

ZH_BEZIRKSGERICHT_DIELSDORF CG060047 vom 10. August 2009

Zh Bezirksgericht Dielsdorf, 2009-08-10, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_bezirksgericht_dielsdorf_CG060047

FR: ZH_BEZIRKSGERICHT_DIELSDORF CG060047 du 10 août 2009

IT: ZH_BEZIRKSGERICHT_DIELSDORF CG060047 del 10 agosto 2009

Erwägungen

E. 5

Minuten passiert sein müssen, also dass die Kinder an die Glatt gingen, dass A._____ hineinfiel und dann abtrieb? Das geht zeitlich nicht auf. Ich würde sagen 5-10 Minuten. Länger ging das Telefongespräch nicht, denn es war eine Anfrage wegen Hundewelpen und ich hatte keine Hunde. F._____ kam dann zurück und sagte, es sei ihm schlecht? Ja. Ich legte ihn auf die Polstergruppe und sagte ihm, er solle sich hinlegen. Da rief bereits Frau G'._____. Ich rannte dann zu ihr hinaus und gerade weiter. Sie stiegen dann ins Auto von Frau K._____. Kam diese zufällig daher? Sie kam von der Arbeit heim für die Mittagspause. Sie kam angefahren und ich bat sie darum, mit mir die Glatt hinunter zu fahren." (beigezogene Akten SB030381, act. 81, S. 9 ff.). Im Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 6. Juli 2004 wurde auf S. 7 auf die Aussagen an der Hauptverhandlung Bezug genommen und festgehalten: "Die Angeklagte schilderte, sie sei für kurze Zeit in der Waschküche gewesen (Urk. 2 S. 12). Sie habe eine Ladung Wäsche aus der Maschine genommen und die nächste gefüllt (Urk. 16 S. 8). Ihre heutigen Ausführungen, wonach sie die Kinder, als sie aus der Waschküche gekommen sei, nochmals gesehen habe (Prot. II S. 9), müssen als Schutzbehauptungen bezeichnet werden. Zum einen brachte sie diese Darstellung heute zum ersten Mal vor; zum andern wirkt sie insgesamt wenig überzeugend (Vgl. a.a.O. betr. akustisches Wahrnehmen). Insbesondere aber hatte die Angeklagte bei der Vorinstanz noch zwei Mal klar bestätigt, die Kinder in diesem Zeitpunkt nicht mehr gesehen zu haben (Prot. I S. 15 und 17)." Anlässlich der persönlichen Befragung der Beklagten vom 26. März 2009 führte diese auf Befragung des Referenten aus: (Frage:) „Haben Sie an diesem tt.mm 2001, als sie aus der Waschküche zurück ins Haus gingen, die Kinder nochmals gesehen? 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. (...) Diese ersten Aussagen von Ihnen lassen den Schluss zu, dass Sie die Kinder effektiv während einer - 24 - längeren Zeit nicht gesehen haben. Trifft dies zu? Nachdem Sie die Kinder das letzte Mal gesehen haben, sind Sie dann nochmals in die Waschküche oder nicht? Können Sie zu diesen Punkten heute nochmals etwas sagen? Ich bin nicht nochmals in die Waschküche. Sind Sie an diesem Morgen überhaupt nur einmal in die Waschküche gegangen? Ja. Als Sie aus der Waschküche herausgekommen sind, haben Sie die Kinder dann nochmals gesehen oder nicht? (Die Beklagte schweigt zuerst und antwortet schliesslich:) Ich kann dies nicht mehr sagen. Eine weitere Ungereimtheit ist die Tatsache, dass Sie hier bei der ersten Einvernahme ausführen, dass die Kinder weg gewesen seien, und Sie nicht genau wüssten wo, dass F._____ dann zuerst nach Hause gekommen sei und erst danach die Bekannte wegen der Hunde angerufen habe, wobei F._____ Ihnen noch gesagt hätte, dass das

Telefon läuten würde. Bei allen anderen Einvernahmen ist es so dargestellt, dass Sie bereits am Telefon waren, als F._____ nach Hause gekommen sei und sagte, dass ihm schlecht sei. Was stimmt? Es stimmt, dass F._____ mich ans Telefon gerufen hat. F._____ kam also alleine nach Hause und erst dann hat das Telefon geläutet. Es ist also so, wie Sie es in der ersten Einvernahme gesagt haben? Ja. Für mich ist klar, dass Sie die Kinder beim Biotop noch gesehen haben und dann weggeschickt haben. Dann kommt die Arbeit in der Waschküche und im Anschluss verlassen Sie die Waschküche. Hier stellt sich die Frage, ob Sie die Kinder in diesem Zeitpunkt noch einmal gesehen oder wenigstens gehört haben. Hierzu machten Sie in den bisherigen Einvernahmen verschiedene Aussagen. Aber dann besteht eine Lücke: Die Kinder müssen an die Glatt gegangen sein und A._____ muss hereingefallen sein. Die Kinder müssen wieder zurückgekommen sein, F._____ zu Ihnen und dann läutet das Telefon. Deshalb meine Frage: Nachdem Sie die Kinder weggeschickt haben bis zu dem Moment, in dem F._____ zurückgekommen ist, was haben Sie in dieser Zeit gemacht? Es war kurz vor zwölf. Ich musste für die Kinder kochen. Es war zwischen 11:00 und 11:20 Uhr, haben Sie zu dieser Zeit bereits gekocht? Ich fange dann schon einmal mit vorbereiten an, wenn die Kinder bald nach Hause kommen. Dies mag generell zutreffen. Mich interessiert aber genau dieser tt.mm 2001. Was haben Sie damals gemacht? Ich habe Haushaltsarbeiten gemacht. Wissen Sie nicht mehr genau, was Sie gemacht haben? Es ist ja doch ein Tag, welcher einem in

- 25 - Erinnerung bleibt. Ja, alles was danach passiert ist. Daran habe ich Erinnerungen. Wenn Sie zurückdenken, was war vorher? (Die Beklagte zögert.) Es ist schwer. Ich kann mir nichts zusammenreimen, nur weil es jemand hören will. Dies müssen Sie auch nicht. Sie müssen nur das sagen, was Sie noch nachvollziehen können. Ich weiss noch das mit der Waschküche, dass ich die Kinder vom Biotop weggeschickt habe. Waren Sie in der Waschküche bevor oder nachdem Sie die Kinder vom Biotop weggeschickt haben? Ich habe die Kinder erst beim Biotop gesehen als ich in die Waschküche gegangen bin. Das kleine Biotop war gleich neben der Waschküche. Dann sind sie losgezogen Richtung G"._____s. Dann haben Sie die Arbeiten in der Waschküche gemacht. Sie sind dann rausgekommen. Haben Sie die Kinder dann direkt noch gesehen oder hatten Sie nur das Gefühl, Sie hören die Kinder noch? Nein, gesehen habe ich sie nicht mehr, aber ich habe sie gehört, weil sie beim Schopf herumgespielt haben. Die Kinder waren also einfach in der Gegend des Schopfs? Ja. Und dann - dies kann man ja eigentlich nur nachvollziehen, wenn man die Aussagen der Kinder, also von F._____ und G._____, liest - sind die Kinder runter an die Glatt und die Geschichte mit der Bonbontüte ist passiert, A._____ ist hineingefallen und hat um Hilfe gerufen, die Kinder sind ein bisschen mitgelaufen und dann gleich nach Hause gekommen. Hier ist eben die Lücke, bei welcher ich Sie gefragt habe, was Sie in dieser Zeit gemacht haben. Können Sie mir sagen, wie lange dies ungefähr war? Waren es fünf, zehn, fünfzehn oder zwanzig Minuten? Ich weiss es nicht mehr. Ich habe nie eine Uhr an. Ich habe Ihnen vorher die Aussage vorgehalten, wo Sie das Gefühl hatten, dass die Kinder noch beim J._____ gewesen seien. Sie sagten dort auf die Frage, ob sie wissen, wie lange sich die Kinder beim J._____ aufgehalten haben: "Nein das weiss ich nicht. Was schätzen Sie? Höchstens so 10 bis 15 Minuten." Aus dieser Aussage ziehe ich den Schluss, dass es in diesem Fall ca. 10 bis 15 Minuten gewesen sind, von dem Zeitpunkt an als die Kinder weggelaufen sind bis F._____ zurückgekommen ist. Ist dieser Schluss richtig? Das könnte richtig sein. In dieser Zeit wussten Sie einfach nicht, wo die Kinder sind und nahmen an, dass sie im J._____ sind. Ist das richtig? Ich habe angenommen, dass sie am Verlofahren sind mit dem kleinen G"._____sohn. Sie haben dies gedacht. Haben Sie es

konkret gesehen oder gehört in diesem Moment? Nach dem Schopf nicht.

