

ZH_OBERGERICHT LB080035 vom 4. Dezember 2009

ZH Obergericht, 2009-12-04, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LB080035

FR: ZH_OBERGERICHT LB080035 du 4 décembre 2009

IT: ZH_OBERGERICHT LB080035 del 4 dicembre 2009

Volltext

Obergericht des Kantons Zürich Geschäfts-Nr. LB080035/U II. Zivilkammer Mitwirkend: die Obergerichter Dr. O. Kramis, Vorsitzender, lic. iur. P. Diggelmann und die Ersatzrichterin Prof. Dr. I. Jent-Sørensen sowie die juristische Sekretärin lic. iur. F. Gohl Zschokke Urteil vom 4. Dezember 2009 in Sachen A. S., geboren tt.mm.1990, ... Kläger und Appellant vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Evalotta Samuelsson, Samuelsson Goecke Laur & Meier Rhein, Ankerstr. 24, Postfach 2250, 8026 Zürich gegen Stadt Zürich, vertreten durch den Stadtrat, Stadthausquai 17, Postfach, 8022 Zürich, Beklagte und Appellatin vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Justus Brunner, Eberle Kämpfen Bösiger Theiler & Partner, Gerechtigkeitsgasse 23, 8002 Zürich betreffend Forderung / Haftpflichtprozess mit Personenschäden

- 2 - Berufung gegen ein Urteil der X. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich vom 31. März 2008

- 3 - Rechtsbegehren: „1. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger Schadenersatz in Höhe von Fr. 8'735.50 und Genugtuung in der Höhe von Fr. 45'000.-- zuzüglich Schadenszins ab dem 12. Dezember 2000 zu zahlen, unter Vorbehalt des Nachklagerechts. 2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten.“ Urteil des Bezirksgerichtes vom 31. März 2008: (act. 50 S. 23) 1. Die Klage wird abgewiesen. 2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 5'850.--. 3. Die Kosten werden dem Kläger auferlegt. 4. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten eine Prozessentschädigung von Fr. 10'000.-- zu bezahlen. 5./6. Mitteilung/Rechtsmittel. Berufungsanträge: des Klägers (act. 63 S. 2): „1. Das angefochtene Urteil sei aufzuheben und die Klage sei vollständig gutzuheissen, 2. eventualiter sei das angefochtene Urteil aufzuheben und die Angelegenheit zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen; 3. unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuerzusatz zulasten der Beklagten“. der Beklagten (act. 70): „Es sei die Berufung unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Klägers und Appellanten abzuweisen“.

- 4 - Das Gericht zieht in Betracht: I. 1. Mit Urteil vom 31. März 2008 wies die Vorinstanz die Klage des Klägers betreffend Schadenersatz und Genugtuung ab (act. 50, act. 64). Mit Eingabe vom 11. April 2008 (act. 51) erklärte die Rechtsvertreterin des Klägers Berufung (act. 51). Mit Präsidialverfügung vom 24. April 2008 (act. 53) wurde dem inzwischen volljährig gewordenen Kläger und seiner Rechtsvertreterin Frist angesetzt, um eine vom Kläger unterzeichnete Vollmacht nachzureichen. Ausserdem wurde der Rechtsvertreterin Frist angesetzt, um darzulegen, wer die Berufungserklärung vom 11. April 2008 unterzeichnet habe und ob der Kläger diese Prozesshandlung genehmige. Diesen Aufforderungen kamen der Kläger bzw. seine Rechtsvertreterin nach (act. 57, 58). In der Folge wurde ein doppelter Schriftenwechsel durchgeführt (act. 63, 70, 75, 80). Die Sache ist spruchreif. 2. Beklagt ist die Stadt Zürich, die vom Kläger für die Folgen des Unfalls in der

Turnstunde der Lehrerin X. im städtischen Schulhaus ... vom 12. Dezember 2000 in Anspruch genommen wird, in der der Kläger während eines Unihockey- spiels nach der Schussabgabe des Mitschülers S. R. durch einen wegfliegenden Teil von dessen Schläger am einen Auge schwer verletzt wurde. Grundlage des vorliegenden Verfahrens ist damit das kantonale Haftungsgesetz (LS 170.1), nach dessen Art. 6 Abs. 1 der Staat für den Schaden, den ein Beamter in Ausübung amtlicher Verrichtungen einem Dritten widerrechtlich zufügt, haftet. Der Begriff Staat bezieht sich nicht nur auf den Kanton, sondern auch auf die Gemeinden (§ 2 HG) und als Beamte gelten alle im Dienste des Staates bzw. der Gemeinden stehenden Personen (§ 1 Abs. 1 und § 2 HG), seien sie vollamtlich, nebenamtlich oder vorübergehend für die genannten Gemeinwesen tätig. Damit das Haftungs- gesetz zur Anwendung kommt, ist erforderlich, dass die Schädigung in Ausübung einer amtlichen Verrichtung erfolgte (Tobias Jaag, Staats- und Verwaltungsrecht des Kantons Zürich, 3. Auflage, Zürich 2005, Rz 3114, Rz 3117; Balz Gross, Die Haftpflicht des Staates, Diss. Zürich 1996, S. 76). Die Turnstunde und der hier zu

- 5 - beurteilende Vorfall vom 12. Dezember 2000 weisen den erforderlichen Zusammenhang mit der Tätigkeit von Frau X. als Turnlehrerin (und allfälliger weiterer Personen) im Schuldienst der Stadt Zürich auf. Die Anwendbarkeit des Haftungs- gesetzes ist daher auch unbestritten. Massgeblich ist die am 12. Dezember 2000 geltende Fassung, wobei die hier anzuwendenden Bestimmungen zwischenzeit- lich nicht geändert wurden. II. 1. Die Vorinstanz hat die Klage abgewiesen (act. 50 S. 23). Sie hat dies da- mit begründet, dass die Haftungsvoraussetzungen nicht vorlägen; zum geltend gemachten Schaden sowie zur Höhe der Genugtuung hat sie sich daher nicht äussern müssen. Konkret liegen dem vorinstanzlichen Urteil insbesondere folgen- de Überlegungen zu Grunde: ■ Die Tatsache, dass eine 5. Klasse Unihockey spiele, stelle für sich allein keine Widerrechtlichkeit dar; ■ Die Aufsicht durch die Lehrerin sei genügend gewesen; ■ Das Vorgehen der Lehrerin habe den Empfehlungen der Eidgenössischen Fachkommission entsprochen; ■ Bei beiden der in Frage kommenden Stockmodelle, welche S. R. benützt haben könnte, sei eine sich lösende Schaufel für den Spieler rechtzeitig er- kennbar und es sei unbestrittenermassen davon auszugehen, dass der Stock in einem solchen Fall ausgetauscht worden wäre. Der Kläger be- hauptete denn auch nicht, dass S. R., der den Schuss mit den Ver- letzungsfolgen abgegeben hatte, trotz eines erkannten Defektes weiterge- spielt habe. Daraus könne gefolgert werden, dass beim benützten Stock kein Wartungsfehler vorgelegen habe; ■ Es werde nicht geltend gemacht, der behauptetermassen nicht gewartete Stock habe eine kausale Unfallursache gesetzt. Da der Kläger somit keine

