

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB150063-O/U

damit vereinigt Geschäfts-Nr.: LB150064-O

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende,
Oberrichterin Dr. M. Schaffitz und Oberrichterin Dr. D. Scherrer
sowie Gerichtsschreiber lic. iur. L. Casciaro

Urteil vom 2. Mai 2016

in Sachen

1. **A.**_____,
2. **B.**_____,
3. **C.**_____,

Kläger und Berufungskläger

2 vertreten durch die Inhaber der elterlichen Sorge A._____ und D._____

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X1._____

3 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X2._____

gegen

E._____,

Beklagter und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y._____

betreffend **Forderung**

Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Uster vom 17. September 2015 (CG130010-I)

Rechtsbegehren der Kläger 1 und 2:

(Urk. 2, S. 2)

- "1. Der Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger 1 eine Genugtuung von Fr. 75'000.– zu bezahlen, zuzüglich Zins von 5 % seit dem 1. März 2012.
2. Der Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger 2 eine Genugtuung von Fr. 10'000.– zu bezahlen, zuzüglich Zins von 5 % seit dem 1. März 2012.
3. Unter Kosten- (zzgl. Kosten des Verfahrens vor dem Friedensrichter von Fr. 420.–) und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWSt.) zu Lasten des Beklagten."

Rechtsbegehren des Klägers 3:

(Urk. 31/3, S. 2)

- "1. Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger eine Teilgenugtuung Fr. 30'001.– zu bezahlen, nebst Zins von 5% p.a. seit dem 1.3.2012, Mehrklage vorbehalten.
2. Es sei davon Vormerk zu nehmen, dass es sich vorliegend um eine Teilklage handelt.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten des Beklagten."

Urteil des Bezirksgerichtes Uster vom 17. September 2015:

1. Die Klagen werden abgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 11'220.– festgesetzt.
3. Die Entscheidgebühr wird dem Kläger 1 im Umfang von Fr. 7'317.–, dem Kläger 2 im Umfang von Fr. 976.– und dem Kläger 3 im Umfang von Fr. 2'927.– auferlegt.

Die Kostenanteile der Kläger werden mit den von den ihnen geleisteten Kostenvorschüssen verrechnet. Die Fehlbeträge werden von den Klägern nachgefordert.

4. Der Kläger 1 wird verpflichtet, dem Beklagten eine Parteientschädigung von Fr. 11'543.– zuzüglich 8 % MwSt. zu bezahlen.
5. Der Kläger 2 wird verpflichtet, dem Beklagten eine Parteientschädigung von Fr. 1'539.– zuzüglich 8 % MwSt. zu bezahlen.
6. Der Kläger 3 wird verpflichtet, dem Beklagten eine Parteientschädigung von Fr. 4'618.– zuzüglich 8 % MwSt. zu bezahlen.
7. (Mitteilung)
8. (Berufung)

Berufungsanträge:

der Berufungskläger 1 und 2 (Urk. 53):

- "1. Das Urteil des Bezirksgerichts Uster vom 17. September 2015 sei aufzuheben, und es sei festzustellen, dass der Teich des Beklagten mangelhaft im Sinne von Art. 58 OR ist, und es sei die Sache zur Prüfung der übrigen Anspruchsvoraussetzungen an das Bezirksgericht Uster zurückzuweisen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWSt.) zu Lasten des Beklagten."

des Berufungsklägers 3 (Urk. 64/53):

- "1. Es sei das Urteil des Bezirksgerichts Uster vom 17.9.2015 aufzuheben.
2. Es sei der Berufungsbeklagte zu verpflichten, dem Berufungskläger eine Teilgenugtuung von Fr. 30'001.- zu bezahlen, nebst Zins von 5% p.a. seit dem 1.3.2012, Mehrklage vorbehalten.
3. *Eventualiter* sei die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
4. Es sei davon Vormerk zu nehmen, dass es sich vorliegend um eine Teilklage handelt.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten des Berufungsbeklagten."

des Berufungsbeklagten (Urk. 62 bzw. Urk. 64/60):

- "1. Die Berufung sei abzuweisen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zuzüglich gesetzliche Mehrwertsteuer) zulasten der Kläger und Berufungskläger."

Erwägungen:

A

Prozessgeschichte

1. Am 1. März 2012 stürzte der damals 19 Monate alte Kläger 3 in den Gartenteich auf dem Grundstück des Beklagten und blieb dort mehrere Minuten mit dem Gesicht im Wasser liegen. Durch den Sauerstoffmangel erlitt er eine schwere Hirnschädigung.

Am 18. Dezember 2012 stellte die zuständige Staatsanwaltschaft das gegen den Beklagten wegen fahrlässiger schwerer Körperverletzung eingeleitete Strafverfahren ein. Diese Verfügung erwuchs am 18. Juli 2013 in Rechtskraft.

Am 27. Juni 2013 bzw. 6. Juli 2013 machten der Kläger 3 einerseits sowie sein Vater (Kläger 1) und sein Halbbruder (Kläger 2) andererseits mit den Klagebewilligungen vom 4. April 2013 je eine zivile Klage aus Werkeigentümerhaftung beim Bezirksgericht Uster hängig. Beide Klagen lauten auf Verpflichtung des Beklagten zur Leistung von Genugtuung an die Kläger. Nach Einholung der schriftlichen Klageantworten führte die Vorinstanz am 25. März 2014 eine Instruktionsverhandlung in Verbindung mit einem Augenschein am Unfallort durch. In Anschluss daran wurden die beiden Verfahren vereinigt und das weitere Verfahren auf die Frage der grundsätzlichen Haftung des Beklagten beschränkt. Das Verfahren wurde mit einem zweiten Schriftenwechsel fortgesetzt und nach zwei weiteren Stellungnahmen zu Noven am 11. Dezember 2014 abgeschlossen. Am 17. September 2015 erliess die Vorinstanz das Urteil, mit dem sie eine Haftung des Beklagten verneinte und die Klagen abwies.

2. Gegen das erstinstanzliche Urteil erhoben die Kläger 1 und 2 am 21. Oktober 2015 und der Kläger 3 am 22. Oktober 2015 je rechtzeitig mit schriftlicher Begründung Berufung (Urk. 53, Urk. 64/53). Die ihnen auferlegten Prozesskostenvorschüsse von Fr. 6'100.- bzw. Fr. 810.- bzw. Fr. 2'440.- für das jeweilige Berufungsverfahren wurden am 13. November 2015 bzw. 12. November 2015 rechtzeitig geleistet (Urk. 59 und 60 bzw. Urk. 64/58). Die Berufungsantworten des Beklagten ergingen für beide Berufungen am 11. Januar 2016 (Urk. 62, Urk. 64/60) und wurden mit Beschluss vom 9. März 2016 der jeweiligen Gegenpartei zugestellt. Ebenfalls am 9. März 2016 wurden die beiden Berufungsverfahren vereinigt, da sie dieselbe Prozessthematik betreffen (Urk. 66, Urk. 64/62).

B

Tatsächliche Grundlagen

1. Sachverhalt

Der Kläger 3 und Berufungskläger 3 (nachfolgend Kläger 3) wohnte im Unfallzeitpunkt bei seiner mütterlichen Familie an der F._____-Strasse 24 in G._____; der Beklagte und Berufungsbeklagte (nachfolgend Beklagter) ist Eigentümer der südlich daran angrenzenden Liegenschaft F._____-Strasse 28. Der Ostast der F._____-Strasse als Zugangsstrasse verläuft im Osten der beiden Liegenschaften. Der Beklagte liess auf der Südseite seines Hauses im Jahre 1998 einen ungefähr 4 Meter breiten, ca. 6,3 Meter langen und ca. 60 cm tiefen Gartenteich anlegen mit einer Umrandung aus unregelmässigen Natursteinen und niedrigem Pflanzenwuchs. Zur F._____-Strasse hin ist der Garten im Südosten durch eine senkrechte, ca. 80 cm hohe Granitsteinmauer mit hohem Pflanzenbewuchs abgeschlossen. Der von der Strasse her direkt zum Gartenbereich mit dem Teich führende Gartenweg ist durch ein massives - im Unfallzeitpunkt verschlossenes - Gartentor mit zusätzlicher Kindersicherung versperrt. Der Teich ist von der F._____-Strasse her nicht zu sehen. Von Aussen ist der Teich nur entlang der der Strasse abgewandten Westseite des Hauses erreichbar, wobei zuerst 6 Treppenstufen bis zur Haustür überwunden werden müssen, von welcher man den Teich noch nicht sieht. Von der Haustür führen dann einzelne Steinplatten weiter ent-

lang der Westseite des Hauses Richtung Südseite und von der südwestlichen Hausecke her südostwärts zum Teich.

