



<b>Fall-Nr.:</b>	BZ.2006.100
<b>Stelle:</b>	Kantonsgericht
<b>Rubrik:</b>	Zivilkammern (inkl. Einzelrichter)
<b>Publikationsdatum:</b>	11.06.2007
<b>Entscheiddatum:</b>	11.06.2007



### Entscheid Kantonsgericht, 11.06.2007

Art. 46, Art. 47 und Art. 58 OR (SR 220); Art. 65 Abs. 3, Art. 199 Abs. 1 und Art. 266 Abs. 1 ZPO (sGS 961.2). **Werkeigentümerhaftung bei Kinderunfällen. Die Mangelhaftigkeit eines Werks, dessen Zweck sich verglichen mit seinem ursprünglichen Zweck geändert oder erweitert hat, bestimmt sich nach der neuen Zweckbestimmung. Das Treppenhaus eines Kindergartens, welches auch den Zweck hat, den Kindergartenschülern als Pausenraum zu dienen, muss die einem Pausenraum entsprechende Sicherheit gewährleisten. Bei der Beurteilung der Zumutbarkeit sichernder Massnahmen ist vom Zustand im Zeitpunkt des Unfalls auszugehen. Nachträglich durch den Werkeigentümer getroffene Massnahmen sind weder generell zu dessen Gunsten noch zu dessen Lasten zu berücksichtigen. Besuchsschaden von Angehörigen. Der Lohnausfall von Angehörigen ist nur in einem engen Rahmen, soweit eine Vermeidung unzumutbar wäre, ersatzpflichtiger Schaden. Der Stundenansatz beim Betreuungsschaden richtet sich nach den für den Haushaltschaden entwickelten Prinzipien. Bei nicht dauernden Schäden kann eine Genugtuung nur unter besonderen Umständen wie einer besonders gravierenden Verletzung oder eines langen Spitalaufenthalts zugesprochen werden. In einem laufenden Prozess ist die vorsorgliche Beweiserhebung auf jene Beweise beschränkt, welche für den bereits hängigen Prozess allenfalls von Bedeutung sind. Der Verweis von nach Ansicht des Klägers bereits entstandenen Ansprüchen in den Nachklagevorbehalt mit der Begründung, die Ansprüche seien illiquid, ist nicht zulässig. Verlangt der Kläger eine Beurteilung seiner Ansprüche, ist darüber zu entscheiden. Ist der Anspruch nach Ansicht des Gerichts nicht liquid, hat es die Klage abzuweisen oder durch Abnahme von Beweisen für Liquidität zu sorgen. Im Haftpflichtprozess können besondere Umstände vorliegen, welche die Auferlegung der Prozesskosten in Abweichung von der allgemeinen Regel rechtfertigen können (Kantonsgericht St.Gallen, Präsident der III. Zivilkammer, 11. Juni 2007, BZ.2006.100).**

Erwägungen

I.



1. Am 23. Februar 2005 verunfallte der am 9. Oktober 1999 geborenen Kläger im von ihm besuchten Kindergarten. Während der Pause seiner Kindergartenklasse lehnte er sich beim Zwischenboden des Treppenhauses über das Geländer und stürzte. Gemäss dem Schulratspräsidenten der Beklagten war die Kindergartenlehrerin des Beklagten mit einem Kindertagschüler im Schulzimmer verblieben. Gemäss der Mutter des Klägers führte eine zweite der insgesamt drei im Schulhaus einquartierten Kindergartenklassen zur Zeit des Unfalls ebenfalls eine Pause durch.

Der Kläger erlitt ein mittelschweres geschlossenes Schädeltrauma mit frontaler Einblutung sowie eine nichtdislozierte Olecranonfraktur (Bruch des Ellenbogens). Der Kläger war vom 23. Februar 2005 bis zum 10. März 2005 hospitalisiert, die ersten fünf Tage verbrachte er auf der Intensivstation. Die Ellenbogenfraktur wurde durch einen Gipsverband behandelt. Die Kopfverletzung bewirkte eine Fazialisschwäche links (nervus facialis = Gesichtsnerv), Augenmobilitätsstörungen sowie posttraumatische Wortfindungsschwächen, welche Logopädie, Physiotherapie und Ergotherapie erforderlich machten (kläg. act. 2 und 3). Im entwicklungspsychiatrischen Bericht vom 31. Oktober 2005/10. November 2005 (kläg. act. 3) wurde festgehalten, der Kläger weise nach wie vor eine leichte Hemiparese rechts auf (Hemiparese = halbseitige, leichte Lähmung) und zeige Wahrnehmungsschwächen (kläg. act. 2, S. 1). Die (eigentlich dominante) rechte Hand weise ausgeprägte signifikante Schwächen gegenüber der linken Hand auf. Dieser Befund passe zu den erlittenen Verletzungen (kläg. act. 3, S. 3 i. f.). Die Einschulung wurde als nicht gefährdet erachtet und die Weiterführung der Ergotherapie angeordnet (kläg. act. 3, S. 4).

In einem weiteren entwicklungspsychiatrischen Untersuchungsbericht vom 29. August 2006/15. September 2006 (kläg. act. 11) wurde anhand einer Nachuntersuchung des Schädelhirntraumas folgende Diagnose gestellt: Altersgemässe kognitive Entwicklung; leichte Schwäche im Bereich der Handlungserfassung; leichte rechtsbetonte motorische Unsicherheit infolge des mittelschwerem Schädelhirntraumas mit hoch bifrontalen kleinen Kontusionsblutungen und des Ellenbogenbruchs (kläg. act. 11, S. 1). Der Bericht hält fest, der Kläger habe sich 1¼ Jahre nach dem mittelschweren Gehirntrauma gut erholt; er zeige nur noch minimale neurologische Auffälligkeiten rechts, welche sich motorisch funktionell nicht auswirkten, obwohl sie in der standardisierten Prüfung fortbeständen. Auch die Merkfähigkeit des Klägers habe sich



wesentlich verbessert und liege aktuell wieder über dem Durchschnitt. In der Untersuchung habe er leichte Auffälligkeiten im Bereich des ganzheitlichen Denkens gezeigt, welche kaum erklärbar seien, am ehesten habe es sich um tagesformbedingte Formschwankungen gehandelt. Nach wie vor zeige der Kläger Hinweise für leichte Wahrnehmungsschwächen, insbesondere bestünden noch leichte Schwächen im Bereich der Handlungserfassung (kläg. act. 11, S. 3 unten).

2. a) Am 2. März 2006 begehrte der Kläger einen Versöhnungsversuch an. Da die Beklagte zur am 24. März 2006 angesetzten Verhandlung nicht erschien, stellte das Vermittleramt am selben Tag den Leitschein aus (vi-act. 1).

b) Am 23. Mai 2006 erhob der Kläger Klage beim Kreisgerichtspräsidium (vi-act. 2) und verlangte, unter Vormerkung einer Nachklage, Schadenersatz im Umfang von Fr. 9'000.- und Genugtuung im Umfang von Fr. 10'000.-, jeweils nebst Zins. Im Wesentlichen machte der Kläger geltend, der Unfall des Klägers sei auf einen baulichen Mangel des Treppenhauses zurückzuführen, für welchen die Beklagte als Eigentümerin des Schulhauses aus Art. 58 OR hafte. Die Schadenersatzforderung setze sich wie folgt zusammen: Fr. 4'000.- Lohnausfall des Vaters, Fr. 288.- Fahrspesen, Fr. 100.- Parkgebühren, Fr. 300.- auswärtiges Essen, Fr. 3'720.- Pflegeschaden (Betreuungsaufwand) und Fr. 608.80 Fahrspesen und Parkgebühren im Zusammenhang mit den angeordneten Therapien.

c) Mit Klageantwort vom 6. Juli 2006 beantragte die Beklagte die Abweisung der Klage (vi-act. 7). Im Wesentlichen bestritt die Beklagte das Vorliegen eines Werkmangels. Eventualiter anerkannte die Beklagte die Schadenersatzposten Fahrspesen (Fr. 288.-), Parkgebühren (Fr. 100.-), auswärtiges Essen (Fr. 300.-) und Fahrspesen und Parkgebühren im Zusammenhang mit den angeordneten Therapien (Fr. 608.80). Den Lohnausfall des Vaters anerkannte die Beklagte gänzlich nicht als Schaden an, während sie beim Betreuungsaufwand einen anderen Stundensatz für angemessen hielt und eventualiter Fr. 3'348.- als Schaden anerkannte.

d) Mit Replik vom 9. August 2006 (vi-act. 9) und Duplik vom 22. September 2006 (vi-act. 13) hielten die Parteien im Wesentlichen an den Standpunkten fest, welche sie in ihrer Klage respektive Klageantwort eingenommen hatten.



## St.Galler Gerichte

e) Am 30. Oktober 2006 fand beim Kindergarten die Hauptverhandlung mit Augenschein statt. Anwesend waren Vater und Mutter A und ihr Vertreter einerseits, sowie der Schulratspräsident, der Schulsekretär und der Vertreter der Beklagten andererseits (Urteil, 3; vi-act. 27).

Um sich ein Bild über den Unfallhergang machen zu können, wurde ein Kindergartenschüler (B) beigezogen, dessen Körpergrösse nahezu derjenigen des Klägers zum Zeitpunkt des Sturzes entsprach (Urteil, 3; vi-act. 27). Als Beweisergebnis hielt die Vorinstanz fest, dass, selbst wenn sich der beigezogene Kindergartenschüler B auf der oberen Querstrebe des Treppengeländers (Höhe 18 cm ab Boden) auf die Zehenspitzen stellte, nicht ohne weiteres ein Übergewicht auftreten konnte (Urteil, 3 und 5; vi-act. 27). Das Besteigen der Querleiste sei problemlos möglich gewesen, nachdem die nach dem Unfall zunächst angebrachten Längsstäbe entfernt worden seien und dieselbe Situation wie zum Zeitpunkt des Sturzes des Klägers vorgelegen habe. Zu den Pausengepflogenheiten im Kindergarten befragt erzählte der Kindergartenschüler B, Pausen fänden ab und zu statt, die Kinder seien dabei manchmal draussen, bei Regen im Gebäude. Auf entsprechende Frage berichtete B, dass die Kindergartenlehrerin, während die Kinder sich im Gang aufhielten, etwas esse, am Computer arbeite oder etwas vorbereite, sich aber nicht im Treppenhaus befinde (Urteil, 3; vi-act. 27).

Gemäss Aussagen von Mutter A und dem Schulratspräsidenten der Beklagten war die Kindergartenlehrerin am Unfalltag mit einem Kind im Schulzimmer verblieben, während die übrigen Kindergartenschüler der betreffenden Klasse im Treppenhaus ihren Pausenbeschäftigungen nachgingen. Mutter A führte weiter aus, dass die Kindergartenklasse in der unteren Etage ebenfalls Pause hatte, als sich der Unfall ereignete. Deren Lehrerin habe beide Klassen beobachtet. Da jedoch die eine Klasse vom Turnunterricht zurückgekommen sei, habe im unteren Stockwerk reger Betrieb geherrscht. Der Schulratspräsident erläuterte, die Kindergartenlehrerinnen arbeiteten im Jobsharing, so dass jeweils eine Kindergartenlehrerin Aufsicht habe. Wenn die Klassen nicht miteinander Pausen hätten, könne es allerdings vorkommen, dass keine Aufsicht anwesend sei (Urteil, 3 f.).



Mit Entscheid vom 30. Oktober 2006 schützte die Vorinstanz die Schadenersatzforderung im Umfang von Fr. 6'644.80 nebst Zins und wies sie im Mehrbetrag ab. Die Genugtuungsforderung verwies die Vorinstanz mangels Liquidität in den Nachklagevorbehalt. Diesen merkte sie auch für den künftigen Schaden vor. Die Gerichtskosten wurden zu einem Drittel dem Kläger, zu zwei Dritteln der Beklagten auferlegt und die Beklagte zusätzlich verpflichtet, dem Kläger gemäss dem Verfahrensausgang eine Parteienschädigung zu bezahlen. Der Entscheid wurde den Parteien am 31. Oktober im Dispositiv zugestellt (vi-act. 25). Am 2. November teilte die Beklagte mit, sie verzichte nicht auf die schriftliche Begründung des Urteils. Dieses wurde am 10. November 2006 an die Parteien versandt (Urteil, 10; Zugang je am 13. November gemäss vi-act. 28a und 28b).

3. Gegen diesen Entscheid erhob die Beklagte am 13. Dezember 2006 Berufung beim Kantonsgericht und beantragte, die Klage sei unter Kostenfolge abzuweisen. Damit verlangt die Beklagte sinngemäss, das Urteil der Vorinstanz sei aufzuheben.

Darauf erhob der Kläger am 23. Januar 2007 Anschlussberufung und verlangte, die Berufung sei unter Kostenfolge abzuweisen und ihm sei Schadenersatz und Genugtuung wie vor der Vorinstanz beantragt zuzusprechen. Eventualiter verlangte der Kläger eine Abänderung des vorinstanzlichen Entscheides betreffend Verteilung der Prozesskosten.

In ihrer Anschlussberufungsantwort vom 21. Februar 2007 verlangte die Beklagte erneut, die Klage sei abzuweisen.

II.

1. Die von Amtes wegen vorzunehmende Prüfung der Prozessvoraussetzungen (Art. 79, 224 Abs. 1 lit. d, 229 ZPO; Art. 82 GerG) ergibt, dass diese erfüllt sind. Zuständig ist der Präsident der III. Zivilkammer (Art. 20 Abs. 2 Ziff. 1 ZPO).

Auf die Berufung ist einzutreten.



