

Art. 41 OR, Haftung für Gefälligkeit.

Die Haftung für eine Gefälligkeit richtet sich nach den Regeln über die unerlaubte Handlung. Anwendungsfall kurzzeitiges Betreuen eines Kindes.

(Erwägungen:)

I. Sachverhalt

1. Am 2. April 2001 fiel die damals 3 3/4-jährige ____ (geboren 8. Juli 1997) beim Spielen mit den etwas älteren Nachbarskindern ____ (geboren 15. Februar 1996) und ____ (geboren 30. Januar 1997) in der Umgebung ihres Wohnortes in ____ in die Glatt. Sie konnte ca. 10 Minuten später aus dem Fluss geborgen werden. Als Folge des Ertrinkungsunfalls erlitt sie einen anoxischen Hirnschaden (Wachkoma, schwere tetraspastische zerebrale Bewegungsstörung, leichte rechtskonvexe Skoliose lumbal, Dysphagie) und war seitdem 100% invalid und auf dauernde Pflege und Betreuung durch Drittpersonen angewiesen (vgl. act. 4/7; 4/9; 4/10/1-3).

Am 11. November 2010 ist ____ verstorben. Ihre Eltern als gesetzliche Erben sind von Gesetzes wegen in den Prozess eingetreten (Art. 458 Abs. 1 ZGB; act. 102 S. 1 und 104 S. 1) und haben die Rechtsvertreterin ihrer Tochter mit der Wahrung ihrer Interessen beauftragt. Das Rubrum ist daher entsprechend angepasst worden. Der Klarheit halber wird im Folgenden jedoch die bisherige Parteibezeichnung beibehalten und ____ weiterhin als Klägerin bezeichnet.

2. Der dem geschilderten Unfall vorausgehende Sachverhalt lässt sich anhand der Parteiausführungen vor Vorinstanz (act. 1 S. 3 ff. act. 15 S. 7; act. 10 S. 2 ff., act. 20 S. 2 ff.) folgendermassen darstellen:

Nach weitgehend übereinstimmender Sachverhaltsdarstellung der Parteien weilte die Beklagte im Verlaufe des Vormittags des Unfallstages bei der Mutter der Klägerin und trank mit ihr Kaffee, derweil ____, Sohn der Beklagten, und die Klägerin miteinander im Freien spielten. Der Vater der Klägerin befand sich ebenfalls zu Hause, ohne sich an der Kaffeerunde der beiden Frauen zu beteiligen, und liess nach einer Weile seine Frau wissen, dass er mit einem

Kollegen zu einem Baumarkt fahre. Gleichzeitig erklärte die Mutter der Klägerin, dass sie auch noch schnell einkaufen gehe, wobei die Klägerin ihre Mutter nicht begleiten wollte. Uneinheitlich sind die Darstellungen darüber, ob die Mutter der Klägerin die Beklagte darum ersucht hat, in ihrer Abwesenheit auf ihre Tochter aufzupassen oder ob der Beklagten gewissermassen wegen der gleichzeitigen Abwesenheit der Eltern der Klägerin faktisch die Rolle zukam, auf die Klägerin aufzupassen. Unbestritten ist dagegen, dass die Mutter der Klägerin vor 11 Uhr ohne diese zum Einkaufen wegfuhr und sich die Beklagte in ihr Haus zurückbegab und Haushaltsarbeiten verrichtete, währenddem die beiden Kinder weiterhin draussen spielten, wobei auch noch der Nachbarsknabe ___ dazu stiess. Fest steht weiter, dass ___ zu einem späteren Zeitpunkt in die Glatt fiel und im Bereich der ___ aus dem Wasser geborgen werden konnte (act. 1 S. 3 ff.; act. 15 S. 2 ff, S. 7; act. 10 S. 3 ff.; act. 20 S. 2 ff.). Dieser Sachverhalt ist im Berufungsverfahren im Wesentlichen unstrittig (act. 65 S. 5, S. 8 f.; act. 71 S. 2 ff.).

3. Das in der Folge gegen die Beklagte geführte Strafverfahren endete erst- und zweitinstanzlich mit einem Freispruch (act. 16/6).

4. Die Klägerin verlangt nunmehr auf dem Weg des Zivilprozesses von der Beklagten eine Genugtuung.

Strittig ist im Wesentlichen, wie die Beaufsichtigung der Klägerin durch die Beklagte rechtlich einzuordnen ist, welches die Haftungsfolgen sind und ob der Beklagten eine Sorgfaltspflichtverletzung vorzuwerfen ist.

II. Verfahrensverlauf

1. Auf den Prozessgang vor Vorinstanz kann auf die ausführliche Darstellung im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (act. 58 S. 2-4 Ziffer 1; § 161 GVG).

2. Im Berufungsverfahren ist zunächst ein doppelter Schriftenwechsel durchgeführt worden (act. 65, 71, 76, 81). Wie erwähnt ist kurze Zeit vor der

anberaumten öffentlichen Urteilsberatung die Klägerin verstorben. Ihre Eltern als gesetzliche Erben beauftragten Rechtsanwältin ____ mit ihrer Interessenwahrung (act. 92). Den Parteien wurde Gelegenheit gegeben, sich zur Rechtsnachfolge der verstorbenen Klägerin ____ und zu den allfälligen Folgen ihres Versterbens in Bezug auf den eingeklagten Anspruch zu äussern (act. 95). Mit Eingaben je vom 14. Februar 2011 liessen sich die Parteien vernehmen (act. 102 und 104). Weitere Stellungnahmen dazu gingen nicht ein. Das Verfahren ist spruchreif.

III. Formelles

1. Per 1. Januar 2011 ist die Schweizerische Zivilprozessordnung in Kraft getreten. Nach Art. 404 Abs. 1 ZPO gilt für Verfahren, die bei Inkrafttreten dieses Gesetzes rechtshängig sind, das bisherige Verfahrensrecht bis zum Abschluss vor der betroffenen Instanz. Da das vorliegende Berufungsverfahren vor Inkrafttreten der Schweizerischen Zivilprozessordnung eingeleitet worden ist, bleibt für das Verfahren weiterhin die zürcherische Zivilprozessordnung und das zürcherische Gerichtsverfassungsgesetz anwendbar.
2. Die Neukonstituierung des Obergerichtes per 1. Januar 2011 führte sodann zu einer Änderung in der Besetzung des Spruchkörpers.

IV. vorinstanzliches Urteil

Die Vorinstanz qualifizierte das hier in Frage stehende Rechtsverhältnis als Gefälligkeit und nicht als Auftrag (act. 58 S. 11 Ziffer 3.4.). Daran anknüpfend, in Berücksichtigung der hieraus fliessenden Haftung des Gefälligen und in Würdigung der Ergebnisse des Beweisverfahrens bejahte die Vorinstanz eine Sorgfaltspflichtverletzung der Beklagten (a.a.O. S. 14-39, insbesondere Ziffer 4.11), den natürlichen und adäquaten Kausalzusammenhang zwischen festgestellter Sorgfaltspflichtverletzung und Schadenseintritt (a.a.O. S. 39-41 Ziffer 4.12) und hielt die Haftungsvoraussetzung des Verschuldens der Beklagten im Ausmass einer mittelschweren Fahrlässigkeit für erfüllt (act. 58 S. 41-43 Ziffer 4.13). In quantitativer Hinsicht erachtete die Vorinstanz eine Genugtuungssumme

von Fr. 200'000.-- für angemessen (act. 58 S. 45 Ziffer 5.2.). Im Mehrbetrag wies sie im Dispositiv die Klage nicht ab; vielmehr merkte sie im Erkenntnis vor, dass es sich vorliegend um eine Teilklage handle und eine Nachklage vorbehalten bleibe (act. 58 S. 47 Dispositiv Ziffer 1).

V. Prozessuales

Die Klägerin ficht das vorinstanzliche Urteil nicht an, sondern beantragt explizit die Abweisung der Berufung (act. 71 S. 2). Da sie jedoch ausdrücklich ihre Forderung als Teilklage geltend machte (act. 2 S. 2 Ziffer 2 Rechtsbegehren), ist die Klägerin mit einer späteren Teilklage nicht ausgeschlossen. In dem Sinne ist über den nicht zugesprochenen Teil der verlangten Genugtuungssumme nicht materiell rechtskräftig entschieden (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, § 191 N 12).

VI. Materielle Beurteilung

A. Vorbemerkungen: Bindung des Zivilrichters an den vom Strafrichter festgestellten Sachverhalt

1. Die Beklagte lässt zunächst vortragen, die Vorinstanz habe sich entgegen der kantonalzürcherischen Praxis nicht an dem Sachverhalt orientiert, wie er vom Strafrichter erstellt worden sei. Sie hält dafür, es sei den Kantonen freigestellt, ob die Zivilgerichte bezüglich der in Art. 53 OR nicht erwähnten Elemente an das Urteil eines Strafgerichtes gebunden seien oder nicht. Im Kanton Zürich bestehe in Bezug auf den Sachverhalt die Praxis, dass der Zivilrichter an das Urteil des Strafgerichtes gebunden sei (act. 65 S. 4 Ziffer 2.1; act. 76 S. 2/3). Die Klägerin ist hingegen der Auffassung, es stelle Bundesrecht dar, dass der Zivilrichter nicht an ein freisprechendes Strafurteil gebunden sei. Art. 53 OR regle den Fall nicht, ob der Zivilrichter an ein verurteilendes Straferkenntnis gebunden sei, weshalb dies dem kantonalen Prozessrecht anheimgestellt sei (act. 71 S. 3/4; act. 81 S. 3).

