufgeführt in Art. 59 Abs. 2 ZPO) ergibt sich ohne weiteres, dass diese erfüllt sind. Insbesondere ist im Berufungsverfahren die örtliche und sachliche Zuständigkeit des Obergerichts für die Behandlung der Klage und der Widerklage gegeben (Art. 10 Abs. 1 lit. a ZPO, Art. 31 ZPO und Art. 24 Abs.

### **E. 1.3**

Feststellungsbegehren / Klageänderung Der Beklagte und Berufungsbeklagte (nachfolgend Berufungsbeklagter genannt) lässt vorbringen, bei einer (vorläufigen) Beschränkung des Prozessthemas seien keine neuen Anträge erforderlich. Es sei insbesondere nicht erforderlich, einen (neuen) Feststellungsantrag zu stellen. Tue man dies dennoch, entspreche dies einer Klageänderung. Die Erklärung, was eine „temporäre Anpassung des Rechtsbegehrens“ sein solle, bleibe die Berufungsklägerin schuldig. Die Klägerin und Berufungsklägerin (nachfolgend Berufungsklägerin genannt) erachtet die Behauptung einer Klageänderung durch die A\_\_\_ AG als neu und verspätet. Es fehle an hinreichender Substantiierung. Im vorläufigen Prozess werde auch das Rechtsbegehren entsprechend der vorläufigen Themenbeschränkung nur vorübergehend eingeschränkt. Damit sei keine Klageänderung verbunden, sondern lediglich eine temporäre Anpassung des Rechtsbegehrens im Rahmen und auf den Umfang der vorläufigen Prozessthemabeschränkung. Die Ausführungen der Vorinstanz würden den Fall einer selbständigen und originären Feststellungsklage beschlagen und nicht die vorläufige Feststellungsklage. Seite 7

### **E. 1.3.1**

Feststellungsbegehren Die Ausführungen der Vorinstanz in Erwägung Ziff. 5 sind zutreffend und es kann darauf verwiesen werden. Die Feststellungsklage ist laut herrschender Lehre und Rechtsprechung subsidiär zu einer Leistungsklage, d.h. der Kläger muss auf Leistung klagen, wenn eine Leistungsklage möglich ist (Bessenich/Bopp, in: Sutter- Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweiz. Zivilprozessordnung (ZPO), 2. Aufl., N. 7 zu Art. 88; Weber, in: Basler Kommentar, Schweiz. Zivilprozessordnung, 2. Aufl., N. 15 ff. zu Art. 88). Vorliegend ist eine Leistungsklage möglich und von der Berufungsklägerin auch in den Prozess eingebracht worden. Somit ist der Schluss der Vorinstanz, dass auf die Feststellungsklage nicht einzutreten ist, richtig. Dies hat zur Folge, dass, wie die Vorinstanz zu Recht ausgeführt hat, auch das Feststellungsbegehren des Berufungsbeklagten hinfällig ist. Das Gesagte gilt auch für die in der Berufungserklärung (act. B 1) enthaltenen „Eventuell- sowie Subeventuellbegehren“, welche als Feststellungsklagen formuliert sind.

### **E. 1.3.2**

Klageänderung Der Berufungsbeklagte lässt vorbringen, die Berufungsklägerin verlange mit der Feststellung, er hafte mit einer vollen Haftungsquote und es liege ein Werkmangel vor, auch etwas anderes als noch vor der Vorinstanz. Dies sei unzulässig. Ausserdem sei es die Berufungsklägerin gewesen, die in Rz. 221 der Berufungsschrift zum vorinstanzlichen Vorwurf der Klageänderung Stellung genommen habe. Die Berufungsklägerin lässt ausführen, entgegen dem vorinstanzlichen Urteil Erw. Ziff. 1.5 habe sie vorinstanzlich keine Klageänderung vorgenommen, mit der die hauptsächliche Leistungsklage in eine hauptsächliche Feststellungsklage umgewandelt worden sei. Die Behauptung einer Klageänderung durch die A\_\_\_ AG sei neu und verspätet. Es fehle an hinreichender Substantiierung. Vorab ist klarzustellen, dass die prozessuale Zulässigkeit der Klageänderung eine Prozessvoraussetzung ist; ob sie vorliegt, ist vom Gericht von Amtes wegen zu beantworten (Naegeli/Mayhall, in: Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], Kurzkommen- tar ZPO, 2. Aufl., N. 22 zu Art. 227). Das Novenrecht ist hier folglich unbeachtlich. Die Berufungsklägerin hat das von ihr vor Kantonsgericht in der Teil-Replik vom 14. Mai 2008 (act. 27) gestellte Feststellungsbegehren betreffend einer „Haftungsquote von 100 %“ vor Obergericht neu formuliert bzw. abgeändert in „volle Haftungsquote“. Zudem hat sie unter dem Titel „Subeventuell“ ein weiteres Seite 8 Feststellungsbegehren dahingehend gestellt, dass festzustellen sei, dass ein Werkmangel vorliege. Für eine Klageänderung im Berufungsverfahren ist Art. 317 Abs. 2 ZPO zu beachten. Danach ist eine Klageänderung nur noch zulässig, wenn: a. die Voraussetzungen nach Art. 227 Abs. 1 gegeben sind; und b. sie zudem auf neuen Tatsachen und Beweismitteln beruht (vgl. auch: Reetz/Hilber, in: Sutter- Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweiz. Zivilprozess- ordnung (ZPO), 2. Aufl., N. 87 zu Art. 317). Die Berufungsklägerin hat nicht einmal behauptet, dass die vor Obergericht unter „Subeventuell“ vorgenommene Änderung der vor Kantonsgericht gestellten Rechtsbegehren, konkret das Feststellen eines Werkmangels, auf neuen Tatsachen und Beweismitteln beruhen soll. Somit handelt es sich dabei um eine unzulässige Klageänderung.

### **E. 1.3.3**

Fazit Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die von der Berufungsklägerin vor Obergericht vorgebrachten Rechtsbegehren unzulässig sind, soweit es sich um Feststellungsbegehren handelt, da diese subsidiär zu dem vor Vorinstanz gestellten

Leistungsbegehren gemäss Klageschrift sind und ferner teilweise eine unzulässige Klageänderung darstellen. Somit ist einzig auf die von der A\_\_\_ AG in der Klageschrift vom 22. Oktober 2007 (act. 2) gestellten Begehren einzutreten.

#### **E. 1.4**

Streitwerte

##### **E. 1.4.1**

Zulässigkeit der Berufung nach Art. 308 Abs. 2 ZPO und Streitwert Berufung In vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist die Berufung nur zulässig, wenn der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens 10'000 Franken beträgt (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Die Berechnung ist vollkommen unabhängig davon, wie die Vorinstanz entschieden hat, ob sie also z. B. den streitigen Betrag in bestimmtem Umfang zugesprochen hat. Diese Regelung erfolgte bewusst entsprechend derjenigen im BGG (Hoffmann-Nowotny, in: Kunz/Hoffmann- Nowotny/Stauber [Hrsg.], ZPO-Rechtsmittel Berufung und Beschwerde, N. 53 zu Art. 308). Der Streitwert wird durch das Rechtsbegehren bestimmt. Zinsen und Kosten des laufenden Verfahrens werden nicht hinzugerechnet (Art. 91 Abs. 1 ZPO). Die Berufungsklägerin verlangt vom Berufungsbeklagten vor beiden Instanzen je die Bezahlung von CHF 526'199.15 (dieser Betrag entspricht der Auflistung der Schadenspositionen vom 27. Februar 2006 durch die Berufungsklägerin in act. B 29/3/23), der Berufungsbeklagte beantragt vollumfäng- Seite 9 liche Klageabweisung. Demzufolge beläuft sich der Streitwert auf CHF 526'199.15, so dass die Streitwertgrenze von Art. 308 Abs. 2 ZPO ohne weiteres erreicht wird und die Berufung zulässig ist. Dieser Streitwert gilt auch für das Berufungsverfahren (vgl. Suter/von Holzen, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweiz. Zivilprozessordnung (ZPO), 2. Aufl., N. 12 zu Art. 96).

##### **E. 1.4.2**

Streitwert für Weiterzug an das Bundesgericht Gemäss Art. 51 Abs. 1 lit. a BGG (SR 173.110) bestimmt sich der Streitwert bei Beschwerden gegen Endentscheide nach den Begehren, die vor der Vorinstanz streitig geblieben sind. Wie vorerwähnt, verlangt die Berufungsklägerin vor Obergericht die Bezahlung von CHF 526'199.15, währenddem der Berufungsbeklagte die Abweisung der Klage beantragt. Damit wird die Streitwertgrenze für die Beschwerde in Zivilsachen von CHF 30'000.00 nach Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG auf jeden Fall erreicht.

