

# ZH\_OBERGERICHT LB110010 vom 18. Januar 2012

ZH Obergericht, 2012-01-18, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LB110010](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LB110010)

FR: ZH\_OBERGERICHT LB110010 du 18 janvier 2012

IT: ZH\_OBERGERICHT LB110010 del 18 gennaio 2012

## Erwägungen

### E. 1

Der am tt.mm.jjjj geborene Kläger war am 14. Juni 2007 zu Fuss mit einem Begleiter (dem Zeugen D.\_\_\_\_\_) auf dem Trottoir der E.\_\_\_\_strasse in ... Zürich tal- bzw. stadteinwärts unterwegs. Auf der Höhe der Einfahrt zur Baustelle des damals im Bau befindlichen "F.\_\_\_\_" (Galerie- und Konferenztrakt) rutschte der Kläger in einer Rechtskurve auf dem in diesem Bereich durch ein- und aus- fahrende Lastenwagen mit Sand und Staub verschmutzten Trottoir aus und stürzte halbwegs zu Boden, wobei er von seinem Begleiter aufgefangen werden konnte (Urk. 8/3 S. 3, Urk. 8/13 S. 2, Urk. 8/45 S. 3, Urk. 3 S. 13 f., S. 18, Urk. 11 S. 3, Urk. 12 S. 2, S. 4 f., Urk. 8/29, Urk. 8/39/7, Urk. 8/88 S. 2; Prot. I S. 31). Dabei zog er sich Verletzungen am (bereits dreimal operierten) rechten Knie zu (Urk. 8/3 S. 3, Urk. 8/13 S. 3, Urk. 8/45 S. 5). Der gleichentags konsultierte Arzt äusserte

- 4 - den Verdacht auf "Kniebinnenläsion rechts" (Urk. 8/4/4). Der Kläger wurde vom 14. Juni bis 16. Juni 2007 zu 100%, vom 17. Juni bis 9. Juli 2007 zu 50% und ab 10. Juli bis 15. Dezember 2007 zu 25% arbeitsunfähig geschrieben (Urk. 8/4/6-8).

### E. 2

Mit seiner am 8. Oktober 2010 bei der Vorinstanz eingereichten Klageschrift klagte der Kläger gegen die Beklagte 1 als Werkeigentümerin (gestützt auf Art. 58 OR) und gegen die Beklagten 2 als leitende und für die Reinigung des öffentlichen Grundes zuständige Baufirma (gestützt auf Art. 41 OR) auf Leistung von Schadenersatz und Genugtuung. Er bringt vor, die Beklagte 2 habe ihre Reinigungspflichten und die Beklagte 1 ihre Unterhaltspflichten offensichtlich nicht erfüllt (Urk. 8/3 S. 5 und S. 9, Urk. 8/38 S. 17). Bereits im Januar 2005 habe es auf der gleichen Baustelle Probleme wegen der Verschmutzung des öffentlichen Grundes gegeben (Urk. 8/3 S. 4). Die auf dem Trottoir liegende Schmutzschicht (trockener, feinkörniger Sand) sei die Ursache für seinen Sturz gewesen (Urk. 8/38 S. 2 f.). Eine Absperrung habe es nicht gegeben (Urk. 8/38 S. 10). Im einzelnen machte er folgende Positionen geltend, wobei er die Klagesumme im Sinne einer Teilklage auf Fr. 35'000.– beschränkte (Urk. 8/3 S. 5 ff.): - Ersatz des Schadens seiner Arbeitgeberin (G.\_\_\_\_), bestehend aus der Differenz zwischen dem ihm ausbezahlten Lohn und den Taggeldern und Ergänzungsleistungen, die der Arbeitgeberin von der SUVA und der Krankenkasse ausbezahlt wurden (gestützt auf die Abtretungserklärung vom 17. Juni 2008) Fr. 27'860.45 - Ersatz des Haushaltsschadens Fr. 3'570.00 - Genugtuung Fr. 5'000.00 Nach Durchführung des Hauptverfahrens erging am 7. April 2010 der Beweisaufgebotsbeschluss (Urk. 8/51). Im Beweisabnahmebeschluss vom 17. Mai 2010 nahm die Vorinstanz nur zu folgenden Beweisthemen die von den Parteien offerierten Beweismittel ab (Urk. 8/69): - dass das Trottoir im Bereich der Baustellenausfahrt F.\_\_\_\_ am 14. Juni 2007 mit einer mehrere Zentimeter dicken Schmutzschicht, bestehend aus

trockenem, feinkörnigem Sand bedeckt war (Beweissatz 2.1); - dass das Trottoir im Bereich der Baustellenausfahrt F.\_\_\_\_\_ am 14. Juni 2007 bedingt durch diese Schmutzschicht „äusserst rutschig“ war (Beweissatz 2.2);