2. Einzutreten ist insbesondere auch auf die gesamte Anschlussberufung. Entgegen der durch die Beklagte in der Anschlussberufungsantwort vertretenen Ansicht, ist das erstinstanzliche Urteil in seiner Ziff. 1 Abs. 3 (Nachklagevorbehalt) noch nicht in Rechtskraft erwachsen (Anschlussberufung, 2 Ziff. II/3). Das Rechtsbegehren der Beklagten in ihrer Berufung lautet auf Abweisung der Klage unter Kostenfolge, worunter sinngemäss zu verstehen ist, das erstinstanzliche Urteil sei (in seiner Gesamtheit) aufzuheben. Entgegen ihren Ausführungen in der Anschlussberufung hat die Beklagte den Nachklagevorbehalt nur eventualiter für den Fall anerkannt, dass das Gericht auf einen Werkmangel erkennen sollte (Berufung, 2 Ziff. II/4). Dies hat sie im Übrigen schon vor der Vorinstanz in ihrer Klageantwort gemacht (vi-act. 7, S. 2 Ziff. II/2). Wird aber der erstinstanzliche Entscheid in seinem Grundsatz bestritten, nämlich dass entgegen der Ansicht der Vorinstanz kein haftungsbegründender Werkmangel vorliege, kann nicht gesagt werden, die Vormerkung des Nachklagevorbehaltes sei damit nicht bestritten, denn ohne die Bejahung des Werkmangels verliert auch die Vormerkung des Nachklagevorbehaltes für spätere Schäden ihren Sinn. Die Vormerkung des Nachklagevorbehaltes kann infolge ihrer Konnexität mit dem Grundsatzentscheid ohnehin nicht unabhängig von diesem rechtskräftig werden.

### III.

1. Vorliegend ist in der Sache zunächst umstritten, ob der Kläger die Beklagte aus der Werkeigentümerhaftpflicht (Art. 58 OR) in Anspruch nehmen könne. Nach Art. 58 Abs. 1 OR hat der Eigentümer eines Gebäudes oder eines anderen Werkes den Schaden zu ersetzen, den dieses infolge von fehlerhafter Anlage oder Herstellung oder von mangelhaftem Unterhalt verursacht.

a) Nicht strittig ist die Passivlegitimation der Beklagten als Eigentümerin des Kindergartens (vi-act. 7, S. 2 Ziff. II/1).

b) Nicht strittig ist sodann die Qualifikation des Kindergartens/der Treppe/des Treppengeländers als Werk im Sinne von Art. 58 OR (Urteil, 2 Ziff. 2b/aa). Es ist gleichgültig, ob die Bestandteile (hier Treppe und Treppengeländer) gesondert als



Werke im Sinne von Art. 58 OR betrachtet werden, oder ob die Haftung vom Eigentum am gesamten Gebäude abgeleitet wird; bei der zweiten Konzeption erscheint der Mangel des Bestandteils als Mangel der Hauptsache (BREHM, Berner Kommentar, VI/1/3/1, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen (Art. 41-61 OR), 3. Aufl., Bern 2006, Art. 58 N 41; OFTINGER/STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht, II/1, 4. Aufl., Zürich 1987, § 19 N 53).

c) Strittig zwischen den Parteien ist, ob das Werk mangelhaft im Sinne von Art. 58 OR war (Berufung, 8 Ziff. 5; Berufungsantwort, 12).

aa) Der Umstand, dass ein Werk jemandem einen Schaden zufügt, begründet als solcher allein noch keine Haftung des Eigentümers nach Art. 58 OR. Die Schadensverursachung muss auf einen Werkmangel oder auf mangelhaften Unterhalt zurückzuführen sein (BREHM, Art. 58 N 54). Ob ein Werk fehlerhaft angelegt ist oder mangelhaft unterhalten wird, hängt nach Rechtsprechung und Lehre vom Zweck ab, den dieses zu erfüllen hat. Ein Mangel liegt insbesondere dann vor, wenn das Werk bei bestimmungsgemäsem Gebrauch nicht genügend Sicherheit bietet (BGE 130 III 736 E. 1.3 S. 741; 126 III 113 E. 2a/cc S. 116; 123 III 306 E. 3b/aa S. 310 f.; 122 III 229 E. 5a/bb S. 235; 118 II 36 E. 4a S. 38; 117 II 399 E. 2 S. 400; BREHM, Art. 58 N 54, 65; KELLER, Haftpflicht im Privatrecht I, 6. Aufl., Bern 2002, 202 [nachfolgend zitiert: KELLER, Bd. I] ; OFTINGER/STARK, § 19 N 73; REY, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 3. Aufl., Zürich 2003, N 1051, 1058). Ein Werk, dessen bestimmungsgemässer Gebrauch durch die behaupteten Mängel nicht beeinträchtigt wird, kann, da nicht mangelhaft, keine Werkeigentümerhaftung begründen (BGE 130 III 736 E. 1.2 S. 741).

Ob das Werk mangelfrei oder mangelhaft ist, beurteilt sich unter Berücksichtigung dessen, was sich nach der Lebenserfahrung am fraglichen Ort zutragen kann (BREHM, Art. 58 N 55a m. w. H.). Der Mangel wird im Hinblick auf die tatsächliche Gefahr, die er darstellt, beurteilt und nicht nach dem, was üblicherweise in solchen Fällen getan oder gar geduldet wird (BREHM, Art. 58 N 55a m. w. H.).

Grundsätzlich genügt es somit, dass ein Werk seiner Zweckbestimmung gerecht wird; einem bestimmungswidrigen Gebrauch muss es nicht gewachsen sein (BGE 130 III 736



E. 1.3 S. 742; BREHM, Art. 58 N 66; REY, N 1074). Eine Schranke der Sicherungspflicht bildet die Selbstverantwortung. Vorzubeugen hat der Werkeigentümer nicht jeder erdenklichen Gefahr. Er darf Risiken ausser Acht lassen, welche von den Benützern des Werks oder von Personen, die mit dem Werk in Berührung kommen, mit einem Mindestmass an Vorsicht vermieden werden können. Ein ausgefallenes, unwahrscheinliches Verhalten muss nicht einberechnet werden (BGE 130 III 736 E. 1.3 S. 742). Eine weitere Schranke der Sicherungspflicht bildet die Zumutbarkeit. Zu berücksichtigen ist, ob die Beseitigung allfälliger Risiken 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 vernünftigen Verhältnis zur Zweckbestimmung des Werks stehen (BGE 130 III 736 E. 1.3 S. 742). Mitunter hat der Werkeigentümer jedoch auch an Gefahren zu denken, die ausserhalb des normalen beziehungsweise bestimmungsgemässen Gebrauchs des Werks liegen (BGE 130 III 736 E. 1.5 S. 743; BREHM, Art. 58 N 65; KELLER, Bd. I, 202; REY, N 1074 ff.). Zu denken ist einerseits 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 S. 743 f.; 116 II 422 E. 1 S. 424 [Plauschbad]). Eine weitere Gefahrenquelle, welcher Rechnung zu tragen ist, stellen Werke dar, die Kinder zu einer bestimmungswidrigen Benützung verleiten (BGE 130 III 736 E. 1.5 S. 744).

Das Bundesgericht fasst die Grundsätze der Werkeigentümerhaftung bei Kinderunfällen folgendermassen zusammen: "Der Werkeigentümer darf grundsätzlich darauf vertrauen, dass Kinder sich gemäss der ihrem Alter entsprechenden, durchschnittlichen Vernunft verhalten. Kinder, die in Bezug auf die Benützung eines bestimmten Werks nicht über die erforderliche Vernunft verfügen, gehören unter Aufsicht. Dies muss insbesondere für den Strassenverkehr gelten, da das Strassennetz nicht eine für jeden Verkehrsteilnehmer optimale Sicherheit zu gewährleisten braucht. Der Strasseneigentümer darf darauf vertrauen, dass nur verkehrsgeschulte Kinder sich unbegleitet im Strassenverkehr aufhalten. Ausnahmsweise hat der Werkeigentümer jedoch besondere Sicherheitsvorkehrungen zur Verhinderung zweckwidrigen Verhaltens durch Kinder zu treffen, wenn das Werk aufgrund seiner Beschaffenheit besondere Risiken in sich birgt, welche bei fehlender Vernunft und Vorsicht zu schweren



Schädigungen führen, oder wenn das Werk aufgrund seiner besonderen Zweckbestimmung Kinder zu einer bestimmungswidrigen Benützung verleitet. Voraussetzung der Haftbarkeit des Werkeigentümers ist aber in jedem Fall, dass das zweckwidrige Verhalten voraussehbar ist und zumutbare Massnahmen getroffen werden können, damit eine zweckwidrige Verwendung nicht erfolgt. Gegen ein ausgefallenes Verhalten muss der Werkeigentümer selbst bei Kindern keine Vorkehrungen unternehmen. Diese die genannten Ausnahmesituationen betreffenden Regeln der Werkeigentümerhaftung bei bestimmungswidriger Benützung des Werks durch Kinder sind in der Lehre anerkannt (BGE 130 III 736 E. 1.6 S. 745 m. H. a. KELLER, Bd. I, 202 f.; BREHM, Art. 58 N 65; REY N 1074 ff.).

bb) Für die Beurteilung der Mangelhaftigkeit des vorliegenden Werks (Kindergarten/Treppenhaus/Treppengeländer) ist als erstes zu prüfen, ob die effektive Benützung im Zeitpunkt des Schadensereignisses dessen Zweckbestimmung entsprach (BREHM, Art. 58 N 65). Ist dies nicht der Fall, haftet die Beklagte als Werkeigentümerin nur unter den oben genannten Umständen. Grundlage für die Prüfung bilden stets die konkreten Verhältnisse des Einzelfalls (KELLER, Bd. I, 201).

Nach Feststellung der Vorinstanz befindet sich der Kindergarten in einem einhundertjährigen Haus, in welchem drei Kindergartenklassen untergebracht sind. Das Gebäude wird entsprechend seiner Zweckbestimmung praktisch ausschliesslich durch Kindertageskinder genutzt. Das Geländer weist eine Höhe von ca. 96 cm auf, wobei es über zwei Querstreben in der Höhe von 10 und 18 cm ab Boden verfügt. Die Breite des Zwischenraums zwischen den Längsstäben ermöglicht es, dass Kinder ihre Füsse auf die Querstäbe stellen können. Der Augenschein der Vorinstanz hat gezeigt, dass der Kläger nicht allein deshalb stürzen konnte, weil er sich, auf der oberen Querstrebe stehend, nach vorne beugte. Vielmehr musste sich der Kläger, auf der oberen Querleiste stehend, am Handlauf hochgestemmt haben, damit ein Übergewicht auftreten und er fallen konnte (Urteil, 5).

Ein Treppengeländer hat mehr als nur einen Zweck. Es dient einerseits dazu, die Treppe möglichst rasch und sicher hinauf- respektive hinunterzusteigen, bewegt sich doch der Mensch - insbesondere Kinder und ältere Menschen - bei nicht horizontalem Terrain erfahrungsgemäss unsicherer (man macht leichter einen Misstritt und gerät



leichter ins Stolpern; es ist u. U. schwieriger, das Gleichgewicht zu halten) und bedient sich gerne der Unterstützung durch einen Handlauf, wie er auch auf Treppengeländern zu finden ist. Weiter dient ein Treppengeländer dazu, den Benutzer für den Fall eines Stolperns, eines Remplers, wie er unter unachtsamen und sich bestimmter Gefahren wenig bewusster Kindergartenschüler wohl des Öfteren vorkommt, oder einer sonstigen Unachtsamkeit vor einem Sturz in den Treppenschacht zu bewahren, sowie ein gefahrloses "Kreuzen" von auf- und absteigenden Personen zu ermöglichen. In Ziff. 1 11 der SIA Norm 358 (bekl. act. 1) wird als Schutzziel erwähnt, Geländer, Brüstungen und Handläufe müssten als bauliche Massnahmen Personen vor Absturz und Sturz sichern. Nicht zweckgemäss wird ein Treppengeländer benützt, wenn man daran hochklettert, sich hochstemmt und nach vorne beugt. Eine Treppe in einem Gebäude wird in der Regel nur dann zweckgemäss genutzt, wenn sie dazu benützt wird, von einer Etage in die nächste zu gelangen.

Im vorliegend zu beurteilenden Fall ist jedoch die Treppe neben ihrer eigentlichen Funktion als Verbindung zweier Stockwerke auch als Pausenraum für die Kindergartenschüler benützt worden. So führte der anlässlich des Augenscheins befragte Kindergartenschüler aus, die Kindergartenschüler hielten in den Pausen draussen, bei Regen aber auch im Gebäude auf. Die Vorinstanz hat anhand von Aussagen des Schulratspräsidenten der Beklagten und der Mutter des Klägers festgestellt, dass auch am Unfalltag das Treppenhaus als Pausenraum benützt wurde ("...während die übrigen Kindergartenschüler im Treppenhaus ihren Pausenbeschäftigungen nachgingen"; Urteil, 3). Wird das Treppenhaus aber regelmässig als Pausenraum genutzt - und ist diese Tatsache der Beklagten bekannt, sei es weil es einer Übung entsprochen hat, welche die Beklagte bei genügender Sorgfalt hätte erkennen können und müssen, sei es weil die Kindergartenschüler sich mit Erlaubnis der Beklagten in besagtem Treppenhaus aufhielten und dort ihre Pause verbrachten - und ereignete sich der Unfall des Klägers während einer solchen Pause, stellt sich die Frage, ob es sich bei der klägerischen Nutzung diesfalls nicht doch um eine bestimmungsgemässe Nutzung handelte, und ob das Treppenhaus auch dafür eine genügenden Sicherheit bot.

Ein seinem ursprünglichen Zweck entfremdetes Werk muss auch seinen neuen Funktionen gewachsen sein, ansonsten es im Hinblick auf seine neue Bestimmung



mangelhaft ist (OFTINGER/STARK, § 19 N 73). Wird nach Erstellung des Werks dessen Zweckbestimmung geändert, so muss die Frage allfälliger Mangelhaftigkeit angesichts der neuen Zweckbestimmung wiederum gemäss Art. 58 OR geprüft werden. Ein Werk kann also allein aus der Bestimmungsänderung mangelhaft werden (BREHM, Art. 58 N 70). Was für die Bestimmungs- oder Zweckänderung gilt, muss auch für die Bestimmungs- oder Zweckerweiterung gelten. Ein Werk muss schlussendlich immer die seinem bestimmungsgemässen Gebrauch entsprechende Sicherheit gewährleisten, unabhängig davon, ob dieser bestimmungsgemässe Gebrauch von Anfang an bestand (und sich nicht veränderte), ob er sich im Verlaufe der Zeit durch zweckentfremdete Verwendung völlig verändert hat (z. B. Verwendung der Waschküche als chemisches Laboratorium; vgl. OFTINGER/STARK, § 19 N 73 Fn 263), oder ob sich der bestimmungsgemässe Gebrauch durch eine entsprechende Erweiterung des Zwecks verändert bzw. erweitert hat (z. B. Dienstbarmachung zu öffentlichen Zwecken eines Privathauses, obgleich die steile und dunkle Treppenanlage für das dort verkehrende Publikum Gefahr bringt; Anschliessung einer für Handbetrieb eingerichteten Maschine an einen Motor, wodurch sich wegen der grösseren Geschwindigkeit die Gefahr erhöht und Schutzmassnahmen erforderlich werden; vgl. BREHM, Art. 58 N 70).