#### **E. 1.5**

Spontanreplik Die Berufungsklägerin lässt darauf hinweisen, beim ersten Durchlesen der Berufungsantwort habe festgestellt werden müssen, dass eine sog. Spontanreplik notwendig sei und vom Replikrecht nach BGE 133 I 100 Gebrauch gemacht werden müsse. Es sei ihr für die Einreichung einer Spontanreplik Frist anzusetzen. Weil kein zweiter Schriftenwechsel durch das Gericht angeordnet worden sei, müsse sich die Berufungsklägerin in der Spontanreplik auf die vom Berufungsbeklagten vorgetragene Noven beschränken. Der Berufungsbeklagte lässt beantragen, die Spontanreplik der Berufungsklägerin sei mangels Noven aus dem Recht zu weisen. Eine zusätzliche Eingabe dürfe nur dann zugelassen werden, wenn sie Ausführungen enthalte, die den Verfahrensgang zu beeinflussen vermöchten. Dies könne vorliegend ausgeschlossen werden, da in der Berufungsantwort keine neuen Tatsachen, neue Behauptungen oder neue Beweismittel angeführt würden. Die Berufungsklägerin wolle vertuschen, dass sie in der

Klageschrift nicht der gehörigen Substantiierungs- und Behauptungspflicht nachgekommen sei. Das rechtliche Gehör diene keineswegs dazu, eine verpasste prozessrechtliche Obliegenheit zu heilen. Zudem sei die unaufgeforderte Stellungnahme nur dann entscheiderelevant, wenn die darin enthaltenen neuen Tatsachen und Beweismittel den Regeln des Novenrechts standhalten würden. Um die Waffengleichheit zu wahren, sei selbstverständlich auch dem Berufungsbeklagten rechtliches Gehör zu gewähren und die Möglichkeit zu geben, auf die Spontanreplik Stellung zu nehmen. Seite 10 Es ist zu prüfen, ob die als „Spontanreplik“ bezeichnete, von RA AA\_\_\_ am 5. Juni 2014 (act. B 21) eingereichte Eingabe, worin sich dieser zur Berufungsantwort äussert, beachtlich ist. Mit Verfügung vom 2. Mai 2014 (act. B 15) wurde RA AA\_\_\_ die Berufungsantwort zugestellt und den Parteien angezeigt, dass der Schriftenwechsel abgeschlossen sei. Weiter wurden die Parteivertreter ersucht, ihre Kostennoten innert Frist einzureichen. Gemäss Praxis des Obergerichts wurde RA AA\_\_\_ also keine Frist für eine allfällige Stellungnahme zur Berufungsantwort angesetzt, was bei einem Rechtsanwalt zulässig ist (siehe Urteil des Bundesgerichts 1C\_142/2012 vom 18. Dezember 2012, E. 2.5; Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 15. November 2012 i.S. Joos c. Schweiz). Zum Verständnis: Der Term „Replikrecht“ wird nicht als Anspruch der klagenden Partei auf Einreichung einer zweiten Rechtsschrift in einem Verfahren mit doppeltem Schriftenwechsel verstanden, sondern generell als Recht zur Stellungnahme auf Eingaben von anderen Verfahrensbeteiligten (vgl. Hunsperger/Wicki, Fallstricke des Replikrechts im Zivilprozess und Lösungsvorschläge de lege ferenda, AJP 2013 S. 975 Fn 1). Dabei genügt es, wenn innert angemessener Frist entweder die Stellungnahme eingereicht oder um Fristansetzung nachgesucht wird (Urteil des Bundesgerichts 1B\_783/2012 vom 16. Oktober 2013 E. 5.3.1; BGE 138 I 484 E. 2.3). Das Kassationsgericht Zürich hat in einem Entscheid vom 27. Januar 2011 eine Frist von 10 Tagen angenommen (ZR 110 Nr. 20 Erw. 4 d bb). Das Obergericht geht praxismässig ebenfalls von einer „Reaktionszeit“ von 10 Tagen aus. RA AA\_\_\_ hat innert 10 Tagen nach Erhalt der Verfügung vom 2. Mai 2014 am 12. Mai 2014 mit einem Gesuch um Fristerstreckung für eine „Spontanreplik“ reagiert (act. B 18). Die angekündigte Eingabe ist daraufhin innert der von der Verfahrensleitung gesetzten Frist (act. B 19) eingereicht worden. Damit sind sowohl das Fristerstreckungsgesuch als auch die Stellungnahme von RA AA\_\_\_ rechtzeitig erfolgt. Die vom Rechtsvertreter des Berufungsbeklagten am 12. Juni 2014 eingereichte Stellungnahme zur Spontanreplik (act. B 24) – letztere wurde ihm am 6. Juni 2014 zugestellt (act. B 23) – ist ebenfalls innert 10 Tagen eingereicht worden und damit beachtlich. Anzuführen bleibt, dass das Gericht aufgrund des Replikrechts vorgetragene neue Tatsachen und Beweismittel nur zu berücksichtigen hat, wenn sie nach den Regeln des Novenrechts (Art. 229 ZPO) vorgebracht werden dürfen (Schmid, in: SJZ 111 (2015) Nr. 2 S. 37 ff.). Dasselbe muss im Berufungsverfahren, dort jedoch unter den Gesichtspunkten von Art. 317 Abs. 1 ZPO, gelten. Seite 11

## **E. 1.6**

Noven

### **E. 1.6.1**

Vorgehen Beide Parteien werfen jeweils der Gegenseite bezüglich zahlreicher Vorbringen eine Verletzung des in Art. 317 Abs. 1 ZPO für das Berufungsverfahren geregelten Novenrechtes vor. An dieser Stelle wird die Zulässigkeit der drei folgenden Positionen unter dem Aspekt des Novenrechts beurteilt: - Verjährungsverzichtseinrede betreffend

Rechnung des Berufungsbeklagten vom 23. Juli 1999; - Verrechnungserklärung im Umfang von CHF 15'098.95 (zuzüglich Zins) gemäss Rechnung Nr. 99/275 vom 23. Juli 1999 des Berufungsbeklagten; - Verjährung des Hauptanspruchs. Was die restlichen behaupteten Novenrechtsverletzungen betrifft, werden diese in der nachfolgenden materiellen Beurteilung (Erwägung Ziff. 2) jeweils an derjenigen Stelle behandelt, wo sie für die betreffende Fragestellung von Relevanz sind.

#### **E. 1.6.2**

Rechtliches Gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO werden neue Tatsachen und Beweismittel nur noch berücksichtigt, wenn sie: a. ohne Verzug vorgebracht werden; und b. trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten. Nur echte Noven (Tatsachen, die erst nach dem erstinstanzlichen Entscheid entstanden sind) können ohne weiteres vorgebracht werden. Unechte Noven hingegen (Tatsachen, die bereits zur Zeit des erstinstanzlichen Entscheids vorhanden waren) sind grundsätzlich ausgeschlossen (Brunner, in: Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], Kurzkommentar ZPO, 2. Aufl., N. 3 zu Art. 317). Die Voraussetzungen der Berücksichtigung jedes neuen Vorbringens und jedes neuen Beweismittels hat diejenige Partei zu beweisen, welche sich auf das betreffende Novum beruft. Eine Partei, welche im Berufungsverfahren eine neue Urkunde vorlegt, hat grundsätzlich darzulegen, dass die Voraussetzungen dazu erfüllt sind (Spühler, in: Basler Kommentar, Schweiz. Zivilprozessordnung, 2. Aufl., N. 10 zu Art. 317).

#### **E. 1.6.3**

Verjährungsverzichtseinrede betreffend Rechnung des Berufungsbeklagten vom 23. Juli 1999 Der Berufungsbeklagte lässt erklären, bereits in der Klageantwort habe er Verrechnung geltend gemacht. Durch Erhebung der Verrechnungseinrede im Prozess werde die Verjährung nach Lehre und Rechtsprechung unterbrochen. Mit Schreiben vom 28. November 2013 (im Hinblick auf ein mögliches Ende des Prozesses) habe der Berufungsbeklagte von der Berufungsklägerin eine Seite 12 Verjährungsverzichtseinrede verlangt. Die Berufungsklägerin habe mit Schreiben vom 12. November 2013 eine solche abgegeben (act. B 13). Die vom Rechtsvertreter des Berufungsbeklagten erwähnten beiden Schreiben (act. B 14/46 und 14/47), sind beide im November 2013, und damit nach dem erstinstanzlichen Urteil entstanden. Das Datum für sich allein genügt jedoch noch nicht als Beweis dafür, dass ein echtes Novum vorliegt, denn es wäre unzulässig, im Berufungsverfahren ein (echt) neues Beweismittel anzurufen beziehungsweise einzureichen, um damit eine (unechte) Tatsache zu beweisen, die bei Anwendung zumutbarer Sorgfalt (Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO) schon vor der ersten Instanz hätte vorgebracht werden können (Urteil des Obergerichtes Bern, 1. ZirK, vom 13. März 2014, in: Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht (ZZZ) 2013 S. 323). Wie der Berufungsbeklagte plausibel geltend macht, erfolgte die Einforderung einer Verjährungsverzichtseinrede von der Gegenseite im Hinblick auf das Ende des Verfahrens. Dabei handelt es sich klar um eine neue Tatsache und demzufolge bei den fraglichen beiden Schreiben um neue Beweismittel. Somit stellen act. B 14/46 und 14/47 echte und damit zulässige Noven dar.

#### **E. 1.6.4**

Verrechnungserklärung im Umfang von CHF 15'098.95 (zuzüglich Zins) gemäss Rechnung Nr. 99/275 vom 23. Juli 1999 des Berufungsbeklagten Der Berufungsbeklagte lässt vorbringen, sollte die bestrittene klägerische Forderung ganz oder teilweise

gutgeheissen werden, mache er Verrechnung mit seiner Forderung gegenüber der Berufungsklägerin im Umfang von CHF 15'098.95 (zzgl. Zins) gemäss seiner Rechnung Nr. 99/275 vom 23. Juli 1999 geltend. Bereits in der Klageantwort habe er Verrechnung geltend gemacht. Durch Erhebung der Verrechnungseinrede im Prozess werde die Verjährung nach Lehre und Rechtsprechung unterbrochen. Die Verrechnungserklärung des Berufungsbeklagten ist bereits in der ersten Instanz in der Klageantwort enthalten (act. B 29/10, S. 63). Folglich handelt es sich nicht um ein Novum und die Einrede ist zulässig .

#### **E. 1.6.5**

Verjährung des Hauptanspruchs Die Berufungsklägerin lässt ausführen, in der Klageschrift Rz. 10 ff. habe sie lückenlos nachgewiesen, dass sie Verjährungsprophylaxe gegenüber dem Berufungsbeklagten betrieben habe. Die letzte Verjährungsverzichtserklärung stammte vom 12. Dezember 2006 und sei befristet bis 26. Februar 2009. Durch Betreibung, Schlichtung und Klageeinreichung vom 22. Oktober 2007 sei der Seite 13 Verjährungslauf im Sinne von Art. 138 Abs. 1 OR seither unterbrochen. Der Berufungsbeklagte erhebe Verjährungseinrede, dabei handle es sich um ein neues Verteidigungsmittel und damit um ein Novum. Schon mangels Substantiierung und wegen der Unzulässigkeit von verspäteten Noven im Berufungsverfahren könne auf die Verjährungseinrede nicht eingetreten und diese vom Gericht auch nicht gehört werden. Der Berufungsbeklagte lässt dazu anführen, die bestrittene klägerische Forderung sei verjährt und er mache die Verjährungseinrede geltend. Die Verjährungseinrede kann im Rechtsmittelverfahren nicht unbeschränkt, sondern nur nach Massgabe des Novenrechts vorgebracht werden (Urteil des Bundesgerichts 4A\_305/2012 vom 6. Februar 2013 E. 3.3; vgl. auch: Reetz/Hilber, a.a.O., N. 31 zu Art. 317 S. 2289 oben). Der Berufungsbeklagte hat erstmals vor Obergericht die Verjährung des Hauptanspruchs geltend gemacht, sich jedoch zur Zulässigkeit der Einrede unter den Gesichtspunkten von Art. 317 Abs. 1 ZPO nicht geäussert. Somit ist für das Gericht nicht ersichtlich, weshalb er diese Einrede nicht bereits vor erster Instanz hätte einbringen können. Die geltend gemachte Verjährungseinrede ist daher ein unzulässiges Novum. Abschliessend ist darauf hinzuweisen, dass gemäss Art. 142 OR der Richter die Verjährung nicht von Amtes wegen berücksichtigen darf.

