

Un jeune homme de 22 ans plonge la tête la première dans un lac depuis un ponton de baignade situé sur une **plage communale dont l'accès est payant**. Sa tête heurte le fond du lac, situé à une profondeur de 1,10 mètres. Blessé grièvement aux vertèbres cervicales, il est depuis paralysé. Le règlement communal n'interdisait pas de sauter du ponton ; la commune n'avait fait poser aucun panneau ni aucun dispositif pour interdire cette pratique, pourtant courante et connue du maître-nageur, qui n'intervenait pas pour la proscrire. La victime ouvre une action partielle contre la commune en chiffrant sa prétention à CHF 30'000.- au titre de participation au dommage ménager. Le Tribunal de district de Horgen admet l'action, chiffre le dommage ménager à CHF 57'568,50 mais opère une réduction de 40 % en raison de la faute concomitante de la victime. La Cour suprême du canton de Zurich confirme ce jugement. La commune recourt au TF.

Le TF commence par **rappeler les principes qui régissent la responsabilité du propriétaire d'ouvrage au sens de l'art. 58 CO**. Il y a notamment défaut lorsque l'ouvrage n'offre pas une sécurité suffisante lorsqu'il est utilisé conformément à sa destination (c. 4.1.2). Il s'agit donc en premier lieu de déterminer le but ou la destination de l'ouvrage ; le propriétaire ne doit pas s'attendre à ce que quelqu'un utilise l'ouvrage de manière contraire à sa destination, une distinction devant toutefois être faite, en fonction du cercle des utilisateurs, entre les ouvrages destinés à être utilisés par le public et ceux qui servent à l'usage privé. La sécurité des premiers répond à des exigences accrues. On ne saurait non plus attendre du propriétaire de l'ouvrage des dépenses de sécurité disproportionnées par rapport à la destination de celui-ci (c. 4.1.3). Le TF relève que le principe selon lequel le propriétaire de l'ouvrage n'est responsable que de l'utilisation conforme à sa destination ne s'applique pas de manière illimitée. Doctrine et jurisprudence admettent exceptionnellement que la responsabilité du propriétaire est engagée en cas de comportement contraire à la destination provenant de certains groupes, notamment des enfants ; on pense notamment aux ouvrages pour lesquels il est évident, en raison de leur nature, qu'une imprévoyance peut entraîner des dommages graves (c. 4.1.4).

Procédant à l'examen du cas d'espèce, le TF considère que l'instance précédente n'a pas violé le droit dès lors qu'elle a correctement distingué l'éventuel comportement déraisonnable, respectivement la faute de la victime, de la question de savoir si l'ouvrage présentait un défaut. En considérant que, jusqu'au moment de l'accident, il était courant que des personnes sautent dans le lac depuis le ponton, également la tête la première, elle n'a pas fondé sa décision sur une définition abstraite du but d'un ponton, mais a logiquement évalué la finalité de l'ouvrage au moment de son utilisation effective lors de l'accident. Ce ponton se trouvant dans un établissement de baignade mis à la disposition du public contre paiement, le cercle des utilisateurs comprend sans aucun doute des enfants ; compte tenu du danger considérable que représente un plongeon dans une eau peu profonde, il tombe sous le sens qu'en raison de la nature du ponton, une imprudence peut entraîner des dommages graves. **Dès lors, la commune ne peut invoquer sans autre l'absence de défaut de l'installation, en se prévalant du fait que le ponton constitue un simple passage vers un escalier permettant de descendre dans le lac si les utilisateurs se comportent avec prudence**. Dès lors que les baigneurs avaient l'habitude de sauter dans le lac depuis le ponton, sans que le maître-nageur intervienne, l'instance précédente a considéré à juste titre que l'argument selon lequel le ponton n'était pas destiné à des sauts dans l'eau n'était pas pertinent. Dès lors qu'elle n'a pris aucune mesure pour empêcher les utilisateurs d'adopter un comportement dangereux malgré le risque connu, la commune doit se laisser opposer l'utilisation effective de l'installation, reconnue comme dangereuse. **L'instance précédente a ainsi considéré à juste titre que l'ouvrage était défectueux** ; il en irait différemment pour un ponton ne se trouvant pas dans un établissement de bains et n'étant pas utilisé pour des sauts. Ainsi, il n'est pas possible de rendre une commune lacustre responsable chaque fois qu'un nageur imprudent utilise un débarcadère, un ponton, une digue ou une installation similaire pour se jeter à l'eau (c. 4).

Le TF examine ensuite si la victime a commis une faute concomitante de nature à interrompre le lien de causalité. Il retient, avec l'instance précédente, que **la victime a commis une faute grave** en plongeant la tête la première dans le lac sans avoir évalué la profondeur de l'eau. Les premiers juges ont cependant eu tort de se contenter d'indiquer de manière générale qu'il était courant, au

moment de l'accident, de sauter dans le lac de différentes manières à partir du ponton. En effet, lors de l'examen de la causalité, la responsabilité personnelle des usagers (autrement dit le comportement attendu de l'ensemble des usagers visés) qui doit être prise en compte lors de l'évaluation du défaut de l'ouvrage, doit être distinguée de la faute qui peut être reprochée individuellement à la victime. Ainsi, pour déterminer si son comportement personnel a interrompu la causalité adéquate, la victime ne peut se contenter de soutenir qu'un certain comportement a déjà été adopté par d'autres personnes à l'endroit en question. **Dans le cas présent, plonger tête la première dans une surface d'eau naturelle dont la profondeur n'est pas indiquée et peut varier, dont le fond peut receler des rochers, constitue une faute personnelle grave.** Il aurait été aisé à la victime de vérifier le niveau de l'eau à cet endroit. **Cette faute grave ne relègue cependant pas l'omission des mesures de sécurité de la commune à l'arrière-plan** : le défaut de l'ouvrage apparaît comme une cause juridiquement notable du dommage (c. 5.2).

Enfin, faute pour la commune d'avoir démontré dans quelle mesure l'instance précédente aurait violé l'art. 311 al. 1 CPC, le TF refuse de se pencher sur la réduction de 40 % opérée par l'instance précédente en application de l'art. 44 al. 1 CO pour tenir compte de la faute concomitante (c. 6).

