

Luzerner Moot Court

# Klageschrift Nr. 8

**Eingereicht von**

Peter Muster

Matrikel-Nr. 05-555-555

5. Semester

Homburgerweg 2

8000 Zürich

peter.muster@stud.unilu.ch

Verfasst im Rahmen des Luzerner Moot Court im schweizerischen Privatrecht, bei Prof. Dr.

iur. Andreas Furrer und Dr. iur. Andreas Galli im Herbstsemester 2007 an der Universität

Luzern

Peter Muster  
Homburgerweg 2  
8000 Zürich

EINSCHREIBEN

Amtsgericht Luzern-Stadt  
Grabenstrasse 2  
Postfach  
6000 Luzern 5

Luzern, 26.08.2007

**Klage**

**Kommentar [GIS1]:** Sollte hervorgehoben werden.

In Sachen

**Ishwar Larifari**, Perlengasse 3, 6330 Cham  
Vertreten durch Peter Muster, Nr. 8

**Kläger,**

**Kommentar [ag2]:** Adresse angeben. Dies ist in der Praxis wichtig, da Zustellungen an den Rechtsvertreter und nicht den Klienten selbst erfolgen.

gegen

**Autowrack GmbH**, Langfingerstrasse 2, 6000 Luzern 7  
Vertreten durch Carmen Beispiel, Nr. 16

**Beklagte,**

betreffend

**Forderung**

**Kommentar [GIS3]:** Möglichst abstrakt formulieren.

Sehr geehrter Herr Präsident

Sehr geehrte Damen und Herren Amtsrichterinnen und Amtsrichter

**Kommentar [AG4]:** Im Zweifelsfalle, ob der Präsident ein Mann ist, müssen beide Ansprachen verwendet werden.

**Gelöscht:** R

Namens und Auftrags meines Mandanten stelle ich folgende

## **Rechtsbegehren**

1. Die Beklagte sei zur Zahlung von CHF 105'956.00 zu verpflichten, zuzüglich Zins von 5% seit dem 1. Juni 2007.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten.

## Inhaltsverzeichnis

<b>Literaturverzeichnis .....</b>	<b>VI</b>
<b>Abkürzungsverzeichnis .....</b>	<b>VIII</b>
<b>A. Einleitung.....</b>	<b>1</b>
<b>B. Formelles .....</b>	<b>2</b>
<b>1. Örtliche Zuständigkeit.....</b>	<b>2</b>
<b>2. Sachliche Zuständigkeit.....</b>	<b>2</b>
<b>3. Aussöhnungsversuch / Klagefrist .....</b>	<b>2</b>
<b>4. Vollmacht .....</b>	<b>3</b>
<b>C. Materielles.....</b>	<b>3</b>
<b>1. Vertragsverletzung durch sorgfaltswidriges Verhalten .....</b>	<b>3</b>
1.1. Sorgfalts- und Obhutspflicht als bedeutende Nebenpflicht des Vertrages.....	3
1.2. Diebstahlverhinderung als Inhalt der Sorgfaltspflicht .....	4
1.3. Grobfahrlässiges Handeln der Angestellten der Beklagten.....	4
1.4. Umfang der Sorgfaltspflicht .....	5
1.5. Vertragsverletzung liegt vor .....	6
<b>2. Zurechnung des sorgfaltswidrigen Handelns .....</b>	<b>6</b>
2.1. Die Angestellten sind Hilfspersonen nach Art. 101 OR .....	7
2.2. Funktioneller Zusammenhang liegt vor .....	7
2.3. Hypothetische Vorwerfbarkeit ist gegeben .....	8
2.4. Die Beklagte hat für das Verhalten ihrer Angestellten einzustehen .....	8
<b>3. Die weiteren Haftungsvoraussetzungen sind erfüllt .....</b>	<b>8</b>
3.1. Schaden .....	8

---

3.2. Nebenpflichtverletzung ist adäquat-kausal zum entstanden Schaden .....	9
3.3. Alle Voraussetzungen einer vertraglichen Haftung sind erfüllt .....	9
<b>4. Keine Wirksamkeit der AGB der Autowrack GmbH.....</b>	<b>10</b>
4.1. Die AGB wurden nicht in das Vertragsverhältnis einbezogen.....	10
4.2. Allenfalls Globalübernahme der AGB.....	11
4.3. Haftungsausschlussklausel der AGB würde keine Wirkung entfalten .....	11
4.4. Berufung auf die „vereinbarte“ Haftungsfreizeichnung gelingt nicht .....	12
<b>5. Schlussfolgerung .....</b>	<b>12</b>
<b>D. Beilagenverzeichnis.....</b>	<b>14</b>

## Literaturverzeichnis

**Kommentar [GIS5]:** Literaturverzeichnis möglichst in einer Tabelle erfassen und im Blocksatz.

**Zitierweise:** Die nachstehenden Werke werden, wenn nichts anderes angegeben ist, mit Nachnamen des Autors sowie Seitenzahl oder Randnummer angegeben.

