

ZH_OBERGERICHT LB160065 vom 12. Oktober 2017

ZH Obergericht, 2017-10-12, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LB160065

FR: ZH_OBERGERICHT LB160065 du 12 octobre 2017

IT: ZH_OBERGERICHT LB160065 del 12 ottobre 2017

Erwägungen

E. 1

Streitgegenstand D._____, die Tochter von B._____ und C._____ (fortan "Kläger" genannt), weilte auf Einladung von E._____ Ende 2006 in der F._____ [Ortsangabe] zum Erlernen des Snowboardsports. Die beiden übernachteten in Drehschrankbetten im Hobbyraum der Liegenschaft "G._____" – in der damaligen politischen Gemeinde H._____ – die im Eigentum von I._____ stand. Letzterer ist der Vater von A._____ (fortan "Beklagter" genannt), einem Freund von E._____. In der zweiten Nacht des Aufenthalts, vom 29. auf den 30. Dezember 2006, kippte die Schrankkonstruktion auf die beiden Schlafenden und bewirkte bei D._____ eine Halswirbelsäulenverletzung, die wiederum zur irreversiblen Lähmung sowohl der Beine als auch der Arme führte. E._____ blieb unverletzt. Die Kläger fassen den Beklagten wie auch dessen Vater I._____ sowie E._____ mit einer Klage auf Genugtuung ins Recht.

E. 2

Prozessgeschichte

E. 2.1

Unter Einreichung der Klagebewilligung des Friedensrichteramts J._____ vom 2. Oktober 2012 (act. 1) machten die Kläger mit Klageschrift vom 16. Oktober 2012 das vorliegende Verfahren am Bezirksgericht Bülach gegen den Beklagten, dessen Vater sowie E._____ anhängig (act. 2). Die Vorinstanz führte einen doppelten Schriftenwechsel sowie eine Instruktionsverhandlung durch, liess – unter Einbezug eines Augenscheins – ein Gutachten von der eidgenössischen Materialprüfungs- und Forschungsanstalt erstatten, räumte Gelegenheit zur Stellungnahme dazu ein und führte die Hauptverhandlung durch; für den ausführlichen vorinstanzlichen Prozessverlauf sei zur Vermeidung von Wiederholungen auf den vorinstanzlichen Entscheid verwiesen (act. 120 S. 3 ff.). Mit unbegründetem Urteil vom 20. Januar 2016 hiess das Bezirksgericht Bülach die Klage gegen den Beklagten und dessen Vater I._____ teilweise gut, jene gegen E._____ wies sie ab (act. 104). Mit Eingabe vom 1. Februar 2016 ersuchte der Beklagte rechtzeitig um Begründung des Urteils (act. 105; act. 109). Am 5. August 2016 (act. 116) wurde in - 5 - der Folge dem Beklagten das nunmehr begründete Urteil zugestellt (act. 115 = act. 119/1 = act. 120).

E. 2.2

Mit Eingabe vom 14. September 2016 erhob der Beklagte Berufung gegen das vorinstanzliche Urteil mit den eingangs angeführten Berufungsanträgen (act. 118). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 1-116). Auf den mit Verfügung vom 23. September 2016 angeordneten Kostenvorschuss in Höhe von Fr. 4'750.– (act. 121) folgend,

ersuchte der Beklagte mit Eingabe vom 7. Oktober 2016 um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und damit um Befreiung von der Pflicht zur Leistung eines Vorschusses (act. 124 und 125/1-5). Mit Referentenverfügung vom 19. Oktober 2016 wurde dem Beklagten die Frist zur Leistung des Kostenvorschusses bis zum Entscheid über die unentgeltliche Rechtspflege abgenommen (act. 126). Die Berufungsantwort und Anschlussberufung wurden am 6. Februar 2017 erstattet (act. 130). Mit Beschluss vom 20. Februar 2017 wurde das Verfahren bis zum Abschluss des bundesgerichtlichen Verfahrens 4A_70/2017 sistiert (act. 131). Nach Zugang des begründeten bundesgerichtlichen Urteils vom 14. Juli 2017 ist das Verfahren wieder aufzunehmen (vgl. act. 133). Es ist spruchreif. Mit dem vorliegenden Entscheid ist dem Beklagten die Berufungsantwort und Anschlussberufung zuzustellen. Von der Einholung einer Anschlussberufungsantwort ist abzusehen (vgl. Art. 312 Abs. 1 ZPO).

E. 3

Berufungsvoraussetzungen und Begründungspflicht Nach Eingang der Berufung prüft die Rechtsmittelinstanz von Amtes wegen das Vorliegen der Rechtsmittelvoraussetzungen. Diese sind vorliegend unstreitig gegeben. Berufung und Anschlussberufung gingen rechtzeitig, schriftlich begründet und mit konkreten Anträgen versehen bei der Rechtsmittelinstanz ein. Die Parteien sind durch das vorinstanzliche Urteil beschwert und zur Rechtsmittelerhebung legitimiert; für die Berufung gegen den Entscheid ist das angerufene Obergericht zuständig. Auf die Berufung und die Anschlussberufung ist einzutreten.

- 6 -

E. 4

Zulässigkeit einer Teilklage / Beweisverfügung und Parteibefragung

E. 4.1

Die Vorinstanz hiess das von den Klägern ursprünglich als unbezifferte Forderungsklage benannte Rechtsbegehren und später als Teilklage entgegengenommenen Genugtuungsbegehren über mindestens Fr. 40'000.– je Kläger im Umfang von je Fr. 20'000.– gut und wies es im Übrigen implizit ab (vgl. act. 120 S. 8 ff. und S. 68 f.). Raum für eine nachträgliche Bezifferung bzw. die Anhebung einer weiteren Teilklage besteht nicht.

E. 4.2

Im Umfang von Fr. 40'000.– war die Klage von Beginn an beziffert und es war und ist ohne weiteres darauf einzutreten. Mehr steht aber im Berufungsverfahren nicht mehr im Streit (vgl. dazu act. 130 S. 2). Aufgrund dessen bedarf die wortreiche Argumentation des Beklagten (act. 118 S. 5 ff.) zur Unzulässigkeit der Klage (sei sie unbeziffert, sei sie eine Teilklage) für den vorliegenden Fall keiner weiteren Erörterung. Der Beklagte ist diesbezüglich nicht beschwert. Insofern er die Verteilung der Prozesskosten rügt (act. 118 S. 6), ist bei der Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolge darauf zurück zu kommen.

E. 4.3

Der Beklagte beanstandet ferner, dass es die Vorinstanz versäumt habe, eine Beweisverfügung zu erlassen und die Beweisrollen zu verteilen. Das Verfahren sei nicht spruchreif und der Sachverhalt unvollständig erhoben worden (act. 118 S. 3 f. und 7 f.).

Mangels konkretem Konnex zu erheblichen und bestrittenen Parteidarstellungen sind diese Ausführungen ohne Relevanz für die Berufung. Wie noch zu zeigen sein wird (E. 9), ist auch im Zusammenhang mit den einzelnen konkreten Rügen zum Sachverhalt (act. 118 S. 8 ff.) nicht näher darauf einzugehen.