**Auteur : Alexis Overney, avocat à Fribourg**

Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, vom 20. Juli 2021 (NP210019-O/U).

#### **Sachverhalt:**

##### **A.**

Der damals 22-jährige B. (Kläger, Beschwerdegegner) hielt sich am 21. Juli 2013 zusammen mit Freunden im Strandbad A. auf. Dieses wird von der Gemeinde A. (Beklagte, Beschwerdeführerin) betrieben und bietet Badegästen gegen Entgelt Zugang zur Anlage.

Um ca. 17:15 wollte er (erneut) ins Wasser und benutzte hierzu den Badesteg. Unbestrittenermassen verbot das Benutzungsreglement des Strandbads A. Sprünge vom Badesteg in den See nicht und es gab weder entsprechende Verbotsschilder noch eine rote Linie oder sonstige Bodenmarkierungen auf der rechten Seite des Badestegs (Richtung U.), die Sprünge vom Badesteg in den See verboten hätten, während auf der linken Seite des Stegs (Richtung V.) ein Geländer montiert war. Der Kläger, der mit den örtlichen Gegebenheiten des Strandbads A. gut vertraut war, sprang mit einigen Schritten Anlauf kopfvoran vom Stegende, rechts neben der in den See führenden Metalltreppe, in Richtung Seemitte / U. Er stiess mit dem Kopf am Seeboden an und zog sich dadurch eine so schwere Verletzung der Halswirbelsäule zu, dass er seither vom fünften Halswirbel abwärts gelähmt ist. Zum Unfallzeitpunkt befand sich der Badesteg rund 60 cm über der Wasseroberfläche, die Wassertiefe bei Stegende betrug rund 1.10 m. Damals war es im Strandbad zudem üblich, dass Badegäste vom Badesteg auf verschiedene Arten, namentlich auch kopfvoran, in den See sprangen. Interventionen vom Bademeister gab es bei solchen Sprüngen nicht.

##### **B.**

**B.a.** Mit Eingabe vom 27. November 2018 beantragte der Kläger dem Bezirksgericht Horgen, es sei die Beklagte zu verpflichten, ihm Fr. 30'000.-- als einen Anteil am zwischen 21. Juli 2013 und 15. Juni 2018 erlittenen Haushaltschaden zu bezahlen, dies unter Vorbehalt der Nachklage.

Mit Urteil vom 12. November 2020 hiess das Bezirksgericht Horgen die Klage gut. Es bejahte eine Haftung der Beklagten aus Werkeigentümerhaftung. Den Haushaltschaden bezifferte es auf

Fr. 57'568.50, wobei es den Anspruch des Klägers wegen Selbstverschulden um 40 % herabsetzte. Angesichts der bejahten Werkeigentümerhaftung prüfte das Bezirksgericht nicht, ob die Beklagte vertragliche Pflichten verletzte, obwohl unbestritten war, dass der Kläger durch die kostenpflichtige Benutzung des Strandbads in einer vertraglichen Beziehung zur Beklagten stand.

**B.b.** Mit Urteil vom 20. Juli 2021 wies das Obergericht des Kantons Zürich eine von der Beklagten gegen das bezirksgerichtliche Urteil vom 12. November 2020 erhobene Berufung ab.

### **C.**

Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragt die Beklagte dem Bundesgericht, es sei das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 20. Juli 2021 aufzuheben und die Klage sei abzuweisen.

Der Beschwerdegegner beantragt, die Beschwerde sei abzuweisen. Die Vorinstanz hat auf eine Vernehmlassung verzichtet.

### **Erwägungen:**

#### **1.**

Das Bundesgericht prüft von Amtes wegen und mit freier Kognition, ob ein Rechtsmittel zulässig ist (Art. 29 Abs. 1 BGG; BGE 145 I 121 E. 1; 143 III 140 E. 1; 141 III 395 E. 2.1).

**1.1.** Die Beschwerde betrifft eine Zivilsache (Art. 72 BGG) und richtet sich gegen den Endentscheid (Art. 90 BGG) eines oberen kantonalen Gerichts, das als Rechtsmittelinstanz entschieden hat (Art. 75 BGG). Die Beschwerdeführerin ist mit ihren Anträgen unterlegen (Art. 76 BGG), der Streitwert ist erreicht (Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG) und die Beschwerdefrist (Art. 100 Abs. 1 BGG) ist eingehalten.

Auf die Beschwerde in Zivilsachen ist somit unter Vorbehalt einer rechtsgenügenden Begründung (Art. 42 Abs. 2 und Art. 106 Abs. 2 BGG) einzutreten.

**1.2.** Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG). Es ist somit weder an die in der Beschwerde geltend gemachten Argumente noch an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden; es kann eine Beschwerde aus einem anderen als dem angerufenen Grund gutheissen oder eine Beschwerde mit einer von der Argumentation der Vorinstanz abweichenden Begründung abweisen. Mit Blick auf die Begründungspflicht der beschwerdeführenden Partei (Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG) behandelt es aber grundsätzlich nur die geltend gemachten Rügen, sofern die rechtlichen Mängel nicht geradezu offensichtlich sind; es ist jedenfalls nicht gehalten, wie eine erstinstanzliche Behörde alle sich stellenden rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn diese vor Bundesgericht nicht mehr vorgetragen werden (BGE 140 III 115 E. 2; 137 III 580 E. 1.3; 135 III 397 E. 1.4). Eine qualifizierte Rügepflicht gilt hinsichtlich der Verletzung von Grundrechten und von kantonalem und interkantonalem Recht. Das Bundesgericht prüft eine solche Rüge nur insofern, als sie in der Beschwerde präzise vorgebracht und begründet worden ist (Art. 106 Abs. 2 BGG). Macht die beschwerdeführende Partei beispielsweise eine Verletzung des Willkürverbots (Art. 9 BV) geltend, genügt es nicht, wenn sie einfach behauptet, der angefochtene Entscheid sei willkürlich; sie hat vielmehr im Einzelnen zu zeigen, inwiefern der angefochtene Entscheid offensichtlich unhaltbar ist (BGE 141 III 564 E. 4.1; 140 III 16 E. 2.1, 167 E. 2.1; je mit Hinweisen). Stützt sich der angefochtene Entscheid auf mehrere selbständige Begründungen, so muss sich die Beschwerde mit jeder einzelnen

auseinandersetzen, sonst wird darauf nicht eingetreten (BGE 142 III 364 E. 2.4 mit Hinweisen; vgl. auch BGE 143 IV 40 E. 3.4).