2. Bei der Beurteilung der Schuld oder Nichtschuld, Urteilsfähigkeit oder Urteilsunfähigkeit ist der Richter an die Bestimmungen über strafrechtliche

Zurechnungsfähigkeit oder an eine Freisprechung durch das Strafgericht nicht gebunden (Art. 53 Abs. 1 OR). Ferner ist das strafgerichtliche Erkenntnis mit Bezug auf die Beurteilung der Schuld und die Bestimmung des Schadens für den Zivilrichter nicht verbindlich (Art. 53 Abs. 2 OR).

Diese Vorschrift stellt einen auf die Schuldfrage und die Schadensbestimmung beschränkten Eingriff des Bundesgesetzgebers in das bislang den Kantonen vorbehaltene Prozessrecht dar. Bezüglich dieser beiden Aspekte ist eine Bindung des Zivilrichters an ein vorausgegangenes Strafurteil im Interesse des materiellen Bundesrechtes ausgeschlossen. Hingegen steht es den Kantonen frei, die Verbindlichkeit eines Strafurteils für den Zivilrichter vorzusehen, soweit es die Feststellung der Tat als solcher und deren Widerrechtlichkeit betrifft (vgl. BGE 107 II 151 E. 5b). Unter Verweis auf ZR 65/1966 Nr. 113 hält das Bundesgericht im erwähnten Entscheid fest, es sei nicht zu beanstanden, wenn im Kanton Zürich eine dahingehende Praxis bestehe. Weiter führt das Bundesgericht im zitierten Entscheid aus, es sei eine Frage des kantonalen Prozessrechts und der Beweiswürdigung, wie weit der Zivilrichter bei der Prüfung der Schuldfrage auf die Ermittlungen und tatsächlichen Feststellungen des Strafrichters abstellen dürfe und wolle. Der Zivilrichter müsse aber in seinem Entscheid zum Ausdruck bringen, von welchen Feststellungen tatsächlicher Natur er bei der Beurteilung der Schuldfrage ausgehen und aus welchen Gründen er zur Bejahung eines Verschuldens gelange (E. 5c). Im angeführten Entscheid ZR 65/1966 Nr. 113 erwog das Obergericht Zürich gestützt auf einen am 30. Juni 1937 ergangenen Entscheid, in Ermangelung einer ausdrücklichen Gesetzesbestimmung bestehe nach den allgemeinen Grundsätzen des zürcherischen Prozessrechts eine Bindung des Zivilrichters, soweit die Rechtskraft des Strafurteils reiche. Dabei umfasse die Rechtskraft, was Gegenstand des Urteilsdispositivs bilde. Der Zivilrichter sei daher an die tatsächlichen Feststellungen des Strafrichters gebunden, soweit sie notwendige Voraussetzungen der im Dispositiv ausgesprochenen Verurteilung bildeten. Dazu gehörten namentlich die Feststellungen, dass der Verurteilte die ihm im Dispositiv des Strafurteils zur Last gelegten Handlungen oder Unterlassungen begangen habe und diese widerrechtlich seien. In anschliessenden Bemerkungen zu diesem publizierten

Entscheid der II. Zivilkammer des Obergerichtes hält der Redaktor fest, dass die Schlüsse dieses Entscheides nicht zwingend erschienen, da sich dieser Entscheid nicht auf eine ausdrückliche Bestimmung des zürcherischen Prozessrechtes stützen könne. In einer vom Gesetzgeber nicht ausdrücklich geregelten Frage sollte von der Entscheidungsfreiheit des Richters ausgegangen und nicht eine Lösung getroffen werden, die ihn unter Umständen zwingt, gegen seine Überzeugung zu urteilen. Zuzustimmen sei hingegen der im Entscheid ausgedrückten Auffassung, dass der Zivilrichter nicht ohne sehr gewichtige Gründe von den Strafurteilen abweichen solle.

3. Die Beklagte stützt ihre Auffassung auf einen einzigen Entscheid der Kammer aus dem Jahre 1964. Dass seitdem weitere gleichartige Entscheide ergangen wären, wird nicht dargetan. Unter diesen Umständen kann nicht von einer festen Praxis gesprochen werden. Aber selbst wenn dem so wäre, wäre festzuhalten, dass sich vorliegend die Sachlage anders als im zitierten Entscheid darstellt und die Beklagte aus dem betreffenden Entscheid nichts zu ihren Gunsten herleiten kann: hier liegt ein freisprechendes Strafurteil des Obergerichtes des Kantons Zürich vor, d.h. der vom Strafgericht festgestellte Sachverhalt führte nicht zu einer Verurteilung, sondern zu einem Freispruch. Über die Bindung des Zivilrichters an die *tatsächlichen Feststellungen* des Strafrichters, die zu einem Freispruch führen, lässt sich dem zitierten Entscheid des Obergerichtes aus dem Jahre 1964 gerade nichts entnehmen. Eine Norm, die solches vorsähe, findet sich in der derzeit noch geltenden zürcherischen Zivilprozessordnung nicht; der Rechtsvertreter der Beklagten nennt denn eine solche auch nicht. Vielmehr ist in Zivilverfahren über bestrittene Tatsachen, welche rechtlich bedeutsam sind, Beweis abzunehmen (§ 133 ZPO). Im Rahmen des Beweisverfahrens zur Feststellung des Sachverhaltes sind die Parteien frei, die ihnen zweckdienlich erscheinenden Beweismittel zu nennen (§ 137 ZPO). Das Zivilgericht ist ferner bei der Würdigung der abgenommenen Beweise frei bzw. würdigt die Beweise nach freier Überzeugung (§ 148 ZPO). Auch nach der künftigen Schweizerischen Zivilprozessordnung wird das Gericht sich seine Überzeugung nach freier Würdigung der Beweise bilden

(Art. 157 ZPO). Eine Bindung des Zivilrichters an die tatsächlichen Feststellungen in einem Straferkenntnis ist nicht vorgesehen.

4. Entgegen der Auffassung der Beklagten hat daher die Vorinstanz richtigerweise über die strittigen Tatsachenbehauptungen Beweis erhoben und die abgenommenen Beweise nach freier Überzeugung gewürdigt. Nicht massgebend ist, wie sinnvoll resp. zuverlässig die Sachverhaltsfeststellung mehrere Jahre nach dem Unfall ist (act. 65 S. 4). Dass sich das Erinnerungsvermögen im Verlaufe der Jahre ändert resp. abnimmt und mit fremden Wahrnehmungen vermischt, ist nicht von der Hand zu weisen. Diesem Umstand ist bei der Würdigung getätigter Aussagen entsprechend Rechnung zu tragen, ist aber nicht Anlass, die im Zivilprozess geltenden Regeln über die Beweiserhebung ausser Acht zu lassen. Ob die Würdigung der abgenommenen Beweise von der Vorinstanz korrekt vorgenommen worden ist und der von der Vorinstanz gestützt hierauf als erstellt erachtete Sachverhalt der rechtlichen Würdigung zu Grunde zu legen ist, beschlägt eine andere Thematik, die es nachfolgend zu erörtern gilt.

B. Klagegrundlage

Die Klägerin begründet ihre Klage als Anspruch aus Vertragsverletzung. Im Vordergrund steht für sie eine unkorrekte Erfüllung eines Auftrages im Sinne von Art. 394 ff OR durch die Beklagte. Nebst einer Vertragsverletzung macht die Klägerin eine deliktische Haftung im Sinne von Art. 41 f. OR geltend. Die Beklagte dagegen qualifiziert das Hüten der Klägerin als reine Gefälligkeit und verneint eine vertragliche Haftung. Eine ausservertragliche Haftung verneint sie mangels Verschuldens und fehlenden Kausalzusammenhangs.

Ob das kurzzeitige Hüten eines Kleinkindes als auftragsähnliche Leistung im Sinne von Art. 394 ff. OR verstanden werden muss bzw. unter die allgemeinen Regeln des Vertragsrechtes fällt oder als blosser Gefälligkeit einzustufen ist, ist für die Frage, ob eine Haftung aus Vertrag oder aus unerlaubter Handlung zu beurteilen ist, von entscheidender Bedeutung. Um in den Genuss der Haftungsfolgen aus Vertrag zu kommen, hat die Klägerin darzutun und zu

belegen, dass zwischen ihr und der Beklagten ein Vertragsverhältnis mit einem bestimmten Inhalt zustande gekommen ist und eine Vertragsverletzung durch die Beklagte vorliegt, verursacht durch deren mangelhafte oder ungenügende Beaufsichtigung. Der Beklagten obliegt dagegen die Beweislast dafür, dass sie am eingetretenen Schaden kein Verschulden trifft (Gauch/Schluep/Emmenegger, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil II, 9.A. Zürich 2008, Rz. 2980). Ist hingegen auf eine Haftung aus unerlaubter Handlung abzustellen, hat die Klägerin die Haftungsvoraussetzungen (Schaden, natürlicher und adäquater Kausalzusammenhang, Widerrechtlichkeit, Verschulden) zu beweisen (BSK ZGB I-Schmid, Art. 8 N 45 f.).