- 5 - - dass bei der Begehung des Trottoirs im Bereich der Baustellenausfahrt F.\_\_\_\_\_ am 14. Juni 2007 die "äusserst rutschige" Dreckschicht nicht erkennbar war (Beweissatz 2.3); - dass die Beklagte 2 den Gehweg an der E.\_\_\_\_\_strasse je nach Verschmutzungsgrad mehrmals täglich hat reinigen lassen (Beweissatz 5). An der Beweisverhandlung vom 25. August 2010 wurde der Kläger persönlich befragt sowie die Zeugen D.\_\_\_\_\_ (Begleiter des Klägers) und H.\_\_\_\_\_ (Bauführer der Beklagten 2) einvernommen (Prot. I S. 18 ff.). Nachdem die Parteien zum bisherigen Beweisergebnis Stellung genommen hatten (Urk. 8/88, Urk. 8/92, Urk. 8/94), wies die Vorinstanz mit Urteil vom 22. Dezember 2010 die Klage ab.

### **E. 3**

Die Beklagte 1 schloss sich in tatsächlicher und in rechtlicher Hinsicht den vorinstanzlichen Erwägungen an und ergänzte, die Akten würden den Schluss, dass sehr wahrscheinlich eine baustellentypische, aber nicht mehrere Zentimeter dicke Schicht von Sand und Staub auf dem Trottoir gelegen habe, bestätigen. Die erweiterten Beweisanträge des Klägers seien als nutzlos abzuweisen. Aufgrund der Aussagen des Klägers und des Zeugen D.\_\_\_\_\_ sei auch der vorinstanzliche Schluss, die Rutschgefahr sei erkennbar gewesen, nicht zu beanstanden. Die Beklagte 1 habe die Unterhaltspflichten betreffend den ordentlichen Zustand des öffentlichen Grundes angrenzend zur Baustelle verwaltungsrechtlich auf die Bauherrschaft und damit auf die Beklagte 2 übertragen. Die Beklagte 1 habe jedenfalls die vernünftigerweise vertretbaren Massnahmen vorgekehrt, indem sie die bedarfsgerechte tägliche Reinigung der Bauherrschaft und damit der Beklagten 2 aufgetragen habe. Der Strassenunterhalt sei im Sommer 2007 durch die ordentliche wöchentliche Reinigung des ERZ und die bedarfsgerechte, mehrmalige tägliche Reinigung durch die Beklagte 2 hinreichend gewährleistet gewesen. Die im

- 10 - Jahre 2004/2005 eingegangenen Reklamationen würden mit der Klage weder zeitlich noch sonst einen Zusammenhang aufweisen. Es könne nicht von Bedeutung sein, ob nicht doch besser eine Radwaschanlage hätte installiert werden sollen. Mit Bezug auf eine Haftung der Beklagten könne es nicht darauf ankommen, auf welche Art und Weise der Schmutz bei der Baustellenausfahrt beseitigt worden sei. Die festgestellte mehrmalige tägliche Reinigung habe hinreichende Sicherheit für den gewöhnlichen Benutzer des Trottoirs geboten. Die Forderung des Klägers, das Trottoir hätte nach jeder Ausfahrt eines Lastwagens blank geputzt werden müssen, sei übertrieben. Eine sofortige und permanente Beseitigung der Schmutzspuren bei ausfahrenden Lastwagen sei weder der Werkeigentümerin noch der Beklagten 2 zuzumuten gewesen (Urk. 12 S. 2 ff.).

### **E. 4**

a) Gemäss dem Zeugen D.\_\_\_\_\_, der an der fraglichen Stelle ebenfalls (mit einem Fuss) ausrutsche, sich aber noch fangen konnte, war das Trottoir und drei Viertel der Fahrbahnbreite mit einer dicken Schicht Baustaub stark verschmutzt (Prot. I S. 30, S. 32, S. 34). Die Vorinstanz hielt den Nachweis für erbracht, dass die E.\_\_\_\_\_strasse und das Trottoir an der Unfallstelle mit einer sichtbaren und damit auch erkennbaren Menge Sand und Staub bedeckt war. Sie erwog, die E.\_\_\_\_\_strasse sei an der fraglichen Stelle rutschiger als eine frisch gewischte Strasse gewesen (Urk. 3 S. 14). Die Beklagte 2 ist der Auffassung,

dass die Vorinstanz Art und Umfang der Verunreinigung auf dem Trottoir der E.\_\_\_\_\_strasse korrekt festgestellt hat (Urk. 11 S. 3). Die Beklagte 1 schliesst sich den Erwägungen der Vorinstanz an (Urk. 12 S. 2). Unbestritten blieb, dass die E.\_\_\_\_\_strasse ein Gefälle bzw. eine Steigung aufweist, der Kläger talwärts unterwegs war und somit abschüssiges Gelände herrschte (Urk. 8/38 S. 3, S. 11; Urk. 8/44 und 8/45). Der Zeuge D.\_\_\_\_\_ bestätigte denn auch, dass das Trottoir