Ca. Anfang Februar 2012 zog der Kläger 3 zusammen mit seiner Mutter zu den mütterlichen Grosseltern an die F.____-Strasse 24 in die dortige Einliegerwohnung. Die Mutter des Klägers 3, H.____, war bereits in diesem Haus aufgewachsen und kannte die Umgebung gut. Am späteren Nachmittag des 1. März 2012 war H.____ mit der Reinigung des Innenraums ihres Autos mit einem Staubsauger von der Fahrerseite her beschäftigt. Das Auto stand dabei auf dem nördlichen Teil des zur F.____-Strasse hin offenen Garagenvorplatzes. Der Kläger 3 befand sich während dieser Zeit ebenfalls auf der Fahrerseite des Autos und wischte mit einem kleinen Besen das Bord, welches der Strasse entlang zur Grenze mit der Liegenschaft des Beklagten führt. H.____ saugte zuerst den vorderen Innenraum des Autos beim Fahrer- und Mitfahrersitz und später den hinteren Innenraum beim Sitz hinter dem Fahrersitz. Zu diesem Zweck musste sie sich mindestens mit dem Kopf ins Autoinnere beugen, kehrte dabei dem Kläger 3 weitgehend den Rücken zu und hatte ihn daher nicht lückenlos im Blick. Während der Reinigungsarbeiten richtete sie sich insgesamt drei Mal in einem zeitlichen Intervall von geschätzten ca. 30 - 40 Sekunden bis zu einer Minute auf und schaute nach dem Kläger 3 und rief auch nach ihm. Bei der dritten Blickkontrolle war der Kläger 3 aus ihrem Blickfeld Richtung Strasse beim Bord verschwunden. H.____ suchte darauf den südlichen Teil der F.____-Strasse nach dem Kläger 3 ab, insbesondere die Borde und steilen Zugangstreppen der Liegenschaften Nr. 26 und 30, sowie bei den Häusern Nr. 32 und 34. Nachdem diese Suche und weitere Suchaktionen im erweiterten Umfeld erfolglos verlaufen waren, entschloss sie sich, bei den Nachbarhäusern zu läuten und nach dem Kläger 3 zu fragen, u.a. beim Beklagten in der angrenzenden Nachbarliegenschaft Nr. 28. Da dieser ferienabwesend war und niemand öffnete, ging H.____ noch um sein Haus herum und schaute noch in seinem Garten nach, wo sie den reglosen Kläger 3 bäuchlings im Gartenteich liegend fand.

Auf welchem Weg der Kläger 3 in den Garten des Beklagten und zum Teich gelangt ist, ist nicht gesichert. Im Vordergrund steht der Weg auf der F.____-Strasse südwärts bis zur Abzweigung des gepflästerten Zugangsweges Richtung

Haus Nr. 28. Von dort musste der Kläger 3 zum bzw. auf dem Zugangsweg zweimal rechts abbiegen und über vier flache Treppenstufen steigen, darauf nach links um die nordöstliche Hausecke biegen, der nördlichen Hauswand entlang zur nordwestlichen Hausecke gelangen, dort wieder nach links abbiegen und auf der Westseite des Hauses 6 normale Treppenstufen bis zur Haustür überwinden und von dort aus weiter der Westfassade entlang zur Südseite des Hauses gehen (von wo er den Teich erstmals sehen konnte) und dann weiter bis zum Teich selber (sog. Variante A). Denkbar ist auch, dass der Kläger 3 vom Garten der grosselterlichen Liegenschaft Nr. 24 her zur gemeinsamen Grundstücksgrenze gelangte, neben den Himbeerdrähten oder bei den zurückgeschnittenen Sträuchern auf der Grenze einen Durchschlupf fand und so in den Garten auf der Westseite der Liegenschaft F.____-Strasse 28 und später zum Teich gelangte. Dabei hätte er ein topografisch eher schwieriges Gelände bewältigen müssen (sog. Variante B). Und um vom Garagenvorplatz her überhaupt in den Garten der grosselterlichen Liegenschaft zu gelangen, hätte er auch zuerst noch eine relativ steile Stein-
treppe von der F.____-Strasse her mit 10 Stufen bewältigen, der nördlichen Hausfassade entlang gehen, die nordwestliche Hausecke umrunden und den ganzen grosselterlichen Garten durchlaufen müssen (vgl. Urk. 5/9).

2. Parteistandpunkte

2.1. Nach dem - zusammengefassten - Prozesstandpunkt der Kläger im erst- und zweitinstanzlichen Verfahren stellte der Teich des Beklagten im Unfallzeitpunkt ein mangelhaftes Werk dar, da er nicht genügend gesichert gewesen sei. Der Beklagte habe wissen müssen, dass der Kläger 3 im Nachbarhaus gewohnt habe; zumindest habe er gewusst, dass der Kläger 3 dort öfter zu Besuch gewesen sei. Da er auch gewusst habe, dass sich im Quartier weitere Kinder aufhielten, hätte der Beklagte damit rechnen müssen, dass ein Kleinkind auf sein Grundstück und bis zum Teich gelangen könne. Der Beklagte hätte daher alles Zumutbare unternehmen müssen, um die vom Teich ausgehende Gefahr für Kinder zu beseitigen. Er habe aber weder die von der Beratungsstelle für Unfallverhütung empfohlenen Sicherheitsmassnahmen umgesetzt noch den Teich eingezäunt noch die Mutter bzw. die Grosseltern des Klägers 3 über den Teich in

Kenntnis gesetzt. Damit sei der Beklagte seinen Verkehrssicherungspflichten nicht nachgekommen. Nicht relevant sei, dass der Kläger 3 für einen kurzen Moment unbeaufsichtigt gewesen sei. Die Überwachung durch die Mutter sei mangels unmittelbarer Gefahrenquellen ausreichend gewesen, eine lückenlose Überwachung ohnehin nicht möglich. Ein Werkmangel wäre sodann auch bei einer nicht angemessenen Beaufsichtigung zu bejahen.

2.2. Demgegenüber stellt sich der Beklagte - zusammengefasst - im erst- und zweitinstanzlichen Verfahren auf den Standpunkt, der Teich liege gut gesichert im hintersten Teil seines Grundstücks. Durch seine Lage hinter dem Haus mit einem langen und verwinkelten Zugang, durch die Umzäunung und den Bewuchs um das ganze Grundstück, durch den fest versperrten Gartenzugang von der Strasse her einschliesslich einer Kindersicherung sowie infolge der Nichtsichtbarkeit des Teichs von der Strasse und selbst noch von der Haustür her habe er vernünftigerweise nicht damit rechnen müssen, dass ein unbeaufsichtigtes Kleinkind, das Gefahren nicht erkennen könne, dort auftauche und durch den Teich gefährdet werde. Der Unfall habe sich daher nicht aus einer Gefahr ergeben, die vom Teich ausgegangen sei, sondern aus der fehlenden Überwachung durch Aufsichtspersonen des Klägers 3. Aufgrund der Umstände habe er darauf vertrauen dürfen, dass ein ordentlich beaufsichtigtes Kleinkind den Weg zu seinem Teich nicht finde und der Teich für dieses keine Gefahr darstelle.

3. Erstinstanzliches Urteil

Im Hinblick auf den geltend gemachten Werkmangel stellte die Vorinstanz vorab fest, dass der Zierteich trotz fehlender Abschränkung oder Umzäunung keinen Erstellungsmangel in dem Sinne aufgewiesen habe, dass er für den bestimmungsgemässen Gebrauch - die Ästhetik und das Halten von Fischen auf dem eigenen Privatgrund - keine ausreichende Sicherheit gewährleistet habe. Der Werkeigentümer müsse nicht allen erdenklichen Gefahren vorbeugen, sondern nur denjenigen, die bei einer normalen Verwendung des Werkes mit einem Mindestmass an Vorsicht beständen. Die von den Klägern angeführten bfu-Sicherheitsempfehlungen über die Ausgestaltung von Teichen stellten keine ge-

setzlichen Vorschriften dar. Die einschlägigen SIA-Normen betrafen das Anlegen von Planschbecken und Teichen im Spielbereich von Kindern, die bestimmungsgemäss Spielzwecken dienen und somit anderen Sicherheitsanforderungen genügen müssten. Beim Aufenthalt eines unbeaufsichtigten, 19 Monate alten Kleinkindes in einem fremden Garten mit einem Teich handle es sich jedoch um einen bestimmungswidrigen Gebrauch (Urk. 54 S. 11ff.).

