

AUS DEM THEMENGEBIET: WERKVERTRAG – TATTOO MIT FEHLERN UND DIE RECHTLICHEN FOLGEN

I. Der Fall

T wollte sich ein neues Tattoo stechen lassen und wendete sich an ein grosses, sehr bekanntes Tattoo-Studio G. Beim ersten Termin bei G präsentierte T seine Vorstellungen, worauf ihm von G Tätowierer zugewiesen wurde. In der Folge zeichnete der Tätowierer eine Vorlage, mit welcher T zufrieden war und es wurde ein Termin für das Stechen des Tattoos bei G vereinbart.

Schon kurze Zeit nach dem Stechen, bevor die Wunden vollständig verheilt waren, bemerkte T, dass das Tattoo schlecht geraten war. Es wich von der Vorlage ab, entsprach nicht der gewünschten Technik und es entstanden zudem Blow-outs, da zu tief in die Haut gestochen wurde. T war frustriert und meldete sich diesbezüglich bei G. Dieses lehnte jegliche Haftung ab und verwies auf den Tätowierer. Zuvor war dies T nie so kommuniziert worden, noch war in den AGB's festgelegt, dass die Haftung nicht vom Unternehmen sondern vom Tattoo-Künstler getragen wird. Da T sich für das Tattoo spezifisch an G gewendet hatte und die Kosten für das Tattoo und die Termine an

der Kasse an G bezahlt bzw. vereinbart hat, war er der Meinung, den Vertrag mit G geschlossen zu haben und nicht mit dem Tätowierer persönlich. Aus diesem Grund sollte nach den Vorstellungen von T auch G die Verantwortung tragen.

II. Tattoo als Werkvertrag

Gemäss Art. 363 ff. OR verpflichtet sich ein Unternehmer durch einen Werkvertrag zur Herstellung eines Werkes und der Besteller zur Leistung einer Vergütung. Das Hauptmerkmal eines Werkes liegt im Versprechen des Unternehmers, einen bestimmten Arbeitserfolg zu erbringen (BSK OR I, ZINDEL/PULVER, Vorbemerkungen zu Art. 363-379 N 4).

Bei der Tätowierung liegt ein Werkvertrag nach Art. 363 ff. OR vor. Das Tattoo-Studio bzw. der Tätowierer verpflichtet sich beim Werkvertrag zur Herstellung, beziehungsweise Erfüllung, eines Werkes (des Tattoos) und der Kunde zur Leistung einer Vergütung (Bezahlung der entstandenen Kosten). Dabei liegt der vereinbarte Vertragsgegenstand im Arbeitsresultat und nicht in der Arbeit an sich. Der Arbeitserfolg liegt darin, eine Tätowierung zu stechen, welche der besprochenen Vorlage entspricht. T hat seinen Teil des Werkvertrages eingehalten und die entstandenen Kosten bezahlt. Da das Tat-

too jedoch nicht der vereinbarten Vorlage entsprach sowie nicht kunstgerecht gestochen wurde, kann geltend gemacht werden, dass seitens von G der Werkvertrag nicht genügend erfüllt wurde.

III. Verantwortlichkeit

In Art. 364 Abs. 2 OR wird ausdrücklich statuiert, dass der Unternehmer sich verpflichtet, das Werk persönlich auszuführen oder unter seiner persönlichen Leitung ausführen zu lassen. Bei Unternehmer, welche keine Einzelperson sind, verpflichtet sich dieser nicht, das Werk selber herzustellen, sondern die Arbeiten unter deren persönlichen Leitung durch Angestellte ausführen zu lassen (BSK OR I, ZINDEL/PULVER, Art. 364 N 32). Unter diese Leitung fällt die Pflicht, die Ausführenden der Arbeiten sorgfältig auszuwählen, ihnen angemessene Weisungen zu erteilen und die Arbeitsausführung zu überwachen (BSK OR I, ZINDEL/PULVER, Art. 364 N 34). Auch bei juristischen Personen spielen die „persönliche Eigenschaften“ des Unternehmers eine entscheidende Rolle. Dabei kommt es auf die Leistungsfähigkeit und Qualität sowie Zuverlässigkeit, Erfahrung und Know-How (insbesondere Ausbildungsstand des Personals) des Unternehmens an (BSK OR I, ZINDEL/PULVER, Art. 364 N 38, BGE 103 II 52 S. 55 f.). Eine Ausnahme von der persönlichen Ausführung