- 16 - "bergabwärts" verlief (Prot. I S. 30, S. 34) und sie "oben" ihre Autos parkiert hatten (Prot. I S. 29). b) Nicht nur der Kläger, sondern auch der Zeuge D.\_\_\_\_\_ geriet mit seinen Halbschuhen auf der verschmutzten Schicht sofort ins Rutschen (Prot. I S. 30 f.). Ein Trottoir, das an einer abschüssigen Stelle mit Sand und Staub bedeckt ist, bildet eine erhöhte Gefahr für – insbesondere ältere – Fussgänger. Dies anerkennen auch die Beklagten. In der Duplik führte die Beklagte 2 aus, dass fein- oder mittelkörniger Sand (gleich wie andere "Zwischenmedien") auf einer glatten Unterlage wie einem Asphaltbelag oder einem abgeschliffenen Fels, Rutschgefahr bedeute (Urk. 8/44 S. 2 und S. 7). Nach Auffassung des Beklagten 1 hätte der Kläger "die Rutschgefahr" erkennen und ihr ausweichen können (Urk. 8/45 S. 7). Von einer bloss leichten Verschmutzung der Strasse ("besenrein"), mit der ein Verkehrsteilnehmer im Bereich (gekennzeichneter) Baustellen zu rechnen hat, kann vorliegend nicht mehr die Rede sein. Untauglich ist der Einwand der Beklagten 2, sowenig wie Sand auf dem Tennisplatz könne trockener Sand auf einer Baustellenausfahrt als Zustand gewertet werden, der das zu erwartende Mass an Gefahr des Begehens eines Trottoirs übersteige (Urk. 8/44 S. 2). Während roter Sand auf Tennisplätzen ein gewisses Gleiten ermöglichen soll, ist es nicht erwünscht, wenn Fahrzeuge oder Fussgänger auf der Strasse ins Rutschen geraten. c) Demzufolge ist erstellt, dass Trottoir und Fahrbahn der E.\_\_\_\_\_strasse eine im Sinne von Art. 59 VRV relevante Verschmutzung aufwiesen, die von den die Baustelle verlassenden Fahrzeugen verursacht wurde. Für dieses Szenario sieht Art. 59 VRV als präventive Massnahme vor, dass vor Verlassen der Baustelle die Räder zu reinigen sind. Dieser Pflicht, die im genannten E-Mail den Beteiligten in Erinnerung gerufen und konkretisiert worden war (betonierte Wassergrube, Abspritzen der Räder), kam die Beklagte 2 bzw. die für sie handelnden Arbeiter und Hilfspersonen (Art. 55 OR) im hier interessierenden Baustellenbereich unbestrittenermassen nicht nach. Weder installierte sie eine Radwaschanlage (Urk. 8/13 S. 2), noch sorgte sie anderweitig für die (manuelle) Reinigung der Räder. Der Zeuge H.\_\_\_\_\_, Angestellter der Beklagten 2 und Vorgesetzter des für die Reinigung zuständigen Poliers (Prot. I S. 38 f.), erklärte, sei-

- 17 - ne Vorgesetzten hätten ihm bezüglich Reinigung nichts gesagt, das liege in seiner Kompetenz und sei Teil seiner Aufgaben (Prot. I S. 44). Der Polier habe regelmässig schauen müssen, ob die Strasse verschmutzt gewesen sei; gegebenenfalls habe dieser einem Hilfsarbeiter den Befehl erteilen müssen, mit der Reinigungsmaschine zu fahren und auch zu kontrollieren, ob die Strasse nachher sauber sei (Prot. I S. 40). Indem die Beklagte 2 nicht für die Reinigung der Räder der ausfahrenden Lastwagen besorgt war, hat sie eine Sorgfaltswidrigkeit begangen. d) In der deutschen Lehre wird darauf hingewiesen, dass keine Haftung aus unerlaubter Handlung (§ 823 BGB) besteht, wenn die an einer Baustelle vorbeiführende Strasse lediglich mit einer dünnen Sandschicht überzogen ist, weil völlige Gefahrenfreiheit mit zumutbarem Aufwand hier nicht erreichbar sei (Staudinger/Hager [2009], § 823 BGB E 242). Dieser Kommentarstelle liegt aber ein Entscheid zugrunde, dessen Sachverhalt mit dem vorliegenden Streitverhältnis nicht verglichen