**Kommentar [GuMi6]:** Gender sowie Singular und Plural beachten

- |  |   |
|--|---|
| BÜHLER THEODOR   | Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Obligationenrecht, Teilband 2d: Der Werkvertrag, Art. 363-379, 3. Aufl., Zürich 1998<br>(zit. BÜHLER, ZüKomm, N ... zu Art. ... OR) |
| GAUCH PETER  | Der Werkvertrag, 4. Aufl., Zürich 1996  |
| GAUCH PETER/<br>SCHLUEP WALTER R./<br>SCHMID JÖRG/<br>REY HEINZ          | Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, 8. Aufl., Band I & II, Zürich/Basel/Genf 2003<br>(zit. GAUCH/SCHLUEP/BEARBEITER, Nr. ...)   |
| GUHL THEO/<br>KOLLER ALFRED/<br>SCHNYDER ANTON K./<br>DRUEY JEAN NICOLAS | Das Schweizerische Obligationenrecht, mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, 9. Aufl., Zürich 2000<br>(zit. GUHL/BEARBEITER, § ... N. ...)                                       |
| HONSELL HEINRICH/<br>VOGT NEDIM PETER/<br>WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.)       | Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1 – 529 OR, 4. Aufl., Basel 2007<br>(zit. BEARBEITER, BaKomm, N. ... zu Art. ... OR)                            |
| SCHWENZER INGEBORG   | Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Bern 2006  |

WEBER ROLF H.

Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Das Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 5. Teilband: Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97 – 109 OR, Bern 2000

(zit. WEBER, BeKomm, N ... zu Art. ... OR)

## Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BaKomm	Basler Kommentar
Bd.	Band
BeKomm	Berner Kommentar
BGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (Lausanne)
E.	Erwägung
f.	und folgende
ff.	und fortfolgende
GestG	Bundesgesetz vom 24. März 2000 über den Gerichtsstand in Zivilsachen (SR 272)
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
Hrsg.	Herausgeber
lit.	Litera
N.	Note, Randnote
Nr.	Nummer, Randnummer
OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (SR 220)
Rz.	Randziffer
S.	Seite
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
SRL	Systematische Rechtssammlung des Kantons Luzern
vgl.	Vergleiche
zit.	zitiert, zitiert als

ZPO LU                    Gesetz über die Zivilprozessordnung des Kantons Luzern vom 27.  
                                 Juni 1994, (Ausgabe vom 01. Januar 2002) (SRL 260a)

ZüKomm                    Zürcher Kommentar

## A. Sachverhalt

- 1 Am 01. Juni 2007 erlitt der Kläger, der in der Schweiz indischen Schmuck vertreibt, während einem Kundenbesuch einen Reifenschaden, worauf er sein Auto zur **Beklagten** abschleppen liess, um dort die nötigen Reparaturen durchführen zu lassen. Um 15:10 Uhr wurde das Fahrzeug zur Reparatur übergeben. Da es sich um eine kurze Reparaturarbeit handelte, wartete der Kläger in einem nahe gelegenen Café. Im berechtigten Glauben, die Beklagte werde für die Sicherheit des Fahrzeugs schauen, liess der Kläger mehrere Schmuckkoffer im Kofferraum seines Autos liegen. Nach Aussagen der Angestellten, welche für die Reparatur zuständig waren, betraten dann um 16:30 Uhr zwei unbekannte Männer die Garage und entwendeten die Schmuckkoffer aus dem Fahrzeug.
- 2 Der Kläger bemerkte den Diebstahl bereits, als er das Auto ein halbe Stunde später abholte und setzte die Beklagte auch umgehend davon in Kenntnis.

*Beweis:* - Polizeibericht vom 06. Juni 2007 Beilage 5  
 - Brief vom 05. Juni 2007 Beilage 2

- 3 In der Folge forderte der Kläger die Beklagte auf, den entstanden Schaden von total CHF 105'956.00 zu begleichen. Gleichzeitig behielt sich der Kläger die Bezahlung der Reparaturrechnung (Beilage 1) bis zur Regelung des Schadens vor.

*Beweis:* - Brief vom 05. Juni 2007 Beilage 2

- 4 Die Beklagte weigerte sich darauf, den entstanden Schaden zu begleichen und forderte die fristgerechte Bezahlung ihrer Rechnung. Sie stellte sich dabei auf den Standpunkt, dass ein Garagenbetrieb nicht für einen Diebstahl verantwortlich gemacht werden könne. Zudem sei durch die allgemeinen Geschäftsbedingungen der **Beklagten** eine Haftung, die nicht Sachmängel **betreffe**, generell ausgeschlossen.

*Beweis:* - Brief vom 08. Juni 2007 Beilage 3  
 - Brief vom 13. Juni 2007 Beilage 6

**Kommentar [AG7]:** Es ist das Auto, das einen Reifenschaden erleidet, nicht der Kläger!

**Kommentar [GIS8]:** In der Klageschrift sollte durchgehend von der Beklagten gesprochen werden.

**Gelöscht:** Autowrack GmbH

**Kommentar [GIS9]:** Umgangssprachlich. Regelung der Schadenersatzforderung oder Bezahlung des eingetretenen Schadens.

**Gelöscht:** Autowrack GmbH

**Kommentar [GIS10]:** Tempus.

**Gelöscht:** iff

5 | Der Kläger widerspricht diesem Standpunkt und reicht darum Klage ein. In der Folge werde ich darlegen, dass, entgegen den Ausführungen der Beklagten, Massnahmen zur Diebstahlverhinderung eine sehr bedeutende Nebenpflicht des Vertragsverhältnisses zwischen den Parteien sind und diese Nebenpflicht zweifellos von der Beklagten verletzt wurde. Zudem sind auch sämtliche weiteren Voraussetzungen der vertraglichen Haftung erfüllt, weshalb eine Schadenersatzpflicht der Beklagten vorliegt. Weiter werde ich auch die Gründe für die Unwirksamkeit der AGB darlegen, womit der Haftung der Beklagten keine weiteren Hindernisse mehr im Weg liegen.