- 6 - Ausführungen zur Kausalität zwischen der unterlassenen Stockwartung und dem Unfallereignis gemacht habe, sei er der ihm obliegenden Sub- stanziierungspflicht, auf die er anlässlich der Referentenaudienz (Protokoll Vorinstanz S. 4) ausdrücklich hingewiesen worden sei, nicht nachgekom- men; ■ Auch ein allfälliger Pfiff der Lehrerin, der jedenfalls erst erfolgt wäre, nach- dem S. R. den Stock gegebenenfalls bereits zu hoch ausgeschwungen hät- te, hätte den Schuss und dessen Schärfe und damit die Augenverletzung wegen der erforderlichen Reaktionszeit nicht verhindern können. Der Kau- salzusammenhang sei damit zu verneinen. Eine Gesetzmässigkeit in dem Sinne, dass der Schuss umso stärker sei, je höher ausgeholt werde, gebe es nicht. Das Verbot des hohen rückwärtigen Ausholens diene dem Schutz der hinter dem schiessenden Spieler stehenden Mitspieler, so dass eine allfällige Regelverletzung von S. R. ohne Bedeutung wäre; ■ Eine überwiegende Wahrscheinlichkeit zu Gunsten des vom Kläger ge- schilderten

hypothetischen Kausalverlaufes – nämlich dass das Spiel einen gänzlich anderen Verlauf genommen hätte, wenn die Lehrerin während des ganzen Spiels anwesend gewesen wäre – bestehe nicht. 2. Dem vorinstanzlichen Entscheid ist über weite Strecken zuzustimmen. Auch die Kammer geht davon aus, dass es – jedenfalls aus haftpflichtrechtlicher Sicht, und nur um diese Frage geht es hier – nicht unzulässig war, im Rahmen des obligatorischen Turnunterrichts mit einer grundsätzlich instruierten 5. Primar-klasse ein Unihockey-Spiel durchzuführen, und zwar auch in einer reinen Knaben-Gruppe und ohne lückenlose Überwachung durch die Lehrperson. Darauf kann verwiesen werden (§ 161 GVG). Was der Kläger in der Berufung vorbringt, vermag den vorinstanzlichen Entscheid diesbezüglich nicht in Frage zu stellen. Daran ändert auch der Hinweis des Klägers nichts, dass verschiedene von ihm behauptete Einzelheiten nicht zum Beweis verstellt worden seien, insbesondere: dass sich der Unfall erst nach 45 Minuten und nicht unmittelbar nach dem Kontrollbesuch der Lehrerin ereignet habe (act. 63 Rz 15), dass die Unihockeyspieler

- 7 - lenden Knaben gemäss Vorinstanz jederzeit mit der Kontrolle der Lehrperson hätten rechnen müssen, was nicht einmal die Gegenpartei behauptet habe, und dass der Tatsache, dass ohne Aufsicht härter gespielt werde, nicht Rechnung getragen worden sei (act. 63 Rz 16). All das ist für die Einschätzung, dass Unihockey ohne dauernde Überwachung zulässig ist, nicht entscheidend und betrifft die für die Verletzung des Klägers ausschlaggebende Spielszene nicht, so dass nicht weiter darauf einzugehen ist. 3. Aus der Sicht der Kammer liegen die Verhältnisse anders, soweit es um die zur Verletzung führende Spielszene, die Schussabgabe und deren Modalitäten sowie die damit im Zusammenhang stehenden Fragen nach der Art und dem Zustand des von S. R. verwendeten Unihockeyschlägers geht. Die Vorinstanz stellt in ihrem Entscheid wesentlich darauf ab, dass der Kläger keine Ausführungen zum Kausalzusammenhang zwischen dem Zustand bzw. der Wartung des Stockes und dem Unfall gemacht habe und dies, obwohl er in der Referentenaufrufe (Protokoll Vorinstanz S. 4) darauf aufmerksam gemacht worden sei (act. 50 S. 16). Zu diesem Punkt führt der Kläger in der Berufung aus, es seien in der Wartungsfrage bzw. zum Zustand und zur Eigenart der Schläger verschiedene Angaben gemacht worden, so insbesondere dass S. R. einen „Bostichschläger“ verwendet habe, was sich aus den „Aussagen (der Beklagten) der ersten Stunde“ ergebe (act. 63 Rz 17). Weiter habe er sich zur Machart der Stöcke geäußert (Verhältnis von Schaufel und Schaft), was die optischen Kontrollmöglichkeiten betreffen (act. 63 Rz 18) und es sei darauf hingewiesen worden, dass die Ablösung der Schaufel bei „Bostichstöcken“ unvermittelt geschehe (act. 63 Rz 18), was die Vorinstanz ignoriert habe, indem sie ohne Beweisabnahme davon ausgegangen sei, dass eine sich lösende Schaufel für den betreffenden Spieler rechtzeitig erkennbar gewesen wäre und dass für diesen Fall angenommen werden könne, dass S. R. nicht weitergespielt, sondern den Stock ausgetauscht hätte. Die Crux sei, dass die Beklagte kein Unfallprotokoll erstellt habe und – was schwerer wiege – dass das „corpus delicti“ verschwunden sei. Der Beweis, welcher Stock von S. R. verwendet worden sei und was zu seinem Bruch geführt habe, sei dem Kläger daher gar

- 8 - nicht möglich (act. 63 Rz 18). Der von der Vorinstanz angeführte Substantiierungshinweis habe dahingehend gelautet, dass „konkrete Behauptungen über den Unfallhergang“ aufzustellen seien, „d.h. im einzelnen darzulegen, aus welchen Gründen es zum Unfall gekommen ist ...“. Der Kläger habe daraufhin in der Replik geltend gemacht, dass S. R. einen der alten, mit Bostichklammern versehenen Stöcke benutzt habe und sich die Schaufel wegen Abnutzung infolge eines starken Schusses endgültig habe lösen

können. Wäre dies der Vorinstanz als nicht ausreichend erschienen, hätte in Nachachtung von § 55 ZPO ein neuerlicher Substantiierungshinweis erfolgen müssen (act. 63 S. 9). Auch der Kausalzusammenhang zwischen der fehlenden Wartung der Stöcke und dem Unfall sei gegeben, weil bei einer ordnungsgemässen Wartung der „Bostichstock“ von S. R. aussortiert gewesen wäre (act. 63 Rz 27). 4. Die Vorinstanz ist davon ausgegangen, der Kläger hätte den Unfall und dessen Ursachen näher erläutern und insbesondere substantiierte Behauptungen zum Unfallgeschehen bzw. zum Kausalzusammenhang zwischen den behaupteten Kontroll- und Wartungsdefiziten und den dadurch bedingten Stockmängeln machen müssen. Vorauszuschicken ist, dass die Beklagte bzw. die Schulverantwortlichen eine Garantenstellung bezüglich der an die Schulkinder abgegebenen Gerätschaften hat bzw. haben, welche Kontrolle und Wartung des im Schul- und Sportunterricht abgegebenen Materials umfasst. Das bestreitet die Beklagte denn auch nicht, weist im Gegenteil darauf hin, dass es besonders bezeichnete Verantwortliche gebe, die die Sportgeräte regelmässig kontrollierten und warteten. Im Falle des Schulhauses ... sei dies Y. gewesen, welche die ihr übertragene Aufgabe vorbildlich wahrgenommen habe. So seien auch die Unihockeystöcke wöchentlich inspiziert, aussortiert und gegebenenfalls repariert worden (act. 37 Rz 7.4). Vorauszuschicken ist weiter, dass – als Tatfrage – lediglich der natürliche Kausalzusammenhang zu substantiieren ist, während es sich bei der Adäquanz um eine Rechtsfrage handelt, welche das Gericht von Amtes wegen beurteilen muss (Karl Oftinger/Emil W. Stark, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 5. Auflage, Zürich 1995, Rz 34 f. zu § 3).