- 26 - Während einer Zeit von ca. 10 bis 15 Minuten? (Die Beklagte nickt.) Und dann kam F._____ zurück? Ja. Als F._____ alleine zurückgekommen ist, haben Sie sich keine Gedanken gemacht über den Verbleib von A._____? Doch habe ich mir schon, aber ich hatte ein "pflotschnasses" Kind, welches unter Schock war. Ich habe es zuerst einmal abgelegt und ja, dann kam noch das blöde Telefon. Ich dachte zuerst noch, dass es die Nachbarin ist, weil sie ab und zu nicht reinkommt. Aber es war eine Hundekäuferin, welche ich eigentlich ziemlich schnell abgewimmelt habe. Was heisst "pflotschnasses" Kind? Er war bis beinahe zur Hüfte nass. Haben Sie ihn gefragt, warum? Er hat keine Antwort gegeben. Er war im Schockzustand. Haben Sie dann nicht eins und eins zusammengezählt und gedacht, Wasser ... Ich bin dann... Er ist ziemlich schnell erschreckt. Es ist sicherlich ein Alarmzeichen gewesen. Ich habe deshalb auch gedacht, dass ich das Telefon schnell abnehme und schaue, ob irgendetwas ist. Ich habe dann in diesem Moment die Nachbarin gesehen und wusste, dass irgendetwas ist.“ (Prot. S. 28. ff.) Aussagen einer Partei in der persönlichen Befragung, welche zu ihren Gunsten lauten, bilden keinen Beweis (§ 149 Abs. 3 ZPO). Eingedenk dieser Prämisse hat die persönliche Befragung vom 26. März 2009 mit Blick auf die gesamten Verfahrensakten doch in einigen Punkten Klarheit geschaffen, welche bis dahin nicht restlos klar waren. Sie decken sich auch weitestgehend mit den Aussagen der Beklagten anlässlich der polizeilichen Einvernahme vom 17. April 2001, der weit- aus zeitnächsten Befragung, in welcher die Beklagte zudem noch nicht als Ange- schuldigte sondern noch als Auskunftsperson einvernommen wurde. Das Aussa- geverhalten der Beklagten am 26. März 2009 war nach anfänglichem Zögern zu- dem gegen Ende sehr authentisch und hatte zeitweise den Charakter von echten Zugeständnissen. Sie machte dabei Aussagen, welche nicht zu ihren Gunsten lauteten, und welche deshalb Beweiswert haben. Dies betrifft einerseits die Tat- sache, dass die Beklagte die Kinder, nachdem sie diese vom Biotop weggeschickt hat und danach die Waschküche betreten hat, beim Verlassen der Waschküche nicht mehr gesehen hat, andererseits auch, dass sie sich in der Folge während 10 bis 15 Minuten um den Haushalt gekümmert hat und dabei die Kinder weder ge-

- 27 - sehen noch gehört hat und schliesslich, dass nach Ablauf dieser 10 bis 15 Minu- ten ihr Sohn F._____ mit bis zur Hüfte nassen Hosen und unter Schock stehend nach Hause gekommen ist, sich auf das Sofa gelegt hat und dann erst das Tele- fon klingelte, welches die Beklagte abnahm und alsdann mit der Gesprächspart- nerin, welche sich für Hundewelpen interessierte, führte. Zur Zeitangabe der Be- klagten ist festzuhalten, dass im Zivilverfahren der Grundsatz in dubio pro reo nicht gilt. Es ist weiter davon auszugehen, dass die Beklagte die massgebliche Zeitdauer eher zu ihren Gunsten verkürzt. Eingedenk dieser Tatsache und auch im Lichte ihrer ersten Aussage bei der Bezirksanwaltschaft V vom 10. September 2002, gemäss welcher sie die Kinder während einer halben Stunde nicht gesehen haben will (act. 16/3, S. 6), ist in casu als erstellt zu betrachten, dass F._____ nach 15 Minuten ins Haus zurückgekehrt ist und sie die Kinder demnach während 15 Minuten nicht gesehen hat. Was den vorliegenden Beweissatz betrifft, ist zu- dem klar, dass die Beklagte die Kinder beim Verlassen der Waschküche nicht mehr gesehen hat. Strittig bleibt aber, ob sie sie in diesem Zeitpunkt noch gehört hat (Prot. S. 34; act. 49, S. 12). Die Klägerin verneint dies mit dem Hinweis auf die Aussagen der Beklagten bei der Einvernahme durch die Kantonspolizei Zürich am 17. April 2001 und die Bezirksanwaltschaft am 10. September 2002 (act. 49, S. 12 mit Hinweis auf act. 16/2, S. 19

[recte: S. 10] und 16/3, S. 10). Dazu ist zu bemerken, dass die zitierte Aussage bei der Polizei eine erste, ganz generelle Aussage zu dem tragischen Morgen war. Die Beklagte führte dort aus: „Ich ging dann mit beiden Kindern zu mir. Der kleine G._____ stiess noch dazu. Die Kinder spielten dann draussen und zwar zwischen unserem Haus und demjenigen von den G“_____. Von da an kann ich nur noch sagen, was mir nachher erzählt wurde.“(act. 16/2, S. 10). Kein Thema war die Waschküche, das Biotop oder gar, ob die Beklagte, als sie das Waschlöschen verliess, die Kinder noch gesehen oder gehört hat oder nicht. Aus dieser ersten pauschalen Schilderung der Beklagten kann bezüglich dieser konkreten Frage nichts zu ihren Lasten abgeleitet werden. Was die zitierte Aussage bei der Bezirksanwaltschaft V betrifft, welche lautet: (Ergänzungsfrage RA' in X._____) „Sie sagten, dass die Kinder häufig um den Schopf herumspielten. Hörte man da, wenn die Kinder im Schopf spielten, wenn das Fenster geöffnet war? Ja, es hat dort viel Werkzeug, welches für die Kinder

- 28 - interessant ist. Man hörte es jeweils scheppern. Hörten Sie die Kinder am Unglückstag? Nein. Ich kann das jetzt nicht...Ich hatte an einem Ohr das Telefon.“ ist ebenfalls zu bemerken, dass sie einen grösseren Zeitrahmen betrifft und nicht konkret den Zeitpunkt, als die Beklagte vom Waschlöschen ins Haus trat, zumal sie in jenem Zeitpunkt ja das Ohr nicht am Telefon hatte. Die zitierten Aussagen stehen deshalb nach Ansicht des Gerichts mit der Aussage anlässlich der persönlichen Befragung vom 26. März 2009 nicht im Widerspruch. Zudem ist es nicht richtig, wenn die Rechtsvertreterin der Klägerin ausführt, dass die Beklagte zum ersten Mal gesagt habe, dass sie die Kinder beim Verlassen des Waschlöschens noch gehört habe. Exakt die nämliche Aussage machte die Beklagte nämlich vor Obergericht: "Und zu welchem Zeitpunkt verloren Sie die Kinder aus den Augen? Ich ging nach dem Verbot (Anm.: beim Biotop zu spielen) in die Waschküche. Da waren sie noch da. Als ich dann ins Haus hinein ging mit den Kleidern, da hörte ich sie nur noch (Prot. OG, S. 9). Es erscheint dem Gericht denn auch durchaus plausibel, dass die Beklagte nach ihrem kurzen Aufenthalt in der Waschküche, bei welchem sie die Wäsche aus der Waschmaschine genommen und in den Tumbler gelegt und die Waschmaschine mit einer neuen Ladung Wäsche gefüllt hat, die Kinder zwar nicht mehr sehen, aber noch hören konnte. Im Ergebnis ist deshalb davon auszugehen, dass die Beklagte die Kinder beim Verlassen des Waschlöschens nicht mehr gesehen, allerdings noch aus der Richtung Schopf gehört hat, weiter aber auch, dass sie die Kinder im Anschluss daran während 15 Minuten weder gesehen noch gehört hat, bis zum Zeitpunkt nämlich, in welchem F._____ –nass bis zu den Hüften und ohne A._____ – ins Haus zurückgekehrt ist. 4.6. Im Beweisauflegebeschluss vom 30. Mai 2008 wurde der Klägerin der Hauptbeweis dafür auferlegt, dass die Klägerin im Zeitpunkt, in welchem die Beklagte aus dem Waschlöschen trat, noch nicht in die Glatt gefallen war. Die Rechtsvertreterin der Klägerin monierte diese Beweisaufgabe, weil damit eine nicht bestrittene Tatsache zum Beweis verstellt worden sei, nachdem die Beklagte ja gerade behauptete, die Kinder in jenem Zeitpunkt noch gesehen zu haben. Die Rechtsvertreterin der Klägerin verkennt dabei aber, dass sie selber dies ja bestritt, und der Rechtsvertreter der Beklagten deshalb in der Duplik in einem Eventual-