**Gelöscht:** legt

**Kommentar [GIS11]:** „ich“ sollte vermieden werden. Die Anklagevertretung wird darlegen, ...

**Kommentar [AG12]:** Diese Ziffer könnten Sie gut als Einleitung des materiellen Teils benutzen.

## B. Formelles

### 1. Örtliche Zuständigkeit

6 | Die Beklagte hat ihren Sitz in Luzern. Der Gerichtsstand bestimmt sich nach Art. 3 Abs. 1 lit. b GestG, wonach bei einer Klage gegen eine juristische Person das Gericht an deren Sitz zuständig ist. Das Amtsgericht Luzern-Stadt ist somit örtlich zuständig.

### 2. Sachliche Zuständigkeit

7 | Die sachliche Zuständigkeit des Amtsgerichts bestimmt sich nach § 9 ZPO LU. Demnach ist das Amtsgericht zuständig, wenn der Streitwert über CHF 8000 beträgt. Die sachliche Zuständigkeit ist folglich gegeben.

**Gelöscht:** CHF

**Kommentar [GIS13]:** Begründung? Schadenssumme und Beleg angeben.

### 3. Aussöhnungsversuch / Klagefrist

8 | Der Aussöhnungsversuch verlief erfolglos. Der Aussöhnungsversuch fand am 20. Juli 2007 statt. Gemäss § 195 Abs. 2 ZPO LU muss die Klage innert 2 Monaten nach dem Aussöhnungsversuch eingereicht werden. Die Frist ist daher gewahrt.

**Kommentar [GIS14]:** Wortwiederholung.

*Beweis:* - Weisungsschein vom 20. Juli 2007

Beilage 8

## 4. Vollmacht

- 9 Der unterzeichnende Moot Court Teilnehmer ist gehörig bevollmächtigt.

## C. Materielles

### I. Vertragsverletzung durch sorgfaltswidriges Verhalten

#### 1.1. Sorgfalts- und Obhutspflicht als bedeutende Nebenpflicht des Vertrages

- 10 Am 01. Juni 2007 brachte der Kläger sein Fahrzeug wegen einer Reparaturarbeit in die Garage der Beklagten. Dabei schlossen die beiden Parteien miteinander einen Vertrag zur Ausführung der entsprechenden Arbeiten ab.
- 11 Beim diesem mündlich abgeschlossenen Vertrag handelt es sich um einen Werkvertrag nach den Art. 363 ff. OR.<sup>1</sup> Die typische Hauptleistungspflicht des Unternehmers besteht dabei in der abredegemässen Ausführung des Werks, in diesem Fall der Reparatur des Reifens.
- 12 Dass diese Hauptleistungspflicht im vorliegenden Fall erfüllt wurde, ist unbestritten, weshalb der entsprechende Rechnungsbetrag im Einverständnis meines Mandanten auch ohne weiteres mit der Schadenersatzforderung verrechnet werden kann.

**Kommentar [GIS15]:** Die Voraussetzungen der Vertragsverletzung nach OR 97 sollten alle unter diesem Titel geprüft werden und nicht einzeln. Dies würde der Arbeit eine bessere und übersichtlichere Struktur verleihen.

**Kommentar [AG16]:** Zur Hervorhebung sollte der Vertragsabschluss unter einem separaten Titel kurz erwähnt werden!

**Kommentar [GIS17]:** Die Verrechnung wurde im Rechtsbegehren nicht berücksichtigt. Die Voraussetzungen sollten durchgeprüft werden.

*Beweis:* - Brief vom 11. Juni 2007

Beilage 4

- 13 Jedoch treten neben die oben erwähnte Hauptleistungspflicht auch Nebenpflichten, die ebenfalls gehörig erfüllt sein wollen. Diese Nebenpflichten sind also, wie die Hauptleistungspflicht, Bestandteile des Vertrages.<sup>2</sup>
- 14 Im Falle des Garagisten ist insbesondere die Sorgfalts- und Obhutspflicht für die überlassene Sache von entscheidender Bedeutung. Entgegen der engen Formulierung von Art. 365 Abs. 2

<sup>1</sup> BGE 113 II 421 ff. (421), E. 1.

<sup>2</sup> GAUCH, Nr. 812.

OR trifft nämlich den Unternehmer eine Sorgfaltspflicht für alle ihm zur Ausführung der Arbeit überlassenen Sachen des Bestellers.<sup>3</sup>

## 1.2. Diebstahlverhinderung als Inhalt der Sorgfaltspflicht

- 15 Der Garagist hat dafür zu sorgen, dass ein Fahrzeug, welches ihm zur Ausführung einer Arbeit überlassen wurde, nicht entwendet oder sonst wie beschädigt wird. Der Unternehmer hat also alle zumutbaren Massnahmen zu treffen, welche die überlassene Sache vor Schaden und Diebstahl schützen.<sup>4</sup>
- 16 Wie im Polizeibericht der Stadtpolizei Luzern, Geschäftsnummer 01/06/07-5, vom 06. Juni 2007 (Beilage 5) festgehalten wurde, ist das Betriebsgelände öffentlich zugänglich. Aufgrund der beengten Verhältnisse muss jeder Angestellte zudem Zugang zu allen Fahrzeugen haben, weshalb diese grundsätzlich nicht abgeschlossen sind. In Anbetracht dieser Situation müssen an die Sicherheitsvorkehrungen höhere Anforderungen gestellt werden. So sollte das Gelände jederzeit überwacht sein und auch der Zugang zu den Fahrzeugen sollte erschwert sein. Allgemein ist festzuhalten, dass gerade aufgrund der speziellen örtlichen Situation eine erhöhte Wachsamkeit der Mitarbeiter als Minimalsicherheitsvorkehrung angebracht ist.
- 17 Dass der Beklagten die besondere Gefahrensituation bewusst war, zeigen gerade die Sicherheitsvorschriften, die gemäss Zeugenaussagen anzuwenden sind (vgl. Beilage 5). Dass diese Massnahmen allerdings nicht ausreichend sind, hat sich im zu behandelnden Fall klar gezeigt. Vergleichsweise leicht konnten die unbefugten Personen auf das Areal gelangen und unter den Augen der Angestellten der Beklagten die Schmuckkoffer entfernen.