- 9 - Nach Ansicht der Vorinstanz spielt in der Sache selbst der Zusammenhang zwischen der sorgfältigen Kontrolle bzw. Wartung einerseits und dem Eintritt des Unfallereignisses andererseits deshalb eine ausschlaggebende Rolle, weil die Beklagte nur dann hafte, wenn ihr eine sich konkret auswirkende Sorgfaltswidrigkeit zur Last gelegt werden könnte. Wie im privaten Haftpflichtrecht ist auch im Staatshaftungsrecht zu prüfen, ob der Schaden bei Vornahme der unterlassenen Handlung (höchstwahrscheinlich) ebenfalls eingetreten wäre (Gross, a.a.O., S. 114). Gross (a.a.O., S. 116) weist darauf hin, dass die „scharfe staatliche Kausalhaftung von einer – wenn auch gänzlich objektivierten – Pflichtwidrigkeit abhängt. Mit anderen Worten begründet die Pflichtwidrigkeit einer Unterlassung die Kausalität (ZR 75/1976 Nr. 23 E. 5). Der Kläger hat die genügende Wartung und Kontrolle der Spielgeräte, insbesondere der Unihockey-Stöcke, bestritten (act. 28 Rz 13). Er hat darauf hingewiesen, dass die verwendeten Stöcke mit bostichartigen Klammern gesichert seien und dass über den Klammern ein Klebeband angebracht sei (act. 28 Rz 14). Bei Bostichstöcken könnten Abnützungserscheinungen auftreten, der Bostich könne sich mit dem Rücken durch das Schlägermaterial arbeiten und bleibe im weicheren Schaufelmaterial stecken, was für einen Schüler gegebenenfalls von aussen nicht ersichtlich sei, und dass das endgültige Sich-Lösen der Schaufel alsdann unvermittelt geschehen könne (act. 28 Rz 17 ff.). Daher hätte eine Kontrolle stattfinden müssen (act. 28 Rz 20). Die Behauptung der Gegenpartei, Y. hätte die Schrauben kontrolliert und wenn nötig nachgezogen, lasse darauf schliessen, dass höchstens die „Schraubenstöcke“ kontrolliert worden, wogegen die „Bostichstöcke“ unkontrolliert geblieben seien (act. 28 Rz 20). Dies bestreitet die Beklagte. Auch wenn die fehlende Kontrolle nicht ausdrücklich und als (einziger) Grund des Unfalls bezeichnet wird, hat der Kläger doch hinreichend deutlich gemacht, dass er den (vermeidbaren) Defekt des Stockes bzw. dessen fehlende Kontrolle und Wartung für das (unvermittelte) Ablösen der Schaufel verantwortlich macht und dass er dies mindestens für eine der Ursachen des Unfalls hält, neben der Unzulässigkeit des (unbeaufsichtigten)

Unihockey-Spiels überhaupt sowie neben einer Regelverletzung von S. R. („hoher Stock“).

- 10 - 5. Im Zusammenhang mit der Substantiierungspflicht hinsichtlich des Unfallgeschehens und dessen Ursachen bzw. dem Kausalzusammenhang ist auf die besonderen Schwierigkeiten des vorliegenden Falles hinzuweisen: Der Rechtsvertreterin der Klägerin standen für die Instruktion im wesentlichen die Angaben des Klägers zur Verfügung. Der Kläger war im Zeitpunkt des Unfalls rund 10 Jahre alt, war erheblich verletzt und unmittelbar im Anschluss an die Zufügung der Verletzung ins Spital gebracht worden. Es kann daher davon ausgegangen werden, dass bei ihm die erforderlichen Informationen nicht erhältlich gemacht werden konnten. Auch im Übrigen war die Informationsbeschaffung für den Kläger bzw. seine Rechtsvertreterin ausserordentlich schwierig: ■ Seitens der Beklagten wurde in einem Schreiben des Schul- und Sportamtes am 27. November 2001 Folgendes mitgeteilt: „Nach übereinstimmenden Aussagen der Knaben ereignete sich der Unfall während des Spiels, ohne dass Gewalt angewendet wurde, oder eine besondere Unvorsicht mitspielte. Ein Knabe versuchte offenbar an den Ball zu kommen, wobei sein Schläger brach und das abgebrochene Teil unglücklicherweise das Auge von A. traf. Es handelt sich dabei um einen Unihockey-Schläger, wie er üblicherweise im Handel angeboten wird, und der gewartet war. Der untere Teil des Schlägers wird in einen Stiel hineingesteckt und mit zwei bo- stichartigen Klammern gesichert. Von einer Metallbandverstärkung wie von Ihnen (gemeint war Rechtsanwalt D. H., der frühere Rechtsvertreter des Klägers) dargestellt, kann keine Rede sein“ (act. 3/11 S. 1 f). ■ Mit Schreiben vom 21. August 2003 (act. 3/13) wandte sich der Vater des Klägers an die Kreisschulpflege L. und stellt konkrete Fragen bezüglich des (von S. R.) verwendeten Stockes („Marke und Hersteller des Stockes, Material des Stockes [splitterfrei?], Kontrolle des Materials [durch Schule?]). ■ Auf dieses Schreiben vom 21. August 2003 antwortete das Schul- und Sportdepartement am 27. August 2003 dem Vater des Klägers, man habe mit der 123-Versicherung Kontakt aufgenommen, welche sich bereit erklärt habe, die Versicherungslage nochmals zu überprüfen. Das Schul- und

- 11 - Sportdepartement stellte weiter in Aussicht, so bald als möglich Bericht zu erstatten (act. 3/14). ■ Bei den Akten liegt weiter der Email-Wechsel (act. 29/6) zwischen W. („123“) und Z. (Schul- und Sportdepartement). Am 31. März 2004 monierte die „123“ beim Schul- und Sportdepartement, dass keine ausreichenden Angaben vorlägen, um die Haftpflichtfrage zu beurteilen. Am 7. April 2004 antwortete Z., sie habe von der zuständigen Kreisschulpflege einen Unfallbericht angefordert, welcher nach Erhalt weitergeleitet werde. Weiter enthält dieses Email Angaben von V., dem Leiter der Sportmaterialverwaltung: „Verlässliche Angaben bezüglich des Materials lassen sich, ohne das Vorhandensein des besagten Unihockeystocks, grundsätzlich keine machen. Was ich anführen kann sind lediglich Vermutungen aufgrund der mir vorliegenden Fakten: ich konnte drei Materialbezüge vom Schulhaus ... eruieren, bei denen Unihockeystöcke vor dem Unfall bezogen wurden (19.11.1998, 5 Stk., LS980363; 07.10.1999, 6 Stk., LS990281; 17.10.2000, 2 Stk., LS 000430). Ein Klassensatz besteht jedoch aus 24-28 Stöcken, somit kommen automatisch verschiedene Modelle zum Einsatz. Ab 1998 verwenden wir vorwiegend die „Canadien Light“ Modelle. Bezugsquelle war die Firma XYZ. Wir haben von diesem Typ mehrere Hundert im Einsatz. Material: Composite, wurde vom Hersteller aufgrund der Vorgaben vom IFF (International Floorball Federation) hergestellt und vom SP Swedish National Testing and Research Institute (Schwedische EMPA) zertifiziert. Die Zertifizierung ist mittlerweile abgelaufen ... Kontrolle: Damit nicht mit defektem