#### **E. 2**

Materielles

##### **E. 2.1**

Werkvertrag / werkvertragliche Mängelhaftung Vor Obergericht unbestritten geblieben sind im Ergebnis die Erwägungen 2.1 und

##### **E. 2.2**

Ungenügende Sachverhaltsfeststellung Die Berufungsklägerin liess rügen, die Vorinstanz habe sich nicht mit dem individuell-konkreten Vertragsinhalt befasst. Sie habe geprüft, ob ein Werkmangel vorliege, der zu einer Haftung führe. Vorher sei zu prüfen, ob das Werk Seite 14 abgeliefert/abgenommen worden sei. Voraussetzung der werkvertraglichen Mängelhaftung sei die Werkabnahme. Unter den Parteien sei strittig, ob es zur Abnahme gekommen sei. Die Vorinstanz habe auch den in dieser Hinsicht strittigen Sachverhalt nicht abgeklärt. Der Berufungsbeklagte erachtet dagegen die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz als zureichend. Das Obergericht beurteilt den Einwand der Berufungsklägerin als zutreffend. Es ist nicht einsichtig, weshalb die Vorinstanz vorab das Vorliegen eines Mangels geprüft hat und nicht zuerst die Frage der Abnahme und Genehmigung des Werkes

durch die Bestellerin. Wäre sie zum Schluss gekommen, dass das Werk von der A\_\_\_ AG abgenommen und genehmigt wurde, hätte sich, mit Ausnahme der geheimen und absichtlich verschwiegenen Mängel, die Frage nach einem Werkmangel erübrigt. Das Obergericht wird die Beurteilung der Abnahme und Genehmigung des Werkes daher vor der Frage nach dem Vorliegen eines allfälligen Werkmangels prüfen (siehe Ziff. 2.5).

### **E. 2.3**

Noven / Beweisnot

#### **E. 2.3.1**

Noven

##### **E. 2.3.1.1**

Beweisnot betreffend entsorgter Kupplung Die Berufungsklägerin lässt geltend machen, die Parteien hätten erst seit der Mitteilung des Gerichtes vom 20. August 2009 von der Entsorgung der Kupplung erfahren. Die Bewertung des Sachverhalts zur Anhängerkupplung als Beweisnot sei kein Novum, sondern eine rechtliche Würdigung ohnehin schon bekannter Tatsachen. Der Berufungsbeklagte ist dagegen der Ansicht, die Berufung auf Beweisnotstand sei neu und damit als Novum unzulässig. Beide Rechtsvertreter wurden vom Kantonsgerichtspräsidenten am 20. August 2009 darüber informiert, dass die Original-Anhängerkupplung durch das Strassenverkehrsamt im November 2008 entsorgt worden sei (act. B 29/42 und B 29/43). Die Berufungsklägerin bringt erstmals vor Obergericht vor, weil die Anhängerkupplung vom Strassenverkehrsamt entsorgt wurde, sei ein strikter Beweis eines technischen Fehlers nicht möglich und daher liege Beweisnotstand vor. Somit ist danach zu fragen, ob es sich bei der Seite 15 Geltendmachung von Beweisnot infolge Entsorgung der Original-Kupplung um eine neue Tatsachenbehauptung oder ein neues Beweismittel im Sinne von Art. 317 Abs. 1 ZPO handelt. Unter die genannte Bestimmung fallen auch neue Tatsachenbehauptungen, neue Bestreitungen von Tatsachenbehauptungen, neue Einreden (rechtlicher Art) und neue Beweismittel (Reetz/Hilber, a.a.O., N. 31 zu Art. 317 S. 2288 oben). Neue rechtliche Ausführungen bzw. neue Rechtsfragen können dem Gericht demgegenüber auch im zweitinstanzlichen Verfahren (und im Übrigen auch vor Bundesgericht) erstmals unterbreitet werden, ohne dass Art. 317 Abs. 1 ZPO anwendbar ist bzw. ohne dass die Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO erfüllt sein müssen (Reetz/Hilber, a.a.O., N. 33 zu Art. 317; Spühler, a.a.O., N. 12 zu Art. 317). Mit Blick auf die Praxis des Bundesgerichts, welches die Zulässigkeit neuer rechtlicher Argumentation grundsätzlich an die Voraussetzung knüpft, dass sie sich auf einen im angefochtenen Urteil festgestellten Sachverhalt stützt (BGE 136 V 362 E. 4.1), ist bei der behaupteten Beweisnot eher von einer neuen rechtlichen – und damit zulässigen - Ausführung auszugehen. Wie jedoch in nachfolgender Erw. 2.3.2 zu zeigen sein wird, teilt das Obergericht in materieller Hinsicht die Meinung der Berufungsklägerin nicht, dass wegen der zwischenzeitlichen Entsorgung der Unfall-Kupplung von Beweisnot auszugehen ist. Daher kann offen bleiben, ob es sich bei diesem Argument um eine neue Tatsachenbehauptung, eine neue Einrede rechtlicher Art oder eine neue Rechtsfrage handelt.

##### **E. 2.3.1.2**

Eigenmächtige/bewusste Kupplungsentsorgung / Beweisanträge zu den Umständen der Entsorgung Die Berufungsklägerin lässt vorbringen, anlässlich eines Behördenumzuges sei die Anhängerkupplung eigenmächtig entsorgt worden. Die Behauptung des

Berufungsbeklagten, die Kupplung sei bewusst entsorgt worden, sei neu, verspätet und damit unzulässig. Ob es sich um eine Entsorgung gehandelt habe, wann diese tatsächlich erfolgt sei und ob das Amt bewusst oder irrtümlich einen durch die Staatsanwaltschaft zur Expertisierung sichergestellten Gegenstand aus den Händen habe geben dürfen, sei nicht zur Genüge abgeklärt und bewiesen. Der Berufungsbeklagte lässt erklären, sein Vorbringen, die Kupplung sei bewusst entsorgt worden, sei nur deshalb nötig gewesen, weil die Seite 16 Berufungsklägerin ihrerseits wahrheitswidrig erstmals behauptet habe, die Behörde habe die Kupplung rechtswidrig entsorgt. Dies treffe nicht zu. Die Berufungsklägerin hat erstmals vor Obergericht vorgebracht, die Kupplung sei anlässlich eines Behördenumzuges eigenmächtig entsorgt worden. Aus dem E-Mail von Untersuchungsrichterin lic. iur. RA N\_\_\_ vom

### **E. 2.3.1.3**

Kupplung hat bei Klageeinreichung noch existiert Die Berufungsklägerin lässt vorbringen, die Behauptung des Berufungsbeklagten, die Kupplung habe noch mehr als ein Jahr nach Klageeinreichung existiert, sei neu, verspätet und damit unzulässig. Bloss weil es eine Mitteilung gegeben habe, dass eine grössere Entsorgung von Gegenständen beim Amtsumzug stattgefunden habe, sei nicht hinreichend bewiesen, dass sich anlässlich dieses Umzugs die Kupplung noch beim Amt befunden habe und nicht schon früher entsorgt worden sei. Das Vorbringen des Berufungsbeklagten, dass die Kupplung noch mehr als ein Jahr nach Klageeinreichung vorhanden gewesen sei, ist eine neue Behauptung, welche bereits vor erster Instanz hätte vorgebracht werden können. Sie ist folglich unzulässig .

### **E. 2.3.2**

Beweisnot Die Berufungsklägerin lässt ausführen, die Originalkupplung sei im Strafverfahren beschlagnahmt worden. Nach den strafrechtlichen Begutachtungen sei die Kupplung beim Strassenverkehrsamt St. Gallen deponiert geblieben. Anlässlich Seite 17 eines Behördenumzugs sei die Kupplung entsorgt worden. Es scheine keine Rückfrage des Strassenverkehrsamtes bei der Staatsanwaltschaft über die weitere Verwendung dieses Beweisstückes gegeben zu haben. Eben so wenig sei die ursprüngliche Beschlagnahme/Sicherstellung je durch amtliche Anordnung aufgehoben worden. Die Berufungsklägerin sei nie über das Strafverfahren dahin orientiert worden, dass die Sicherstellung der Anhängerkupplung aufgehoben worden sei. Der Gutachter im Zivilverfahren habe sich anhand blosser Vergleichskupplungen sowie Fotos der Originalkupplung informieren müssen. Somit sei ein strikter Beweis des technischen Zustands/Ursache am Kupplungssystem nicht möglich. Diese Beweisschwierigkeit sei nicht von der Berufungsklägerin zu vertreten, weil sie nicht die Beweislast für die Ursache der Ablösung des Anhängers zu tragen habe. Nach der Praxis der ZPO-AR (Art. 152 Abs. 1 Satz 2) habe kein vollständiges Beweismittelverzeichnis abgegeben werden müssen und hätten die Rechtsmittel auch noch dann angeführt und benannt werden können, wenn das Gericht über eine bestimmte Tatsache Beweis habe abnehmen wollen. Die Berufungsklägerin habe mehrfach nicht nur die vorbestehenden Gutachter des Strassenverkehrsamtes St. Gallen angerufen, sondern auch Experte K\_\_\_ als sachverständigen Zeugen, von dem hätte angenommen werden müssen, dass er, respektive sein Amt die Kupplung besitze. Sodann habe es im Zusammenhang mit der Anhängerkupplung mehrere Beweisanträge auf Augenschein gegeben und darum sei für den Augenschein der implizite Beizug der Kupplung Voraussetzung gewesen. Der klägerische Antrag auf Erläuterung und Ergänzung des Gutachtens sei unter Beizug der