Zu prüfen ist daher zunächst, ob das kurzzeitige Hüten eines Kindes im hier konkreten Fall als vertragliche Leistung zu qualifizieren ist oder ob diese Handlung als Gefälligkeit zu verstehen ist resp. ob mangels vertraglicher Bindung einzig eine deliktische Haftung in Frage kommt.

C. Haftung aus Vertrag, für Gefälligkeit oder aus Delikt?

1. Sachverhalt

Dieser lässt sich kurz zusammengefasst dahingehend umschreiben, dass die Beklagte sich bereit erklärte, auf die Klägerin aufzupassen, während ihre Mutter zum Einkaufen fuhr. Die Vorinstanz hat dies als Gefälligkeit qualifiziert (act. 58 S. 8 f.).

2. Vertragsverhältnis oder Gefälligkeitsverhältnis?

Die Klägerin vertrat und vertritt den Standpunkt, die Beklagte habe mit ihr, vertreten durch ihre Mutter, einen Vertrag abgeschlossen, dass diese auf sie aufpasse, während ihre Mutter einkaufen gehe. Die Beklagte habe eine entsprechende Frage ihrer Mutter ausdrücklich bejaht. Dadurch habe sich die Beklagte rechtlich verpflichtet, die ihr übertragene Aufgabe, auf sie aufzupassen, sorgfältig auszuüben. Nach ihrem Dafürhalten ist ein Auftragsverhältnis zustande gekommen. Als Varianten eines vertraglichen Verhältnisses nennt die Klägerin ein Auftragsverhältnis zwischen ihrer Mutter und der Beklagten mit Schutzwirkung

zugunsten Dritter oder einen Vertrag zugunsten Dritter im Sinne von Art. 112 OR (act. 1 S. 14 f.; act. 15 S. 8 f.; act. 71 S. 14 f.; act. 81 S. 10 f.).

Die Beklagte ist dagegen der Auffassung, es liege kein Vertragsverhältnis vor; insbesondere fehle es an einem Rechtsbindungswillen; vielmehr handle es sich um eine blosser Gefälligkeitshandlung der Beklagten und keinesfalls um einen unentgeltlichen Auftrag (act. 10 S. 8 f.; act. 20 S. 5 f.; act. 65 S. 14 ff.; act. 76 S. 12 f.).

2.1. Für den Begriff des Schuldverhältnisses kennzeichnend ist dessen obligatorischer Charakter. Wenigstens eine an einem Schuldverhältnis beteiligte Person muss gegenüber einer anderen rechtlich zu einem Verhalten (Tun oder Unterlassen) verpflichtet sein. Diese Verpflichtung darf nicht vom Ermessen oder einem erst in Zukunft zu treffenden Entscheid des Verpflichteten abhängig sein. Ein rechtsgeschäftliches Schuldverhältnis entsteht nur dann, wenn ein objektiv zu interpretierender Rechtsbindungswille konstatiert werden kann. Dies bedeutet, dass ein Vertragsschluss nach Art. 1 ff OR voraussetzt, dass die Parteien, nach objektiven Kriterien betrachtet, einen übereinstimmenden rechtlichen Bindungswillen haben (Kramer, Berner Kommentar VI/1/1 Allgemeine Einleitung zu Art. 1-18 OR N 62; Huguenin, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3. Auflage, N 78).

Eine Gefälligkeit ist eine Leistung zu Gunsten eines andern; sie zeichnet sich dadurch aus, dass keine rechtsgeschäftliche Verpflichtung zur Ausführung besteht. Sie erfolgt unentgeltlich und uneigennützig und bei Gelegenheit (Ernst Kramer, Berner Kommentar, VI/1/1 Allgemeine Einleitung zu Art. 1-18 OR, N 63ff.; Heinrich Honsell, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 4. Auflage, § 9 N 38; Bettina Hürlimann-Kaup, Die privatrechtliche Gefälligkeit und ihre Rechtsfolgen, Diss. Freiburg 1999, S. 6 ff.). Als Gefälligkeitshandlungen gelten in der Regel Leistungen im Nachbarschaftsverhältnis, unter Bekannten oder Verwandten oder im Kollegenkreis (Blumengiessen oder Leeren des Briefkastens bei Abwesenheit, Kinderhüten etc.) oder die Rat- und Auskunftserteilung. Gefälligkeitshandlungen sind häufig Hilfestellungen irgendwelcher Art im sozialen Nahraum. Zur Abgrenzung der Frage, ob ein Gefälligkeits- oder ein Schuldverhältnis vorliegt,

sind die Art der Gefälligkeit, ihr Grund und Zweck, ihre wirtschaftliche und rechtliche Bedeutung, insbesondere für den Empfänger, die Umstände, unter denen sie erwiesen wird, und die dabei bestehende Interessenlage der Parteien zu berücksichtigen. Für einen Bindungswillen und damit ein Schuldverhältnis spricht ein eigenes rechtliches oder wirtschaftliches Interesse des Leistenden an der gewährten Hilfe oder ein erkennbares Interesse des Begünstigten, fachmännisch beraten oder unterstützt zu werden (Schwenzer, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, N 4.46; BGE 116 II 697/698; BGE 119 III 183).

2.2. Nach Darstellung der Beklagten hat die Mutter der Klägerin erklärt, dass die Kinder draussen weiterspielen könnten, als sich herauskristallisiert hatte, dass die Klägerin ihre Mutter nicht zum Einkaufen begleiten wollte und ihr Vater ebenfalls und gleichzeitig wegzufahren beabsichtigte, um Besorgungen mit einem Kollegen zu tätigen, worauf sie - die Beklagte - geantwortet habe, dass dies in Ordnung sei. Die Beklagte liess vor Vorinstanz zudem ausführen, die mangelnde Koordination der Eltern der Klägerin habe dazu geführt, dass keiner der beiden habe zu Hause bleiben wollen und sie wohl einfach davon ausgingen, die Klägerin würde mit ihrem Sohn ___ weiterspielen (act. 10 S. 4; act. 20 S. 5). Auch im Berufungsverfahren hat sich die Beklagte in dieser Weise geäußert (act. 65 S. 15; act. 76 S. 14). Demgegenüber hat die Klägerin vorgebracht, ihre Mutter habe die Beklagte gefragt, ob diese auf sie aufpassen würde, während ihre Mutter einkaufen gehe, was diese bejaht habe resp. ihre Mutter habe sich von der Beklagten ausdrücklich bestätigen lassen, dass sie zuhause bleiben und im Garten weiter spielen könne (act. 1 S. 3; act. 15 S. 8). Diesen Standpunkt nimmt sie auch im Berufungsverfahren ein bzw. stellt in Abrede, dass die Beklagte sinngemäss vor vollendete Tatsachen gestellt worden sei; vielmehr sei diese angefragt worden, ob sie auf die Klägerin aufpasse (act. 71 S. 5; act. 81 S. 5).

Unabhängig von diesen nicht deckungsgleichen Darstellungen ist festzuhalten, dass die Eltern der Klägerin gleichzeitig wegfahren wollten und die Klägerin weder mit dem Vater noch mit der Mutter mitgehen wollte oder konnte und weder Vater noch Mutter ihre Tochter mitnehmen wollten oder konnten. Bei dieser

Ausgangslage waren die Eltern der Klägerin auf die Unterstützung oder Mithilfe der Beklagten oder allenfalls einer anderen Person angewiesen, wollten sie die Klägerin nicht alleine und unbeaufsichtigt am Wohnort zurücklassen. Das Interesse der Eltern der Klägerin, für die zu Hause zurückzulassende Tochter die Dienste oder Hilfsbereitschaft der Beklagten zu beanspruchen, stand bei dieser Ausgangslage zweifellos im Vordergrund. Demgegenüber lässt sich in der konkreten Situation auf Seiten der Beklagten kein eigenes Interesse an der zu erbringenden Hilfestellung erblicken, wenn man vom Umstand absieht, dass ihr Sohn weiterhin ein "Gspänli" zum Spielen hatte. Das Hüten eines Kleinkindes ist, wie die Klägerin mehrfach sinngemäss betont (act. 1 S. 14, S. 17, S. 18; act. 15 S. 9, S. 14; act. 71 S. 17 f.; act. 81 S. 14), eine anspruchsvolle und verantwortungsvolle Aufgabe und wird durch den Umstand, dass noch weitere Kinder zugegen sind, nicht notwendigerweise einfacher, zumal mehrere spielende Kinder unberechenbarer sind als ein einzelnes Kind, wie auch die Klägerin festhält (act. 1 S. 18). Diese Erschwernis spricht eher gegen ein eigenes Interesse auf Seiten der Person, die sich zum Kinderhüten bereit erklärt. Ob bei anderer Gelegenheit auch die Mutter der Klägerin auf den Sohn der Beklagten aufgepasst hat, ist nicht entscheidend, da gelegentliches gegenseitiges bzw. abwechselndes Hüten von Kindern in Nachbarschaftsverhältnissen der Qualifizierung als Gefälligkeitshandlung nicht entgegensteht. Was die Umstände angeht, die dazu führten, dass die Beklagte ___ hüten sollte, ist festzuhalten, dass selbst nach Darstellung der Klägerin ihre Mutter die Beklagte darum nachsuchte und dies auch kurzfristig geschah (act. 1 S. 3; act. 15 S. 3 f.; act. 71 S. 5). Es war nicht die Beklagte, die der Mutter der Klägerin offerierte, auf sie aufzupassen; vielmehr wurde die Beklagte darum ersucht, sei dies ausdrücklich, wie die Klägerin vorbringen lässt (act. 71 S. 5), oder sei dies sinngemäss durch den der Beklagten bekannten Umstand, dass beide Eltern der Klägerin das Haus verlassen wollten. Eine derartige Konstellation schafft sehr wohl einen gewissen Druck oder Zwang, die explizit oder durch die Umstände zu Tage tretende Anfrage anzunehmen bzw. der dadurch ausgedrückten Erwartungshaltung nachzukommen und zu entsprechen, das Kind zu hüten resp. auf das Kind aufzupassen, zumal wenn sich die beiden Mütter, wie auch die Klägerin ausführte