Material gespielt wird, setzen wir den gesunden Menschenverstand voraus. Die Aufsicht obliegt der anwesenden Lehrkraft. Das Hausamt, die Turn- kustodie ist zuständig für das Turnmaterial. Die Amtsinhaberin kümmert sich um defekte Materialien und sammelt die Wünsche und Bedürfnisse des Lehrerkollegiums. Sie oder er ist somit unsere Ansprechperson. Eine jährliche Gesamtkontrolle erfolgt durch uns, wobei das Hauptaugenmerk auf die Grossgeräte gerichtet wird, die ansonsten kaum kontrolliert würden.“

- 12 - ■ Mit Schreiben vom 8. Dezember 2004 (act. 3/15) bezog sich die (heutige) Rechtsvertreterin des Klägers auf diesen Email-Verkehr und ersuchte die „123“, den Unfallbericht einzufordern und ihr zuzustellen. ■ Mit Schreiben vom 21. Dezember 2004 (act. 3/16) teilte die „123“ der heutigen Rechtsvertreterin mit, dass das Schul- und Sportdepartement telefonisch orientiert habe, dass kein schriftlicher Unfallbericht der zuständigen Schulpflege existiere. Das Schul- und Sportdepartement habe unmittelbar nach Kenntnisnahme vom Vorfall telefonisch und per Email Stellungnahmen der betroffenen Personen resp. der zuständigen Schulpflege eingeholt. Die Stellungnahmen seien im Schreiben an den früheren Rechtsvertreter des Klägers vom 27. November 2002 zusammengefasst worden. ■ Zu den Hockey-Schlägern finden sich (auszugsweise) weitere Angaben im Schreiben der „123“ vom 24. September 2004 an die Rechtsvertreterin des Klägers: „Weitere Abklärungen hinsichtlich der Herkunft der Unihockey- Stöcke haben ergeben, dass es sich bei den verwendeten Stöcken um handelsübliche, auch im Wettkampf verwendete Stöcke, welche nach den Vorgaben des internationalen Unihockey-Verbandes hergestellt werden, handelt. Bezüglich der Beschaffung der Unihockey-Stöcke muss eine Widerrechtlichkeit und damit eine Haftung verneint werden“ (act. 15/6). ■ Der Stadtrat geht in seiner Entscheidung gemäss § 22 HG vom 15. Juni 2005 (act. 3/3) von Folgendem aus: (aus Ziff. 1) „... beim Spiel der Knaben ereignete sich in der Folge der Unfall. Der Schüler S. R. versuchte A. einen Ball „abzujagen“. Dabei brach unglücklicherweise sein Schläger, der abgebrochene Teil traf das Auge von A. und verletzte dieses“. (Aus Ziff. 4): „Zur Begründung Ihres Begehrens führen Sie zusammengefasst an, dass die Funktionstüchtigkeit und Fehlerfreiheit der Stöcke von niemandem und zu keinem Zeitpunkt überprüft worden sei. Eine regelmässige Prüfung der Stöcke sei ... unabdingbar ...“. (Aus Ziff. 5) „Das Sportamt kontrolliert jährlich alle Spiel- und Turngeräte. Darüber hinaus ist in jedem Schulhaus eine Lehrperson mit der – zusätzlich abgeholzten – Aufgabe der Verwaltung

- 13 - und Betreuung der Spiel- und Handgeräte in den Turnhallen betraut. Sie ist dafür verantwortlich, defektes Spielmaterial auszusondern und ersetzen zu lassen. Unabhängig von feststellbaren Mängeln werden die Stöcke nach einer bestimmten Gebrauchszeit sodann regelmässig durch neue ersetzt. Seit 2000 wurden jährlich 700 Stöcke ergänzt oder ausgewechselt. Ihr Vorwurf der ungenügenden Wartung ist somit haltlos. Ihre Behauptung, die Unihockey-Stöcke würden durch das starke Durchbiegen beim Spielen allmählich weich und damit brüchiger, trifft nicht zu. Beschaffenheit und Material der Stöcke sind eigens auf ihren Zweck abgestimmt. Bei den Stöcken, die für das Unihockey-Spiel in den Turnhallen verwendet werden, handelt es sich um handelsübliche und zertifizierte Geräte aus Composite. Möglich ist lediglich, dass die Stöcke durch intensiven Gebrauch etwas an Spannung verlieren. Brüchiger werden sie damit aber nicht. Ebenso wenig trifft Ihre weitere Behauptung zu, die Stöcke würden durch die Lagerung in den Geräteraum, bedingt durch die trockene Luft, porös. Die Lagerung im Geräteraum ist im Gegenteil ideal, weil das so gelagerte Material keinen plötzlichen und grossen Temperaturschwankungen ausgesetzt ist.

Mängel aufgrund von „Materialermüdung“ wären von aussen sodann auch nicht feststellbar, sodass solche auch bei häufigeren Kontrollen durch das Sportamt nicht zu entdecken wären. Allfällige äussere Defekte aber sind ohne weiteres durch jedermann erkennbar. Es ist, selbst wenn die Kinder am betreffenden Unfalltag die Stöcke selbst aus dem Geräteraum holten, unwahrscheinlich, dass das Kind, dessen Stock brach, mit einem defekten Stock spielte, zumal Stöcke in der Überzahl, d.h. 24-28 Stück pro Turnhalle, zur Verfügung stehen, und somit kaum anzunehmen ist, dass das Kind einen defekten Stock wählte (act. 3). (Zu Ziff. 6) „Es ist davon auszugehen, dass der an sich völlig intakte Stock aufgrund einer erheblichen momentanen Krafteinwirkung entzwei brach und das abgebrochene Teil unglücklicherweise mit erheblicher Wucht gegen das Auge des Jungen prallte. Kein Material, welches sich für die Herstellung von Stöcken eignet, garantiert eine hundertprozentige Bruchsicherheit. Wenn ein Stock bricht, entstehen jedoch weder Spitzen noch Splitter, die Verletzungen verursachen könnten.

- 14 - Die Verletzungsgefahr beim Unihockeyspiel liegt vielmehr im Umstand begründet, dass es sich um eine Kampfsportart handelt, die – wie auch das Fussballspiel – von ständigen körperlichen Kontakten und Konfrontationen untereinander geprägt ist. Der zuweilen harte Zweikampf um den Ball, bei welchem erhebliche Kräfte freigesetzt werden, ist zentraler Bestandteil des Spiels ...“ (Zu Ziff. 7) „Zu Recht machen Sie im Rahmen ihres Schreibens nicht geltend, der Unfall habe sich aufgrund einer unzulässigen Regelverletzung ereignet. Aufgrund der Akten ergeben sich hiefür keine Anhaltspunkte“. 6. Von Anfang an stand fest und ist allseits unbestritten, dass der Kläger am Auge getroffen wurde. Unklar ist nach wie vor, ob die ganze Schaufel oder nur ein Teil derselben wegflog und welche Art Stock S. R. verwendete. Der Stock selber – auch das steht fest und ist unbestritten – steht nicht mehr zur Verfügung (act. 37 Rz 23.1). Der Kläger äussert die Vermutung, dass der Stock verschwunden sei, weil es der Beklagten um eine Beweisvereitelung gegangen sein könnte, während die Beklagte dies als „unverschämte Anschuldigung“ zurückweist (act. 37 Rz 23.1 S. 22) und geltend macht, der Hauswart habe den offenbar herumstehenden defekten Schläger in Unkenntnis der Dinge entsorgt (act. 37 Rz 23.1 S. 22 f.). So oder so steht er als Beweisobjekt – weder für einen Augenschein noch für eine Expertise – nicht mehr zur Verfügung, was die Organisation der Beklagten bzw. die zuständigen Schulverantwortlichen zu vertreten haben. Was den Unfallhergang anbelangt, führt die Beklagte aus, dass S. R. entgegen der ersten, eilig verfassten und irrtümlichen Stellungnahme des Schul- und Sportdepartementes keinen „Bostichstock“ verwendet hat (act. 3/11 – wobei der Schläger schon damals nicht mehr greifbar gewesen sein soll [act. 37 Rz 23.3 S. 37, act. 37 Rz 18.3]), ja es könne sich nur um einen „Schraubenstock“ gehandelt haben (vgl. act. 37 Rz 19, Rz 20, Rz 23.1 [Marke Canadien light]). Dies beruhe auf einer natürlichen Vermutung, dass Kinder „als Reflex“ die neuen Modelle benützen würden und ausserdem soll sich S. R. dahingehend geäussert haben (act. 37 S. 10: „Soweit er sich erinnern kann, handelte es sich beim Schläger, mit welchem er am Unfalltag gespielt hatte, wie gewohnt um ein Modell mit einem