E. 5

Von der Vorinstanz zu Grunde gelegter Sachverhalt Das Bezirksgericht Bülach prüfte und bejahte einen Anspruch der Kläger aus Art. 41 OR. Seinen Überlegungen ist im Wesentlichen folgender Sachverhalt zu Grunde zu legen:

E. 5.1

Der Vater des Beklagten erhielt im Sommer 2005 von einem Nachbarn zwei Drehschrankbetten geschenkt. Zusammen mit dem Beklagten zerlegte er die

- 7 - Betten für den Transport, transportierte sie zu seiner Liegenschaft und baute sie im Hobbyraum wieder zusammen. Weil die Betten bei seiner Ankunft beim Nachbarn bereits teilweise zerlegt waren, sah der Beklagte im Gegensatz zu seinem Vater nicht, dass die Betten beim Nachbarn an der Wand festgeschraubt gewesen waren. Sie beabsichtigten, die Betten erst nach einer Neugestaltung des Bodens definitiv aufzustellen (act. 120 S. 13 und 61).

E. 5.2

Der Beklagte hatte E. _____ im Dezember 2006 in das Ferienhaus seines Vaters eingeladen. E. _____ erkundigte sich, ob auch die Tochter der Kläger mitkommen könne, womit sich der Beklagte einverstanden erklärte. Die beiden vereinbarten den Hobbyraum als Schlafplatz. Bei der Ankunft haben der Beklagte und E. _____ die Betten aufgestellt, getestet und die Konstruktion für sicher befunden (act. 120 S. 12 ff.).

E. 5.3

In der zweiten Nacht kippte die Schrankkonstruktion auf die beiden Schlafenden und bewirkte bei der Tochter der Kläger eine gravierende Verletzung der Halswirbelsäule. Nach den Erwägungen der Vorinstanz ist dabei von einem Selbstkollaps des Bettes bei bestimmungsgemäsem Gebrauch auszugehen, wobei eine kritische Schräglage des instabilen Bettfusses vorausging (act. 120 S. 28).

E. 6

Aktivlegitimation

E. 6.1

Bei Tötung eines Menschen oder Körperverletzung kann der Richter unter Würdigung der besonderen Umstände dem Verletzten oder den Angehörigen des Getöteten eine angemessene Geldsumme als Genugtuung zusprechen (Art. 47 OR). Wer in seiner Persönlichkeit widerrechtlich verletzt wird, hat Anspruch auf Leistung einer Geldsumme als Genugtuung, sofern die Schwere der Verletzung es rechtfertigt und diese nicht anders wiedergutmacht worden ist (Art. 49 Abs. 1 OR).

E. 6.2

Die Vorinstanz erwog, eine Angehörigengenugtuung setze voraus, dass die für die Begründung eines Genugtuungsanspruchs des direkten Opfers notwendigen Haftungsvoraussetzungen erfüllt seien. Auch sei erforderlich, dass die

- 8 - Angehörigen gleich schwer oder schwerer betroffen seien als die Angehörigen des Opfers einer Tötung. Zu solchen Verletzungen würden auch Lähmungen zählen. Der Anspruch Angehöriger schwerverletzter Opfer sei selbständig und stütze sich nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung auf Art. 49 OR. Die Praxis bejahen einen Genugtuungsanspruch der Eltern verunfallter auch erwachsener Kinder, welche in der Folge für den Rest ihres Lebens pflegebedürftig seien. Mit der Tetraplegie der Tochter der Kläger liege eine irreversible Verletzung vor, die eine lebenslängliche Pflegebedürftigkeit zur Folge habe. Die Betroffenheit der Kläger sei eine kausale Folge des Unfalls und mindestens so schwer, wie diejenige der Eltern eines Todesopfers. Die Kläger seien entsprechend zur Klage aktivlegitimiert (act. 120 S. 65 ff.).

E. 6.3

Der Beklagte führt in seiner Berufung aus, D._____ sei zum Zeitpunkt des Unfalls 34-jährig, verheiratet, Mutter eines Kindes und nicht mehr bei den Klägern wohnhaft gewesen. Damit habe keine Nähe zu den Klägern im rechtsgenügenden Ausmass bestanden; eine rechtlich relevante Unbill lasse sich bei dieser Konstellation nicht mehr herleiten. Die Angehörigen Genugtuung nach Art. 49 OR entfalle mangels Aktivlegitimation. Die Klage sei schon aus diesem Grund vollumfänglich abzuweisen (act. 118 S. 21 f.).

E. 6.4

Die Kläger stellen sich in der Berufungsantwort auf den Standpunkt, ihre Tochter wohne seit dem Jahre 2000 im gleichen Haus wie sie selbst. Als Folge des Unfalls habe man im Jahr 2007 die Wohnung getauscht. Entgegen dem Beklagten stünden Alter und Familienstand der Zuspreehung einer Genugtuung nicht entgegen. Die Vorinstanz habe unter Hinweis auf die Rechtsprechung zu Recht erwogen, dass auch die Eltern eines erwachsenen Kindes bei gegebenen Voraussetzungen Anspruch auf Genugtuung hätten. Der Beklagte wende sich auch nicht gegen die schwere Betroffenheit der Kläger, weshalb die grundsätzliche Anspruchsberechtigung zu bejahen sei (act. 130 S. 12).

E. 6.5

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung haben die nahen Angehörigen einer körperlich geschädigten Person Anspruch auf Ersatz des deswegen erlittenen seelischen Schadens, wenn dieser aussergewöhnlich ist. Der Ansprecher muss in seiner Persönlichkeit widerrechtlich verletzt und gleich schwer oder

- 9 - schwerer betroffen sein als im Falle der Tötung eines Angehörigen (BGer 1A.69/2005 vom 8. Juni 2005, E. 2.4; BGE 112 II 226; BGE 117 II 50 E. 3). Bemessungskriterien sind dabei, wie bei der Bemessung der Genugtuung allgemein, vor allem die Art und Schwere der Verletzung, die Intensität und Dauer der Auswirkungen auf die Persönlichkeit des Betroffenen sowie der Grad des Verschuldens des Schädigers. Auch die vom Beklagten zitierte Literatur sieht die Zuspreehung einer Genugtuung bei einer Persönlichkeitsverletzung, namentlich bei einem schweren Personenschaden eines engen Familienangehörigen vor (BK-BREHM, 4. Auflage, Bern 2013, Art. 49 OR N 67). Eine enge Beziehung zu den Angehörigen der Familie, so auch den Nachkommen, wird vermutet; besteht ausnahmsweise keine enge Beziehung, so erscheint auch ein Genugtuungsanspruch als ausgeschlossen (so ZK-LANDOLT, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2007, Art. 49 OR N. 703). Das Bundesgericht erwog hinsichtlich der Angehörigen Genugtuung bei der Tötung eines Menschen in Anwendung von Art. 47 OR differenzierend, dass die Anspruchsberechtigung grundsätzlich auch dann gegeben sei,

wenn ein getötetes Kind verheiratet und nicht mehr im elterlichen Haushalt wohnhaft gewesen sei (BGE 103 V 183 E. 3.). Es hat so auch in jüngerer Vergangenheit Genugtuungen für Eltern getöteter, erwachsener Kinder ausserhalb des eigenen Haushalts zugesprochen, in der Erwägung, dass sich eine Reduzierung der Genugtuung rechtfertige, wenn zwischen Eltern und erwachsenem Kind keine Hausgemeinschaft bestanden habe. Weiter hielt es fest, dass die Höhe massgeblich vom Ausmass der Beeinträchtigung des tatsächlichen Nähegefühls zwischen dem Getöteten und dem Anspruchsteller im Zeitpunkt der Tötung abhängt und bei einer unterdurchschnittlichen Beziehung die Genugtuung erheblich herabgesetzt werden könne (BGer 6B_405/2010 vom 1. Oktober 2010, E. 2.4, 6B_714/2013 vom 25. März 2014, E. 4.2 f.). Schliesslich weist die Vorinstanz zu Recht auf BGE 129 IV 22 E. 7.4 hin; in dieser Entscheidung sprach das Bundesgericht den Eltern eines als Geisel genommenen, erwachsenen Sohnes eine Genugtuung zu.

