

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: NP160044-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. A. Katzenstein und Ersatzrichterin Prof. Dr. I. Jent-Sørensen
sowie Gerichtsschreiber lic. iur. T. Engler.

Urteil vom 7. April 2017

in Sachen

A. _____,

Kläger und Berufungskläger

vertreten durch Fürsprecher X. _____

gegen

1. **B.** _____ **Bau AG, Bauunternehmung,**

2. **C.** _____,

Beklagte und Berufungsbeklagte

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. _____

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Bülach
vom 23. September 2016; Proz. FV150065**

Rechtsbegehren:

- "1. Die Beklagten seien unter solidarischer Haftung zu verurteilen, dem Kläger Fr. 21'816.92 zu bezahlen, nebst Zins zu 5% ab 24. Mai 2014.

Für den Fall, dass das Gericht auf die Nettoschadensberechnung abstellt und zur Erkenntnis gelangt, dass zur Zeit kein Direktschaden resultiert: Es sei festzustellen, dass die beiden Beklagten für die finanziellen Folgen des Unfalls grundsätzlich haften.

2. Es sei davon Vormerk zu nehmen, dass diese Klage auf einen Teil des Lohnausfalls (durch die SUVA nicht gedeckter Verdienstausschlag ab Unfalltag bis Ende März 2015) beschränkt ist und eine weitergehende Forderung ausdrücklich vorbehalten bleibt.
3. Die Beklagten seien unter solidarischer Haftung zu verurteilen, dem Kläger die Friedensrichterkosten im Betrag von Fr. 525.00 zu ersetzen.
4. Unter solidarischer Kostenfolge zu Lasten der Beklagten".

Urteil des Bezirksgerichtes Bülach, Einzelgericht, vom 23. September 2016
(act. 35 = act. 39 = act. 41) :

- "1. Die Klage wird abgewiesen.

2. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:

Fr. 3'300.– ; die weiteren Auslagen betragen:

Fr. 450.– Dolmetscherkosten

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

3. Die Gerichtskosten werden dem Kläger auferlegt und aus den von ihm geleisteten Kostenvorschüssen bezogen. Ein allfälliger Fehlbetrag wird aus dem von den Beklagten geleisteten Kostenvorschuss bezogen. Der Kläger hat den Beklagten in diesem Fall den beanspruchten Teil ihres Kostenvorschusses zu ersetzen.

4. Der Kläger wird verpflichtet, den Beklagten eine Parteientschädigung von Fr. 6'000.– zu bezahlen.

5./6. Mitteilung/Rechtsmittel".

Berufungsanträge:

des Klägers und Berufungsklägers (act. 38 S. 2):

- "1. Das Urteil des Bezirksgerichts Bülach vom 23. September 2016 sei aufzuheben und zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
2. Eventuell: Das Urteil des Bezirksgerichts Bülach vom 23. September 2016 sei aufzuheben und die Berufungsinstanz habe im Sinne der vor der Vorinstanz gestellten Anträge wie folgt neu zu entscheiden:
 - 2.1 Die Berufungsbeklagten seien unter solidarischer Haftung zu verurteilen, dem Berufungskläger Fr. 21'816.92 zu bezahlen, nebst Zins zu 5% b 24. Mai 2014.
 - 2.2 Es sei davon Vormerk zu nehmen, dass diese Klage auf einen Teil des Lohnausfalls (durch die Suva nicht gedeckter Verdienstausschlag ab Unfalltag bis ende März 2015) beschränkt ist und eine weitergehende Forderung ausdrücklich vorbehalten bleibt.
 - 2.3 Die Beklagten seien unter solidarischer Haftung zu verurteilen, dem Berufungskläger die Friedensrichterkosten im Betrag von Fr. 525.00 zu ersetzen.
 - 2.4 Eventuell: Es sei festzustellen, dass die Berufungsbeklagten für die finanziellen Folgen des Unfalles grundsätzlich haften
3. Unter solidarischer Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Berufungsbeklagten".

der Beklagten (act. 49 S. 2):

- "1. Es sei die Berufung des Klägers und Berufungsklägers vollumfänglich abzuweisen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Klägers und Berufungsklägers".

Erwägungen:

I.