- 15 - schwarzen runden Schaft und einer grünen oder gelben Aufschrift ... Sicher ist sich S. R., dass es sich dabei um ein Modell mit Schrauben und nicht mit Bostichklammern gehandelt habe“). In welchem Zusammenhang, in welchem Zeitpunkt und gegenüber wem S. R., der im erstinstanzlichen Verfahren verschiedentlich von beiden Parteien als Zeuge angerufen wurde, dahingehend geäussert haben soll, wird nicht erwähnt. S. R. ist von der Vorinstanz nicht als Zeuge einvernommen worden, auch nicht zur Frage, mit welcher Art

Stock er gespielt habe, obwohl zwischen den Parteien die Art des verwendeten Stockes streitig ist. Seit dem Unfall ist mit knapp 9 Jahren eine lange Zeit vergangen und S. R. war im Unfallzeitpunkt gerade mal ca. 10 Jahre alt, was den Wert eines Zeugnisses beeinträchtigen könnte. Seitens der Beklagten wird – ohne Einzelheiten zu nennen – allerdings geltend gemacht, S. R. habe bestätigt, dass er mit einem "Schraubenstock" gespielt habe (act. 37 S. 10, wo einschränkend ausgeführt wird: "Soweit er sich erinnern kann ..."). Der Wert eines Beweises ist erst bei der Beweiswürdigung zu ermitteln und entbindet deshalb – ausser im Falle der antizipierten Beweiswürdigung – nicht von der Beweiserhebung. Die Vorinstanz hat von einer Einvernahme S. R.'s denn auch nicht deshalb abgesehen, weil es nach ihrer Ansicht nicht von Bedeutung war, mit welcher Art Stock er gespielt hatte. Entscheidend war für die Vorinstanz, dass bei beiden Stockarten eine sich lösende Schaufel für den betreffenden Spieler rechtzeitig erkennbar gewesen wäre und dass die Parteien unbestrittenermassen davon ausgingen, dass der Stock in einem solchen Fall ausgetauscht worden wäre. Ergänzend weist sie in diesem Zusammenhang ausserdem darauf hin, dass der Kläger keine Ausführungen zur Kausalität der Wartung für den Unfall gemacht habe (act. 50 S. 16). Dass auf eine Einvernahme von S. R. verzichtet werden kann, deckt sich mit der Meinung der Kammer, wenn auch aus anderen Gründen. Selbst wenn sich aus der Zeugeneinvernahme von S. R. genügend verlässlich ergeben sollte, dass er mit einem "Schraubenstock" gespielt hatte, wäre der Klage des Klägers, der von der Verwendung eines "Bostichstockes" ausgeht, der Boden nicht entzogen. Die Tatsache, dass der Stock nicht (mehr) zur Verfügung steht, betrifft sowohl die

- 16 - Behauptungs- als auch die Beweislast, worauf zurückzukommen sein wird (vgl. die nachstehende Erw. 7.). Vorwegzunehmen ist aber, dass das Fehlen des wesentlichsten Beweisstückes, das übrigens auch die verwendete Stockart zweifelsfrei dokumentiert hätte, die Behauptungslast zu Gunsten des Klägers und zu Lasten der dafür verantwortlichen Beklagten so erheblich herabsetzt, dass damit die Frage eines allfälligen Wartungsfehlers – unabhängig von der Stockart – nicht obsolet würde und geklärt werden müsste. Zwar kann nicht ausgeschlossen werden, dass es auch bei korrekter Wartung zum Unfall gekommen wäre. Kann aber nicht abgeklärt werden, ob es einen Wartungsmangel gab und wie schwerwiegend er allenfalls war, kann jedenfalls nicht davon ausgegangen werden, der Wartungsmangel sei für den Unfallhergang und die daraus resultierende Augenverletzung nicht kausal. Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass demnach schon gar nicht die Mutmassungen der Beklagten, die Spieler hätten stets mit den neuen Stockmodellen gespielt, von denen genügend Exemplare zur Verfügung gestanden hätten (act. 37 Rz 23.2), weiter helfen. Zwar ist dies nicht unplausibel, für eine entsprechende verlässliche Annahme jedoch nicht ausreichend. Dass es nicht möglich ist, die Stockart auf Grund der Überreste des beschädigten Stockes zu ermitteln, hat sich die Beklagten selber zuzuschreiben. Auch hinsichtlich der Jahreswartung lässt sich auf Grund der schriftlichen Äusserung von V., dem Leiter der Sportmaterialverwaltung, kein konkretes Resultat erwarten, nachdem es dort vor allem um die Wartung der sog. „Grossgeräte“ gegangen sein soll (act. 29/6). Ob Y. nach so vielen Jahren genaue Angaben machen könnte, ist fraglich, jedoch nicht ausgeschlossen. Sie könnte allerdings höchstens bestätigen, dass sie generell die Stöcke durchgeschaut habe und defekte Stöcke aussondert bzw. repariert habe. Zum konkreten – verschwundenen – Stock und seinem Zustand könnte sie nichts sagen, was auch nicht behauptet wird. Auf die Abnahme dieser Beweise kann daher verzichtet werden. Was den massgeblichen Spielabschnitt anbelangt, der mit der Augenverletzung des Klägers endete, bestehen die einzigen Übereinstimmungen der Parteien darin, dass S. R.