vorhandenen Beweismaterialien, insbesondere auch der Originalkupplung, zu sehen. Das Gericht habe es mit Fassung des Beweisbeschlusses vom 9. Juli 2009 als selbstverständlich befunden, die amtlich sichergestellte Originalkupplung beizuziehen. Das Gericht verlange von der Berufungsklägerin das Regelmass des strikten Beweises. Es übersehe dabei die heutige Beweisnot zur Abklärung eines technischen Fehlers, sofern man von damaligen Gutachten K\_\_\_ abweichen müsste. Der Berufungsbeklagte lässt entgegnen, die Berufungsklägerin scheine generell ihre Beweisspflicht zu verkennen, namentlich den Nachweis eines von ihr behaupteten angeblichen Werkmangels, auf den sie ihre Forderung abstütze. Bereits in der Klageschrift habe es die Berufungsklägerin unterlassen, das eigentliche „corpus delicti“, die Anhängerkupplung, als Beweismittel einzureichen resp. deren Edition zu beantragen. Die Berufungsklägerin habe die Anhängerkupplung in ihrer Klageschrift nicht einmal als Beweismittel genannt. Sie mache zwar heute Beweisnotstand geltend, lege aber kein einziges Beweismittel ins Recht, aus dem irgendwelche Bemühungen um Sicherstellung der Anhängerkupplung ersichtlich wären. Die Seite 18 Praxis zur alten ZPO-AR habe nichts mit dem Umstand zu tun, dass die Berufungsklägerin es verpasst habe, rechtzeitig das „corpus delicti“ sicherstellen zu lassen. An der Sache vorbei führe die Argumentation der Berufungsklägerin, eine Edition der Anhängerkupplung habe sie implizit beantragt. Die Berufungsklägerin habe es sich selbst zuzuschreiben, dass die Kupplung nicht mehr existiere. Völlig zu Recht verlangt die Vorinstanz von der Berufungsklägerin den strikten Beweis für das Vorliegen eines durch den Berufungsbeklagten zu verantwortenden Werkmangels. Die Berufung auf Beweisnot erfolge wider Treu und Glauben. Bekanntlich stand die Anhängerkupplung dem im Rahmen des Beweisbeschlusses des Kantonsgerichts vom 9. Juli 2009 (act. 41) beauftragten Experten Dr. Sc. Tech. M\_\_\_ von der EMPA Dübendorf für seine Gutachtertätigkeit nicht zur Verfügung. Dies, weil die Anhängerkupplung laut Angaben der Untersuchungsbehörden in jenem Zeitpunkt nicht mehr existierte. Zu fragen ist also danach, ob sich die Berufungsklägerin bezüglich der fehlenden Anhängerkupplung auf Beweisnot berufen kann. Die Beweiserleichterung setzt eine „Beweisnot“ voraus. Die Voraussetzung ist erfüllt, wenn ein strikter Beweis nach der Natur der Sache nicht möglich oder nicht zumutbar ist, insbesondere wenn die von der beweisbelasteten Partei behaupteten Tatsachen nur mittelbar durch Indizien bewiesen werden können. Eine Beweisnot liegt aber nicht schon darin begründet, dass eine Tatsache, die ihrer Natur nach ohne weiteres dem unmittelbaren Beweis zugänglich wäre, nicht bewiesen werden kann, weil der beweisbelasteten Partei die Beweismittel fehlen. Blosser Beweisschwierigkeiten im konkreten Einzelfall können nicht zu einer Beweiserleichterung führen (BGE 130 III 321 E. 3.2; so auch: Urteil des Bundesgerichts 5A\_271/2014 vom 26. Mai 2014 E. 3.4). In einem vergleichbaren Fall, in welchem es um die Fehlerhaftigkeit einer Hüftprothese ging, führte das Bundesgericht (BGE 137 III 226 = Pra 100 (2011) Nr. 116 E. 3.2) aus: „Aller Wahrscheinlichkeit nach wäre die Geschädigte in diesem Fall in der Lage gewesen, den strikten Beweis zu erbringen. Dies war indessen nicht möglich, da die Beschwerdeführerin bzw. der den Eingriff vornehmende Arzt die bei der Operation vom 9. April 2002 entfernte Prothese nicht aufbewahrten; die strittige Prothese wurde im Beweisverfahren der Beschwerdeführerin somit nicht vorgelegt. Die Beschwerdegegnerin hatte praktisch keine Möglichkeit, den Gegenbeweis zu führen. Aus der Tatsache, dass sie den Gegenbeweis nicht erbracht hat, lässt sich somit nichts zu ihren Ungunsten ableiten, dies umso weniger, als sie nicht mit dem Seite 19 Beweis belastet ist und das Nichtvorhandensein eines Fehlers nicht zu beweisen hat.“ Aus den vorinstanzlichen Akten ist ersichtlich, dass die

Berufungsklägerin nie ein Begehren auf Edition der Original-Unfallkupplung beim Strassenverkehrsamt durch das Gericht gestellt hat. Insbesondere findet sich auch kein Aktenstück, wonach sich die Berufungsklägerin wegen der langjährigen Prozessdauer beim Strassenverkehrsamt nach dem Verbleib der Kupplung oder nach den für solche Gegenstände geltenden Aufbewahrungsfristen erkundigt hätte. Diesbezüglich hat die Berufungsklägerin mit keinem Wort dargetan, weshalb sie zu diesen Vorkehren nicht imstande gewesen sein soll (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A\_209/2014 vom 2. September 2014 E. 3.2.2). Immerhin dauerte es nach dem Unfall mehr als

#### **E. 2.4**

**Beweiswürdigung / Zeugenbeweis** Die Berufungsklägerin lässt vorbringen, die Gutachten K\_\_\_ würden vom Gericht faktisch übergangen, ohne dass dieser seine Gutachten vor dem Gericht hätte erläutern und ihn die Parteien und das Gericht hätten befragen können. Der EMPA sei kein einziges Originalteil oder Originalfahrzeug zur Verfügung gestanden. Sowohl Experte K\_\_\_ als auch M\_\_\_ hätten keinerlei äussere Einflüsse feststellen können, ausser dem Umstand, dass die Strasse im Unfallbereich eine Bodenwelle aufgewiesen habe, die zum Lösen des Anhängers hätte beitragen können. Die Seite 20 EMPA verneine das Vorliegen äusserer Ursachen für das Versagen der Kupplung (Fehlmanipulation beim Anhängen, ausgefahrenes Stützrad). Es erscheine als qualifiziert falsch, dass die Vorinstanz, insbesondere ohne Anhörung des Experten K\_\_\_, die Schlussfolgerungen der EMPA-Berichte bevorzuge. Insbesondere sei der Experte des Strassenverkehrsamtes als Zeuge zu befragen. Zu befragen seien zudem weitere Zeugen, die sich damals mit dem Anhängen des Gefährts an den Zugwagen befasst hätten. Beide Parteien seien in ihren Rechtsschriften davon ausgegangen, dass die Unfallkupplung im Unfallzeitpunkt verschlossen gewesen sei. Der Berufungsbeklagte stelle nur in Abrede, dass die Kupplung bei Erstauslieferung nicht neu und damals schon verschlossen gewesen sei. Das Gericht habe damit über eine Tatsache Beweis geführt, die unter den Parteien in den verbindlichen Rechtsschriften gar nicht strittig gewesen sei. Das Gericht habe die Dispositionsmaxime missachtet und Beweis über feststehende Tatsachen geführt. Der Berufungsbeklagte lässt einwenden, die EMPA habe verschiedentlich festgestellt, dass Gutachter K\_\_\_ falsche Annahmen oder Schlussfolgerungen getroffen habe. Gemäss dem Gutachter der EMPA sei die Kupplung durch die Witterungseinflüsse oxidiert und wohl aufgrund eines anderen Ereignisses deformiert. Für das Loslösen würden diverse andere Ursachen in Frage kommen. Es sei deshalb klar, dass das Gericht ein Gutachten habe erstellen lassen, wie von den Parteien verlangt. Selbst wenn ein Mangel vorläge, würde die Berufungsklägerin dennoch die Verantwortung für den Unfall tragen: nicht korrekt angehängter, nicht betriebssicherer Anhänger und Stützrad nicht eingefahren. Es sei offensichtlich tatsachenwidrig, wenn die Berufungsklägerin behaupte, der erstinstanzliche Gutachter verneine das Vorliegen äusserer Umstände für das Versagen der Kupplung. Vorab ist kurz auf die Rüge der Berufungsklägerin einzugehen, das Gericht habe über eine nicht bestrittene Tatsache, Beweis abgenommen. Dass die Kupplung im Unfallzeitpunkt Gebrauchsspuren aufwies, mag grundsätzlich vom Berufungsbeklagten nicht bestritten worden sein. Damit ist jedoch nach wie vor ungeklärt, welches die Folgen daraus waren. Zudem bedurften auch noch andere mögliche Unfallursachen der Abklärung durch das Gericht (Stützrad, korrektes Anhängen etc.). Vorab hält das Obergericht fest, dass seiner Meinung nach die von der Vorinstanz auf S. 15 bis 20 vorgenommene Beweiswürdigung nachvollziehbar und plausibel ist. Ausserdem werden die darin gezogenen Schlüsse im Ergebnis vom Obergericht Seite 21 geteilt (siehe nachfolgende Erw. 2.7.2). Hervorzuheben