kommt nur dann in Frage, wenn es „nach der Natur des Geschäfts auf persönliche Eigenschaften des Unternehmers nicht ankommt“ (BSK OR I, ZINDEL/PULVER, Art. 364 N 36). In diesem Fall könnten Dritte auf Rechnung des Unternehmers das Werk erstellen. Jedoch wäre auch hier der Unternehmer zu einer überwachenden Leitung verpflichtet (BSK OR I, ZINDEL/PULVER, Art. 364 N 37).

Im vorliegenden Fall war es T wichtig, ein Tattoo zu erhalten, welches seinen Vorstellungen und der bestmöglichen Qualität entspricht. Aus diesem Grund wendete er sich an das prominente Tattoo-Studio G, da dieses seinen sehr guten Ruf pflegt und auch mit der besten Qualität wirbt. T war deshalb auch dazu bereit, für eine gute Qualität auch einen höheren Preis zu bezahlen, da G im Vergleich teuer ist. Natürlich wird aus der Natur von G als juristische Person klar, dass das Tattoo nicht vom Unternehmen G an sich, sondern von einem angestellten Tattoo-Künstler gestochen wird. Dies war T vor Abschluss des Werkvertrages klar, jedoch konnte er davon ausgehen, dass der Künstler, welcher das Tattoo stach, der Leitung von G unterstand und aufgrund seiner Ausbildung und Erfahrung in der Lage war, ein Tattoo in der erworbenen Qualität zu stechen. Da der Vertrag mit G abgeschlossen wurde, war dieses

demnach für die Leitung des Künstlers und folglich für die korrekte Erfüllung verantwortlich. Demnach kann die Arbeit des Tätowierers G als eigenes Handeln angerechnet werden.

IV. Mangel

Ein Mangel am Werk besteht, wenn die vertraglich zugesicherten oder nach dem Vertrauensprinzip vorausgesetzten Eigenschaften des Erfolges fehlen (BSK OR I, ZINDEL/PULVER, Art. 368 N 9). Ein solcher kann auch ästhetischer Natur sein. Demnach ist ein Tattoo, welches nicht der vereinbarten Vorlage sowie nicht dem Stand der Technik entspricht, mangelhaft. Nach Art. 367 Abs. 1 OR hat der Besteller nach Ablieferung des Werkes dessen Beschaffenheit zu prüfen und den Unternehmer von allfälligen Mängeln in Kenntnis zu setzen.

Im vorliegenden Fall wurde G einige Tage später, nachdem die Schwellung abgeklungen war und die Mängel sichtbar wurden, über die Mängel in Kenntnis gesetzt. Die Mängelrüge fand somit innert einer nach üblichem Geschäftsgang akzeptierten Frist statt und wurde genügend substantiiert vorgebracht.

V. Wandlung

Der Hersteller hat bei der Erstellung des Werks für die „tadellose Ausführung“ einzustehen (BGE 95 II 43 S. 52).

Demnach wird eine Sorgfalt erwartet, die nach der Verkehrsauffassung von ihm erwartet werden kann (BSK OR I, ZINDEL/PULVER, Art. 364 N 7). Wenn das Werk an so erheblichen Mängeln leidet oder es sonst so sehr vom Vertrag abweicht, dass es für den Besteller unbrauchbar ist oder dass die Annahme billigerweise nicht zugemutet werden kann, so darf der Besteller das Werk nach Art. 368 Abs. 1 OR verweigern und bei Verschulden des Unternehmers Schadenersatz fordern. Die Mängelhaftung setzt kein Verschulden des Unternehmers voraus (BSK OR I, ZINDEL/PULVER, Art. 368 N 7), eine Wandlung ist jedoch nur dann möglich, wenn dem Besteller die Annahme der Leistung unzumutbar ist. Die Unzumutbarkeit bestimmt sich nach einer Abwägung der gegenseitigen Interessen der Parteien in einer umfassenden Würdigung des Einzelfalles nach Recht und Billigkeit (Art. 4 ZGB). Der Besteller kann das mangelhafte Werk entfernen und durch ein neues ersetzen lassen, was dem Sinn einer Wandlungsklage gleichkommt (BGE 98 II 118, S. 120). Die Kosten der Rücknahme hat dabei der Unternehmer zu tragen (BSK OR I, ZINDEL/PULVER, Art. 368 N 29).