E. 6.6

Einhergehend mit der vorinstanzlichen Begründung ist die Aktivlegitimation der Kläger damit ohne weiteres zu bejahen. Der Beklagte führt zu deren Verneinung einzig die fehlende Nähe der Kläger zur verunfallten, erwachsenen Tochter ins Feld. Mit dieser Argumentation wird aber die Vermutung einer engen Beziehung

- 10 - zwischen Eltern und deren erwachsenen Tochter nicht derart umgestossen, dass die Klagelegitimation entfiele.

E. 7

Gefahrensatz

E. 7.1

Eine Haftung des Beklagten nach Art. 41 OR setzt primär voraus, dass er der Tochter der Kläger schuldhaft und widerrechtlich einen Schaden zufügte (Kausalität). Das Bezirksgericht Bülach bejahte die haftungsbegründenden Voraussetzungen, wobei es dem Beklagten eine Unterlassung, die fehlende ordnungsgemässe Fixierung der Drehschrankbetten, vorwarf. Zentrale Bedeutung der vorinstanzlichen Subsumption kommt dem Gefahrensatz zu (vgl. act. 120 S. 59 ff. i.V.m. S. 49, S. 52, S. 54 ff.).

E. 7.2

Der Gefahrensatz lautet wie folgt: Wer einen Zustand schafft oder aufrecht erhält, der – angesichts der konkreten Umstände erkennbarerweise – einen anderen schädigen könnte, ist nach allgemein anerkanntem Rechtssatz verpflichtet, die zur Vermeidung eines Schadens erforderlichen Massnahmen zu treffen (vgl. BGE 126 III 113 E.2a; REY, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 4. Auflage, Zürich 2008, N 868 f.).

E. 7.3

Bei Unterlassungen kann es keinen natürlichen Kausalzusammenhang im Sinne der "conditio sine qua non-Formel" geben. Ein Zusammenhang ist dann zu bejahen, wenn der Schaden ohne die fragliche Ursache nicht eingetreten wäre. Es ist daher zu prüfen, ob den Schädiger eine Handlungspflicht getroffen hätte, den Schaden abzuwenden, welche sich unter anderem aus dem Gefahrensatz ergeben kann (HUGUENIN, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Auflage, Zürich 2014, N 1923 f.).

E. 7.4

Widerrechtlich ist eine Schadenszufügung dann, wenn sie gegen eine all- gemeine gesetzliche Pflicht verstösst, indem entweder ein absolutes Recht der Geschädigten beeinträchtigt (Erfolgsunrecht) oder eine reine Vermögensschädi- gung durch Verstoss gegen eine Norm bewirkt wird, die nach ihrem Zweck vor derartigen Schäden schützen soll (Verhaltensunrecht; BGE 133 III 323 E. 5.1). Eine ausservertragliche Haftung wegen Unterlassung setzt auch bei der Beein-

- 11 - trächtigung eines absoluten Rechtes ein Nichthandeln trotz Bestehens einer rechtlichen Handlungspflicht voraus. Denn der Grundsatz, dass die Verletzung ei- nes absoluten Rechtsgutes per se widerrechtlich ist, ist auf die Beeinträchtigung durch aktives Handeln ausgerichtet (vgl. Urteil 4A_520/2007 vom 31. März 2008 E. 2.1). Wer eine Handlung unterlässt, zu der er nach der Rechtsordnung nicht verpflichtet ist, verstösst nicht gegen diese und handelt nicht rechtswidrig. Wider- rechtlichkeit durch Unterlassen kann daher nur dann entstehen, wenn eine Schutznorm zu Gunsten des Geschädigten ein Handeln ausdrücklich verlangt (BGE 118 II 502 E. 3). Solche Schutznormen können sich aus irgendeinem Teil des objektiven, selbst des ungeschriebenen Rechts, und aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen ergeben (BGE 116 Ib 367 E. 4c; 115 II 15 E. 3c mit Hinwei- sen; Urteil 2A.511/2005 vom 16. Februar 2009 E. 5.1; vgl. auch zur Staatshaftung BGE 132 II 305 E. 4.1 S. 317; 123 II 577 E. 4d/ff S. 583). Der Gefahrensatz, wo- nach derjenige, der einen gefährlichen Zustand schafft oder unterhält, die zur Vermeidung eines Schadens erforderlichen Schutzmassnahmen zu ergreifen hat, ist bei der Verletzung von absoluten Rechtsgütern – im Gegensatz zu reinen Vermögensschäden (BGE 124 III 297 E. 5b S. 300 f.; 119 II 127 E. 3 S. 129 mit Hinweisen) – geeignet, bei Fehlen einer spezifischen Schutznorm eine Wider- rechtlichkeit zu begründen (vgl. Urteile des Bundesgerichts 4A_104/2012 vom 3. August 2012, E. 2.1 und 4A_83/2015 vom 15. Juni 2015, E. 4.2).

E. 7.5

Fahrlässigkeit ist rechtlich "missbilligte Unsorgfalt". Sie setzt in subjektiver Hinsicht voraus, dass der Schädiger urteilsfähig ist. Diese Voraussetzung steht im vorliegend zu beurteilenden Fall nicht zur Diskussion, so dass darauf nicht weiter einzugehen ist. Die Sorgfalt, welche es zu beachten gilt, misst sich grundsätzlich nach objektiven Kriterien. Der Mangel an Sorgfalt wird festgestellt durch den Ver- gleich des tatsächlichen Verhaltens des Schädigers mit dem hypothetischen Ver- halten eines durchschnittlich sorgfältigen Menschen in der Situation des Schädi- gers. Die negative Abweichung von diesem geforderten Durchschnittsverhalten gilt in der Regel als sorgfaltswidrig (REY, a.a.O., N 810 und N 844 ff.; BK-BREHM, 3. Auflage, Bern 2006, N 170 ff. und N 179 ff. zu Art. 41). Die Sorgfaltspflichten ergeben sich in erster Linie aus gesetzlichen Regelungen, die der Unfallverhütung und der Sicherheit dienen, sowie aus anderen allgemein anerkannten Verhaltens-

- 12 - regeln, selbst wenn diese von einem privaten oder halböffentlichen Verband er- lassen werden und keine Rechtsnormen darstellen (BSK OR I-KESSLER, 6. Aufla- ge, Basel 2015, Art. 41 N 48b). Auch die Verletzung des Gefahrensatzes begrün- det ein Verschulden. Der alleinige Umstand aber, dass ein Vorfall geschehen und ein Schaden entstanden ist – den man, im Nachhinein betrachtet, hätte vermei- den können – heisst noch nicht, dass das Verhalten unter den vorangehenden Umständen schuldhaft war (BK-BREHM, a.a.O., N 188 zu Art. 41).