(act. 1 S. 2, act. 15 S. 8/9), freundlich verbunden waren und sich am fraglichen Vormittag im Hause der Klägerin zu gemeinsamem Kaffeetrinken eingefunden hatten und die Klägerin während dieser Zeit bereits mit dem Sohn der Beklagten gespielt hatte. Ob die Eltern der Klägerin sich stritten, weil beide gleichzeitig wegfahren wollten, spielt dabei keine zusätzliche und entscheidende Rolle, da klar war, dass beide Elternteile wegfahren wollten. Die geschilderte Situation erforderte von der Beklagten kein Umkrempeln oder keine Umgestaltung ihrer weiteren geplanten Verrichtungen; auch war das Hüten der Klägerin offenkundig zeitlich eng begrenzt, da die Mutter der Klägerin vor dem Mittagessen kurz zum Einkaufen wegfahren wollte, auch wenn die beiden Frauen sich hierüber nicht ausdrücklich verständigten. Insofern stand für die Beklagte einzig eine kurzzeitige Aufgabe im Raum, die sie bei der Ausführung ihrer eigenen Tätigkeiten nicht einschränkte.

Fasst man diese Faktoren zusammen, ist zunächst festzustellen, dass sich die Beklagte mit der Mutter der Klägerin auf das Hüten verständigt hatte, auch wenn die Umstände, die dazu führten, widersprüchlich dargestellt werden. Diese Verständigung bedeutet jedoch nicht per se einen Vertragsschluss, wie dies die Klägerin in ihren Berufungsschriften wiederum geltend macht (act. 71 S. 13 f.; act. 81 S. 10 f.). Festzuhalten ist, dass der Grund, der Zweck und das Interesse auf die Klägerin aufzupassen, ausschliesslich bei den Eltern der Klägerin lagen, da diese beide gleichzeitig ihren Wohnort verlassen und die Klägerin nicht mitnehmen, aber auch nicht alleine und unbeaufsichtigt zurücklassen wollten/konnten. Die von der Beklagten ersuchte Unterstützung war für diese eine durchaus gewohnte bzw. vertraute Tätigkeit, da sie selber auch Mutter eines noch nicht schulpflichtigen Kindes war. Zudem sollte die Beklagte nur für eine kurze Zeit auf die Klägerin aufpassen. Die Idee oder der Gedanke, dass die Beklagte auf die Klägerin aufpassen könnte, kam bei deren Mutter spontan und für die mit ihr Kaffee trinkende Beklagte unvorhergesehen auf. Insofern war es einem Zufall - Anwesenheit der Beklagten im Hause der Eltern der Klägerin - zuzuschreiben, dass die Beklagte um Mithilfe angegangen wurde. Ihre Unterstützung wurde auch nicht wegen ihrer herausragenden Fähigkeiten im Umgang mit Kleinkindern erfragt. In Würdigung all dieser Elemente ist die Bereitschaft der Beklagten, für

die Dauer der kurzzeitigen Abwesenheit der Eltern auf die Klägerin aufzupassen als typische Gefälligkeitshandlung zu betrachten - die Beklagte ermöglichte resp. erleichterte der Mutter der Klägerin ohne diese kurzzeitig wegzufahren; die Beklagte verschaffte der Mutter der Klägerin somit eine Annehmlichkeit. Dies hat auch die Vorinstanz zutreffend erwogen, indem sie das Hüten von ___ als klassische Gefälligkeit bezeichnete (act. 58 S. 9-11). Den von der Klägerin im Berufungsverfahren dagegen erhobenen Vorbringen, es liege ein Auftragsverhältnis vor (act. 71 S. 14 ff.; act. 81 S. 10 ff.), kann aus den vorstehenden Gründen nicht gefolgt werden. Die Klägerin untermauert ihre Ansicht im Wesentlichen damit, ihre Mutter habe sie in die Obhut der Beklagten gegeben und diese habe sie gehütet, wodurch nach Art. 1 OR ein Vertrag, ein klassischer Auftrag im Sinne von Art. 394 OR zustande gekommen sei (act. 71 S. 14). Diese Betrachtungsweise greift zu kurz, da sie die Kriterien für eine Gefälligkeitshandlung ausser Acht lässt. Wohl trifft es zu, dass ein Auftrag nach Art. 394 OR begriffsnotwendig nicht entgeltlich sein muss, auch wenn heutzutage Dienstleistungen aller Art in der Regel nur entgeltlich verrichtet werden (BSK OR I-Weber Art. 394 N 16). Auch bei einem Gefälligkeitsverhältnis besteht zwischen dem Gefälligen und dem Gefälligkeitsnehmer Konsens über die zu erbringende Leistung. Allerdings will sich der Gefällige rechtlich nicht binden. Die hier vorliegende Situation entspricht einer klassischen Gefälligkeitshandlung - die Mutter der Klägerin als Gefälligkeitsnehmerin beanspruchte zur eigenen Bequemlichkeit unentgeltlich eine ihr nützliche oder angenehme Unterstützung bzw. Hilfestellung durch die Beklagte.

3. Haftungsfolgen

3.1. Die Gefälligkeit begründet kein Vertragsverhältnis. Damit stellt sich die Frage nach den Haftungsfolgen bei einem Schadenseintritt.

Die Vorinstanz hat unter Hinweis auf die Überlegungen von Bettina Hürlimann-Kaup (op.cit.) und die von der Lehre und Rechtsprechung entwickelten Grundsätze über die Haftung in Verhältnissen, welche in den Bereich zwischen Vertrag und Delikt fallen, z.B. Vertragsverhandlungsverhältnis (culpa in contrahendo), erwogen, es seien im Gefälligkeitsverhältnis delikts- und

vertragsrechtliche Regeln im Hinblick auf eine möglichst sachgerechte Lösung fallweise zu kombinieren. Konkret wandte die Vorinstanz analog die Regeln über die vertragliche Haftung nach Art. 97 ff. OR an, d.h. sie ging davon aus, die Verschuldensvermutung liege bei der Beklagten, der allerdings die Exkulpationsmöglichkeit offenstehe (act. 58 S. 13). Dem entsprechend auferlegte die Vorinstanz nicht der Klägerin Beweis für ihre Behauptung, die Beklagte habe bei Ausübung der Aufsicht über sie eine Sorgfaltspflicht verletzt. Vielmehr auferlegte die Vorinstanz der Beklagten Beweis dafür, sie sei ihrer Sorgfaltspflicht nachgekommen, wobei die Beweissätze 2.3-6 direkt mit den Geschehnissen vom 2. April 2001 nichts zu tun haben, sondern sich auf den Umgang der Mutter der Klägerin mit ihr beziehen (Prot. VI S. 9).

Hiezu ist zu bemerken, dass selbst bei (quasi-) vertraglicher Haftung die Sorgfaltspflichtverletzung durch die Geschädigte darzutun und zu belegen wäre (vgl. vorne Erwägung VI.B).

3.2. Die Beklagte macht im Berufungsverfahren geltend, die Gefälligkeit begründe keine vertragsähnliche Haftung. Entgegen der Meinung der Vorinstanz lasse sich bei Haftpflichtfällen einzig zwischen einer Haftung aus Vertrag oder aus Delikt unterscheiden, ein Zwischenbereich sei vom Gesetzgeber nicht vorgesehen. Fehle ein Rechtsbindungswillen der Parteien, sei lediglich eine Haftung aus Art. 41 ff. OR zu prüfen. Die analoge Heranziehung der Haftung aus culpa in contrahendo scheitere am Umstand, dass diesfalls begriffsnotwendig die Führung von Vertragsverhandlungen vorausgesetzt werde, was einen Rechtsbindungswillen beinhalte. Da ein solcher beim Gefälligkeitsverhältnis fehle, bleibe für eine culpa in contrahendo kein Raum (act. 65 S. 17-20). Die Klägerin geht hingegen von einer vertraglichen Haftung der Beklagten aus, da sie das Hüten als Auftrag auffasst (act. 71 S. 14 ff.; act. 81 S. 10 ff.).