Somit musste das Treppenhaus des Kindergartens, welches auch den Zweck hatte, den Kindergartenschülern - wenn allenfalls auch nur bei gewissen Witterungsverhältnissen - als Pausenraum zu dienen, auch die einem Pausenraum entsprechende Sicherheit gewährleisten.

Wird das Treppenhaus als Pausenraum für Kindergartenschüler benützt, sind die Anforderungen an die Sicherheit gesamthaft bedeutend höher zu gewichten, als wenn das Treppenhaus nur gemäss seiner ursprünglichen Widmung entsprechend zum Wechseln der Etagen verwendet wird. Während beim ursprünglichen Zweck der Treppe das Geländer vor allem den Zweck hatte, das Treppensteigen zu erleichtern und zu verhindern, dass ein Benützer durch Selbstverschulden (z. B. wegen Stolperns) oder Drittverschulden (z. B. durch einen absichtlichen oder unabsichtlichen Rempeler) in den Treppenschacht fällt, müssen dem Geländer bei einem als Pausenraum verwendeten Treppenhaus zusätzliche Sicherungsfunktionen zukommen, ist doch das Gefährdungsbild bei einem durch Kindergartenschüler als Pausenraum benützten Treppenhaus ungleich anders als bei der allgemein üblichen Nutzung eines



Treppenhaus. Ist das Treppenhaus zugleich Pausenraum, ist einerseits damit zu rechnen, dass sich die Benützer für längere Zeit darin aufhalten, als wenn sie das Treppenhaus lediglich zur Erreichung des nächsten Stockwerks benützen. Andererseits ist auch damit zu rechnen, dass sich die Benützer, während der Zeit, in der sie sich im Treppenhaus aufhalten, anders verhalten, als wenn sie lediglich in die nächste Etage gelangen wollen. Das Treppenhaus dient in diesem Fall nicht mehr als "Durchgangsstation" auf dem Weg von einem (Aufenthalts-)Ort zum nächsten (Aufenthalts-)Ort, sondern wird selbst zum eigentlichen Aufenthaltsort. Ist aber damit zu rechnen, dass sich Kindergartenschüler regelmässig während längerer Zeit an einem Ort aufhalten, hat sich der Werkeigentümer mit altersspezifischen Risiken besonders gründlich auseinanderzusetzen. Als solches Risiko muss etwa die Tatsache angesehen werden, dass Kinder im Kindergartenalter in der Regel einerseits neugierig und verspielt sind, andererseits aber mögliche Folgen ihres Spieltriebs und ihrer Neugierde nur mangelhaft abschätzen können, üblicherweise über kein ausgeprägtes Risikobewusstsein verfügen. Damit im vorliegenden Fall die Treppe (und damit auch das Treppengeländer) nicht als mangelhaft im Sinne von Art. 58 OR qualifiziert werden muss, hat sie eine genügende Sicherheit für den Aufenthalt von Kindergartenschülern während ihrer zu Pausen bieten. Allerdings bleibt die Benützung des Treppengeländers, indem man daran hochklettert, sich hochstemmt und nach vorne beugt, auch dann nicht zweckgemäss, wenn das Treppenhaus als Pausenraum betrachtet wird. Indem der Kläger sich entsprechend verhielt, benützte er das Treppenhaus/Treppengeländer bestimmungswidrig. Eine Haftung der Beklagten als Werkeigentümerin kommt deshalb nur ausnahmsweise in Frage (vgl. nachstehend cc).

cc) Wie oben gesehen (1c/aa), hat der Werkeigentümer mitunter auch an Gefahren zu denken, die ausserhalb des normalen beziehungsweise bestimmungsgemässen Gebrauchs des Werks liegen. Zu denken ist einerseits an Werke, bei denen aufgrund ihrer Beschaffenheit augenfällig ist, dass Unvernunft und Unvorsicht zu schweren Schädigungen führen können. Eine weitere Gefahrenquelle stellen Werke dar, welche Kinder zu einer bestimmungswidrigen Benützung verleiten. Zu prüfen ist somit, ob es sich beim vorliegenden Fall um eine der genannten Ausnahmesituationen handelt, in denen der Werkeigentümer trotz bestimmungswidriger Benützung seines Werks haftbar ist.



Anschauliches Beispiel für eine Bejahung der Haftpflicht des Werkeigentümers trotz zweckwidriger Benützung eines Werks ist der sog. "Plauschbad-Fall", der BGE 116 II 422 zugrunde liegt: Ein 15jähriger sprang an einer nicht dafür vorgesehenen Stelle in ein Wellenbad und zog sich wegen der ungenügenden Wassertiefe eine Querschnittlähmung zu. Das Bundesgericht führt dazu aus (E. 1): "Wohl darf der Werkeigentümer mit einem vernünftigen und dem allgemeinen Durchschnitt entsprechenden vorsichtigen Verhalten der Benützer des Werkes rechnen und braucht geringfügige Mängel, die bei solchem Verhalten normalerweise nicht Anlass zu Schädigungen geben, nicht zu beseitigen [...]. Schaffen indessen wie im vorliegenden Fall die Konzeption und Zweckbestimmung der Anlage, der vom Werkeigentümer angesprochene Kreis der Benützer und das von einem Teil dieser Benützer zu erwartende unvernünftige Verhalten einen gefährlichen Zustand, kann sich der Werkeigentümer [...] nicht darauf berufen, bei vernünftiger Benützung liege kein oder nur ein geringfügiger Mangel vor." Dabei könne die Gefährdung auch auf ein Verhalten der Benützer zurückzuführen sein, das von der ursprünglichen Zweckbestimmung des Werkeigentümers abweiche.

Aus diesen Überlegungen lassen sich auch auf den hier streitigen Fall anwendbare Grundgedanken ableiten: Eine Haftpflicht trotz zweckwidrigen Gebrauchs ergibt sich nicht schon daraus, dass ein Werk nicht gegen alle erdenklichen Gefahren, die sich aus irgend einer Benützungsweise ergeben können, gesichert ist. Die Gefährdung muss vielmehr im Wesen des Werkes liegen, so dass mit unvernünftigem Verhalten eines Teils der Benützer gerechnet werden muss. Gesprochen wird von "attractive nuisance" - verführerischer Gefahrenquelle -, die insbesondere Kinder zu bestimmungswidrigem Gebrauch geradezu verleitet (KELLER, Bd. I, 202 f.; zudem BREHM, Art. 58 N 65).

Zwischen den Parteien ist strittig, ob es sich beim Verhalten des Klägers um voraussehbares oder aussergewöhnliches Verhalten gehandelt hat. Vor der Vorinstanz hat der Kläger geltend gemacht, die Konstruktionsweise des Geländers (Höhe ca. 96 cm, zwei Querstreben auf der Höhe von 10 und 18 cm ab Boden) verleite Kinder von vier bis sechs Jahren zum Klettern. Die Beklagte hätte diesem Risiko Rechnung tragen müssen; ein solches Verhalten des Klägers sei nicht ausgefallen, sondern voraussehbar gewesen. Die Beklagte bestreitet dies vor der Vorinstanz indem sie einwendete, sie hätte zwar in Betracht ziehen müssen, dass ein Kind auf die obere Querstange steige, nicht



aber, dass es sich höchstens beziehungsweise hinaufklettern. Das Geländer habe genügende Sicherheit geboten (Urteil, 5). Die Vorinstanz kam zum Schluss, die Querstäbe auf der Höhe von 10 und 18 cm ab Boden forderten ein Kind im Kindergartenalter geradezu heraus, darauf zu steigen. Aus dem Stand auf der oberen Querleiste erscheine die Versuchung, sich mit den Armen am Handlauf aufzustützen, nicht als abwegig, sondern - aufgrund der Starthilfe durch die Querstäbe, welche eine für diesen Bewegungsablauf ideale Ausgangsposition erlaubten - vielmehr als gegeben. Ohne die Querstreben sei es wohl bedeutend kraftaufwendiger und damit weniger einladend, sich auf die entsprechende Höhe zu hieven. Ein Indiz dafür, dass ein solches Verhalten eines Kindes nicht als ausserordentlich betrachtet werden könne, liefere auch die SIA-Norm 358 (bkl. act. 1) und die diese ausführenden Empfehlungen der schweizerischen Beratungsstelle für Unfallverhütung (bfu; kläg. act. 6; Urteil, 5). Die Beklagte bestreitet dies in ihrer Berufung. Ihrer Ansicht nach ist nicht einzusehen, weshalb das Geländer als zweckmässiges Werk ein Kind zu einer zweckwidrigen Benützung verleiten solle. Jedem Kindergartenschüler mit einem durchschnittlichen geistigen Entwicklungsstand sei die Zweckbestimmung eines Geländers absolut klar und er werde nicht dazu verleitet, es als Klettergerät zu verwenden. Einzig wegen der denkbaren Möglichkeit zweckwidrigen Hinaufkletterns und Vornüberbeugens seien keine zusätzlichen Sicherheitsvorkehrungen zu treffen (Berufung, 7). In seiner Berufungsantwort äussert sich der Kläger dahingehend, dass die Beklagte verkenne, dass Kinder im Kindergartenalter die einem Werk innewohnenden Risiken nicht zuverlässig abschätzen könnten. Die Beklagte hätte, wenn sie den Kindergartenschülern schon ohne ständige Aufsicht den Aufenthalt im Treppenhaus gestattete, offensichtliche Sicherheitsmängel bemerken und beseitigen müssen (Berufungsantwort, 10).

Aufgrund der Erwägungen, dass das Treppenhaus im Gebäude der Beklagten nicht nur als Treppenhaus im eigentlichen Sinne, sondern auch als Pausenraum für Kindergartenschüler genutzt wurde, dass das Treppengeländer ca. 96 cm hoch war und auf der Höhe von 10 und 18 cm zwei Querleisten hatte, welche Kinder im Alter des Klägers ohne weiteres dazu verleiten, hinaufzusteigen ohne dass dies als ausserordentlich angesehen werden muss und dass ohne dieses Hinaufsteigen die nachfolgenden, zum Sturz des Klägers führenden Handlungen (aufstützen auf dem Handlauf, vornüberbeugen) unmöglich gewesen wären, sind vorliegend die



Voraussetzungen für eine Haftung des Werkeigentümers trotz zweckwidrigem Gebrauch durch den Werksbenützer gegeben. Das Argument der Beklagten, es sei nicht einzusehen, weshalb das Geländer als zweckmässiges Werk ein Kind zu einer zweckwidrigen Benützung verleiten sollte, geht fehl. Wohl ist das Geländer an sich mit einem Schutzzweck versehen, was aber nichts daran ändert, dass es zu zweckwidrigem Gebrauch verleiten kann, was im vorliegenden Fall umso mehr gilt, als das Treppenhaus den Kindergartenschülern auch als Pausenraum dient. Auch die Aussage, jedem Kindergartenschüler mit einem durchschnittlichen geistigen Entwicklungsstand sei die Zweckbestimmung eines Geländers absolut klar und er werde nicht dazu verleitet, es als Klettergerät zu verwenden, hilft der Beklagten nicht weiter. Einerseits erscheint es als äusserst fraglich, ob diese Aussage überhaupt zutrifft, andererseits ist es nicht ungewöhnlich, dass auch Kindergartenschüler mit unterdurchschnittlichem geistigem Entwicklungsstand den Kindergarten der Beklagten besuchen (was keine Aussage zum geistigen Entwicklungsstand des Klägers darstellt) und zum legitimen Benützerkreis des Treppenhaus als Pausenraum gehören. Aus diesem, dem Wesen des Treppenhauses innewohnenden Gefährdungspotential ergibt sich eine besondere Sicherungspflicht der Beklagten als Werkeigentümerin. Ähnlich verhält es sich, wenn in einem öffentlich zugänglichen Schlosspark eine Kanone aufgestellt und deshalb mit Kindern, die darauf klettern, zu rechnen ist; in einer solchen Situation müssen gefährliche Teile speziell gesichert werden (KELLER, Bd. I, 202).

Zulässig war auch, dass die Vorinstanz als Indiz dafür, mit was für Verhalten bei Kindern zu rechnen ist, die SIA Norm 358 (kläg. act. 1) herangezogen und festgestellt hat, dass das vorliegende Treppengeländer der SIA Norm 358, falls sie anwendbar wäre - sie gilt nach ihrer Ziff. 0 11 nur bei der Projektierung - nicht genügen würde (Urteil, 5). So hält die SIA Norm 358 in ihrer Ziff. 1 33 als Gefährdungsbild 1 das Fehlverhalten unbeaufsichtigter Kinder unter anderem in Kindergärten ausdrücklich fest und statuiert für dieses Gefährdungsbild in Ziff. 3 22 unter anderem, dass das Beklettern der Schutzelemente durch geeignete Massnahmen zu verhindern beziehungsweise zu erschweren sei. Mit einem solchen Verhalten musste auch die Beklagte rechnen. Zudem steht fest, dass das Geländer nicht durch Massnahmen zur Verhinderung oder Erschwerung des Bekletterns gesichert war, sondern dies wegen den beiden Querleisten und den Abständen zwischen den senkrechten Metallstäben vielmehr erleichterte. Aus diesem Grund kann auch offen bleiben, ob, wie es die



Beklagte erstmals in ihrer Berufung behauptet (Berufung, 4 lit. b), das fragliche Geländer die heutige SIA Norm 358 einhalte, weil es die in Ziff. 3 15 für Brüstungen und Geländer im Bereich des Treppenlaufs festgeschriebene Mindesthöhe von 90 cm erreiche, oder ob, wie es die Vorinstanz angenommen hat (Urteil, 6) und wie es der Kläger behauptet (Berufungsantwort, 9), Ziff. 3 13 anzuwenden wäre, welche eine Mindesthöhe von 1 m fest schreibt, denn die Höhe des Geländers von ca. 96 cm muss jedenfalls dann als ungenügend angesehen werden, wenn einerseits das Treppengeländer zwei Querleisten in der Höhe von 10 und 18 cm ab Boden aufweist, die Abstände zwischen den vertikalen Metallstäben ein Besteigen der Querleisten nicht zu verhindern vermögen und sich andererseits das Geländer in einem für Kindergartenschüler vorgesehenen Pausenraum befindet.

dd) Da die Querstreben den Kläger zum bestimmungswidrigen Werkgebrauch verleitet haben, ist als weitere Haftungsvoraussetzung zu prüfen, ob es für die Beklagte zumutbar gewesen wäre, Massnahmen zur Gefahrverhütung zu treffen.