einen (möglichst) scharfen Schuss aufs gegnerische Tor habe

- 17 - abgeben wollen (act. 14 Rz 5.1, act. 28 Rz 28 f., Rz 37). Die Behauptung der Beklagten, der Schläger habe dabei Bodenkontakt gehabt (act. 14 Rz 5.1: „Als sein Schläger nach der nach hinten gerichteten Ausholbewegung Bodenkontakt erhielt, brachen die Schaufel und der Schaft auseinander“), hat der Kläger im vorinstanzlichen Verfahren nicht bestritten (act. 50 S. 19). Der Kläger sieht einen der Gründe für das Wegfliegen der Schaufel bzw. des Schaufelteiles darin, dass S. R. „ausholte“, mit „hohem Stock“ gespielt hatte, während die Beklagte betont, S. R. sei keine Regelwidrigkeit vorzuwerfen (act. 37 Rz 29, Rz 43.1, Rz 45) und eine allfällige Regelwidrigkeit wäre ohnehin nicht kausal für den Unfall gewesen. Keine der Parteien behauptet einen Zweikampf, direkten Körperkontakt zwischen den Spielern, Kontakt des Klägers mit dem Schläger als solchem etc. Damit ist die Frage, ob es sich beim Unihockey um einen Kampfsport handle, obsolet, haben sich doch dessen typische Risiken hier nicht direkt niedergeschlagen. Die Sachverhaltsschilderung der Beklagten lässt völlig offen, was für sie die Ursache der weggefliegenen Schaufel bzw. des Schaufelteiles gewesen sein könnte: S. R. habe sich regelkonform verhalten und er habe mit einem intakten und von den Schulverantwortlichen regelmässig kontrollierten bzw. gewarteten Stock gespielt. In der Berufung bezieht sich die Beklagte ausserdem auf die Ansicht der Vorinstanz, dass sich sowohl lösende Klammern als auch lösende Schrauben durch „Lödeln“ ankündigen würden und dass die Spieler den Stock – würde er „Lödeln“ – ausgetauscht hätten. Schon deshalb müsse der Stock von S. R. intakt gewesen sein (act. 70 S. 14). Dass ein 10jähriger Knabe, der kaum besonders grosse Kräfte freisetzen kann, auch wenn er einen scharfen Schuss platzieren will, bei Einhaltung der Regeln und bei Verwendung völlig intaktem Material das Wegfliegen der Schaufel bzw. eines Schaufelteiles verursacht, auch wenn er den Boden tuschiert haben mag, ist unerklärlich, zumal auch kein Fabrikationsfehler geltend gemacht wird (für die Beklagte vgl. act. 37 Rz 10.2: mit Fabrikationsfehler behaftete Stöcke hätten die Wareneingangskontrolle beim Sportamt nicht überstanden), sondern im Gegenteil behauptet wird, die Schläger seien grundsätzlich für gewisse Manipulationen wie das Biegen der Schaufel konzipiert (act. 37 Rz 12).

- 18 - 7. Die Vorinstanz wirft dem Kläger mit Blick auf die Schilderung des Unfalles und den Kausalzusammenhang zwischen Wartung und Kontrolle mangelnde Substantiierung vor. Damit ist angesprochen, dass der Kläger im Einzelnen hätte darlegen müssen, was bei Wartung und Kontrolle fehlte bzw. vorzukehren gewesen wäre, damit die Schaufel bzw. der Schaufelteil nicht weggefliegen wäre. Dass der Kläger die haftungsbegründenden Elemente – soweit ihm dies möglich war – dargelegt hat, ist bereits erwähnt worden. Art. 8 ZGB, der auch hier massgeblich ist, regelt nach dem Buchstaben des Gesetzes nur die Beweislast, betrifft jedoch – als deren logische Voraussetzung – auch die Behauptungs- und Substantiierungslast (vgl. Hans Ulrich Walder/Beatrice Grob-Andermacher, Zivilprozessrecht, 5. Auflage, Zürich 2009, Rz 25 zu § 28, Anm. 46c zu § 17). Normalerweise hat der Geschädigte gemäss Art. 8 ZGB die Haftungsvoraussetzungen (Schaden, Widerrechtlichkeit und Kausalzusammenhang) ausreichend detailliert zu behaupten und der Schädiger hat sie substantiiert zu bestreiten. Danach ist im Umfang der bestritten gebliebenen Tatsachen ein Beweisverfahren durchzuführen. Art. 8 ZGB, woraus dieser Grundsatz folgt, betrifft allerdings nur den Regelfall, von dem abzuweichen ist, wenn eine Partei die Beweisführung des Gegners vereitelt (Max Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl. Zürich 1979, S. 326 Anm. 44). Es ist davon auszugehen, dass der

von S. R. verwendete Stock, sei es durch einen Augenschein, sei es durch eine Expertise – und zwar auch nachdem die Schaufel gebrochen war – Auskunft darüber hätte geben können, ob er im Vorfeld hätte ausgedockt bzw. repariert werden müssen oder ob er korrekt gewartet worden war. Hätte sein Zustand auf Kontroll- bzw. Wartungsfehler schliessen lassen, wäre damit der Nachweis, dass es zu Sorgfaltsverletzungen gekommen ist, erbracht gewesen. Der Stock ist damit für die Frage, ob und wie sich Kontrolle und Wartung auf das Wegfliegen der Schaufel ausgewirkt haben, das entscheidende Beweisstück, das sich im Einflussbereich der Beklagten befand und in ihrem Einflussbereich abhandeln gekommen ist. Damit wird der Kläger in seinen Beweismöglichkeiten eingeschränkt, was sich nicht zu seinem Nachteil auswirken darf, und zwar unabhängig davon, aus welchen Gründen es zum Verlust gekommen ist.

- 19 - Dass es sich bei der Augenverletzung des Klägers um weit mehr als um eine Bagatelle handelte, war bereits am Unfalltag, am 12. Dezember 2000, absehbar. Nach Angaben der Beklagten sei die Turnlehrerin – nachdem sie vom Unfall Kenntnis erhalten hatte – unverzüglich herbeigeeilt und haben den Kläger am Boden liegend im Gang unmittelbar vor dem Eingang der Hauptturnhalle vorgefunden. Als sie erkannte, dass er sich eine Augenverletzung zugezogen habe, habe sie sich entschieden, den Verletzten ins Spital zu verbringen und dies auch sofort gemeinsam mit einem zwischenzeitlich herbeigeeilten Lehrerkollegen getan (act. 14 S. 13). Der Kläger war dann in der Zeit vom 12. Dezember bis zum 20. Dezember 2000 in der Augenklinik des Universitätsspitals Zürich hospitalisiert (act. 3/27). Bereits vom 20. bis 22. Februar 2001 (act. 3/28) kam es zu einer weiteren stationären Behandlung (act. 3/21), dann wieder vom 16. Juli bis 18. Juli 2001 (act. 3/25) und vom 23. bis 24. August 2001 (act. 3/26). Angesichts der sofort erkannten Verletzung eines so wichtigen Organs wie des Auges hätte es der Beklagten bzw. den Verantwortlichen des betreffenden Schulhauses obliegen, den Unfallhergang zu dokumentieren und insbesondere den defekten Stock, mit dem der Unfall verursacht worden war, zu sichern. Ob für Schulunfälle interne Weisungen bestehen, kann offen bleiben. Sowohl die Missachtung allenfalls bestehender Weisungen als auch die unterlassene Erteilung von einschlägigen Weisungen verstossen gegen Obliegenheiten organisatorischer Natur. Die Folge davon sind prozessuale Nachteile für die Beklagte, welche die Beweislastverteilung betreffen und diese verändern. Als Vorstufe der Beweislast wird auch die Behauptungslast beeinflusst, welche aus dem gleich Grund vom Kläger auf die Beklagte übergeht. Als Folge des Beweismittelverlustes wäre es nunmehr an ihr gewesen, detailliert zu behaupten und gegebenenfalls nachzuweisen, was der Grund für den Bruch bzw. Abbruch der Schaufel bzw. des Schaufelteiles war. Die Beklagte hat, wie bereits erwähnt, die Ursachen des Unfalls völlig offen gelassen und es damit unterlassen, die ihr obliegende detaillierte Sachdarstellung vorzutragen. Dabei muss es sein Bewenden haben und die Beklagte ist aus dem Unfallereignis vom 12. Dezember 2000 in die Pflicht zu nehmen. Es ist in diesem

- 20 - Zusammenhang darauf hinzuweisen, dass das Abhandenkommen des Schlägers unter dem Gesichtswinkel der Beweisvereitelung im vorinstanzlichen Verfahren durchaus thematisiert worden war (für den Kläger act. 28 Rz 34 und Rz 40 "Beweismittelvernichtung"; für die Beklagte act. 37 Rz 23.1), so dass es möglich gewesen wäre, die daraus folgenden rechtlichen Schlüsse zu ziehen. Anzumerken ist schliesslich, dass sich auch in anderem haftpflichtrechtlichen Zusammenhang vergleichbare Probleme stellen. Erwähnt sei die Werkigentümergehaftung (Art. 58 OR), zu der bei Karl