1. Der Kläger ist bei einer Gerüstbauunternehmung, der "D._____ Gerüstbau GmbH" tätig, deren Mitinhaber er ist. Die Beklagte 1 ist ein Bauunternehmen und der Beklagte 2 ist bei ihr angestellt. Am 12. August 2013 wurden auf der Baustelle "E._____" in F._____ vom Lastwagen eines Dritten Gerüstelemente mit dem Kran abgeladen. Der Kran wurde vom Beklagten 2 bedient, der nicht über einen Kranführerschein, sondern lediglich über einen entsprechenden Lernführerschein verfügte. Beim Abheben einer Last löste sich diese bzw. ein Teil davon. Der Kläger, der beim Anschlagen der Lasten auf der Ladefläche geholfen hatte, sprang von der Ladefläche und brach dabei sein rechtes Sprunggelenk, was zu einer länger dauernden Erwerbsunfähigkeit führte. Die eingeklagte Forderung betrifft einen Teil des daraus entstandenen Schadens.

2. Die Vorinstanz hat die Klage abgewiesen (act. 39 S. 16). Diesen Entscheid hat der Kläger rechtzeitig angefochten (act. 38). Die Akten wurden beigezogen. Beim Kläger wurde ein Kostenvorschuss von Fr. 3'300.– erhoben (act. 42 S. 2), welcher rechtzeitig geleistet wurde (act. 44).

3. Die Beklagten haben die Berufungsantwort rechtzeitig eingereicht (Postaufgabe: 22. März 2017; Zustelldatum: 20. Februar 2017 [act. 47]).

4. Die Sache ist spruchreif.

II.

1. In ihrer Begründung ist die Vorinstanz unter anderem auf das Thema des Beweisverfahrens eingegangen (act. 39 S. 9 E. 6.2): Dem Kläger sei in der Beweisverfügung einzig der Beweis dafür auferlegt worden, dass der Beklagte 2 die Last selbst angeschlagen oder eine Hilfsperson dabei ungenügend beaufsichtigt habe. Nicht thematisiert gewesen sei, dass die Last falsch angeschlagen und

deshalb heruntergefallen sei, sei dies doch bei Erlass der Beweisverfügung nicht streitig gewesen. Um den Kausalzusammenhang zwischen dem Verhalten des Beklagten 2 und dem Absturz zu bejahen, seien natürlich auch diese Elemente der Kausalkette erforderlich. Erforderlich sei auch, dass der Kläger gerade wegen der herunterfallenden Last vom Lastwagen sprang, um sich vermeintlich oder wirklich in Sicherheit zu bringen, was der Kläger ebenfalls zu beweisen habe (act. 39 S. 9 E. 6.3).

Aufgrund der Befragungen des Chauffeurs des die Gerüstteile anliefernden Lastwagens, G._____ (als Zeuge), sowie des Klägers und des Beklagten 2 (als Parteien) ist die Vorinstanz zum Schluss gekommen, dass die Pakete aus Gerüstelementen – wie üblich – mit zwei Stahlbändern zusammengebunden gewesen seien, was auch beim schliesslich abgestürzten Paket der Fall gewesen sein müsse (act. 39 S. 12). Gemäss dem Kläger sei allerdings nicht das ganze Paket abgestürzt, sondern die Hälfte sei oben geblieben, weil sich eines der beiden Stahlbänder (und nur dieses) gelöst habe. Diese neue Sachdarstellung des Klägers habe mit Blick auf den zu beweisenden Kausalzusammenhang Folgen: Es stelle sich die Frage, ob der Absturz nicht vielleicht durch Reißen oder sonstiges Lösen des einen Stahlbandes verursacht worden sein könnte. Der Kläger behauptete zwar, dass das nicht möglich sei, aber nach seiner Aussage habe sich nur eines der Stahlbänder gelöst. Daher scheine es wenig plausibel, dass die Last aufgrund des falschen Anschlagens zuerst ins Schwanken geraten sein könnte und sich das Band deshalb gelöst habe. Da die Stahlbänder nämlich die Gerüstelemente nach Aussagen aller Beteiligten so zusammenhalten, dass sie nur noch an den Kran angehängt werden müssten, sei es wesentlich plausibler, dass eine falsch angehängte Last in einem Stück, also immer noch von den Stahlbändern umschlossen, heruntergefallen wäre. Es sei daher naheliegend, dass sich das Stahlband unabhängig von der Art des Anschlagens gelöst habe und dass die Last deshalb heruntergefallen sei, was auf einen Montagefehler beim Stahlband hindeute (act. 39 S. 13). Das würde ein erhebliches Drittverschulden von Personen bedeuten, die das Stahlband zuvor montiert hatten (act. 39 S. 13). Auch bei diesem Szenario könne die Last falsch angeschlagen gewesen sein, nachdem sich G._____ und der Kläger darüber einig seien, dass die Last am eigentlich da-