Die Zumutbarkeit misst sich einerseits am technisch Machbaren, andererseits am finanziellen Verhältnis zwischen Kosten und Nutzen schadensverhütender Vorkehrungen. Die für die Beseitigung von Mängeln oder das Anbringen von Sicherheitsvorrichtungen aufzuwendenden Kosten müssen in einer vernünftigen Relation zum Schutzinteresse der Benutzer und zum Zweck des Werks stehen (REY, N 1063; BREHM, Art. 58 N 60; OFTINGER/STARK, § 19 N 78; KELLER, Bd. I, 203 ff.).

Zwischen den Parteien ist strittig, ob es zumutbar gewesen wäre, von der Beklagten sichernde Massnahmen zu verlangen. Nach dem Unfall wurden im Gittergeländer zusätzliche Vertikalstäbe montiert sowie ein Blumentopf an der Aussenseite angebracht (vi-act. 2, S. 6; 7, S. 6 lit. d; 9, S. 7 lit. d; Fotografien kläg. act. 8 und bekl. act. 5). Die Vorinstanz kam zum Schluss, in baulicher Hinsicht wäre es möglich gewesen, die Sicht nach unten ins Treppenhaus zu verdecken. Damit hätte die kindliche Neugierde gezügelt werden können, sich über das Geländer zu beugen, um sehen zu können, was sich im unteren Stockwerk abspielt. Dies sei nach dem Unfall des Klägers denn auch geschehen, indem "Blumentrögli" montiert worden seien. Die Vorinstanz kam zum Schluss, dass gefahrreduzierende Massnahmen somit möglich und zumutbar gewesen wären und die Haftbarkeit der Beklagten damit gegeben sei



(Urteil, 7). Diese Ansicht wird von der Beklagten kritisiert. Wohl gebe es einige Urteile, welche die nachträgliche Verbesserung des Werks als Indiz für einen Mangel werteten, doch seien dies Fehlurteile. Nach Ansicht der Beklagten darf dieser Schluss nicht gezogen werden, um den Eigentümer, welcher über das zu erwartende Mass an Sorgfalt hinausgehe und nach einem sich trotz mängelfreiem Werk ereigneten Unfall zusätzliche Sicherungsmassnahmen anbringe, zu bestrafen (Berufung, 8 Ziff. 4). Der Kläger verlangt, es sei mit der Vorinstanz festzuhalten, dass die Beseitigung des Sicherheitsmangels ohne weiteres möglich gewesen wäre. Die von der Beklagten direkt nach dem Unfall getroffenen Massnahmen hätten genügt (Berufungsantwort, 11 Ziff. 5).

Strittig ist somit insbesondere nicht, ob die von der Beklagten im Nachhinein getroffenen Massnahmen an sich zumutbar gewesen wären oder nicht. Weder wird vorgebracht, die Massnahmen seien mit unverhältnismässigen Kosten verbunden gewesen, noch seien sie technisch nicht machbar gewesen. Die Beklagte behauptet einzig, die im Nachhinein getroffenen Massnahmen dürften ihr nicht zum Nachteil gereichen, da es sich dabei um Massnahmen handle, welche die Beklagte trotz einem auch ohne diese Massnahmen mängelfreien Werk getroffen habe. Die Ansichten dazu in Lehre und Rechtsprechung sind uneinheitlich. BREHM weist darauf hin, dass die Rechtsprechung bei Bejahung des Mangels zwischenzeitlich vorgenommene Verbesserungen als Indiz für einen früheren Mangel betrachtet habe, wogegen in Fällen, in welchen der Mangel verneint worden sei, gleichzeitig der Werkverbesserung jede Aussagekraft bezüglich der Mangelhaftigkeit abgesprochen worden sei (BREHM, Art. 58 N 64 m. w. H.). Nach Ansicht von BREHM darf das spontane Bedürfnis, etwas zu unternehmen, um eine Wiederholung des Unfalls zu vermeiden, nicht durch die Befürchtung gehemmt werden, es könnte daraus eine Anerkennung der Haftung abgeleitet werden. Deshalb sollte das Gericht darauf verzichten, aus dem nachträglichen Verhalten des Werkeigentümers ein haftpflichtrechtliches Indiz ableiten zu wollen (BREHM, Art. 58 N 64a). OFTINGER/STARK führen zur Thematik aus, dass, wenn seit dem streitigen Schadensfall Verbesserungen am Werk vorgenommen worden seien, darin das Zugeständnis des Mangels gesehen werden könne, doch habe man bloss ein Indiz vor sich, denn der Werkeigentümer könne freiwillig über das von ihm zu erwartende, objektiv umschriebene Mass an Sorgfalt hinausgehen und ein Mehreres an Sicherungsmassnahmen leisten; man dürfe ihn nicht hinterher dabei behaften (OFTINGER/STARK, § 19 N 85). KELLER erläutert unter Bezugnahme auf die



Rechtsprechung, dass nach einem Unfall vorgenommene Verbesserungen ein Zeichen dafür sein können, dass die Anlage änderungsbedürftig gewesen sei. Sie seien aber kein unbedingter Beweis für einen Mangel, da jemand auch über die ihm als Werkeigentümer obliegenden Sorgfaltspflichten hinausgehen könne, wenn er versuche, die Werkbenützer vor ihrer eigenen Unvorsichtigkeit zu schützen. Nachträgliche Vorkehrungen seien somit ein gewisses, freilich mit grosser Zurückhaltung zu bewertendes Indiz. Grundsätzlich dürfe man einem Eigentümer keinen Strick aus zusätzlichen Sicherheitsvorkehrungen drehen, ansonsten man ihn ja dafür bestrafen würde (KELLER, Bd. I, 207 m. w. H.). Nach richtiger Ansicht hat das Gericht vom Werk in dem Zustand, in welchem es sich im Zeitpunkt des Unfalls befand, auszugehen. Anhand dieses Zustandes ist die Zumutbarkeit von möglichen sichernden Massnahmen zu beurteilen. Nachträgliche getroffenen Massnahmen bezüglich der Beurteilung der Zumutbarkeit generell zu Lasten des Werkeigentümers zu berücksichtigen ist ebenso falsch, wie die Berücksichtigung von nachträglichen Massnahmen generell auszuschliessen. Richtig ist zwar, dass dem Werkeigentümer aus zusätzlichen Sicherheitsvorkehrungen kein Strick gedreht werden darf, ebenso einleuchtend ist jedoch, dass sich der Werkeigentümer mit zusätzlichen Sicherheitsvorkehrungen nach einem Unfall nicht in dem Sinne entlasten kann, dass solche gänzlich nicht berücksichtigt werden dürfen.

Im vorliegend zu beurteilenden Fall ist somit vom Treppenhaus und Treppengeländer im Zeitpunkt des Unfallzeitpunktes auszugehen und zu beurteilen, ob zumutbare sichernde Massnahmen möglich gewesen wären. Dies ist zu bejahen. Es hätte die Möglichkeit bestanden, das Besteigen des Treppengeländers (auf die Querleisten) zu verhindern. Als mögliche zumutbare Massnahmen kommen insbesondere in Betracht: Installation eines Lochblechs, eines feinmaschigen Gitters oder Netzes im unteren Bereich des Geländers; Spannen eines Tuchs, einer Plastikplane oder von Bast entlang dem Treppengeländer; Installation von zusätzlichen vertikalen Stäben (wie durch die Beklagte erfolgt). Es hätte ferner die Möglichkeit bestanden, das Besteigen des Treppengeländers weniger verlockend zu machen, indem die Sicht nach unten verdeckt worden wäre und so die kindliche Neugierde hätte gezügelt werden können. Als mögliche zumutbare Massnahmen kommen insbesondere in Betracht: Spannen eines Tuchs, einer Plastikplane, von Bast oder Papier entlang dem Treppengeländer. Auch die Installation der Pflanzen wie sie durch die Beklagte erfolgt ist, scheint diesem Zweck dienlich.



Zusammenfassend ist somit mit der Vorinstanz anzunehmen, dass gefahrreduzierende Massnahmen möglich und zumutbar gewesen wären.

d) Aus den vorstehenden Erwägungen resultiert, dass die Beklagte dem Kläger aus Haftung des Werkeigentümers (Art. 58 OR) schadenersatzpflichtig geworden ist.

2. Die Schadenersatzforderung des Klägers vor der Vorinstanz setzte sich unter anderem aus den Posten "Lohnausfall Vater" Fr. 4'000.- und "Pflegeschieden" (Betreuungsaufwand) Fr. 3'720.- zusammen (vi-act. 2, S. 7 f.). Unter dem Titel Lohnausfall Vater sprach ihm die Vorinstanz Fr. 2'000.- zu, unter dem Titel Pflegeschaden Fr. 3'348.-, den Betrag, welchen die Beklagte unter diesem Titel eventualiter anerkannt hat (Urteil, 8; vi-act. 7, S. 10). Die weiteren vor der Vorinstanz eingeklagten Schadenposten sind in Bestand und Umfang nicht strittig (Urteil, 8 f.). Mit ihrer Berufung macht die Beklagte geltend, der Kläger fordere unter dem Titel "Lohnausfall Vater" Ersatz für nicht geleistete Betreuung oder Pflege, also für reinen Besuchsaufwand, wofür man dem Kläger nur die Reisekosten ersetzen könne (Berufung, 9). Unter dem Titel des Pflegeschadens ist allein strittig, was für einen Stundensatz die Mutter des Klägers für ihre Aufwendungen verrechnen darf. Die Vorinstanz sprach ihr den von der Beklagten anerkannten Stundensatz von Fr. 27.- zu, während der Kläger eine Entschädigung von Fr. 30.- verlangt (Berufungsantwort, 12). Diese zwei Fragen bedürfen somit der Klärung.

a) aa) Strittig ist, was für einen Schaden der Bezug von Überzeitguthaben des Vaters darstellt und inwiefern dieser Schaden ersatzpflichtig ist. Nach Feststellung der Vorinstanz bezog der Vater des Klägers sein Überzeitguthaben von 15 Arbeitstagen, damit sich die Eltern des Klägers in der Betreuung der dreijährigen Schwester des Klägers und mit den Besuchen am Krankenbett abwechseln konnten. Die Vorinstanz stellte weiter fest, der Vater des Klägers hätte sich das Überzeitguthaben auszahlen lassen können, weshalb ihm als Schaden ein Lohnausfall von Fr. 4'000.- entstanden sei (Urteil, 8).

bb) Die Schadenersatzpflicht bei Körperverletzungen ist in Art. 46 OR geregelt. Ersatzpflichtig sind demnach die "Kosten", womit der Gesetzgeber einen weit umfassenden Begriff gewählt hat. Damit sind sämtliche Aufwendungen gemeint,



welche infolge der Körperverletzung entstanden sind: erste Hilfe, Transport ins Spital, Arzt- und Spitalbehandlung, Pflege zu Hause, Prothesen und Hilfsmittel, Reisekosten zur Therapie, Kuren, Bäder, Physiotherapie usw. (BREHM, Art. 46 N 7).

Bei den Aufwendungen der Angehörigen differenziert BREHM zwischen Reisekosten für Spitalbesuche und Lohnausfall der Begleitperson des Verletzten (BREHM, Art. 46 N 17 ff.). In BGE 97 II 259 E. III.3 S. 266 wurde die Konstruktion der Geschäftsführung ohne Auftrag herangezogen, um die Reisekosten der engeren Angehörigen in einen eigenen Schaden des Verletzten umzuwandeln. Nach BREHM ist dies im Resultat kaum zu beanstanden, wenn sich die Forderungen für Besuche der engeren Angehörigen auf die Anreisekosten beschränken und sich diese in einen angemessenen Rahmen bewegten. Problematisch wird es nach Ansicht von BREHM, wenn auch noch Lohnausfall des Besuchers für die Anreise- und Besuchszeit geltend gemacht wird. Damit hier kein Missverhältnis zwischen Aufwand und Wirkung entstehe, sei es aufgrund der Schadenminderungspflicht des Geschädigten in der Regel zumutbar zu verlangen, dass solche Besuche während der Freizeit stattfänden (BREHM, Art. 46 N 17d). Auch OFTINGER/STARK und KELLER scheinen nicht für die Zusprechung eines Lohnersatzes bei Spitalbesuchen von Angehörigen zu postulieren (OFTINGER/STARK, § 6 N 105, 111; KELLER, Bd. I, 76). Einen Lohnersatz zusprechen will BREHM demgegenüber dem Begleiter eines Kindes oder einer älteren Person, welche sich nicht allein zum Arzt oder zur Therapie begeben könne. Im Gegensatz zu den Spitalbesuchen könne hier der Zeitpunkt des Einsatzes nicht frei bestimmt werden, so dass ein entsprechender Lohnausfall unvermeidbar sein könne (BREHM, Art. 46 N 18).

cc) Gemäss kläg. act. 2 dauerte der Spitalaufenthalt des Klägers vom 23. Februar 2005 (Tag des Unfalls; Mittwoch) bis zum 10. März 2005 (Mittwoch), wobei der Kläger bis zum 27. Februar 2005 (Sonntag) auf der Intensivstation überwacht wurde. Gemäss kläg. act. 9 erhielt der Vater des Klägers vom 24. Februar 2005 (Donnerstag) bis 28. Februar 2005 (Montag) infolge des Unfalls des Klägers drei Tage bezahlten Urlaub. Anschliessend hat der Vater des Klägers gemäss der Bestätigung seines Arbeitgebers vom 1. März 2005 (Dienstag) bis zum 16. März 2005 (Mittwoch) 12 Tage Überzeit kompensiert, was beitragsmässig Fr. 4'643.- (brutto) respektive Fr. 4'296.- (netto)



entspreche (kläg. act. 9). Diesen Betrag möchte nun der Kläger unter dem Titel "Lohnausfall Vater" bei der Beklagten geltend machen.