3.3.1. Das Bundesgericht hat im Entscheid 116 II 695 festgehalten, die Haftung bei Gefälligkeitsverhältnissen beurteile sich einzig nach den Bestimmungen über die unerlaubte Handlung. Ausdrücklich bezeichnet es Gefälligkeiten, welche weder in Ausübung eines Gewerbes noch gegen Entgelt erfolgen, als ausservertragliches Handeln (a.a.O. E. 4), und führt weiter aus, aus Art. 41 OR

werde schadenersatzpflichtig, wer aufgrund seines Fachwissens in Anspruch genommen werde, wunschgemäss Auskünfte erteile oder Gefälligkeitsleistungen erbringe und dabei wider besseres Wissens oder leichtfertig unrichtige Angaben mache oder wesentliche Tatsachen verschweige, die ihm bekannt seien und von denen er sich sagen müsse, dass ihre Kenntnis den in Frage stehenden Entschluss beeinflussen könnten. In einem solchen Fall übernehme der Gefällige eine Garantenstellung, die eine ausservertragliche Sorgfaltspflicht und bei deren schuldhafter Verletzung eine Schadenersatzpflicht begründe. Diesem Entscheid zugrunde lag eine einem Bauherrn erwiesene Gefälligkeit im Zusammenhang mit dem Einbau einer neuen Heizungsanlage, die später ihren Dienst versagte, worauf der Bauherr vom Gefälligen letztlich erfolglos Schadenersatz verlangte. In seinem Entscheid BGE 61 II 95 hatte das Bundesgericht unter Hinweis auf die Entscheidung BGE 48 II 487 E. 3 ausgeführt, bei einem unentgeltlichen Auftrag sei die Bestimmung von Art. 422 Abs. 1 OR anwendbar, da niemandem die Erfüllung einer Pflicht, die er altruistisch und nicht eigenen Vorteils wegen übernommen habe, nachteilig sein soll. Auf diese beiden Entscheidungen Bezug nehmend hielt das Bundesgericht im Entscheid 129 III 181 fest, dass dieses Prinzip aus Gründen rechtlicher Gleichbehandlung auch bei der Beurteilung von Gefälligkeitshandlungen ohne Rechtsbindungswillen gelten sollte. Weiter führte das Bundesgericht aus, dass Art. 422 Abs. 1 OR auch das Element einer Risikohaftung beinhalte, welche sowohl auf dem vertraglich wie ausservertraglich gültigen Prinzip beruhe, dass das Risiko schadensgeneigter, gefährlicher Tätigkeit von jenem zu tragen sei, in dessen Nutzen und Interesse sie ausgeführt werde. Insoweit rechtfertige sich auch die analoge Anwendung von Art. 422 Abs. 1 OR auf Gefälligkeitshandlungen ohne Rechtsbindungswillen. Die Haftung greife allerdings nur dann, wenn sich das der gefährlichen Tätigkeit immanente Risiko verwirkliche: Zu verneinen sei dagegen eine Haftung, falls sich nicht das besondere Tätigkeitsrisiko, sondern das allgemeine Lebensrisiko verwirklicht habe. In diesem vom Bundesgericht zu beurteilenden Fall war eine Person zu Schaden gekommen, die einer anderen bei der Umplatzierung eines Rundholzes behilflich gewesen war, d.h. geschädigt war der Gefällige und zu klären war die Haftung des Gefälligkeitsnehmers. Hier liegt die umgekehrte Situation vor:

geschädigte Person ist die Klägerin als indirekte Nutzniesserin der ihrer Mutter erwiesenen Gefälligkeit durch die Beklagte. Die hier zu beurteilende Situation ist demnach vergleichbar mit dem im BGE 116 II 695 beschriebenen Sachverhalt.

Das Bundesgericht hat in seiner bisherigen Praxis demnach unterschieden, ob bei einer Gefälligkeitshandlung ein Schaden auf Seiten des Gefälligen oder des Gefälligkeitsnehmers eingetreten ist. Im ersten Fall hielt das Bundesgericht die Haftungsregeln von Art. 422 Abs. 1 OR analog für anwendbar, im letzten Fall diejenigen aus unerlaubter Handlung nach Art. 41 OR. Diese Differenzierung lässt sich damit begründen und auch sachlich rechtfertigen, dass der Gefällige, der ohne eigenes Interesse und zu Nutzen eines andern tätig wird, bei einem erlittenen Schaden nicht den Nachteil der ausservertraglichen Haftpflicht tragen soll, dass hingegen der Gefälligkeitsnehmer, zu dessen Vorteil der Gefällige tätig geworden ist, diesen nur aus unerlaubter Handlung belangen können soll. Damit wird der unterschiedlichen Interessenlage der Beteiligten bei einer Gefälligkeitshandlung Rechnung getragen.

3.3.2. Hürlimann-Kaup hält die im BGE 116 II 695 postulierte ausservertragliche Haftung durch spätere Bundesgerichtsentscheide für überholt, da in späteren Entscheiden (BGE 120 II 331 und 121 III 350) die Haftung aus falscher Äusserung der Vertrauenshaftung und damit einer Haftung eigener Art unterstellt worden sei. Sie hält dafür, dass aufgrund dieser neuen Rechtsprechung die Haftung aus Gefälligkeitsverhältnissen nicht mehr ausschliesslich nach Deliktsrecht zu beurteilen sei (Hürlimann-Kaup, op.cit. S. 187 N 390). Sie vertritt die singuläre Auffassung, dass die Haftungsmodalitäten grundsätzlich den Regeln des Vertragsrechtes folgen müssten. Ihrer Ansicht nach bestimmen sich die Schutzpflichten aus einem Gefälligkeitsverhältnis analog den im Vertragsverhältnis geschuldeten Schutzpflichten, so dass dementsprechend eine Verletzung dieser Pflichten vertragsanalog zu behandeln sei, wohingegen eine Beurteilung nur nach den deliktsrechtlichen Regeln systemwidrig wäre (ebenda N 391). Die Beweislast für das Bestehen einer Gefälligkeit, den Schaden, die Schutzpflichtverletzung und den Kausalzusammenhang weist sie dem Gefälligkeitsnehmer zu, während dem Gefälligen analog Art. 97 Abs. 1 OR der

Nachweis obliege, dass ihn kein grobes Verschulden treffe (N 392). Hürlimann-Kaup nimmt demnach eine Verbindung deliktsrechtlicher und vertragsrechtlicher Haftungsmodalitäten vor. Die von Hürlimann-Kaup herangezogenen beiden höchstrichterlichen Entscheide beziehen sich auf die Frage nach der Haftung aus geschaffenen Vertrauen, das später in treuwidriger Weise enttäuscht worden ist. Diesbezüglich hat das Bundesgericht im Entscheid 120 II 331 E. 5a ausgeführt, die Haftung aus Konzernvertrauen berühre sich mit der Haftung aus falschem Rat und mangelhafter Auskunft, die in der neueren Lehre, soweit nicht das Vorliegen eines Beratungsvertrages eine vertragsrechtliche Anknüpfung erlaube, überwiegend ebenfalls als Anwendungsfall der Vertrauenshaftung aufgefasst werde. Dem konkret zu beurteilenden Fall lag jedoch keine mit dem vorliegenden Sachverhalt vergleichbare Gefälligkeitshandlung zu Grunde; vielmehr stand die Frage im Raum, ob eine Muttergesellschaft für Verbindlichkeiten ihrer Tochtergesellschaft einzustehen hatte, die in Werbematerial ihre Einbindung in den Mutterkonzern herausgestrichen hatte. In diesem Fall waren auf beiden Seiten wirtschaftliche Interessen im Spiel; die Parteien schlossen einen Vertrag, wobei die eine Partei der anderen eine erhebliche Summe leistete, die sie später nicht zurückerstattet erhielt, obschon der Vertrag nicht erfüllt wurde. Diese Situation lässt sich mit einer alltäglichen Gefälligkeit zwischen Privatpersonen nicht vergleichen. Zudem ist nicht ersichtlich, inwiefern bei Gefälligkeitshandlungen im Alltag eine Vertrauenshaftung Platz greifen könnte, da sich das Vertrauen auf das korrekte Benehmen im Vorvertragsstadium bezieht und nicht auf die richtige Erfüllung der Gefälligkeitsleistung. Im Übrigen ergibt sich aus den Überlegungen von Hürlimann-Kaup nicht, inwieweit in einem konkreten Fall vertragsrechtliche und deliktsrechtliche Faktoren nebeneinander bzw. miteinander bestehen können. Sie vertritt denn auch explizit die Auffassung, dass auf Gefälligkeitsverhältnisse die Regeln des Vertragsrechtes anzuwenden seien. Inwiefern die Unterstellung unter das Deliktsrecht systemwidrig sein sollte, führt sie nicht weiter aus (op.cit. S. 187 N 391) und ist auch nicht ersichtlich. Vielmehr ist die generelle Anwendung vertragsrechtlicher Haftungsnormen als systemwidrig anzusehen, da das Gefälligkeitsverhältnis gerade kein Vertragsverhältnis darstellt

(vgl. auch Gauch/Schluep/Schmid, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil I, 9.A. Zürich 2008, Rz. 353a ff mit zusätzlichen Verweisen).