- 29 - standpunkt ausführte, dass für den Fall, dass die Beklagte die Kinder nach dem Verlassen des Waschlöschens nicht mehr gesehen hätte, davon auszugehen sei, dass die Klägerin in jenem Zeitpunkt bereits in die Glatt gefallen sei (act. 20, S. 14). Diese Behauptung war strittig und musste für den Eventualfall zum Beweis verstellt werden.

Nachdem das Beweisverfahren nunmehr aber ergeben hat, dass die Beklagte die Kinder beim Verlassen des Waschhäuschens zwar nicht mehr gesehen, aber noch gehört hat, ist auch als bewiesen anzusehen, dass die Klägerin in diesem Zeitpunkt noch nicht in die Glatt gefallen war. 4.7. Zum Beweissatz, dass A. _____ oft auf der M. _____-strasse oder beim J. _____ gespielt hat und dabei nur ganz selten von einer erwachsenen Person und lediglich in circa der Hälfte der Fälle von ihrer älteren Schwester N. _____ begleitet worden ist. Als Beweismittel nannte die beweisbelastete Beklagte die Zeugeneinvernahme von K. _____ bei der Bezirksanwaltschaft V für den Kanton Zürich vom 3. März 2004, S. 5 sowie die erneute Einvernahme der Zeugin K. _____ (act. 30, S. 2 und 3). Wie vorstehend ausgeführt wurde auf Letzteres verzichtet. Als Gegenbeweismittel liess die Klägerin die Zeugeneinvernahme von O. _____ durch die Bezirksanwaltschaft V für den Kanton Zürich vom 26. Februar 2004, Seiten 3 bis 7, die Zeugeneinvernahme von P. _____ durch die Bezirksanwaltschaft V für den Kanton Zürich vom 26. Februar 2004, Seiten 4 bis 7, die Zeugeneinvernahme von Q. _____ durch die Bezirksanwaltschaft V für den Kanton Zürich vom 17. März 2004, Seiten 3 bis 6, die Zeugeneinvernahme von R. _____ durch die Bezirksanwaltschaft V für den Kanton Zürich vom 17. März 2004, Seiten 3 bis 7, die Zeugeneinvernahme von B. _____ durch die Bezirksanwaltschaft V für den Kanton Zürich vom 19. Februar 2004, Seiten 3 bis 9, sowie die Zeugeneinvernahme von S. _____ durch die Bezirksanwaltschaft V für den Kanton Zürich vom 18. März 2004, Seiten 3 unten, sowie die erneute Einvernahme dieser Zeugen nennen (act. 29, S. 9 und 10.). Auch hier wurde – wie vorstehend ausgeführt – mit Ausnahme der nächstbeteiligten Zeugin B. _____ auf Letzteres verzichtet. Die Zeugin K. _____ ist eine Nachbarin der Familien A. _____ B. _____ C. _____ und

- 30 - D. _____ (bezüglich Letzteren bis zu deren Wegzug). Die Klägerin liess durch ihre Rechtsvertreterin in der Stellungnahme zum Beweisergebnis ausführen, dass die Glaubwürdigkeit der Zeugin K. _____ äusserst zweifelhaft sei, da sie sich weigere, ihre im Jahre 2004 im Rahmen des Strafverfahrens gemachten Aussagen vor dem Zivilrichter und unter Hinweis auf § 164 ZPO zu wiederholen. Es müssten Ressentiments gegen die Familie A. _____ B. _____ C. _____ vorhanden sein, welche eine objektive Wahrnehmung seit jeher verunmöglichen. Ihre Aussagen müssten vor diesem Hintergrund als wertlos und nicht verwertbar angesehen werden (act. 49, S. 14). Das Gericht teilt diese Ansicht nicht. Die Zeugin hat ausgeführt und belegt, dass sie im Anschluss an die Zeugeneinvernahme bei der Bezirksanwaltschaft V für den Kanton Zürich vom 3. März 2004 und nachdem die Eltern der Klägerin ihre dort gemachten Aussagen zur Kenntnis genommen haben, verunglimpft und aufgefordert wurde, eine neue Wohnsituation zu suchen (act. 38 und 39/1). Dass das Verhältnis bereits vorher massiv gestört war, ist nicht belegt. Die Ausführungen in act. 39/1 vermögen zwar gewisse Unstimmigkeiten zwischen den beiden Familien nahe zu legen, markieren aber dennoch deutlich den Bruch, den diese Beziehung nach der Einvernahme vom 3. März 2004 erhalten hat („...wenn nicht auch diese Angelegenheit etwas positives hätte, nämlich das wir nun gemerkt haben, was unsere Nachbarn sind.“). Zudem fällt ins Gewicht, dass es ja die Zeugin K. _____ war, die am Unfalltag beherzt die Beklagte ins Auto nahm und sofort der Glatt nach fuhr, wo dann die Klägerin aufgefunden und aus dem Wasser gezogen werden konnte. Was die Rechtsvertreterin der Klägerin sodann aus dem Hinweis auf § 164 ZPO ableiten will, ist nicht nachzuvollziehen, erfolgte die Zeugenaussage im Strafverfahren doch ebenfalls unter der Strafandrohung von § 307 StGB. Insgesamt manifestiert sich nur, aber immerhin, ein Bild von einer nicht sonderlich engen, leicht getrübbten nachbarschaftlichen

Beziehung vor dem 3. März 2004, was bei der Würdigung der Aussagen der Zeugin K._____ zu berücksichtigen ist. Anlässlich der Zeugeneinvernahme bei der Bezirksanwaltschaft V für den Kanton Zürich vom 3. März 2004 sagte K._____ folgendes aus: „Sahen Sie A._____ vor dem Unfall jemals im Freien spielen? Ja, oft. Sie war oft draussen. Können Sie