für nicht vorgesehenen Bügel angehängt gewesen sei (act. 39 S. 14). Der Kläger sehe darin kein Problem, es sei jedoch naheliegend, dass der Bügel für eine solche Belastung nicht ausgelegt sei, was auch der Beklagte 2 so sehe. Dieser halte sich aber nicht dafür zuständig, die Arbeit des Klägers in irgend einer Weise zu überwachen. Es sei daher erstellt, dass beim Anschlagen der Last grössere Fehler passiert seien und dass der Beklagte 2 dieses nicht genügend überwacht habe. Hingegen sei nicht anzunehmen, dass der Anschlagfehler kausal für den Absturz gewesen sei. Weil ein Teil der Last am Kran hängen geblieben sei, hätten die Bügel die Last wohl tragen können, wenn nicht das gerissene Stahlband den Absturz verursacht hätte. Beim Anhängen der Last seien Fehler passiert und der Beklagte 2 habe seine Überwachungspflicht verletzt. Als Absturzursache komme aber auch ein falsch montiertes Stahlband ernsthaft in Frage, wofür die Beklagten nicht haften würden (act. 39 S. 14). Der Rechtsvertreter des Klägers habe auf Nachfrage betreffend Stahlbänder hin bestätigt, dass die Absturzursache unklar sei, sei aber auf die Frage der Kausalität nicht näher eingegangen. Nach seiner Ansicht sei die Frage, ob die Last noch mit den Stahlbändern zusammengebunden gewesen waren, irrelevant (act. 39 S. 15). Der Vertreter der Beklagten habe darauf hingewiesen, dass der Beklagte 2 sich habe darauf verlassen können, dass die Stahlbänder vorhanden gewesen seien; entweder hätten alle Gerüstelemente abstürzen oder beide Stahlbänder reissen müssen (act. 39 S. 15). Keine der Parteien habe eine Beweisergänzung verlangt und es sei nicht Sache des Gerichts, Weiterungen vorzunehmen (act. 39 S. 15). Es könne daher als erstellt gelten, dass die Last falsch angeschlagen worden sei und dass der Beklagte 2 dies nicht korrekt überprüfte, was grundsätzlich gegen die Kranverordnung verstosse. Einzig deshalb seien die Beklagten aber noch nicht haftbar für das Abstürzen der Last und dadurch entstandene Schäden, weil der Kläger auch beweisen müsse, dass das Fehlverhalten des Beklagten 2 kausal für den Absturz sei. Es sei aber ebenso gut möglich, dass die Last wegen des falsch montierten Stahlbandes abgestürzt sei (act. 39 S. 15 f.).

2. In seiner Berufung (act. 38) führt der Kläger bezüglich der Absturzursache zusammengefasst Folgendes aus: Die Vorinstanz weise die Klage ab, weil eine Drittorsache – ein falsch montiertes Stahlband – für das Herabstürzen der Lasten

in Frage komme. Auch wenn es nach der Vorinstanz als erstellt gelten könne, dass die Last falsch angeschlagen worden sei und der Beklagte 2 das korrekte Anschlagen nicht überprüft habe, so sei es nach ihr ebenso gut denkbar, dass die Lasten wegen des falsch montierten Stahlbandes abgestürzt sei (act. 39 E. 10). Damit argumentiere die Vorinstanz in gewisser Weise mit dem rechtlichen Argument der überschüssenden Kausalität (act. 39 Rz 20). Tatsächlich habe der Kläger in der Einvernahme (Prot. VI S. 52 oben) eine neue Sachverhaltsvariante ins Spiel gebracht: Eines von zwei Stahlbändern hätte sich auf der einen Seite etwas gelöst, so dass ein Teil der Bretter aus dem Bund herausgerutscht und heruntergefallen sei (act. 38 Rz 41). Das sei ein Novum, das nach Art. 229 ZPO zu spät in den Prozess eingebracht worden sei (act. 38 Rz 42). Wegen der möglichen Drittursache übergehe die Vorinstanz Art. 6 Abs. 1 und 3 KranV mit den darin auferlegten Pflichten (act. 38 Rz 44), zumal dem Beklagten 2 die beiden Hilfspersonen zuvor nicht bekannt gewesen seien (act. 38 Rz 45). G._____ habe sich selber als unerfahren bezeichnet (Prot. VI S. 22) und ausgesagt, dass das Anschlagen dann zu den Aufgaben des Chauffeurs gehöre, wenn er darauf hingewiesen werde, wie er anschlagen müsse (act. 38 Rz 47). Das Fehlverhalten des Beklagten 2 sei ursächlich gewesen für das Herabstürzen der Gerüstbodenbretter. Die originäre Verantwortung des Beklagten 2 stehe klar im Vordergrund und es liege kein Anwendungsfall überschüssender Kausalität vor (act. 38 Rz 55). Aus all den einschlägigen Bestimmungen folge, dass der Kranführer die Gesamtverantwortung für das korrekte Anschlagen von Lasten trage.