3.3.3. Liegt kein Vertragsverhältnis vor, kommen die Regeln über die Vertragshaftung nicht zur Anwendung. Bei einer Schädigung auf Seiten des Gefälligkeitsnehmers sind daher prinzipiell die Regeln über die Deliktshaftung anwendbar (Kramer, a.a.O. N 69). Dies bedeutet, dass der Geschädigte, hier die Klägerin zu beweisen hat, dass die Beklagte sie unzureichend, d.h. zu wenig engmaschig beaufsichtigt und sie wegen der mangelhaften Beaufsichtigung den Unfall erlitten resp. die Beklagte ihre Sorgfaltspflicht bei der Beaufsichtigung schuldhaft verletzt hat. Beim Massstab der Sorgfalt ist zu beachten, dass auch bei einer (quasi-) vertraglichen Haftung die Pflichten der hütenden Person nicht weiter gehen können als die der Eltern.

3.4. Die Vorinstanz ist dagegen von einer vertragsähnlichen Haftung der Beklagten ausgegangen. Dem entsprechend ging sie davon aus, es obliege der Beklagten zu beweisen, dass sie ihre Hüteaufgabe korrekt erfüllt und sich keine Sorgfaltspflichtverletzung zu schulden kommen lassen habe (vgl. 3.1.).

Richtigerweise hätte der Klägerin für ihre Behauptung, die Beklagte habe sie ungenügend beaufsichtigt und damit pflichtwidrig unsorgfältig gehandelt, wobei diese Sorgfaltspflichtverletzung adäquat ursächlich für den von ihr erlittenen Unfall gewesen sei, Beweis auferlegt werden müssen. Der Beklagten stünde hierfür dagegen der Gegenbeweis offen. Da - wie nachfolgend zu zeigen ist - beide Parteien zum strittigen Sachverhalt Beweismittel genannt haben, welche auch abgenommen worden sind, schadet die unrichtige Beweislastverteilung vorerst nicht. Bei der Würdigung des Beweisergebnisses wird hingegen die Beweislast zu berücksichtigen sein, da derjenige, der die Beweislast trägt, auch die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen hat.

4. Sorgfaltspflichtverletzung

4.1. Die Klägerin hat vor Vorinstanz vorgetragen, die Beklagte habe eine klare Sorgfaltspflichtverletzung begangen, weil sie, nachdem sie aus der Waschküche getreten sei und die Kinder weder gesehen noch gehört habe, unterlassen habe

nach diesen zu schauen bzw. diese zu suchen (act. 1 S. 17-19, act. 15 S. 18). Die Vorinstanz hat - ihrem Konzept der vertraglichen Haftung folgend - der Beklagten dafür den Hauptbeweis auferlegt, dass sie die Kinder (die Klägerin ___; ihren Sohn ___ und den Nachbarsknaben ___) beim Verlassen der Waschküche noch einmal gesehen hat (Prot. VI S. 9). Die Beklagte hat hierzu verschiedene Urkunden bzw. Passagen aus solchen und ihre eigene Parteibefragung als Beweismittel genannt (act. 30 S. 2), die Klägerin als Gegenbeweismittel mehrere Passagen aus Urkunden, die sich mit den von der Beklagten angerufenen Urkunden resp. den betreffenden Passagen nicht decken (act. 29 S. 6-9). In Würdigung der abgenommenen Beweismittel führte die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid aus, es sei erstellt, dass die Beklagte, nachdem sie in der Waschküche Wäsche aus der Waschmaschine genommen, in den Tumbler gelegt und die Waschmaschine mit einer weiteren Ladung Wäsche gefüllt hatte, beim Verlassen der Waschküche die Kinder zwar nicht mehr sah, aber noch hörte und zwar aus Richtung des Schopfes (act. 58 S. 28). Die Beklagte vermochte nach dem angefochtenen Entscheid somit den ihr an sich fälschlicherweise auferlegten Hauptbeweis zu erbringen, währenddem der Klägerin der ihr ebenso unrichtigerweise auferlegte Gegenbeweis misslang. Dies bedeutet im Klartext, dass die Klägerin die von ihr als massgeblich bezeichnete Unterlassung durch die Beklagte, nach Ansicht der Vorinstanz nicht zu beweisen vermochte.

4.2. In der Berufungsantwort macht die Klägerin geltend, diese Würdigung der Vorinstanz sei unzutreffend. Aus den Einvernahmeprotokollen der Beklagten bei der Kantonspolizei Zürich vom 12. April 2001, bei der Bezirksanwaltschaft Zürich vom 10. September 2002 und vor Bezirksgericht Bülach ergebe sich einheitlich und widerspruchsfrei, dass die Beklagte die Kinder beim Verlassen der Waschküche weder gesehen noch gehört habe. Erst bei den nachfolgenden Befragungen habe die Beklagte immer wieder eine neue Version ins Spiel gebracht (act. 71

S. 6 f.; act. 81 S. 3). Die Beklagte hält dagegen an ihrer Darstellung fest und erachtet die Würdigung der Vorinstanz für zutreffend (act. 65 S. 33, S. 36, S. 38/39, S. 40; act. 76 S. 7).

4.3. Die Klägerin berief sich zum Beweisthema, dass die Beklagte die Kinder, ____, ____ und ____ beim Verlassen der Waschküche noch einmal gesehen hat, auf folgende (Gegen)-Beweismittel: Einvernahmen und Protokolle, act. 16/2 S. 19, act. 16/3 S. 4, 6 f., act. 16/4 S. 15 und 17, act. 16/5 S. 9 und act. 16/6 S. 7). Dabei handelt es sich um die Aussagen der Beklagten bei der Polizei, der Untersuchungsbehörde und vor Bezirksgericht Bülach sowie um Erwägungen im erst- und zweitinstanzlichen Strafurteil. Die Beklage ihrerseits nannte als Beweismittel lediglich Passagen aus ihrer Befragung vor der Bezirksanwaltschaft (act. 16/3 S. 7) und anlässlich der Hauptverhandlung vor Obergericht (Protokoll S. 9) sowie ihre eigene Parteibefragung (act. 29 S. 6-9; act. 30 S. 2). Die Vorinstanz hat die offerierten Beweismittel abgenommen (vgl. Prot. VI S. 12).

Als Beweismittel genannt werden somit von beiden Parteien Aussagen der Beklagten, die sie im Verlaufe des gegen sie geführten Strafverfahrens und im Rahmen des pendenten Zivilprozesses getätigt hat. Andere Beweismittel, insbesondere Zeugenaussagen von Dritten, welche in keiner Art ins damalige Geschehen involviert waren, liegen nicht vor bzw. wurden nicht genannt. In dem Sinne liegen einzig Parteiaussagen vor, wobei die Beklagte als Angeschuldigte im Strafverfahren grundsätzlich nicht zu wahrheitsgemässer Aussage verpflichtet war (Schmid, Strafprozessrecht, 4. Auflage, N 614). Ihre Aussagen in der persönlichen Befragung vor Vorinstanz (Prot. VI S. 28-36) bilden sodann keinen Beweis, soweit sie zu ihren Gunsten lauten (§ 149 Abs. 3 ZPO). Ferner hat sie als Direktbeteiligte sowohl im Straf- als auch im Zivilverfahren eigene Interessen, was bei der Würdigung ihrer Aussagen zu berücksichtigen ist.

4.4.1. Die von der Klägerin in ihrer Beweisantretungsschrift bezeichnete Passage (act. 29 S. 6) in der polizeilichen Befragung der Beklagten als Auskunftsperson in act. 16/2 S. 19 befindet sich nicht am angeführten Ort, hingegen im selben Dokument auf S. 10. Die von ihr zitierte Passage stellt den Schluss längerer Ausführungen der Beklagten zum Verlauf des fraglichen Vormittages dar, den diese nur in groben Zügen schilderte. Nicht konkret zu Sprache kam die im Beweissatz aufgeworfene Frage, ob die Beklagte die drei Kinder noch einmal sah, als sie selber die Waschküche verliess. Hingegen beendete sie ihre Schilderung

mit dem Satz "Von da an kann ich nur noch sagen, was mir nachher erzählt wurde." Allerdings schilderte sie im Fortgang der Befragung weitere Begebenheiten, über den betreffenden Vormittag, so z.B. dass sie die Kinder vom ___ weggeschickt habe (a.a.O. S. 11). Insofern ist die Bemerkung der Beklagten, sie wisse über das Folgegeschehen nur aus Dritthand, nicht stimmig. Umgekehrt kann aus ihrer kurzen und nicht detailliert ausgefallenen Darstellung des Vorgefallenen nichts zur aufgeworfenen Frage abgeleitet werden.