- 31 - mir sagen, wo sie da jeweils spielte? Überall. Sie war viel an der M._____ -strasse vorne. (...) Alle Parteien hatten ja die Gärten eingezäunt. Die Kinder haben trotz- dem ausserhalb der Umzäunung gespielt. Vor allem, wenn die Kinder von D._____ 's mit denjenigen von B._____ C._____ gespielt haben, haben sie oft beim J._____ gespielt und auf der M._____ -strasse. Auch kam es vor, dass A._____ im Wald spielte. Jedes Grundstück grenzt auf der Rückseite des Hauses an den Wald. Wenn A._____ an diesen Orten am Spielen war, war sie da stets von einer erwachsenen Person oder von einem älteren Kind begleitet bzw. beauf- sichtigt? Nein. Von einer erwachsenen Person ganz selten und von der älteren Schwester wurde lediglich in ca. der Hälfte der Fälle begleitet, in welchen ich A._____ draussen spielen sah.“ (act. 16/7, S. 5). Die Mutter der Klägerin, B._____, sagte als Zeugin anlässlich der Einvernahme am hiesigen Gericht vom 26. März 2009 auf Vorhalt des Beweissatzes 2.3 folgen- des aus: „Erstens kann sie dies gar nicht sagen, da Sie zu diesem Zeitpunkt 100 % arbeitstätig war. Zweitens ist bei uns alles total weitsichtig. Man kann einfach aus dem Fenster schauen und es gibt nichts, was einem die Sicht verhindert, kei- ne Häuser und nichts. Hat A._____ denn auf der Strasse und beim J._____ ge- spielt und ist sie dabei nur ganz selten von einer erwachsenen Person und ledig- lich in circa der Hälfte der Fälle von ihrer älteren Schwester N._____ begleitet worden? Dies ist schon korrekt. Es war nicht immer eine Erwachsene Person da- bei oder N._____. Sie war ja auch in der Schule. Aber A._____ war immer unter meiner Aufsicht, ob dies jetzt durchs Fenster war oder im Garten. Ich habe Sie immer gesehen oder gehört. Es kam auch vor, dass sie eigentlich hätte zuhause bleiben sollen und dennoch aus dem Garten wegging. Es sind alles Ausnahmefäl- le, welche Frau K._____ beschreibt. Dies war aber nicht der Normalfall. Deshalb hat mich die Aussage auch gestört. Auf Vorhalt Ihrer Aussage als Zeugin bei der Bezirksanwaltschaft V vom 19. Februar 2004, act. 16/14, S. 5 Frage/Antwort 4-5): Können Sie mir ausführen, was Sie unter Sichtkontakt verstehen? Sie werden ja wohl nicht ständig direkten Sicht- oder Hörkontakt aufrecht erhalten haben? Nein, das ist bei einem Kind in diesem Alter auch nicht nötig, aber es ist ein unge- schriebenes Gesetz, jede Mutter weiss, dass etwas nicht mehr gut ist, wenn man

- 32 - die Kinder weder hört noch sieht. A._____ war zudem nicht in einem fremden Quartier, sondern bei sich. Ich verlange nicht, dass Frau D._____ besser auf A._____ aufpasst als wir und ihr ständig hinterherläuft, aber es geht nicht, dass sie überhaupt nicht aufpasst. Es kann vielleicht auch einmal eine Zeitspanne von zehn Minuten sein (Beim Durchlesen korrigiert die Zeugin die Zahl auf fünf Minu- ten), wo man das Kind nicht sieht und hört. Aber nicht zwanzig Minuten. Wenn man das aber weiss, dann nimmt man das Kind zu sich in den Garten oder ins Haus. In welchen Intervallen haben Sie eine Sicht- oder Hörkontrolle gemacht? Man hat wie ein innere Uhr, wann haben Sie jeweils nach den Kindern geschaut? Es geht vor allem um die Frühlings- und Sommermonate, wo die Kinder draussen spielten. Wir sind eine Familie, die in diesen Monaten praktisch "draussen lebt". Wir sind oft im Garten. Wir sind ständig im Garten, grillieren, ich mache die Wä- sche, Gartenarbeit etc. Die Kinder waren oft bei uns, weil sie sich bei uns frei be- wegen konnten und sehr wohl fühlten. Mit Kindern meine ich unsere zwei Kinder, F._____, T._____ und

G._____. Noch einmal: In welchen Intervallen haben Sie eine Sicht- oder Hörkontrolle gemacht? Die Frage ist schwierig. Vielleicht einmal fünf bis 10 Minuten wenn man auf die Toilette geht oder so. Wobei das geht nicht

E. 5.1

Was die Genugtuung betrifft, so ist vorab zu konstatieren, dass der ein- schlägige Art. 47 OR kraft Verweisung in Art. 99 Abs. 3 OR auch bei Anwendung der vertraglichen Regeln direkt anwendbar ist. Gemäss dieser Bestimmung kann der Richter bei Tötung oder Körperverletzung eines Menschen unter Würdigung der besonderen Umstände dem Verletzten oder den Angehörigen des Getöteten eine angemessene Geldsumme als Genugtuung zu sprechen. Diese ist nur ge- schuldet, wenn die widerrechtliche Handlung den Geschädigten physisch oder seelisch schwer betroffen hat (ROLAND BREHM, a.a.O., N 12 zu Art. 47 OR). Weiter wird gefordert, dass die als Genugtuung gesprochene Geldsumme bei der Ge- schädigten tatsächlich ein Gefühl des Wohlbefindens erwecken kann (ROLAND BREHM, a.a.O, N 21 zu Art. 47 OR). Dabei ist festzuhalten, dass Gerichte auch bei Geschädigten mit reduziertem Empfindungsvermögen Genugtuungssummen zu- gesprochen haben (BGE 108 II 422/433 f., SJZ 1969 297 Nr. 142). Massgebend ist, dass das anvisierte Wohlbefinden auch indirekt mittels Anschaffungen, welche das als Genugtuung gesprochene Geld ermöglichen, erreicht werden kann. Dies ist vorliegend gegeben. Eine Delegation des Gerichts hat die Klägerin anlässlich des Augenscheins vom 20. Mai 2008 zuhause besucht (Prot. S. 8) und dabei er- lebt, dass A._____ durchaus auf ihre Umwelt reagiert und Empfindungen zeigt. Dies bestätigen auch der Schlussbericht der Stiftung U._____ vom 6. Juni 2007 (act. 16/20) sowie das ärztliche Zeugnis des Kinderspitals Zürich vom 14. Juni 2007 (act. 16/21). Ebenfalls augenscheinlich ist, dass mittels technischer Geräte, die Lebensumstände der körperlich massiv eingeschränkten Klägerin verbessert werden können. Für das Gericht steht damit ausser Zweifel, dass sowohl die ob- jektiven als auch die subjektiven Voraussetzungen für die Zusprechung einer Ge- nugtuung gegeben sind.

E. 5.2

Die Höhe der Genugtuungssumme soll als Ausgleich für die körperlich und psychisch erlittenen Schmerzen dienen. Das Mass des Verschuldens des Schä- digers spielt dabei nach der neueren Rechtsprechung keine Rolle (ROLAND BREHM, a.a.O., N. 33 ff. zu Art. 47). Die Genugtuungssumme ist desto höher an- zusetzen, je grösser die erlittenen Schmerzen waren und sind. Vorliegend fällt

- 45 - dabei einerseits die schwere und unwiderrufliche körperliche und geistige Verlet- zung der Klägerin ins Gewicht, andererseits aber auch die erlittenen Qualen wäh- rend der langen Zeit, in welcher die Klägerin im Fluss trieb. Diese Vorstellung ist besonders eindrücklich und schmerzhaft, wenn man – wie die Delegation des Ge- richts es anlässlich des Augenscheins vom 20. Mai 2008 machte – den Weg von der Stelle, an welcher die Klägerin in den Fluss fiel, bis zu der Stelle, an welcher sie gerettet werden konnte, abmarschiert. Weiter wirkt sich auch das Alter der Klägerin auf die Höhe der Genugtuung aus, da sie Zeit ihres Lebens an den Fol- gen der Schädigung leiden wird. In Würdigung der gesamten Umstände erscheint eine Genugtuung in der Höhe von Fr. 200'000.-- als angemessen.

E. 5.3

Die Genugtuung ist ab dem Unfalltag geschuldet, weshalb auch der Schadenszins von diesem Zeitpunkt an, also ab dem tt.mm 2001, festzusetzen ist. 6. Zusammenfassung und Ergebnis Im Ergebnis ist die Beklagte demnach zu verpflichten, der Klägerin eine Genugtuung von Fr. 200'000.-- zuzüglich Zins zu 5% seit dem tt.mm 2001 zu bezahlen. Zudem ist der Klarheit halber davon Vormerk zu nehmen, dass es sich vorliegend um eine Teilklage handelt und eine Nachklage vorbehalten bleibt (FRANK/STRÄULI/MESSMER, Kommentar zur Zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, N 17 zu § 54). 7. Kosten- und Entschädigungsfolgen Die Beklagte wird im vorliegenden Verfahren zur Leistung einer Genugtuung verpflichtet, allerdings recht deutlich unter der eingeklagten Summe. Bei diesem Ausgang des Verfahrens rechtfertigt es sich, die Gerichtskosten der Klägerin zu einem Drittel und der Beklagten zu zwei Dritteln aufzuerlegen. Zudem ist die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin eine reduzierte Prozessentschädigung zu bezahlen (§ 64 Abs. 2 und § 68 Abs. 1 ZPO).