3. Die Beklagten nehmen in der Berufungsantwort (act. 49) unter anderem zur Frage der vom Kläger im Rahmen der Befragung vorgebrachten Drittursache wie folgt Stellung: Der vorinstanzliche Richter habe zu Recht in Zweifel gezogen, ob ein bestrittenes Verhalten des Beklagten 2 oder das Reißen des Stahlbandes Ursache für den Absturz der Last gewesen sei (act. 49 Rz 41). Bei der "Noventheorie" übersehe der Kläger geflissentlich, dass gemäss Vorladung des Bezirksgerichtes Bülach vom 1. Juni 2016 die Parteien auf Mittwoch, den 29. Juni 2016 zur "Beweisabnahme (Zeugeneinvernahme und Parteibefragung sowie Vorträge zum Ergebnis des bisherigen Beweisverfahrens)" vorgeladen worden seien. Die Verhandlung vom 29. Juni 2016 müsse demzufolge als erweiterte Hauptverhand-

lung qualifiziert werden. Komme dazu, dass der zuständige Einzelrichter dem klägerischen Anwalt unmissverständlich folgende Fragen gestellt habe: "Wollen Sie noch etwas zu den Stahlbändern, mit denen die Last zusammengebunden gewesen sein soll, und zur Art des Absturzes sagen?" Der Vertreter des Klägers habe sich nach dieser Frage zum Thema lediglich wie folgt geäußert: "Ob die Bünde auch noch mit Stahlbändern zusammengebunden waren, ist für die Frage der Haftung nicht relevant". Damit könne sich der Berufungskläger nicht darauf berufen, dass das Gericht gestützt auf ein unzulässig vorgebrachtes Novum entschieden habe. Ganz abgesehen davon handle es sich hier um ein Zugeständnis der klagenden Partei im Beweisverfahren. Anerkenntnisse könnten im Prozess jederzeit erfolgen, soweit dies die Gegenpartei entlaste. Und genau das sei geschehen (act. 49 Rz 42). Die Vorinstanz sei zu Recht davon ausgegangen, dass das vom Kläger zugestandene Reißen eines Stahlbandes Ursache für den Absturz einzelner Gerüstbretter gewesen sei (act. 49 Rz 52). Das Reißen eines Stahlbandes müsse – nach den eigenen Aussagen des Klägers – mit Sicherheit als eigentliche Ursache für den Absturz eines Teils der Last angenommen werden. Diese Drittur-sache, nämlich das ungenügende Zusammenhalten der Last mittels der Stahlbänder, habe auf jeden Fall nicht der Beklagte 2 zu vertreten. Nachdem der Kläger weder im vorinstanzlichen noch im obergerichtlichen Verfahren den Beweis dafür erbracht habe, dass dieses Reißen des Stahlbandes nicht ursächlich für den Absturz der Last gewesen sei, sei mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass der adäquate Kausalzusammenhang zwischen dem bestrittenen Fehler des Beklagten 2 und dem Absturz der Last nicht schlüssig bewiesen sei (act. 49 Rz 55). Kausal für den Unfall sei das falsche Anhängen der Last durch den Kläger sowie insbesondere das Reißen des Stahlbandes (act. 49 Rz 59).

III.

1. a) Der Entscheid der Vorinstanz beruht darauf, dass der Kläger wegen dem Szenario "Reißen des Stahlbandes", welches auf die Aussage des Klägers im Rahmen des Beweisverfahrens zurückgehe, nicht habe beweisen können,

dass der Fehler des Beklagten 2 kausal für den Absturz gewesen sei (act. 39 E. 8.5).

b) Der Kläger bzw. sein Vertreter bringt dazu in der Berufung vor, dass der Kläger anlässlich der Beweisverhandlung vom 29. Juni 2016 eine neue Sachverhaltsvariante in die Diskussion gebracht habe. Die Parteiaussage sei nach erfolgreichem Schriftenwechsel und nach abgeschlossener Hauptverhandlung gemacht worden, so dass es sich um ein Novum handle und nach den Vorschriften von Art. 229 ZPO zu spät in den Prozess eingebracht worden sei (act. 38 Rz 42).

c) Die Beklagten führen zur "Noventheorie" an, dass zur "Beweisabnahme (Zeugeneinvernahme und Parteibefragung sowie Vorträge zum Ergebnis des bisherigen Beweisverfahrens)" vorgeladen worden sei, so dass von einer erweiterten Hauptverhandlung auszugehen sein. Ausserdem habe der Vertreter des Klägers im Rahmen der Stellungnahme zum bisherigen Beweisergebnis (Prot. S. 65 ff.) nicht auf die Novenproblematik hingewiesen, so dass der Kläger im "Berufungsverfahren sich nicht darauf berufen [kann], das Gericht habe gestützt auf ein unzulässiges Novum entschieden". Ganz abgesehen handle es sich um ein Zugeständnis im Beweisverfahren, und Anerkenntnisse seien im Prozess jederzeit zulässig, soweit sie die Gegenpartei entlasteten (act. 49 Rz 42).