Unerlässlich ist im Hinblick auf Art. 42 Abs. 2 und Art. 106 Abs. 2 BGG, dass die Beschwerde auf die Begründung des angefochtenen Entscheids eingeht und im Einzelnen aufzeigt, worin eine Rechtsverletzung liegt. Die beschwerdeführende Partei soll in der Beschwerdeschrift nicht bloss die Rechtsstandpunkte, die sie im vorinstanzlichen Verfahren eingenommen hat, erneut bekräftigen, sondern mit ihrer Kritik an den als rechtsfehlerhaft erachteten Erwägungen der Vorinstanz ansetzen (BGE 140 III 86 E. 2, 115 E. 2). Die Begründung hat ferner in der Beschwerdeschrift selbst zu erfolgen und der blosser Verweis auf Ausführungen in anderen Rechtsschriften oder auf die Akten reicht nicht aus (BGE 143 II 283 E. 1.2.3; 140 III 115 E. 2).

**1.3.** Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Dazu gehören sowohl die Feststellungen über den streitgegenständlichen Lebenssachverhalt als auch jene über den Ablauf des vor- und erstinstanzlichen Verfahrens, also die Feststellungen über den Prozesssachverhalt (BGE 140 III 16 E. 1.3.1 mit Hinweisen). Es kann die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz nur berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht; zudem muss die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein können (Art. 97 Abs. 1 und Art. 105 Abs. 2 BGG). "Offensichtlich unrichtig" bedeutet dabei "willkürlich" (BGE 145 V 188 E. 2; 140 III 115 E. 2; 135 III 397 E. 1.5). Neue Tatsachen und Beweismittel dürfen nur so weit vorgebracht werden, als erst der Entscheid der Vorinstanz dazu Anlass gibt (Art. 99 Abs. 1 BGG).

Für eine Kritik am festgestellten Sachverhalt gilt ebenfalls das strenge Rügeprinzip von Art. 106 Abs. 2 BGG (BGE 140 III 264 E. 2.3 mit Hinweisen). Die Partei, welche die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz anfechten will, muss klar und substantiiert aufzeigen, inwiefern diese Voraussetzungen erfüllt sein sollen (BGE 140 III 16 E. 1.3.1 mit Hinweisen). Wenn sie den Sachverhalt ergänzen will, hat sie zudem mit präzisen Aktenhinweisen darzulegen, dass sie entsprechende rechtsrelevante Tatsachen und taugliche Beweismittel bereits bei den Vorinstanzen prozesskonform eingebracht hat (BGE 140 III 86 E. 2). Genügt die Kritik diesen Anforderungen nicht, können Vorbringen mit Bezug auf einen Sachverhalt, der vom angefochtenen Entscheid abweicht, nicht berücksichtigt werden (BGE 140 III 16 E. 1.3.1).

**1.4.** Die Beschwerdeführerin stellt ihren rechtlichen Vorbringen eine ausführliche Sachverhaltsdarstellung voran. Soweit sie darin von den tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Entscheid abweicht oder diese erweitert, haben ihre Ausführungen unbeachtet zu bleiben.

## **2.**

Die Vorinstanz erwog zur Haftung nach Art. 58 OR, aus dem Fehlen von Verbotstafeln, Geländern und/oder sonstigen Vorrichtungen wie namentlich einer Markierung könne entgegen dem erstinstanzlichen Entscheid nicht per se geschlossen werden, es liege eine regelrechte Einladung zum (Kopf-) Sprung in den See vor. Die Beschwerdeführerin wies auch zutreffend darauf hin, dass es sich bei der vorliegenden Anlage um ein Strandbad handle und sich ein solches Bad nach den natürlichen Gegebenheiten des jeweiligen Sees (resp. dessen Uferzone) richte - vorliegend mit einem flach abfallenden Ufer - und nicht etwa um ein künstlich angelegtes Wellenbad, wie es das Bundesgericht in BGE 116 II 422 zu beurteilen gehabt habe. In Anbetracht der örtlichen Gegebenheit eines Strandbads

mit flach abfallender Seetiefe sei sodann auch der erstinstanzliche Schluss unzulässig, wonach die Beschwerdeführerin aufgrund des blossen Umstands, dass den Badegästen im fraglichen Strandbad keine Sprunganlage zur Verfügung stand, damit habe rechnen müssen, dass diese den Badesteg nicht nur als Weg zur Badetreppe, sondern auch dazu nützen würden, um sportlich ins Wasser einzutauchen. Badegäste dürften in einem Strandbad nicht per se damit rechnen, gefahrlos kopfvoran ins Wasser springen zu können.

Aufgrund des durchgeführten Beweisverfahrens stehe jedoch in tatsächlicher Hinsicht fest, dass es bis zum Unfallzeitpunkt im Strandbad A. üblich gewesen sei, vom Badesteg auf verschiedene Arten in den See zu springen, namentlich kopfvoran. Damit könne sich die Beschwerdeführerin nicht mehr darauf berufen, dass der Badesteg nicht für Sprünge ins Wasser bestimmt gewesen sei, denn ein Werkmangel liege nicht nur vor, wenn das Werk bei bestimmungsgemäsem Gebrauch nicht genügend Sicherheit biete, sondern auch bei vorhersehbarer Fehlnutzung. Da bis zum Urteilszeitpunkt die Fehlnutzung des Badestegs üblich und damit vorhersehbar gewesen sei, hätte die Betreiberin des Strandbads die notwendigen Sicherungsvorkehrungen dagegen treffen müssen (Anbringen von Verbotstafeln oder Geländern und/oder entsprechenden Markierungen). Entsprechend sei von einem Werkmangel auszugehen.