Als erstes gilt es anzumerken, dass der Vater des Beklagten bis zum Montag, 28. Februar 2005, von seinem Arbeitgeber bezahlten Urlaub erhielt, der zu Lasten des Arbeitgebers des Vaters abgebucht wurde (kläg. act. 9). Bis zum 28. Februar 2005, also einen Tag über die Zeit hinaus, während welcher der Kläger auf der Intensivstation überwacht wurde, ist dem Vater des Klägers somit weder ein Lohnausfall entstanden, noch musste er bis zu diesem Zeitpunkt mit Überzeit kompensieren. Es ist dem Vater des Klägers m. a. W. bis zu diesem Zeitpunkt kein Schaden entstanden, welchen der Kläger nun von der Beklagten unter dem Titel Schadenersatz verlangen könnte. Als nächstes gilt es festzustellen, dass der Vater des Beklagten vom 11. März 2005 (Freitag) bis zum 16. März 2005 (Mittwoch) weiterhin Überzeit bezog, obwohl der Kläger am 10. März 2005 aus dem Spital entlassen wurde. Der Kläger begründet seinen Anspruch im Wesentlichen damit, dass die Anwesenheit des Vaters im Spital heilungsfördernde Wirkung gehabt hätte (Berufungsantwort, 14), respektive dass die ständige Präsenz zumindest eines Elternteils am Spitalbett während 14 Tagen gerechtfertigt gewesen sei und sich derjenige Elternteil, welcher sich nicht im Spital befand, um die Schwester des Klägers kümmern müssen (Berufungsantwort, 14 f.). Somit steht fest, dass die angeblich heilungsfördernde Anwesenheit des Vaters im Spital respektive die Übernahme der Betreuung der Schwester des Klägers durch den Vater des Klägers (damit auch die Mutter den Kläger besuchen konnte), höchstens bis zum 10. März 2005 notwendig war. Einen Lohnausfall seines Vaters kann der Kläger somit höchstens für die Zeit vom 1. März 2005 (Dienstag) bis und mit 10. März 2005 (Donnerstag) geltend machen, also für 8 Arbeitstage.

Hingegen erweist sich der Aufwand des Klägers nach den Umständen auch in diesem Umfang nicht gesamthaft als ersatzpflichtig. Einerseits ist zu bezweifeln, dass auch nach der Verlegung des Klägers von der Intensiv- auf die Normalstation eine ständige Anwesenheit eines Elternteils für die Planung der Behandlung oder den Heilungserfolg unabdingbar war. Dies hat auch die Vorinstanz anerkannt, indem sie es pauschal als angemessen ansah, den Verdienstaufschlag des Vaters "während einer Woche" zu entschädigen (Urteil, 8). Gemeint hat sie damit sieben Arbeitstage, welche der Vater anschliessend an die drei von seiner Arbeitgeberin bezahlten Urlaubstage bezog.



Andererseits gilt es zu berücksichtigen, dass die Mutter des Klägers infolge eines knapp drei Wochen vor dem Unfall erlittenen Kreuzbandrisses deutlich gehbehindert war und nach Angaben ihres Arztes mindestens sechs Wochen - also bis zum 18. März 2005 - an Stöcken gehen musste (kläg act. 13) und die Schwester des Klägers ebenfalls der Betreuung bedurfte. Unter diesen Umständen konnte von der Mutter des Klägers nicht erwartet werden, dass sie gleichzeitig den Kläger im Spital besuchte und sich gleichzeitig um die Schwester des Klägers kümmerte, dürfte doch nur schon die Reise vom Wohnort des Klägers ins Kinderspital zu beschwerlich gewesen sein. Allerdings war es auch kaum medizinisch notwendig (jedenfalls nicht nachdem der Kläger die Intensivstation hatte verlassen können), dass je ein Elternteil während der gesamten Zeit beim Kläger anwesend war. War dies aber nicht notwendig, so hat die Beklagte dafür keinen Schadenersatz zu leisten. Es wäre durchaus vertretbar gewesen, wenn die Eltern des Klägers (unter der Woche) nur jeweils einen halben Tag anwesend gewesen wären. Zwar hätten sie dann den Kläger (während der Woche) nur je jeden zweiten Tag gesehen, doch wäre es erstens möglich und zumutbar gewesen, den Kontakt mit dem Kläger auch während der restlichen Zeit, beispielsweise telefonisch, sicherzustellen oder den Kläger ausserhalb der Arbeitszeit des Vaters (zusätzlich) zu besuchen. Die gesamten Besuche ausserhalb der Arbeitszeit des Vaters abzuwickeln, erscheint wiederum als nicht zumutbar - und damit der entsprechende Lohnausfall als nicht vermeidbar -, da die Eltern ein legitimes Interesse an einem persönlichen Kontakt mit den behandelnden Ärzten haben (direkte Aufklärung über den Gesundheitszustand des Klägers, direkte Besprechung von vorzunehmenden Behandlungen etc.).

dd) Somit steht fest, dass der vom Kläger geltend gemachte Anspruch "Lohnausfall Vater" nur während der Periode vom 1. März 2005 (Dienstag) bis zum 10. März 2005 (Mittwoch), also während acht Arbeitstagen, und dies nur jeweils während eines halben Tages einen ersatzpflichtigen Schaden darstellt. Der vom Kläger geltend gemachte Schadenersatzanspruch unter diesem Titel betrug für 12 Arbeitstage Fr. 4'000.-. Für acht halbe Arbeitstage ist ihm dementsprechend ein Betrag von Fr. 1'333.35 zuzusprechen. Für wesentlich weniger als diesen Betrag wäre auch ein kurzfristiger externer Ersatz (für die Betreuung der Schwester des Klägers) nicht zur Verfügung gestanden, weshalb es als gerechtfertigt erscheint, dem Kläger diesen Betrag zuzusprechen.



b) aa) Strittig ist, welchen Stundensatz die Mutter des Klägers für die Betreuung nach seiner Rückkehr nach Hause verrechnen darf. In seiner Anschlussberufung macht der Kläger geltend, der Ansatz von Fr. 27.- je Stunde sei der von der Gerichts- und Versicherungspraxis anerkannte Ansatz für Haushaltarbeiten. Bei der Betreuung eines bettlägerigen Kindes nach einem Sturz mit mittelschwerem Schädel-Hirntrauma sei jedoch von einem anderen Ansatz auszugehen, habe doch der Stundenansatz für Kinderbetreuungsarbeit schon vor fünf Jahren Fr. 33.45 betragen. Weiter verweist die Beklagte darauf, der Pflegeleistungsansatz liege deutlich höher, bei Fr. 43.50 brutto, und der vom Kläger eingesetzte Stundenansatz von Fr. 30.- erweise sich als sehr zurückhaltend (Berufungsantwort, 13). Die Beklagte hält in ihrer Anschlussberufungsantwort fest, dass bei gerichtlich entschiedenen Fällen Entschädigungen in der Bandbreite von Fr. 25.- bis Fr. 30.- je Stunde zugesprochen worden seien, und weist weiter darauf hin, die Art der Tätigkeit sei wesentlich. Der Kläger habe nicht einer besonderen Betreuung oder gar Pflege benötigt, die über das hinausgehe, was eine Mutter üblicherweise sowieso tue. Von Bedeutung für die Höhe des zu entschädigenden Stundenaufwandes sei sodann die Region, wobei die Beklagte für die Ostschweiz eher tiefe Lohnverhältnisse annehmen will. Der von der Vorinstanz zugesprochene Stundenansatz von Fr. 27.- sei daher angemessen (Anschlussberufungsantwort, 2 f.).

bb) Art. 46 OR gewährt der verletzten Person Anspruch auf Ersatz der Kosten, die sie aufwenden muss, um die Folgen der Körperverletzung zu beheben oder wenigstens einzuschränken. Darunter fallen die Kosten dauernder Betreuung und Pflege (Urteil des Bundesgerichtes 4C.276/2001 vom 26. März 2002, E. 6b/aa; REY, N 229, 263; OFTINGER/STARK, § 6 N 110; BREHM, Art. 46 N 14 ff.). Das Bundesgericht führt in der zitierten E. 6b/aa des Entscheides 4C.276/2001 aus, zur Berechnung werde vorgeschlagen, die zum Hausfrauenschaden entwickelten Grundsätze analog heranzuziehen. Danach sei zuerst der erforderliche Stundenaufwand für die Pflege und alsdann der ortsübliche Lohn einer Pflegekraft zu ermitteln. Aus E. 6b/dd desselben Entscheides kommt hervor, dass das Bundesgericht diese Art der Berechnung des Schadens befürwortet: "Die hier befürwortete Schadensberechnung nach den Kosten, welche die Pflege bei marktgerechter Entlohnung verursachen würde, ...". Nach BREHM sind zusätzlich die konkreten Verhältnisse zu berücksichtigen. So müsse der Schadenersatz reduziert werden, sofern der Schwerverletzte von der Hausfrau betreut



werde, soweit Betreuung und Haushaltsführung gleichzeitig erfolgen könnten (BREHM, Art. 46 N 14h).

Seine Rechtsprechung zur Berechnung des Stundenansatzes beim Haushaltschaden hat das Bundesgericht in BGE 131 III 360 E. 8.3 S. 373 f. zusammengefasst. Es führt aus, dass es - im Rahmen des den kantonalen Gerichten zustehenden Ermessens - sowohl einen Stundenansatz von Fr. 30.- für die Stadt Genf und den Kanton Waadt, wie auch einen solchen von Fr. 25.- akzeptiert habe. Ein Betrag von Fr. 25.- befinde sich aber am unteren Ende des Spielraums und könne nur zu Grunde gelegt werden, wenn ein Geschädigter auf dem Land lebe, wo die Löhne tiefer seien als in der Stadt. In seinem Entscheid BZ.2004.40-K3 vom 6. Januar 2006 hat das Kantonsgericht unter Bezugnahme auf die Zusammenfassung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung in BGE 131 III 360 E. 8.3 S. 373 f. für eine kleine Gemeinde im St. Galler Rheintal entschieden, es sei aus folgenden Gründen vom tieferen Ansatz auszugehen: Das Lohnniveau in der Region Ostschweiz liege - wie die Lohnstrukturerhebung 2004 zeige - in jedem Anforderungsniveau unter dem Schweizer Mittel (vgl. thematische Karte "Abweichungen der regionalen Löhne vom schweizerischen Bruttolohn 2004" unter [www.statistik.admin.ch](http://www.statistik.admin.ch)). Auch wohne der Kläger in unmittelbarer Nähe zur österreichischen Grenze. Es sei gerichtsnotorisch, dass die tieferen Löhne (und Lebenshaltungskosten) im Land Vorarlberg auf das Lohnniveau in diesem Gebiet drückten, insbesondere bei wenig qualifizierten Tätigkeiten (E. III/4f). Neuere Daten sind soweit ersichtlich nicht vorhanden, gegenwärtig findet die Schweizerische Lohnstrukturerhebung 2006 statt, die Abgabefrist für die Daten ist am 15. Februar 2007 abgelaufen ([http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/infothek/erhebungen\\_\\_quellen/blank/blank/sle/00.html](http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/infothek/erhebungen__quellen/blank/blank/sle/00.html), besucht am 9. Mai 2007). Es ist jedoch nicht davon auszugehen, dass sich die Daten in Bezug auf das gesamtschweizerische Lohngefüge in der Zwischenzeit wesentlich verändert haben.

Anzumerken bleibt sodann, dass es sich beim vom Kläger angeführten Stundenansatz von Fr. 33.45 für Kinderbetreuungsaufsicht (Berufungsantwort, 13) um eine These handelt (PRIBNOW/WIDMER/SOUSA-POZA/GEISER, Die Bestimmung des Haushaltschadens auf der Basis der SAKE, in: HAVE 2002 24 ff., 37), welche soweit ersichtlich bisher in der Rechtsprechung keinen Niederschlag gefunden hat.



cc) Die Vorinstanz hat festgestellt, dass die Mutter des Klägers über keine speziellen Fähigkeiten im Pflegebereich benötigte. Es sei nicht geltend gemacht worden, der Kläger hätte früher nach Hause zurückkehren können, weil seine Mutter über pflegerische Fachkenntnisse verfüge. Es ist somit davon auszugehen, dass es sich bei der von der Mutter des Klägers verrichteten Arbeit vorwiegend um Betreuungsleistungen und höchstens nebensächlich um eigentliche Pflegeleistungen handelte. Eine Hinzuziehung eines Pflegeleistungsansatzes von Fr. 43.50 wie es der Kläger fordert (Berufungsantwort, 13), fällt somit von vornherein ausser Betracht. Vielmehr ist mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass der Stundenansatz für den Haushaltschaden herangezogen werden kann (Urteil, 8).

Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Kläger zwar wie der Verletzte im Entscheid des Kantonsgerichtes BZ.2004.40-K3 vom 6. Januar 2006 in der Ostschweiz wohnhaft ist, der Lohndruck aus dem Vorarlberg an seinem Wohnort aber wohl bereits geringer ist als in unmittelbarer Grenznähe. Weiter muss berücksichtigt werden, dass der Kläger zuhause betreut wurde, es somit der Mutter des Klägers möglich war, gleichzeitig den Haushalt zu führen und die Schwester des Klägers zu betreuen. Etwas anderes macht jedenfalls der Kläger in seiner Berufungsantwort nicht geltend. Dies würde eine Reduktion des Schadenersatzes rechtfertigen (BREHM, Art. 46 N 14h). Kommt hinzu, dass die Mutter des Klägers infolge eines knapp drei Wochen vor dem Unfall des Klägers erlittenen Kreuzbandrisses deutlich gehbehindert war und nach Angaben ihres Arztes mindestens sechs Wochen - also bis zum 18. März 2005 - an Stöcken gehen musste (kläg. act. 13) und wohl auch nachher deswegen noch eingeschränkt war. Auch dies würde eine Reduktion des Stundensatzes rechtfertigen.

dd) Aufgrund der vorstehenden Erwägungen gelangt man zum Schluss, dass der von der Beklagten eventualiter anerkannte und von der Vorinstanz zugesprochene Stundensatz von Fr. 27.- für die Betreuungsdienste der Mutter des Klägers jedenfalls nicht zu tief angesetzt wurde. Da der Anspruch im Umfang von Fr. 27.- je Stunde eventualiter anerkannt ist, erübrigen sich weitere Überlegungen dazu. Der Schaden für die Betreuungsleistungen von insgesamt 124 Stunden beträgt somit Fr. 3'348.- (124\*Fr. 27.-).



c) Die weiteren Schadensposten im Umfang von Fr. 1'296.80 (Fr. 288.- Fahrspesen, Fr. 100.- Parkgebühren, Fr. 300.- auswärtiges Essen und Fr. 608.80 Fahrspesen und Parkgebühren im Zusammenhang mit den angeordneten Therapien) sind ihrem Bestand und Umfang nach nicht strittig und eventualiter anerkannt (Berufungsantwort, 9; vi-act. 7, S. 10; Urteil, 8 f.). Da die Voraussetzungen für das Vorliegen einer Haftung bejaht wurden, ist dieser Betrag dem Kläger somit zuzusprechen.

d) Nach dem Gesagten hat die Beklagte dem Kläger folglich Fr. 5'978.35 Schadenersatz zu leisten (Fr. 1333.35 + Fr. 3'348.- + Fr. 1'296.80).