sind nachfolgend einige als wichtig erscheinende Auszüge aus Gutachten. Zusatzgutachten des Strassenverkehrs- und Schifffahrtsamtes St. Gallen, Dipl. Ing. K\_\_\_, vom 19. Juli 2000 (act. B 29/3/21): - Sämtliche Teile zeigen Materialalterungen und deutliche Verschleisspuren, die auf einen längeren Einsatz zurückzuführen sind (S. 8). - Bei der vorliegenden Zugkugelpkupplung wurde bereits in beide Richtungen (nach oben wie nach unten) also mindestens zwei Mal eine Zugkugel herausgehoben (S. 9). Bericht der EMPA Dübendorf Nr. 455'641, Dr. Sc. Tech. M\_\_\_, vom 18. August 2010 (act. B 29/62): - Es gibt starke Indizien dafür, dass im Beilagedossier (S55 = Beilagedossier des Strassenverkehrsamtes St. Gallen) teilweise die original Bearbeitungsspuren der festen Kugelpfanne als Verschleisspuren interpretiert worden sind (S. 10). - Es ist nicht nachvollziehbar, wie die in Bild 5/a als „Deformation/Abrieb“ bezeichneten Spuren beim Herausziehen/-hebeln der Kugel entstanden sein konnten (S. 11). - Auf der Zughakenkugel in Bild 7 können starke Kratzspuren erkannt werden, was wiederum für eine eher hohe vertikale Stosskraft beim Unfall spricht (S. 12). - Die Voraussetzungen für ergänzende Untersuchungen sind wegen des Fehlens der Unfallkupplung wesentlich erschwert (S. 15). Bericht der EMPA Dübendorf Nr. 459'121, Dr. Sc. Tech. M\_\_\_, vom 10. November 2011 (act. 98): - Es sind in Bild Nr. 5 (act. 67) keine Indizien für übermässige Abnutzung (Verschleiss) erkennbar, die die Kupplungsfunktion vor dem Unfall hätten beeinträchtigen können (S. 5). - Bereits anhand der explizit angesprochenen dunkleren Fotos (14, 16, 17, 41, 42) erscheint es äusserst unwahrscheinlich, dass die Kupplung stark korrodiert war. Schliesst man in diese Beurteilung auch die zahlreichen helleren Fotos von act. 67 ein (z. B. 15, 19, 22, 27, 33, 46, 52, 66), kann eine starke Korrosion praktisch vollständig ausgeschlossen werden (S. 7). - Der effektive Oberflächenzustand der Unfallkupplung kann anhand der Fotos in act. 67 nicht eindeutig beurteilt werden (S. 7). - Nach Einschätzung des Schreibenden ist es überwiegend wahrscheinlich, dass in der Kugelpfanne der Unfallkupplung noch solche Bearbeitungsspuren vorhanden waren, die gegen einen übermässigen und unfallkausalen Verschleiss sprechen (S. 8). - Eine starke, funktionsbeeinträchtigende Korrosion der Unfallkupplung ist praktisch auszuschliessen (S. 9). Aus diesen Gutachtens-Auszügen wird klar, dass die Expertisen K\_\_\_ durch die EMPA-Berichte nicht bekräftigt, sondern im Gegenteil stark relativiert werden. Sodann legen die Gutachten K\_\_\_ für das Obergericht den Schluss nahe, dass Seite 22 dieser von einer falschen Voraussetzung ausging, insofern er annahm, die Kupplung sei bei der Unfallfahrt zum ersten Mal im Einsatz gewesen (act. 3/21, S. 4). Dies entgegen der Tatsache, dass der Anhänger mit Kupplung damals seit einiger Zeit im täglichen Gebrauch im Winterbetrieb war. Aufgrund der sorgfältigen und umfassenden Abklärungsergebnisse der EMPA, welche ohne Originalkupplung zustande kamen, spricht vieles dafür, dass die Kupplung mit grosser Wahrscheinlichkeit vor der Unfallfahrt für den Gebrauch funktionstüchtig und in Ordnung war. Aufgrund dessen sind die Unfallursachen anderswo zu suchen und die Behauptung der Berufungsklägerin, die EMPA verneine das Vorliegen äusserer Ursachen für das Versagen der Kupplung (Fehlmanipulation beim Anhängen, ausgefahrenes Stützrad), findet keinerlei Stütze in den Akten. Tatsächlich schliesst, wie bereits die Vorinstanz zutreffend festgehalten hat (Urteil S. 16), die EMPA die genannten Faktoren als Unfallursachen zumindest nicht aus (vgl. act. B 29/146, S. 1). Angesichts der gut begründeten, plausiblen und somit nach Ansicht des Obergerichts beweisrelevanten EMPA-Gutachten, welche die Gutachten des Strassenverkehrs- und Schifffahrtsamtes in wesentlichen Punkten relativieren oder gar widerlegen, kann auf eine Einvernahme des Experten K\_\_\_ verzichtet werden. Der Vorinstanz ist folglich auch in dieser Hinsicht nichts

vorzuwerfen. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Vorwurf einer fehlerhaften Beweiswürdigung der Berufungsklägerin gegenüber der Vorinstanz zurückzuweisen ist.

## **E. 2.5**

Werkvertrag / besonderer Werkvertrag und ausstehende Werkabnahme am Unfalltag / MFK-Zulassung ist keine Werkabnahme / Genehmigung des Werks Die Berufungsklägerin lässt geltend machen, vom Gericht nicht erwähnt worden sei, dass es sich um einen Vertrag über die Entwicklung eines Prototypen gehandelt habe. Vereinbarung gewesen seien eine Probe- und Testphase bis Mitte März 1999 sowie eine umfassende Haltbarkeits- und Funktionsgarantie für 2 Jahre, ohne Kilometerbeschränkung. Der Anhänger sei zum Unfallzeitpunkt im vertraglich vereinbarten Probetrieb gewesen. Eine werkvertragliche Schlussabnahme sei im Unfallzeitpunkt vereinbarungsgemäss noch nicht erfolgt. Bei einem Prototypen sei eine Probephase notwendig, die als Teil der Herstellungsphase zu betrachten sei. Aus der Vereinbarung des Prototyps sei der Schluss zu ziehen, dass erst nach abgeschlossener Entwicklung und Erprobung eine Ablieferung und Annahme im werkvertraglichen Sinn unter den Parteien vereinbart gewesen sei. Am Seite 23 16./17.12.1998 sei eine strassenverkehrsrechtliche Prüfung vorgenommen worden. Diese habe aber nicht zur Zulassung geführt, weil eine notwendige Herstellergarantie für die Anhängerkupplung (2er-Kupplung) gefehlt habe. Von einer werkvertraglichen Ablieferung habe keine Rede sein können und der Herstellerverzug habe nur schon für die Zulassung angedauert. Durch bekl. act. 13, Rubrik „Prototyp“, und den Fahrzeugausweis werde bewiesen, dass der Anhänger am 24.12.1998 mit der 2er-Kupplung zugelassen worden sei. Diese Zulassung habe sich nicht auf eine Endablieferung bezogen, sondern sei Voraussetzung für den „Prototyp-Testbetrieb bis März 1999“ gewesen. Es sei unter den Parteien strittig und vom Gericht nicht geklärt worden, wann der Austausch mit einer 3er-Kupplung erfolgt sei. Relevant sei, dass der Berufungsbeklagte nie eine Meldung bei der Zulassungsstelle gemacht und nie die notwendige Korrektur der Zulassungspapiere vorgenommen habe. Die Berufungsklägerin habe im Testbetrieb vom Januar 1999 weitere Reklamationen zur fraglichen Sicherheit der Anhängerverbindung und zu weiteren Fragen deponieren müssen, die eine Abnahme wegen fehlender Werkvollendung weiterhin ausgeschlossen hätten. Durch die Berufungsklägerin sei klargemacht worden, dass insbesondere die Sicherheit der gewählten Kupplungsart auf Dauer als zu gering eingeschätzt werde und eine bessere Lösung zu entwickeln sei. Die Vorinstanz habe willkürlich und entgegen der Beweisofferten der Berufungsklägerin angenommen, der Prüfbericht vom 16.12.1998 zum Anhänger mit 2er-Kupplung beweise die dauerhafte Zulassung des Anhängers. Einen Beweis dazu, dass der Umbau den Hersteller melde- und vorführpflichtig mache, habe das Gericht nicht zugelassen. Der Berufungsbeklagte lässt entgegen, er habe den Anhänger am 24.12.1998 mit der neuen Kupplung persönlich an F\_\_\_ und L\_\_\_ abgeliefert. Zwei Vertreter der Berufungsklägerin hätten dies gewusst und die Berufungsklägerin habe den Anhänger danach während Monaten im Alltagsbetrieb eingesetzt. Schliesslich sei durch den monatelangen Alltagseinsatz von einer stillschweigenden Abnahme infolge Inbetriebnahme auszugehen. Es sei Sache der Berufungsklägerin selbst, den vom Berufungsbeklagten nach dem Einbau der neuen Kupplung abgelieferten Anhänger ihrer hausinternen Zulassungsstelle zuzuführen. Der Anhänger sei sehr wohl abgenommen worden. Die Berufungsklägerin widerspreche sich: Einerseits mache sie Werkmangel geltend und andererseits sage sie, der Anhänger sei noch gar nicht abgenommen gewesen. Wenn die Berufungsklägerin es unterlasse, den Anhänger neu zu prüfen und offiziell zum Strassenverkehr zuzulassen, so sei das ihr eigenes