Wenn dieser Werkmangel den Unfall bewirkt habe, das in Frage stehende schädigende Ereignis bei vorsichtigem Verhalten des Benutzers aber nicht eingetreten wäre, so sei (erst) in einem zweiten Schritt zu untersuchen, ob ein haftungsausschliessendes oder ein zur Schadenersatzreduktion führendes Selbstverschulden vorliege. Nachdem sachverhaltsmässig feststehe, dass es bis zum Unfallzeitpunkt im Strandbad A. üblich gewesen sei, vom Badesteg auf verschiedene Arten, auch kopfvoran, in den See zu springen, könne keineswegs gesagt werden, mit dem Verhalten des Geschädigten sei nicht zu rechnen gewesen. Im Verhalten des Beschwerdegegners, der ohne die genaue Wassertiefe abschätzen zu können, kopfvoran in den See gesprungen sei, liege zweifellos ein erhebliches Selbstverschulden. Diesem komme jedoch keine haftungsausschliessende Wirkung zu; vielmehr habe die Erstinstanz das Selbstverschulden zutreffend im Rahmen der Schadenersatzbemessung berücksichtigt und den Schadenersatzanspruch um 40 % reduziert. Der Grad der Schadenersatzreduktion infolge Selbstverschuldens sei von der Beschwerdeführerin nicht angefochten worden, weshalb es damit sein Bewenden habe. Aus demselben Grund laufe auch die von der Beschwerdeführerin vorgebrachte Einrede der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung (*volenti non fit iniuria*) ins Leere.

### **3.**

Die Beschwerdeführerin wirft der Vorinstanz eine Verletzung des rechtlichen Gehörs vor.

**3.1.** Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs (Art. 29 Abs. 2 BV) verlangt, dass die Behörde die Vorbringen der Beteiligten tatsächlich hört, prüft und bei der Entscheidungsfindung berücksichtigt. Daraus folgt die Verpflichtung der Behörde, ihren Entscheid zu begründen. Sie ist dabei nicht verpflichtet, sich mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinanderzusetzen und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich zu widerlegen. Sie kann sich vielmehr auf die für den Entscheid wesentlichen Punkte beschränken. Die Begründung muss jedoch so abgefasst sein, dass sich die Betroffenen über die Tragweite des Entscheids Rechenschaft geben und ihn in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weiterziehen können. In diesem Sinne müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sich ihr Entscheid stützt (BGE 143 III 65 E. 5.2; 142 III 433 E. 4.3.2; 141 III 28 E. 3.2.4; je mit Hinweisen).

**3.2.** Der Vorinstanz ist keine Verletzung des Gehörsanspruchs vorzuwerfen, wenn sie im Zusammenhang mit dem Einwand des haftungsausschliessenden Selbstverschuldens bzw. der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung auf das in der Berufungsschrift ins Feld geführte Strafurteil des Kantonsgerichts Luzern vom 3. August 2020 nicht ausdrücklich einging, dem nach Ansicht der Beschwerdeführerin ein vergleichbarer Sachverhalt zugrunde lag. Inwiefern die Vorinstanz die rechtlichen Argumente, welche die Beschwerdeführerin gestützt auf das erwähnte Strafurteil im Berufungsverfahren vorbrachte, unbeachtet gelassen hätte, ist nicht ersichtlich. Ebenso wenig vermag die Beschwerdeführerin aufzuzeigen, inwiefern ihr die Begründung des angefochtenen Entscheids verunmöglicht hätte, diesen sachgerecht anzufechten.

#### **4.**

Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz habe zu Unrecht einen Werkmangel im Sinne von Art. 58 OR bejaht.

#### **4.1.**

**4.1.1.** Der Eigentümer eines Gebäudes oder eines anderen Werks haftet nach Art. 58 Abs. 1 OR für den Schaden, den diese infolge von fehlerhafter Anlage oder Herstellung oder von mangelhafter Unterhaltung verursachen.

Unter Werken im Sinne der Werkeigentümerhaftung sind Gebäude und andere stabile, künstlich hergestellte, bauliche oder technische Anlagen zu verstehen, die mit dem Erdboden, sei es direkt oder indirekt, dauerhaft verbunden sind (BGE 130 III 736 E. 1.1; 121 III 448 E. 2a). Dass es sich bei dem im Strandbad der Beschwerdeführerin erstellten Badesteg um ein in deren Eigentum stehendes Werk im Sinne von Art. 58 Abs. 1 OR handelt, ist zu Recht nicht umstritten.

**4.1.2.** Ob ein Werk fehlerhaft angelegt oder mangelhaft unterhalten ist, hängt vom Zweck ab, den es zu erfüllen hat. Ein Werkmangel liegt vor, wenn das Werk beim bestimmungsgemässen Gebrauch keine genügende Sicherheit bietet (BGE 130 III 736 E. 1.3; 126 III 113 E. 2a/cc; 123 III 306 E. 3b/aa; je mit Hinweisen). Ob ein Werk mangelhaft ist, bestimmt sich dabei nach objektiven Gesichtspunkten unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände des konkreten Falls, so insbesondere der Zweckbestimmung des Werks und der Massnahmen, die vom Eigentümer vernünftigerweise verlangt werden können (BGE 123 III 306 E. 3b/aa; 122 III 229 E. 5a/bb; Urteile 4A\_38/2018 vom 25. Februar 2019 E. 3.2; 4A\_377/2016 vom 18. Oktober 2016 E. 2.3.2).

Der Beweis für das Vorliegen eines Werkmangels obliegt demjenigen, der sich auf Art. 58 OR beruft (Art. 8 ZGB), und ergibt sich nicht bereits aus der Tatsache, dass der Unfall auf ein Werk zurückzuführen ist (BGE 123 III 306 E. 3b/aa mit Hinweis; Urteile 4A\_38/2018 vom 25. Februar 2019 E. 3.2; 4A\_546/2017 vom 26. Juni 2018 E. 3; 4A\_81/2015 vom 22. März 2016 E. 4).