Oftinger/Emil W. Stark (Schweizerisches Haftpflichtrecht, Besonderer Teil, Band II/1, 4. Auflage, Zürich 1987, Rz 90 f. zu § 19 S. 214) Folgendes ausgeführt wird: „Der (Werk-)Mangel gehört zum Beweisthema des Geschädigten. Er hat einen bestimmten Zustand des Werkes vor dem Unfall zu beweisen. ... Der Beweis des Zustandes des Werkes vor dem Unfall bietet meistens keine Schwierigkeiten, wenn das Werk weder durch den Unfall noch durch andere Einflüsse seither verändert worden ist. Wurde das Werk durch den Unfall zerstört oder ist er sonst nachher verändert worden, so könnte durch ein allzu strenges Beharren auf der Beweispflicht des Geschädigten die ganze Werkeigentümerhaftung in vielen Fällen aus den Angeln gehoben werden. Das entspricht – weder hier noch in andern Gebieten – der Gerichtspraxis: Der Richter zieht nötigenfalls gestützt auf die freie Beweiswürdigung aus der eingetretenen Schädigung den Schluss auf den mangelhaften Zustand des Werkes. Dabei hat er selbstverständlich die Möglichkeiten des Eintrittes des Unfalles sorgfältig gegeneinander abzuwägen. Deutet die Wahrscheinlichkeit darauf hin, dass ein Mangel Schadenursache war, so werden Mangel und Kausalzusammenhang zwischen dem Mangel und dem Schaden angenommen. Sobald der Werkeigentümer aber andere ernsthafte Möglichkeiten der Verursachung beweist, fällt die Grundlage für die Annahme der Verursachung des Schadens durch einen Werkmangel dahin und darf die Haftpflicht nicht dem Eigentümer auferlegt werden“. Dass die Beklagte keine anderen ernsthaften Möglichkeiten der Schadensverursachung dargelegt hätte, ist bereits dargestellt worden.

- 21 - III. 1. Aus dem Bericht vom 28. September 2004 von Prof. M., Stadtpital Triemli, ergibt sich, der Befund am linken Auge des Klägers sei prognostisch infaust und es gebe keine Möglichkeit, die Funktion des linken Auges zu erhalten oder wieder herzustellen (act. 3/7). Eine identische Prognose wird im Bericht des gleichen Arztes vom 15. November 2004 gestellt; weiter wird auf den kosmetischen Aspekt des Problems hingewiesen (act. 3/8). Die gravierenden Folgen der Verletzung stehen damit fest. 2. Was das Quantitative anbelangt, verlangte der Kläger zunächst Schadenersatz in der Höhe von Fr. 8'735.50 und eine Genugtuung von Fr. 45'000.00 (act. 1 S. 2), mithin Fr. 53'735.50. In act. 28 S. 2 ersuchte der Kläger neu um den Mehrwertzusatz bei den Entschädigungsfolgen. In der Berufung verlangte der Kläger Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils und vollständige Gutheissung der Klage (act. 63 S. 2); wobei er in der Begründung den Schadenersatz um die vorprozessualen Kosten reduzierte, soweit sie mit einer allfälligen Prozessentschädigung im vorliegenden Verfahren abzugelten seien (act. 63 Rz 31 ff.). Damit verbleiben nach den Berechnungen des Klägers: unter dem Titel Heilungskosten Fr. 841.40 (act. 63 Rz 30); unter dem Titel Rechnung des ursprünglich mandatierten Anwaltes Fr. 1'284.90 (act. 63 Rz 32); und als vorprozessuale Kosten der heutigen Rechtsvertreterin (act. 63 Rz 33) Fr. 2'714.75 (Fr. 2'449.50 zuzüglich 3 % Auslagenersatz zuzüglich 7.6 % Mehrwertsteuer). Die Beklagte nimmt zu diesen Forderungen, die sie mangels des Vorliegens der haftungsbegründenden Voraussetzungen grundsätzlich bestreitet, im Übrigen wie folgt Stellung: Soweit es sich um eine Getränkerechnung, um Drittverpflegung und Telefongebühren handle, seien diese ohnehin nicht geschuldet. Die Rechnung vom 29. November 2004 über Fr. 21.85 sei doppelt aufgeführt, so dass unter dem Titel Arzt- und Heilungskosten lediglich Fr. 717.70 geschuldet seien (act. 14 S. 32, act. 37 Rz 57). Was die Anwaltskosten anbelangt, könnten lediglich die Bemühungen bis Ende 2005 als vorprozessuale Anwaltskosten gelten (act. 14 S. 33). Das Honorar von Rechtsanwalt H. im Betrage von Fr. 1'284.90 sei jeden-

- 22 - falls kein zu entschädigender Schadensposten (act. 37 Rz 58). Soweit bei den vorprozessualen Anwaltskosten von Rechtsanwältin Samuelsson der 7. Februar 2006 als Abgrenzungstag zu gelten habe, würden sich die vorprozessualen Anwaltskosten der jetzigen Klägervertreterin auf Fr. 2'561.20 reduzieren. Mit Blick auf die einschlägige Judikatur würde die Beklagte, sollte die Genugtuung entgegen der Ansicht der Klägerin überhaupt geschuldet sein, eher von einem Betrag um die Fr. 20'000.-- ausgehen (act. 14 Rz 37.2, act. 37 Rz 60). 3. Was die geltend gemachte Reduktion der Beklagten wegen Getränken (act. 3/2: 1/2 Liter Mineralgetränk Fr. 5.--), Drittverpflegung und Telefonkosten (act. 3/27: Telefongespräche 37.90; Begleitung [Kost + Logis] 25.50; act. 3/28: Telefongespräche 21.20, Mahlzeit für Pat. und/oder Angehörige 32.--) anbelangt, ist diese zwar minimal, insgesamt handelt es sich um Fr. 121.60, jedoch dennoch zu prüfen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Kläger im Unfallzeitpunkt und bei den Spitalaufenthalten im Kindesalter war. Daher rechtfertigt es sich die Kosten, die offensichtlich im Zusammenhang mit Besuchen und Kontakten mit dem Elternhaus angefallen sind, bei der Schadensberechnung zu berücksichtigen. Unberücksichtigt muss die Rechnung vom 29. November 2004 in der Höhe von Fr. 21.85 bleiben, die identisch ist mit jener vom gleichen Datum über Fr. 16.85, wozu jedoch wegen verspäteter Zahlung eine Mahngebühr von Fr. 5.-- kommt. 4. Was den Ersatz von Anwaltskosten anbelangt, ist gemäss Oftinger/Stark (Allgemeiner Teil, Band I, Rz 37 f. zu § 2) darauf abzustellen, ob nach dem anwendbaren Prozessrecht die vorprozessualen Anwaltskosten in der prozessualen Prozessentschädigung inbegriffen sind, wovon im Kanton Zürich nicht auszugehen ist (ZR 63 Nr. 100 S. 228 f.). Dies ergibt sich auch im Zusammenhang mit der unentgeltlichen Prozessführung gemäss § 88 ZPO, wonach für vorprozessuale Bemühungen ein separates Gesuch zu stellen ist. Fraglich ist damit nur, wo die Trennlinie zwischen vorprozessualen Aufwand und Bemühungen im Rahmen des vorliegenden Verfahrens zu ziehen ist. Anzumerken ist, dass die anwaltlichen Bemühungen als solche durchaus gerechtfertigt und nötig waren. Der Kläger sah sich schwierigen Abklärungen gegenüber, die weder seine Eltern und schon gar nicht er selber zu meistern vermochten. Was die Bemühungen von Rechtsanwalt