Die Vorinstanz verwies weiter auf die Sicherheitsanforderungen an ein Werk im Hinblick auf eine bestimmungswidrige Benützung durch Kinder. Sie verwies vorab auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach ein Werkeigentümer grundsätzlich darauf vertrauen dürfe, dass Kinder sich gemäss der ihrem Alter entsprechenden Vernunft verhalten. Ausnahmsweise komme bei Kindern eine strengere Haftung des Werkeigentümers zum Tragen, dann nämlich wenn das Werk aufgrund seiner Zweckbestimmung Kinder zu einer bestimmungswidrigen Benützung verleite oder das Werk aufgrund seiner Beschaffenheit besondere Risiken in sich berge, welche bei fehlender Vernunft und Vorsicht zu schweren Schädigungen führen. Kinder, die grundsätzlich noch nicht über die erforderliche Vernunft für die bestimmungsgemässe Benützung eines bestimmten Werkes verfügten, gehörten unter Aufsicht. In jedem Fall müssten aber das zweckwidrige Verhalten voraussehbar und Sicherheitsmassnahmen zumutbar sein. Gegen ein ausgefallenes Verhalten müsse der Werkeigentümer selbst bei Kindern keine Vorkehrungen treffen (BGE 130 III 745). Die Vorinstanz verneinte in der Folge eine Verleitung des Klägers 3 zu einem bestimmungswidrigen Gebrauch, da er noch nicht über das dafür vorausgesetzte Gefahrenbewusstsein verfügt habe und vom Teich mangels Sichtbarkeit von der Strasse oder vom Nachbargrundstück aus auch nicht habe angelockt werden können. Die Vorinstanz bejahte hingegen, dass der Teich aufgrund seiner Beschaffenheit ein besonderes Risiko für schwere Schädigungen darstelle. In der Folge verneinte sie aber die Voraussehbarkeit eines zweckwidrigen Verhaltens. Zwar sei dem Beklagten grundsätzlich bekannt, dass die F.____-Strasse von Kindern zum Spielen benützt werde. Er habe aufgrund der konkreten Situation aber nicht damit rechnen müssen, dass ein unbeaufsichtigtes Kleinkind von 19 Monaten den langen Weg um das Haus herum zu seinem Teich finde, unabhängig davon, welchen der beiden in Frage kommenden Wege der

Kläger 3 genommen habe (Urk. 54 S. 15ff).

Trotz diesen Feststellungen ging die Vorinstanz noch weiter auf einen kritischen Aufsatz zum Leitentscheid BGE 130 III 745 ein und nahm dessen Kritik auf, wonach eine dauerhafte und lückenlose Überwachung eines Kleinkindes im Alltag praktisch nicht möglich sei und im Spannungsfeld mit dem einem Kind zu gewährenden Entwicklungs- und Spielraum stehe. Da auch einer gewissenhaften Aufsichtsperson kleine Unaufmerksamkeiten bei der Beaufsichtigung eines Kindes unterlaufen könnten, dürfe der verkehrssicherungspflichtige Werkeigentümer nur auf ein Mindestmass an sorgfältiger Aufsicht zählen und müsse Vorkehrungen treffen, dass bei einem nur leichten Beaufsichtigungsfehler keine Gefahr von seinem Werk auf Kinder ausgehe (Hausheer/Jaun, ZBJV 143 2007, S. 111). In der Folge prüfte die Vorinstanz daher auch noch ein Aufsichtsversagen der Mutter des Klägers 3 und die Vorhersehbarkeit des bestimmungswidrigen Gebrauchs des Teichs durch den Beklagten bei einem leichten Aufsichtsversagen.

Die Vorinstanz bejahte ein Aufsichtsversagen aufgrund der konkreten Umstände und bezeichnete es als nicht mehr leicht. Der Kläger 3 habe sich in einer Umgebung aufgehalten, die nicht abgegrenzt und unübersichtlich gewesen sei und wo die zahlreichen Gärten und Zufahrtswege unzählige Möglichkeiten geboten hätten, innert kurzer Zeit aus dem Blickfeld der Mutter zu verschwinden. Die Gärten und Liegenschaften am in Frage stehenden Teil der F. _____-Strasse lägen deutlich erhöht über der Strasse und wiesen an verschiedenen Stellen steile Borde und Treppen auf, welche eine Gefahr für ein Kleinkind darstellten. Sodann habe es beim nördlich an das Haus der klägerischen Familie angrenzenden Nachbarhaus Nr. 14 unmittelbar bei der gemeinsamen Grundstücksgrenze einen - nicht eingezäunten - ca. 10-15 cm tiefen Teich gegeben, welcher der Mutter des Klägers 3 bekannt gewesen sei, ebenso einen nicht eingezäunten und ähnlich tiefen Teich wie jener des Beklagten auf der gegenüberliegenden Strassenseite beim Haus Nr. 22. Diese beiden Teiche seien direkt über eine Treppe von der F. _____-Strasse her für den Kläger 3 erreichbar gewesen. An der F. _____-Strasse befänden sich weiter die Garagenzufahrten der anliegenden Liegenschaften, wo von ausfahrenden und insbesondere rückwärts fahrenden Autos eine grosse Gefahr für ein kleines Kind ausgehe, da ein solches leicht übersehen werden könne. Da-

zu komme, dass auch die durchgängig befahrbare westliche Achse der F. _____ - Strasse für den Kläger 3 über den Garten der grosselterlichen Liegenschaft direkt erreichbar gewesen sei. Es habe somit keine für ein Kleinkind sichere Umgebung bestanden, die ein unbeaufsichtigtes Spiel erlaubt und zu einer reduzierten Sorgfaltspflicht der Mutter geführt hätte. Ob nun die Mutter des Klägers 3 in Intervallen von 30 Sekunden oder einer Minute sich jeweils aufgerichtet und nach dem Kläger 3 umgeschaut habe, könne offen bleiben, habe der Kläger 3 doch weit mehr als 30 Sekunden gebraucht, um zum Teich des Beklagten zu gelangen. Die zusätzliche Überwachung durch Zurufe sei untauglich gewesen, da der Staubsaugerlärm die Rufe übertönt habe und die Mutter deswegen auch ihrerseits keine Geräusche des Klägers 3 wahrnehmen können. Wenn die Mutter beim Staubsaugen sodann den Kopf im Autoinneren gehabt habe, hätte der kleine Kläger 3 ohne weiteres auch unbemerkt hinter dem Auto hindurch nordwärts wegläufen können, ohne dass ihn die Klägerin gesehen hätte. Eine solche Art der Überwachung eines Kleinkindes in einer nicht ungefährlichen und unübersichtlichen Umgebung sei nicht mehr nur ein bloss leichter Beaufsichtigungsfehler (Urk. 54 S. 25ff). Wohl habe der Beklagte um den Aufenthalt von Kindern in der Nachbarschaft gewusst und er habe allenfalls damit rechnen müssen, dass sich auch mal ein Kind beim Spielen in seinen Garten begeben. Der direkte Zugang zum Teich des Beklagten sei jedoch auf drei Seiten gut abgeschirmt gewesen und der Beklagte habe nicht damit rechnen müssen, dass ein Kleinkind von 19 Monaten so lange unbeaufsichtigt bleibe, dass es unbemerkt über den einzigen Zugang durch den gesamten Garten auf der Westseite des Hauses auf welchem möglichen Weg auch immer zum Teich gelangen könne (Urk. 54 S. 35ff).

In diesem Sinne bzw. unter Miteinbezug des nicht mehr leichten Aufsichtsversagens im Rahmen der voraussehbaren bestimmungswidrigen Werkbenützung (und nicht im Sinne eines adäquanzunterbrechenden Drittverschuldens) verneinte die Vorinstanz eine grundsätzliche Haftung des Beklagten. Folgerichtig lehnte sie auch eine über die blossen Sorgfaltshaftung von Art. 58 OR hinausgehende Verschuldenshaftung des Beklagten gestützt auf Art. 41 OR ab.

C

Erwägungen zur Sache

1. Haftung für Werkmängel

1.1. Ein Werk gilt dann als mangelhaft, wenn es beim bestimmungsgemässen Gebrauch keine genügende Sicherheit bietet. Der Werkeigentümer muss dabei jenen Gefahren vorbeugen, die bei einer normalen Verwendung des Werkes bestehen. Risiken, welche von Benützern des Werks oder von Personen, die mit dem Werk in Berührung kommen, mit einem Mindestmass an Vorsicht vermieden werden können, darf der Werkeigentümer ausser Acht lassen. Nicht jede Gefahrenquelle gilt bereits als Mangel. Massgeblich ist nicht die technische Perfektion sondern die Zweckbestimmung. Bestehen bauliche Vorschriften für die Erstellung eines Werkes, bedeutet deren Verletzung noch nicht, dass das Werk mangelhaft ist, es sei denn, die Bestimmung bezwecke gerade die Gefahrenverhütung. Eine weitere Schranke der Sicherungspflicht bildet die Zumutbarkeit allfälliger Sicherheitsmassnahmen oder der Beseitigung allfälliger Erstellungsmängel. Wohl ist auch auf ein mögliches und vorhersehbares, zweckwidriges Verhalten bestimmter Personengruppen wie z.B. Kinder Rücksicht zu nehmen, und es sind für diesen Fall allenfalls besondere Vorkehrungen zu treffen. Doch darf sich der Werkeigentümer darauf verlassen, dass Kinder sich gemäss der ihrem Alter entsprechenden durchschnittlichen Vernunft verhalten; gegen ausgefallenes Verhalten muss er selbst bei Kindern keine Massnahmen treffen (BK - Brehm, 4. A. 2013, Art. 58 OR N 56ff, 86ff). Im Hinblick auf eine allfällige Werkbenützung durch Kinder hat das Bundesgericht die Sicherheitsanforderungen an ein Werk wie folgt präzisiert: Ist aufgrund der Beschaffenheit des Werkes augenfällig, dass Unvernunft und Unvorsicht der kindlichen Benutzer zu schweren Schädigungen führen können oder das Werk zu einer zweckwidrigen Benützung verleiten kann, sind allenfalls zusätzliche Sicherheitsvorkehrungen zu treffen. Voraussetzung für eine allfällige Haftung ist aber auch hier, dass der Werkeigentümer ein zweckwidriges oder unvorsichtiges Verhalten vorhersehen und zumutbare Massnahmen treffen kann, um ein solches zu verhindern. Dabei darf der Werkeigentümer grundsätzlich da-

rauf vertrauen, dass Kleinkinder, denen jedes Gefahrenbewusstsein fehlt, von ihren Eltern oder einer beauftragten Person beim Spiel im Freien überwacht werden (BGE 130 III 736). Es ist - entgegen den Klägern 1 und 2 (Urk. 53 S. 22) - somit nicht so, dass ein Werkeigentümer in einem Wohnquartier stets allein herumstreunenden Kleinkindern Rechnung tragen muss.