**Kommentar [GIS18]:** Um die Arbeit des Gerichts zu erleichtern sollten alle Belege auf einer einzelnen Zeile hervorgehoben werden (wie zuvor schon gemacht).

**Kommentar [AG19]:** Sie müssen sicherstellen, dass der Richter kein Beweisantrag von Ihnen übersieht. Deshalb ist es wichtig, die Beweismittel hervorzuheben.

**Kommentar [GIS20]:** Das Verschulden sollte einzeln geprüft werden und ist nicht Bestandteil der Vertragsverletzung selbst.

## 1.3. Grobfahrlässiges Handeln der Angestellten der Beklagten

- 18 Zwar hat nach Art. 97 Abs. 1 OR die vertragsverletzende Partei nachzuweisen, dass sie kein Verschulden trifft, doch scheinen mir auf Grund der speziellen Sachlage einige Ausführungen zum Verschulden der Beklagten beziehungsweise der Angestellten angebracht, insbesondere unter Berücksichtigung des Umstandes, dass sich die Beklagte auch auf eine Haftungsausschlussklausel beruft.<sup>5</sup>

<sup>3</sup> BGE 113 II 421 ff. (422), E. 2a; GAUCH, Nr. 823 f.

<sup>4</sup> GAUCH, Nr. 828.

<sup>5</sup> Dazu unten Rz. 42 ff., insbesondere Rz. 49.

19 Die Tatsache, dass die erwähnten Angestellten den Diebstahl beobachteten und trotzdem nichts unternahmen, stellt ein grob fahrlässiges Missachten der oben erwähnten Sorgfaltspflicht dar. Gerade auf Grund der speziellen örtlichen Situation und den allgemeinen Sicherheitsvorschriften ist es mehr als nur angebracht, dass eine fremde Person im Betrieb zumindest angesprochen werden muss. Es drängte sich also gerade zu auf, dass die Angestellten der Beklagten nicht einfach nur zuschauten, wie fremde Personen in die Garage eindrangen, sondern dass sie diese zumindest angesprochen und nach deren Anwesenheitszweck gefragt hätten. Dies umso mehr, als dass die Angestellten bei der Auftragserteilung anwesend waren und somit den Kläger schon einmal gesehen haben. Deshalb mussten die Angestellten klar erkennen, dass es sich nicht um fahrzeighberechtigte Personen handelte. Dieses Missachten der üblichen und vernünftigen Vorgehensweise zusammen mit der Nichtbefolgung grundlegendster Sicherheitsvorkehrungen stellt folglich eine grobfahrlässige Verletzung der Sorgfaltspflicht dar.<sup>6</sup>

Gelöscht: ,

20 Es kann also festgehalten werden, dass die getroffenen Massnahmen zur Verhinderung eines Diebstahls seitens der Beklagten nicht ausreichend waren, bzw. nicht in genügender Weise durchgesetzt worden sind.

**Kommentar [GIS21]:** Die Definition grober Fahrlässigkeit sollte im Vorfeld der Subsumtion erläutert werden und nicht nur in einer Fussnote darauf verwiesen werden.

**Kommentar [GIS22]:** Fazit über das Verschulden?

#### 1.4. Umfang der Sorgfaltspflicht

- 21 Der Umstand, dass meinem Mandanten nicht das Fahrzeug selber, sondern Gegenstände aus dem Kofferraum entwendet wurden, tut hier nichts zu Sache. Die Obhutspflicht ist umfassend und schliesst den Inhalt der überlassen Sache auch mit ein. Gerade Fahrzeuge enthalten typischerweise eine Vielzahl von nicht festverbundenen Gegenständen. Es ist dem Kunden kaum zuzumuten, dass er jeweils vor einer Reparatur sein Fahrzeug komplett entleert. Vielmehr darf er sich darauf verlassen, dass der Unternehmer alle notwendigen Massnahmen zum Schutz seines Eigentums trifft, denn diese Nebenpflicht ist schliesslich ein Bestandteil des Vertrages zwischen Besteller und Unternehmer.<sup>7</sup>
- 22 Weiter gilt es die Begleitumstände an jenem Tag zu beachten. Bei der Reparatur handelt es sich nur um eine Arbeit von geringem Umfang. Dies zeigt die Tatsache, der der Kläger wäh-

<sup>6</sup> Vgl. zum Begriff der groben Fahrlässigkeit: BGE 107 II 161 ff. (167), E. 7c.

<sup>7</sup> WIEGAND, BaKomm, N. 35 zu Art. 97 OR; GAUCH/SCHLUEP/REY, Nr. 2541.

rend der Reparatur in einem nahegelegenen Café wartete. Die ganze Angelegenheit dauerte noch nicht einmal zwei Stunden.

*Beweis:* - Polizeibericht vom 06. Juni 2007

Beilage 5

- 23 Daher erstaunt es erst recht nicht, dass mein Mandant die Schmuckkoffer nicht aus dem Auto entfernte, denn schliesslich durfte er ja darauf vertrauen, dass die Beklagte dafür sorgte, dass während der kurzen Zeit niemand etwas aus dem Fahrzeug entwenden konnte.