E. 8

Erkennbarkeit der Notwendigkeit einer Wandbefestigung der Schrankbetten

E. 8.1

Die Vorinstanz erwog, der Beklagte habe eine Lehre als Schreiner absolviert, sei jedoch in der Folge als Plattenleger tätig gewesen; ihm seien mithin weder spezifische Kenntnisse hinsichtlich der Drehschrankbetten noch ein erhöhtes Mass an Sorgfalt anzurechnen gewesen. Ein Mann seines Alters verfüge lediglich über Grundkenntnisse im Hinblick auf den Bau von Holzzeugnissen, wozu allerdings auch Möbel zu zählen seien. Weder habe der Beklagte über eine Montageanleitung für den Zusammenbau der Betten verfügt, noch bestehe eine Vorschrift, welche Endverbraucher zu einer Befestigung von Schrankbetten verpflichtete. Aufgrund des Gefahrensatzes habe allerdings eine Handlungspflicht bestanden, was aufgrund der Untätigkeit des Beklagten ein Abweichen von der gebotenen Sorgfalt indiziere. Der Ab- und Aufbau im Sommer 2015 habe dem Beklagten die überdurchschnittlich komplexe Konstruktion der Drehschrankbetten vor Augen geführt. Als gelernter Schreiner hätte er aufgrund der Schraubenlöcher an der Schrankwand erkennen müssen, dass die Betten bei ihrer früheren Verwendung an der Wand angeschraubt gewesen seien. Er hätte davon ausgehen müssen, dass die Betten gewöhnlich mit einer Anleitung ausgestattet seien, welche das für die Montage und Verwendung erforderliche Wissen vermittele und über mögliche Gefahren aufkläre. Seit dem 1. Juli 1995 schreibe eine technische Norm die Notwendigkeit von Montageanleitungen vor und statuiere die Pflicht der Wandbefestigung von Klappbetten. Der persönliche Geltungsbereich der Norm beschränke sich auf Hersteller von Klappbetten; eine Handlungspflicht des Beklagten werde daher nicht begründet. Zum Zeitpunkt des Unfalls seien Montageanleitungen für Drehschrankbetten aber üblich gewesen. Ein durchschnittlich sorgfältiger Ver-

- 13 - braucher, der solch ein Bett wissentlich ohne Anleitung und ohne eigenes Fachwissen aufbaute, habe daher nicht davon ausgehen können, der Aufbau sei auf die vorgeschriebene Weise erfolgt. Dies gelte für den Beklagten verstärkt, da er angesichts der Schraubenlöcher hätte erahnen können, dass die Betten beim Nachbarn verschraubt gewesen seien. Im Wissen um die fehlende Kenntnis der Risiken der Konstruktion könne grundsätzlich keine Gewissheit über deren Zuverlässigkeit bestehen. Die einseitige und schwach angebrachte Arretierung des Bettfusses habe den Unfall zwar begünstigt, sie dränge aber das Gefährdungspotential der fehlenden Fixierung der Schrankwand nicht in den Hintergrund. Das Unterlassen von Sicherungsvorkehrungen des Wandkastens erscheine nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung als dazu geeignet, das Kippen der Schrankwand und damit den Schaden der Tochter der Kläger bei bestimmungsgemäsem Gebrauch zu verursachen. Die von den Drehschrankbetten ausgehende Gefahr sei somit für den Beklagten erkennbar gewesen. Zwar sei die Gefahr im Gutachten des wissenschaftlichen Dienstes der Stadtpolizei Zürich nicht erwähnt worden und im Gutachten der EMPA werde angeführt, die erhöhte Kippgefahr durch einen schrägstehenden Bettfuss sei für einen Durchschnittsnutzer nicht erkennbar, damit werde aber der genaue Kausalverlauf beschrieben, dessen Erkennbarkeit nicht erforderlich sei, um die Vorhersehbarkeit zu bejahen. Der Beklagte wäre also gehalten gewesen, die Betten fachmännisch definitiv zu montieren oder den Gästen die Schlafmöglichkeit im Hobbyraum auszuschlagen. Die Ergreifung dieser Massnahmen wäre ohne weiteres möglich gewesen. Die Unterlassung dieser beiden Möglichkeiten sei in Abweichung der gebotenen Sorgfalt und damit schuldhaft erfolgt. Dass der Beklagte die Notwendigkeit der Befestigung der Betten tatsächlich nicht erkannt habe, sei unerheblich. Er habe nicht über

das notwendige Fachwissen verfügt. Wer aber eine Tätigkeit übernehme, ohne über die dafür erforderlichen Fähigkeiten zu verfügen, den treffe ein Übernahmeverschulden (act. 120 S. 60 ff.).

E. 8.2

Der Beklagte hält mit der Berufung dafür, eine Handlungspflicht aufgrund des Gefahrensatzes ergebe sich erst bei Erkennbarkeit der Gefahr. Eine Garantstellung und sich daraus ergebende Handlungspflichten seien unter der Voraussetzung des Verschuldens zu prüfen. Er sei nicht Eigentümer der Dreh-

- 14 - schrankbetten und habe seinem Vater einzig geholfen, die Betten zu zügeln und korrekt wieder aufzubauen. Es sei abstrus, aus dieser Mithilfe im Jahr 2005 eine Handlungspflicht oder Garantstellung zu begründen. Auch bei der Mithilfe beim Aufstellen am 28. Dezember 2006 habe er keinen gefährlichen Zustand geschaffen. Ein allfälliger Kausalzusammenhang dieser Mithilfe wäre zudem nach der Überlassung des Zimmers an E._____ und die Tochter der Kläger während zwei Tage in jedem Fall unterbrochen gewesen. Er habe sodann aus reiner Gefälligkeit gehandelt, weshalb ohnehin von einer verminderten Sorgfaltspflicht auszugehen sei. Die Anwendung des reduzierten Sorgfaltsmassstabes sei übersehen worden. Es sei von der Vorinstanz also zu Unrecht unterstellt worden, er handle nicht sorgfältig, indem er auf die Sicherheit einer solchen komplizierten Konstruktion vertraut habe. Wenn aber der als Zimmermann ausgebildete E._____, der eine Instabilität der Betten erkannt habe, nichts von der Notwendigkeit der Wandbefestigung und der drohenden Gefahr bei Fehlen einer solchen habe wissen müssen, wenn erwiesenermassen keine Montageanleitung vorgelegen habe und die bestehenden Schraubenlöcher an der Schrankwand nicht darauf hingedeutet hätten, dass bereits vom Hersteller eine Verschraubung vorgesehen gewesen sei, so habe auch er selber vernünftigerweise keine Zweifel an der Verlässlichkeit der Konstruktion haben müssen. Auch der Wissenschaftliche Dienst der Stadtpolizei Zürich sei nicht zum Schluss gekommen, die Konstruktion der Betten sei unsicher. Wenn schon diese renommierte Stelle keine Zweifel an der Konstruktion hege, so könne von ihm nicht mehr erwartet werden. Eine Garantstellung lasse sich nicht begründen. Auch unter dem Aspekt der Vorhersehbarkeit ergebe sich nichts anderes. Nicht einmal der Hersteller habe die Befestigungslöcher der Betten angefertigt. Ohnehin wäre die Befestigung einzig für das Herunterklappen des Betts notwendig gewesen. Er habe also von der Stabilität der Konstruktion ausgehen dürfen. E._____ und er hätten einen Belastungstest der Betten gemacht und die Konstruktion als genügend erachtet. Selbst die EMPA habe klar festgehalten, dass das Bett ohne Fremdeinwirkung praktisch nicht hätte umkippen können, wenn der Bettfuss in einem rechten Winkel aufgestellt war. Für ihn sei der Defekt des Bettfusses nicht erkennbar gewesen. Es sei nicht erklärbar, worauf sich die Vorinstanz stütze, wenn sie festhalte, die ungewollte Schrägstellung sei