1.2. Das in der Kommentierung des vorzitierten Bundesgerichtsurteils aufgestellte Postulat von H. Hausheer/M. Jaun in ZBJV 143/2007 S. 103ff, eine haftungsaus-schliessende Aufsichtspflichtverletzung bei Kleinkindern nur bei Fällen nicht mehr kleiner Unaufmerksamkeiten der Aufsichtsperson anzunehmen, nahm die später ergangene Lehre nicht auf (vgl. dazu etwa Brehm, a.a.O.; Haftpflicht Komm - W. Fischer/M.A. Iten Art. 58 OR N 47; BSK OR I- M. Kessler, 6. A. 2015, Art. 58 N 13; W. Fellmann/A. Kottmann, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bern 2012, S. 317 Rz 940). Aus dem Urteil des deutschen Bundesgerichtshofs vom 20.09.1994, auf welches sich die Verfasser des zitierten Urteilscommentars u.a. zur Stützung ihrer Meinung berufen und welches im vollständigen Wortlaut als Urk. 40/4 ins Recht gelegt wurde, ergibt sich Solches auch nicht, im Gegenteil: Der Bundesgerichtshof hatte dort den Ertrinkungsunfall eines 17 Monate alten, kurzzeitig nicht beaufsichtigten Kleinkindes zu beurteilen, welches über die nicht eingezäunten Grenzen dreier Grundstücke bzw. über eine Distanz von 15 - 20 Metern durch die Gärten zum nicht eingezäunten Zierteich des dortigen Beklagten gefunden hatte. Die jeweils nur durch Blumenbeete und Sträucher markierten Grundstücksgrenzen seien bis dahin von den Kindern der Grundeigentümer stets respektiert worden und diese hätten ohne Einverständnis der Nachbarn deren Gärten nicht, auch nicht zum Spielen, betreten, worauf der beklagte Teichbesitzer habe vertrauen können. Er habe mithin darauf vertrauen können, dass die Eltern des geschädigten Kleinkindes dieses vom Betreten seines Grundstücks abhalten würden und ein Mindestmass an sorgfältiger Beaufsichtigung wahrnehmen würden, was sich auf seine Sicherungspflichten auswirke. Werde die Beaufsichtigung eines Kleinkindes nicht lückenlos durchgeführt, liege grundsätzlich ein Aufsichtsversagen vor. Die blosser Möglichkeit eines solchen Versagens auferlege dem verkehrssi-cherungspflichtigen Grundeigentümer nicht schon die Pflicht, den Gefahren auch

aus derartigen Aufsichtsversäumnissen zu begegnen. Dazu bestehe vielmehr erst Anlass, wenn der Grundeigentümer wisse oder wissen müsse, dass Kinder sein Grundstück zum Spiel zu benutzen pflegten, und damit konkrete Anhaltspunkte für eine Gefährdung beständen. Im Regelfall müsse er sich darauf verlassen können, dass Kleinkinder von den Aufsichtspflichtigen von einem Vordringen auf sein Grundstück abgehalten würden. Ähnlich hatte bereits das Oberlandesgericht Oldenburg am 27.03.1994 entschieden (Urk. 40/8), wo ein ohne wirksame Einfriedung im Freien spielendes, eineinhalbjähriges Kind durch eine offene Gartentür in den Garten des Nachbarn mit einem Gartenteich gelangen konnte. Auch hier wurde eine Verletzung der Aufsichtspflicht angenommen, auf welche der Teichbesitzer habe vertrauen dürfen, zumal vorher nie Anlass zu Zweifeln des Teichbesitzers an einer gehörigen elterlichen Aufsicht bestanden hätten. Dem zitierten Entscheid des deutschen Bundesgerichtshofs folgten später noch andere Entscheide dieses Gerichtes sowie zweitinstanzlicher deutscher Gerichte, welche im Hinblick auf die Sicherungspflichten eines Teichbesitzers entscheidend darauf abstellten, dass dieser grundsätzlich darauf vertrauen dürfe, dass Kleinkinder ständig unter der Aufsicht eines Sorgeberechtigten ständen, es sei denn, es sei ihm konkret bekannt, dass unerfahrene oder unbesonnene Kinder sein Grundstück unbefugt zum Spielen benützten (vgl. Urk. 31/19/24+25, Urk. 40/9, Urk. 40/7, Urk. 16/19). Die als Gegenbelege vorliegend angeführten Urteile des deutschen Bundesgerichtshofs befassen sich demgegenüber nicht mit dem Verhältnis von gefahrenträchtigen Werken und der Aufsichtspflicht über Kleinkinder (Urk. 40/6) oder betreffen den Fall, dass der Teichbesitzer Kenntnis vom häufigen alleinigen Aufenthalt von zwei Kleinkindern in seinem Garten hatte und er deshalb nicht auf deren Beaufsichtigung durch Erwachsene vertrauen durfte, sondern zum Treffen von Sicherungsmassnahmen verpflichtet war (Urk. 40/6). Die in der Berufungsbegründung der Kläger 1 und 2 neu angeführten Pressemeldungen zu Ertrinkungsunfällen sind entweder verspätete Noven und daher gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO unbeachtlich (Urk. 56/3-8), oder sie befassen sich nicht mit den näheren Unfallumständen (Urk. 56/2) und es kann daher nicht näher darauf eingegangen werden.

1.3. Aufgrund dieser Rechtslage ist nachfolgend vorab zu prüfen, ob der Gartenteich des Beklagten die nötige Sicherheit für den bestimmungsgemässen Gebrauch aufgewiesen hat. Weiter ist zu prüfen, ob der Beklagte vorhersehen konnte, dass sein Teich allenfalls Kinder zu einer zweckwidrigen Benützung verleiten oder Kinder bei einem sonstwie unvernünftigen oder unvorsichtigen Verhalten schwer schädigen konnte. Im Hinblick auf die Möglichkeit einer zweckwidrigen Benützung des Teichs durch ein Kleinkind ohne jedes Gefahrenbewusstsein durfte der Beklagte jedoch mit einer lückenlosen Beaufsichtigung rechnen. Wollte man mit den Klägern die deutsche Rechtsprechung zur - der schweizerischen Kausalhaftung ähnlichen - Haftung aus Verkehrssicherungspflichten analog für die Voraussehbarkeit einer zweckwidrigen Benützung durch Kinder heranziehen, wäre dabei höchstens noch zu prüfen, ob der Beklagte konkrete Anhaltspunkte hatte für ein Aufsichtsversagen und diesem mit entsprechenden Sicherheitsmassnahmen hätte Rechnung tragen müssen.

2. Beurteilung der Werksicherheit

2.1. Nutzungszweck

Der rund 60 cm tiefe, relativ steil abfallende Gartenteich des Beklagten diente unbestrittenermassen einzig der Ästhetik und der privaten Naturbeobachtung durch die Familie auf seinem privaten Wohngrundstück. Er diente weder zu Spiel- noch zu Badezwecken noch war er für eine Nutzung durch einen weiteren, unbekanntem Personenkreis oder gar die Allgemeinheit bestimmt. Er war nach den allgemeinen sozialen Gepflogenheiten der Allgemeinheit vielmehr nicht zugänglich und musste daher grundsätzlich keinen besonderen Sicherheitsanforderungen genügen zur Vorbeugung von Risiken eines möglichen zweckwidrigen Verhaltens unbekannter Personen, die ungewollt oder gar unrechtmässig mit dem Teich in Berührung kommen. Insofern ist dieser Fall nicht mit dem Sachverhalt von BGE 131 III 115 (unmittelbar an eine öffentliche Strasse angrenzende, leicht zugängliche Gefahrenquelle) und anderen, von den Klägern 1 und 2 zitierten Präjudizien vergleichbar (Urk. 53 S. 14f). Durch ein Mindestmass an Vorsicht allfälliger Drittpersonen war eine Schädigung vorliegend ohne weiteres vermeidbar.

2.2. Voraussehbare zweckwidrige Nutzung durch Kinder

Zu prüfen ist, ob der Beklagte voraussehen konnte, dass sein Teich allenfalls Kinder zu einer zweckwidrigen Benützung, z.B. als Spiel- oder Badeteich, verleiten könnte, oder Kinder bei einem unvernünftigen oder unvorsichtigen Verhalten durch seinen Teich sonstwie zu Schaden kommen könnten. Für die Vorhersehbarkeit ist auf die konkreten Umstände abzustellen. Allein eine immer vorstellbare theoretische Möglichkeit der zweckwidrigen Nutzung bzw. eines unvorsichtigen Verhaltens von Kindern genügt nicht.