Verschulden. Besonders, weil die Berufungsklägerin über eine eigene Zulassungsstelle verfüge. Die Ausführungen der Berufungsklägerin, der Anhänger Seite 24 sei am Unfalltag strassenverkehrsrechtlich nicht zugelassen gewesen, würden doch sehr erstaunen. Wird das abgelieferte Werk vom Besteller ausdrücklich oder stillschweigend genehmigt, so ist der Unternehmer von seiner Haftpflicht befreit, soweit es sich nicht um Mängel handelt, die bei der Abnahme und ordnungsmässigen Prüfung nicht erkennbar waren oder vom Unternehmer absichtlich verschwiegen wurden (Art. 370 Abs. 1 OR). Stillschweigende Genehmigung wird angenommen, wenn der Besteller die gesetzlich vorgenommene Prüfung und Anzeige unterlässt (Art. 370 Abs. 2 OR). Genehmigung ist eine Willenserklärung des Bestellers, das abgelieferte Werk als vertragsgemäss gelten zu lassen (Zindel/Pulver, in: Basler Kommentar, OR I, 5. Aufl., N. 2 zu Art. 370). Der Ablieferung durch den Unternehmer, welche die Fertigstellung („Vollendung“) des Werkes voraussetzt, entspricht die Abnahme durch den Besteller, die auch stillschweigend, durch zweckentsprechenden Gebrauch des Werkes, erfolgen kann. Ein besonderer Abnahmewille des Bestellers oder seines Vertreters ist nicht erforderlich (Zindel/Pulver, a.a.O., N. 3 zu Art. 370). Eine stillschweigende Genehmigung kann – vom Sonderfall von Art. 370 Abs. 2 OR abgesehen - als konkludentes Verhalten oder als Schweigen namentlich vorliegen, wenn der Besteller das Werk vorbehaltlos entgegennimmt oder darüber verfügt (es gebraucht, verändert oder ggf. verbraucht; Zindel/Pulver, a.a.O., N. 11 zu Art. 370). Der Unternehmer hat die Genehmigung des abgelieferten Werkes durch den Besteller nach Art. 370 Abs. 1 OR zu beweisen (Zindel/Pulver, a.a.O., N. 26 zu 370). Die Berufungsklägerin bestreitet, dass es bezüglich des bestellten Anhängers zu einer werkvertraglichen Ablieferung bzw. Abnahme gekommen ist. Diese Frage ist daher im Lichte der aufgeführten Rechtsprechung zu prüfen. Bejaht man die Ablieferung bzw. Abnahme des Werkes, ist danach zu fragen, ob das Werk von der Berufungsklägerin genehmigt wurde, soweit allfällige Mängel bei einer ordnungsmässigen Prüfung erkennbar waren. Dafür trägt der Berufungsbeklagte die Beweislast. Folgende Ereignisse erscheinen in diesem Zusammenhang als für die Beurteilung relevant: 16.12.1998 Kontrolle des Anhängers durch die Motorfahrzeugkontrolle der A\_\_\_ AG als Zulassungsbehörde im Werk H\_\_\_ (act. B 29/3/13). 17.12.1998 Schreiben der A\_\_\_ AG, O\_\_\_, an B\_\_\_ (act. B 29/3/9): „Wir beziehen uns auf die Fahrzeugabnahme vom 16. Dezember 1998 in Ihrem Betrieb .... Die Garantie der Deichsel bzw. der 50 mm Durchmesser Kugelkupplung (Albe) am Anhänger muss auf den Seite 25 erschwerten Betriebseinsatz durch Sie als Fahrzeughersteller überprüft werden. Mit diesem Vorbehalt kann der Anhänger am 24. Dezember 1998, in Ihrer Verantwortung zum Probelauf, dem Postautodienst in Nesslau freigegeben werden. Gerne erwarten wir baldmöglichst eine schriftliche Bestätigung der Garantie.“ 19.12.1998 Garantie-Erklärung der Herstellerfirma B\_\_\_ für den Anhänger (act. B 29/3/11). 24.12.1998 Prüfungsbericht der Motorfahrzeugkontrolle der A\_\_\_ AG betreffend die Kontrolle des Anhängers mit 2,0t-Kupplung vom 16.12.1998. 1. Inverkehrsetzung: 24.12.1998 (act. B 29/3/13). 24.12.1998 B\_\_\_ baute eine stärkere Kupplung, eine 3,5t-Kugel-Kupplung EM 300 A ein und lieferte den Anhänger am 24. Dezember 1998 an die Klägerin in Nesslau aus (act. B 29/11/13 und 11/19). 08.01.1999 Fahrzeugausweis für den Anhänger wird ausgestellt. 1. Inverkehrsetzung: 24.12.1998 (act. B 29/3/12). 03.03.1999 Schreiben der Motorfahrzeugkontrolle der A\_\_\_ AG an das Regionalzentrum St. Gallen-Appenzell (act. B 29/3/22, Beil.). Darin wird festgehalten: „Der Anhänger E\_\_\_/SA 680-N (P 30091) wurde am 16. Dezember 1998 durch uns bei der Firma E\_\_\_ Fahrzeugbau, in H\_\_\_, abgenommen und am 24.12.98 zum Verkehr zugelassen. Zum

Zeitpunkt der Abnahme herrschte Zweifel über die Eignung der Kupplungsteile des Anhängers für den Einsatz mit Gesellschaftswagen. Deshalb wurde von dem Fahrzeughersteller eine zusätzliche Garantie für die Kupplungsteile verlangt (s. Brief vom 17. Dez. 1998 in der Beilage). Bis zum Unfalldatum haben wir diese Garantie nicht erhalten.“ 25.10.2000 Befragungsprotokoll Kantonspolizei St. Gallen von L\_\_\_, Garagenchef bei der A\_\_\_ AG (act. B 29/11/19, S. 1): „Am 24.12.1998 erschien Hr. B\_\_\_ mit dem Sachtransportanhänger (SAN) bei der Postgarage in Nesslau. Anwesend waren auch Hr. F\_\_\_ und ich. Dabei erklärte mir Herr B\_\_\_, dass nun eine stärkere Anhängerkupplung montiert worden sei. Die Zugkraft betrage nun 3,5 Tonnen. Mehr sagte Hr. B\_\_\_ nicht zur Anhängerkupplung.“ Die vorstehend aufgeführten Dokumente und Ereignisse zeigen klar, dass die Berufungsklägerin selbst noch am 3. März 1999 ausführte, dass der Anhänger von B\_\_\_ am 16. Dezember 1998 von ihr abgenommen worden war. Fest steht ebenfalls, dass die Berufungsklägerin im Nachgang zum 16. Dezember 1998 in ihrem Schreiben vom 17. Dezember 1998 insofern einen Vorbehalt zur Kupplung machte, als sie vom Berufungsbeklagten eine Überprüfung der Kupplung bezüglich erschwertem Betriebseinsatz verlangte. B\_\_\_ baute in der Folge eine stärkere Kupplung ein und lieferte den Anhänger mit eingebauter stärkerer Kupplung am 24. Dezember 1998 bei der Beklagten in Nesslau ab. Bei der Ablieferung anwesend Seite 26 waren von der A\_\_\_ AG Garagenchef L\_\_\_ sowie F\_\_\_. L\_\_\_ bestätigte, dass B\_\_\_ ihm erklärt habe, er habe nun eine stärkere Anhängerkupplung montiert. Mit dem Einbau der stärkeren 3,5t-Kupplung und Ablieferung des Anhängers am 24. Dezember 1998 bei der Berufungsklägerin war nach Ansicht des Obergerichts das Werk vollendet, dies unabhängig von kleineren Mängeln. Die Anwesenden L\_\_\_ und F\_\_\_ waren Fachleute und wurden, wie erwähnt, von B\_\_\_ ausdrücklich auf die verstärkte Kupplung aufmerksam gemacht. Von ihnen beiden als Vertreter der Bestellerin konnte erwartet werden, dass sie ihre Vorgesetzten über den abgelieferten Anhänger und insbesondere über den Einbau der neuen Kupplung informieren würden. Aus dem Umstand, dass O\_\_\_ in der Folge offenbar nicht weiter auf der von ihm noch am 17. Dezember 1998 verlangten Garantieerklärung beharrte, ist davon auszugehen, dass der interne Informationsaustausch mit grösster Wahrscheinlichkeit auch stattfand. Andernfalls hätte die A\_\_\_ AG nicht am

## **E. 2.6**

Rechtzeitigkeit der Mängelrüge nach Art. 370 Abs. 3 OR Die Berufungsklägerin lässt darauf hinweisen, Mängelrüge sei sofort nach dem Unfall – soweit der Stand des Wissens ihr dies erlaubt habe – mündlich durch ihren Mitarbeiter Herrn O\_\_\_ gegenüber dem Berufungsbeklagten vorgebracht worden. Bereits diese mündliche Mängelrüge habe dem Berufungsbeklagten Anlass gegeben, schon am 8. März 1999 seinerseits gegenüber dem Lieferanten der Kupplung Mängelrüge zu erheben. Nach besserem Wissensstand habe die Berufungsklägerin schliesslich auch noch schriftlich Mängelrüge am 17. März 1999 beim Berufungsbeklagten erhoben. Ohnehin sei die Probe- und Entwicklungsphase des Prototyps noch nicht abgeschlossen gewesen, so dass für die Geltendmachung von Mängelfolgeschäden in casu keine Mängelrüge habe vorausgesetzt werden können. Der Berufungsbeklagte lässt anführen, es werde bestritten, dass die Mängelrüge der Berufungsklägerin rechtzeitig erfolgt sei. Auch dafür obliege ihr die Beweislast. Wird das abgelieferte Werk vom Besteller ausdrücklich oder stillschweigend genehmigt, so ist der Unternehmer von seiner Haftpflicht befreit, soweit es sich nicht um Mängel handelt, die bei der Abnahme und ordnungsmässigen Prüfung nicht Seite 28 erkennbar waren oder vom Unternehmer absichtlich verschwiegen wurden (Art. 370 Abs. 1 OR). Treten die Mängel