2. a) Der Kläger hat den Betrag von rund Fr. 21'000.– eingeklagt. Demnach kam vor Vorinstanz das vereinfachte Verfahren i.S.v. Art. 243 Abs. 1 ZPO zur Anwendung. Gemäss Art. 247 Abs. 1 ZPO ist für das vereinfachte Verfahren eine intensivierete Fragepflicht vorgesehen; Art. 247 Abs. 2 ZPO, der den Untersuchungsgrundsatz vorsieht, ist hier hingegen nicht anwendbar. Noven, d.h. neue Tatsachen und Beweismittel, können nur bis und mit dem zweiten Vortrag unbeschränkt vorgebracht werden, wovon eine Ausnahme bestehen soll, wenn die neuen Vorbringen eine Folge der richterlichen Befragung sind (KuKo ZPO-Fraefel, 2. Auflage 2014, N. 13 zu Art. 247). Damit ist die gerichtliche Befragung gemäss Art. 56 ZPO gemeint, die blosses Klärungs- und nicht Beweismittel ist (vgl. DIKE-Komm-ZPO-Müller [2. Auflage 2016], N. 5 zu Art. 191), und nicht die Parteibefragung im Rahmen des Beweisverfahrens. Handelt es sich nicht um einen Fall von Art. 247 Abs. 2 ZPO, so gilt demnach der sog. Aktenschluss des or-

entlichen Verfahrens i.S.v. Art. 229 i.V.m. Art. 219 ZPO. Diesfalls ist neues Vorbringen nur noch in den besonders genannten Fällen von Art. 229 Abs. 1 und 2 ZPO zulässig. Dass eine solche Konstellation vorliegt, ist weder dargetan noch ersichtlich.

b) Die Beklagten machen geltend, es habe sich um eine "erweiterte Hauptverhandlung" gehandelt. Was das genau bedeutet, sagen sie nicht und es versteht sich auch nicht von selbst. Der Beweisabnahme vom 29. Juni 2016 ging die Hauptverhandlung voraus (Prot. S. 4 ff.). Es folgten rund vier Monate später, mit Datum vom 29. März 2016, die Beweisverfügung (Prot. S. 13 ff.) und am 29. Juni 2016 die Beweisverhandlung (Prot. S. 16 ff.). Ein zeitlicher Zusammenhang besteht demnach nicht, und das ist entscheidend, auch kein verfahrensrechtlicher, ist doch das Beweisverfahren ein selbständiger Verfahrensabschnitt (vgl. KuKo ZPO-Schmid [2. Auflage 2014], N. 1 zu Art. 154: Die Beweisverfügung setzt voraus, "dass das Behauptungsstadium abgeschlossen ist und die Beweismittel bezeichnet sind, was spätestens nach der Hauptverhandlung der Fall ist, nachträgliches Vortragen echter Noven vorbehalten").

c) Der Kläger hat seine neue, von der bisherigen Sachdarstellung abweichende Version des Unfallherganges im Rahmen der Parteibefragung gemäss Art. 191 ZPO (Prot. VI S. 35) vorgebracht. Wenn neue Tatsachen im Rahmen des Beweisverfahrens namhaft gemacht werden, lässt das an die sog. überschüssenden Beweisergebnisse denken. Dabei geht es um Tatsachen, die im Rahmen des Beweisverfahrens zutage treten, ohne dass sie zuvor von einer Partei behauptet worden sind bzw. von den parteiseits behaupteten Tatsachen gedeckt sind (DIKE-Komm-ZPO-Müller [2. Auflage 2016], N. 22 zu Art. 187).

Hier hat der Kläger neue Tatsachen zum Unfallhergang genannt, die er selber wahrgenommen haben will, so dass nicht ersichtlich ist und auch nicht geltend gemacht wird, warum sie erst im Rahmen des Beweisverfahrens vorgebracht wurden. Für den Fall, dass die neuen Tatsachen im Beweisverfahren im Rahmen von Parteibefragung und Beweisaussage zu Tage treten, ist grosse Zurückhaltung bei der Berücksichtigung der nachträglichen neuen Vorbringen geboten, weil sonst auf diesem Weg der Zweck der Eventualmaxime (Art. 229 ZPO) – die Ver-

hinderung von verschleppten und ausufernden Prozessen – vereitelt und die Novenschranken leicht umgangen werden könnten (DIKE-Komm-ZPO-Müller [2. Auflage 2016], N. 25 zu Art. 191; a.A. BK ZPO-Bühler, N. 81 zu Art 191).