- 23 - H. anbelangt (Fr. 1'175.-- zuzüglich Spesen Fr. 19.10 und MwSt Fr. 90.80), sind diese nicht näher spezifiziert und nach Ansicht der Beklagten weder notwendig gewesen noch hätten sie der unmittelbaren Durchsetzung einer Schadenersatzforderung gedient (act. 14 Rz 36.1). Bei den Akten liegen immerhin ein Schreiben von Rechtsanwalt H. an die Kreisschulpflege ... vom 6. November 2001 (act. 3/10) sowie die Antwort des Schul- und Sportdepartements an ihn (act. 3/11). Daraus ist zwar nicht der genaue Umfang der Aufwendung ersichtlich, jedoch ist klar, dass er im Zusammenhang mit dem Unfall des Klägers und seiner Augenverletzung tätig geworden war. Angesichts der (bescheidenen) Höhe der Rechnung von Rechtsanwalt H. kann es als erstellt angesehen werden, dass es sich um die aus den Akten ersichtlichen Bemühungen zur Klärung der Verantwortlichkeit seitens der Beklagten gehandelt hat, so dass der Betrag seiner Honorarnote in die Schadensrechnung einzubeziehen ist. Die vorprozessualen Aufwendungen von Rechtsanwalt H. sowie die vorprozessualen Aufwendungen der jetzigen Rechtsvertreterin des Klägers gehören damit grundsätzlich zur Kategorie des vorprozessualen Schadens. Bei den Aufwendungen von Rechtsanwältin Samuelsson ist somit der vorprozessuale Aufwand vom prozessualen, der durch die Prozessentschädigung gedeckt wird, abzugrenzen. Dabei erscheint es gerechtfertigt, die Trennlinie vor dem Datum vom 7. Februar 2006 zu ziehen (vgl. act. 3/38), wie dies die Rechtsvertreterin des Klägers (wohl) tut (act. 28 Rz 91). Nach der Zusammenstellung in act. 3/38 ist bis und mit 3. Februar 2006 ein Honorar

von Fr. 2'561.20 aufgelaufen. Zuzüglich Bar- auslagenpauschale und Mehrwertsteuer ergibt dies Fr. 2'832.70, wobei der Kläger diesbezüglich nur Fr. 2'714.75 geltend macht. Damit ergibt sich folgende Schadenersatzberechnung: Heilungskosten etc. 841.40 ./ doppelte gezahlte Rechnung 21.65 819.75 + Honorar RA H. 1'284.90 + vorprozessuales Honorar RA Samuelsson 2'714.75 Total 4'819.40 5. Was die Genugtuung anbelangt, ist § 10 HG anwendbar: Danach hat der Richter unter Würdigung der besonderen Umstände dem Verletzten eine ange-

- 24 - messene Geldsumme als Genugtuung zuzusprechen. Der Kläger hat im Kindesalter die Sehkraft am einen Auge verloren, was mit ganz erheblichen Beeinträchtigungen verbunden ist und was offensichtlich auch sein Äusseres sehr stark tangiert (act. 3/19 und insbesondere auch act. 29/9). Ausserdem hatte er, zumindest in der ersten Zeit nach der Verletzung, unbestrittenermassen starke Kopfschmerzen. Dafür, dass diese noch anhalten, verlangt die Beklagte die Einreichung eines aktualisierten Arztzeugnisses; das letzte datiere vom 15. November 2004 und diese Aktenlage reiche nicht aus, um ungeprüft die heute noch geltend gemachten physischen und psychischen Restbeschwerden beurteilen zu können (act. 14 Rz 37.1). Da die Fortdauer dieser sog. Restbeschwerden gegenüber den Hauptproblemen (einseitige Erblindung, Ästhetik und damit verbundene Probleme) nicht entscheidend ins Gewicht fallen, kann darauf verzichtet werden. Dem Kläger ist unter Würdigung aller Umstände eine Genugtuung in der beantragten Höhe von Fr. 45'000.-- zuzusprechen. 6. Der Kläger verlangt einen Vorbehalt im Sinne von Art. 46 Abs. 2 OR, wobei hier der gleichlautende § 9 Abs. 2 HG massgeblich ist. Es ist sehr wohl möglich, dass sich die Folgen der Verletzung in der nächsten Zeit anders darstellen als heute anzunehmen ist; insbesondere könnten in ästhetischer Hinsicht weitere Massnahmen nötig sein. Der Vorbehalt der Abänderung des Urteils erscheint daher hinsichtlich eines allfälligen Schadenersatzes gerechtfertigt. IV. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Beklagte für beide Instanzen kosten- und entschädigungspflichtig. Gegenüber dem ursprünglichen Rechtsbeherrschenden wurde der Schadenersatz um ca. Fr. 4'000.--, d.h. knapp 10 % reduziert. Das ist zu berücksichtigen. Der Kläger hat in der vorinstanzlichen Replik (act. 28 S. 2) und in der Berufung (act. 63 S. 2) die Ausrichtung der Mehrwertsteuer verlangt.

- 25 - V. Als Bundesrechtsmittel kommt die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten in Frage, jedoch kann nach Massgabe von Art. 95 BGG – weil mit dem Zürcher Haftungsgesetz kantonales Recht zur Anwendung kommt – die Verletzung kantonalen Rechts nicht unmittelbar gerügt werden; es ist diesbezüglich eine bundesrechtswidrige (im wesentlichen willkürliche) Anwendung des kantonalen Rechts zu rügen (BGE 2C_492/2009 Erw. 2.2). Das Gericht erkennt: 1. Das vorinstanzliche Urteil wird aufgehoben und die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger Fr. 49'819.40 zu bezahlen, zuzüglich 5 % Zins seit 12. Dezember 2000. Die Abänderung des Urteils wird für die Dauer von zwei Jahren ab heute vorbehalten. 2. Die erstinstanzliche Gerichtsgebühr von Fr. 5'850.-- wird bestätigt. 3. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird auf Fr. 5'500.-- festgesetzt. 4. Die Kosten beider Instanzen werden zu 9/10 der Beklagten und zu 1/10 dem Kläger auferlegt. 5. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger für beide Instanzen eine reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 12'800.-- zuzüglich 7.6 % Mehrwertsteuer zu bezahlen. 6. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Zürich, X. Abteilung, je gegen Empfangsschein. Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück. 7. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen von dessen Zustellung

an beim Kassationsgericht des Kantons Zürich, Postfach, 8022 Zürich, durch

- 26 - eine § 288 der Zivilprozessordnung (ZPO) entsprechende Eingabe im Doppel kantonale Nichtigkeitsbeschwerde im Sinne von § 281 ff. ZPO erhoben werden. 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 öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Wird kantonale Nichtigkeitsbeschwerde erhoben, so läuft die Frist für die Beschwerde an das Bundesgericht erst ab Zustellung des Entscheids des Kassationsgerichts (Art. 100 Abs. 6 BGG). Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 49'819.40. Die Beschwerden an das Kassationsgericht und an das Bundesgericht haben keine aufschiebende Wirkung. _____ OBERGERICHT DES KANTONS ZÜRICH II. Zivilkammer Der Präsident: Die juristische Sekretärin: Oberrichter Dr. O. Kramis lic. iur. F. Gohl Zschokke versandt am:

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