4.4.2. In der zweiten von der Klägerin angeführten Befragung der Beklagten nunmehr als Angeschuldigte vor der Bezirksanwaltschaft V für den Kanton Zürich vom 10. September 2002, die rund 17 Monate nach dem Unfall stattfand, wurden dieser auf der bezeichneten Seite 4 zunächst die von der Klägerin als relevant erachteten Fragen (act. 29 S. 6/7 oben) vorgelegt, welche die Beklagte bejahte. Die Antworten beinhalteten allerdings lediglich die Bestätigung, bei der seinerzeitigen polizeilichen Befragung die Wahrheit gesagt, das Protokoll unterschrieben und vorgängig durchgelesen zu haben. Eine inhaltliche Schilderung des Vorgefallenen resp. des Ablaufes am fraglichen Vormittag, namentlich der Vorgänge vor dem Unfall, ist in diesem Abschnitt der Befragung nicht enthalten. Hieraus lässt sich somit für die beweisrelevante Fragestellung nichts entnehmen. Der weitere Verlauf der Einvernahme ist über weite Strecken dadurch gekennzeichnet, dass der Beklagten ihre Aussagen bei der Polizei vorgehalten und sie nach deren Richtigkeit gefragt wurde. Teilweise wurde die Beklagte aufgefordert, Umstände, Vorgänge näher zu beschreiben. So gab sie eine nähere Beschreibung ihres ___ ab wie sie auch schilderte, dass die Kinder am Zaun hochgeklettert waren und dort fischten und ihr Sohn glaublich das Netz in der Hand hielt (a.a.O. S. 5 unten). An der von der Klägerin als beweisrelevant bezeichneten Protokollstelle auf S. 6 führte die Beklagte aus, die Kinder seien vom ___ weggelaufen und dann am Nachbarszaun bei ___ herumgestrichen. Richtig sei, dass sie dann in die Waschküche gegangen sei und danach einen Telefonanruf bekommen habe (a.a.O. S. 6). Die Frage, ob sie die Kinder noch gesehen habe, nachdem sie sie vom ___ weggeschickt habe, bejahte die Beklagte und gab an, diese seien danach am "velölen" gewesen (ebenda). Zutreffend ist weiter, dass die Beklagte etwas später erklärte, sie sei vor diesem

Telefonanruf in die Waschküche gegangen. Auf die Frage, was sie danach gemacht habe, als sie die Kinder am Velofahren gesehen habe, gab sie an, sie sei in der Küche sowie in der Waschküche gewesen. Dies sei aber gewesen, noch bevor sie die Kinder zuletzt gesehen habe (S. 7). Diese Äusserung lässt sich entgegen der Auffassung der Klägerin in ihrer Stellungnahme zum Beweisergebnis (act. 49 S. 9 unten) durchaus so verstehen, dass die Beklagte in der Küche und in der Waschküche war und danach die Kinder letztmals gesehen hat.

4.4.3. Anlässlich der Hauptverhandlung vor Bezirksgericht Bülach wegen fahrlässiger schwerer Körperverletzung am 5. Februar 2003 gab die Beklagte auf die Frage, ob sie die Kinder gesehen habe, als sie vom Waschküchen ins Haus lief, an, nein, nicht bewusst (act. 16/4 S. 15) und wiederholte auf die nachmalige Frage, ob sie die Kinder gesehen habe, als sie aus der Waschküche kam, nein, sie sei direkt ins Haus gegangen (ebenda S. 17). Dies wird im Strafurteil des Bezirksgerichts Bülach vom 5. Februar 2003 auch erwähnt (act. 16/5 S. 9). Eine selbständige Bedeutung kommt dieser gerichtlichen Erwägung aber keine zu, da sie lediglich eine Äusserung der Beklagten wiedergibt. Gleiches gilt auch für die von der Klägerin als Beweismittel angeführte Erwägung (act. 29 S. 8/9) im obergerichtlichen Strafurteil vom 6. Juli 2004, in welchem an der von der Klägerin als massgebend bezeichneten Stelle erwogen wird, die heutigen Ausführungen der Beklagten, wonach sie die Kinder, als sie aus der Waschküche gekommen sei, nochmals gesehen habe (Prot. II S. 9), müssten als Schutzbehauptungen bezeichnet werden (act. 16/6 S. 7). Mit dieser Feststellung nimmt das Obergericht lediglich Bezug auf gemachte Äusserungen der Beklagten. Die Klägerin hat aber die diesbezüglichen Angaben der Beklagten selber anlässlich deren Befragung vor Obergericht nicht als Beweismittel bezeichnet.

4.4.4. Anhand der von der Klägerin angebotenen und abgenommenen Beweise kann festgehalten werden, dass bei zwei von drei Befragungen der Beklagten die Frage, ob sie die Kinder nach dem Verlassen des Waschhauses nochmals gesehen oder gehört hat, zur Sprache kam. Während sie bei der untersuchungsrichterlichen Einvernahme diese Frage bejahte (act. 16/3 S. 7),

verneinte sie die gleiche Frage bei der Verhandlung vor Bezirksgericht Bülach (act. 16/4 S. 15 und 17). Eine Klärung der divergierenden Aussagen ist nicht erfolgt. Bei der Befragung vor Bezirksanwaltschaft wurde die Beklagte nie konkret gefragt, wann sie die Kinder letztmals gesehen hatte. Ihre diesbezügliche Äusserung erfolgte im Zusammenhang mit dem erfragten zeitlichen Aspekt, wie lange vor dem Auftauchen von Frau ____ sie die Kinder noch gesehen hatte (vgl. act. 16/3 S. 7). Anhand ihrer Darstellung war sie in der Küche und Waschküche und sah sie diese dann zum letzten Mal (act. 16/3 S. 7). Vor Bezirksgericht Bülach wurde die Beklagte dagegen konkret gefragt, ob sie die Kinder sah, als sie vom Waschhäuschen ins Haus lief, was sie verneinte (act. 16/4 S. 15 und 17). Die Befragung vor Bezirksanwaltschaft erfolgte rund 17 Monate nach dem Unfall, die Hauptverhandlung vor Bezirksgericht rund 22 Monate danach. Der Zeitablauf bis zu beiden Einvernahmen ist beträchtlich, so dass als Folge abnehmenden Erinnerungsvermögens und möglichen Vermischens eigener und fremder Wahrnehmungen weder die eine noch die andere Darstellung mehr Plausibilität für sich beanspruchen kann. Aus dem jeweiligen Kontext der Befragung heraus erscheint sodann weder die eine noch die andere Darstellung als mehr oder weniger überzeugend. Beides Mal machte die Beklagte keine Einschränkung bezüglich ihres Erinnerungsvermögens. Vor Bezirksgericht liess sie bei der ersten Antwort offen, ob sie die Kinder unbewusst gesehen hatte. Die Beklagte ergänzte bei beiden Einvernahmen ihre Aussagen durch weitere Angaben bzw. beschränkte sich nicht auf eine blosser Bejahung oder Verneinung der gestellten Frage. Insoweit erscheinen in beiden Fällen die Äusserungen authentisch zu sein.

Bei diesen Umständen lässt sich die beweisrelevante Frage, ob die Beklagte nach dem Verlassen des Waschhäuschens die Kinder gesehen (oder zumindest gehört) hat, weder bejahen noch verneinen. Damit gelingt der Klägerin der Beweis nicht. Der Vollständigkeit halber sind nachfolgend die von der Beklagten angebotenen und abgenommenen (Gegen)-Beweismittel zu prüfen, auch wenn der Gegenbeweis nur bedeutungsvoll ist, wenn der Hauptbeweis nicht - wie hier - scheitert.

4.5. Die Beklagte bot wie erwähnt als Beweismittel nebst ihrer Parteibefragung einerseits S. 7 des Einvernahmeprotokolls vor der Bezirksanwaltschaft V vom 10. September 2002 und S. 9 des Protokolls der Hauptverhandlung vor dem Obergericht des Kantons Zürich, II. Strafkammer, vom 6. Juli 2004 an (act. 30 S. 2). Diese Beweismittel nahm die Vorinstanz ebenfalls ab (Prot. VI S. 12).

4.5.1. Was die Einvernahme vor Bezirksanwaltschaft angeht, so handelt es sich um dieselbe Passage wie von der Klägerin als Beweismittel bezeichnet. An der konkret genannten Stelle führte die Beklagte wie bereits oben unter Ziffer 4.4.2. erwähnt aus, sie sei in der Küche sowie in der Waschküche gewesen; dies sei gewesen, noch bevor sie die Kinder zuletzt gesehen habe (act. 16/3 S. 7). Anlässlich der Berufungsverhandlung vor der II. Strafkammer vom 6. Juli 2004 wurde die Beklagte gefragt, wann bzw. zu welchem Zeitpunkt sie die Kinder aus den Augen verloren habe. Hierauf antwortete sie, sie sei nach dem Verbot (des Fischens im ___) in die Waschküche gegangen. Da seien sie noch da gewesen. Als sie dann ins Haus hineingegangen sei mit den Kleidern, habe sie sie nur noch gehört. Auf die weitere Frage, wann sie noch da gewesen seien, gab sie an, als sie die Wäsche aus der Maschine genommen hatte und ins Haus tragen wollte. Sie hätten sich zwischen ihrem Haus und dem der Familie ___ aufgehalten. Die weitere Frage, ob sie die Kinder noch gesehen habe, als sie von der Waschküche ins Haus ging, bejahte sie und führte aus, diese seien gerade vorbei gezottelt. Zur Frage, in welchem Zeitpunkt sie die Kinder nur noch akustisch wahrgenommen habe, meinte sie, noch während dem Hineingehen und dann ... das könne sie nicht mehr sagen (act. act. 56/81 S. 9). Bei ihrer persönlichen Befragung vor Vorinstanz beantwortete die Beklagte die Frage, ob sie am 2. April 2001, als sie aus der Waschküche zurück ins Haus ging, die Kinder nochmals gesehen habe, mit den Worten "Ich würde sagen ja, aber ich kann dies nicht mehr mit Sicherheit sagen. Es ist acht Jahre her. Ich stand bei jedem Gerichtsprozess unter Medikamenten. Ich kann dies für mich selber nicht mehr rekonstruieren" (Prot. VI S. 28). Im weiteren Verlauf der persönlichen Befragung erklärte die Beklagte, sie sei nicht nochmals in die Waschküche gegangen, nachdem sie die Kinder das letzte Mal gesehen habe, um auf die Frage, ob sie die Kinder gesehen habe, als

sie aus der Waschküche herausgekommen sei, zunächst zu schweigen und schliesslich zu antworten, sie könne dies nicht mehr sagen (Prot. VI S. 31).