**4.1.3.** Zunächst ist demnach der Zweck bzw. die Bestimmung des Werks abzuklären. Als Grundsatz gilt, dass das Werk einem bestimmungswidrigen Gebrauch nicht gewachsen zu sein braucht; der Eigentümer muss grundsätzlich nicht damit rechnen, dass jemand das Werk in einer Weise nutzt, die seiner Bestimmung zuwiderläuft (BGE 130 III 736 E. 1.3; 126 III 113 E. 2a/cc; 117 II 50 E. 2). Dabei ist je nach Nutzerkreis zwischen Werken zu unterscheiden, die zur Nutzung durch die Öffentlichkeit bestimmt sind und solchen, die dem privaten Gebrauch dienen (Urteil 4A\_38/2018 vom 25. Februar 2019 E. 3.2.1).

Zur Beurteilung, ob ein bestimmtes Werk im Hinblick auf seinen Verwendungszweck eine ausreichende Sicherheit bietet, ist nach einem objektiven Massstab zu ermitteln, was sich nach der Lebenserfahrung am fraglichen Ort zutragen kann (BGE 123 III 306 E. 3b/aa; 122 III 229 E. 5a/bb; Urteile 4A\_38/2018 vom 25. Februar 2019 E. 3.2.2; 4A\_377/2016 vom 18. Oktober 2016 E. 2.3.2). Eine Schranke der Sicherungspflicht bildet die Selbstverantwortung. Vorzubeugen hat der Werkeigentümer nicht jeder erdenklichen Gefahr (BGE 130 III 736 E. 1.3; 123 III 306 E. 3b/aa). Er darf Risiken ausser Acht lassen, die von den Benützern des Werks oder von Personen, die mit dem Werk in Berührung kommen, mit einem Mindestmass an Vorsicht vermieden werden können (BGE 130 III 736 E. 1.3; 126 III 113 E. 2a/cc; je mit Hinweisen). Ein ausgefallenes, unwahrscheinliches Verhalten muss nicht einberechnet werden (BGE 130 III 736 E. 1.3 mit Hinweisen). An die Sicherheit eines Werks, das zur Nutzung durch die Öffentlichkeit bestimmt ist, sind hingegen erhöhte Sicherheitsanforderungen zu stellen (BGE 118 II 36 E. 4a; 117 II 399 E. 2; 116 II 422 E. 1; Urteil 4A\_38/2018 vom 25. Februar 2019 E. 3.2.2).

Eine weitere Schranke der Sicherungspflicht bildet die Zumutbarkeit. Zu berücksichtigen ist, ob die Beseitigung allfälliger Mängel oder das Anbringen von Sicherheitsvorrichtungen technisch möglich ist und die entsprechenden Kosten in einem vernünftigen Verhältnis zum Schutzinteresse der Benutzer und dem Zweck des Werks stehen. Dem Werkeigentümer sind Aufwendungen nicht zuzumuten, die in keinem Verhältnis zur Zweckbestimmung des Werks stehen (BGE 130 III 736 E. 1.3 mit Hinweisen; Urteile 4A\_38/2018 vom 25. Februar 2019 E. 3.2.3; 4A\_377/2016 vom 18. Oktober 2016 E. 2.3.2).

**4.1.4.** Der Grundsatz, dass der Werkeigentümer nur für den bestimmungsgemässen Gebrauch seines Werks haftet, gilt nicht unbeschränkt. Ausnahmsweise bejahen Lehre und Rechtsprechung die Haftung des Werkeigentümers selbst bei einem zweckwidrigen Verhalten bestimmter Personengruppen, insbesondere von Kindern. Zu denken ist erstens an Werke, bei denen aufgrund ihrer Beschaffenheit augenfällig ist, dass Unvernunft und Unvorsicht zu schweren Schädigungen führen können (BGE 130 III 736 E. 1.5; Urteil 4A\_377/2016 vom 18. Oktober 2016 E. 2.3.3).

**4.2.** Die Beschwerdeführerin vermag nicht aufzuzeigen, dass die Vorinstanz die genannten Grundsätze missachtet hätte. Entgegen der in der Beschwerde vertretenen Ansicht hat die Vorinstanz nicht etwa übersehen, dass die im Rahmen der Beurteilung der Mangelhaftigkeit des Werks zu beachtende Selbstverantwortung der Benutzer vom Selbstverschulden der geschädigten Person unterschieden werden muss, das im Rahmen der Adäquanz bzw. der Herabsetzung des Schadensersatzanspruchs (Art. 44 OR) zu berücksichtigen ist. Vielmehr hat die Vorinstanz ein allfälliges unvernünftiges Verhalten des Beschwerdegegners bzw. sein Selbstverschulden am konkreten Unfallhergang grundsätzlich zutreffend von der Frage abgegrenzt, ob ein Werkmangel vorliegt, und hat folgerichtig erst in einem zweiten Schritt geprüft, ob das von der Beschwerdeführerin geltend gemachte Selbstverschulden allenfalls den adäquaten Kausalzusammenhang unterbrochen hat oder einen Herabsetzungsgrund nach Art. 44 OR darstellt.

Der Vorinstanz ist auch keine Verletzung von Art. 58 Abs. 1 OR vorzuwerfen, wenn sie zunächst darauf hinwies, dass aus dem Fehlen von Verbotstafeln, Geländern und/oder sonstigen Vorrichtungen nicht ohne Weiteres darauf geschlossen werden könne, es liege eine regelrechte Einladung zum (Kopf-) Sprung in den See vor, und zudem dafürhielt, Badegäste dürften in einem Strandbad nicht per se damit rechnen, gefahrlos kopfvoran ins Wasser einzutauchen, in der Folge jedoch dennoch einen Werkmangel bejahte. Sie hat es auch zu Recht nicht dabei bewenden lassen, dass keine allgemein anerkannten spezifischen Sicherheitsanforderungen für Badestege bestehen. Entgegen dem, was die Beschwerdeführerin anzunehmen scheint, hat die Vorinstanz bei ihrer Beurteilung, ob der fragliche Badesteg einen Werkmangel aufweist, zutreffend auf die konkreten Verhältnisse in der Badeanstalt