Die Annahme des Tattoos war für T unzumutbar, da es nicht der Vorlage entsprach und zudem unpräzise und unschön gestochen wurde. Aus diesen

Gründen wollte er es sich mit einer Laserbehandlung entfernen lassen. Dieses Handeln war nachvollziehbar, da das Tattoo seinen Körper verunstaltet hat und deshalb untragbar war. Eine solche Laserbehandlung stellt einen Eingriff in den Körper und die Gesundheit dar, weshalb die schonendste Methode zu wählen ist, welche zudem professionell ausgeführt werden sollte.

VI. Minderung oder Nachbesserung

Liegen weniger erhebliche Mängel vor, ist eine Wandlung nicht gerechtfertigt und es kann eine Preisminderung oder eine Nachbesserung verlangt werden. Die Entscheidung darüber liegt beim Besteller.

Ein Tattoo kann zwar überstochen werden und somit auch verbessert werden. Jedoch müsste bei T nicht nur die Fläche, welche effektiv tätowiert wurde, sondern auch die schattigen, verschwommenen Rückstände der Blow-outs überstochen werden. Dies würde die Fläche der Körperkunst prägnant vergrössern, was im Falle von T unzumutbar ist. Auch die Minderung des Preises kam für T nicht in Frage.

VII. Mangelfolgeschaden

Der Besteller kann kumulativ zur Wandlung, Ersatz des Mangelfolgeschadens verlangen. Mit Ersatz des Mangelfolge-

schadens ist jener Schaden gemeint, der nicht im Mangel selbst besteht, sondern aus unmittelbarer oder mittelbarer Folge des Mangels entsteht. Der Ersatz des Mangelfolgeschadens setzt ein Verschulden des Unternehmers voraus. Jede Abweichung von der fachtechnisch gebotenen Sorgfalt ist ein Verschulden, von dem sich der Unternehmer zu exkulpieren hat (Art. 97 OR).

Im Falle von T ist kein Mangelfolgeschaden entstanden. Die Laserbehandlung, um das Tattoo zu entfernen, ist nicht als Mangelfolgeschaden, sondern als Rückgängigmachen des Tattoos zu definieren. Dieser Schaden muss durch die Wandlung (vgl. IV. Wandlung) von dem beklagten Unternehmen übernommen werden. Als Mangelfolgeschaden könnte jedoch eine allfällige ästhetische Behandlung der Vernarbung nach der Laserbehandlung geltend gemacht werden.

VIII. Fazit

T hat im vorliegenden Fall Anspruch auf Wandlung des Vertrages und somit Beseitigung des Tattoos. Bei der Wandlung handelt es sich um ein Rückgängigmachen des Vertrages (Zug um Zug). Somit wird das Tattoo, gegen Rückgaben der bezahlten Kosten, „zurückgenommen“. Da die Beseitigung nur durch eine Laserbehandlung er-

möglichst wird, muss der Unternehmer, vorliegend G, für die anfälligen Kosten dieser Behandlung aufkommen.

Sarah Carpio,
MLaw, Substitutin

Haben Sie weitere Fragen zum Thema fehlerhaftes Tattoo?

Benötigen Sie eine rechtliche Auskunft oder einen Rat?

WIR BERATEN SIE GERNE RUND UM DAS THEMA TATTOO ALS WERKVERTRAG

Fischer Rechtsanwälte LLC
Selnaustrasse 6
8001 Zürich
Telefon +41 44 515 56 56
Fax +41 44 515 56 58
www.fischer-rechtsanwaelte.ch
info@fischer-rechtsanwaelte.ch