werden kann, indem die regelwidrige Fahrweise des Klägers und nicht die geringfügige Verschmutzung als eigentliche Ursache des Unfalls auf der beschilderten und einige Tage zuvor gereinigten Baustelle erschien (OLG Köln NJW-RR 1990, 862). Zudem sieht § 32 der deutschen StVO keine ausdrückliche Pflicht zur Reinigung der Räder vor. Eine nur oberflächliche Reinigung und das Aufstellen eines Hinweisschildes "Baustelle" erachtet auch die deutsche Rechtsprechung als nicht genügend (Jäger, Heidelberger Kommentar zum Strassenverkehrsrecht, N 29 zu § 32 StVO). e) Die Beklagte 2 wandte bereits vor Vorinstanz ein, mit einer Radwaschanlage wäre die Baustellenausfahrt durch nassen Restschmutz verunreinigt worden, wodurch sie rutschiger geworden wäre als durch trockenen Staub (Urk. 8/13 S. 2 und S. 4). Die Vorinstanz ist teilweise auf diese Argumentation eingegangen und Sie erwog zudem, eine Radwaschanlage wäre bei nassem Wetter von Nutzen gewesen, hätte aber nichts daran geändert, dass die Fahrzeuge einige Meter auf unversiegeltem Boden fahren und so Staub und Sand auf die Strasse schleppen würden (Urk. 3 S. 19). Diese Begründung trägt nicht. Der Ordnungsgeber hat in Art. 59 VRV bestimmt, welche vorbeugenden und nachträglichen Massnahmen zum Schutz der Fahrbahn zu treffen sind. Gemäss der bereits erwähnten E-Mail

- 18 - wurde an der Besprechung vom 7. Januar 2005 (der auch ein Mitarbeiter der Beklagten 2 beiwohnte) eine betonierte Wassergrube und das Abspritzen der Räder als zweckmässig taxiert, um für Sauberkeit auf der Strasse bei der unteren Baustellenausfahrt zu sorgen. Im Übrigen ist eine durchgehend mit Erdreich überzogene Strasse (die bei Regen ebenfalls feucht und schmierig wird [Urk. 8/13 S. 8]) einer (vorübergehend) feuchten, aber bloss leicht verschmutzten Fahrbahn nicht vorzuziehen. Die Beklagte hat sodann weder behauptet noch belegt, dass sie (etwa durch eine deutliche und sachgemässe Signalisation [Art. 9, Art. 15 SSV]) für die Warnung der übrigen Verkehrsteilnehmer besorgt gewesen ist. Die Verpflichtung zur Kenntlichmachung sieht Art. 59 VRV für den Fall vor, wenn trotz Reinigung der Räder Restschmutz auf die Fahrbahn gelangt, da – entgegen der Auffassung des Klägers (Urk. 2 S. 12) – vom Bauunternehmen lediglich verlangt wird, möglichst bald (nicht aber sofort bei jeder Ausfahrt eines Lastwagens) für die Reinigung zu sorgen. Auch insofern ist der Beklagten 1 eine Sorgfaltswidrigkeit anzulasten. Die Kenntlichmachung der verschmutzten Stelle hätte sich gerade im Hinblick auf ältere, seh- oder gehbehinderte Fussgänger aufgedrängt. Bei dieser Sachlage kann offen gelassen werden, ob die Beklagte 2 ausreichend und innert angemessener Frist für die Reinigung besorgt war bzw. sie mit den Aussagen des Zeugen H.\_\_\_\_\_ (Prot. I S. 36 ff.) nachzuweisen vermag, dass die Baustellenausfahrt mehrmals täglich gereinigt wurde. In der Regel dürfte ohnehin die Reinigung abends nach Beendigung der Arbeiten genügen. Entgegen der Auffassung des Klägers (Urk. 11 S. 16) kann ständiges Reinigen der Strasse bei jeder Ausfahrt eines Lastwagens nicht gefordert werden. Da die Beklagte 2 die Reinigung der Räder und die Warnung der anderen Strassenbenützer unterliess, muss darauf aber nicht weiter eingegangen werden. f) Bei Unterlassungen ist zu prüfen, ob nach überwiegender Wahrscheinlichkeit pflichtgemässes Handeln den Schadenseintritt verhindert hätte (BGE 115 II 448, 450; 124 III 165; BK-Brehm, N 56d und N 119 zu Art. 41 OR). Die Beklagten behaupten nicht, der Kläger wäre auch ausgerutscht, wenn die Fahrzeuge die Baustelle mit gereinigten Rädern verlassen hätten und die Fussgänger auf den auf dem Trottoir liegenden Restschmutz deutlich hingewiesen worden wären.