erst später zu Tage, so muss die Anzeige sofort nach der Entdeckung erfolgen, widrigenfalls das Werk auch rücksichtlich dieser Mängel als genehmigt gilt (Art. 370 Abs. 3 OR). Die Mängelrüge ist an keine besondere Form gebunden, muss aber „sachgerecht substantiiert sein, zumindest die Mängel genau angeben und zum Ausdruck bringen, dass der Besteller das Werk nicht als vertragsgemäss anerkennen und den Unternehmer haftbar machen will (Zindel/Pulver, a.a.O., N. 15 zu Art. 370). Abzustellen ist auf die konkreten Umstände des Einzelfalles, insb. auf die Art der Mängel, wobei eine Frist von sieben bis zehn Tagen als üblich bezeichnet werden kann (Zindel/Pulver, a.a.O., N. 16 zu Art. 370). Behauptet der Unternehmer, der Besteller habe keine rechtzeitige Mängelrüge erhoben (weshalb Genehmigung des Werkes i.S.v. Art. 370 Abs. 2 und 3 anzunehmen sei), so hat nach überwiegender Meinung der Besteller die Rechtzeitigkeit der Rüge zu beweisen (Zindel/Pulver, a.a.O., N. 27 zu Art. 370). Folgendes hat sich bezüglich Mängelrüge gestützt auf die Akten ereignet: 26.02.1999 Verkehrsunfall in Alt St. Johann 08.03.1999 B\_\_\_ verlangt von der Lieferantin D\_\_\_ AG eine Berechnung und eine schriftliche Garantie für die Kugelkupplung ALBE 3,5t EM 300A (act. B 29/3/18). 17.03.1999 Die A\_\_\_ AG meldet gegenüber B\_\_\_ vorsorglich ihre Ansprüche aus dem Verkehrsunfall an und macht Rüge wegen Mängel am Anhänger, insbesondere durch Materialfehler im Bereich der Kupplung (act. B 29/11/38). 19.03.1999 B\_\_\_ bringt gegenüber der D\_\_\_ AG eine Rüge wegen Mängel an der gelieferten Kugelkupplung, insbesondere durch Materialfehler an und meldet vorsorglich seine Ansprüche aus dem Schadenfall an (act. 3/30). Für den Beweis der Rechtzeitigkeit der Mängelrüge wurde O\_\_\_ von der Berufungsklägerin als Zeuge angeboten. Der für Zulassungsfragen zuständige O\_\_\_ habe mündlich bereits unmittelbar und noch innert Wochenfrist mündlich den Mangel des Auskuppelns beim Beklagten gerügt (act. B 29/27, S. 28; act. B 1, S. 36). Dies wird vom Berufungsbeklagten bestritten. Eine solche Mängelrüge habe nie stattgefunden und sei in keiner Weise bewiesen. Als Beweis wird die Befragung von B\_\_\_ als Partei angeboten (act. B 29/32, S. 62). Nach Meinung des Obergerichtes hat die Berufungsklägerin den Beweis der rechtzeitigen Mängelrüge gegenüber dem Berufungsbeklagten nicht erbracht. Die erste nachgewiesene Mängelrüge erfolgte am 17. März 1999 und damit erst 19 Tage nach dem Unfall. Hierbei kann von einer sofortigen Anzeige von Mängeln nach deren Entdeckung keine Rede sein. Der A\_\_\_ AG musste bereits kurz nach dem Unfall klar sein, dass die Kupplung nicht gehalten hatte, sie hätte also innert weniger Tage Rüge erheben müssen. Ob sie dies mündlich bereits vor dem 8. März 1999 getan hat, geht aus dem Schreiben von B\_\_\_ vom 8. März 1999 gegenüber der Lieferantin der Kupplung nicht schlüssig hervor. Insbesondere wird aus jenem Schreiben nicht klar, welches genau der Inhalt des behaupteten Gesprächs zwischen O\_\_\_ von der Berufungsklägerin und B\_\_\_ gewesen sein soll. Auf eine Einvernahme von O\_\_\_ und B\_\_\_ kann verzichtet werden, da dies mit grösster Wahrscheinlichkeit nicht zu neuen Erkenntnissen sondern wiederum zu einer Patt- Situation führen würde. Festzuhalten ist demnach, dass die Berufungsklägerin den Beweis der rechtzeitigen Rüge von bei der Abnahme des Anhängers nicht erkennbaren Mängeln nicht erbracht hat. Anzuführen ist, dass ohnehin aus der nachfolgenden Erw. 2.7 folgt, dass das Obergericht bereits den Nachweis für das Vorliegen von Mängeln am Anhänger, welche vom Berufungsbeklagten zu verantworten wären, als nicht erfüllt erachtet.

## **E. 2.7**

Werkmangel

### **E. 2.7.1**

Noven

### **E. 2.7.1.1**

Bereits beurteilte Noven Auf folgende, bereits im Lichte des Novenrechts beurteilte Vorbringen kann verwiesen werden: - Beweisnot betreffend entsorgter Kupplung (Erw. 2.3.1.1) - eigenmächtige/bewusste Kupplungsentsorgung / Beweisanträge zu den Umständen der Entsorgung (Erw. 2.3.1.2) - Kupplung hat bei Klageeinreichung noch existiert (Erw. 2.3.1.3) Das Obergericht kam bezüglich der beiden letztgenannten Vorbringen zum Schluss, dass es sich dabei um unzulässige Noven handelt. Bezüglich der von der Berufungsklägerin geltend gemachten Beweisnot wurde die Frage nach der Zulässigkeit nach Novenrecht offengelassen, jedoch eine Beweisnot aus materiellen Gründen verneint (Erw. 2.3.2). Seite 30

### **E. 2.7.1.2**

unsachgemässer Anhängergebrauch vor der Unf allfahrt Die Berufungsklägerin ist der Ansicht, die Behauptung des unsachgemässen Anhängergebrauchs durch den Berufungsbeklagten sei neu, verspätet und damit unzulässig. Die Behauptung sei zudem unbegründet. Der Berufungsbeklagte habe den Anhänger kurz vor dem Unfall bei sich in der Werkstatt in Bearbeitung gehabt und anschliessend wieder zur Auslieferung an die A\_\_\_ AG und ihm hätte als Fachmann ein solcher Mangel an der Kupplung und dem Stützrad aus angeblich unsachgemäßem Gebrauch auffallen müssen. Es fehle unbestritten an einer Abmahnung. Insbesondere der in der Berufungsantwort erhobene neue Einwand, wonach bereits bei früheren Fahrten das Stützrad fortwährend im Fahrbetrieb aufgeschlagen und dadurch eine Vorbeschädigung der Kupplung bereits vor der Unfallfahrt bewirkt habe, entbehre jeder Grundlage. Der Berufungsbeklagte lässt darauf hinweisen, seine Ausführungen betreffend unsachgemäßem Anhängergebrauch vor der Unfallfahrt seien keineswegs neu. Es sei insgesamt auf die bisherigen Ausführungen des Berufungsbeklagten zu verweisen, beispielhaft in der Klageantwort vom 15. Februar 2008, in der Teil-Duplik vom 18. August 2008 sowie in der Stellungnahme zum Beweisergebnis vom 10. Mai 2013 (Anmerkung der Gerichtsschreiberin: An dieser Stelle wird auf eine Wiedergabe der in Eingabe von RA BB\_\_\_ vor Obergericht vom 12. Juni 2014 (act. B 24) aufgeführten Randziffern verzichtet). Aus dem vorinstanzlichen Urteil ist ersichtlich, dass der Berufungsbeklagte bereits vor Kantonsgericht dargetan hat, dass seiner Meinung nach das Stützrad nicht hochgekurbelt gewesen und es deshalb zum Unfall gekommen sei (vorinstanzliches Urteil S. 11). Weiter ist im vorinstanzlichen Urteil S. 13 bei den Vorbringen des Beklagten zu lesen: „Es könnte auch sein, so der Beklagte, dass bei vorherigen Fahrten das Stützrad nicht hochgekurbelt gewesen sei und deshalb die Kupplung bereits vor dem Unfall deformiert gewesen sei.“ Angesichts der zitierten Stellen aus dem Urteil der Vorinstanz erübrigt es sich, auf die weiteren Hinweisen des Berufungsbeklagten auf einschlägige Ausführungen in dessen erstinstanzlichen Rechtsschriften nachzugehen. Folglich handelt es sich bei diesem Vorbringen des Berufungsbeklagten zum Gebrauch des Stützrads nicht um ein Novum und ist zulässig . Seite 31

### **E. 2.7.1.3**

Weitere Vorbringen des Berufungsbeklagten Soweit die Berufungsklägerin vorbringt, der Berufungsbeklagte habe ausdrücklich anerkannt, dass sich die Anhängerkupplung während der Fahrt vom Zugfahrzeug gelöst habe, ist für das Gericht nicht nachvollziehbar, inwiefern es sich bei dieser Tatsache um ein Novum handeln sollte. Ohnehin ist nicht einsichtig,

inwiefern der blosser Umstand des Loslösen des Anhängers während der Fahrt ohne die Frage nach dem „Warum“ von Relevanz für die vorliegende Beurteilung der Haftungsfrage sein könnte. Dasselbe gilt auch für die allgemeinen Ausführungen des Berufungsbeklagten zu der einem Anhänger innewohnenden Systemimmanenz des Loslösen von einem Zugfahrzeug. Diese Ausführungen haben offensichtlich einzig den Zweck, in allgemeiner Art den Unterschied zwischen einem Anhänger und einer festen Verbindung zwischen Zugfahrzeug und Anhängerteil zu erklären. Daraus, wie es die Berufungsklägerin tut, ein Zugeständnis des Berufungsbeklagten abzuleiten, dass sich dessen Anhänger typischerweise während der Fahrt spontan vom Zugfahrzeug lösen würden und dies daher systemimmanent sei, ist haltlos.