Für die Würdigung der konkreten Umstände kann auf die Ausführungen der Parteien und die fotografischen Dokumentationen im vorinstanzlichen Verfahren abgestellt werden.

Der fragliche Ostast der F. _____-Strasse dient ausschliesslich als Zufahrtsstrasse zu den Anliegergrundstücken; er ist asphaltiert und verläuft eben und geradeaus. Beidseits der Strasse liegen private Ein- oder allenfalls Zweifamilienhäuser mit grossem Gartenumschwung. Bei den Häusern besteht auf Strassenniveau jeweils eine offene Garagenzufahrt mit Vorplatz; der Hauseingang liegt meist erhöht über dem Strassenniveau und ist von der Strasse her durch einen Vorgartenbereich bzw. ein bewachsenes Bord über eine Freitreppe erreichbar (Urk. 5/7, 5/9, 5/16). Bei den benachbarten Liegenschaften Nr. 24 und 28 der Parteien befindet sich die Haustür ebenfalls erhöht und auf der strassenabgewandten, westlichen Hinterseite des Hauses; dort und auf der Südseite befindet sich auch der Hauptgartenbereich. Die Liegenschaft des Beklagten weist strassenseitig einen offenen, ebenerdigen Vorgartenbereich mit Garagenzufahrt und Zugangsweg auf. Um von der Strasse her zum Gartenteich des Beklagten zu gelangen, muss zuerst dieser Vorgartenbereich samt einer vierstufigen Treppe durchquert und fast das ganze Haus von der Ostseite her über einen eher schmalen, gepflasterten Zugangsweg entlang der Nordseite des Hauses bis zum Gartenteil auf der West- und Südseite des Hauses umrundet werden. Dabei muss auf der Westseite überdies zuerst auch noch eine sechsstufige Hauseingangstreppe überwunden werden, von wo nur noch einzeln verlegte Steinplatten zur südlichen Hausseite führen (Urk. 16/11 S. 4f). Eine direkt von der Strasse in den südlichen Garten führende Gartentreppe ist mit einem massiven Gartentor und mit einer für Kinder im Primarschulalter

nicht überwindbaren Kindersicherung verschlossen (Urk. 16/8 S. 2f). Der Garten ist im Süden und Südosten gegen die Strasse mit einer ca. 80 cm hohen, senkrechten Steinmauer und gegen Westen mit einer Hecke umfriedet und teilweise auch dicht bepflanzt (Urk. 16/8 S. 1; Urk. 28/13+14; Urk. 31/19/6 S. 4; Prot. I S. 9). Eine Abkürzung durch die Gärten zum westlichen Hauptast der F._____-Strasse bestand nur vom Grundstück F._____-Strasse 24 der grosselterlichen Familie des Klägers 3 her, nicht aber vom Grundstück Nr. 28 des Beklagten (Urk. 16/13 S. 8). Der Teich ist weder von der östlich gelegenen Strasse her noch vom Grundstück der grosselterlichen Familie des Klägers 3 zu sehen. Auf dem Grundstück selber ist er erst nach der Umrundung des Hauses bis zur südwestlichen Hausecke sichtbar (Urk. 16/11 S. 5; Prot. I S. 9,11).

Unbestrittenermassen leben in den Häusern am fraglichen Teil der F._____-Strasse Kinder oder es kommen solche dort zu Besuch. Bei den örtlichen Gegebenheiten ist davon auszugehen, dass den Kindern ausreichend Spielmöglichkeiten in den jeweils eigenen Gärten oder jenen von Spielkameraden zur Verfügung stehen, und dass sie dafür nicht andere, fremde Gärten zu nutzen oder zu betreten versucht sind. Umgekehrt liegt es nahe, dass die Kinder ihren Spielbereich auch auf den wenig befahrenen Ostast der F._____-Strasse ausdehnen und diesen z.B. zum Befahren mit Kindervehikeln, zum Ballspiel o.ä. nutzen. Dass sie sich dabei auch auf dem Strassenstück vor dem Vorgartenbereich der Liegenschaft des Beklagten aufhalten und den flachen, nicht eingezäunten Vorgartenbereich beim Spielen allenfalls auch betreten, liegt ebenfalls nahe und ist voraussehbar. Hingegen ist nicht damit zu rechnen bzw. nicht vorhersehbar, dass Kinder im Spieleifer weiter auf das Grundstück des Beklagten vordringen, das ganze Haus umrunden und bis zur Südseite des Hauses und zum Teich gelangen. Vorschulpflichtige Kinder, die durch den Teich des Beklagten allenfalls gefährdet werden können, vermögen auch Spielbälle oder ähnliche Objekte nicht bis über die Granitsteinmauer und ihren Bewuchs an der südöstlichen Grundstücksgrenze zu werfen, sodass sie anschliessend versucht sein könnten, diese Objekte im Garten einsammeln zu gehen. Unbeaufsichtigt auf einer Quartierstrasse spielende Kinder sind sodann in der Regel in einem Alter, wo sie die Bedeutung von Grundstücksgrenzen kennen und grundsätzlich respektieren. Haus und Garten

des Beklagten unterscheiden sich im Gesamterscheinungsbild nicht wesentlich von den anderen, den Kindern bekannten Häusern und Gärten der Nachbarn, und sind daher keine besondere Attraktion für ein allfälliges Erkundungsabenteuer auf fremdes Territorium. Der Teich ist von der Strasse her nicht sichtbar und vermag fremde Kinder ebenfalls nicht zu einer Besichtigungstour zu verleiten. Kommt dazu, dass er nicht Badezwecken dient und Kinder auf der Strasse damit keinen Lärm wahrnehmen können, der von Badevergnügen üblicherweise auszugehen pflegt und der sie anziehen könnte.

Aufgrund der örtlichen Gegebenheiten war es für den Beklagten damit nicht vorhersehbar, dass selbständig auf der Strasse sich aufhaltende Kinder beim Spielen unerlaubterweise durch den einzig offenen, schmalen Zugangsweg rund um das Haus herum bis in die hinterste Ecke eines fremden Gartens und zum gut abgeschirmten Teich überhaupt vordringen und dort zusätzlich auch noch aus Übermut oder Unvorsicht durch das stehende Wasser zu Schaden kommen könnten. Vielmehr konnte er auf die nötige altersgemässe Vernunft derjenigen Kinder vertrauen, die sich unbeaufsichtigt auf der F. _____-Strasse zu Spielzwecken aufhalten, sei es, dass diese seinen Privatgrund erkennen und respektieren, oder sei es, dass sie über das nötige Gefahrenbewusstsein oder die nötige Reaktionsfähigkeit bzw. -möglichkeit bei der Begegnung mit einem stehenden, ca. 60 cm tiefen Gewässer verfügen.

Nach den unbestrittenen Ausführungen des Beklagten hat sich seit dem Bezug des Hauses im Jahre 1980 auch tatsächlich noch nie ein fremdes Kind beim Spielen in seinen (hinteren) Garten begeben oder sich dahin verirrt (Urk. 16/5 S. 8; vgl. auch Urk. 16/3 S. 3, Urk. 16/13 S. 10). Kinder seien nur hin und wieder an die Haustür gekommen, um etwas zu verkaufen o.ä.; aber nicht einmal von dort hätten sie den Teich sehen können (Urk. 16/15 S. 16). Selbst die Mutter des Klägers 3, die nebenan aufgewachsen und mit einer Tochter des Beklagten zur Schule gegangen ist, erklärte bei der polizeilichen Befragung, auch zu ihrer Zeit als Kind sei man nie in den Garten von E. _____ gegangen, das sei ihr schon als Kind so "eingetrichtert" worden (Urk. 16/13 S. 10). Damit hatte aber der Beklagte auch keine konkreten Anhaltspunkte, dass sich Kinder entgegen der berechtigten Er-

wartung tatsächlich schon bei seinem Teich aufgehalten haben, und er musste für einen solchen Fall keine zusätzliche Vorsorge treffen.

2.3. Voraussehbare Nutzung durch ein unbeaufsichtigtes Kleinkind

2.3.1. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung darf der Werkeigentümer darauf vertrauen, dass Kleinkinder, welche die ihnen aufgrund ihrer Unerfahrenheit, ihres Leichtsinns und Spieltriebs drohenden Gefahren nicht erkennen und beherrschen können, stets beaufsichtigt sind. Gefahren sind für Kleinkinder allgegenwärtig; sie können schon aus Gegebenheiten erwachsen, die für jeden anderen gänzlich ungefährlich sind. Zur Abwehr dieser Gefahren ist zu allererst der Aufsichtspflichtige zuständig, unabhängig davon, ob er das Kind als vorsichtig einstuft. Die blossе Möglichkeit eines Aufsichtsversagens auferlegt dem verkehrssicherungspflichtigen Grundeigentümer noch keine Pflicht, den Gefahren auch aus Aufsichtsversäumnissen zu begegnen. Er muss sich vielmehr auf ein Mindestmass an sorgfältiger Beaufsichtigung verlassen können. Wollte man analog die deutsche Rechtsprechung heranziehen, so wäre die Verantwortung für Gefahren für unbeaufsichtigte Kleinkinder höchstens dann dem Werkeigentümer zu überbinden, wenn er konkrete Anhaltspunkte für ein Aufsichtsversagen hat, wenn eine Schädigung eines ungenügend beaufsichtigten Kleinkindes konkret voraussehbar ist.