- 19 - Nach allgemeiner Lebenserfahrung ist davon auszugehen, dass Fussgänger zu vorsichtigerem Gehen veranlasst werden, wenn sie auf die Rutschgefahr aufmerksam

gemacht werden. Auch kann davon ausgegangen werden, dass bei bloss geringfügiger bzw. nicht flächendeckender Verschmutzung die Schuhe des Klägers auf der frei gebliebenen Asphaltfläche besser gehaftet hätten. Damit er- scheint überwiegend wahrscheinlich, dass der Kläger bei pflichtgemäsem Vor- gehen der Beklagten 2 nicht ausgerutscht wäre. Mit dem Hinweis auf den lädier- ten Zustand des Knies vermögen sich die Beklagten nicht zu entlasten, da auf Trottoirs im Allgemeinen und an der fraglichen Stelle im Besonderen auch mit gehbehinderten Menschen zu rechnen und auch deren Sicherheit zu gewährleis- ten ist. Nachdem auch der Zeuge D.\_\_\_\_\_ sofort ins Rutschen geriet und sich nur mit Glück auffangen konnte (Prot. I S. 31 f.: "reflexartig gleich ausgerutscht"), er- scheint "die vorbestehende Schwächung seines Knies" (Urk. 8/45 S. 4) auch nicht als (hauptsächliche) Sturzursache. Damit ist auch die bei Unterlassungen gefor- derte hypothetische Kausalität zu bejahen. g) aa) Die Beklagte 1 brachte in der Duplik und in der Stellungnahme zum Beweisergebnis vor, bei Anwendung der gewöhnlichen Sorgfalt hätte der Kläger die Rutschgefahr erkennen und ihr ohne weiteres ausweichen können (Urk. 8/45 S. 7). Die Beklagte 2 hat keinen entsprechenden Einwand erhoben. Die Vo- rinstanz hat dem Kläger den Hauptbeweis dafür, dass bei der Begehung des Trot- toirs im Bereich der Baustellenausfahrt am 14. Juni 2007 "die äusserst rutschige" Dreckschicht nicht erkennbar war, auferlegt (Urk. 8/51) und im Urteil erwogen, auch in sichtbaren Mengen würden Sand oder Staub nicht zu Verhältnissen füh- ren, die mit Glatteis, ausgelaufenem Öl oder einem aufgeweichten Lehmboden gleichzusetzen wären (Urk. 3 S. 14). Für einen Fussgänger sei erkennbar gewe- sen, dass die Strasse wegen der Verschmutzung etwas rutschiger gewesen als eine saubere Strasse. Mit etwas Vorsicht wäre die Situation durch den Kläger zu bewältigen gewesen (Urk. 3 S. 18 f.). Damit verneinte die Vorinstanz die Adä- quanz der Schädigung resp. bejahte sie ein Selbstverschulden des Klägers, auch wenn sie zuletzt das Ausrutschen des Klägers als eine Verwirklichung "des allge- meinen Lebensrisikos" bezeichnete.

- 20 - bb) Der Kausalzusammenhang wird sowohl bei der allgemeinen Deliktshaf- tung als auch bei der Werkeigentümerhaftung nur durch ein schweres Selbstver- schulden unterbrochen (BK-Brehm, N 139a zu Art. 41 OR und N 113 ff. zu Art. 58 OR). Entgegen der Auffassung der Vorinstanz ist ein – auch leichtes – Verschul- den des Klägers infolge Unachtsamkeit vorliegend nicht erkennbar. Der Kläger bewegte sich ordnungsgemäss auf dem Trottoir talwärts. Der Umstand, dass er sich mit dem Zeugen D.\_\_\_\_\_ unterhalten und damit seine Aufmerksamkeit auch der Führung eines Gesprächs gewidmet hat (Prot. I S. 19, S. 31), kann ihm nicht zum Nachteil gereichen. Ein Fussgänger hat an einem trockenen Sommertag (Prot. I S. 29) nicht mit gefährlichen Passagen und einem schlüpfrigen Untergrund zu rechnen. Die Baustellenausfahrt und das verschmutzte Trottoir befanden sich am Scheitel einer relativ engen Rechtskurve und waren erst in der Biegung über- haupt erkennbar. Gerade der Umstand, dass keinerlei Gefahrenquelle signalisiert war, konnte den Kläger darin bestärken, dass mit keiner Rutschgefahr zu rechnen war (sog. Vertrauensgrundsatz; Art. 26 Abs. 2 SVG). Die Rutschfestigkeit des ab- gelagerten Materials war für den Kläger auch nicht voraussehbar. Sowohl der Kläger als auch der Zeuge D.\_\_\_\_\_ sind nach Betreten der Schmutzschicht sofort ins Rutschen gekommen. Zudem war auch die Fahrbahn zu einem erheblichen Teil verschmutzt, so dass – wenn überhaupt – ein grossräumiges Ausweichen (Prot. I S. 32, S. 34) nötig gewesen wäre, wobei aber gleichzeitig in Erinnerung gerufen werden muss, dass die Fussgänger auch bei schlechtem Zustand des Trottoirs grundsätzlich nicht auf die Strasse ausweichen dürfen (BGE 63 II 339; Giger, Komm. SVG, N 8 zu Art. 49 SVG). Dem Kläger kann kein Vorwurf