- 15 - nicht ungewöhnlich und die Gefahr für ihn erkennbar, zumal die Gutachter der EMPA festgehalten hätten, die erhöhte Kippgefahr durch einen schrägen Bettfuss sei erst nach einer detaillierten Stabilitätsanalyse erkennbar, die einem Durchschnittskonsumenten kaum zugemutet werden könne. Es sei höchst willkürlich zwischen ihm und E._____ einen Unterschied zu machen, einzig weil letzterer beim Zügeln im Jahre 2005 nicht anwesend gewesen sei. Dabei habe jener als einziger die Instabilitäten erkannt. Er habe auf alle Fälle nicht mit einem unsichtlichen Verstellen des Bettfusses durch die beiden Nutzer rechnen müssen (act. 118 S. 24 ff.).

E. 8.3

Die Kläger halten in der Berufungsantwort dagegen, dass dem Beklagten vorzuwerfen sei, die Schrankbetten im Sommer 2005 geholt, aufgestellt, nicht aber an der Zimmerwand fixiert zu haben, obwohl er um die Fixierung beim Voreigentümer gewusst habe, und die Betten am 28. Dezember 2006 ohne Sicherheitsvorkehrungen aufgeklappt und zum Gebrauch bereit gemacht zu haben. Darin seien ein aktives Tun und zwei eigenständige Ursachen für den Unfall zu erblicken. Im Haftpflichtrecht gelte ein objektivierter Fahrlässigkeitsbegriff; subjektive Umstände würden in Betrachtung gezogen, insoweit Alter, Beruf, Erfahrung und unter Umständen auch das Geschlecht zu berücksichtigen seien. Als Massstab gelte das hypothetische Verhalten eines sich in der gleichen Lage befindlichen, durchschnittlichen, sorgfältigen Menschen, der dem Schadensverursacher entspreche. Momentane, kurzzeitige, nicht persönlich verfestigte Gegebenheiten seien der Situation zuzuschreiben. Vorliegend sei der Beklagte ein 26-jähriger, gelernter Schreiner gewesen, der einen eigenen Betrieb geführt und E._____ beschäftigt habe. Für ihn gelte ein erhöhter Sorgfaltsmassstab. Der Beklagte sei seinen eigenen Aussagen bei der Polizei zufolge für das Aufstellen der Betten zuständig gewesen. Im Dezember 2006 habe er sodann E._____ und D._____ das verhängnisvolle Bett zugewiesen. Beim Herrichten habe er eine untaugliche Prüfung der Gefahrensituation vorgenommen. Anlässlich des Augenscheins sei den Anwesenden die Instabilität des Bettes drastisch vor Augen geführt worden. Als der Gutachter auf dem Fussbereich der Matratze abzusitzen versucht habe, habe der Bettkasten auch ohne horizontale Zugkraft unverzüglich zu kippen begonnen, noch bevor das Körpergewicht vollständig auf dem Bett abgestützt gewesen sei.

- 16 - Die Installation eines Schrankbettes gehöre zum trivialen Wissen eines Möbelverkäufers. Umso mehr hätte der Beklagte aufmerksam sein müssen. Das gelte verstärkt, weil er um die Fixierung beim Voreigentümer, um die Nichtfixierung und das einzig provisorische Aufstellen des Schrankbetts im Hobbyraum gewusst habe. Auch der Beklagte habe beim Aufstellen die Instabilität der Rückwand des Bettes bemerkt. Im Unfallzeitpunkt seien Montageanleitungen für Drehschrankbetten ferner üblich gewesen und hätten das vom Durchschnittskonsumenten erwartete Verhalten abgebildet. Der Beklagte könne sich nicht auf das Fehlen der Montageanleitung berufen. Zudem habe er um die Fixierung des Bettschranks beim Voreigentümer gewusst. Die in diesem Zusammenhang existierende technische Norm drücke einen allgemein anerkannten Sicherheitsstandard aus. Sie würden auch dort gelten, wo sie der Betroffene nicht zur Kenntnis nehme, wie beispielsweise bei den FIS-Regeln beim Skifahren. Die Notwendigkeit der Befestigung von Klappbetten an einer stabilen Wand sei wie in der Replik geschildert für jeden Durchschnittsbürger mit gesundem Menschenverstand erkennbar, was für den Beklagten als Fachmann verstärkt gelte. Er unterliege einem strengeren Massstab als der im Gutachten umschriebene fachmännische Benutzer, habe er doch um die Fixierung beim Voreigentümer gewusst. Insgesamt leuchte sofort ein, dass der Beklagte fahrlässig gehandelt habe, selbst dann, wenn nur eigenübliche Sorgfalt verlangt werde (act. 130 S. 13 ff.).

E. 8.4

In diesem Zusammenhang ist Folgendes zu erwägen:

E. 8.4.1

Die Kläger erklären sich mit den vorinstanzlichen Erwägungen zum Sachverhalt einverstanden (act. 130 S. 6 ff.), um in der Folge beim Rechtlichen ohne Begründung davon abzuweichen. Ihr Vorgehen ist unzulässig, wie im Einzelnen zu zeigen ist.

E. 8.4.2

Die Kläger stellen in der Berufungsantwort zum Rechtlichen folgende Behauptungen auf:

• (1) Für den Beklagten gelte wie dargestellt ein höherer Sorgfaltsmassstab (act. 130 S. 18).

- 17 - • (2) Der Beklagte habe um die Fixierung des Schrankbetts beim Voreigentümer gewusst (act. 130 S. 13 ff.). • (3) Der Beklagte sei für das Aufstellen der beiden Betten zuständig gewesen (act. 130 S. 16). • (4) Der Beklagte habe die Instabilität der Rückwand des Bettes bemerkt (act. 130 S. 17). • (5) Die Prüfung der Gefahrensituation sei untauglich gewesen, was anlässlich des Augenscheins drastisch vor Augen geführt worden sei (act. 130 S. 16 f.).

E. 8.4.2.1

Die Vorinstanz begründete, wieso dem Beklagten kein besonderes Fachwissen anzurechnen ist (act. 120 S. 60). Die Kläger treten dem in der Berufungsantwort entgegen (act. 130 S. 16 und 17), indem sie ausführen, der Beklagte als 26-jähriger gelernter Schreiner habe einen eigenen Betrieb geführt und E._____ als ausgebildeten Zimmermann beschäftigt. Der Beklagte sei mit der Montage des Möbelstückes bestens vertraut gewesen. Die Installation eines Schrankbettes gehöre zum trivialen Wissen eines Möbelverkäufers. Umso mehr hätte der Beklagte aufmerksam sein müssen. Die Kläger tun weder dar, sie hätten diese von der Vorinstanz unerwähnte Darstellung im erstinstanzlichen Verfahren bereits behauptet und es sei zu Unrecht nicht darauf abgestellt worden, noch begründen sie eine Zulässigkeit von Noven im Sinne von Art. 317 Abs. 1 ZPO. Ob sich die klägerische Annahme eines erhöhten Sorgfaltsmassstabes auf weitere Aussagen der Berufungsantwort bezieht, bleibt ferner unklar. Damit hat es bei der vorinstanzlichen Erwägung sein Bewenden (vgl. BGE 138 III 374, E. 4.3.1.).