3. a) Vor der Vorinstanz hat der Kläger eine Genugtuung nach Massgabe von Art. 47 OR in der Höhe von Fr. 10'000.- verlangt. Er begründete dieses Begehren mit einem Spitalaufenthalt von vier Tagen auf der Intensivstation, weiteren elf Tagen auf der Abteilung, seiner anschliessenden einmonatigen Bettlägrigkeit sowie damit, dass er nach wie vor an einer posttraumatischen leichten Hemiparese rechts und einer leichten Wahrnehmungsschwäche leide, dass er während vieler Monate verschiedene Therapien absolvieren musste und insgesamt durch den Unfall nachhaltig in seiner kindlichen Entwicklung beeinträchtigt worden sei (vi-act. 2, S. 9). Die Beklagte verneinte den Bestand des Genugtuungsanspruches. Eine derzeitige Beeinträchtigung des Klägers sei zweifelhaft. Damit eine Genugtuung geschuldet sei bedürfe es einer Dauerinvalidität, längerer Spitalaufenthalte, Restfolgen des Unfalls, einer Vielzahl von Operationen usw. (vi-act. 7, S. 10 f.). Der Kläger replizierte, er verlange die Genugtuung für die bis zum damaligen Zeitpunkt bekannten und dokumentierten Folgen des Unfalles, für Spätfolgen könne er gestützt auf Art. 65 Abs. 3 ZPO erneut klagen (vi-act. 9, S. 11 f.). Die Beklagte duplizierte, der Genugtuungsanspruch zum damaligen Zeitpunkt werde bestritten (vi-act. 13, S. 7).

Die Vorinstanz kam zum Schluss, wegen der Ungewissheit über die Unfallfolgen könne über die Genugtuung noch nicht entschieden werden. Die Genugtuung sei nicht liquid und in den Nachklagevorbehalt zu verweisen (Urteil, 9).

In seiner Anschlussberufung führt der Kläger auf, bei richtiger Betrachtung sei sein Genugtuungsanspruch liquid. Das von ihm erlittene mittelschwere Schädel-Hirn-Trauma mit frontalen Einblutungen stelle eine ernsthafte Körperverletzung dar, deren



Folgen (posttraumatische leichte Hemiparese rechts, leichte Wahrnehmungsschwäche, Unsicherheiten bei motorischen Aktivitäten) auch rund zwei Jahre nach dem Unfall, noch vorhanden seien. Zu ergänzen sei das Verletzungsbild durch den Bruch des Ellenbogens. Insgesamt rechtfertigten diese Verletzungen sowie der Aufenthalt des Klägers auf der Intensivstation beziehungsweise im Spital und die lange Rehabilitationsphase mit verschiedenen Therapien die Zusprechung einer Genugtuung (Berufungsantwort, 15 f.). Mit seiner Anschlussberufungsantwort führte die Beklagte aus, das Erleiden einer Verletzung allein rechtfertige noch keine Genugtuung. Dazu bedürfe es besonderer Umstände. Es könne rund zwei Jahre nach dem Unfall nicht von einer dauernden Beeinträchtigung der Gesundheit gesprochen werden. Auch würden die geltend gemachten Unfallfolgen nie eine Genugtuung in der geforderten Höhe rechtfertigen.

b) Nach Art. 47 OR kann der Richter bei der Körperverletzung unter Würdigung der besonderen Umstände dem Verletzten eine angemessene Geldsumme als Genugtuung zusprechen. Zweck der Genugtuung ist, die Wiedergutmachung immaterieller Unbill zu erreichen, welche durch ein deliktisches Verhalten zugefügt worden ist (BREHM, Art. 47 N 4; KELLER, Haftpflicht im Privatrecht, Bd. II, 2. Aufl., Bern 1998, 120 [nachfolgend zitiert: KELLER, Bd. II]; HONSELL, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 4. Auflage, Zürich 2005, § 10 N 2). Objektive Voraussetzung für eine Genugtuung nach Art. 47 OR ist, dass eine Haftung des Schadensverursachers vorliegt (BREHM, Art. 47 N 15). Die Zusprechung einer Genugtuung ist bei einer Kausalhaftung möglich, wobei das Verschulden dann als Haftungsmaßstab keine Rolle mehr spielt (BREHM, Art. 47 N 20 m. w. H., N 33; KELLER, Bd. II, 124, 134; HONSELL, § 10 N 8). Weiter muss eine Körperverletzung vorliegen, wobei nach Art. 47 OR besondere Umstände vorliegen müssen; die Verletzung muss einen bedeutenden physischen und/oder seelischen Schmerz verursacht haben (BREHM, Art. 47 N 14a, 27, 161). Nicht jede Körperverletzung führt von vornherein zur Verpflichtung des Haftpflichtigen, eine Genugtuung zu bezahlen. Eine Verletzung, die problemlos ausheilt, gibt kein Anrecht auf eine Genugtuung. Bleibt kein dauernder Nachteil zurück, so muss es sich um eine gravierende Verletzung handeln, zumindest ein längerer Spitalaufenthalt muss nötig gewesen sein oder die Schmerzen müssen besonders intensiv oder lang andauernd gewesen sein (Urteil des Bundesgerichtes 4C.49/2000 vom 25. September 2000, E. 3c; BREHM, Art. 47 N 28; KELLER, Bd. II, 132 f., 138; HONSELL, § 10 N 10). Der Anspruch



auf Genugtuung beginn nicht beim leisesten Unbehagen (KELLER, Bd. II, 132). In seinem Urteil 1A.235/2000 vom 21. Februar 2001 (E. 5b/aa) führte das Bundesgericht aus, dass bei einer nicht dauernden Schädigung ein Genugtuungsanspruch nur angenommen werde, wenn besondere Umstände vorlägen, wie etwa ein mehrmonatiger Spitalaufenthalt mit zahlreichen Operationen oder eine lange Leidenszeit und Arbeitsunfähigkeit (m. H. a. BREHM, Art. 47 N 163 ff.). Könne eine Verletzung ohne grosse Komplikationen und ohne dauernde Beeinträchtigung geheilt werden, sei in der Regel keine Genugtuung geschuldet (m. H. a. KELLER, Bd. II, 132). Bei Arbeitsunfähigkeit von bloss einigen Wochen werde im Allgemeinen ein Genugtuungsanspruch verneint (m. H. a. BREHM, Art. 47 N 29).

Die Genugtuungssumme darf nicht nach festen Tarifen festgesetzt, sondern muss dem Einzelfall angepasst werden. Tatbestände, welche Genugtuungsansprüche begründen, sind der Verallgemeinerung kaum zugänglich. Das schliesst aber den Rückgriff auf Präjudizien im Sinne von Richtwerten nicht aus. Der seelische Schmerz entzieht sich in jedem Fall einer genauen geldmässigen Bemessung. Der Richter wird eine Genugtuung aussprechen, wenn sich die erlittene seelische Unbill auf die allgemeine Lebenserfahrung abstützen lässt. Beantragt der Geschädigte eine besonders hohe Summe, hat er die entsprechenden Umstände zu beweisen (BGE 127 IV 215 E. 2e S. 219; BREHM, Art. 47 N 62 f. m. w. H.; KELLER, Bd. II, 131 f.).

c) Im vorliegend zu beurteilenden Fall verbrachte der zum Unfallzeitpunkt knapp fünfeinhalb Jahre alte Kläger 16 Tage im Spital (23. Februar 2005 bis 10. März 2005), wovon fünf auf der Intensivstation (23. Februar 2005 bis 27. Februar 2005; kläg. act. 2). Diagnostiziert wurde gemäss dem Kurzaustrittsbericht vom 9. März 2005 (kläg. act. 2) ein mittelschweres geschlossenes Schädelhirntrauma mit Fazialisschwäche links und eine nichtdislozierte Olecranofraktur (Bruch des Ellenbogens) rechts, welche mit einer Oberarmgipsschiene für vier Wochen ruhig gestellt werden musste. Als neurologischer Befund findet sich auf dem Kurzaustrittsbericht vom 9. März 2005 (kläg. act. 2) im Wesentlichen, dass der Kläger unter einer leicht eingeschränkten Augenhebung links litt, Lidschluss und Stirnrunzeln seitengleich erfolgte, der linke Mundwinkel leicht hing, bei den unteren Extremitäten die grobe Kraft und die Sensibilität in Ordnung war (die oberen Extremitäten konnten wegen des Gipses nicht untersucht werden), das



Gangbild nicht auffällig war sowie freies Stehen mit geschlossenen Augen ohne Beschwerde möglich war.

Im entwicklungspädiatrischen Untersuchungsbericht vom 31. Oktober 2005/10. November 2005 (etwas mehr als acht Monate nach dem Unfall; kläg. act. 3) bescheinigte die Ärztin dem Kläger eine durchschnittliche kognitive Entwicklung. Sie diagnostizierte als Folge des mittelschweren Schädelhirntraumas mit frontalen Einblutungen im März 2005 eine posttraumatische leichte Hemiparese rechts und leichte Wahrnehmungsschwächen. Der Bericht führt zum Thema Grobmotorik weiter aus, der Kläger zeige einfache repetitive Fussbewegungen deutlich, alternierend leicht unterhalb der Norm, wobei die Leistungen im dominanten rechten Fuss vor allem bei einfachen repetitiven Bewegungen deutlich schlechter seien als im nondominanten linken Fuss. Der Einbeinstand sei insgesamt im Normbereich, ebenfalls links deutlich besser als rechts. Ein beidbeiniges Hüpfen werde gezeigt, wobei primär ein Galopp (links voraus) gezeigt werde. Mit Anstrengung sei dann ein geschlossener beidbeiniger Sprung möglich. Stressgaits [Gehen auf Zehen, auf Ferse, mit O-Beinstellung und mit X-Beinstellung] seien im unteren Normbereich. Der Strichgang vorwärts sei ohne Beschwerde, rückwärts mit deutlichen Ausfallschritten. Ein Hampelmann werde kurze Zeit korrekt gezeigt, zerfalle aber rasch. Das Fangen eines Balles sei mässig. Werfe spontan links gezielt, rechts wenig gezielt. Kicke spontan rechts, wenig gezielt und dosiert. Prella links besser als rechts (kläg. act. 3, S. 2). Zur Feinmotorik führt der Bericht aus, der Kläger habe eine "unsichere Dominanz". Einfachere Aufgaben würden primär rechts begonnen. Stift und Schere würden häufig primär in die linke Hand genommen, jedoch zumeist nach rechts gewechselt. Einfache repetitive Handbewegungen würden im Normbereich durchgeführt, alternierend in der nondominanten linken Hand ebenfalls im Normbereich, in der rechten Hand knapp unterhalb der Norm. Repetitive Fingerbewegungen würden nur sehr langsam durchgeführt (wobei sich die Ärztin an dieser Stelle fragt, ob dies bewusst geschehe). Sequentielle Fingerbewegungen würden links im unteren Normbereich, rechts sehr langsam mit ausgeprägt vermehrten Fingeridentifikationsproblemen durchgeführt. Im Steckbett seien links die Leistungen ebenfalls im Altersschnitt, rechts signifikant langsamer. Allgemein seien die Leistungen in der dominanten Hand signifikant langsamer als der nondominanten und zeigten auch tendenziell mehr Mitbewegung. Die Stiftführung sei leicht unsicher, wellig und etwas ausfahrend. Die Menschzeichnung



entspreche einem durchschnittlich Fünfjährigen. Der Kläger könne seinen Namen ordentlich schreiben. Beim Ausschneiden habe er noch deutlich Mühe mit feinen Ecken, die Leistung entspreche etwa der eines Fünfjährigen. In der Fingerpraxis nach Bergès und Lézine seien die Leistungen etwa durchschnittlich für das Alter (kläg. act. 3, S. 2). Zur kognitiven Entwicklung und zum Spielverhalten führt der Bericht aus, der Kläger zeige im Kaufman-ABC ein recht ausgeglichenes durchschnittliches Leistungsprofil. Die besten Leistungen würden im Bilden formaler Analogien sowie im rechnerischen Denken gezeigt. Auch im Erkennen von Abfolgen auf Fotos zeige er Leistungen im oberen Normbereich, wobei bei effektiven Handlungsabfolgen die Unsicherheit zunehme. Tendenziell schwächere Leistungen zeige der Kläger in der seriellen Merkfähigkeit, diese würden aber immer noch im Normbereich liegen. Dem Kläger fehle der innere Zusammenhang einer Bildergeschichte noch völlig, obwohl im Bilderbuch einzelne Handlungen korrekt erkannt würden. Zum Teil würden Detailhandlungen besser erfasst als der rote Faden (kläg. act. 3, S. 2). Zum Thema Sprache vermerkt der Bericht, der Kläger habe während der Untersuchung in vollständigen Sätzen und Nebensätzen gesprochen. Er drücke sich korrekt aus. Noch ganz selten seien Wortfindungsstörungen. Bis auf einen leichten Sigmatismus (Lispeln) habe er keine Artikulationsstörungen. Das Verständnis für komplexe Satzgefüge sei altersgemäss (kläg. act. 3, S. 3). Der Bericht stellte fest, dass die Augenmotorik in alle Richtungen unauffällig sei (kläg. act. 3, S. 3). Zum Themas Neurologie/Neuroorthopädie stellt der Bericht einen aktiv leicht vermehrten Tonus in den rechtsseitigen Extremitäten fest (ansonsten normoton). MER sei allgemein rechts etwas lebhafter als links. Babinski sei negativ. Rechts seien erschöpfbare ASR-Kloni vorhanden, links nicht. Die Gelenkbeweglichkeit sei insgesamt im oberen Normbereich. Der Finger-Nase-Versuch sei beidseits leicht ungezielt (kläg. act. 3, S. 3). Zum Thema Sozialverhalten erwähnt der Bericht, der Kläger sei während der Untersuchung als kooperativer, braver, recht ausdauernder Knabe wahrgenommen worden, der bei den gezeigten Items gut mitgemacht habe. In der Zweiersituation habe er höchstens minimal vermehrte Ablenkung durch auditive Stimuli gezeigt. Die Frustrationstoleranz liege eher im unteren Normbereich (kläg. act. 3, S. 3). Der Bericht fasst zusammen, der Kläger zeige acht Monate nach dem mittelschweren Schädelhirntrauma eine erfreuliche Rehabilitation. Die kognitiven Leistungen lägen allesamt im Durchschnitt mit tendenziell besseren Leistungen im formal-analytischen als im sozial-praktischen Bereich. Schwächen zeige



er im Bereich der Handlungserfassung. Im motorischen Bereich zeigten sich (passend zu der initial im Bereich der Hirnnerven vorwiegend linksseitig sich manifestierenden motorischen Ausfällen) ausgeprägte signifikante Schwächen der eigentlich dominanten rechten gegenüber der linken Hand, welche zum Teil auch zu der zu Grunde liegenden leichten neurologischen Auffälligkeit mit diskreter Tonusdiskrepanz und Reflexasymmetrie passten. Die Unsicherheit im Bereich der dominanten Hand führe beim Kläger mit höherem Störungsbewusstsein zu einer vermehrten Unsicherheit der Dominanz mit zunehmenden Wechseln vor allem bei motorischen Aktivitäten. Auch im grobmotorischen Bereich zeigten sich noch diskrete Unsicherheiten, welche am ehesten posttraumatisch bedingt seien (kläg. act. 3, S. 3 f.).