gemacht werden, wenn er sich auf die Schmutzschicht begeben hat. Weitere Anzeichen, die ihn hätten misstrauisch machen müssen, und weitere Alternativen, die das Ausgleiten verhindert hätten, bestanden nicht. Ein Zuwarten, bis der Polier oder ein anderer Arbeiter auf die Situation aufmerksam wird und das Trottoir vom Schmutz befreit, konnte vom Kläger vernünftigerweise nicht erwartet werden. cc) Zwar darf der Werkeigentümer vom Fussgänger ein insofern vorsichtiges Verhalten verlangen, als von diesem erwartet werden kann, von Zeit zu Zeit einen Blick auf den von ihm begangenen Boden zu werfen (BGE 44 II 190). Auf offenba-

- 21 - re, kleine und für ihn leicht vermeidbare Risiken hat der Benützer eines Werks zu achten (BK-Brehm, N 88 zu Art. 58 OR). Bei untergeordneten Gefahren oder anderen sichtbaren Unvollkommenheiten darf ein entsprechend höheres Mass an Aufmerksamkeit verlangt werden (BK-Brehm, N 85 zu Art. 58 OR). Andererseits dürfen die Anforderungen an die Sorgfaltspflicht insbesondere älterer Fussgänger nicht überspannt werden (BK-Brehm, N 209 und N 226 zu Art. 58 OR). Für den Kläger war die Beschaffenheit und Rutschfestigkeit des verschmutzten Trottoirs nicht ohne weiteres erkennbar. Dies übersieht die Beklagte 1, wenn sie geltend macht, die Werkein- und -ausfahrt müsse auch für Fussgänger gut erkennbar gewesen sein, erst recht für den Kläger als langjährigen Sanitär-/Lüftungs- unternehmer (Urk. 8/94 S. 3). Die Begehung des mit Schmutz überzogenen Trottoirs kann weder als unvernünftig noch als leichtfertig bezeichnet werden. Solcherart wäre etwa ein Verhalten zu bezeichnen, wenn ein Fussgänger am helllichten Tag in ein gut sichtbares Loch fällt. Das Trottoir selbst befand sich nicht in Erstellung oder im Reparaturzustand. Es hat sich insofern kein unvermeidbares Risiko verwirklicht, das etwa dort angenommen wurde, wo sich auf einem – deutlich als im Bau befindlich erkennbaren – Strassenstück ein Unfall mit einem Lastwagen ereignete und nur die an den Arbeiten Beteiligten zum Befahren der Baustelle befugt waren. In einem solchen Fall hat das Bundesgericht den Unternehmer, nicht aber den Werkeigentümer, der nicht über die im Bau befindliche Sache verfügen konnte und sich nicht mit der Organisation der Arbeit beschäftigte, für haftbar erklärt (BGE 95 II 234 = Pra 59 [1970] Nr. 45, S. 152). Diese Konstellation liegt hier nicht vor. Das Trottoir lag ausserhalb der Baustelle, konnte von jedermann begangen werden und befand sich in einem vorschriftswidrigen Zustand, der über blosser Unebenheiten oder Vertiefungen von einigen Zentimetern hinausging. In diesem Zusammenhang ist nochmals daran zu erinnern, dass der Zeuge D.\_\_\_\_\_ eine Parallele zu Rollgerste zog (Prot. I S. 35). Im Ergebnis ist festzuhalten, dass das Trottoir im Zeitpunkt der Begehung durch den Kläger bei Anwendung gewöhnlicher Sorgfalt eine Gefahr für die Fussgänger darstellte. Die Stadt Zürich ist für den Unterhalt (Reinigung) der E.\_\_\_\_\_strasse verantwortlich geblieben (§§ 25 ff. StrG), was bereits die Vorinstanz festgestellt hat und unangefochten geblieben ist (Urk. 3 S. 17 f.). Dasselbe gilt für die Signalisation (Art. 80