der Beschwerdeführerin abgestellt, die diese Benutzern gegen ein Entgelt zur Verfügung stellt. Dabei hat die Vorinstanz insbesondere berücksichtigt, dass es bis zum Unfallzeitpunkt im fraglichen Strandbad üblich war, vom Badesteg auf verschiedene Arten in den See zu springen, namentlich auch kopfvoran, ohne dass der Bademeister interveniert hätte. Damit hat sie ihrem Entscheid zu Recht nicht einen abstrakt definierten Zweck eines Badestegs zugrunde gelegt, sondern die Zweckbestimmung des Werks folgerichtig anhand der effektiven Nutzung im Zeitpunkt des Ereignisses beurteilt (ROLAND BREHM, in: Berner Kommentar, Das Obligationenrecht, 5. Aufl. 2021, N. 65 zu Art. 58 OR; OFTINGER/STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Besonderer Teil, Band II/1, 4. Aufl. 1987, § 19 Rz. 73; Urteil des Bundesgerichts vom 26. Oktober 1948, in: SJ 1949 S. 187 E. 1c, nicht publ. in BGE 74 II 155). Angesichts der im angefochtenen Entscheid festgestellten üblichen Nutzung des Badestegs für Kopfsprünge ohne entsprechende Intervention seitens des Bademeisters unterscheidet sich der zu beurteilende Fall auch wesentlich vom Sachverhalt, der dem in der Beschwerde verschiedentlich ins Feld geführten Strafurteil des Kantonsgerichts Luzern vom 3. August 2020 zugrunde lag.

Es mag zwar zutreffen, dass der Badesteg in ihrem Strandbad ursprünglich ausschliesslich dazu bestimmt war, um vom Ufer aus über die am Ende montierte Metalltreppe in den See zu gelangen, wie die Beschwerdeführerin vorbringt. Es kann jedoch nicht ausser Acht gelassen werden, dass sich der fragliche Badesteg in einer der Öffentlichkeit gegen Entgelt zur Verfügung gestellten Badeanstalt befindet, wobei der angesprochene Kreis der Benutzer zweifellos auch Kinder umfasste. Angesichts der erheblichen Gefahr, die von einem Kopfsprung in untiefes Wasser ausgeht, erscheint aufgrund der Beschaffenheit des Badestegs augenfällig, dass Unvernunft und Unvorsicht zu schweren Schädigungen führen können, weshalb sich die Beschwerdeführerin nicht ohne Weiteres darauf berufen kann, bei dem nach ihrer Auffassung bestimmungsgemässen Gebrauch des Stegs als blosser Durchgang zur Treppe liege bei vorsichtigem Verhalten der Benutzer kein Mangel vor (vgl. BGE 130 III 736 E. 1.5; 116 II 422 E. 1).

Nachdem in tatsächlicher Hinsicht zudem feststeht, dass es im Strandbad üblich war, dass Badegäste vom Badesteg auf verschiedene Arten, namentlich auch kopfvoran, in den See sprangen und bei solchen Sprüngen keine Interventionen durch den Bademeister erfolgten, hat die Vorinstanz den Einwand der Beschwerdeführerin zu Recht als unbehelflich erachtet, der Badesteg sei nicht für Sprünge ins Wasser bestimmt gewesen. War die Gefahr von Kopfsprüngen vom Badesteg offensichtlich, wie die Beschwerdeführerin einräumt, war sie angesichts des weiten Nutzerkreises und der äusserst schwerwiegenden Folgen entsprechender Unfälle gehalten, auch Verhalten in die Sicherung des Werks einzubeziehen, das von der ursprünglichen Zweckbestimmung abwich. Traf sie als Werkeigentümerin trotz erkannter Gefahr keinerlei Massnahmen, um die Benutzer an einem solchen Verhalten zu hindern, kann sie sich nicht auf den Zweck berufen, für den sie die Anlage ursprünglich bestimmt hatte, sondern muss sich den als gefährlich erkannten tatsächlichen Gebrauch entgegenhalten lassen (BGE 116 II 422 E. 1 mit Hinweis auf SJ 1949 S. 187 f. E. 1c, nicht publ. in BGE 74 II 155).

In der Tat ist angesichts der beschriebenen konkreten Situation, des angesprochenen Benutzerkreises der gegen Entgelt zugänglichen Badeanstalt der Beschwerdeführerin sowie der nach vorinstanzlicher Feststellung üblich gewordenen Kopfsprünge vom Steg unverständlich, weshalb der Badesteg nur auf der linken Seite (Richtung V.) über ein Geländer verfügte, während auf der rechten Seite (Richtung U.) weder Verbotsschilder noch eine rote Linie oder sonstige Bodenmarkierungen vorhanden waren, die (Kopf-) Sprünge vom Steg in den See verboten hätten. Dass ihr die Vornahme entsprechender Sicherheitsvorkehrungen unzumutbar gewesen wäre, macht die Beschwerdeführerin zu Recht nicht geltend.

Insgesamt ist der Vorinstanz keine Verletzung von Art. 58 OR vorzuwerfen, indem sie angesichts der besonderen konkreten Verhältnisse erwog, der fragliche Badesteg sei mangelhaft gewesen. Es versteht sich dabei von selbst, dass die Beurteilung bei einem Steg, der sich nicht in einer Badeanstalt befindet und normalerweise nicht für Sprünge benutzt wird, ganz anders ausfallen würde. Es geht nicht an, eine Seegemeinde jedes Mal haftbar zu machen, wenn ein unvorsichtiger Schwimmer eine Anlegestelle, einen Steg, einen Damm oder eine ähnliche Anlage, die der Gemeinde gehört, zum Sprung ins Wasser benutzt (so bereits Urteil vom 26. Oktober 1948, in: SJ 1949 S. 189 E. 1c, nicht publ. in BGE 74 II 155).

## **5.**

Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz habe ein haftungsausschliessendes Selbstverschulden bzw. eine eigenverantwortliche Selbstgefährdung (volenti non fit iniuria) des Beschwerdegegners zu Unrecht verneint.