4.5.2. Festzuhalten ist, dass die Beklagte im Rahmen des Strafverfahrens anlässlich der Berufungsverhandlung vor Obergericht zu diesem Themenkreis am eingehendsten befragt und ihre Aussagen zur hier beweisrelevanten Frage am ausführlichsten ausgefallen sind. Dies ist vor dem Hintergrund des doch beträchtlichen Zeitablaufes seit dem Unfall von 3 ¼ Jahren auffallend und weckt Zweifel an der Zuverlässigkeit der getätigten Angaben. Allerdings ist auch festzuhalten, dass diese Thematik vorgängig nicht zentral war. So fehlt in der Anklageschrift vom 30. September 2002 das Element, wann bzw. in welchem Zusammenhang die Beklagte die Kinder letztmals gesehen hat; stattdessen richtet sich das Augenmerk der Anklage auf den zeitlichen Aspekt, d.h. auf die Frage, wie lange sie die Kinder nicht im Blickfeld gehabt hatte (act. 16/5 Anhang). Dementsprechend fielen die Befragungen sowohl bei der Bezirksanwaltschaft (act. 16/3 S. 7) als auch vor Bezirksgericht (act. 16/4 S. 15 und 17) zu diesem Punkt weniger konkret resp. offen aus. Immerhin wies die Beklagte wie gezeigt bereits bei der Bezirksanwaltschaft darauf hin, die Kinder nochmals gesehen zu haben, nachdem sie in der Küche und in der Waschküche gewesen war (act. 16/3 S. 7). Insoweit hat die Beklagte diese Darstellung nicht erstmals vor der II. Strafkammer aufgebracht.

Vollends ins Zentrum rückte dieser Themenkreis im Zusammenhang mit dem Beweisverfahren des hängigen Zivilprozesses, da die Frage, wann die Beklagte die Kinder letztmals sah, Hauptthema für die Beurteilung wurde, ob - wie von der Klägerin behauptet - eine Sorgfaltspflichtverletzung durch unterlassenes Suchen zu bejahen oder zu verneinen ist. Diese Befragung fand knapp 8 Jahre nach dem Unfall statt. Angesichts dieser langen Zeitspanne ist anzunehmen, dass einerseits eigene Erinnerungen verblasst und Äusserungen von Dritten zu den eigenen Eindrücken hinzugetreten sind, so dass kaum mehr eine unverfälschte Darstellung der Geschehnisse erwartet werden kann. Dies machte die Beklagte durchaus plausibel geltend, indem sie auf die Frage, was sie konkret an jenem Vormittag gemacht habe resp. ob sie nicht mehr genau wisse, was sie gemacht

habe, es sei doch ein Tag, welcher einem in Erinnerung bleibe, erklärte, ja, alles was danach passiert ist, daran habe sie Erinnerungen. Was vorher war, könne sie sich nichts zusammenreimen, nur weil es jemand hören wolle. Sie wisse noch das mit der Waschküche, dass sie die Kinder vom ___ weggeschickt habe. Weiter antwortete sie auf die Frage, ob sie die Kinder, als sie aus der Waschküche herausgekommen sei, dann direkt noch gesehen habe oder das Gefühl gehabt habe, sie höre die Kinder noch, sie habe diese nicht mehr gesehen, aber sie habe diese gehört, weil sie beim ___ herumgespielt haben (Prot. VI S. 33/34).

Die Aussagen der Beklagten bei der persönlichen Befragung sind inhaltlich nicht gänzlich deckungsgleich. In Würdigung ihrer Aussagen vor Vorinstanz bleibt letztlich unklar und offen, ob sie die Kinder beim Verlassen der Waschküche nochmals gesehen hat. Diesbezüglich hat sie von Anfang an eingeräumt, dies nicht mehr mit Sicherheit sagen zu können (Prot. VI S. 28). In Anbetracht der langen Zeitdauer seit dem Unfall und des Umstandes, dass die Vorgänge vor dem Unfall allenfalls mit Ausnahme des Verbotes an die Kinder, im ___ zu fischen, an sich alltäglich und nicht einprägsam waren, ist die Unsicherheit der Beklagten bei der Beantwortung dieser Frage ohne weiteres nachvollziehbar. Die nicht durchwegs übereinstimmenden Aussagen weisen zudem darauf hin, dass die Beklagte sich bemühte, aus ihrer Erinnerung oder dem, was sie dafür hielt, zu berichten und nicht etwa eine für ihren Standpunkt passende Darstellung zu schildern. Diesfalls wären einheitlichere und gleichförmigere Aussagen zu erwarten.

4.5.3. Trotz nicht durchwegs übereinstimmender Aussagen hat die Beklagte bereits bei der Bezirksanwaltschaft erklärt, die Kinder nochmals gesehen zu haben, als sie die Waschküche verliess. Von dieser an sich klaren Äusserung ist sie im Verlaufe der Zeit abgerückt, ohne jedoch ihre anfängliche Darstellung zu dementieren, hat sie aber wiederum bestätigt und gleichzeitig Unsicherheiten eingeräumt. Eine eindeutige Stellungnahme bzw. Schilderung liegt somit nicht vor. Insofern fällt die Würdigung der von der Beklagten bezeichneten Beweismittel mit derjenigen der Klägerin gleich aus, d.h. es lässt sich nicht zweifelsfrei bejahen

oder verneinen, ob die Beklagte die Kinder nochmals sah oder hörte, als sie die Waschküche verliess.

4.6. Zusammenfassend ist als Fazit festzuhalten, dass die Klägerin den Hauptbeweis für ihre Behauptung, die Beklagte habe die Kinder, als sie aus dem Waschküchlein getreten sei, weder gesehen noch gehört, nicht erbringen konnte. Die Beklagte hat ihren Gegenbeweis in dem Sinn erbracht, dass sie die Elemente des klägerischen Hauptbeweises zumindest zu erschüttern vermochte, weil es ernsthafte Anhaltspunkte dafür gibt, dass sie die Kinder beim Verlassen des Waschküchleins nochmals gesehen (oder zumindest gehört) hat. Hierauf kommt es aber nicht mehr an, da die Klägerin als hauptbeweispflichtige Partei die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen hat (BSK ZGB I-Schmid, Art. 8 N 3, N 34 ff). Ist aber nicht erstellt, dass die Beklagte die Kinder nach dem Verlassen des Waschküchleins nicht gesehen (oder gehört) hat, gereicht es ihr nicht zum Vorwurf, dass sie zu diesem Zeitpunkt unterlassen hat, nach diesen zu suchen oder Ausschau zu halten. Damit ist eine Sorgfaltspflichtverletzung der Beklagten nicht dargetan. Dementsprechend fehlt es an einer notwendigen Haftungsvoraussetzung.

4.7. Die weiteren von der Vorinstanz zum Beweis verstellten Themen, namentlich die der Beklagten auferlegten Beweise gemäss Ziffer 2.3.-6 sind für die Frage, ob die Beklagte, wie ihr von der Klägerin vorgeworfen, am Unfalltag fehlerhaft gehandelt hat, unmassgeblich. Auf das Ergebnis dieser abgenommenen Beweise kommt es daher nicht an.

5. Bei diesen Umständen erübrigt sich die Prüfung der weiteren Haftungsvoraussetzungen der ausservertraglichen Haftung. Ungeprüft bleiben können ebenfalls die sich aus dem Tod der Klägerin ergebenden Folgen für den von ihr eingeklagten Anspruch. Die von ihr geltend gemachten Aufwendungen für Ausflüge und Ferien sowie weitere Erleichterungen im täglichen Leben, wodurch die Klägerin Freude, Wohlbehagen und Lebensqualität erfahren konnte (act. 102 S. 2 f.), können daher nicht berücksichtigt werden. Schliesslich ist auch nicht auf das Vorbringen der Beklagten einzugehen, wonach die reduzierte Lebensdauer

genugtuungsmindernd zu veranschlagen wäre (act. 104 S. 3). Als Fazit ist die
Klage abzuweisen.

Obergericht, II. Zivilkammer
Urteil vom 17. März 2011
Geschäfts-Nr. LB090097

Anmerkung: bestätigt mit *BGer 4A_275/2011 vom 20. Oktober 2011