2.3.2. Der Beklagte hatte nach seinen eigenen Aussagen vor dem Unfall den Kläger 3 oder andere bei den Grosseltern I. _____ [Eltern von H. _____] zu Besuch weilende Enkelkinder noch nie gesehen, sondern sie nur hin und wieder von deren Garten her gehört (Urk. 16/5 S. 5, 10, 13f). Der neuerdings ständige Aufenthalt des Klägers 3 im Haus seiner Grosseltern fiel in den Monat Februar, wo Kleinkinder wetterbedingt mehr im Haus als im Freien spielen (Urk. 2 S. 12), und auch Hausbesitzer sich nur wenig im Garten aufzuhalten pflegen. Der Beklagte war während dieser Zeit überdies auch noch teilweise ferienabwesend (Urk. 16/4 S. 1). Dass und weshalb der Beklagte um die ständige Anwesenheit eines aufsichtsbedürftigen Kleinkindes im Nachbarhaus hätte wissen können, legen die

Kläger nicht konkret dar (vgl. vielmehr Urk. 16/12 S. 4); unbestrittenermassen hat die Familie den Beklagten nicht darüber informiert. In welchem Alter der Kläger 3 im Februar/März 2012 war und ob er sich bereits selbständig fortbewegen konnte, wusste der Beklagte sodann ebenfalls nicht (Urk. 16/4 S. 2). Auch die Kläger behaupten konkret nichts Gegenteiliges, z.B. dass der Beklagte den Kläger 3 je auf der Strasse oder bei seinem Vorgarten oder an der Grundstücksgrenze zwischen den beiden Liegenschaften angetroffen hätte, sei es allein oder in Begleitung einer Aufsichtsperson, oder dass der Kläger 3 gar bereits einmal im Garten des Beklagten gewesen wäre (vgl. auch Urk. 16/3 S. 3, Urk. 16/12 S. 13, Urk. 16/13 S. 10). Der Beklagte konnte daher nicht konkret vorhersehen und musste auch nicht befürchten, dass der ihm unbekannte Kläger 3 sich unbeaufsichtigt auf der Strasse vor seinem Hauszugang aufhalten, sein Grundstück betreten, das ganze Haus umrunden und bis zu seinem Teich gelangen könnte.

Denkbar ist, dass der Kläger 3 über die Gartengrenze zwischen dem grosselterlichen Garten und jenem des Beklagten auf dessen Grundstück gelangte, indem es ihm trotz des unwegsamen, unebenen und teilweise stark abfallenden Geländes gelang, zwischen den Sträuchern, den Himbeerdrähten und dem Komposthaufen eine Lücke zu finden und sich durchzuzwängen (Prot. I S. 10, Urk. 5/15 und 28/3-11). Aber auch diesbezüglich legen die Kläger nicht konkret dar, dass der Kläger 3 oder ein anderes Kleinkind in einem unbeaufsichtigten Moment schon früher einmal durch diese Grenze geschlüpft wäre oder sich dort mindestens zu schaffen gemacht hätte, und dass dies dem Beklagten bekannt gewesen wäre. Die von den Klägern als nötig angetönte "Grenzsicherung" der Gartengrenze für ein unbeaufsichtigt in ihrem Garten spielendes Kleinkind (Urk. 64/53 S. 20) hätte sodann grundsätzlich der Familie I. _____ obgelegen. Denn der Kläger 3 hätte sich unabhängig von der Existenz eines Gartenteichs z.B. via die Gartengrenze ohne weiteres auch über den Zugangsweg entlang der Nordfassade des Hauses Nr. 28 auf den Ostast der F. _____-Strasse begeben können oder via den Garten der Liegenschaft Nr. 8 auf den intensiver befahrenen Westast der F. _____-Strasse - Gefahrenquellen, die der Familie in jedem Fall bekannt waren.

Der Beklagte verfügte unter diesen Umständen über keine konkreten Anhaltspunkte, dass sich schon früher ausreichend lange unbeaufsichtigte Kleinkinder

und insbesondere der Kläger 3, allenfalls auch direkt vom Garten des Nachbargrundstücks her, selbständig auf sein Grundstück und in seinen Garten begeben hätten und gar bis zum Teich vorgedrungen wären. Er musste für einen solchen Fall daher auch keine weiteren Sicherheitsmassnahmen treffen.

2.3.3. Kommt es mangels Vorhersehbarkeit des Eindringens eines unbeaufsichtigten Kleinkindes in den Garten des Beklagten und des Vordringens bis zum Teich nicht auf das Vorliegen eines allenfalls lässlichen Aufsichtsmangels an, ist nachfolgend lediglich noch der Vollständigkeit halber auf diese Frage einzugehen.

2.3.3.1. Der hier in Frage stehende Ostast der F._____-Strasse verläuft gerade. Wegen der beidseits von der Strasse aufsteigenden, bewachsenen Borde sind die Aussentreppen hinauf zu den Hauseingängen sowie die Garagenvorplätze bzw. -zufahrten der Häuser bei einem Blick entlang der Strasse nicht einsehbar (Urk. 5/7). Das bedeutet, dass sich hier ein Kleinkind relativ schnell nach wenigen Metern einem Kontrollblick entlang der Strasse entziehen kann durch ein Einbiegen auf eine Aussentreppe oder eine Garagenzufahrt. Umgekehrt sind Kleinkinder für Autofahrer, die bei den Garagen ein- und ausfahren, ebenso schlecht bzw. erst spät sichtbar, insbesondere für jene Autos, die rückwärts ausfahren. Zwar weist die Strasse keinen Durchgangsverkehr auf; es liegen aber immerhin noch 5 Häuser südlich der Liegenschaft F._____-Strasse 24 und ein weiteres Haus schräg vis-à-vis, von denen Verkehr ausgeht, sei es durch Anwohner, Anlieferer oder Geschäftskunden (Urk. 5/6). Einige Aussentreppen der Häuser, nicht zuletzt auch jene des Hauses Nr. 24, verlaufen relativ steil und stellen bereits für sich allein wegen der Sturzgefahr für ein unbegleitetes Kleinkind von 19 Monaten eine Gefahrenquelle dar (Urk. 5/9). Unbestrittenermassen gibt es im Umfeld des Hauses I._____- an der F._____-Strasse 24 sodann noch weitere Gartenteiche, die der Mutter des Klägers 3 teilweise bekannt waren. So auf dem direkt nördlich angrenzenden Grundstück Nr. 14, wobei jener Teich sogar unmittelbar bei der Grenze zum Haus Nr. 24 liegt und von dort aus gut sichtbar ist. Weiter gibt es einen Teich im Haus Nr. 22 vis-à-vis auf der gegenüber liegenden Strassenseite. Diese beiden Teiche sind durch Aussentreppen von der Strasse her direkt erreichbar und

waren im Unfallzeitpunkt nicht eingezäunt. Zurecht hat die Vorinstanz daher festgestellt, dass sich im Umfeld eines Kleinkindes, das auf dem zur Strasse offenen Vorplatz der F._____-Strasse 24 oder am dortigen Strassenrand spielt, mehrere Gefahrenquellen befinden, die sich sehr schnell schädigend auf den Kläger 3 hätten auswirken können. Ein Sturz auf einer der Aussentreppen könnte durchaus gravierende Kopf- oder Rückenverletzungen und damit weiterreichendere Konsequenzen als ein paar Beulen zur Folge haben (Urk. 53 S. 11; vgl. auch Urk. 16/12 S. 9, Urk. 16/13 S. 6); oder ein Sturz selbst in den nur ca. 10-15 cm tiefen Teich der Liegenschaft Nr. 14 hätte unter Umständen auch zu einem Ertrinken führen können (Urk. 5/19 S. 15). Diese Gefahrenquellen im auch der Mutter des Klägers 3 sehr gut bekannten Umfeld bzw. Aktionsradius eines 19-monatigen Kleinkindes (Urk. 16/12 S. 9) erforderten daher eine engmaschige Aufsicht, unabhängig davon, ob alle Betreuungspersonen konkret Kenntnis auch vom Teich des Beklagten oder des Teichs der Liegenschaft Nr. 22 hatten.