E. 8.4.2.2

Das angefochtene Urteil stellt fest, der Beklagte habe nicht um die Fixierung des Schrankbetts beim Voreigentümer gewusst (vgl. act. 120 S. 61). Die unbegründete gegenteilige Argumentation der Kläger, ist im Berufungsverfahren unzulässig.

E. 8.4.2.3

Die Vorinstanz ging davon aus, dass der Beklagte dem Eigentümer, seinem Vater, beim Zerlegen, Transport und Zusammenbau der Schrankbetten be-

- 18 - hilflich war, es sich aber um ein Provisorium (kein definitives Aufstellen) handelte (act. 120 S. 13). Die nicht näher begründete unsubstantiierte Darstellung der Kläger, unter Hinweis auf schon vor Vorinstanz bekannte polizeiliche Aussagen führt nicht dazu, dass dem Beklagten im Sommer 2005 die Verantwortung für eine fachmännische Fixierung der Betten obliegen hätte.

E. 8.4.2.4

Die Vorinstanz geht bei der Zugrundelegung des massgeblichen Sachverhalts davon aus, dass am 28. Dezember 2006 einzig E._____, nicht aber der Beklagte Instabilitäten beim Herunterklappen des Schrankbettes wahrnahm (act. 120 S. 13 f.). Die Kläger behaupten in

der Berufungsantwort Gegenteiliges, ohne sich mit den Erwägungen des Urteils auseinanderzusetzen. Sodann lässt sich auch aus den angegebenen Verweisen auf die vorinstanzlichen Rechtsschriften kein Hinweis entnehmen, dass der Beklagte die Instabilitäten wahrgenommen hätte (vgl. act. 130 S. 17).

E. 8.4.2.5

Dem fraglichen "Stabilitätstest" lag ein vollständig ausgeklappter Bettfuss zugrunde. Die Kläger argumentieren mit Aspekten des Augenscheins, bei denen der Bettfuss mit ca. 30 % angewinkelt war (Sitztest auf das Fussende des Betts; vgl. Prot. VI S. 28). Darauf kann nicht abgestellt werden. Weiter ist wesentlich, dass der Beklagte die Stabilität der ausgeklappten Betten testete, indem er an ihnen (den Betten, nicht aber an der Schrankwand) rüttelte und mit seinem Knie auf die Bettfläche stieg (act. 120 S. 13). Dem Gutachten zufolge hätte es aber einer aussergewöhnlichen Krafteinwirkung an den Betten bedurft, um bei senkrecht stehendem Bettfuss den Bettkasten zum Kippen zu bringen (act. 87 S. 8; bzw. sehr grosse dynamische Kräfte in Höhe der Liegefläche [Prot. VI S. 30]). Dem Protokoll des Augenscheins vom 19. August 2014 ist zwar – wie von den Klägern korrekt dargetan – zu entnehmen, dass die Stabilität des vollständig herunter geklappten Bettes nicht mehr gleich sei, wie beim hochgeklappten Bett und eine deutlich höhere Kippgefahr bestehe, da mit relativ geringer Kraft auf mittlerer Höhe die Schrankwand zum Kippen gebracht werden könne. Darauf kann aber nicht abgestellt werden, prüfte der Beklagte die Stabilität gemäss dem Sachverhalt doch mit einem Rütteln an den Betten, nicht an der Schrankwand.

- 19 -

E. 8.4.3

Die Kläger bemängeln am vorinstanzlichen Urteil weiter, dem Beklagten seien nicht nur Unterlassungen, sondern ihm sei ein aktives Tun vorzuwerfen (act. 130 S. 13). Weder tun die Kläger aber dar, noch ist ersichtlich inwiefern sich die Prüfung des Verschuldens des Beklagten dadurch anders gestaltete.

E. 8.4.4

Die Vorinstanz erwog, ein durchschnittlich sorgfältiger Verbraucher habe im Wissen darum, dass er das Bett ohne Anleitung und ohne eigenes Fachwissen aufgestellt habe, nicht davon ausgehen können, die Montage sei auf die vorgeschriebene Weise erfolgt (act. 120 S. 55). Diese Folgerung überzeugt nicht. Die auf Hersteller anwendbare technische Norm SN EN 1129-1:1995 schreibt zwar die Notwendigkeit einer Montageanleitung vor und statuiert die Pflicht einer Wandbefestigung von Klappbetten. Der Begriff Technische Normen ist im schweizerischen Recht in Art. 3 lit. c des Bundesgesetzes über technische Handelshemmnisse indes definiert als "nicht rechtsverbindliche, durch normenschaffende Organisationen aufgestellte Regeln, Leitlinien oder Merkmale, welche insbesondere die Herstellung, die Beschaffenheit, die Eigenschaften, die Verpackung oder die Beschriftung von Produkten oder die Prüfung oder die Konformitätsbewertung betreffen". Eine nicht rechtsverbindliche und nur an Hersteller gerichtete Regel zeitigt keinen Einfluss auf den durchschnittlichen Verbraucher. Selbst wenn Montageanleitungen für Drehschrankbetten zum Zeitpunkt des Unfalls üblich waren, wie die Vorinstanz festhält (act. 120 S. 61), kann damit nichts zu Lasten eines durchschnittlich sorgfältigen Mannes ohne besondere Fachkenntnisse abgeleitet werden, der seinem Vater hilft, ein gebrauchtes Schrankbett ohne Montageanleitung zu transportieren und wieder zusammenzusetzen. Entgegen den

Klägern ist auch keine Vergleichbarkeit mit den FIS-Skiregeln gegeben (act. 130 S. 18). Letztere richten sich einerseits direkt an die Pistenbenutzer, gelten andererseits als allgemein anerkannt und können als Massstab für die im Skisport üblicherweise zu beachtende Sorgfalt herangezogen werden (vgl. BGer 4C.54/2004 v. 1.6.2004, E. 2.3.). Der Umstand, dass der Beklagte angesichts der Schraubenlöcher in der Schrankwand von der Fixierung der Schrankbetten beim Voreigentümer hätte wissen müssen, indiziert ebensowenig eine Sorgfaltspflichtverletzung. Der Beklagte half seinem Vater im Jahr 2005 einzig beim Zerlegen, Transport und Wie-

- 20 - deraufstellen der Betten. Es war eine provisorische, noch keine definitive Platzierung der Betten beabsichtigt. Den Beklagten traf in diesem Zusammenhang keine Sorgfaltspflicht zur Fixierung der Schrankwand, die er hätte wahren sollen. In den Randziffern 35-48 der Replik (act. 46 S. 22 ff.) führten die Kläger aus, dass aus ihrer Sicht der gesunde Menschenverstand jeden Durchschnittsbürger dazu anleite, ein Klappbett an einer stabilen Wand zu befestigen. Zur Begründung bezogen sie sich auf eine von ihnen durchgeführte Umfrage bei diversen Möbeldhändlern hinsichtlich des Verkaufs von Klappbetten und den jeweils mitgelieferten Montageanleitungen. Wie bereits erwogen liegt dem vorliegenden Fall kein Sachverhalt zu Grunde, bei dem der Beklagte zwei Klappbetten samt Montageanleitung bei einem Geschäft käuflich erworben hätte, es wird nicht einmal behauptet, dass er sich je in einem Geschäft danach erkundigte oder sich mit der Funktionsweise näher auseinandersetzte; der Beklagte war seinem Vater bei der Übernahme zweier gebrauchter Schrankbetten ohne Anleitung behilflich. Die entsprechende Argumentation der Klägerin ist damit nicht stichhaltig.