- 22 - Abs. 1, 81 Abs. 1, 104 Abs. 5 lit. c und 105 Abs. 1 SSV). Damit ist nur noch zu prüfen, ob die Beklagte 1 nach den zeitlichen, technischen und finanziellen Gegebenheiten ihre Unterhaltspflicht erfüllt hat. Dabei dürfen die Anforderungen an diesen – von Art. 58 OR an sich gar nicht vorgesehenen – Sorgfaltnachweis nicht zu tief angesetzt werden, da im Gegensatz zur Winterglätte, die überraschend und an unvorhersehbaren Stellen auftreten kann, das Gemeinwesen über eine genaue Übersicht der in seinem Kompetenzbereich eingerichteten Baustellen verfügt bzw. verfügen muss. Analog der Bestimmungen von Art. 55 und Art. 56 OR schliesst das zu fordernde Verhalten Sorgfalt in

der Überwachung / Beaufsichtigung mit ein.

## E. 5

a) Die Beklagte 1 führte vor Vorinstanz aus, die E.\_\_\_\_\_strasse sei ein- mal wöchentlich gereinigt worden (Urk. 8/21 S. 4). Es hätten keine temporären Verkehrsbeschränkungen bestanden, der Gehweg sei zum üblichen, öffentlichen Gebrauch offen gestanden (Urk. 8/45 S. 6). Sie habe die Zuständigkeit und Ver- antwortung für die ordentliche, störungsfreie Abwicklung des Baustellenverkehrs mit Bauentscheiden vom 25. Mai 2004 und 19. Dezember 2006 (Urk. 8/46/1+2) auf die Bauherrschaft der Grossbaustelle, die F.\_\_\_\_\_ AG, übertragen. Dement- sprechend habe sich ihre Haftung im Bereich der Baustelle verringert. Die Bau- herrschaft sei insbesondere verpflichtet gewesen, möglichst kurze Lastwagen- transportdistanzen zu wählen und Bauabfälle möglichst zu vermeiden. Gemäss Bauentscheid seien die Bauabfälle auf der Baustelle zu trennen gewesen, u.a. nach der Kategorie "Unverschmutzter Aushub". Das Transportdispositiv sei durch die Dienstabteilung Verkehr zu bewilligen gewesen. Die Bauarbeiten an der E.\_\_\_\_\_strasse seien Gegenstand eines separaten Strassenprojektes gewesen. Über den Zustand des öffentlichen Grundes sei ein Protokoll zu erstellen und die Wiederherstellung beschädigter Bestandteile des öffentlichen Grundes sei auf Kosten der Bauherrschaft sicherzustellen gewesen. Die Einrichtung der Baustelle sei durch das Büro für Bauzwecke zu bewilligen gewesen, soweit öffentlicher Grund benutzt worden sei. Die Bauherrschaft habe die zuständige Person für Ar- beitssicherheit speziell zu bezeichnen gehabt. Die Bauherrschaft sei überdies förmlich verpflichtet worden, massgebende Gesetze und Verordnungen einzuhal-

- 23 - ten, wozu fraglos die Pflicht gehöre, im Falle übermässiger Verschmutzung die Reinigung des öffentlichen Grundes zu besorgen. Diese öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen der Bauherrschaft seien bereits in den anfänglichen "Stammbe- willigungen" für das F.\_\_\_\_\_ Hotel enthalten gewesen (Urk. 8/45 S. 3 f.). b) Die einschlägigen Bestimmungen der Strassenverkehrsgesetzgebung sind bereits erwähnt worden. Für die Reinigung einer übermässig verschmutzten Strasse ist der Verursacher überdies nach § 27 Abs. 1 StrG verantwortlich. Art. 11 Abs. 1 der stadtzürcherischen Vorschriften über die vorübergehende Benützung des öffentlichen Grundes zu Sonderzwecken gewerblicher, baulicher und ge- meinnütziger Art vom 16. Juni 1972 (VBöGS) sieht vor, dass der Bauherr die Um- gebung der Baustelle in gereinigtem Zustand halten muss. Bei der Ausführung von Bauarbeiten ist jedermann verpflichtet, alle zumutbaren baulichen und be- trieblichen Massnahmen zu treffen, um die Einwirkung auf die Umgebung mög- lichst gering zu halten, wobei diese Vorkehren in zeitlich und sachlich angemessener Weise der technischen Entwicklung anzupassen sind (§ 226 Abs. 1 und 4 PBG). Im Rahmen der Baubewilligung haben die Behörden die erforderlichen Auf- lagen festzulegen; sie sind verpflichtet, die geeigneten Massnahmen zu treffen, um den gesetzmässigen Zustand herzustellen (Fritzsche/Bösch/Wipf, Zürcher Planungs- und Baurecht, 5. Aufl., Zürich 2011, S. 415). Es trifft zu, dass die Bau- herrschaft in den Baubewilligungen in allgemeiner Form verpflichtet wurde, Ge- setze und Verordnungen zu beachten (Urk. 8/46/1 S. 21 und 8/46/2 S. 33). Die Beklagte 1 legt aber nicht dar, welche konkreten Anordnungen im Transportkon- zept, im Strassenprojekt und in der Bewilligung für die Errichtung der Baustelle getroffen worden sind, um die Reinigung bzw. Reinhaltung der Baustelle bzw. Baustelleneinfahrt zu gewährleisten. Die im Januar 2005 für die untere Baustel- lenausfahrt angeordneten Massnahmen (Urk. 8/4/9) können auch kaum für die