**5.1.** Rechtspolitischer Zweck der Adäquanz bildet die Begrenzung der Haftung; es soll aufgrund sämtlicher Umstände im Einzelfall (Art. 4 ZGB) entschieden werden, ob eine Schädigung billigerweise noch dem Haftpflichtigen zugerechnet werden kann (BGE 142 III 433 E. 4.5 mit Hinweisen). Dabei genügt haftpflichtrechtlich, dass der Schädiger eine Ursache gesetzt hat, die nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge geeignet war, den Schaden herbeizuführen, und ohne die es nicht zum Schaden gekommen wäre, während Mitursachen den adäquaten Kausalzusammenhang in der Regel weder zu unterbrechen noch auszuschliessen vermögen (BGE 123 III 110 E. 3c; 113 II 86 E. 1b; Urteile 4A\_87/2019 vom 2. September 2019 E. 4.3; 4A\_275/2013 vom 30. Oktober 2013 E. 5).

Der adäquate Kausalzusammenhang wird unterbrochen, wenn zu einer an sich adäquaten Ursache eine andere Ursache hinzutritt, die einen derart hohen Wirkungsgrad aufweist, dass erstere nach wertender Betrachtungsweise als rechtlich nicht mehr beachtlich erscheint. Entscheidend ist die Intensität der beiden Ursachen (BGE 143 II 661 E. 7.1; 142 IV 237 E. 1.5.2; 130 III 182 E. 5.4; 116 II 519 E. 4b). Die hinzutretende andere Ursache kann dabei in einem schweren Selbstverschulden oder in einem schweren Drittverschulden bestehen.

**5.2.** Die Vorinstanz hat im Verhalten des Beschwerdegegners, der ohne die genaue Wassertiefe abschätzen zu können, vom Ende des Stegs kopfvoran in den See gesprungen war, zutreffend ein erhebliches Selbstverschulden erblickt. Sie hat es in der Folge jedoch zu Unrecht beim allgemeinen Hinweis darauf bewenden lassen, es sei bis zum Unfallzeitpunkt üblich gewesen, vom Badesteg auf verschiedene Arten, auch kopfvoran, in den See zu springen. Die bei der Beurteilung der Mangelhaftigkeit des Werks zu berücksichtigende Selbstverantwortung der Benutzer ist vom Selbstverschulden der geschädigten Person zu unterscheiden: Während im Hinblick auf den Umfang der Sicherungspflicht des Werkeigentümers das zu erwartende Verhalten bzw. die Selbstverantwortung des gesamten angesprochenen Nutzerkreises zu berücksichtigen ist, zu dem im konkreten Fall namentlich Kinder gehörten, geht es im Rahmen der Adäquanz um das der geschädigten Person individuell vorwerfbare Verhalten. Die geschädigte Person kann sich daher bei der Frage, ob ihr persönliches Verhalten den adäquaten Kausalzusammenhang unterbrach, nicht mit dem blossen Hinweis darauf begnügen, ein bestimmtes Verhalten sei am fraglichen Ort auch von anderen Personen an den Tag gelegt worden.

Entsprechend hatte das Bundesgericht bereits in einem früheren Urteil, in dem ebenfalls ein Kopfsprung von einem sich in einem Strandbad befindlichen Steg zu beurteilen war, der von den Badegästen mitunter zum Sprung in den See benutzt wurde, eigens geprüft, ob das (schwere)

Selbstverschulden des Geschädigten den adäquaten Kausalzusammenhang unterbrach und damit die Haftung der Gemeinde ausschloss (Urteil vom 26. Oktober 1948, in: SJ 1949 S. 189 E. 3b, nicht publ. in BGE 74 II 155). Es hat dabei erwogen, dass schwere Selbstverschulden erschiene dann als alleinige Ursache des Unfalls, wenn sich in der Nähe der Unfallstelle - jenseits des Stegandes - aufrechtstehende Badegäste im Wasser befunden hätten. In einem solchen Fall hätte der Geschädigte nämlich erkennen müssen, dass das Wasser an der konkreten Stelle, an der er zum Sprung ansetzte, weniger als einen Meter tief war und somit ein senkrechter Sprung ins Wasser aus einer Höhe von 1.5 m eine grosse Gefahr darstellte.

Ausgangspunkt ist auch im zu beurteilenden Fall die Wertung, dass von einem Erwachsenen zu erwarten ist, dass er nicht einfach kopfvoran in ein Gewässer springt, ohne sich vorher zu vergewissern, dass er dies gefahrlos tun kann. Die Beschwerdeführerin verweist in diesem Zusammenhang grundsätzlich zutreffend auf die Baderegel 4 der Schweizerischen Lebensrettungs-Gesellschaft SLRG ("Nicht in trübe oder unbekannte Gewässer springen! - Unbekanntes kann Gefahren bergen."). Gerade bei einem natürlichen Gewässer wie einem See, dessen Tiefe (im Unterschied zu künstlich erstellten Schwimmbecken) nicht angeschrieben ist, zudem variieren kann oder in dem Hindernisse wie Felsen oder plötzliche punktuelle Untiefen eine Gefahr bilden, bedeutet es ein schweres Selbstverschulden, einfach kopfvoran hineinzuspringen, ohne sich vorher über die Gefahrlosigkeit solchen Tuns im Klaren zu sein.

Es wäre dem Beschwerdegegner ein Leichtes gewesen, den Wasserstand an der fraglichen Stelle zu prüfen, indem er zunächst die eigens dazu angebrachten Stufen zum Einstieg in den See benutzt hätte, bevor er zum Sprung an der Metalltreppe vorbei ansetzte. Da er mit den örtlichen Gegebenheiten des Strandbads gut vertraut war, musste ihm bewusst sein, dass die Seetiefe am Strand lediglich flach abfiel und daher auch gegen Stegende nicht ohne Weiteres für einen Sprung ausreichte; ebenso wenig konnte ihm entgangen sein, dass der Seepegel nicht stabil blieb, sondern über die Zeit variierte. Wie die Vorinstanz zutreffend festgehalten hat, ist auch nicht ersichtlich, inwiefern der Badesteg die Badebesucher "regelrecht zum Sprung ins Wasser [eingeladen]" haben sollte.