- 46 - 8. Rechtsmittel Gegen das vorliegende Urteil ist das ordentliche Rechtsmittel der Berufung gegeben (§ 259 Abs. 1 Ziff. 1 ZPO).

- 47 - Das Gericht erkennt:

E. 10

Minuten. Ich würde sagen wenige Minuten. Dann geht man wieder nach draussen und hat alles unter Kontrolle. Man hat die Kinder permanent gehört. Sie haben so einen Lärm gemacht mit Velofahren, Lachen, Streiten etc. Es war ständig eine Geräuschkulisse.“ (Prot. S. 23 ff.). Vorab ist darauf hinzuweisen, dass die Aussagen der Zeugin B._____ zufolge ihrer Nähe zur Klägerin und ihrer offen deklarierten Abneigung gegen die Beklagte wegen des in Frage stehenden Vorfalles mit einer gewissen Zurückhaltung, mithin eher schon wie Parteibehauptungen, zu würdigen sind. Mit dieser Vorbemerkung zur generellen Glaubwürdigkeit ist aber zu sagen, dass die Zeugin am 26. März 2009 sehr offen und detailliert Aussagen zugunsten beider Parteien gemacht hat, weshalb ihre Aussagen doch als grundsätzlich glaubhaft angesehen werden dürfen. Sodann kann festgestellt werden, dass die Zeugin Jaramaz die zum Beweis verstellte Behauptung der Zeugin K._____ an der Einvernahme vom 26. März 2009 grundsätzlich bestätigt hat. Sie ergänzte aber, dass sie ihr Kind während

- 33 - dieser Zeit akustisch beaufsichtigt habe, dass es aber auch einmal vorgekommen sei, dass A._____ „ausbüchste“. Dies sei aber eine absolute Ausnahme gewesen. Zudem habe sie immer nach A._____ gesucht, wenn sie diese fünf (bei der ersten Einvernahme sagte die Zeugin ‚zehn‘) Minuten nicht gehört habe. Mit dieser Einschränkung ist die zum Beweis verstellte Behauptung als bewiesen zu betrachten, da die Aussage der Zeugin K._____ ja bezüglich der Häufigkeit nicht allgemein gültigen Charakter beansprucht, sondern nur diejenigen Fälle betreffen soll, welche K._____ persönlich miterlebt hat. Auf den Einbezug der Aussagen von O._____, P._____, Q._____ und R._____, welche alle nur wesentliche Aussagen für die beschränkten Zeiten machen konnten, in welchen sie die Kinderbetreuung übernommen hatten, sowie auf die nur ganz punktuelle Aussage von S._____, kann bei dieser Sachlage verzichtet werden. 4.8. Zum Beweissatz, dass zwischen dem 1. November 1999 und dem tt.mm 2001 K._____ dreimal B._____ habe rufen müssen, weil A._____ auf der Wiese zwischen der M._____ -strasse und der Glatt war und in Richtung Glatt gerannt ist. Als Beweismittel nannte die beweisbelastete Beklagte die Zeugeneinvernahme von K._____ bei der Bezirksanwaltschaft V für den Kanton Zürich

vom 3. März 2004, S. 7 ff. sowie die erneute Einvernahme der Zeugin K._____ (act. 30, S. 3). Wie vorstehend ausgeführt wurde auf Letzteres verzichtet. Die Klägerin liess als Gegenbeweismittel die Zeugeneinvernahme von B._____ nennen (act. 29, S. 11). Die Zeugin K._____ führte bei der Bezirksanwaltschaft V für den Kanton Zürich vom 3. März 2004 dazu folgendes aus: „Haben Sie A._____ vor dem Unfall je- mals auf der Strasse oder dem J._____ sich aufhalten sehen, ohne dass ein älte- res Kind oder eine erwachsene Person anwesend war? Ja. Kam dies nur einmal oder mehrmals vor? Mehrmals. Können Sie sagen, ob das der Normalzustand war oder ob es sich um Ausnahmefälle handelte? Es war immer dann, wenn A._____ ‚ab‘ ist. Sie ist ab und zu abgehauen. Wir waren seit 1999 Nachbarn. In dieser Zeit bis zum Unfall habe ich 3 Mal Frau B._____ gerufen, weil A._____ auf der Wiese zwischen der M._____ -strasse und der Glatt war und Richtung Glatt rannte. (act. 16/7, S. 7).

- 34 - Die Mutter der Klägerin, B._____, sagte als Zeugin anlässlich der Einvernahme am hiesigen Gericht vom 26. März 2009 auf Vorhalt des Beweissatzes 2.4 folgen- des aus: „Es war wahrscheinlich, dass ich A._____ schon am suchen war und sie sich auf dieser Wiese befand. Frau K._____ hat mich da vielleicht rufen hören. Aber dass A._____ alleine bei der Glatt war und sie mich dreimal habe rufen müssen, es tut mir leid, aber das kam bei mir nicht vor. Es kam sicher einmal vor, dass A._____ bei ihr im Garten stand, nachdem sie ausgebüchst war. Das kann sein. Auch diese Behauptung basiert auf der Aussage von K._____. Sie hat dazu ausgesagt: (Der Referent zitiert act. 16/7, S. 7 Frage/Antwort 1-3). Was sagen Sie dazu? Sie war nicht an der Glatt unten. Es hat eine Wiese, welche 80m bis 100 m breit und 200m lang ist. Auf der Wiese hat es im ersten Drittel einen Baum, bei welchem sie spielen durften. Wenn sie dort auf der Wiese war, ist dies noch kein Alarmzeichen. Ich weiss jedenfalls nichts davon, dass sie beim Fluss war. (Er- gänzungsfrage RAin X._____:) Es wurde ausgeführt, dass A._____ manchmal "ausgebüchst sei". Was heisst das? Haben Sie sie dann jeweils gesucht? Ja, es ist vorgekommen, dass A._____ über den Gartenzaun geklettert ist. Aber das wa- ren Ausnahmefälle. Dies merkt man aber schnell, spätestens in fünf Minuten. Ich habe dann nach ihr gerufen oder bin sie suchen gegangen. Es kann sein, dass Frau K._____ dies sah und mir sagte, A._____ sei dort. Konkret kann ich mich aber nicht an einen solchen Vorfall erinnern. Zudem möchte ich festhalten, dass es völlig normal ist, dass Kinder in diesem Alter ausbüchsen. Wie oft war nur schon G._____ oder F._____ im Sommer nur mit den Windeln bekleidet bei uns. Auch hier widersprechen sich die beiden Zeugenaussagen nicht diametral. Wäh- rend in den Parteibehauptungen die Aussage der Zeugin K._____ integral bestrit- ten wurden, räumte die als Zeugin einvernommene gesetzliche Vertreterin der Klägerin nunmehr ein, dass A._____ zuweilen „ausgebüchst“ sei und sie dann von ihr habe gesucht werden müssen. Sie habe dies aber jeweils schnell, spätes- tens innert fünf Minuten gemerkt. Es könne schon sein, dass Frau K._____ ihr wegen A._____ gerufen habe, sie sei dann aber jeweils schon am Suchen gewe- sen. Mit diesen Einschränkungen kann die zum Beweis verstellte Behauptung als