obere Baustellenausfahrt, die der Realisierung des mit separater Entscheidung vom 19. Dezember 2006 bewilligten Bauvorhabens diene (Prot. I S. 40), Gültigkeit beanspruchen. Nachdem die Beklagte 1 in der Klageantwort noch ausführte, im Zeitpunkt des Unfalls sei der Trottoirbereich vor der Grossbaustelle für den Fussgängerverkehr gesperrt gewesen (Urk. 8/21 S. 4), räumte sie in der Duplik ein,

- 24 - dass im Juni 2007 bei der Unfallstelle keinerlei vorübergehenden Verkehrsanordnungen verfügt waren (Urk. 8/45 S. 6; vgl. Art. 3 lit. b der Städtischen Signalisationsvorschriften). c) Das kantonale (§ 327 PBG) und – soweit ersichtlich – das kommunale Recht regeln die Häufigkeit und das Ausmass der Überwachung und Kontrolle von Baustellen nicht. Die städtische Gebührenordnung für das Baubewilligungsverfahren vom 4. Dezember 2002 setzt in Art. 19 die Baustellenkontrolle aber voraus. Allgemein sieht § 27 Abs. 1 StrG die Reinigung auf Kosten verantwortlicher Dritter vor, die der Pflicht zur Reinigung verschmutzter Strassen nach schriftlicher Abmahnung nicht nachkommen. Auch dies setzt eine gewisse Kontrolle durch die zuständige Behörde voraus. Zwar sind Baustellen nicht täglich zu überwachen (Weissenberger, a.a.O., N 4 zu Art. 4 SVG, mit Verweis BGE 6B\_15/2007 Erw. 5.5.2.2). Die Beklagte 1 hat aber offenbar nicht (auch nicht im Sinne einer Stichkontrolle) überprüft, ob die Baustelle den gesetzlichen Anforderungen (insbesondere Art. 59 VRV) bzw. den in den Baubewilligungen und weiteren Bewilligungen (allenfalls) gemachten Auflagen genüge. Jedenfalls behauptet sie nicht, sie habe kontrolliert, dass und wie die Räder der Fahrzeuge gereinigt werden, und abgeklärt, ob eine Warnung der übrigen Verkehrsteilnehmer angezeigt und gewährleistet ist. Die Gewährleistung der Sicherheit der Baustellen durch eine entsprechende Kontrolle kann für die Beklagte 1 weder in zeitlicher, noch technischer und finanzieller Hinsicht als unverhältnismässig bezeichnet werden, zumal die Kosten überwältzt werden können (Art. 19 der Gebührenordnung für das Baubewilligungsverfahren der Stadt Zürich). Die wöchentliche Strassenreinigung durch "Entsorgung und Recycling Zürich" stellt keine solche Kontrolle dar und hat offenkundig die Verschmutzung des Trottoirs im hier massgebenden Zeitpunkt nicht verhindern können. Da es Sache der Beklagten 1 ist, den Sorgfaltnachweis zu leisten, kann sie im Rahmen von Art. 58 OR auch nicht geltend machen, sie habe sich darauf verlassen dürfen, dass die Bauherrschaft und Vertragspartner für hinreichende Sauberkeit sorgen würden (Urk. 8/45 S. 7). Die Unterhaltungspflicht der Beklagten 1 besteht unabhängig von den der Bauherrschaft und die Bauunternehmen treffenden Pflichten. Der Beklagten 1 gelingt der Nachweis, dass sie alle

- 25 - ihr zumutbaren Massnahmen für Unterhalt, Überwachung und Kontrolle ergriffen hat, nicht. Das Trottoir war mangelhaft unterhalten, wofür die Beklagte 1 einzustehen hat (Art. 58 OR).

## **E. 6**

Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Dies ist ein Vorentscheid im Sinne von Art. 92 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 35'000.–. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG. Zürich, 18. Januar 2012 Obergericht des Kantons Zürich I. Zivilkammer Der

Gerichtsschreiber: lic. iur. Ch. Büchi versandt am:

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