### 1.5. Vertragsverletzung liegt vor

- 24 Nach dem Gesagten liegt eine Verletzung vertraglicher Pflichten durch die Beklagte vor. Dies weil die Beklagte, bzw. deren Angestellte, die aus der Rechtsbeziehung zwischen den Parteien mündenden Sorgfalts- und Obhutspflichten für die überlassene Sache, in casu das Fahrzeug und dessen Inhalt, in grobfahrlässiger Art und Weise verletzt haben.
- 25 Obwohl es sich, wie eingangs erwähnt, um ein werkvertragliches Verhältnis handelt, kommen nach herrschender Lehre und Rechtssprechung bei der Verletzung von vertraglichen Nebenpflichten die Rechtsfolgen nach Art. 97 OR zur Anwendung.<sup>8</sup>

## 2. Zurechnung des sorgfaltswidrigen Handelns

- 26 Dass nicht die Beklagte selbst, sondern vielmehr deren Angestellte die vertragliche Nebenpflicht missachtet haben, ist sicher unbestritten. Dies spielt weiter aber keine Rolle, denn auch der Unternehmer haftet für das Verhalten seiner Angestellten aus Art. 101 Abs. 1 OR.<sup>9</sup> Nachfolgend werde ich daher darlegen, dass die Voraussetzungen der Hilfspersonenhaftung nach Art. 101 Abs. 1 OR im vorliegenden Fall erfüllt sind und folglich die Beklagte für das Verhalten ihrer Angestellten einzustehen hat.

**Kommentar [AG23]:** Entweder umstritten oder nicht. Als Kläger dürfen Sie keine Zweifel an Ihrem Standpunkt aufkommen lassen.

<sup>8</sup> BGE 113 II 421 ff. (422), E. 2a; GAUCH, Nr. 853; WEBER, BeKomm, N. 118 Vorbemerkungen zu Art. 97-109.

<sup>9</sup> BÜHLER, ZüKomm, N. 63 zu Art. 364 OR.

27 Die beiden Angestellten waren gemäss Aussage (vgl. Beilage 5) zusammen für die Reparatur des Reifen zuständig. Daher muss das Verhalten dieser beiden Personen nach den Gesichtspunkten der Hilfspersonenhaftung näher betrachtet werden.

**Kommentar [GIS24]:** Beweis hervorheben.

### 2.1. Die Angestellten sind Hilfspersonen nach Art. 101 OR

28 Eine Hilfsperson im Sinne von Art. 101 OR braucht in keinem Subordinationsverhältnis mit dem eigentlichen Schuldner zu stehen. Entscheidend ist jedoch, dass die Hilfsperson im Interesse des Schuldners beigezogen wurde.<sup>10</sup> Dass dies im vorliegenden Fall so ist, liegt auf der Hand. Üblicherweise hat ein Reparaturbetrieb mehrere Angestellte, um Arbeiten möglichst effizient und schnell auszuführen, so seine Leistungsfähigkeit zu vergrössern und den Umsatz zu steigern, was natürlich im Interesse des Garagenbetreibers ist.

**Kommentar [GIS25]:** Präziser formulieren.

29 Die beiden Hilfspersonen wurden ferner für den Zweck der Erfüllung einer vertraglichen Pflicht, nämlich der Reifenreparatur beigezogen. Somit steht fest, dass die beiden Angestellten Hilfspersonen nach Art. 101 OR sind.

### 2.2. Funktioneller Zusammenhang liegt vor

30 Als weitere Voraussetzung der Hilfspersonenhaftung muss der so genannte funktionelle Zusammenhang vorliegen. Dieser liegt vor, wenn die Vertragsverletzung und der daraus resultierende Schaden durch die Hilfsperson in Ausübung ihrer Verrichtung verursacht wurden.<sup>11</sup>

31 In casu geschah die Verletzung der Sorgfaltspflicht während der Pause der Mitarbeiter. Nur weil die beiden Angestellten gerade eine Pause einlegten, heisst das nicht, dass sie nicht mehr in Ausübung ihrer Verrichtung handelten. Eine Schuldpflicht und somit auch Aufgabe der Angestellten ist die vertragliche Nebenpflicht der Sorgfalt gegenüber dem Eigentum des Klägers, insbesondere die Diebstahlverhinderung.<sup>12</sup> Diese Überwachungspflicht trifft die Angestellten auch und in verstärktem Masse während den Pausen. Gerade zu diesem Zweck wurden von der Beklagten Sicherheitsvorschriften betreffend Überwachung aufgestellt, die je

**Kommentar [GIS26]:** Tempus.

<sup>10</sup> Vgl. SCHWENZER, Nr. 23.04 ff.

<sup>11</sup> SCHWENZER, Nr. 23.09.

<sup>12</sup> Zum Inhalt der vertraglichen Nebenpflicht: Vgl. oben Rz. 15-17; vgl. WIEGAND, BaKomm, N. 5 zu Art. 101 OR, der als Schuldpflicht auch Neben- und Verhaltenspflichten versteht.

doch nicht beachtet wurden. Damit kann also der funktionelle Zusammenhang ohne weiteres bejaht werden.