- 35 - bewiesen angesehen werden. Dass die Mutter der Klägerin im Zeitpunkt, als die Zeugin K._____ dieser wegen A._____ rief, nicht auch bereits auf der Suche nach dem Kind war, wurde nämlich nicht behauptet, weshalb auch nicht davon auszu- gehen ist. 4.9. Zum Beweissatz, dass K._____ A._____ zudem zweimal am Fluss gese- hen habe. Als Beweismittel nannte die beweisbelastete Beklagte die Zeugeneinvernahme von K._____ bei der Bezirksanwaltschaft V für den Kanton Zürich vom 3. März 2004, S. 11 ff. sowie die

erneute Einvernahme der Zeugin K._____ (act. 30, S. 4). Wie vorstehend ausgeführt wurde auf Letzteres verzichtet. Die Klägerin liess keine Gegenbeweismittel nennen. Die Zeugin K._____ führte bei der Bezirksanwaltschaft V für den Kanton Zürich vom 3. März 2004 dazu folgendes aus: „Als Ihr Mann und Sie zueinander sagten, es passiere wohl einmal etwas, auf was für Kinder bezog sich dies? Auf A._____ und N._____. Was dachten Sie denn, was diesen zustossen könnte? Es war schon wegen des Flusses. Ich hatte A._____ schon mehr als einmal auf der Wiese drüben gesehen. Irgendwie hat der Fluss sie einfach angezogen.“ (act. 16/, S. 12). Der Rechtsvertreter der Beklagten schloss aus diesen Aussagen in der Klageantwort, dass K._____ die Klägerin zweimal am Fluss gesehen habe (act. 10, S. 13). Dies lässt sich mit der zitierten Zeugenaussage aber nicht beweisen. Diese scheint sich vielmehr auf die bereits vorher geschilderten Vorkommnisse, gemäss welchen sich A._____ auf der Wiese befand und in Richtung Fluss lief, zu beziehen. Dass sich A._____ tatsächlich zweimal bereits am Fluss befunden haben soll, wird nirgends erwähnt. Damit ist dieser Beweis als nicht erbracht zu betrachten.

- 36 - 4.10. Zum Beweissatz, dass A._____ und F._____ am tt.mm 2001 ca. um 10.00 Uhr alleine beim J._____, zwischen dem Backsteingebäude und dem Holzschopf, gespielt haben. Als Beweismittel nannte die beweisbelastete Beklagte die Zeugeneinvernahme von S._____ bei der Bezirksanwaltschaft V für den Kanton Zürich vom 18. März 2004, S. 2 f. sowie dessen erneute Einvernahme als Zeugen (act. 30, S. 4 und 5). Wie vorstehend ausgeführt wurde auf Letzteres verzichtet. Die Klägerin liess keine Gegenbeweismittel nennen. Der Zeuge S._____ führte bei der Bezirksanwaltschaft V für den Kanton Zürich vom 18. März 2004 dazu folgendes aus: „Es geht hier um den Sturz des Kindes A._____ in die Glatt vom tt.mm.2001. Waren Sie am Unfalltag in E._____, M._____ -strasse, anwesend? Ja, damals war ich bei diesem Magazin. An diesem Tag waren der Kleine von Frau D._____ und das kleine Mädchen, das dann in die Glatt gestürzt ist, bei uns am spielen. (...) Man sieht auf Bild Nr. 60 wo sie am spielen waren, nämlich links neben dem Holzschopf etwas zwischen dem Backsteingebäude und dem Holzschopf. Was nachher passiert ist, weiss ich auch nicht. (Auf Frage:) Es war nach dem ‚Znüni‘, vielleicht etwa um 10.00 Uhr, als ich die Kinder dort spielen sah. (...) Haben Sie dann diese beiden Kinder noch zusammen mit einem weiteren Buben gesehen? Nein, nur den Kleinen von D._____s und das Mädchen. (Auf Frage:) Wie der Unfall genau passierte habe ich nicht mitbekommen. Ich weiss auch nicht, wo diese Kinder hingegangen waren, ich habe sie dann einfach nicht mehr gesehen.“ (act. 11/3, S. 2-3). Den zitierten Aussagen des Zeugen S._____ lässt sich entnehmen, dass ca. um zehn Uhr A._____ und F._____ beim J._____ gespielt haben. Der Zeuge hat keinerlei Beziehungen zu den Parteien und keine persönlichen Interessen in diesem Verfahren, weshalb von einer hohen Glaubwürdigkeit auszugehen ist. Die Aussage selber ist klar und präzise, weshalb der Beweissatz als bewiesen zu betrachten ist.

- 37 - 4.11. Vorliegend betrifft die Gefälligkeit des Beaufsichtigten eines 3 ¾ Jahre alten Kindes in dessen natürlicher Umgebung, welche als bekannte Gefahrenquelle in kurzer Distanz eine Quartierstrasse (Sackgasse) und etwas weiter entfernt einen Fluss aufweist. Bezüglich der sich daraus ergebenden Sorgfaltspflichten kann gesagt werden, dass ein Kind in diesem Alter eigentlich durchgehend der Überwachung bedürfte, wollte man jegliche Schädigung vermeiden. Ein Kind im Alter von 3 ¾ Jahren kann Gefahren noch nicht richtig erkennen, vergisst sich beim Spielen etc. Die faktische Realität ist jedoch eine andere. Kinder werden bereits in diesem Alter nicht mehr ständig überwacht, gerade wenn

sie sich in der ihnen vertrauten Umgebung aufhalten. Nur dies ermöglicht es einerseits der betreuenden Person auch weitere Aufgaben im Haushalt zu erfüllen und andererseits dem Kind eigene Erfahrungen zu sammeln. Bekannte Gefahrenquellen sind dabei sicherlich so weit zu eliminieren, wie dies möglich ist. Oftmals lassen sie sich aber nicht gänzlich beseitigen, was namentlich für in der Nähe gelegene Strassen oder Flüsse gilt. Lässt man Kinder in diesem Alter - auch nur für eine ganz kurze Zeit - ohne Aufsicht in der Nähe von solchen Gefahrenquellen spielen, bleibt letztlich immer das Risiko, dass die Kinder erheblich verletzt oder gar getötet werden. Das Spielen lassen von Kindern in diesem Alter in der Nähe von nicht eliminierbaren Gefahrenquellen wie einer Strasse oder einem Fluss scheint jedoch nur dann im Rahmen des Erlaubten, wenn es sich um die gewohnte und den Kindern bekannte Umgebung handelt. Dies trifft vorliegend zu. 4.11.1. In casu wird der Beklagten auch von Klägerseite nicht vorgeworfen, die Kinder nicht ständig überwacht zu haben. Wie das Beweisverfahren ergeben hat, entsprach es offenbar den Gepflogenheiten an der M. _____-strasse, die Kinder auch in diesem Alter teilweise unbeaufsichtigt draussen spielen zu lassen. Dies ist in Nachachtung der vorstehenden Ausführungen nicht zu tadeln, auch wenn sich so Gefahren für die Kinder ergeben. Der Beklagten wird hingegen vorgeworfen, die Klägerin zu grobmaschig überwacht zu haben, insbesondere dann, als sie diese beim Verlassen der Waschküche weder habe sehen noch hören können und es dennoch unterlassen habe, sie sofort suchen zu gehen. Stattdessen sei sie ins Haus zurückgegangen und habe dort ein Telefonat entgegengenommen.