Im entwicklungspädiatrischen Bericht vom 29. August 2006/15. September 2006 (also rund eineinhalb Jahre nach dem Unfall; kläg. act. 11) bescheinigt die Ärztin dem Kläger eine altersgemässe kognitive Entwicklung. Sie diagnostizierte eine leichte Schwäche im Bereich der Handlungserfassung und eine leichte rechtsbetonte motorische Unsicherheit infolge des mittelschweren Schädelhirntraums mit hoch bifrontalen kleinen Kontusionsblutungen und der Ellenbogenfraktur (kläg. act. 11, S. 1). Zum Thema Grobmotorik erwähnt der Bericht, der Kläger zeige einfache repetitive Fussbewegungen quantitativ 2-3 SD unterhalb des Durchschnittes, qualitativ an der unteren Normgrenze, rechts etwas schlechter als links. Der Einbeinstand sei rechts deutlich schwächer als links, liege jedoch noch in der unteren Norm. Ein beidbeiniges Hüpfen über das Seil sei möglich, mit noch zum Teil vermehrtem Aufwippen auf die Zehenspitzen rechts. In den Stressgaits beim Zehen- und Fersengang rechtsbetonte Mitbewegungen. Der Strichgang vorwärts erfolge ohne Beschwerde, rückwärts mit diskreter Unsicherheit, Alternierendes Ballprellen sei problemlos, ebenso der Hampelmann (kläg. act. 11, S. 2). Zum Thema Feinmotorik stellt der Bericht eine Rechtsdominanz fest. Einfache repetitive Hand- und Fingerbewegungen seien im unteren Altersnormbereich. Alternierende und sequenzielle Hand- und Fingerbewegungen würden dagegen eher im oberen Normbereich durchgeführt. Im Steckbrettversuch seien die Leistungen links im Altersschnitt, rechts in der dominanten Hand langsamer und vor allem auch qualitativ auffälliger. Die Stiftführung erfolge adäquat. Im visuomotorischen Index nach Beery lägen die Leistungen im unteren Altersschnitt. Ausschneiden gelinge (kläg. act. 11, S. 2). Zum Thema kognitive Entwicklung und Spielverhalten führt der Bericht aus, im durchgeführten Kaufman-ABC



zeige der Kläger ein etwas dissoziiertes Profil. Sämtliche Memory-Aufgaben (sowohl die serielle wie räumliche Merkfähigkeit) lägen im oberen Normbereich. Das rechnerische Denken liege an der oberen Normgrenze. Schwächen habe der Kläger beim ganzheitlichen erfassen von Bildern gezeigt (absolut seien schlechtere Werte als in der Untersuchung vom Oktober 2005 erzielt worden). Weiterhin ebenfalls im untersten Normbereich lägen die Leistungen im Bereich der Handlungserfassung. Der Inhalt einer Bildergeschichte werde besser erfasst, der Kläger zeige jedoch wenig Interesse daran (kläg. act. 11, S. 2). Zum Thema Sprache führt der Bericht aus, der Kläger habe während der Untersuchung in vollständigen Sätzen gesprochen und Nebensätze seien gebildet worden. Das Sprachverständnis für komplexe Satzkonstruktionen liege im Übersichtstest im Altersschnitt (kläg. act. 11, S. 2). Der Bericht stellt fest, dass die Augenmotorik in alle Richtungen unauffällig sei (kläg. act. 11, S. 2). Zum Thema Neurologie/Neuroorthopädie führt der Bericht aus, der Muskeltonus sei vor allem in der unteren Extremität passiv an der untersten Normgrenze, dagegen aktiv vor allem rechts im Bein leicht erhöht. Im Rumpf bestehe ebenfalls ein tiefer Ruhetonus. MER sei allseits schwach auslösbar. Babinski sei rechts minimal positiv. Der Tonus im Bein rechts etwas tiefer als links. Die Gelenkbeweglichkeit sei rechts gegenüber links leicht erhöht, jedoch insgesamt im Normbereich liegend. Romberg und Finger-Nase-Versuch sei ohne Beschwerde möglich (kläg. act. 11, S. 3). Zum Thema Sozialverhalten wird im Bericht erwähnt, der Kläger sei während der Untersuchung als bemühter, kooperativer Knabe wahrgenommen worden, der bei den Testitems gut mitgemacht habe. Er könne seine Grenzen schlecht abschätzen (möchte keine Pause einlegen, obwohl er offensichtliche kaum mehr möge). Bei Erreichen der Leistungsgrenze breche er eher rasch ab (kläg. act. 11, S. 3). Der Bericht fasst zusammen, der Kläger habe sich eineinviertel Jahre nach dem mittelschweren Schädelhirntrauma gut erholt. Er zeige aktuell nurmehr minimale neurologische Auffälligkeiten rechts, welche sich motorisch funktionell nicht auswirkten, obwohl sie in der standardisierten Prüfung fortbeständen. Auch die Merkfähigkeit habe sich wesentlich verbessert und liege aktuell wieder über dem Durchschnitt. In der aktuellen Untersuchung habe er leichte Auffälligkeiten im Bereich des ganzheitlichen Denkens gezeigt, welche kaum erklärbar seien. Am ehesten handle es sich um tagesformbedingte Schwankungen. Nach wie vor zeige der Kläger Hinweise für leichte Wahrnehmungsschwächen, welche sich (durch die Ergotherapie) aktuell



klinisch weniger auswirkten. Insbesondere beständen noch leichte Schwächen im Bereich der Handlungserfassung. Bei fehlendem Leidensdruck dürfe jedoch zum jetzigen Zeitpunkt von einer Therapie abgesehen werden. Bei der durch die Mutter beschriebenen leichten Antriebslosigkeit dürfte es sich nach Erachten der Ärztin um eine Kombination einer angeborenen Schwäche im Bereich der Wahrnehmung und Handlungsplanung sowie einer wahrscheinlich leichten Verschlechterung durch das erlittene Schädelhirntrauma handeln. Aktuell bestehe jedoch auch diesbezüglich kein Therapiebedarf (kläg. act. 11, S. 3).

d) Unter Erwägung des Vorgehenden steht fest, dass der Kläger bis dato keinen Dauerschaden erlitten respektive nachgewiesen hat. Aus den beiden entwicklungspädiatrischen Berichten, welche rund acht und achtzehn Monate nach dem Unfall erstellt wurden, geht vielmehr hervor, dass der Kläger "eine erfreuliche Rehabilitation" zeigt, er sich "gut erholt", sich im grobmotorischen Bereich "noch diskrete Unsicherheiten zeigen, welche am ehesten posttraumatisch bedingt sind", seine "kognitiven Leistungen allesamt im Durchschnitt liegen", er "nurmehr minimale neurologische Auffälligkeiten rechts" zeigt, welche sich allerdings "motorisch funktionell nicht auswirken". Die bestehenden Schwächen des Klägers werden von der Ärztin im Bereich des ganzheitlichen Denkens zwar als "kaum erklärbar" taxiert, von ihr jedoch am ehesten auf "tagesformbedingte Schwankungen" zurückgeführt. Weiter zeigt der Kläger "Hinweise für leichte Wahrnehmungsschwächen", welche sich allerdings "klinisch nicht auswirken". Ebenfalls diagnostiziert die Ärztin "leichte Schwächen im Bereich der Handlungserfassung", wobei sie aber "bei fehlendem Leidensdruck" - der Kläger leidet m. a. W. gar nicht unter dieser Schwäche - keinen Therapiebedarf sieht. Die (der Ärztin von der Mutter beschriebene) "leichte Antriebslosigkeit" wird auf "eine Kombination einer angeborenen Schwäche im Bereich der Wahrnehmung und Handlungsplanung" mit einer "wahrscheinlich leichten Verschlechterung durch das erlittene Schädelhirntrauma" zurückgeführt, wobei die Ärztin auch diesbezüglich keinen Therapiebedarf sieht. Dem Kläger wurden denn auch im Anschluss an den entwicklungspädiatrischen Bericht vom 29. August 2006/15. September 2006 keine weiteren Therapien verordnet und eine nächste Kontrolle wurde erst in zwei Jahren als nötig erachtet (kläg. act. 11, S. 4).



## St.Galler Gerichte

Die Schwächen, an denen der Kläger gemäss den beiden entwicklungspädiatrischen Berichten litt und/oder leidet, wirkten sich bis anhin nicht derart intensiv und dauerhaft auf die Persönlichkeit des Klägers aus, dass dieser dadurch eine seelische Unbill in dem Ausmass erlitt, das die Zusprechung einer Genugtuung rechtfertigen würde. Zum jetzigen Zeitpunkt steht nicht fest, dass sein Lebensgenuss beeinträchtigt, seine Lebensfreude vermindert ist. Bei der Lektüre der beiden Berichte entsteht vielmehr der Eindruck, der Kläger habe wie jeder Mensch (und jedes Kind im Alter des Klägers ganz besonders) gewisse körperliche und charakterliche Stärken und Schwächen, welche einerseits weder als speziell ausgeprägt oder ungewöhnlich erscheinen oder durch den Kläger als besonders störend empfunden werden, noch andererseits zwingend auf den Unfall zurückzuführen sind.

Es liegen weiter keine besonderen Umstände vor, welche die Zusprechung einer Genugtuung auch ohne dauernde Schädigung erlauben würden. Weder kann der Krankenhausaufenthalt des Klägers als lange bezeichnet werden (vgl. dazu die Beispiele aus der Rechtsprechung bei BREHM, Art. 47 N 167: sechs Monate Spital, vier Monate Rehabilitationszentrum; 30 Wochen Spitalaufenthalt; drei Monate Spitalaufenthalt; 628 Tage Spitalpflege), noch musste der Kläger zahlreiche Operationen über sich ergehen lassen, noch kann der Monat, während dem er offenbar bettlägrig war (vi-act. 2, S. 9), als eine lange Leidenszeit und Arbeitsunfähigkeit bezeichnet werden (BREHM, Art. 47 N 166: jahrelange Leidenszeit m. H. a. BGE 53 II 419 E. 3e S. 429: ausserordentlich heftige Schmerzen während der jahrelangen Leidenszeit; schweres seelisches Leid verursacht durch den langwierigen, keine Aussicht auf Besserung bietenden Krankheitsverlauf; Urteil des Bundesgerichtes 1A. 235/2000 vom 21. Februar 2001, E. 5b/aa: Bei Arbeitsunfähigkeit von bloss einigen Wochen wird im Allgemeinen ein Genugtuungsanspruch verneint).

Der Anspruch des Klägers auf Genugtuung ist demzufolge (zumindest zum jetzigen Zeitpunkt) abzuweisen, da bis dato keine eine solche rechtfertigenden Unfallfolgen bewiesen worden sind und auch keine besonderen Umstände vorliegen, welche ausnahmsweise auch ohne dauerhafte Schädigung die Zusprechung einer Genugtuung rechtfertigen würden.



4. a) Die Beklagte fordert in ihrer Berufung eine neurologische Begutachtung des Klägers unter Berücksichtigung der Feststellungen der Kindergartenlehrerinnen, gewisse Einschränkungen in der Grobmotorik seien beim Kläger schon vor dem Unfall beobachtet worden (Berufung, 2). Die Beklagte führt aus, der Nachklagevorbehalt beziehe sich auf die spätere Geltendmachung einer Genugtuung und eines Invaliditätsschadens, wofür die Frage des Kausalzusammenhangs von wesentlicher Bedeutung sei. Werde die Frage des natürlichen Kausalzusammenhangs nicht jetzt beantwortet, drohe ein unwiederbringlicher Beweisverlust. Nachdem die Vorinstanz den Anspruch auf Genugtuung vorerst abgewiesen und den Kläger ins Nachklageverfahren verwiesen habe, sei eine Begutachtung für die Beurteilung der noch im Streit liegenden Ansprüche zwar nicht mehr notwendig, hingegen entspreche es der Prozessökonomie, sie heute schon durch das Kantonsgericht anzuordnen. Falls dies aus prozessualen Gründen nicht möglich sei, sei der entsprechende Antrag dem Kreisgerichtspräsidenten als Gesuch um vorsorgliche Beweisaufnahme im summarischen Verfahren zu überweisen (Berufung, 3 f.). Schon in der Klageantwort vor der Vorinstanz hatte die Beklagte ein solches Gutachten verlangt. Sie führte damals aus, der Kläger offeriere für seine bestrittene Behauptung, wonach mit künftigen Schäden zu rechnen sei, keinen Beweis, weswegen die Beklagte die Anordnung eines neurologischen Gutachtens forderte. Zwar habe der mit der Klage geltend gemachte Schaden mit den offenen medizinischen Fragen direkt nichts zu tun, hingegen seien diese Fragen bezüglich der Genugtuung zu beantworten und sie würden aufgrund des Nachklagerechts auch in künftigen Verhandlungen oder in einem künftigen Verfahren ein Thema sein (vi-act. 7, S. 3). Der Kläger replizierte, es werde lediglich der liquide Schaden eingeklagt und Genugtuung nur für die bis dato bekannten Unfallfolgen verlangt. Sollte der Richter jedoch die Frage eines künftigen Schadens für prozessrelevant halten, opponiere der Kläger dem Beweisantrag der Beklagten auf Einholung eines neurologischen Gutachtens nicht (vi-act. 9, S. 4). In ihrer Duplik hielt die Beklagte fest, sie halte nicht länger am Antrag auf Expertise fest, da für die Frage, ob heute eine Genugtuung zuzusprechen sei, mögliche Spätfolgen keine Rolle spielten. Diese seien vom klägerischen Nachklagevorbehalt umfasst (vi-act. 13, S. 3). Dementsprechend befasste sich die Vorinstanz nicht mit diesem Beweisantrag.