Wenn vorliegend dieses schwere Selbstverschulden doch nicht derart überwiegt, dass die Unterlassung von Sicherungsmassnahmen der Gemeinde als Ursache geradezu in den Hintergrund gedrängt, also der Kausalzusammenhang unterbrochen wird, so deshalb, weil besondere Verhältnisse bestehen: So handelt es sich um ein Strandbad, das zwar über einen Bademeister verfügte, dieser jedoch nach den tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Entscheid trotz erkannter Gefahr von Kopfsprüngen vom Badesteg nicht gegen solche einschritt, auch nicht am Unfalltag selber, sondern Kopfsprünge an der fraglichen Stelle im Gegenteil über längere Zeit hinweg geduldet wurden. Zudem ist auch im vorliegenden Fall nicht erstellt, dass sich an der konkreten Unfallstelle jenseits des Stegandes andere Badende aufrechtstehend im Wasser befunden hätten (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 26. Oktober 1948, in: SJ 1949 S. 189 E. 3b, nicht publ. in BGE 74 II 155). Hinsichtlich der Wassertiefe wurden auch keine Warnungen oder sonstigen Hinweise festgestellt; so blieb im kantonalen Verfahren insbesondere unbewiesen, dass vor dem fatalen Sprung von einem Freund ein Warnhinweis bezüglich ungenügender Wassertiefe erfolgte, der vom Beschwerdegegner gehört worden wäre. Die Vorinstanz stellte in tatsächlicher Hinsicht vielmehr darauf ab, der Beschwerdegegner habe die genaue Wassertiefe nicht abschätzen können.

Angesichts dieser besonderen Umstände kann der Beschwerdeführerin nicht gefolgt werden, wenn sie von einem Verhalten des Beschwerdegegners ausgeht, das die fehlenden Sicherheitsvorkehrungen auf dem Badesteg nach wertender Betrachtungsweise als rechtlich nicht mehr beachtliche Ursache

erscheinen liesse. Sie stützt sich vergeblich auf schematische Verschuldensgrade und lässt mit ihrer einseitigen Fokussierung auf die allgemein zu beachtende Baderegel die konkreten Verhältnisse im fraglichen Strandbad ausser Acht. Auch mit dem von ihr erwähnten Urteil des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich, das sich zum Verschulden des Versicherten nach Art. 37 Abs. 2 UVG (SR 832.20) äussert, vermag sie nicht aufzuzeigen, dass die Vorinstanz eine Unterbrechung des Kausalzusammenhangs in bundesrechtswidriger Weise verneint hätte.

Entgegen der in der Beschwerde vertretenen Ansicht ging die Vorinstanz unter Berücksichtigung der besonderen Verhältnisse im zu beurteilenden Fall zutreffend davon aus, dass nach wertender Betrachtungsweise neben dem schweren Selbstverschulden des Geschädigten auch der Werkmangel am Badesteg als rechtlich beachtliche Ursache des eingetretenen Schadens erscheint. Zudem leuchtet nicht ein, inwiefern aufgrund des konkreten Unfallhergangs von einer Einwilligung des Verletzten bzw. einer eigenverantwortlichen Selbstgefährdung (*volenti non fit iniuria*) des Beschwerdegegners auszugehen wäre, die eine Haftung der Beschwerdeführerin ausschliessen würde.

## 6.

Hinsichtlich der von der Erstinstanz nach Art. 44 Abs. 1 OR vorgenommenen und von der Vorinstanz geschützten Herabsetzung des Schadenersatzanspruchs um 40 % beanstandet die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz hätte die erstinstanzliche Selbstverschuldensquote nicht unbesehen übernehmen dürfen. Zwar trifft zu, dass die erwähnte bundesrechtliche Bestimmung grundsätzlich von Amtes wegen anzuwenden ist (Art. 57 ZPO) und im Antrag auf Abweisung der Klageforderung sinngemäss auch derjenige auf Herabsetzung enthalten war. Nachdem sich die Vorbringen in der Berufung zum angeblich haftungsausschliessenden Selbstverschulden des Beschwerdegegners als unbegründet erwiesen hatten, war die Vorinstanz jedoch nicht ohne Weiteres veranlasst, auf die Erwägungen der Erstinstanz zur vorgenommenen Herabsetzung von sich aus im Einzelnen einzugehen. Die Beschwerdeführerin räumt selber ein, sich im Rahmen der Berufung nicht mit den Erwägungen der Erstinstanz zur Herabsetzung nach Art. 44 Abs. 1 OR auseinandergesetzt zu haben. Inwiefern die Vorinstanz die gesetzlichen Anforderungen an die Begründung der Berufung überspannt und damit Art. 311 Abs. 1 ZPO verletzt hätte (dazu BGE 138 III 374 E. 4.3.1), vermag die Beschwerdeführerin nicht aufzuzeigen. Damit stösst auch der im gleichen Zusammenhang erhobene Vorwurf der Gehörsverletzung (Art. 29 Abs. 2 BV) ins Leere. Eine Überprüfung des erstinstanzlichen Ermessensentscheids durch das Bundesgericht bleibt unter diesen Umständen ausser Betracht (zur materiellen Ausschöpfung des Instanzenzugs BGE 143 III 290 E. 1.1; Urteile 4A\_337/2021 vom 23. November 2021 E. 3.1.2; 4A\_245/2021 vom 26. Oktober 2021 E. 4.1; 4A\_40/2021 vom 10. Juni 2021 E. 3.2).

## 7.

Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend wird die Beschwerdeführerin kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 66 Abs. 1 und Art. 68 Abs. 2 BGG).

### **Demnach erkennt das Bundesgericht:**

#### 1.

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

**2.**

Die Gerichtskosten von Fr. 2'000.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

**3.**

Die Beschwerdeführerin hat den Beschwerdegegner für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 2'500.-- zu entschädigen.

**4.**

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, schriftlich mitgeteilt.