2.3.3.2. Die Mutter des Klägers 3 reinigte im Unfallzeitpunkt mit dem Staubsauger den Innenraum ihres Autos. Dazu musste sie sich mit dem Kopf ins Auto beugen und kehrte dem Kläger 3 während des Saugens praktisch den Rücken. Der Kläger 3 befand sich dabei gemäss Aussage der Mutter auf der Strasse beim Bord, welches Richtung Süden zum Grundstück des Beklagten führt (Urk. 16/12 S. 8, Urk. 16/13 S. 4; vgl. auch Urk. 5/7, Urk. 5/16). Die Zeitintervalle, nach denen die Mutter das Saugen unterbrach und nach dem Kläger 3 schaute oder rief, stehen objektiv nicht fest. Bei der ersten polizeilichen Befragung am 19. März 2012 gab die Mutter diese mit ca. einer Minute an, bei der untersuchungsrichterlichen Befragung am 8. November 2012 mit 30-40 Sekunden (Urk. 16/13 S. 5, Urk. 16/12 S. 8). Weitere Beweismittel als diese widersprüchlichen Aussagen der einzig anwesenden Person bestehen nicht. In der Regel ist die erste, dem Unfallgeschehen zeitnächste Aussage zuverlässiger, da die Erinnerung noch frisch und nicht durch nachträgliche Einflüsse und psychische Verarbeitungsprozesse verfälscht wird. So erklärte die Mutter in der zweiten Aussage denn auch ausdrücklich, die neue Angabe von 30-40 Sekunden hätten sich durch eine später konstellierte Rekonstruktion des Reinigungsablaufs ergeben, beruhen somit nicht auf der konkre-

ten Erinnerung. Da diese Rekonstruktion unter vorgegebenen und belastenden Prämissen erfolgte, kann ihr kein objektives und entscheidendes Gewicht im Vergleich zur Schätzung in der ersten Aussage zukommen.

Im Verkehrsbereich geht die Praxis je nach Alter des Gehenden und in Abhängigkeit von der Topografie von einer Fussgängergeschwindigkeit von 0,7 bis 1,5 m/s aus (vgl. Urteil des Obergerichtes vom 4. Juni 2015, SB150070, Erw. 6 mit Hinweisen auf einschlägige Fachmeinungen). Der Routenplaner Google Maps legt seinen Berechnungen eine durchschnittliche Fussgängergeschwindigkeit von ca. 1,39 m/s zugrunde, weist aber darauf hin, dass sich in der Realität Fussgänger mit einer Geschwindigkeit zwischen 0,5 m/s (Ältere, Gehbehinderte) bis 1,8 m/s fortbewegen (vgl. www.sejox.de/2011/03/23/google-maps-routenplaner-geschwindigkeit-eines-fussgaengers, besucht am 15.4.2016). Für den Schulweg von Erstklässlern nimmt das kantonale Verwaltungsgericht eine Gehgeschwindigkeit von 0,8 - 0,9 m/sec an (Entscheid vom 21.12.2001, VB 2011.00395, Erw. 7.2). Für ein erst 19-monatiges Kleinkind mit kürzeren Beinen bzw. Schritten ist diese Geschwindigkeit daher auf rund 0,7 m/s anzusetzen. Für die Beurteilung der räumlichen Distanzen kann auf die Planskizze Urk. 16/10 bzw. Urk. 31/19/9 abgestellt werden, die seitens der Kläger unbestritten blieb (Urk. 34 S. 12, Urk. 36), auf den Plan der Kantonspolizei Urk. 40/2 sowie auf die Luftübersicht Urk. 5/6.

Nach diesen Plänen stand der Kläger 3 zuletzt auf der Strasse beim Strassenbord nahe der südlichen Grenze des Garagenvorplatzes, wo ihn die bei der Fahrtür des Autos stehende Mutter über das Bord hinweg noch sehen konnte. Auf einer Strasse ist nun aber immer mit einem gewissen Verkehr zu rechnen. Wohl fahren hier die Autos nur langsam, verursachen damit aber auch wenig Lärm und der Lärm eines allenfalls heranfahrenden Autos wurde durch den Staubsaugerlärm übertönt, sodass die Mutter des Klägers 3 ein herannahendes Auto nicht zuverlässig hören konnte. Das Auto der Mutter des Klägers 3 ist ein Kombi mit senkrechter Heckklappe und stand vorwärts auf einem leicht nach vorne abfallenden Platz (Urk. 5/8). Beim Staubsaugen des Fussbodens unter den Vordersitzen mit dem Kopf im Autoinnenraum konnte die Mutter daher allfällige von Norden heranfahrende Autos kaum sehen; von Süden herannahende Autos konnte sie, wenn

überhaupt, höchstens aus einem seitlichen Augenwinkel auf den letzten paar Metern sehen, sofern sie nicht von den Saugarbeiten zu fest in Anspruch genommen und abgelenkt war. Die Mutter konnte heranfahrende Autos in jedem Fall erst dann sehen, wenn der Kläger 3 sich bereits in deren Fahr- und Gefahrenbereich befand und sich die Gefahr z.B. durch eine unerwartete Reaktion des Kindes bereits innert ganz weniger Sekunden auswirken konnte. Sodann hätte der Kläger 3 noch vom Garagenvorplatz her unvermittelt auf die Strasse hinaus und vor ein herannahendes Auto rennen können, da er mindestens für die von Süden her nahenden Autos zunächst durch die Böschung verdeckt war. Im Hinblick auf die Gefahr durch den Verkehr war eine Beaufsichtigung eines am Strassenrand bzw. im Grenzbereich von Strassenrand und Garagenvorplatz spielenden Kleinkindes über eine Distanz von mehreren Metern und ein Bord hinweg und in einem Zeitintervall von einer Minute klar ungenügend.

Auf der gegenüberliegenden Seite der F. _____-Strasse bei den Liegenschaften 22 (mit Gartenteich) und 26 gibt es Garagezufahrten und steile Aussentreppen in einer geschätzten Distanz von weniger als 20 Metern zum Standort des Klägers 3 beim Strassenbord, die für ihn über die Strasse innert weniger als 30 Sekunden bis zum Abbiegen und Verschwinden aus dem Blickfeld der Mutter vom Auto aus zu erreichen waren (vgl. auch Urk. 5/7, Urk. 5/16). Ähnlich wenig Zeit brauchte der Kläger 3 zum Einbiegen auf den Zugangsweg des Hauses Nr. 28 des Beklagten und bis zum Verschwinden selbst aus dem Blickfeld der auf die Strasse hinaustretenden Mutter. Auch hier reichte ein Kontrollblick nach einer Minute nicht, um sich zu vergewissern, wo sich der Kläger 3 aufhielt und dass er sich in keine gefährliche Situation (steile Treppen, aus- oder einfahrende Autos) begab.

Die Kläger machen vorliegend geltend, der Kläger 3 könnte allenfalls über den Garten der grosselterlichen Liegenschaft in den Garten des Beklagten gelangt sein. Dafür (wie auch für ein Verschwinden in der Einfahrt des Hauses Nr. 22) hätte er zunächst unbemerkt hinter dem Autoheck hindurch gehen müssen, was wie ausgeführt durchaus als möglich erscheint, obschon die Kläger dies gleichzeitig ausschliessen. Anschliessend hätte sich der Kläger 3 auf die Aussentreppe der grosselterlichen Liegenschaft begeben und diese erklimmen müssen. Um auf diesem Weg aus dem Blickfeld der Mutter beim Auto zu verschwinden (Urk.5/8+9),

hätte er eine Strecke von geschätzten 16 - 17 Metern bis zum Verschwinden hinter der nordöstlichen Ecke des Hauseingangvorbaus zurücklegen müssen und dafür zufolge der Überwindung von ca. 6 - 7 der 10 Treppenstufen etwa rund 30 Sekunden gebraucht. Ein Kontrollblick in einem Zeitintervall von einer Minute genügte somit auch hier nicht, um den Aufenthalt des Klägers 3 zuverlässig festzustellen.

Um über die Strasse in den Garten des Beklagten zu gelangen, hatte der Kläger 3 vom Strassenbord beim Garagenvorplatz der F. _____-Strasse 24 aus einen Weg von mindestens rund 35 Metern zurückzulegen bis zur nordwestlichen Hausecke des Beklagten, d.h. bis er von der Strasse her nicht mehr sichtbar war. Zwar kann nicht ausgeschlossen werden, dass der Kläger 3 vorliegend für eine gewisse Wegstrecke z.B. einer Katze hinterher gerannt ist und phasenweise daher schnell unterwegs war; er hatte umgekehrt aber auch 4 Treppenstufen zu überwinden, wo er kriechen musste; sodann hatte er kein festes Ziel vor Augen, war "erkundend" auf unbekanntem Terrain unterwegs, und es ist nicht ausgeschlossen, dass er sich unterwegs auch von etwas hat ablenken lassen und still gestanden ist. Insgesamt ist auch hier eine durchschnittliche Geschwindigkeit von 0,7 m/s und damit eine Wegzeit von rund 50 Sekunden (inkl. Treppe) bis zum Verschwinden hinter der Hausecke zu veranschlagen. Auch bei dieser Variante konnte eine Sicht- bzw. Rufkontrolle erst nach einer Minute vom Garagenvorplatz her den Kläger 3 nicht mehr rechtzeitig erreichen und stoppen.