### E. 2.7.2

Beurteilung Werkmangel Die Berufungsklägerin lässt vorbringen, die Vorinstanz habe pflichtwidrig weder geprüft, ob eine Abweichung vom Vertrag vorliege, noch ob es an der vorausgesetzten Gebrauchsfähigkeit gefehlt habe. Damit habe die Vorinstanz Recht falsch angewendet. Die massgebliche Vereinbarung habe darin bestanden, dass der Anhänger sich im Einsatz nicht vom Zugfahrzeug lösen dürfe. Mit der Tatsache, dass sich der Anhänger im regulären Postautodienst vom Zugfahrzeug gelöst habe, sei auch der Beweis des Werkmangels erbracht. Die Berufungsklägerin sei jederzeit der Auffassung gewesen, dass der Mangel ein rechtlicher ist, nicht ein technischer sei. Die Berufungsklägerin müsse die technischen Gründe für die Entstehung des Mangels weder behaupten noch nachweisen. Für den EMPA-Bericht würde nur eine gewisse Beweisnot zur Frage bestehen, welcher innere Grund an der Kupplung das Lösen begünstigt habe. Beweisbare äussere Gründe für das Lösen der Kupplung hätten beide Experten ausgeschlossen. Weder ein schlechtes Anhängen, noch ein unzulässig heruntergelassenes Stützrad hätten bestätigt werden können. Es würden nur innere Ursachen der Kupplung, allenfalls in Kombination mit äusseren Faktoren, wie etwa dem Überfahren einer gewöhnlichen Bodenwelle als Grund für die Seite 32 Verbindungslösung bleiben. Das vermöge aber keine Exkulpation des Berufungsbeklagten zu bewirken. Keine Behauptungs- und Beweislast treffe den Besteller für die Gründe der Entstehung des Werkmangels. Durch das Lösen der Anhängerverbindung sei der Werkmangel erwiesen. Zur Frage, zu welchem Zeitpunkt das Werk mängelfrei sein müsse, sei die Vorinstanz in Aktenwidrigkeit verfallen. Nach der Vorinstanz sei rechtlich nur zu prüfen gewesen, ob der Anhänger bei der Ablieferung mängelfrei gewesen sei. Demgegenüber sei unter den Parteien im Vertrag eine Haltbarkeits- und Funktionsgarantie für 2 Jahre, ohne Kilometerbeschränkung, vereinbart gewesen. Der Berufungsbeklagte lässt entgegen, der Mangel komme in der Beschaffenheit des Werkes zum Ausdruck. Löse sich etwa ein Anhänger, weil er nicht richtig angekuppelt und keine Funktionskontrolle durchgeführt worden sei, sei das kein Werkmangel. Gerade die Möglichkeit des Lösen einer Anhängerkupplung vom Zugfahrzeug stelle eine geforderte Beschaffenheit, eine vorausgesetzte Eigenschaft dar. Das Lösen einer Anhängerkupplung bzw. eines Anhängers könne per se keinen Werkmangel darstellen. Die Vorinstanz habe richtigerweise nach den Ursachen für das Loslösen gesucht. Der EMPA-Gutachter habe schlüssig gezeigt, dass einzelne Behauptungen des Gutachters K\_\_\_ falsch seien. Ein Werk ist mangelhaft, wenn ihm vertraglich zugesicherte oder nach dem Vertrauensprinzip vorausgesetzte Eigenschaften fehlen. Diese Abweichung von der vertraglich geforderten Beschaffenheit des Werkes, die Differenz zwischen der „Sollbeschaffenheit“ und der tatsächlichen Beschaffenheit, bildet das Begriffsmerkmal des Werkmangels (Zindel/Pulver, a.a.O., N. 9 zu Art. 368). Der Besteller, der Mängelrechte gemäss Art. 368 OR geltend

machen will, hat das Vorliegen des Werkmangels zu beweisen (Zindel/Pulver, a.a.O., N. 90 zu Art. 368). Der Besteller trägt auch die Beweislast dafür, dass die Werkmängel bereits im Zeitpunkt der Ablieferung des Werkes bestanden (Zindel/Pulver, a.a.O., N. 90 zu Art. 368). Das Vorliegen absichtlich verschwiegener Mängel hat grundsätzlich der Besteller zu beweisen (Zindel/Pulver, a.a.O., N. 26 zu Art. 370). Die Vorinstanz hat in ihrer Erw. 2.2.1 eingangs die Definition des Werkmangels sowie in Erw. 2.2.4 die Beweislast sowie das Beweismass hinsichtlich eines behaupteten Werkmangels zutreffend dargelegt, so dass darauf verwiesen werden kann. Das Obergericht gelangt nach sorgfältiger Prüfung sämtlicher im Recht liegender Gutachten in Übereinstimmung mit der Vorinstanz zum Schluss, dass der Seite 33 Berufungsklägerin als Bestellerin des Anhängers der Nachweis des behaupteten Werkmangels nicht gelungen ist. Um Wiederholungen zu vermeiden, kann daher auf die zutreffenden vorinstanzlichen Ausführungen in den dortigen Erw. 2.2.5 und 2.3, soweit sie sich auf die Prüfung eines allfälligen Werkmangels beziehen, verwiesen werden. Ergänzend dazu ist auf die Überlegungen des Obergerichts in vorstehender Erw. 2.4 zur Beweismässigkeit der Vorinstanz zu verweisen und dort insbesondere auf die von Gutachter M\_\_\_ festgestellten, aufgrund der Entsorgung der Unfallkupplung resultierenden und nach Meinung des Obergerichts von der Berufungsklägerin zu verantwortenden Beweisschwierigkeiten. Experte M\_\_\_ hält fest: „Auf Basis der aktuellen Erkenntnisse können keine konkreten Rückschlüsse auf den Unfallhergang gezogen werden. Der Hauptgrund dafür ist, dass der Ausgangszustand der Unfallkupplung vor dem Unfall weiterhin ungewiss ist (act. 146, S. 1 ff.). Zusammenfassend ist somit festzustellen, dass die Behauptung der Berufungsklägerin, die vom Berufungsbeklagten gelieferte Anhängerkupplung sei mangelhaft gewesen, in den Akten keine Stütze findet. Im Übrigen entbehrt die Aussage der Berufungsklägerin, allein das Loslösen des Anhängers während der Fahrt belege den Werkmangel, jeder rechtlichen Grundlage und ist schlicht unzutreffend.“

## **E. 2.8**

Ergebnis Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Berufungsklägerin den vom Berufungsbeklagten gelieferten Anhänger am 24. Dezember 1998 abgenommen und stillschweigend genehmigt hat. Wären allfällige Mängel vorhanden gewesen, die bei der Abnahme und ordnungsgemässen Prüfung nicht erkennbar gewesen wären, würde es an der Rechtzeitigkeit der Mängelrüge durch die Berufungsklägerin fehlen. Selbst wenn die Mängelrüge jedoch rechtzeitig erfolgt wäre, hätte die Berufungsklägerin den Beweis für die Mangelhaftigkeit des gelieferten Anhängers, insbesondere der Anhängerkupplung, nicht erbracht.

## **E. 7**

Juli 2009 (act. 37) geht einzig folgendes hervor: „Diese Anhängerkupplung wurde im November 2008 vom Strassenverkehrsamt entsorgt.“ Beim Vorwurf der „Eigenmacht“ an die Adresse des Strassenverkehrsamtes handelt es sich somit um eine neue Tatsachenbehauptung, welche ohne weiteres bereits vor erster Instanz hätte vorgebracht werden können. Dasselbe gilt für die Behauptung des Berufungsbeklagten, die Kupplung sei bewusst entsorgt worden. Beide Vorbringen sind somit unzulässige Noven. Auch die von der Berufungsklägerin vor Obergericht erstmals gestellten Beweisanträge zu den Umständen der Entsorgung der Kupplung hätten umgehend nach Bekanntwerden der Entsorgung, also noch vor erster Instanz, eingebracht werden müssen und sind daher im Lichte von Art. 317 Abs. 1 OR unzulässig (act. B 21, S. 10 und 11).

## E. 8

Januar 1999 für den Anhänger den Fahrzeugausweis mit dem Datum 24.12.1998 als 1. Inverkehrsetzung ausgestellt. Nach der Ablieferung und Abnahme des Anhängers am 24. Dezember 1998 nahm die Berufungsklägerin den Anhänger mit neuer Kupplung bis zum Tag des Unfalls in Gebrauch. Dies lässt einzig den Schluss zu, dass die zuständigen Personen bei der A\_\_\_ AG mit dem Anhänger und insbesondere auch mit der verstärkten Kupplung einverstanden waren, so dass das Werk im Sinne von Art. 370 Abs. 1 OR von der Bestellerin stillschweigend genehmigt wurde. Selbst wenn man davon ausginge, dass eine erneute Prüfung des Anhängers mit der neuen Kupplung gesetzlich erforderlich gewesen wäre, liegt eine stillschweigende Genehmigung im Sinne von Art. 370 Abs. 2 OR vor. Die Berufungsklägerin, welche eine eigene Motorfahrzeugkontrolle führt, muss sich anrechnen lassen, dass sie über ihre Vertreter L\_\_\_ und F\_\_\_ Kenntnis vom Einbau der stärkeren Kupplung hatte und trotzdem offensichtlich eine erneute Fahrzeugprüfung nicht für erforderlich hielt. Im Gegenteil stellte sie am 8. Januar 1999 den Fahrzeugausweis aus und nahm den Anhänger in Betrieb. Entsprechend muss sie sich auch in diesem Fall darauf behaften lassen, dass sie das abgelieferte Werk mit der Abnahme am 24. Dezember 1998 stillschweigend genehmigt hat. Einzugehen ist auch auf den Einwand der Berufungsklägerin, der Anhänger sei ein Prototyp gewesen und habe sich noch im Probetrieb befunden. Eine Abnahme sei daher noch nicht erfolgt. Damit setzt sie sich in Widerspruch zu ihrer eigenen Argumentation in der Stellungnahme zum Beweisergebnis. Dort führte sie noch aus, der Anhängerunterbau (Chassis) Unterboden und die Kupplung seien Seite 27 selbstverständlich kein Prototyp gewesen, dieser habe von Anfang an sicher sein müssen. Ein Prototyp sei der Anhänger nur bezüglich der Tauglichkeit und Verwendbarkeit des Anhängeraufbaus gewesen (act. 155, S. 7). Der Einwand wird zudem auch dadurch entkräftet, dass die Berufungsklägerin den Anhänger nicht, wie es bei einem vollständigen Prototypen zu erwarten gewesen wäre, etwa auf einem Testgelände, sondern im regulären Postautobetrieb einsetzte, was ebenfalls auf eine erfolgte Abnahme hinweist. Dieses Ergebnis steht im Übrigen auch nicht im Widerspruch dazu, dass die Berufungsklägerin aufgrund ihrer Aussagen beabsichtigte, möglicherweise den Anhängeraufbau für weitere Anhänger zu verwenden (act. 2, S. 5). Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Berufungsklägerin den Anhänger am 24. Dezember 1998 abgenommen und in der Folge stillschweigend genehmigt hat. Gestützt auf Art. 370 Abs. 1 OR gilt die daraus resultierende Befreiung des Unternehmers von der Haftpflicht selbstverständlich nicht für allfällige Mängel am Anhänger, die bei der Abnahme und ordnungsgemässen Prüfung nicht erkennbar waren oder vom Unternehmer absichtlich verschwiegen wurden. Darauf wird in den nachfolgenden Erwägungen 2.6 und 2.7 einzugehen sein.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.