**Kommentar [GIS27]:** Gemäss Polizeibericht wurden die Vorschriften eingehalten.

**Kommentar [AG28]:** Verstärken Sie die Aussage „kann bejaht werden“ mit „ist gegeben“ o.ä.

### 2.3. Hypothetische Vorwerfbarkeit ist gegeben

- 32 Als letzte Voraussetzung ist die hypothetische Vorwerfbarkeit zu prüfen. Hätte der Geschäftsherr in der gleichen Situation wie die Hilfsperson gehandelt, so haftet er dann nicht, wenn ihm in dieser Situation kein Verschulden vorzuwerfen wäre.<sup>13</sup> Dies ist folglich nur dann von Beachtung, wenn die Hilfsperson über mehr Wissen verfügt als der Geschäftsherr.
- 33 Es ist klar, dass auch dem Geschäftsherrn eine Missachtung der Sorgfaltspflicht angelastet werden könnte, hätte er gleich wie die Hilfspersonen dem Diebstahl tatenlos zugesehen.
- 34 Somit kann auch das Vorliegen der hypothetischen Vorwerfbarkeit klar bejaht werden.

**Gelöscht:** w

**Gelöscht:** ürde

**Gelöscht:** ,

**Gelöscht:** ,

### 2.4. Die Beklagte hat für das Verhalten ihrer Angestellten einzustehen

- 35 Nach der Prüfung und Bejahung des Vorliegens sämtlicher Voraussetzungen kann hier festgehalten werden, dass die beiden Angestellten, Hans Lazy und Gertrud Schraube, als Hilfspersonen der Beklagten handelten und somit die Missachtung elementarster Sorgfaltspflichten dem Geschäftsherren, also der Beklagten, zugerechnet werden kann.

**Gelöscht:** Autowrack GmbH

## 3. Die weiteren Haftungsvoraussetzungen sind erfüllt

### 3.1. Schaden

- 36 Schaden ist die unfreiwillige Vermögensverminderung, die ohne das schädigende Ereignis so nicht entstanden wäre.<sup>14</sup> Das schädigende Ereignis, nämlich die Nebenpflichtverletzung, wurde bereits oben ausgeführt.<sup>15</sup> Der Schaden ist in casu die Entwendung der Schmuckkoffer, deren nicht bestrittener Inhalt einen Gesamtwert von CHF 105'956.00 aufweist.
- 37 Sobald sich das schädigende Ereignis finanziell auswirkt, fällt neben dem eigentlichen Schaden noch der so genannte Schadenszins an, der auch bei einer vertraglichen Haftung ge-

<sup>13</sup> WIEGAND, BaKomm, N. 14 zu Art. 101 OR.

<sup>14</sup> So auch BGE 129 III 331 ff. (332), E. 2.1.

<sup>15</sup> Rz. 24 f.

schuldet ist.<sup>16</sup> Der Zins berechnet sich dabei in Anlehnung an die Regelung nach Art. 73 Abs. 1 OR, wonach ohne anderweitige Übereinkunft ein Zins von 5% geschuldet ist. Da sich aus dem Vertragsverhältnis der beiden Parteien keine solche Übereinkunft entnehmen lässt, ist also der subsidiäre Zinssatz nach Art. 73 OR geschuldet und zwar ab dem 01. Juni 2007, denn der Diebstahl hatte sofortige finanzielle Auswirkungen auf das Vermögen des Klägers.

### 3.2. Nebenpflichtverletzung ist adäquat-kausal zum entstanden Schaden

- 38 Als letzte Voraussetzung ist die **adäquate Kausalität** zwischen Vertragsverletzung, in diesem Fall die Verletzung einer Nebenpflicht, und Schaden nachzuweisen. Eine Vertragsverletzung ist nach Bundesgerichtspraxis dann adäquat-kausal zu einem entstandenen Schaden, wenn sie nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung dazu geeignet ist, einen Schaden in der Art des eingetretenen herbeizuführen.<sup>17</sup>
- 39 Es geht also darum, ob das Verhalten der Angestellten der Beklagten allgemein geeignet ist, um den Schadenseintritt zu verursachen. Die Diebe mussten zur Entwendung keinerlei Anstrengungen unternehmen. Sie konnten ohne Probleme in das offen stehende Gebäude eindringen, den Kofferraum öffnen und die Schmuckkoffer entfernen. Es ist offensichtlich, dass ein geschlossenes Gebäude, Fahrzeug oder schon ein Eingreifen der Mitarbeiter diese sehr günstige Gelegenheit zunichte gemacht oder wesentlich erschwert hätten.
- 40 Somit ist klar, dass das tatenlose Zuschauen und die Tatsache, dass weder Gebäude noch Fahrzeug abgeschlossen waren, geeignet waren den Dieben eine passende Gelegenheit zu bieten und somit adäquat-kausal zum eingetretenen Schaden sind.

**Kommentar [GIS29]:** Sowie auch die natürliche Kausalität.

### 3.3. Alle Voraussetzungen einer vertraglichen Haftung sind erfüllt

- 41 Eine vertragliche Haftung aus Art. 97 OR setzt eine Vertragsverletzung, in casu die Nebenpflichtverletzung, einen Schaden und die adäquate Kausalität zwischen den Schaden und Vertragsverletzung voraus. Das Verschulden wird vermutet und ist **daher vom Schädiger zu widerlegen**.<sup>18</sup>

**Kommentar [GIS30]:** Dem Schädiger steht der Exkulpationsbeweis offen.

<sup>16</sup> BGE 122 III 53 ff. (54), E. 4a; Vgl. GUHL/KOLLER, § 10, N. 58 f.

<sup>17</sup> Anstelle vieler: BGE 123 III 110 ff. (112), E. 3a.

<sup>18</sup> GAUCH/SCHLUEP/REY, Nr. 2588.