2.3.3.3. Angesichts der verschiedenen Gefahren und Versuchungen, denen der Kläger 3 im fraglich Zeitpunkt auf dem ebenerdigen und frei auf die Strasse mündenden Garagenvorplatz bzw. beim strassenseitigen Bord ausgesetzt war, war ein visuelles Kontrollintervall von einer Minute, ja sogar bereits von 40 Sekunden, klar ungenügend. In dieser Zeit konnte sich der Kläger 3 an verschiedene, vom Garagenvorplatz bzw. von der Strasse beim Garagenvorplatz aus nicht einsehbare Orte begeben und sich dabei unterschiedlichen Gefahren aussetzen. Kommt dazu, dass auch eine akustische Überwachung wegen des Staubsaugerlärms nicht möglich war, die Mutter konnte den spielenden Kläger 3 nicht hören. Damit muss angesichts der konkreten Umstände von einer dem Erwartbaren nicht ent-

sprechenden, ungenügenden Beaufsichtigung ausgegangen werden, wie sie auch ein Teichbesitzer in der Nachbarschaft voraussetzen darf. Welche der Gefahren dem Kläger 3 letztlich konkret zum Verhängnis wurde, ob der Teich des Beklagten oder z.B. ein herannahendes Auto, ist dafür nicht von Bedeutung.

2.4. War das Eindringen eines unbeaufsichtigten Kleinkindes in seinen Garten und bis zum Teich für den Beklagten nicht vorhersehbar, erübrigt sich eine Prüfung, ob und welche zumutbaren und verhältnismässigen Sicherheitsmassnahmen er hätte treffen können, um einem Ertrinkungsunfall eines solchen Kleinkindes vorzubeugen (Urk. 53 S. 11ff). Anzumerken ist diesbezüglich lediglich, dass die SIA-Vorschriften über eine möglichst sichere bauliche Ausgestaltung von Teichen sich auf solche beziehen, die ausdrücklich für die Benützung durch Kinder als Spielteiche bestimmt sind (Urk. 5/19 S. 27). Nach den bfu-Richtlinien zur Sicherheit von Gewässern ist ebenfalls vorab zu bestimmen, welchen Zwecken und welcher Benutzergruppe das Gewässer dienen soll bzw. zugänglich ist; anschliessend soll dann die entsprechende Gefahrenlage analysiert, ein Sicherheitsplan erstellt und sollen Sicherheitsmassnahmen daraus abgeleitet werden (Urk. 5/19 S. 7, 30f). Wenn in der Folge die bfu mögliche bauliche Sicherheitsmassnahmen aufzeigt, heisst dies somit nicht, dass solche bei jedem Teich vorhanden sein sollten, sondern nur in Abhängigkeit vom Zweck und vom Benutzerkreis (so auch der Kläger 3, Urk. 34 S. 29). Für einen lediglich dem familiären Kreis zugänglichen Zierteich, bei dem eine zweckwidrige Nutzung, insbesondere durch unbeaufsichtigte, fremde Kleinkinder nicht vorhersehbar ist, sind die aufgezeigten Sicherheitsmassnahmen daher lässig (Urk. 5/19 S. 31). Mindestens stellt deren Nichtbefolgung - entgegen Urk. 53 S. 22ff - keinen Werkerstellungsmangel dar.

3. Weitere Berufungsrügen

Aufgrund der vorstehenden Erwägungen ist die von den Klägern 1 und 2 in ihrer Berufung gerügte Nichterwähnung sämtlicher Sachverhaltsdetails durch die Vorinstanz nicht von Bedeutung bzw. diese tun nicht dar, inwiefern dies zu einem

fehlerhaften Entscheid geführt haben soll. Ob die Haustreppenstufen des Beklagten als flach oder normal zu bezeichnen sind (Urk. 5/13 Blatt 1 unten bzw. Urk. 16/7 Blatt 2 oben), ist irrelevant, hat dies doch auf die massgebliche Sichtbarkeit des Klägers 3 auf dem Grundstück des Beklagten von der Strasse her keine Bedeutung, und es ist unbestritten, dass der Kläger 3 Treppen überwinden konnte (Urk. 53 S. 6ff). Immerhin wurden die Haustreppenstufen anlässlich des vorinstanzlichen Augenscheins als "normal" eingestuft (Prot. I S. 10). Sodann hat es die Vorinstanz durchaus als möglich erachtet, dass der Kläger 3 auch über den grosselterlichen Garten in den Garten des Beklagten hätte gelangen können (Urk. 54 S. 20, 24f); was die Kläger 1 und 2 hier rügen wollen, ist nicht ersichtlich (Urk. 53 S. 7). Die Skizze im vorinstanzlichen Urteil betreffend den Standort des Klägers 3 während der Autoreinigung ist relativ ungenau, aber - entgegen den Klägern 1 und 2 - nicht unterschiedlich (Urk. 54 S. 3, 20). Massgeblich ist hier auf die Aussage der Mutter des Klägers 3 abzustellen, wonach der Kläger 3 zuletzt das strassenseitige Bord "reinigte" und auf dem Bord auch sein Besen gefunden wurde (Urk. 16/13 S. 6). Die Vorinstanz hat den Werkmangel in Übereinstimmung mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung anhand der Vorhersehbarkeit einer zweckwidrigen bzw. unvorsichtigen Benützung durch Kinder bzw. unbeaufsichtigte Kleinkinder geprüft. Es erübrigt sich daher, auf das davon abweichende Postulat der Kläger 1 und 2 einzugehen, dass in einem Wohngebiet jeder Werkeigentümer immer mit allein herumstreunenden Kleinkindern rechnen und dafür die nötige Vorsorge treffen müsse (Urk. 53 S. 22), und der Kausalzusammenhang zwischen einem Werkmangel und einem Schaden nur durch ein eigentliches Drittverschulden unterbrochen werden könne (Urk. 53 S. 21ff).

4. Zusammenfassend ist festzustellen, dass der Gartenteich des Beklagten für den bestimmungsgemässen Gebrauch keinen Mangel aufgewiesen hat. Eine bestimmungswidrige oder unvorsichtige Nutzung durch Kinder war für den Beklagten nicht voraussehbar und er musste dafür keine Sicherheitsmassnahmen treffen. Insbesondere hatte der Beklagte nicht damit zu rechnen bzw. konnte er nicht konkret voraussehen, dass unbeaufsichtigte Kleinkinder bis zu seinem Teich vordringen würden, und er musste auch dafür keine Vorsorge treffen. Liegt somit

kein Werkmangel im Sinne von Art. 58 OR vor, entfällt die Haftungsgrundlage für die eingeklagten Genugtuungsansprüche der drei Kläger und sind ihre Klagen abzuweisen.

D

Kosten- und Entschädigungsfolgen

Bei diesem Ausgang des Berufungsverfahrens werden die Kläger für beide Gerichtsinstanzen kosten- und entschädigungspflichtig.

Die Bezifferung und Verteilung der erstinstanzlichen Entscheidgebühr und der Parteientschädigungen blieben im Berufungsverfahren unbestritten und sind daher zu bestätigen.

Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren ist gestützt auf einen Gesamtstreitwert von Fr. 115'001.- auf insgesamt Fr. 9'350.- festzulegen und den Klägern im Verhältnis ihrer jeweiligen Rechtsbegehren auferlegen. Der Kläger 1 hat somit Fr. 6'100.-, der Kläger 2 Fr. 810.- und der Kläger 3 Fr. 2'440.- zu übernehmen; diese Beträge sind mit den jeweils geleisteten Prozesskostenvorschüssen zu verrechnen.

Bei der Bemessung der Parteientschädigung ist zu berücksichtigen, dass der Beklagte zwar zwei separate Berufungsantworten erstatten musste, dass er dabei aber zum gleichen Sachverhalt und weitgehend ähnlichen Rügen bzw. Vorbringen Stellung nehmen musste. Die Parteientschädigung ist daher für den Gesamtstreitwert von Fr. 115'001.- nach § 4 Abs. 1 und § 13 AnwGebV zu bemessen und ein Zuschlag für die zweite Berufungsantwort im Sinne von § 11 Abs. 2 AnwGebV zu gewähren. Die Parteientschädigung ist damit auf insgesamt Fr. 11'000.- zuzüglich Fr. 880.- (8% Mehrwertsteuer) zu beziffern. Die Kläger haften dem Beklagten für diese Parteientschädigung solidarisch, wobei im internen Verhältnis unter den Klägern der Kläger 1 65%, der Kläger 2 9% und der Kläger 3 26% zu tragen haben.

Es wird erkannt:

1. Die Klagen aller drei Kläger werden abgewiesen.
2. Die Regelung der erstinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen (Dispositiv Ziffer 2-6) wird bestätigt.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 9'350.- festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Kläger und Berufungskläger 1 im Umfang von Fr. 6'100.-, dem Kläger und Berufungskläger 2 im Umfang von Fr. 810.- und dem Kläger und Berufungskläger 3 im Umfang von Fr. 2'440.- auferlegt und mit ihren jeweiligen Kostenvorschüssen verrechnet.
5. Die Kläger und Berufungskläger werden unter solidarischer Haftung verpflichtet, dem Beklagten und Berufungsbeklagten für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 11'880.- (MWSt. inbegr.) zu bezahlen. Im internen Verhältnis haben der Kläger und Berufungskläger 1 davon 65% definitiv zu tragen, der Kläger und Berufungskläger 2 davon 9% und der Kläger und Berufungskläger 3 davon 26%.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Beklagten/Berufungsbeklagten unter Beilage des Doppels von Urk. 67, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.
7. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 115'001.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 2. Mai 2016

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

Dr. L. Hunziker Schnider

lic. iur. L. Casciaro

versandt am:
mc