- 38 - Dazu ist festzuhalten, dass – wie bereits ausgeführt – unabhängig von der Dauer der Nichtbeaufsichtigung ein Ereignis wie das Vorgefallene eintreten kann. Die Kinder können auch in einer Minute zum Fluss gelangen und unter Umständen in den Fluss fallen und ertrinken oder aber auf der Strasse in ein Fahrzeug rennen und sich dabei erheblich verletzen oder gar sterben. Die ständige Beaufsichtigung und damit ein absoluter Schutz durfte von der Beklagten aber nicht verlangt werden. Dies macht auch die Rechtsvertreterin der Klägerin nicht geltend. Sie wirft der Beklagten aber konkret vor, beim Verlassen des Waschküschens die Kinder weder gesehen noch gehört zu haben und es dann unterlassen zu haben, diese suchen zu gehen. Dazu ist zu bemerken, dass das Beweisverfahren ergeben hat, dass die Beklagte die Kinder beim Verlassen des Waschküschens zwar nicht mehr gesehen, diese aber noch gehört hat. Ein Suchen gehen der Kinder war zu diesem Zeitpunkt deshalb nicht gefordert. Selbst wenn die Beklagte die Kinder nicht mehr gehört hätte, ist fraglich, ob man von ihr nach einem allgemeinen Sorgfaltsmassstab hätte verlangen können, diese umgehend suchen zu gehen. Die von der Rechtsvertreterin der Klägerin angeführte Regel, dass „jede Mutter“ wisse, dass etwas nicht in Ordnung sei, wenn man von einem Kind nichts mehr höre, ist allein nicht zielführend. Auszugehen ist von der Tatsache, dass ein Kleinkind von unter zwei Jahren ausserhalb des Hauses noch der ständigen Überwachung bedarf. Für ein Kind in diesem Alter bestehen in einem nicht gesicherten Bereich überall Gefahren. Wenn die (oder der) Beaufsichtigende ein Kind in diesem Alter einmal allein lassen muss, um eine persönliche Besorgung oder etwas im Haushalt zu erledigen, so ist das Kind immer in einen geschützten Bereich zu verbringen. Ein 6-jähriges Kind hingegen wird in aller Regel schon allein von zu Hause in den Kindergarten gehen können, auch wenn dieser Weg 15 bis 20 Minuten dauert. Einem Kind in diesem Alter ist in einem ihm bekannten Bereich (Umgebung des Wohnortes, Weg zum Kindergarten) deshalb durchaus ein Freiraum von 15 bis 20 Minuten zu gewähren, in welchem es nicht beaufsichtigt ist, auch wenn dadurch nicht sämtliche Gefahren verhindert werden können. Die entscheidende Frage ist im

vorliegenden Fall demnach, welcher Zeitraum des unbeaufsichtigten Spielens bei einem 3 ¼ Jahre alten Kind nach einem auf die konkreten Umstände angepassten, allgemeinen Sorgfaltsmassstab noch als zulässig zu betrachten ist.

- 39 - Unbestritten ist, dass die (oder der) Beaufsichtigende von kleinen, in einem nicht gesicherten Bereich mit Gefahrenquellen spielenden Kindern, deren Standort in regelmässigen Abständen kontrollieren muss, damit sie immer weiss, wo sich die Kinder aufhalten und gegebenenfalls auf das Verhalten der Kinder einwirken kann. Als allgemeiner Sorgfaltsmassstab unter den konkreten Umständen ist dabei nach Ansicht des Gerichts zu postulieren, dass für den Fall, dass man ein 3 ¼ Jahre altes Kind weder sehen noch hören kann, nach maximal fünf Minuten zu reagieren ist. In casu steht fest, dass die Beklagte die Kinder beim Verlassen des Waschküschens noch hören konnte. In der Folge hat sich die Beklagte aber während 15 Minuten dem Haushalt gewidmet, ohne von den Kindern irgend etwas zu sehen oder zu hören und ohne zu wissen, wo sich die Kinder genau aufhalten. Nicht einmal als ihr Sohn mit nassen Hosen ohne A. _____ nach Hause gekommen ist, hat die Beklagte reagiert und sich nach A. _____ umgesehen, sondern sich vorab um ihren verstörten Sohn gekümmert und danach noch ein Telefongespräch angenommen und sich mit der Gesprächspartnerin über den Kauf von Hundewelpen unterhalten. Dieses Telefonat beendete sie erst auf Intervention der alarmierten Nachbarin G''' _____. Dieses Verhalten der Beklagten ist – auch im Rahmen einer Gefälligkeit – gegenüber einem 3 ¼ Jahre alten Kind unter den konkreten Umständen als sorgfaltswidrig zu werten. 4.12. Weiter zu prüfen ist nun aber, ob die Sorgfaltspflichtverletzung auch natürlich und adäquat kausal für den Schadenseintritt ist. Natürliche Kausalität ist dabei gegeben, wenn das in Frage stehende Verhalten unabdingbare Voraussetzung für den eingetretenen Schaden ist. Adäquat ist der Kausalzusammenhang, wenn das in Frage stehende Verhalten zudem nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet erscheint, das eingetretene Ergebnis zu bewirken. Der Eintritt dieses Ergebnisses muss durch die adäquate Ursache zumindest wesentlich begünstigt werden. Überwiegende Wahrscheinlichkeit genügt (ANTON K. SCHNYDER in BSK OR-I, 4. Auflage, Basel 2007, N 15 ff. zu Art. 41 OR mit weiteren Hinweisen.). Bei einer Schädigung durch Unterlassung ist der materielle Beweis des Kausalzusammenhangs direkt nicht möglich. Es gibt ja keine Handlung, welche direkt einen Schaden verursachte. Der Richter muss bei einer Unterlassung viel mehr einen hypothetischen Kausalverlauf annehmen, also

- 40 - die Folgen der effektiv nicht vorgenommenen Handlung beurteilen. Was wäre geschehen, wenn die unterlassene Handlung tatsächlich erfolgt wäre. Dabei muss die richterliche Überzeugung auf die Lebenserfahrung abstellen und er muss die Annahme treffen, für die nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge eine überwiegende Wahrscheinlichkeit spricht (ROLAND BREHM, BK-OR, Die Entstehung durch unerlaubte Handlung, Art. 41-61 OR, Bern 2006, N 119 zu Art. 41, mit Hinweisen auf BGE 115 II 440/447f., 121 III 358/363 und 124 III 155/165). In casu ist sowohl der natürliche wie auch der adäquate Kausalzusammenhang zu bejahen. Der Umstand, dass die Beklagte während einer längeren Zeit nicht wusste, wo sich die Kinder aufhielten und so nicht in der Lage war, eine bestehende Gefahr für die Kinder zu eliminieren oder auf diese hinzuweisen oder aber nach dem Sturz von A. _____ in den Fluss diese sofort oder sehr rasch zu retten, ist eine Unterlassung, die eine unabdingbare Voraussetzung für den eingetretenen Schaden darstellt. Hätte die Beklagte ihre Aufsichtspflicht aber aktiv wahrgenommen, wäre sie die Kinder nach ihrem Aufenthalt in der Waschküche und allenfalls kurz im Haus nach

spätestens fünf Minuten, während denen sie die Kinder weder sehen noch hören konnte, suchen gegangen, so spricht angesichts der örtlichen Gegebenheiten eine überwiegende Wahrscheinlichkeit dafür, dass sie die am Fluss spielenden Kinder gesehen und/oder gehört hätte und entsprechend rechtzeitig hätte eingreifen können. Hinter den Häusern hat es ein steiles, bewaldetes Bord. Die Kinder sind zudem noch vorne, Richtung Schopf und M. _____-strasse davon gezogen, weshalb klar scheint, dass die Beklagte in dieser Richtung nach dem Aufenthaltsort der Kinder schauen gegangen wäre. Von dort aus wäre es möglich gewesen, dass sie die am Flussbord spielenden Kinder bereits gesehen oder gehört hätte und entsprechend hätte eingreifen können. Selbst wenn sie sie aber weder gesehen noch gehört hätte, erscheint klar, dass man nach Kindern, die man sucht, aber nicht sieht, mit lauter Stimme ruft. Hätte die Beklagte auf der M. _____-strasse stehend nach den drei Kindern in Richtung der wahrscheinlichen Spielorte J. _____ und Wiese/Fluss gerufen, so hätten die am Flussbord spielenden Kinder dies gehört und hätten auf sich aufmerksam gemacht. Zudem führte G. _____ aus, dass A. _____ um Hilfe geschrien habe, als sie in den Fluss gefallen war (act. 16/17, S. 6). Auch in diesem Zeitpunkt hätte das Unglück noch verhin-