Der Kläger führt in seiner Berufungsantwort aus, die von der Beklagten in der Berufung verlangte neurologische Begutachtung sei weder aus Gründen eines



unwiederbringlichen Beweisverlustes noch unter dem Gesichtspunkt der Prozessökonomie angebracht. Für die im Streit liegenden Ansprüche sei eine solche ja selbst nach Auffassung der Beklagten nicht notwendig (Berufungsantwort, 4).

In seiner Anschlussberufung erklärt die Beklagte, dass, sollte das Gericht grundsätzlich von einem Genugtuungsanspruch ausgehen, eine neurologische Begutachtung unabdingbar sei. Die Beklagte wies darauf hin, dass selbst der entwicklungspädiatrische Bericht in Bezug auf die Kausalität Fragen aufwerfe (Anschlussberufungsantwort, 4).

b) Die vorsorgliche Erhebung von Beweisen dient grundsätzlich der Beweissicherung. Die antragstellende Partei soll vor einem Beweisverlust geschützt werden. Es soll verhindert werden, dass sie in einem (allfälligen) Prozess ihrer Beweispflicht nicht nachkommen kann. Die vorsorgliche Beweiserhebung kann vor Einleitung eines Prozesses verlangt werden, ist jedoch auch im Rahmen eines bereits rechtshängigen Prozesses möglich (LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St. Gallen, Bern 1999, Art. 199 N 1a). Letzteres muss jedoch auf Beweise beschränkt sein, welche für den bereits hängigen Prozess (allenfalls) von Bedeutung sind. Nach Art. 199 Abs. 1 lit. a ZPO hat jemand, der eine vorsorgliche Beweiserhebung verlangt, glaubhaft zu machen, dass eine spätere Beweiserhebung wesentlich erschwert oder unmöglich wäre; er muss m. a. W. die Beweisgefährdung glaubhaft machen (LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Art. 199 N 4). Nicht entscheidend für die Zulassung einer vorsorglichen Beweiserhebung darf sein, ob überhaupt ein Prozess bevorsteht oder ob der anordnende Richter den Beweis für erheblich ansieht (LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Art. 199 N 4).

c) Für die Beurteilung der vorliegenden Schadenersatzansprüche war das verlangte neurologische Gutachten nicht notwendig. Da der Genugtuungsanspruch abgewiesen wurde, erwies es sich auch für dessen Beurteilung als nicht notwendig. Dem neurologischen Gutachten kommt somit höchstens für ein allfälliges Nachklageverfahren Bedeutung zu. Für Beweissicherungsmassnahmen eines solchen Verfahrens erweist sich der Berufungsrichter freilich als nicht zuständig.

d) Bei diesem Ergebnis ist dem Antrag auf vorsorgliche Beweisabnahme der Beklagten keine Folge zu leisten, der Antrag wird abgelehnt.



Hält die Beklagte das neurologische Gutachten für einen allfälligen späteren Prozess nach wie vor für notwendig, kann sie beim zuständigen Richter (Art. 9 Abs. 1 ZPO) einen erneuten Antrag um vorsorgliche Beweisabnahme stellen. Dieser wird in seiner Prüfung, ob die Beweisgefährdung glaubhaft gemacht worden ist insbesondere zu berücksichtigen haben, dass die Beklagte eigentlich eine vorsorgliche Gegenbeweiserhebung verlangt, trifft sie doch für das in Frage stehenden Beweisthema - die Kausalität von späteren Unfallfolgen beim Kläger - gar keine Beweislast; sie wird, falls es dem Kläger im Nachklageverfahren nicht gelingen sollte, den Beweis der Kausalität auch für die späteren Unfallfolgen (und ebenso für mögliche Genugtuungsansprüche aus Spätfolgen des Unfalls) zu erbringen, nicht unter den Folgen des allfälligen Beweisverlustes zu leiden haben, wird die Nachklage des Klägers doch diesfalls abzuweisen sein. Insbesondere riskiert die Beklagte nicht, in einem (allfälligen) späteren Prozess ihrer Beweispflicht nicht mehr nachkommen zu können, vielmehr droht ihr ein Verlust ihres Gegenbeweisrechts. Ebenso wird der Richter zu beurteilen haben, inwiefern durch eine Beweisabnahme erst in einem allfälligen späteren Nachklageprozess tatsächlich ein Beweisverlust eintreten würde. Es stellt sich insbesondere die Frage, was mit Bezug auf die Kausalität von mögliche späteren Unfallfolgen ein neurologisches Gutachten zum heutigen Zeitpunkt (über zwei Jahre nach dem Unfall) zeigen könnte, das ein Gutachten zum Zeitpunkt des Nachklageverfahrens nicht mehr zu zeigen vermöchte.

5. a) Die Vorinstanz hat dem Kläger einen Schadenersatz von Fr. 6'644.80 zugesprochen. Gefordert wurden unter diesem Titel Fr. 9'000.-. Die Genugtuungsforderung von Fr. 10'000.- wies die Vorinstanz in den Nachklagevorbehalt. Die Prozesskosten wurden zu einem Drittel dem Kläger und zu zwei Dritteln der Beklagten auferlegt (Urteil, 9).

In seiner Berufungsantwort kritisiert der Kläger diese Kostenverteilung und verlangt für den Fall, dass es beim erstinstanzlichen Urteil bleiben sollte, eine Abänderung der Kostenverlegung zu Gunsten des Klägers. Die Vorinstanz habe die eingeklagte Genugtuungsforderung weder geschützt noch abgewiesen, sondern dem vom Kläger beanspruchten Nachklagevorbehalt unterstellt, womit diese Teilforderung als "kostenneutral" zu gelten habe. Von der eingeklagten Schadenersatzforderung seien dem Kläger 73.83% zugesprochen worden. Ziehe man in Betracht, dass im



Haftpflichtrecht mit seinen Ermessensspielräumen die Kostenverlegung nicht mathematisch genau erfolgen dürfe, hätte die Vorinstanz die Kosten im Verhältnis 1 zu 5 oder wenigstens 1 zu 4 verlegen müssen (Berufungsantwort, 16 f.). Die Beklagte führte in ihrer Anschlussberufungsantwort aus, dass über die Genugtuung zu einem späteren Zeitpunkt abgerechnet werde, falls es beim erstinstanzlichen Urteil bleibe. Spräche man dem Kläger in Bezug auf die Genugtuungsfrage jetzt schon eine Parteientschädigung zu, wäre er schliesslich doppelt entschädigt. Der Verweis des Genugtuungsanspruches in ein späteres Verfahren komme kostenmässig einer Abweisung der Klage gleich. Die Beklagte schliesst, dass sich der Kostenentscheid der Vorinstanz eventualiter als rechtmässig erweise (Anschlussberufungsantwort, 5).

b) Nach Art. 264 Abs. 2 ZPO werden die Prozesskosten verhältnismässig verlegt, wenn die Parteien teilweise unterliegen. Rechtfertigen es besondere Umstände, so kann der Richter Prozesskosten nach Ermessen auferlegen (Art. 266 Abs. 1 ZPO).

c) aa) Vor der Vorinstanz hat der Kläger gemäss seiner Replik Genugtuung für die bis zum damaligen Zeitpunkt bekannten und dokumentierten Folgen des Unfalles verlangt, nicht jedoch für Spätfolgen; diese könne er gestützt auf Art. 65 Abs. 3 ZPO zu einem späteren Zeitpunkt einklagen (vi-act. 9, S. 11 f.; dito schon in der Klage: vi-act. 2, S. 9 unten). Es ging somit um Ansprüche, welche zu diesem Zeitpunkt - nach Ansicht des Klägers - bereits entstanden sind. Trotzdem hat die Vorinstanz entschieden, die Beurteilung über den Genugtuungsanspruch in den Nachklagevorbehalt zu verweisen: er sei nicht liquid (Urteil, 9). Dies ist nicht zulässig. Verlangt der Kläger eine Beurteilung über seiner Ansicht nach bis zum Zeitpunkt der Klageeinleitung entstandene Ansprüche, ist darüber zu entscheiden. Die Nachklage kann nur vorbehalten bleiben für Ansprüche, welche der Kläger (noch) nicht geltend gemacht hat, welche er (noch) nicht gerichtlich beurteilt haben will (vgl. dazu auch den Wortlaut von Art. 65 Abs. 3 ZPO: "Will der Kläger nur einen Teil seines Anspruchs einklagen,..."). Erweist sich für das Gericht ein geltend gemachter Anspruch als illiquid und kann es deshalb nicht über dessen Bestand entscheiden, so hat es die Klage abzuweisen oder, falls Beweisofferten vorliegen, durch Abnahme der Beweise für Liquidität hinsichtlich des Sachverhaltes zu sorgen (und nicht in den Nachklagevorbehalt zu verweisen). Wird diesem Prinzip gefolgt, stellt sich die Frage nach der Kostenfolge so wie im vorliegend zu beurteilenden Fall nicht.



bb) Wie es sich verhält, wenn ein Gericht einen Anspruch unzulässigerweise (weil der Ansprecher geltend macht, die Forderung sei schon entstanden) infolge von Illiquidität der Forderung in den Nachklagevorbehalt verweist, der Ansprecher aber Beweisanträge gestellt hat, welche die Illiquidität allenfalls beheben könnten, kann vorliegend offen gelassen werden, da fest steht, dass der Kläger zu diesem Thema keinen Beweis offeriert hat, welcher sich nicht schon in den Akten befindet. In der Klage wird sinngemäss aus dem entwicklungspädiatrischen Bericht zitiert und erwähnt, der Kläger sei durch den Unfall nachhaltig in seiner kindlichen Entwicklung beeinträchtigt worden (vi-act. 2, S. 9). Auch in der vorinstanzlichen Replik offerierte der Kläger keinen Beweis, welcher sich nicht schon in den Akten befand. Vielmehr lehnte er die Einholung eines neurologischen Gutachtens ab, stellte sich auf den Standpunkt, der Genugtuungsanspruch sei liquid und verwies erneut auf den entwicklungspädiatrischen Untersuchungsbericht (vi-act. 9, S. 11 f.). Unter diesen Umständen hätte die Vorinstanz einen ihr illiquid scheinenden Anspruch abweisen müssen. Dementsprechend hätte auch die Kostenverteilung erfolgen müssen.

cc) Die Vorinstanz hat die Prozesskosten "gemäss Verfahrensausgang" zu einem Drittel dem Kläger und zu zwei Dritteln der Beklagten auferlegt. Die Vorinstanz verwies dazu auf Art. 264 Abs. 2 ZPO.

Es stellt sich die Frage, ob die Vorinstanz die Kosten tatsächlich in Anwendung von Art. 264 Abs. 2 ZPO verteilte (und nicht eher gestützt auf Art. 266 Abs. 1 ZPO). Würde die Genugtuungssumme nämlich bei der Verteilung der Kosten nicht berücksichtigt, hätte der Kläger mit 73.83% obsiegt (gefordert Fr. 9'000.-, zugesprochen Fr. 6'644.80); würde die Genugtuungssumme jedoch bei der Verteilung der Kosten mitberücksichtigt, hätte der Kläger mit 34.97% obsiegt (gefordert Fr. 19'000, zugesprochen Fr. 6'644.80). Wird noch berücksichtigt, dass der Kläger im Grundsatz (bestehen eines Werkmangels bejaht) obsiegt hat, erscheint die Kostenauflegung "gemäss Verfahrensausgang" und mit Verweis auf Art. 264 Abs. 2 ZPO als fraglich. Selbst wenn nämlich davon ausgegangen würde, der Kläger hätte mit 73.83% obsiegt, käme eine Zuweisung an den Prozesskosten im Umfang von einem Drittel an den Kläger nicht in Frage, da er auch im Grundsatz obsiegt hat. Deshalb kann wohl davon ausgegangen werden, dass die Vorinstanz die Prozesskosten nach Art. 266 Abs. 1 ZPO verlegt hat. Nach dieser Norm kann der Richter, wenn es besondere Umstände



rechtfertigen, die Prozesskosten nach seinem Ermessen auferlegen. Besondere Umstände im Sinne dieser Bestimmung können namentlich im Haftpflichtprozess vorliegen wenn der Geschädigte zwar im Grundsatz (hinsichtlich des Bestehens eines Haftungsgrundes) obsiegt, ihm jedoch nicht der gesamte verlangte Schadenersatz zugesprochen wird. Eine Auferlegung der Prozesskosten von einem Drittel an den Kläger wäre im vorliegenden Fall dann sinnvollerweise möglich gewesen, wenn die Genugtuungssumme bei der Verteilung der Kosten berücksichtigt worden wäre. Diesfalls hätte der Kläger eigentlich zwar nur mit 34.97% obsiegt, zusätzlich aber im Grundsatz Recht bekommen. Die vorinstanzliche Kostenverteilung hätte somit unter Anwendung von Art. 266 Abs. 1 ZPO begründet werden können.

d) Die Vorinstanz hätte den Genugtuungsanspruch abweisen und die Kosten dementsprechend verteilen müssen. Bei diesem Ergebnis erscheint damit die Kostenverteilung, wie sie die Vorinstanz vorgenommen hat, im Ergebnis als angemessen (vgl. nachfolgend IV/2). Die Anschlussberufung ist auch bezüglich des Eventualbegehrens abzuweisen.

.....