#### 4. Keine Wirksamkeit der AGB der Autowrack GmbH

- 42 Die Beklagte beruft sich auf ihre allgemeinen Geschäftsbedingungen, in welchen sie für Schäden, die nicht einen Sachmangel betreffen, sämtliche Haftung ablehnt.
- 43 Der Kläger teilte der Beklagten darauf am 15. Juni mit, dass er keine Kenntnis von den entsprechenden AGB und deren Inhalt hatte, weshalb er diese als nicht verbindlich beachte.

*Beweis:* - Brief vom 13. Juni 2007 Beilage 6  
 - Brief vom 15. Juni 2007 Beilage 7

##### 4.1. Die AGB wurden nicht in das Vertragsverhältnis einbezogen

- 44 Damit allgemeine Geschäftsbedingungen überhaupt Vertragsbestandteil werden, ist deren Einbezug in das entsprechende Vertragsverhältnis von Nöten. Das heisst konkret: Die Vertragspartei muss auf die AGB aufmerksam gemacht werden und sie muss die Möglichkeit haben, diese auch zur Kenntnis zu nehmen.<sup>19</sup>
- 45 Zwar hat die Beklagte kurz auf ein Plakat mit den AGB hingewiesen, doch es kam in der Folge **nicht zur Übereinkunft**, dass diese Bedingungen in das Vertragsverhältnis zwischen Kläger und Beklagte einbezogen wird. Dieser Standpunkt wird erst recht klar, wenn man die Natur des Vertragsverhältnisses berücksichtigt. Die Parteien haben einen mündlichen Vertrag geschlossen. Während ein schriftlicher Vertrag üblicherweise eine Verweisnorm auf die AGB enthält, und somit klar signalisiert, dass externe Dokumente übernommen werden, muss bei einem mündlichen Vertrag analog darauf aufmerksam gemacht werden. Die Beklagte hätte also **bei Vertragsschluss noch einmal klar darauf hinweisen müssen**, dass sie die AGB als Bestandteil des Vertrages erachtet.
- 46 Von einer stillschweigenden Annahme auszugehen, wäre im vorliegenden Fall nicht richtig, da es sich um eine einmalige Geschäftsbeziehung handelt und die Beklagte nicht davon ausgehen konnte, dass die AGB klar waren.<sup>20</sup> Es ist somit festzuhalten, dass die AGB nicht ausdrücklich ins Vertragsverhältnis übernommen wurden und nicht wirksam sind.

**Kommentar [GIS31]:** Es werden keine Beweise angeführt. (Tatsachenerläuterungen).

**Kommentar [GIS32]:** Wie oben dargelegt, reichen ein genügendes Hinweisen sowie die zumutbare Kenntnisnahme für eine Einbeziehung aus. Eine spezielle Übereinkunft ist demnach nicht notwendig.

**Kommentar [GIS33]:** Der Vertrag wurde im Büro des Geschäftsführers geschlossen, wo derjenige auch ausdrücklich auf die AGB hingewiesen hat.

<sup>19</sup> SCHWENZER, Nr. 45.02.

<sup>20</sup> Vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Nr. 1130, wo der Standpunkt vertreten wird, dass nur dort von einer stillschweigende Übernahme von AGB auszugehen sei, wo die Parteien schon länger in laufenden Geschäftsbeziehungen stehen.

#### 4.2. Allenfalls Globalübernahme der AGB

- 47 Ginge man nun trotzdem davon aus, dass die Geschäftsbedingungen der Beklagten durch Einbezug ein Teil des Vertragsverhältnisses geworden sind, so geschah dies ohne dass der Kläger Kenntnis vom genauen Inhalt dieser AGB erlangte. In diesem Fall spricht man von einer Globalübernahme. Eine global übernehmende Partei kann dabei darauf vertrauen, dass die Geschäftsbedingungen keine überraschenden und ungewöhnlichen Klauseln enthalten, mit welcher der zustimmende Vertragspartner zum Zeitpunkt des Vertragsschluss nicht rechnete und auch nicht rechnen musste.<sup>21</sup>
- 48 Bestünde man also auf dem Standpunkt, dass der Kläger den AGB global zugestimmt hat, so ist zu erwidern, dass eine so umfangreiche Haftungsausschlussklausel ungewöhnlich ist. Die von der Beklagten angerufene Haftungsfreizeichungsklausel steht im Widerspruch mit zwingendem Recht<sup>22</sup> und ist daher in ihrer umfassenden und absoluten Wirkung sehr ungewöhnlich. Der Kläger konnte und musste daher nicht mit einer solchen Klausel rechnen und daher erlangen die entsprechenden Bestimmungen der AGB auch bei der Annahme einer Globalübernahme keine Wirkung.

**Kommentar [GIS34]:** Dies macht die Klausel so oder so nichtig. Dieses Argument wiegt einiges mehr als die Ungewöhnlichkeit und sollte deshalb zuerst aufgeführt werden.