Der Kläger hat anlässlich der Parteibefragung im Rahmen des Beweisverfahrens eine neue, von den bisherigen Vorbringen seines Rechtsvertreters abweichende Schilderung des Unfallherganges gegeben. Das ist allerdings in dem Sinne kein überschliessendes **Beweisergebnis**, weil damit den bereits bisher kontroversen Sachdarstellungen der Parteien eine neue, durch die blosser Aussage des Klägers nicht bewiesene Sachdarstellung hinzugefügt wurde, und das ist eine andere Ausgangslage als wenn sich ein von einer Partei zuvor nur unvollständig oder gar nicht behaupteter Sachverhalt im Beweisverfahren mit der nötigen Gewissheit als feststehend herausstellt (vgl. z.B. Max Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Auflage, Zürich 1979, S. 350 zu neuen Erkenntnissen aus einem gerichtlichen Gutachten). Im vorliegenden Fall gibt es kein Beweisergebnis, das die materielle Wahrheit "auf den Tisch" legt, so dass eine Nichtberücksichtigung nicht stossend ist (vgl. Christoph Leuenberger, Nicht behauptete Tatsachen als Ergebnisse des Beweisverfahrens, in: Jametti Greiner/Berger/Güngerich, Rechtsetzung und Rechtsdurchsetzung, Festschrift für Franz Kellerhals zum 65. Geburtstag, Bern 2005, S. 313 ff., S. 314).

d) Die Beklagten machen schliesslich geltend, dass die Vorbringen des Klägers ein Anerkenntnis seien, das die Gegenpartei – die Beklagten – entlaste, was jederzeit zulässig sei (act. 49 Rz 42). Zu klären ist in diesem Zusammenhang der Begriff "Anerkenntnis". Die Beklagten verstehen darunter offenbar die Anerkennung von Tatsachenbehauptungen, welche prozessualen Charakter hat und die von der Gegenpartei geschilderte Sachdarstellung bestätigt, so dass sie danach als unbestritten gilt (vgl. Sebastián Moret, Aktenschluss und Novenrecht nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürcher Studien zum Verfahrensrecht, Band 177, Zürich 2014, Rz 471), womit sie dem Entscheid zu Grunde zu legen ist, weil zugestandene Tatsachen keines Beweises bedürfen (Guldener, a.a.O., S. 160; ZK ZPO-Hasenböhler, 3. Auflage 2016, N. 16 zu Art. 150: "Geständnis ist

die prozesserhebliche Erklärung einer Partei, dass die Sachbehauptung der Gegenpartei zutreffe").

Der Kläger hat mit seiner Sachdarstellung im Rahmen der Parteibefragung nicht die Sachverhaltsdarstellung der Beklagten als zutreffend bestätigt, sondern eine andere neue, weder von seinem Vertreter noch von den Beklagten behauptete Version des Unfallherganges vorgebracht. Das ist kein Zugeständnis bzw. Anerkenntnis, das den Sachverhalt unstreitig macht. Damit stellt sich weiter die Frage, ob mit der neuen Version die früher geäußerte ohne weiteres "ausser Kraft gesetzt" wird. Davon ist nicht auszugehen. Wenn der Rechtsvertreter bzw. die vertretene Partei sich nicht ausdrücklich zum Verhältnis der widersprechenden Tatsachenvorbringen äussert (Ersatz des Ursprünglichen durch das neue, Festhalten am Ursprünglichen, Eventualvorbringen), kann das Gericht nicht von sich aus das Eine oder Andere als massgeblich annehmen, sondern hätte dies unter Ausübung der Fragepflicht (Art. 56 ZPO) zu ermitteln. Die Beklagten machen in der Berufungsantwort (act. 49 Rz 42) geltend, dass der zuständige Einzelrichter dem Vertreter des Klägers unmissverständlich die Frage gestellt habe, ob er "noch etwas zu den Stahlbändern, mit denen die Last zusammengebunden gewesen sei, und zur Art des Absturzes (Protokoll S. 65 mitte)" sagen wolle. Und sie zitieren dann den Vertreter des Klägers mit der Antwort: "Ob die Bürde auch noch mit Stahlbändern zusammengebunden waren, ist für die Frage der Haftung nicht relevant". Damit könne – so die Beklagten – der Berufungskläger im Berufungsverfahren "sich nicht darauf berufen, dass das Gericht [...] gestützt auf ein unzulässiges Novum entschieden habe" (act. 49 Rz 42).