E. 8.4.5

Sodann hielt die Vorinstanz fest, für den Beklagten habe aufgrund des Gefahrensatzes eine Handlungspflicht bestanden, was aufgrund der Untätigkeit als Indiz für ein Abweichen der gebotenen Sorgfalt zu deuten sei (act. 120 S. 61). Die Begründung der Vorinstanz in dieser Form ist ein Zirkelschluss. Eine Prüfung des Verschuldens des Beklagten führt vorliegend über den Gefahrensatz. Ein Indiz für die Verletzung der Sorgfaltspflicht in der Handlungspflicht gemäss Gefahrensatz zu erblicken, obwohl auch nach eigenen Erwägungen die Handlungspflicht erst unter dem Vorbehalt einer erkennbaren Gefahr zu bejahen ist (vgl. act. 120 S. 49), geht nicht an.

E. 8.4.6

Das Bezirksgericht bejahte die Erkennbarkeit der Gefährdung herrührend aus der unterlassenen Fixierung der Schrankbetten mit dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung (act. 120 S. 62 f.). Es legte mithin seiner Prüfung den Massstab der Adäquanz zu Grunde (vgl. act. 120 S. 42). Diese Erwägungen basieren unzutreffenderweise auf der Rechtsprechung zu Fahrlässigkeitsdelikten im Strafrecht. Im Zivilrecht ist die Erkennbarkeit aber nicht im Gleichlauf mit der Adäquanz zu beurteilen. Der Prüfung der Adäquanz liegt ei-

- 21 - ne rein objektive Betrachtungsweise zu Grunde, bei der es auf die subjektive Erkennbarkeit nicht ankommt (vgl. REY, a.a.O., N 532 f.). Letzteres Kriterium spielt bei der Verschuldenshaftung indes eine Rolle hinsichtlich der Abklärung des Verschuldens des Schadenverursachers (vgl. bspw. BGE 119 Ib 334 E. 5b). Zwar wird auch bei der Fahrlässigkeit objektiviert geprüft. Das heisst konkret, dass für die Beurteilung der Erkennbarkeit nicht von den individuellen Gegebenheiten des Beklagten, sondern von

einem durchschnittlich sorgfältigen Menschen in der Situation des Beklagten ausgegangen wird. Zu fragen ist, ob aufgrund der unterlassenen Fixierung der Schrankbetten und der Duldung des Nüchterns der Gäste im Hobbyraum der Schadenseintritt für einen durchschnittlich sorgfältigen Menschen erkennbar war, der anderthalb Jahre zuvor beim Transport und Wiederaufbau behilflich war und der zusammen mit seinem Freund die Betten aufgestellt, getestet und für sicher befunden hatte (vgl. act. 120 S. 13 f.). Der Beklagte stellte die Betten im Sommer 2005 im Hobbyraum provisorisch auf. Der Beklagte war weder Eigentümer der Schrankbetten noch ergibt sich aus dem Sachverhalt, dass ihn eine grundsätzliche Pflicht traf, für die Sicherheit der Liegenschaft im Allgemeinen bzw. der Schrankbetten im Besonderen verantwortlich zu zeichnen. Gutachterlich steht sodann fest, dass das Bett ohne Fremdeinwirkung praktisch nicht hätte umkippen können, wenn der Bettfuss richtig aufgestellt und seine Position bis zum Kippvorgang nicht verändert worden wäre (act. 87 S. 6). Des Weiteren wurde bestätigt, dass ein Durchschnittskonsument intuitiv davon ausgehen könnte, die grösste Kippgefahr entstehe beim Ausklappen der Liegefläche. Die erhöhte Kippgefahr durch den schrägen Bettfuss sei erst nach einer detaillierten Stabilitätsanalyse der Konstruktion erkennbar, die einem Durchschnittskonsumenten kaum zugemutet werden könne (act. 87 S. 12). In die gleiche Richtung geht die Tatsache, dass die Gefahr im Gutachten des wissenschaftlichen Dienstes der Stadtpolizei Zürich erst gar nicht erkannt wurde (vgl. dazu act. 120 S. 57). Angesichts des vorliegenden Sachverhalts ist der Beklagte nicht als fachmännischer Benutzer zu bezeichnen. Eine weitergehende Prüfungspflicht betreffend den Bettkasten bzw. unter Zugrundelegung eines schräg stehenden Bettfusses drängte sich für ihn damit auch nicht auf. Es kann in beiden Situationen (Sommer 2005 und Dezember 2006) nicht erwartet werden, dass ein durchschnittlich sorgfältiger

- 22 - Mensch an Stelle des Beklagten sich eingehender mit der Konstruktion der Betten hätte auseinandersetzen müssen, die Gefährdung angesichts der komplexen Konstruktion und der Schraubenlöcher an der Schrankwand hätte erkennen können/müssen und die Übernachtung im Hobbyraum hätte verbieten bzw. zumindest auf die unterbliebene Fixierung der Bettkasten hätte hinweisen müssen. Fehlt es selbst für Experten an der Erkennbarkeit des Zusammenwirkens der Mängel, so kann ein Verschulden des Beklagten weder für sein Unterlassen noch Handeln über den Gefahrensatz begründet werden. Wenn die Vorinstanz erwog, bei diesen Aspekten gehe es um den genauen Kausalverlauf, dessen Erkennbarkeit nicht erforderlich sei, um die Vorhersehbarkeit zu bejahen (act. 120 S. 64), so liess sie sich wiederum unzutreffenderweise von den Massstäben aus dem Strafrecht leiten. Entgegen der Vorinstanz ist daher die Erkennbarkeit der Gefährdung in der konkreten Situation des Beklagten zu verneinen.

E. 8.4.7

Die Vorinstanz hielt schliesslich fest, dass ein fachkundiger Benutzer gemäss Gutachten die Notwendigkeit einer Befestigung hätte erkennen müssen; dem Einwand fehlenden Fachwissens des Beklagten lasse sich nichts zu seinen Gunsten entnehmen, treffe ihn doch ein Übernahmeverschulden (act. 120 S. 57 f.). Dem ist entgegenzuhalten, dass vorliegend eine Gefälligkeit im Raum steht. Das Bundesgericht hat erkannt, dass wer im vertragsfreien Raum um eine Gefälligkeit bittet, vom Gefälligen nicht verlangen kann, eine höhere Sorgfalt als die eigenübliche aufzuwenden (vgl. BGE 137 III 539 E. 5.2; act. 118 S. 27). Wird diesem geringeren Massstab entsprochen, ist ein Übernahmeverschulden im Bereich der ausservertraglichen Haftung ausgeschlossen (vgl. GLOOR, Das vertragliche

Übernahmeverschulden, Zürich/Basel/Genf 2012, RN 118). In der vorliegenden Konstellation ist ein Übernahmeverschulden demnach zu verneinen.