- 41 - dert werden können, weil anzunehmen ist, dass die Kinder die nach ihnen suchende Beklagte sofort hätten alarmieren können und es dieser so möglich gewesen wäre, die Klägerin rasch aus dem Fluss bergen, so rasch, dass keine bleibenden Schäden zu erwarten gewesen wären. Auch wenn es sich hier – gezwungenermassen – um reine Hypothesen handelt, so spricht angesichts der dargelegten Umstände eben doch eine überwiegende Wahrscheinlichkeit dafür, dass die Geschichte wie dargestellt verlaufen wäre. Dies genügt aus rechtlicher Sicht. Hätte sich die Beklagte rascher um den Verbleib von F. _____ und A. _____ gekümmert, hätte sie die Kinder am Fluss entdeckt und hätte jedenfalls so rasch eingreifen können, dass es zu keinen bleibenden Schädigungen von A. _____ gekommen wäre. Weiter ist festzuhalten, dass nach den Aussagen der Kinder F. _____ und G. _____ davon auszugehen ist, dass diese rasch nachdem A. _____ in den Fluss gefallen ist, nach Hause gerannt sind. F. _____ führte dazu auf die Frage, was er gemacht habe, nachdem A. _____ in den Fluss gefallen sei, aus: „Wäg grännt. Wo anne bisch dänn grännt? Zu mir. Zu mim Huus. Zu Dim Huus? Und dete? Aehm, han ich ächli anneglieged und daänn...händ viel... hät's viel Telefon aglütet. (act. 16/16, S. 4). G. _____ führte in seiner Befragung aus: „Und was häsch dänn gmacht, wo sie ie gheit isch? Mit em F. _____ wieder ue gange. Und dänn? Simmer ä bitz füre gloffe und dänn hät de F. _____ gseit.. ich, mir gaz slächt und dänn bin ichs snäll am Mami go säge.“ (act. 16/17, S. 3). In Nachachtung der örtlichen Gegebenheiten und dieser Aussagen ist davon auszugehen, dass F. _____ und G. _____ maximal drei Minuten, nachdem A. _____ ins Wasser gefallen ist, zuhause bei ihren Müttern angekommen sind. Die Unterlassung der Beklagten erweist sich demnach nach 5 Minuten als natürlich und adäquat kausal für den eingetretenen Schaden, nach zehn Minuten ebenfalls, nicht mehr aber nach 15 Minuten, mithin dem Zeitpunkt, in welchem F. _____ nach Hause kam. 4.13. In Anwendung der vertraglichen Haftungsregeln von Art. 97 ff. OR wird das Verschulden vermutet, und es obliegt dem Schuldner nachzuweisen, dass ihn kein solches trifft. Die Rechtfertigung dieser Konzeption wird darin gesehen, dass zwischen Gläubiger und Schuldner durch den Vertrag eine Sonderverbindung begründet wurde, wobei der Gläubiger darauf vertraut, dass der Schuldner in der Lage ist, die in Aussicht gestellte Leistung tatsächlich zu erbringen. Gelingt dies

- 42 - dem Schuldner nicht, so ist es an ihm, die Gründe dafür zu nennen. Dies ist ihm auch deshalb zuzumuten, weil die Ursachen für die Leistungsstörung regelmässig in seinem Herrschaftsbereich liegen (WOLFGANG WIEGAND, BSK-OR I, 4. Auflage, Basel 2007, N 42 zu Art. 97). Diese Konzeption passt augenscheinlich besser zur Gefälligkeit als die Verschuldensregeln des Deliktsrechts, welche auf einem zufälligen Fehlkontakt zweier Individuen beruhen, weshalb Erstere vorliegend zur Anwendung gelangen. Die Beklagte haftet gemäss Art. 99 Abs. 1 OR für jedes Verschulden. Auch leichte Fahrlässigkeit genügt. Bezüglich der Verschuldensfrage ist festzuhalten, dass die Sorgfaltswidrigkeit an sich bereits erstellt wurde. Auf diese Ausführungen ist an dieser Stelle zu verweisen. Dass die Beklagte sich auch nach der Rückkehr ihres Sohnes nicht um den Verbleib von A. _____ gekümmert hat, ist als grobfahrlässige Pflichtverletzung zu werten. Diese ist allerdings für den eingetretenen Schaden wie vorstehend ausgeführt nicht kausal. Der Vater von G. _____ rannte zu diesem Zeitpunkt ja bereits an die Glatt und suchte A. _____, leider erfolglos. Danach holte er ein Fahrrad und fuhr mit diesem der Glatt entlang, ebenfalls ohne A. _____ zu finden. Es ist deshalb davon auszugehen, dass wenn die Beklagte auch bereits in diesem Zeitpunkt auf die Suche von A. _____ gegangen wäre, sie mit überwiegender Wahrscheinlichkeit A. _____ nicht schneller gefunden hätte. In der Realität hat erst das beherzte Eingreifen von K. _____, welche zusammen mit der Beklagten mit dem Auto der Glatt entlang fuhr, zum Auffinden und Retten von A. _____ geführt. Die Tatsache, dass die Beklagte sich auch nach circa zehn Minuten, in welchen sie die Kinder weder sehen noch hören konnte, sich nicht um deren Verbleib gekümmert hat, ist als mittelschwere Fahrlässigkeit zu werten, während ihre Unterlassung nach fünf Minuten als leichte Fahrlässigkeit zu taxieren ist (Zum Begriff: ROLAND BREHM, a.a.O., N 198 zu Art. 41 OR mit zahlreichen Hinweisen, namentlich BGE 100 II 332/338 = Pra. 1975 196 Nr. 67). In der Lehre wird einheitlich postuliert, dass bei Gefälligkeiten eine Haftungsprivilegierung Platz greifen solle (u.a. BETTINA HÜRLIMANN-KAUP, a.a.O., S. 184, Nr. 385; ROLF WEBER, BK-OR, Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97-109 OR, Bern 2000, N 146 zu Art. 99, mit zahlreichen weiteren Verweisen). Zur Begründung wird ausgeführt,

- 43 - dass in Analogie zu Art. 99 Abs. 2 OR, gemäss welchem das Mass der Haftung milder zu beurteilen ist, wenn das Geschäft für den Schuldner keinen Vorteil bezweckt, und Art. 248 Abs. 1 OR, gemäss welchem der Schenker nur bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit haftet, die Uneigennützigkeit des Leistenden das Mass seiner Haftung beeinflussen solle. Dieses Element sei ein wesentliches Charakteristikum der Gefälligkeit und deshalb bei der Haftung des Gefälligen entsprechend zu berücksichtigen. Dem Gefälligkeitsempfänger sei als Begünstigtem zuzumuten, das Schadensrisiko für leichte Fahrlässigkeit bei einer Gefälligkeitshandlung zu übernehmen. Diese Haftungsprivilegierung erstrecke sich bei einer Schädigung im Rahmen einer Gefälligkeit auch auf eine allfällige Deliktshaftung (BETTINA HÜRLIMANN-KAUP, a.a.O., S. 209, Nr. 436 ff.). Diesen Lehrmeinungen ist nach Ansicht des Gerichts in dem Sinne zuzustimmen, dass der Gefällige nicht für Schäden, welche zufolge leicht fahrlässigem Verhalten entstanden sind, haftet. Eine weitere Haftungsprivilegierung ist jedoch abzulehnen. Mithin ist die Haftung des Gefälligen sowohl bei mittelschwerer wie bei grober Fahrlässigkeit zu bejahen. Der Schaden von A. _____ wurde kausal durch eine Unterlassung der Beklagten verursacht, welche als mittelschwere Fahrlässigkeit zu werten ist. Auch die letzte Haftungsvoraussetzung ist damit in casu gegeben. 4.14. Die Klägerin hat vorliegend in einer Teilklage nur die Zusprechung einer Genugtuung eingeklagt. Auf weitere Ausführungen zum Schaden resp. Schadensersatz ist deshalb zu verzichten. Immerhin

kann festgehalten werden, dass die schwere Körperverletzung der Klägerin, von den Ärzten als schwerer anoxischer Hirnschaden mit Wachkoma, schwerer tetraspastischer cerebraler Bewegungsstörung, leichter rechtskonvexer Skoliose lumbal und Dysphagie diagnostiziert wurde, unbestritten ist. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass gemäss Art. 99 Abs. 2 OR das Mass der Haftung reduziert wird, wenn ein Geschäft für den Schuldner keinerlei Vorteil bezweckt. Dies ist vorliegend der Fall. Das Mass der Haftung der Beklagten, welche die Beaufsichtigung der Klägerin aus reiner Gefälligkeit übernahm, wäre deshalb angemessen zu reduzieren. Diese Bestimmung bezieht sich jedoch nur auf den Schadenersatz, nicht auch auf die Genugtuung.

- 44 - 5. Genugtuung

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.