Die Beklagten erwähnen nicht, was der Vertreter des Klägers in diesem Zusammenhang gesamthaft ausführte, nämlich: "Tatsache ist, dass die Last herunterfiel. Die Aussagen zum Grund gehen auseinander. Dazu ergab das Beweisergebnis kein klares Ergebnis. Aber schon wegen dem Herunterfallen ist die Verantwortung des Kranführers gegeben. Der Beklagte 2 sagte, der zweitletzte Bund sei mittels Gurten am Kran befestigt worden. Herr G._____ und der Kläger bestreiten dies und behaupten, sie hätten die Last an den Bügeln der Gerüstplatten befestigt, was nicht zulässig ist. Diese Bügel sind nicht für solche Bürden geschaf-

fen. Vier Bünde à 20 Bretter dürfen nicht so befestigt werden, das sagt auch der Beklagte 2 selber. Ob die Bünde auch noch mit Stahlbändern zusammengehalten waren, ist für die Frage der Haftung nicht relevant" (Prof. VI S. 65).

Aus dieser Antwort des Vertreters des Klägers kann jedenfalls nicht geschlossen werden, dass er sich von der ursprünglichen Sachverhaltsschilderung distanziert hätte. Herkömmlicherweise bringt eine Partei nachträglich nur dann neue Tatsachen vor, wenn ihr das im laufenden Verfahren von Nutzen ist. Hier haben die Antworten des Klägers im Rahmen der Parteibefragung unmittelbar dazu geführt, dass die Vorinstanz seine Klage abgewiesen hat. Deshalb hat er ein Interesse an der Berücksichtigung der Novenschranke und der Ausserachtlassung dessen, was er persönlich im Nachhinein selber in den Prozess eingeführt hat, worauf er in seiner Berufung hinweist (act. 38 Rz 42). Das Interesse der Beklagten wäre, dass von der Novenschranke abgesehen würde, um das nachträgliche Vorbringen des Klägers berücksichtigen zu können. Dazu ist anzuführen, dass Art. 229 Abs. 1 und 2 ZPO "parteineutral" ausformuliert ist, so dass es nicht darauf ankommen kann, wem die neuen Vorbringen nützen bzw. schaden würden. Daher ist davon auszugehen, dass die eigene Sachverhaltsvariante des Klägers im Rahmen des Beweisverfahrens zu spät in den Prozess eingebracht wurde und unberücksichtigt bleiben muss. Dass der Vertreter des Klägers seinerzeit im Rahmen der Stellungnahme zum Beweisergebnis nicht unmittelbar auf die Missachtung der Novenschranke hinwies, wie die Beklagten geltend machen (act. 49 Rz 42), kann ihm nicht schaden. Art. 229 Abs. 1 ZPO sieht vor, dass neue Tatsachen und Beweismittel nur noch berücksichtigt werden, wenn es sich um echte Noven handelt (lit. a) oder wenn Bestehendes trotz zumutbarer Sorgfalt nicht vorher vorgebracht werden konnte (unechte Noven). Die Eventualmaxime bzw. der sog. Aktenschluss steht im Interesse einer straffen Prozessführung (KuKo ZPO-Naegeli/Mayhall, 2. Auflage 2014, N. 1 zu Art. 227), worüber die Gerichte im Rahmen der Prozessleitung zu wachen haben. Auch aus der Regel, dass es der Partei obliegt, welche das Novenrecht beansprucht, die Zulässigkeit im Einzelnen dazutun (Eric Pahud, DIKE-Komm-ZPO, 2. Auflage 2016, N. 15 zu Art. 229), folgt, dass es nicht Sache des Klägers war, die Zulässigkeit der Noven zu bestreiten.

e) Als Fazit ist festzuhalten, dass die neue Sachverhaltsvariante des Klägers, welche er im Rahmen der Parteibefragung vorgebracht hat, verspätet erfolgte und daher unbeachtlich ist. Unbeachtlich ist sie auch, weil es sich nicht um ein "Anerkenntnis" bzw. um ein Zugeständnis handelt, mit dem Tatsachenvorbringen der Beklagten anerkannt worden sind, so dass sie vom Gericht dem Entscheid als unstreitige Tatsache zugrunde zu legen wären. Aus der Aussage des Klägers und der Reaktion seines Rechtsvertreters im Zusammenhang mit der Stellungnahme zum Beweisergebnis kann auch nicht gefolgert werden, dass an der ursprünglichen (vom Vertreter des Klägers) geäußerten Sachdarstellung nicht mehr festgehalten werden wollte.