E. 8.5

Objektives Verschulden liegt dann vor, wenn der Betroffene es an der Sorgfalt fehlen lässt, die von ihm unter den vorliegenden zeitlichen und örtlichen Umständen hätte erwartet werden dürfen. Ein solches Verschulden ist dem Beklagten gestützt auf die obigen Erwägungen nicht anzulasten. Auch wenn eine Verkettung diverser, teilweise nicht abschliessend geklärter Vorkommnisse zu einem sehr tragischen und gravierenden Unfall mit entsprechenden Folgen bei der

- 23 - Tochter der Kläger führte, was vom Beklagten ohne weiteres hätte vermieden werden können, ist ihm kein sorgfaltspflichtwidriges Verhalten anzulasten. Eine Haftung beruhend auf dem von der Vorinstanz zu Grunde gelegten Sachverhalt entfällt damit.

E. 9

Umstrittener Sachverhalt

E. 9.1

Gegenstand des Beweises sind rechtserhebliche, streitige Tatsachen (Art. 150 Abs. 1 ZPO).

E. 9.2

Der Beklagte rügt mit der Berufung diverse Aspekte der vorinstanzlichen Sachverhaltserstellung (act. 118 S. 8-20) und die Kläger nehmen dazu Stellung (act. 130 S. 6 ff.). Wie soeben aufgezeigt (E. 8.) gelingt dem Beklagten der Nachweis einer unrichtigen Rechtsanwendung der Vorinstanz und damit verbunden der Entfall der Haftung; den gerügten Sachverhaltselementen ist mangels Erheblichkeit nicht nachzugehen.

E. 10

Fazit

E. 10.1

Mangels Erkennbarkeit der Gefährdung seiner Unterlassung / seines Tuns entfällt eine Haftung des Beklagten. In Gutheissung der Berufung ist das vorinstanzliche Urteil betreffend den Beklagten aufzuheben und die Klage abzuweisen.

E. 10.2

Demzufolge ist auch die Anschlussberufung der Kläger abzuweisen, mit welcher sie eine höhere Genugtuung beantragen, als von der Vorinstanz zugesprochen (vgl. act. 127 S. 18 ff.).

E. 11

Unentgeltliche Rechtspflege / Kosten- und Entschädigungsfolge

E. 11.1

Der Beklagte hat für das zweitinstanzliche Verfahren mit Schreiben vom 7. Oktober 2016 um unentgeltliche Rechtspflege ersucht (act. 124 S. 2). Seine Berufungsschrift datiert vom 14. September 2016 (act. 118). Dem Beklagten erwachsen angesichts des Verfahrensausganges keine Kosten, weshalb sein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege hinsichtlich der Bezahlung von Gerichtskosten als durch Gegenstandslosigkeit erledigt abzuschreiben ist. Hinsichtlich der

- 24 - beantragten unentgeltlichen Rechtsverteidigung ist in Erwägung zu ziehen, dass von hier nicht zutreffenden Ausnahmen abgesehen die unentgeltliche Rechtspflege nicht rückwirkend erteilt werden kann (Art. 119 Abs. 4 ZPO). Der Berufungskläger lässt seinen Antrag auf Rückwirkung trotz der Bestimmung von Art. 119 Abs. 5 ZPO völlig unbegründet (act. 124 S. 4). Der anwaltliche Aufwand für die Erstattung der Berufungsschrift kann damit nicht von der unentgeltlichen Rechtspflege erfasst werden. Darüber hinaus sind dem Beklagten aber keine wesentlichen Umtriebe zu entschädigen. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtsverteidigung ist demzufolge bereits zufolge unzulässiger Rückwirkung abzuweisen.

E. 11.2

Die erstinstanzliche Kostenfestsetzung (Dispositivziffer 3) wurde nicht angefochten und erwuchs damit in Rechtskraft. Davon ist Vormerk zu nehmen. Im Rechtsmittelverfahren konnten Berufung und Anschlussberufung nicht beide gutgeheissen, wohl aber beide abgewiesen werden. Der wirtschaftliche Wert, auf den es ankommt, ist demnach grundsätzlich derjenige der Begehren von Berufung und Anschlussberufung zusammen, das heisst Fr. 80'000.–. In Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit den §§ 2 Abs. 1 lit. a, c und d sowie 4 Abs. 1 und 2 GebV OG, ist die Entscheidungsgebühr unter Berücksichtigung der Synergien in den Parallelverfahren und des geringen Aufwandes für die Anschlussberufung auf Fr. 5'000.– festzusetzen. Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend sind die Kosten beider Instanzen den Klägern aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO; beim Urteil der Vorinstanz ist vom vorliegenden Entscheid nur ein Viertel der Kosten betroffen, zumal im Übrigen mit Urteil vom 20. Dezember 2016 sowie mit heutigem Urteil befunden wurde bzw. wird; vgl. LB160057 und 58-O/U). Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass der Beklagte bei diesem Ausgang mit Blick auf seine Rüge unter dem Titel "unbezifferte Forderungsklage" nicht beschwert ist (vgl. E. 4.2.).

E. 11.3

Ausgangsgemäss werden die Kläger ferner für beide Instanzen entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Parteientschädigung für das erstinstanzliche Verfahren ist auf Fr. 9'700.– zuzüglich 8 % MWST festzusetzen, zahlbar je zur Hälfte unter solidarischer Haftung für den Gesamtbetrag. Die Parteientschädigung

- 25 - für das Berufungsverfahren ist in Anwendung der §§ 13 Abs. 1 und 2 i.V.m. 4 Abs. 1 und 2 AnwGebV bei gleichen Modalitäten auf Fr. 5'000.– zuzüglich 8% MWST (vgl. Kreisschreiben des Obergerichts des Kantons Zürich vom 17. Mai 2006) zu veranschlagen; für die Anschlussberufung sind dem Beklagten keine Umtriebe entstanden, die es zu entschädigen gölte. Es wird beschlossen: 1. Das Verfahren wird wieder aufgenommen. 2. Es wird vorgemerkt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Bülach vom 20. Januar 2016 mit Bezug auf die Dispositiv-Ziffer 3. in Rechtskraft erwachsen ist. 3. Das Gesuch des Beklagten um unentgeltliche Rechtspflege wird abgewiesen, soweit es nicht abgeschrieben wird. 4. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung gemäss nachfolgendem Erkenntnis. Es wird erkannt: 1. In Gutheissung der Berufung und Abweisung der Anschlussberufung wird die Klage abgewiesen. 2. Die zweitinstanzliche Entscheidungsgebühr wird auf Fr. 5'000.– festgesetzt. 3. Die Kosten beider Instanzen werden den Klägern je zur Hälfte auferlegt unter solidarischer Haftung auf den Gesamtbetrag. 4. Die Kläger werden verpflichtet, dem Beklagten für das erstinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 10'476.– und für das zweitinstanzliche Verfahren eine

Parteientschädigung von Fr. 5'400.– zu bezahlen, zahl- bar je zur Hälfte unter solidarischer Haftung für den Gesamtbetrag.

- 26 - 5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Bülach, je gegen Empfangsschein, an den Beklagten unter Beilage des Doppels von act. 130. Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück. 6. 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 Be- schwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt je Fr. 40'000.– für Berufung und Anschlussberufung. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Obergericht des Kantons Zürich II. Zivilkammer Der Vorsitzende: Der Gerichtsschreiber: lic. iur. P. Diggelmann lic. iur. T. Engler versandt am:

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