**Kommentar [AG35]:** Ist eine Haftungsfreizeichungsklausel wirklich sehr ungewöhnlich?

**Kommentar [GIS36]:** Welche?

#### 4.3. Haftungsausschlussklausel der AGB würde keine Wirkung entfalten

- 49 Wie bereits oben ausgeführt,<sup>23</sup> wurde die vertragliche Nebenpflicht in grobfahrlässiger Weise verletzt. Gemäss Art. 100 Abs. 1 OR ist eine Haftungsfreizeichnung nur für leichte Fahrlässigkeit möglich.<sup>24</sup> Im vorliegenden Fall wurde dargelegt, dass es sich eben gerade nicht um eine bloss leichte Fahrlässigkeit handelt, womit der Haftungsausschluss der vorliegenden AGB nicht mit Art. 100 Abs. 1 OR vereinbar ist.
- 50 Würde man nun, wie dies die Beklagte tut, davon ausgehen, dass die AGB durch Übernahme ins Vertragsverhältnis Geltung erlangt hätten, so stellte sich trotzdem das Problem der Unvereinbarkeit der Haftungsausschlussklausel der AGB und Art. 100 Abs. 1 OR. Auch die allgemeinen Vertragsbedingungen haben sich an das zwingende Recht, worunter Art. 100 Abs. 1

**Kommentar [GIS37]:** Ob die Klausel gegen zwingendes Recht wie Art. 100 OR verstösst, steht in keinem Zusammenhang mit dem Verschuldensgrad im konkreten Sachverhalt. Die Klausel ist so oder so nichtig.

<sup>21</sup> GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Nr. 1141a.

<sup>22</sup> Zum Verhältnis der AGB und Art. 100 OR vgl. Rz. 49 f.

<sup>23</sup> Vgl. Rz. 18 ff.

<sup>24</sup> WEBER, BeKomm, N. 91 zu Art. 100 OR.

OR fällt, zu halten. Eine Klausel, die mit zwingendem Gesetzesrecht im Widerspruch steht, entfaltet dann trotz Übernahme ins Vertragsverhältnis keine vertragliche Wirkung.<sup>25</sup>

**Kommentar [GIS38]:** Dies ist die Grundaussage und das stärkste Argument gegen die Klausel. Wieso steht es erst am Schluss?

#### 4.4. Berufung auf die „vereinbarte“ Haftungsfreizeichnung gelingt nicht

- 51 Nach dem Gesagten steht fest, dass sich die Beklagte nicht auf die Haftungsfreizeichnungsklausel in ihren AGB berufen kann. Dies weil die AGB gerade nicht in den Vertrag einbezogen wurden und somit als Gesamtheit schon keine Wirkung erlangten. Kommt hinzu, dass die Haftungsausschlussklausel Art. 100 Abs. 1 OR zuwiderläuft und somit nichtig ist und ferner auch bei Einbezug in das Vertragsverhältnis keine Geltung erlangen kann.

**Gelöscht:** ungewöhnlich

### 5. Schlussfolgerung

- 52 Nach den obigen Ausführungen können folgenden Schlussfolgerungen gezogen werden: Die Angestellten haben es unterlassen, die vertragliche Nebenpflicht zu erfüllen. Dies stellt eine positive Vertragsverletzung dar, die, trotz des werkvertraglichen Verhältnisses, nach den allgemeinen Regeln der vertraglichen Haftung gemäss Art. 97 OR ff. behandelt wird.

**Gelöscht:** .

**Gelöscht:** .

- 53 Ebenso sind auch die weiteren Voraussetzungen einer vertraglichen Haftung, nämlich der Schaden und adäquate Kausalität erfüllt.

**Kommentar [GIS39]:** Verschulden?

- 54 Zudem stellte sich die Frage, ob das Verhalten der Angestellten der Beklagten zugewiesen werden kann. Diese Problematik muss nach den Grundsätzen der Hilfspersonenhaftung nach Art. 101 Abs. 1 OR beurteilt werden. Wie oben ausgeführt, sprechen keine Gründe dagegen, die Verantwortung für das Handeln der Angestellten nicht der Beklagten zuzurechnen und folglich alle Voraussetzungen der Hilfspersonenhaftung als gegeben zu erachten sind.

**Gelöscht:** zu übertragen

- 55 Die von der Beklagten angerufene Haftungsausschlussklausel erlangt als Teil der AGB keine Geltung, da sie nicht in das Vertragsverhältnis zwischen Herrn Larifari und der Beklagten einbezogen wurde und zudem als ungewöhnlich zu qualifizieren ist. Kommt hinzu, dass die angerufene Klausel gar zwingendem Recht widerspricht.

- 56 Aus diesen Gründen ist die Haftung der Beklagten für den Diebstahl der Schmuckkollektion zu bejahen und die Beklagte ist zur Leistung des Schadenersatzes zu verpflichten.

**Kommentar [GuMi40]:** Gut, dass Sie mit manuellen Umbrüchen Arbeiten

<sup>25</sup> GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Nr. 1138.

Sehr geehrter Herr Präsident

Sehr geehrte Damen und Herren Richterinnen und Richter

Ich ersuche Sie höflich, den eingangs gestellten Rechtsbegehren zu entsprechen.

Mit freundlichen Grüssen

Peter Muster

Kopie an **Klientschaft**

Beilagen gemäss Beilagenverzeichnis

**Kommentar [GuMi41]:** Sie haben nur einen Klienten

## **D. Beilagenverzeichnis**

- Beilage 1 Rechnung der Beklagten, Faktura Nr. 02-97463.21, vom 01. Juni 2007
- Beilage 2 Brief des Klägers an die Beklagte vom 05. Juni 2007
- Beilage 3 Brief der Beklagten an den Kläger vom 08. Juni 2007
- Beilage 4 Brief des Klägers an die Beklagte vom 11. Juni 2007
- Beilage 5 Polizeibericht der Stadtpolizei Luzern, Geschäftsnummer 01/06/07-5, vom 05. Juni 2007
- Beilage 6 Brief der Beklagten an den Kläger vom 13. Juni 2007
- Beilage 7 Brief des Klägers an die Beklagte vom 15. Juni 2007
- Beilage 8 Weisungsschein des Friedensrichteramt der Stadt Luzern, Nr. 07-21, vom 20. Juli 2007