Konkret folgt daraus, dass die Vorinstanz ein Drittverschulden nicht hätte in Betracht ziehen dürfen und auf der Grundlage der Vorbringen des Vertreters des Klägers sowie der Vorbringen der Beklagten – unter Berücksichtigung der Ergebnisse des Beweisverfahrens zu diesen Vorbringen – hätte entscheiden müssen.

3. a) Die Vorinstanz hat festgehalten, dass die Haftung der Beklagten zum einen dann in Frage kommt, wenn der Beklagte 2 die Last selber falsch angeschlagen hat und diese deswegen abstürzte und zum anderen dann, wenn er das Anschlagen einer Hilfsperson überliess, diese die Last falsch anschlug, ohne dass der Beklagte 2 korrigierend eingriff. Im Beweisverfahren habe der Kläger bestätigt, dass die Last an den Bügeln angehängt worden sei, und zwar am zweituntersten Brett. Entgegen dem Zeugen G._____ habe er ausgesagt, dass das immer so gemacht werde, anders könne das gar nicht gemacht werden. Nur risikoscheue Kranführer würden die Last komplett umschlaufen (act. 39 E. 6.1).

Das wirft nach der Vorinstanz die Frage auf, ob der Kläger überhaupt der Meinung sei, beim Anschlagen sei ein Fehler gemacht worden (act. 39 S. 11). Eine Antwort auf diese Frage findet sich im Urteil nicht. Dazu ist anzumerken, dass die Aussage des Klägers, das "werde immer so gemacht" und "nur risikoscheue Kranführer würden die Last komplett umschlaufen", nicht sagt, wie die Regeln sind, sondern wie es nach der Wahrnehmung des Klägers im Arbeitsalltag auf den Baustellen gemacht wird.

b) Die Vorinstanz ist auf die Ergebnisse der Zeugen- und Parteibefragung zu den eigentlichen Beweisthemen – wie sie selber ausführt – "nur in Kürze" eingegangen. Sie hat sich damit begnügt, weil sich an der Beweisverhandlung herausstellte, "dass auch ein anderer Grund für den Absturz der Last in Frage kommt, den zuvor offenbar weder der Kläger noch die Beklagten in Erwägung gezogen hatten" (act. 39 E. 7.1.). Wenn die Kammer nunmehr der Meinung ist, dass dieser andere Grund für den Absturz der Last aus prozessualen Gründen nicht berücksichtigt werden kann, ist der Fall auf dem ursprünglichen Tatsachenfundament zu lösen und auch aus diesem Blickwinkel umfassend zu begründen. Art. 239 Abs. 2 ZPO enthält keine Angaben über den Umfang der Begründungspflicht, so dass die verfassungsrechtlichen Vorgaben von Art. 29 Abs. 2 BV zu beachten sind (KuKo ZPO-Naegeli/Mayhall [2. Auflage 2014], N. 19 zu Art. 239). Wenn die Vorinstanz selber auf die Kürze der Begründung hinweist, macht sie klar, dass sie diese nur angesichts der besonderen Situation für ausreichend gehalten hat, dass sie aber nicht der Meinung war, damit eine für den auf der ursprünglichen Basis gefällten Entscheid tragende Begründung gegeben zu haben. Ausserdem konnte aus dem gleichen Grund auf die Prüfung der weiteren Haftungsvoraussetzungen verzichtet werden, was nunmehr soweit erforderlich vorzunehmen ist.

c) Nach dem Gesagten ist die Sache im Sinne der Erwägungen zur weiteren Bearbeitung und zum Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen.

IV.

Wird die Berufung gutgeheissen und der Fall an die Vorinstanz zurückgewiesen, so ist lediglich die Entscheidegebühr für das Berufungsverfahren festzusetzen. Die Verlegung der Kosten- und Entschädigungsfolgen wird der Vorinstanz entsprechend dem Ausgang des erstinstanzlichen Verfahrens obliegen.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird gutgeheissen, das Urteil des Bezirksgerichts Bülach, Einzelgericht vom 23. September 2016 wird aufgehoben und die Sache zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen des erstinstanzlichen Verfahrens werden dem neuen vorinstanzlichen Entscheid vorbehalten.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidegebühr wird auf Fr. 3'300.– festgesetzt.
4. Die Verlegung der Gerichtskosten für das Berufungsverfahren sowie die Festsetzung einer Parteienschädigung für dieses werden dem neuen Entscheid der Vorinstanz vorbehalten.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Kläger unter Beilage des Doppels von act. 49, sowie an das Bezirksgericht Bülach, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten sowie die Akten des vorliegenden Berufungsverfahrens an die Vorinstanz.

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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 21'816.92.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. P. Diggelmann

lic. iur. T. Engler

versandt am: