



Geschäfts-Nr. CG060047/U/mg

II. Abteilung

Mitwirkende: Vizepräsident lic.iur. A. Bleuler, Bezirksrichterin lic.phil. K. Schafroth,
Bezirksrichter lic.iur. M. Gmünder sowie die juristische Sekretärin
MLaw N. Michel

Urteil vom 10. August 2009

in Sachen

A._____, Klägerin

vertreten durch die Inhaber der elterlichen Sorge, B.____ und C.____,
vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X._____

gegen

D._____,
Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y1._____
substituiert durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y2._____

betreffend Forderung

Rechtsbegehren:

(act. 1)

- "1. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin eine Genugtuung von Fr. 300'000.--, zuzüglich Zins von 5% ab tt.mm.2001 zu bezahlen.
2. Es sei davon Vormerk zu nehmen, dass es sich hier um eine Teilklage handelt.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, inkl. Fr. 384.-- Friedensrichterkosten, zulasten der Beklagten."

Das Gericht zieht in Erwägung:

1. Prozessgeschichte

Am tt.mm 2001 kam es in E._____ zu einem tragischen Unfall: Die damals 3 $\frac{3}{4}$ Jahre alte Klägerin, A._____ (geb. tt.mm.1997), fiel beim Spielen mit den Nachbarkindern F._____ (geb. tt.mm.1996) und G._____ (geb. tt.mm.1997) in die Glatt. Sie konnte erst nach einiger Zeit und nachdem sie ungefähr einen Kilometer weit im Fluss getrieben war, geborgen werden. Die Klägerin wurde zunächst von den Nachbarn, alsdann von den alarmierten REGA-Ärzten reanimiert und ins Kinderspital Zürich geflogen. Die Klägerin überlebte, erlitt bei diesem Unfall aber einen anoxischen Hirnschaden, welcher eine voraussichtlich lebenslange, hundertprozentige Invalidität zur Folge hat.

Im Zeitpunkt des Unfalls stand die Klägerin unter der Aufsicht der Beklagten, welche von der Mutter der Klägerin mit dieser Aufgabe betraut wurde. Die Mutter der Klägerin fuhr während der in Frage stehenden Zeitspanne zum Einkaufen. Gegen die Beklagte wurde in der Folge ein Strafverfahren wegen fahrlässiger schwerer Körperverletzung eröffnet. Am 5. Februar 2003 hat das Bezirksgericht Bülach die Beklagte von diesem Vorwurf freigesprochen, mit der Begründung, dass diese „die nach den Umständen erforderliche Sorgfalt“ beobachtet habe (act. 16/5, S.

17 f.). Auf Berufung hin befasste sich in der Folge auch das Obergericht des Kantons Zürich mit dem Strafverfahren. Mit Urteil vom 6. Juli 2004 sprach es die Beklagte ebenfalls vom Vorwurf der fahrlässigen schweren Körperverletzung frei. Ohne sich zur Frage der Sorgfaltspflichtverletzung abschliessend zu äussern, diese obiter dictum aber jedenfalls nicht ausschliessend, erwog das Obergericht den Unfall als *auch bei Beachtung der erforderlichen Sorgfalt nicht vermeidbar* (act. 16/6, S. 17 f.). Auf die Zivilansprüche der Klägerin wurde bei diesem Ausgang des Strafverfahrens nicht eingetreten (act. 16/6, S. 19, Dispositiv-Ziffer 2.).

Mit Eingang vom 12. Dezember 2006 hat die Klägerin nunmehr den Zivilrichter angerufen und verlangt von diesem in einer Teilklage die Zusprechung einer Genugtuung in der Höhe von Fr. 300'000. – (act. 1 ff.). Mit Verfügung vom 18. Dezember 2006 wurde der Beklagten Frist zur Klageantwort angesetzt (act. 5). Diese ging innert mehrfach erstreckter Frist am 30. März 2007 ein (act. 10). Mit Verfügung vom 23. April 2007 wurde für Replik und Duplik das schriftliche Verfahren angeordnet und der Klägerin Frist zur Erstattung Ersterer angesetzt (act. 12). Der Replik-Schriftsatz erreichte das Gericht am 27. Juni 2007 (act. 15), worauf der Beklagten am 10. Juli 2007 Frist zur Erstattung der Duplik angesetzt wurde (act. 17). Diese ist am 22. Oktober 2007 eingegangen (act. 20). In der Folge wurde zu einer Referentenaudienz/Vergleichsverhandlung verbunden mit einem Augenschein auf den 20. Mai 2008 vorgeladen, an welcher C._____ für die Klägerin in Begleitung von Rechtsanwältin X._____, Rechtsanwalt Dr. Y2._____ für die Beklagte und – im Einverständnis der Parteien – H._____ von der I._____ Versicherung teilgenommen haben. Die Teilnehmenden und die Gerichtsdelegation (Bezirksrichter Gmünder, juristische Sekretärin Michel und Auditorin Roth) begaben sich in der Folge nach E._____ und nahmen mit Erlaubnis der jetzigen Eigentümerin das ehemalige Grundstück der Beklagten, namentlich das Waschwäuschen, den Standort des ehemaligen Biotops, das Küchenfenster sowie den Holzschopf in Augenschein. Anschliessend begab man sich zum Gelände des J._____ es und dann an die Glatt, zu ungefähr derjenigen Stelle, an welcher A._____ in den Fluss gefallen ist. Man folgte dem Flusslauf bis zu der Stelle, an welcher A._____ aufgefunden wurde. Schliesslich kehrte man zu den Wohnhäusern zu-

rück und betrat das Haus der Familie der Klägerin, um sich eine Vorstellung der Sicht aus dem ehemaligen Küchenfenster machen zu können, und um A. _____ zu besuchen und sich von ihrem aktuellen Zustand ein Bild machen zu können (Prot. S. 7 f.). Dabei sind verschiedene Fotos gemacht worden, welche ausgedruckt und sodann zu den Akten genommen wurden (act. 25). An der anschließenden Vergleichsverhandlung konnte keine Einigung erzielt werden. Am 30. Mai 2008 folgte die Beweisaufgabe (act. 26). Die Beweisantretungsschriften gingen innert erstreckten Fristen am 27. resp. 28. August 2008 ein (act. 29 und 30). Der Beweisabnahmebeschluss erfolgte am 24. Oktober 2008 (act. 33). Nach Eingang der Barvorschüsse wurde mit Verfügung vom 6. Januar 2009 zu Zeugeneinvernahmen und der persönlichen Befragung der Beklagten auf den 26. März 2009 vorgeladen (act. 36). Mit Schreiben vom 13. Januar 2009 ersuchte die Zeugin K. _____ um Dispensierung von der erneuten Aussage als Zeugin, welchem Gesuch nach eingeholten Stellungnahmen der Parteien am 11. Februar 2009 entsprochen wurde (act. 38-45). Am 26. März 2009 erfolgte die Zeugeneinvernahme von B. _____ sowie die persönliche Befragung der Beklagten (Prot. S. 20-36). Gleichentags wurde den Parteien Frist zur Stellungnahme zum Beweisergebnis angesetzt (act. 46). Die Stellungnahmen gingen innert erstreckten Fristen am 12. Mai 2009 ein (act. 49 und 50). Das Verfahren ist damit spruchreif.

2. Sachverhaltsdarstellung der Parteien

2.1. Sachverhaltsdarstellung der Klägerin

Gemäss den Ausführungen der Rechtsvertreterin der Klägerin habe die Beklagte am tt.mm.2001 bei der Mutter der Klägerin Kaffee getrunken. Gegen 11.00 Uhr hätte die Mutter der Klägerin noch schnell einkaufen gehen wollen und deshalb die Beklagte gefragt, ob diese währenddessen auf die 3 ¾ Jahre alte Klägerin aufpassen würde. Die Beklagte habe dies bejaht und die Mutter der Klägerin sei in der Folge um ca. 10.45 Uhr mit dem Auto zum Einkaufen gefahren (act. 1, S. 3). Die Beklagte sei mit den beiden Kindern, der Klägerin A. _____ und ihrem 5-jährigen Sohn F. _____, zu sich nach Hause gegangen. Danach sei das Nachbarkind, der 4-jährige G. _____ ebenfalls dazugekommen (act. 15, S. 7). Die Kin-

der hätten anfänglich beim Biotop der Beklagten fischen wollen, was ihnen die Beklagte verboten habe. Die Kinder hätten danach am Nachbarszaun der Familie F._____ gespielt und sich mit Velofahren beschäftigt (act. 15, S. 7). Die Beklagte sei in der Folge in die Waschküche gegangen, wo sie eine Ladung Wäsche aus der Maschine geholt und in den Tumbler gelegt und dann die nächste Wäsche eingefüllt habe (act. 1, S. 4 und act. 15, S. 7). Als die Beklagte daraufhin wieder aus der Waschküche in den Garten getreten sei, seien die Kinder - namentlich die Klägerin - nicht mehr im Garten gewesen. Obwohl die Beklagte die Kinder weder habe sehen noch hören können, sei sie nicht auf deren Suche gegangen, sondern sei mit der frischen Wäsche in der Hand ins Haus zurückgekehrt. Wieder im Haus habe sie einen Telefonanruf erhalten von einer Frau, welche sich für den Kauf von Hundewelpen interessiert habe. Dabei sei sie am Fenster gestanden, ohne die Kinder zu sehen oder zu hören. Während sie noch am telefonieren gewesen sei, sei ihr Sohn G._____ alleine nach Hause gekommen und habe ihr gesagt, dass ihm schlecht sei. Die Beklagte habe ihren Sohn angewiesen, sich aufs Sofa zu legen und habe weiter telefoniert. Erst als sie die Nachbarin F._____ am Gartenzaun heftig mit dem Mobiltelefon habe gestikulieren sehen, habe sie das Telefonat beendet und sei nach draussen gegangen, wo sie erfahren habe, dass die Klägerin gemäss Aussagen von G._____ in die Glatt gefallen sei (act. 1, S. 11). Der Vater von G._____ sei ans Ufer der Glatt gerannt, habe die Klägerin aber nicht sehen können. Daraufhin sei er zurück zum Haus gerannt, habe seine Frau angewiesen, den Notruf zu alarmieren und sei dann mit dem Fahrrad dem Glattufer entlang gefahren, um die Klägerin zu suchen. Die Beklagte sei in der Folge mit der Nachbarin K._____, welche eben mit dem Auto von der Arbeit nach Hause gekommen sei, mit diesem dem geteerten Radweg der Glatt entlang gefahren (act. 1, S. 11). Diese beiden hätten die Klägerin nach ca. einem Kilometer bei der L._____ mit dem Gesicht nach unten im Wasser treiben sehen. Die Beklagte und die Nachbarin K._____ hätten die Klägerin aus dem Wasser geholt. Der ebenfalls dazueilende Nachbar G"._____ habe sofort mit der Reanimation begonnen, während die Nachbarin K._____ Herzmassagen gemacht und die Beklagte angewiesen habe, mit dem Mobiltelefon den Notruf zu alarmieren (act. 1, S. 11). Um ca. 11.40 Uhr seien dann die Ärzte der Rega vor Ort erschienen und haben ihrerseits

mit der Reanimation begonnen. Die Klägerin habe bei diesem Unfall einen schweren anoxischen Hirnschaden mit Wachkoma, schwerer tetraspastischer cerebraler Bewegungsstörung, leichter rechtskonvexen Skoliose lumbal sowie Dysphagie (Störung des Schluckaktes) erlitten (act. 1, S. 12).

2.2. Sachverhaltsdarstellung der Beklagten

Der vom Rechtsvertreter der Beklagten dargelegte Sachverhalt deckt sich in weiten Teilen mit der Sachverhaltsdarstellung der Klägerschaft. Zusätzlich wird ausgeführt, dass im Zeitpunkt, in welchem die Beklagte bei der Mutter der Klägerin Kaffee getrunken habe, der Vater der Klägerin in die Küche gekommen sei und gesagt habe, dass er mit einem Kollegen in den Baumarkt fahren würde (act. 10, S. 4). Erst in diesem Moment sei der Mutter der Klägerin die Idee gekommen, ebenfalls zum Einkaufen zu fahren, um Kartoffeln zu kaufen. Sie sei daraufhin ans Fenster getreten und habe der Klägerin zugerufen, ob sie mit zum Einkaufen fahren wolle (act. 10, S. 4). Die Klägerin sei in der Folge mit ihrem Fahrrad zum Fenster geradelt und habe gesagt, dass sie nicht mitkommen wolle. Daraufhin sei eine Diskussion zwischen dem Vater und der Mutter der Klägerin entstanden, wer denn nun zuhause bleiben solle. Die Mutter der Klägerin habe sich daraufhin an die Beklagte gewandt mit dem Vorschlag, dass die Klägerin mit dem Sohn der Beklagten doch draussen weiterspielen könnte, worauf die Beklagte gesagt habe, dass dies in Ordnung sei (act. 10, S. 4). Nachdem die Mutter der Klägerin weggefahren sei, sei das Nachbarskind G._____ dazugestossen. In der Folge habe die Beklagte die Kinder vom Biotop weggeschickt, worauf sich diese zum Nachbarzaun der Familie G'"._____ begeben hätten. Die Beklagte sei daraufhin in die Waschküche gegangen und habe nachher im Haus einen Telefonanruf von einer ihr fremden Person erhalten, welche sich für Hundewelpen interessierte, welche die Beklagte verkaufte (act. 10, S. 6). Dazwischen, d.h. beim Verlassen der Waschküche habe sie die Kinder nochmals gesehen (act. 10, S. 5 und 6). Während des Telefonates sei der Sohn der Beklagten alleine nach Hause gekommen und habe gesagt, ihm sei schlecht. Da sie aber gewusst habe, dass die Kinder zu dritt gespielt haben, sei sie davon ausgegangen, dass Frau G'._____ die Kinder

beaufsichtige. Wenige Momente nachdem F. _____ nach Hause gekommen sei, habe die Beklagte durch das Fenster gesehen, wie Frau G'. _____ ihr mit dem Telefon in der Hand zugewinkt habe. In der Folge habe sie das Fenster geöffnet und erfahren, dass die Klägerin in den Fluss gefallen sei und Herr G". _____ sich bereits auf die Suche der Klägerin gemacht habe, diese aber nicht habe finden können (act. 10, S. 6). Daraufhin, genau um 11.12 Uhr sei die Nachbarin K. _____ nach Hause gekommen (act. 10, S. 7), mit welcher sich die Beklagte auf die Suche der Klägerin begeben und sie dann auch im Fluss gefunden habe.

3. Ansprüche aus Vertrag, Gefälligkeit oder Delikt

3.1. Standpunkt der Klägerin

Die Klägerin macht mit der vorliegenden Klage Ansprüche aus Vertragsverletzung geltend. Sie hält dafür, dass zwischen der Klägerin (vertreten durch die Mutter) und der Beklagten ein Auftrag im Sinne von Art. 394 ff. OR abgeschlossen wurde (act. 1, S. 13). Eventualiter wird der Anspruch der Klägerin auf einen Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter oder überhaupt einen Vertrag zugunsten Dritter im Sinne von Art. 112 OR zwischen der Mutter der Klägerin und der Beklagten gestützt, jeweils immer verbunden mit einem direkten Klagerecht des Kindes. Subeventualiter wird die Klage mit der Haftung aus Delikt im Sinne von Art. 41 ff OR begründet (act. 1, S. 3).

3.2. Standpunkt der Beklagten

Die Beklagte macht in ihrem rechtlichen Hauptstandpunkt geltend, dass weder zwischen den Parteien noch zwischen der Mutter der Klägerin und der Beklagten ein Vertrag zustande gekommen sei. Der Umstand, dass sich die Beklagte einverstanden erklärt habe, auf die Klägerin aufzupassen, sei eine reine Gefälligkeit gewesen. Aus diesem Grunde falle eine vertragliche Haftung von vorneherein nicht in Betracht (act. 10, S. 8-10). Bezüglich der Deliktshaftung hielt die Beklagte

dafür, dass sie kein Verschulden treffe und auch der Kausalzusammenhang fehle (act. 10, S. 23).

3.3. Abgrenzung Vertrag, Gefälligkeit, Delikt

Mit diesen Vorbemerkungen ist nun zu prüfen, welches Rechtsverhältnis zwischen der Beklagten und der Klägerin in casu bestand, namentlich ob es sich um eine Gefälligkeit oder einen Auftrag handelt. Der diesbezügliche Sachverhalt ist grundsätzlich unbestritten mit punktuellen Ausnahmen: Unbestritten ist, dass die Beklagte am tt.mm.2001 bei der Mutter der Klägerin, B._____, Kaffee getrunken hat, während die Klägerin und F._____, der jüngere Sohn der Beklagten, draussen gespielt haben. B._____ wollte in der Folge zum Einkaufen fahren und fragte die Beklagte, ob sie während dieser Zeit auf die Klägerin aufpassen würde, was diese bejahte. Umstritten ist, mit welchen Worten dies genau geschah und wie genau der Vorschlag erfolgte, dass die Klägerin zusammen mit dem Sohn der Beklagten unter der Aufsicht Letzterer an der M._____-strasse verbleiben solle. Dies ist letztlich aber unerheblich, wie nachfolgend zu zeigen sein wird.

3.3.1. Bei der Frage, ob ein Auftrag oder ein auftragsähnliches Vertragsverhältnis entstanden ist oder ob es sich um eine Gefälligkeit handelt, ist nach den konkreten Umständen des Einzelfalls zu beurteilen, wobei die Art der Leistung, ihr Grund und Zweck, ihre rechtliche und wirtschaftliche Bedeutung, die Umstände, unter denen sie erbracht wird, und die Interessenlage der Parteien zu berücksichtigen sind (BGE 116 II 697 f. und BGE 129 III 183 sowie GAUCH / SCHLUEP / SCHMID / REY, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, 8. Auflage, Zürich 2003, Nr. 353b). Grundsätzlich kann bezüglich der Abgrenzung von Gefälligkeit und Vertrag festgehalten werden, dass es bei der Gefälligkeit im Belieben des Gefälligen liegt, ob er die Leistung erbringen will oder nicht, das Gefälligkeitsversprechen mithin nicht mit rechtlichen Mitteln durchgesetzt werden kann, während beim Vertrag mindestens eine Obligation entsteht, welche dem Gläubiger ein klagbares Recht auf Leistung gibt und dem Schuldner die entsprechende einklagbare Pflicht zur Leistung auferlegt (BETTINA HÜRLIMANN-KAUP, Die privatrechtliche Gefälligkeit und ihre Rechtsfolgen, Freiburg/Schweiz 1999, S. 43, Nr. 108). Be-

sonders schwierig erweist sich die Abgrenzung vom unentgeltlichen Auftrag und der auftragsähnlichen Gefälligkeit, zumal wenn - wie üblich - die Leistungserbringung mit dem Verpflichtungsgeschäft einhergeht (sog. Handgeschäft). Immerhin kann angeführt werden, dass das Hüten fremder Kinder durch eine Nachbarin regelmässig als Beispiel für Gefälligkeiten genannt wird (BETTINA HÜRLIMANN-KAUP, a.a.O., S. 83, Nr. 197; INGEBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 2006, S. 33; HEINRICH HONSELL, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, 2006, S. 307). Das für die Abgrenzung massgebende Kriterium liegt in der Beantwortung der Frage, ob ein Vertragswille, mithin also ein Rechtsbindungswille auf eine erzwingbare Leistungspflicht bestand oder nicht. Dies ist bei der Abgrenzung des unentgeltlichen Auftrags von der auftragsähnlichen Gefälligkeit besonders schwierig, weil zufolge des für den unentgeltlichen Auftrag zwingend anwendbaren Art. 404 Abs. 1 OR der Beauftragte ein jederzeitiges Widerrufsrecht besitzt, welches seine Leistungspflicht erheblich schmälert. Die Lösung ist allerdings in Art. 404 Abs. 2 OR zu finden. Der Beauftragte ist gemäss dieser Bestimmung bei einem Widerruf zur Unzeit zum Schadenersatz verpflichtet. Fallen Verpflichtungsgeschäft und Leistung auseinander wird der Unterschied erkennbar: Bei einer reinen Gefälligkeit werden auch bei einer kurzfristigen Absage keine Anforderungen an die Gründe für die Absage gestellt. Der Gefälligkeitsempfänger käme nicht auf die Idee, den Gefälligen auf Schadenersatz einzuklagen, eben gerade weil eine eigentliche Leistungspflicht nicht bestand. Beim unentgeltlichen Auftrag hingegen hat sich der Vertragspartner verpflichtet, etwas zu tun. Von dieser Verpflichtung kann er sich auch nach Massgabe von Art. 404 OR nur aus guten Gründen befreien. Bezogen auf die Kinderbeaufsichtigung lässt sich deshalb allgemein sagen, dass für die Annahme eines Auftrages eine erhöhte Verbindlichkeit in dem Sinne vorauszusetzen ist, als dass z.B. eine Nachbarin gegenüber der anderen Nachbarin verbindlich erklärte, deren Kinder regelmässig am Montag Nachmittag zu betreuen, damit letztere einer Teilzeitarbeit nachgehen kann, worauf sich diese auch entschliesst, einen entsprechenden Arbeitsvertrag einzugehen. Erklärt hingegen die Nachbarin in einem Einzelfall und für eine kurze Zeit, auf das Nachbarskind aufzupassen, z.B. damit die andere Nachbarin in Ruhe einkaufen kann, so wird es sich regelmässig um eine Gefälligkeit handeln. An

eine Absage wären in einem solchen Fall keine Anforderungen an die Gründe der gefälligen Nachbarin gestellt und die das Gefälligkeitsversprechen empfangende Nachbarin hätte keine Aussicht, ihren Anspruch klageweise durchzusetzen. Anders verhält es sich freilich in beiden Fällen, wenn die eine Nachbarin mit dem Hüten des Nachbarkindes bereits begonnen hat und die andere Nachbarin sich für ihre Geschäfte entfernt hat. In beiden Fällen, dem unentgeltlichen Auftrag wie der auftragsähnlichen Gefälligkeit, kann sich die hütende Nachbarin ihrer Aufgabe nach dem Antritt nicht mehr einfach entledigen, ohne dass man sie bei einer allfälligen Schädigung des Kindes wegen Eventualvorsatz haftbar machen würde. Diese Gemeinsamkeit ändert aber nichts am grundsätzlichen Unterschied von Gefälligkeit und unentgeltlichem Auftrag. Zusammenfassend kann deshalb festgehalten werden, dass das einmalige, kurzfristige Beaufsichtigen von Nachbarskindern in der Regel eine Gefälligkeit darstellt. Nur wenn ausserordentliche Umstände hinzutreten, welche auf einen Rechtsbindungswillen bezüglich eines klagbaren Leistungsrechts resp. einer klagbaren Leistungspflicht hindeuten, kann von einem Auftrag ausgegangen werden.

Keinen Einfluss hat dabei der Umstand, dass beim Kinderbeaufsichtigen die Interessenlage des das Kind abgebenden Eltern immer als sehr hoch bezeichnet werden muss (act. 15, S. 9). Dies ist wie gesagt immer der Fall und lässt per se keinen Rückschluss darauf zu, ob in concreto ein Auftrag oder eine Gefälligkeit vorliegt. Auch die von den Strafgerichten festgestellte Garantenstellung der Beklagten führt nicht zwingend dazu, dass von einem Auftrag auszugehen ist, da kraft richterlicher Lückenfüllung auch bei der auftragsähnlichen Gefälligkeit grösstenteils Vertragsrecht zur Anwendung kommt und namentlich auch eine strafrechtlich relevante Garantenstellung besteht. Dass der Strafrichter im übrigen von einer vertraglichen Verpflichtung der Beklagten ausgegangen ist (act. 16/5, S.13 und 16/6, S. 11 f.), bindet den Zivilrichter nicht (Art. 53 OR).

3.3.2. In casu ist mit Blick auf die vorstehenden Ausführungen festzuhalten, dass selbst unter Zugrundelegung des Sachverhaltes, wie er von der Klägerin behauptet wurde, von einer Gefälligkeit und nicht von einem Auftrag auszugehen ist. Besondere Umstände, welche auf einen einklagbaren Verpflichtungswillen hindeuten würden, sind nämlich nicht geltend gemacht und auch sonst nicht ersichtlich. Hät-

te die Beklagte nach ihrer Zusage, während der einkaufsbedingten Abwesenheit der Mutter der Klägerin auf A._____ aufzupassen, aber noch bevor diese weggefahren wäre, ihre Zusage widerrufen, so hätte die Mutter der Klägerin dies mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit hingenommen und entweder A._____ zum Einkaufen mitgenommen oder aber eine andere Nachbarin gefragt, ob diese auf A._____ aufpassen könnte. Diesen Schluss gebieten die gesamten, von beiden Parteien dargelegten Umstände. Es handelte sich deshalb bei der Bereitschaft der Beklagten, auf A._____ aufzupassen, um eine klassische Gefälligkeit. An dieser Einschätzung vermag – wie vorstehend bereits in allgemeiner Hinsicht ausgeführt – auch die Tatsache nichts zu ändern, dass die Beklagte nach Beginn ihrer aus Gefälligkeit erwiesenen Tätigkeit diese vor dem ordentlichen Abschluss, d.h. der Übergabe der Tochter an die zurückgekehrte Nachbarin, nicht mehr einfach aufgeben kann, ohne eine Schädigung an Leib und Leben des Kindes zumindest in Kauf zu nehmen und sich dadurch bei einer allfälligen Schädigung wegen Eventualvorsatzes sowohl zivil- wie auch strafrechtlich haftbar und verantwortlich zu machen. Diese Fortführungspflicht der einmal begonnenen Hütetätigkeit tritt wie gesagt sowohl bei der Gefälligkeit wie auch beim unentgeltlichen und umso mehr beim entgeltlichen Auftrag ein.

3.4. Damit steht in einem ersten Zwischenergebnis fest, dass es sich beim vorliegend zu beurteilenden Rechtsverhältnis nicht um einen Auftrag, sondern um eine Gefälligkeit handelt.

3.5. Allgemeine Erwägungen zur Gefälligkeit

3.5.1. Gefälligkeitsverhältnisse sind auf Leistung gerichtete zwischenmenschliche Beziehungen, die typischerweise im verwandtschaftlichen, freundschaftlichen oder gesellschaftlichen Verkehr vorkommen. Bei der Gefälligkeit treten bestimmte Personen miteinander in einen gewollten und gezielten Kontakt, der die Erbringung einer Leistung zum Inhalt hat, ohne dass dabei eine Pflicht zur Leistung bestünde (BETTINA HÜRLIMANN-KAUP, a.a.O., S. 117, Nr. 260). Im Gegensatz zum Auftrag und der Haftung aus Delikt ist die Gefälligkeit ein Rechtsverhältnis, welches gesetzlich nicht geregelt ist. Der Vorgang, der vorliegend zu beurteilen ist, ist

bezüglich der Vereinbarung zur Kinderbetreuung jedoch ein alltäglicher. Jeden Tag werden in einer Vielzahl von Fällen Kinder von den Eltern oder einem Elternteil eines anderen Kindes vorübergehend, gerade z.B. weil der betreuende Elternteil ohne das Kind zum Einkaufen fahren möchte, betreut. Dies ist besonders unter Nachbarn üblich und wird landesweit täglich tausendfach gelebt. Das täglich tausendfach gelebte Rechtsverhältnis bedarf deshalb einer rechtlichen Regelung, weshalb von einer Gesetzeslücke auszugehen ist, welche der Richter in Anwendung von Art. 1 Abs. 2 ZGB zu füllen hat (BETTINA HÜRLIMANN-KAUP, a.a.O., S. 125, Nr. 270).

Mangels einer speziellen gesetzlichen Regelung wäre vorab einmal von den deliktsrechtlichen Bestimmungen auszugehen. Das typische Merkmal bei den Deliktstatbeständen ist jedoch das neutrale Nebeneinander beliebiger Dritter in dem Sinne, dass zwischen den Beteiligten vor dem schädigenden Ereignis in der Regel keine Beziehung besteht. Es liegt ein eigentlicher Fehlkontakt vor, der zum Schaden führt (BETTINA HÜRLIMANN-KAUP, a.a.O., S. 127, Nr. 277). Das Gefälligkeitsverhältnis hingegen stellt grundsätzlich keinen Fehlkontakt dar, sondern im Gegenteil die bewusste Aufnahme einer gegenseitigen Beziehung, welche in beidseitigem Einvernehmen der Beteiligten eine gesteigerte Einwirkungsmöglichkeit auf die Rechtssphäre der anderen Partei beinhaltet. Es handelt sich um eine Sonderverbindung mit grossen Ähnlichkeiten zum unentgeltlichen Auftrag, weshalb für das Gefälligkeitsverhältnis bei analoger Interessenlage in der Regel eher nicht Delikts-, sondern vielmehr Vertragsrecht heranzuziehen ist (BETTINA HÜRLIMANN-KAUP, a.a.O., S. 133, Nr. 290). In der Lehre und Rechtsprechung ist denn auch anerkannt, dass in einem Zwischenbereich von Delikt und Vertrag eine den Regeln über die Vertragsverletzungen unterstehende Haftung angenommen werden kann, obwohl gar kein Vertrag vorliegt, nämlich beim sog. Vertragsverhandlungsverhältnis (*culpa in contrahendo*). In den nämlichen Zwischenbereich, in welchem zufolge der Vertragsähnlichkeit des Rechtsverhältnisses grundsätzlich die Anwendung der vertraglichen Haftungsbestimmungen angezeigt erscheint, obwohl kein Vertrag zustande gekommen ist, fallen die Gefälligkeitsverhältnisse (BETTINA HÜRLIMANN-KAUP, a.a.O., S. 154 f., Nr. 320 f.). Ein reiner Verweis auf Vertragsrecht ist jedoch ebenfalls nicht zielführend. Es sind deshalb im Ergebnis

also deliktsrechtliche und vertragsrechtliche Regeln im Hinblick auf eine möglichst sachgerechte Lösung fallweise zu kombinieren.

3.5.2. In casu ist die entscheidende Frage, ob die Beklagte bei der - gefälligkeits- halber erfolgten - Betreuung von A. _____ die nötige Sorgfalt hat walten lassen. Diese Sorgfalts- oder Schutzpflicht besteht sowohl bei Annahme der deliktsrechtlichen wie der vertragsrechtlichen Regeln und ist deshalb auch bei Annahme einer Gefälligkeit massgebend. Nachdem feststeht, dass in casu keine besonderen Anordnungen seitens der Klägerin, resp. ihrer Mutter an die Beklagte erfolgten, ist dieser Sorgfaltspflichtenmassstab nach allgemeinen Kriterien zu bestimmen. Dieser Massstab ist im übrigen nicht weniger hoch, wenn es sich nicht um einen Auftrag, sondern lediglich um eine Gefälligkeit handelt. Der Gefällige kann ein Kind nicht weniger sorgfältig betreuen, nur weil keine klagbare Leistungspflicht besteht. Die Schutzpflicht des Gefälligen, der ein Kind zu betreuen hat, ist genau gleich wie diejenige des Beauftragten, sofern - wie in casu - keine besonderen Anordnungen vereinbart worden sind. Hingegen rechtfertigt sich, in Analogie zu Art. 97 ff. OR die Verschuldensvermutung mit Exkulpationsmöglichkeit des Gefälligen auch auf das auftragsähnliche Gefälligkeitsverhältnis anzuwenden (BETTINA HÜRLIMANN-KAUP, a.a.O., S. 154 f., Nr. 392).

3.5.3. Im Sinne eines Zwischenergebnisses ist festzuhalten, dass der Gefällige aus dem Gefälligkeitsverhältnis für eine in Ausübung der Gefälligkeit erfolgte Schädigung nur haftet, wenn er die nach objektiven Kriterien erforderliche Sorgfaltspflicht missachtet hat, und sich diese Sorgfaltspflichtverletzung als sowohl natürlich wie auch adäquat kausal für den Schadenseintritt erweist und sich der Gefällige nicht exkulpieren kann.

3.5.4. Schliesslich ist in casu auch die Frage der Verjährung von Ansprüchen aus dem Gefälligkeitsverhältnis zu beantworten. Im Einklang mit der Lehre erscheint für das Gefälligkeitsverhältnis dabei die deliktsrechtliche kurze Verjährungsfrist sachgerechter (BETTINA HÜRLIMANN-KAUP, a.a.O., S. 175, Nr. 362 f.). Nachdem die Beklagte im vorliegenden Fall anerkanntermassen Verjährungsverzichtserklärungen bis und mit 2. April 2008 abgegeben hat (act. 16/18, 1-3) ist dies für das Verfahren ohne Belang, weshalb darauf nicht weiter einzugehen ist.

4. Konkrete Subsumption der Tathandlung unter die Regeln des Gefälligkeitsverhältnisses

4.1. Eine Haftung der Gefälligen setzt voraus, dass diese eine Sorgfaltspflicht verletzt, was natürlich und adäquat kausal zu einem Schaden führt und sie sich nicht zu exkulpieren vermag.

Die Sorgfaltspflichtverletzung kann dabei nicht nur durch ein Tun, sondern auch durch eine Unterlassung erfolgen. Diesfalls wird aber eine Garantenpflicht vorausgesetzt. Die Garantenpflicht kann auf Gesetz oder freiwilliger Übernahme beruhen. Bei freiwilliger Übernahme ist kein Vertrag erforderlich, die Übernahme kann auch - wie in casu - aus Gefälligkeit geschehen (MANUEL JAUN, Haftung für Sorgfaltspflichtverletzung, Bern 2007, S. 451). Vorliegend handelt es sich bei der Garantenpflicht der Beklagten um die gefälligkeitshalber übernommene Schutzpflicht für das Kind A. _____. Der Garantin obliegt es, die Schutzbefohlene vor Selbstschädigung, Fremdeinwirkung aus natürlichen oder menschengemachten Gefahrenquellen oder Schädigungen zufolge Drittverhaltens zu bewahren. Sie kann diese Risiken nicht einfach aus der Welt schaffen, sondern bloss präventiv deren Verwirklichung zu verhindern suchen (MANUEL JAUN, a.a.O., S. 451). Von der Garantin kann dabei nicht mehr verlangt werden, als dass sie im Rahmen des Möglichen tätig wird und vorkehrt, was von einer umsichtigen und gewissenhaften Person an ihrer Stelle vernünftigerweise erwartet werden kann. Erwartet wird ein objektiver, auf die menschliche Praxis bezogener, sozialetischer Sollensmasstab (MANUEL JAUN, a.a.O., S. 255). Es liegt in der Natur der Sache, dass dabei verschiedene Vorgehensweisen möglich und vertretbar sind. Auch Zumutbarkeitsüberlegungen und der Verhältnismässigkeitsgrundsatz greifen Platz. Ein absoluter Schutz kann in der Regel nicht erwartet werden (MANUEL JAUN, a.a.O. S. 452). In Lehre und Rechtsprechung wird grundsätzlich von einem objektivierten Sorgfaltsbegriff ausgegangen. Dabei wird das tatsächliche Verhalten der Schädigenden mit dem hypothetischen Verhalten eines durchschnittlich sorgfältigen Menschen in der nämlichen Situation verglichen. Jede Abweichung von diesem geforderten Normalverhalten gilt als sorgfaltswidrig und damit als fahrlässig (HEINZ REY, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 3. Auflage, Zürich 2003, N 844).

4.2. Standpunkt der Klägerin bezüglich dem Mass der Sorgfalt bei ihrer Beaufsichtigung

Die Klägerin hält dafür, dass es der allgemeinen Lebenserfahrung entspreche, dass Kleinkinder, insbesondere wenn sie in Gruppen zusammen spielen, unberechenbar und nicht in der Lage seien, Gefahren zu erkennen. Die Unfallgefahr sei deshalb bei dieser Konstellation gross, vor allem dann, wenn ein Fluss in der Nähe sei, da Wasser eine grosse Anziehungskraft auf die Kinder ausübe (act. 1, S. 19). Dass Kinder im Vorschulalter, insbesondere Kinder im Alter von A._____, Gefahren noch nicht erkennen könnten und deshalb im Einhalten von Regeln und Verboten unzuverlässig seien, stelle eine allgemeine Lebenserfahrung jeder Mutter dar. Dies sei der Beklagten deutlich vor Augen geführt worden, als ihr Sohn F._____ trotz ausdrücklichem Verbot am Biotop spielen wollte. Ihr Sohn habe das Fischen im Kopf gehabt, weshalb die Beklagte damit habe rechnen müssen, dass ihr Sohn und mit ihm die anderen Kinder heimlich an die Glatt gehen könnten (act. 1, S. 19). Zudem sei es so, dass Kinder mit grosser Wahrscheinlichkeit etwas Verbotenes tun würden, wenn man sie nicht höre. Die Beklagte hätte deshalb als sie aus der Waschküche gekommen sei und die Kinder weder gesehen noch gehört habe, unbedingt nach diesen schauen müssen. Nachdem sie dies nicht getan habe, habe sie eine klare Sorgfaltspflichtverletzung begangen (act. 1, S. 19). Es gehe dabei nicht darum, wie lange Kinder generell unbeaufsichtigt bleiben dürfen, sondern ob in der konkreten Situation die nach den Umständen gebotene Handlung bzw. Massnahme zur Abwehr eines allfälligen Schadens getroffen worden sei. Diese Handlung könne nach einer, nach zehn oder nach zwanzig Minuten notwendig werden und bemesse sich nach den Umständen (act. 15, S. 18). Hier sei es so, dass die Beklagte, als sie aus dem Waschhaus gekommen sei, die Kinder weder habe sehen noch hören können, weshalb sie verpflichtet gewesen wäre, diese zu suchen (act. 15, S. 18).

4.3. Standpunkt der Beklagten bezüglich dem Mass der Sorgfalt bei der Beaufsichtigung der Klägerin

Die Beklagte liess ausführen, dass es keine allgemeinen Regeln oder Vorschriften

darüber gebe, wie lange ein Kind eines bestimmten Alters unbeaufsichtigt gelassen werden dürfe (act. 10, S. 11). Die Mutter der Klägerin habe der Beklagten am Unfalltag auch keine konkreten Anweisungen gegeben, insbesondere nicht, dass die Klägerin in keinem Moment und auch nicht für eine bestimmte Zeit aus den Augen gelassen werden dürfte. Das Mass der Sorgfalt für die Beklagte richte sich deshalb nach dem im Quartier üblichen und insbesondere danach, wie die Eltern der Klägerin selber diese beaufsichtigt hätten.

4.4. In casu wurde ein Beweisverfahren durchgeführt, welches u.a. einige wichtige und strittige Eckpunkte bezüglich der Aufsicht von A. _____ im allgemeinen und im speziellen durch die Beklagte an jenem tt.mm 2001 erwahren sollte. Dies war nötig, um möglichst genaue Erkenntnisse darüber zu haben, wie sich die Situation für die Beklagte präsentierte. Der objektivierte Fahrlässigkeitsbegriff wird ja dadurch bestimmt, dass das tatsächliche Verhalten der Schädigenden mit dem hypothetischen Verhalten eines durchschnittlich sorgfältigen Menschen in der *nämlichen Situation* verglichen wird. Diese Situation, in der sich die Schädigende damals befand, muss möglichst bestimmt werden, und dazu gehört auch die Abklärung der nachfolgenden bestrittenen Behauptungen, ohne dass sich dabei ein Automatismus einstellen würde, wonach z.B. eine allenfalls bewiesene lasche Beaufsichtigung durch die Mutter der Klägerin, ein ebensolches Verhalten der Beklagten nicht mehr sorgfaltswidrig machen würde. Die Art und Weise der generellen Beaufsichtigung der Klägerin vor dem Unfallereignis ist als Grundlage zur Beantwortung der Frage, wie die sorgfältige Massperson in derselben Situation gehandelt hätte, durchaus hilfreich. Weiter ist zur Beweisführung zu ergänzen, dass der Zivilrichter an die Feststellung des Strafrichters grundsätzlich nicht gebunden ist (Art. 53 OR). Dennoch hat das vorausgegangene Strafverfahren erheblichen Einfluss auf die vorliegende Zivilklage. Namentlich wurden im Strafverfahren alle Beteiligten Personen, inklusive der Kinder, zu den Geschehnissen am Unfalltag und darüber hinaus einvernommen. Diese Befragungen und Einvernahmen als Beschuldigte, Auskunftspersonen oder Zeugen bilden auch für das vorliegende Zivilverfahren massgebliche Beweismittel. Dies umso mehr, als dass die Einvernahmen und Befragungen unmittelbar im Anschluss an das Unfallereignis oder doch in zeitlicher Nähe stattgefunden haben. Diese Aussagen sind viel geeigne-

ter, Beweis für die damaligen Geschehnisse zu bilden, als dass dies im Rahmen des vorliegenden Zivilprozesses neu vorzunehmende Zeugenbefragungen und oder persönliche Befragungen acht Jahre nach dem Unfall in der Lage wären. Im Rahmen einer antizipierten Beweiswürdigung wurde deshalb grundsätzlich auf die nochmalige Einvernahme oder Befragung von Personen zu Themenkreisen, zu welchen diese bereits im Strafverfahren Aussagen gemacht haben, verzichtet. Eine Ausnahme erscheint lediglich bezüglich der dem zu beurteilenden Sachverhalt nächsten Beteiligten angebracht, weshalb die Beklagte noch einmal persönlich befragt wurde und sich die Mutter der Klägerin noch einmal als Zeugin zu den Vorfällen äussern konnte. Ebenfalls noch einmal befragt werden sollte die Zeugin K._____. Mit Blick auf die vorstehenden Ausführungen wurde ihrem Gesuch um Dispensierung jedoch entsprochen und auf die nochmalige Einvernahme verzichtet. Auch hier wird auf ihre Zeugeneinvernahme im Rahmen der Strafuntersuchung zurückgegriffen.

Das Beweisverfahren hat folgendes ergeben:

4.5. Zum Beweissatz, *dass die Beklagte die Kinder A.____ (Klägerin), F.____ und G.____ beim Verlassen der Waschküche noch einmal gesehen hat.*

Als Beweismittel nannte die beweisbelastete Beklagte ihr Einvernahmeprotokoll bei der Bezirksanwaltschaft V für den Kanton Zürich vom 10. September 2002, insbesondere S. 7, das Protokoll der Hauptverhandlung vor dem Obergericht des Kantons Zürich vom 6. Juli 2004, S. 9, sowie die persönliche Befragung (act. 30, S. 2). Als Gegenbeweismittel liess die Klägerin das Einvernahmeprotokoll der Beklagten bei der Kantonspolizei Zürich vom 12. April 2001, insbesondere S. 19, das Einvernahmeprotokoll der Beklagten bei der Bezirksanwaltschaft V für den Kanton Zürich vom 10. September 2002, S. 4, 6 und 7, das Protokoll der Hauptverhandlung vor dem Bezirksgericht Bülach vom 5. Februar 2003, S. 15 und 17, das Urteil des Bezirksgerichts Bülach vom 5. Februar 2003, S. 9, und das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 6. Juli 2004, S. 7, nennen (act. 29, S. 6 ff.).

Die genannten Dokumente sind folgenden Inhalts: Die Beklagte wurde am 17. Ap-

ril 2001 von der Kantonspolizei Zürich als Auskunftsperson befragt (act. 16/2). In der polizeilichen Befragung führte die Beklagte zunächst aus was folgt: *"Ich ging dann mit beiden Kindern [Anm.: F._____ und A._____] zu mir. Der kleine G._____ stiess noch dazu. Die Kinder spielten dann draussen und zwar zwischen unserem Haus und demjenigen von den G"._____s. Von da an kann ich nur noch sagen, was mir nachher erzählt wurde."*(act. 16/2, S. 10). Auf Frage, ob sie den Kindern noch etwas gesagt habe, führte die Beklagte aus: *"Ja, die drei Kinder wollten in unserem Biotop fischen. Ich sagte ihnen, dass sie das nicht tun dürfen, es sei zu gefährlich. Sie würden auf die Schaukel gehen können oder sie sollen Fahrrad fahren. Dann sind sie losgezogen. Anscheinend sind sie dann im J._____ vorne gewesen. Dies habe ich ein paar Tage später von einem J._____mitarbeiter gehört. (...) Von da an weiss ich nicht mehr, was geschehen ist. Der Arbeiter sagte mir, er habe nichts mitbekommen. Wir auch nicht. (...)"*. Auf die Frage, ob sie wisse, wie lange sich die drei Kinder auf dem J._____ aufgehalten haben: *"Nein das weiss ich nicht. Was schätzen Sie? Höchstens so 10 bis 15 Minuten. Wissen Sie noch, um welche Zeit Sie die Kinder an diesem Morgen letztmals gesehen haben? Das ist schwierig. Ich würde sagen, so gegen 11.00 Uhr. Und wo waren die Kindern zu diesem Zeitpunkt? Bei mir im Garten. Wie ist es weitergegangen? Ich war schnell in der Waschküche. Ich warf einen Blick nach draussen. Mein Sohn F._____ kam. Er sagte, ihm sei schlecht. Ich sagte ihm, er solle sich ein wenig hinlegen. Er ging ins Wohnzimmer und legte sich aufs Sofa. Er rief mich dann und sagte, das Telefon läute. Das waren keine fünf Minuten. Es war eine bekannte, die auch Hunde hatte. Ich redete ein wenig mit ihr. Ich merkte dann, dass jemand versucht, anzurufen. Wir haben einen ISDN-Anschluss, aber kein solches Telefon. Es piepte einfach im Hintergrund. Ich stand am Fenster und schaute raus. Ich sah dann, dass die Nachbarin vor unserem Zaun stand, mit dem Telefon am Ohr und mir zuwinkte. Sie kommt eben wegen der Hunde nicht rein. Ich öffnete das Fenster und sie sagte sofort, dass A._____ vermutlich ins Wasser gefallen sei. (...) Ich habe sofort den Hörer aufgelegt und rannte los. Herr G"._____ kam zu uns und sagte, wir müssten der Polizei telefonieren. Ich telefonierte Herr C._____. Ich hatte seine Natelnummer. Frau G'._____ versuchte Frau B._____ zu erreichen, was aber weder zu Hause noch auf dem Natel gelang. Frau K._____ kam*

uns dann mit ihrem Auto entgegen. Ich sprang zu ihr rein und sagte ihr, A._____ sei vermutlich ins Wasser gefallen, wir müssten sie suchen gehen. Sie fuhr quer über die Wiesen auf den Veloweg. Wir fuhren der Glatt entlang auf dem Veloweg. Wir schauten immer in die Glatt hinein. Ca. 1,5 Kilometer weiter unten sahen wir A._____ im Wasser schwimmen. " (act. 16/2, S. 10 f.). Am Ende der Einvernahme führte die Beklagte auf die Frage, ob sie eine Ahnung oder Vorstellung habe, wie lange A._____ im Wasser gelegen ist, aus: *"Ich würde sagen, so ca. 10 Minuten. Wie kommen Sie darauf? Eben, einfach die Zeit bis mein Sohn gekommen ist. Ich habe dann noch telefoniert und erst nachher sind wir losgefahren."* (act. 16/2, S. 22).

In der bezirksanwaltschaftlichen Einvernahme vom 10. September 2002 wurde die Beklagte auf S. 4 auf die polizeiliche Einvernahme vom 17. April 2001 hingewiesen und die Beklagte bestätigte, bei der Polizei die Wahrheit gesagt, das Protokoll gelesen und unterschrieben zu haben (act. 16/3, S. 4). Weiter führte sie aus, auf Frage: *"Sie haben bei der Polizei ausgesagt, die drei Kinder - F._____, A._____ und G._____ - hätten dann in Ihrem Biotop fischen wollen. Sie hätten gesagt, sie dürften dies nicht tun, es sei zu gefährlich. Ist dies richtig? Ja. (...) Ist es richtig, dass die drei Kinder dann losgezogen, d.h. von Ihrem Haus weggingen, während Sie sich in die Waschküche begaben und anschliessend einen Telefonanruf von einer Bekannten bekamen? Sie liefen vom Biotop weg und strichen dann am Nachbarszaun herum. Dies war bei G'_____.s. Es ist richtig, dass ich dann in die Waschküche ging und danach einen Telefonanruf bekam. (...) Ist es richtig, dass F._____ zwischenzeitlich nach Hause gekommen war und sagte, es sei ihm schlecht? Ja. Erwähnte er in diesem Zusammenhang irgend etwas betreffend A._____? Nein, gar nichts. Kam F._____ alleine nach Hause? Ja. Fragten Sie F._____, wo A._____ sei, als er nach Hause kam? Nein. (...)Wie viel Zeit war etwa verstrichen zwischen dem Zeitpunkt, wo Sie die Kinder vom Biotop weg geschickt hatten, bis Frau G'._____ Ihnen am Fenster zuwinkte? Vielleicht ca. eine halbe Stunde. Hatten Sie die Kinder noch gesehen, nachdem Sie sie vom Biotop weggeschickt hatten? Ja, sie waren danach am 'velölen'. Können Sie sagen, wie viel Zeit vom Wegschicken vom Biotop verstrichen war, als Sie die Kinder noch*

sahen? *Nein*. Können Sie sagen, wie lange vor dem Auftauchen von Frau G'._____ Sie die Kinder noch gesehen hatten? *Ca. 10 Minuten*. (Auf Frage:) *Genau kann ich dies nicht mehr sagen. Zu diesem Zeitpunkt waren die Kinder noch am Velofahren*. Und dann gingen Sie in die Waschküche? *Ich ging vor diesem Telefon in die Waschküche*. Was haben Sie danach gemacht, als Sie die Kinder am Velofahren sahen? *Ich war in der Küche, sowie in der Waschküche. Das war aber noch bevor ich die Kinder zuletzt gesehen habe*. Ist es demnach richtig, dass Sie die draussen spielenden Kinder während ca. 10 Minuten unbeaufsichtigt liessen? *Ja, in dem Sinne, dass ich schon nach draussen geschaut habe, während des erwähnten Telefonats. Es ist allerdings so, dass dort ein Schopf steht. Manchmal spielten die Kinder in diesem Schopf. Ich dachte, vielleicht seien sie dort drin, wusste dies aber nicht mit Sicherheit.*" (act. 16/3, S. 5 ff.). Auf Ergänzungsfrage der Geschädigtenvertreterin führte die Beklagte sodann noch aus: (Frage:) "Wissen Sie noch, was Sie damals in der Waschküche gemacht haben? *Ich nahm eine Ladung Wäsche aus der Maschine und füllte die nächste ein*. Die Wäsche haben Sie aufgehängt? *Nein, sie kam in den Tumbler*. Wissen Sie ungefähr noch wie lange es dauerte zwischen dem Zeitpunkt, als F'._____ nach Hause kam bis Frau G'._____ vor dem Fenster auftauchte? *Ja, um 5 Minuten*. (...) Sie sagten, dass die Kinder häufig um den Schopf herumspielten. Hörte man da, wenn die Kinder im Schopf spielten, wenn das Fenster geöffnet war? *Ja, es hat dort viel Werkzeug, welches für die Kinder interessant ist. Man hörte es jeweils scheppern*. Hörten Sie die Kinder am Unglückstag? *Nein. Ich kann das jetzt nicht... Ich hatte an einem Ohr das Telefon.*" (act. 16/3, S. 8 ff.).

Vom Einzelrichter in Strafsachen des Bezirksgerichts Bülach befragt, führte die Beklagte am 5. Februar 2003 zur in Frage stehenden Thematik aus was folgt: (Auf Frage:) "Bei der Polizei sagten Sie, Sie hätten den Kindern das Fischen verboten und ihnen gesagt, sie sollen doch zur Schaukel oder Velo fahren gehen. Dann seien die Kinder losgezogen. Können Sie nochmals schildern, wie sich das abspielte? *Unser Biotop ist separat umzäunt und um das Haus herum gibt es noch einen weiteren Zaun. Die Kinder gingen dann zum Gartentor und spielten draussen weiter. Was spielten die Kinder? Sie gingen in den 'Schopf'*. (...) Was

machten die Kinder im 'Schopf'? *Sie hatten dort Bretter und Nägel. Sie konnten da 'naglä'.* Was geschah dann? *Ich ging meinen hausfraulichen Pflichten nach, ich ging in die Waschküche.* Befand sich die Waschküche nicht im Haus? *Nein, die war in einem Waschhäuschen.* Wo stand das Waschhäuschen? *Das war am Haus angebaut. Die Türe war offen. Ich tat die Wäsche aus der Waschmaschine in den Tumbler und vom Tumbler in den Wäschekorb. Dann trug ich die Wäsche ins Haus.* Sahen Sie die Kinder, als Sie vom Waschhäuschen in das Haus liefen? *Nein, nicht bewusst.* Bei der Polizei sagten Sie, dass die Kinder anscheinend beim J. _____ gewesen seien. Können Sie das ausführen? *Der J. _____ sarbeiter sagte mir im Nachhinein, bevor er in die Mittagspause gegangen sei, habe er die Kinder noch gesehen. (...)* Sie sagten bei der Bezirksanwaltschaft, dass die Kinder, nachdem Sie sie vom Biotop weggeschickt hatten, Velo gefahren seien. Sahen Sie das? *Sie hoben die Velos auf, bevor sie in den 'Schopf' gingen.* Lagen alle Velos der Kinder bei Ihnen im Garten? *Nein, die lagen vor dem Haus, d.h. vor dem Gartentor. Es waren nicht alle drei Velos dort. Das Velo von G. _____ war nicht draussen. Er konnte nicht so gut Velofahren.* Hatte G. _____ kein Velo dabei? *Nein.* Sahen Sie, dass die anderen Kinder mit dem Velo unterwegs waren oder vermuteten Sie dies nur? *Der Arbeiter vom J. _____ sagte mir, die Kinder seien mit den Velos gefahren.* Dann hätte das Velo von A. _____ nach dem Vorfall beim J. _____ liegen müssen. Was meinen Sie dazu? *Das weiss ich nicht. Ich weiss nicht, ob die Kinder nochmals zurückkamen oder ob jemand das Velo zurückbrachte.* Das alles hätten Sie nicht gesehen. Ist das richtig? *Ja.* Sahen Sie die Kinder, als Sie aus der Waschküche kamen? *Nein, ich ging direkt ins Haus.* Ist es richtig, dass das Telefon, kaum waren Sie im Haus, läutete? *Ja, das ist richtig.* Stellten Sie die Wäsche ab und telefonierten Sie dann? *Ja.* Kam dann Frau G'. _____? *Ja, ziemlich bald nachdem das Telefon geläutet hatte.* Sie versuchte zunächst mehrmals, Sie anzurufen. Was meinen Sie dazu? *Ja, das bemerkte ich, deshalb stand ich am Fenster. Ich fand es komisch, dass Frau G'. _____ so zu mir schaute. Wir hatten einen ISDN-Anschluss, jedoch kein ISDN-Telefon. Das bedeutet, dass bei Frau G'. _____ kein Besetztzeichen kam und bei mir piepste das Telefon, was das Zeichen für einen Zweitanruf war. Ich sagte daher, da muss etwas passiert sein und legte das Telefon sofort auf.* Schauten Sie während des Te-

liefonats nach den Kindern? *Ich stand am Fenster.* Ist es richtig, dass Sie die Kinder jedoch nicht sahen? *Ja.* Fragten Sie F._____, als er zurückkam, wo A._____ sei? *Er kam gerade während des Telefonats zurück. Er sagte, es sei ihm schlecht. Ich sagte ihm, er solle sich hinlegen. Dann ging das Ganze bereits los.* (...) Machten Sie sich keine Gedanken zum Verbleib von A._____, als Ihr Sohn alleine nach Hause kam? *Ich hatte keine Zeit mir Gedanken zu machen. Nachdem F._____ nach Hause kam, ergab sich eins nach dem andern.* Behaupten Sie, es sei alles ungefähr in der gleichen Minute geschehen? *Vielleicht nicht gerade in der gleichen Minute. Ich war jedoch noch am Telefon und musste noch das Gespräch abklemmen. Es war zudem Mittagszeit und ich wollte noch mit dem Kochen beginnen. Da ging es unter.*" (act. 16/4, S. 13 ff.).

Im Urteil des Bezirksgerichts Bülach vom 5. Februar 2003 wurde auf S. 9 auf die Aussagen an der Hauptverhandlung Bezug genommen und festgehalten: "Anlässlich der Hauptverhandlung führte die Angeklagte auf entsprechende Frage aus, sie habe die Kinder nicht gesehen, als sie aus der Waschküche gekommen sei."

An der Hauptverhandlung vor dem Obergericht des Kantons Zürich vom 6. Juli 2004 erklärte die Beklagte auf Befragen: (Frage:) "Und zu welchem Zeitpunkt verloren Sie die Kinder aus den Augen? *Ich ging nach dem Verbot (Anm.: beim Biotop zu spielen) in die Waschküche. Da waren sie noch da. Als ich dann ins Haus hinein ging mit den Kleidern, da hörte ich sie nur noch.* Wann waren sie noch da? *Als ich die Wäsche aus der Maschine genommen hatte und ins Haus tragen wollte.* Wo haben Sie sie da gesehen? *Sie waren zwischen unserem Haus und demjenigen der G'''_____s.* Sie sprachen einmal davon, sie seien im Schopf gewesen? *Ja, das ist eben dort. Also nicht im Schopf, sondern auf dem Weg dahin.* Sie sagten einmal, Sie hätten vermutet, sie seien im Schopf in dem Zeitpunkt? *Ja, als ich dann im Haus drin war.* Im Zeitpunkt, als Sie von der Waschküche ins Haus gingen, mussten Sie ein Stück durchs Freie gehen. Sahen Sie sie da noch? *Ja, da zottelten sie gerade vorbei.* In welchem Zeitpunkt haben Sie sie dann nur noch akustisch wahrgenommen? *Noch während dem Hineingehen und dann... das kann ich nicht mehr sagen.* Kam dann relativ bald der Telefonanruf? *Ja.* Wie lan-

ge dauerte dieser? *Es muss ca. 5 Minuten gewesen sein.* Dann hätte alles innert 5 Minuten passiert sein müssen, also dass die Kinder an die Glatt gingen, dass A. _____ hineinfiel und dann abtrieb? Das geht zeitlich nicht auf. *Ich würde sagen 5-10 Minuten. Länger ging das Telefongespräch nicht, denn es war eine Anfrage wegen Hundewelpen und ich hatte keine Hunde.* F. _____ kam dann zurück und sagte, es sei ihm schlecht? *Ja. Ich legte ihn auf die Polstergruppe und sagte ihm, er solle sich hinlegen. Da rief bereits Frau G'. _____.* Ich rannte dann zu ihr hinaus und gerade weiter. Sie stiegen dann ins Auto von Frau K. _____. Kam diese zufällig daher? *Sie kam von der Arbeit heim für die Mittagspause. Sie kam angefahren und ich bat sie darum, mit mir die Glatt hinunter zu fahren.*" (beigezogene Akten SB030381, act. 81, S. 9 ff.).

Im Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 6. Juli 2004 wurde auf S. 7 auf die Aussagen an der Hauptverhandlung Bezug genommen und festgehalten: "Die Angeklagte schilderte, sie sei für kurze Zeit in der Waschküche gewesen (Urk. 2 S. 12). Sie habe eine Ladung Wäsche aus der Maschine genommen und die nächste gefüllt (Urk. 16 S. 8). Ihre heutigen Ausführungen, wonach sie die Kinder, als sie aus der Waschküche gekommen sei, nochmals gesehen habe (Prot. II S. 9), müssen als Schutzbehauptungen bezeichnet werden. Zum einen brachte sie diese Darstellung heute zum ersten Mal vor; zum andern wirkt sie insgesamt wenig überzeugend (Vgl. a.a.O. betr. akustisches Wahrnehmen). Insbesondere aber hatte die Angeklagte bei der Vorinstanz noch zwei Mal klar bestätigt, die Kinder in diesem Zeitpunkt nicht mehr gesehen zu haben (Prot. I S. 15 und 17)."

Anlässlich der persönlichen Befragung der Beklagten vom 26. März 2009 führte diese auf Befragung des Referenten aus: (Frage:) „Haben Sie an diesem tt.mm 2001, als sie aus der Waschküche zurück ins Haus gingen, die Kinder nochmals gesehen? *Ich würde sagen ja, aber ich kann dies nicht mehr mit Sicherheit sagen. Es ist acht Jahre her. Ich stand bei jedem Gerichtsprozess unter Medikamenten. Ich kann dies für mich selber nicht mehr rekonstruieren.* (...) Diese ersten Aussagen von Ihnen lassen den Schluss zu, dass Sie die Kinder effektiv während einer

längeren Zeit nicht gesehen haben. Trifft dies zu? Nachdem Sie die Kinder das letzte Mal gesehen haben, sind Sie dann nochmals in die Waschküche oder nicht? Können Sie zu diesen Punkten heute nochmals etwas sagen? *Ich bin nicht nochmals in die Waschküche.* Sind Sie an diesem Morgen überhaupt nur einmal in die Waschküche gegangen? *Ja.* Als Sie aus der Waschküche herausgekommen sind, haben Sie die Kinder dann nochmals gesehen oder nicht? *(Die Beklagte schweigt zuerst und antwortet schliesslich:) Ich kann dies nicht mehr sagen.* Eine weitere Ungereimtheit ist die Tatsache, dass Sie hier bei der ersten Einvernahme ausführen, dass die Kinder weg gewesen seien, und Sie nicht genau wüssten wo, dass F._____ dann zuerst nach Hause gekommen sei und erst danach die Bekannte wegen der Hunde angerufen habe, wobei F._____ Ihnen noch gesagt hätte, dass das Telefon läuten würde. Bei allen anderen Einvernahmen ist es so dargestellt, dass Sie bereits am Telefon waren, als F._____ nach Hause gekommen sei und sagte, dass ihm schlecht sei. Was stimmt? *Es stimmt, dass F._____ mich ans Telefon gerufen hat.* F._____ kam also alleine nach Hause und erst dann hat das Telefon geläutet. Es ist also so, wie Sie es in der ersten Einvernahme gesagt haben? *Ja.* Für mich ist klar, dass Sie die Kinder beim Biotop noch gesehen haben und dann weggeschickt haben. Dann kommt die Arbeit in der Waschküche und im Anschluss verlassen Sie die Waschküche. Hier stellt sich die Frage, ob Sie die Kinder in diesem Zeitpunkt noch einmal gesehen oder wenigstens gehört haben. Hierzu machten Sie in den bisherigen Einvernahmen verschiedene Aussagen. Aber dann besteht eine Lücke: Die Kinder müssen an die Glatt gegangen sein und A._____ muss hereingefallen sein. Die Kinder müssen wieder zurückgekommen sein, F._____ zu Ihnen und dann läutet das Telefon. Deshalb meine Frage: Nachdem Sie die Kinder weggeschickt haben bis zu dem Moment, in dem F._____ zurückgekommen ist, was haben Sie in dieser Zeit gemacht? *Es war kurz vor zwölf. Ich musste für die Kinder kochen.* Es war zwischen 11:00 und 11:20 Uhr, haben Sie zu dieser Zeit bereits gekocht? *Ich fange dann schon einmal mit vorbereiten an, wenn die Kinder bald nach hause kommen.* Dies mag generell zutreffen. Mich interessiert aber genau dieser tt.mm 2001. Was haben Sie damals gemacht? *Ich habe Haushaltsarbeiten gemacht.* Wissen Sie nicht mehr genau, was Sie gemacht haben? Es ist ja doch ein Tag, welcher einem in

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

Während einer Zeit von ca. 10 bis 15 Minuten? *(Die Beklagte nickt.)* Und dann kam F. _____ zurück? *Ja.* Als F. _____ alleine zurückgekommen ist, haben Sie sich keine Gedanken gemacht über den Verbleib von A. _____? *Doch habe ich mir schon, aber ich hatte ein "pflotschnasses" Kind, welches unter Schock war. Ich habe es zuerst einmal abgelegt und ja, dann kam noch das blöde Telefon. Ich dachte zuerst noch, dass es die Nachbarin ist, weil sie ab und zu nicht reinkommt. Aber es war eine Hundekäuferin, welche ich eigentlich ziemlich schnell abgewimmelt habe. Was heisst "pflotschnasses" Kind? Er war bis beinahe zur Hüfte nass. Haben Sie ihn gefragt, warum? Er hat keine Antwort gegeben. Er war im Schockzustand. Haben Sie dann nicht eins und eins zusammengezählt und gedacht, Wasser ... Ich bin dann... Er ist ziemlich schnell erschreckt. Es ist sicherlich ein Alarmzeichen gewesen. Ich habe deshalb auch gedacht, dass ich das Telefon schnell abnehme und schaue, ob irgendetwas ist. Ich habe dann in diesem Moment die Nachbarin gesehen und wusste, dass irgendetwas ist."* (Prot. S. 28. ff.)

Aussagen einer Partei in der persönlichen Befragung, welche zu ihren Gunsten lauten, bilden keinen Beweis (§ 149 Abs. 3 ZPO). Eingedenk dieser Prämisse hat die persönliche Befragung vom 26. März 2009 mit Blick auf die gesamten Verfahrensakten doch in einigen Punkten Klarheit geschaffen, welche bis dahin nicht restlos klar waren. Sie decken sich auch weitestgehend mit den Aussagen der Beklagten anlässlich der polizeilichen Einvernahme vom 17. April 2001, der weitest zeitnächsten Befragung, in welcher die Beklagte zudem noch nicht als Angeeschuldigte sondern noch als Auskunftsperson einvernommen wurde. Das Aussageverhalten der Beklagten am 26. März 2009 war nach anfänglichem Zögern zudem gegen Ende sehr authentisch und hatte zeitweise den Charakter von echten Zugeständnissen. Sie machte dabei Aussagen, welche nicht zu ihren Gunsten lauteten, und welche deshalb Beweiswert haben. Dies betrifft einerseits die Tatsache, dass die Beklagte die Kinder, nachdem sie diese vom Biotop weggeschickt hat und danach die Waschküche betreten hat, beim Verlassen der Waschküche nicht mehr *gesehen* hat, andererseits auch, dass sie sich in der Folge während 10 bis 15 Minuten um den Haushalt gekümmert hat und dabei die Kinder weder ge-

sehen noch gehört hat und schliesslich, dass nach Ablauf dieser 10 bis 15 Minuten ihr Sohn F. _____ mit bis zur Hüfte nassen Hosen und unter Schock stehend nach Hause gekommen ist, sich auf das Sofa gelegt hat und dann erst das Telefon klingelte, welches die Beklagte abnahm und alsdann mit der Gesprächspartnerin, welche sich für Hundewelpen interessierte, führte. Zur Zeitangabe der Beklagten ist festzuhalten, dass im Zivilverfahren der Grundsatz in dubio pro reo nicht gilt. Es ist weiter davon auszugehen, dass die Beklagte die massgebliche Zeitdauer eher zu ihren Gunsten verkürzt. Eingedenk dieser Tatsache und auch im Lichte ihrer ersten Aussage bei der Bezirksanwaltschaft V vom 10. September 2002, gemäss welcher sie die Kinder während einer halben Stunde nicht gesehen haben will (act. 16/3, S. 6), ist in casu als erstellt zu betrachten, dass F. _____ nach 15 Minuten ins Haus zurückgekehrt ist und sie die Kinder demnach während 15 Minuten nicht gesehen hat. Was den vorliegenden Beweissatz betrifft, ist zudem klar, dass die Beklagte die Kinder beim Verlassen der Waschküche nicht mehr gesehen hat. Strittig bleibt aber, ob sie sie in diesem Zeitpunkt noch gehört hat (Prot. S. 34; act. 49, S. 12). Die Klägerin verneint dies mit dem Hinweis auf die Aussagen der Beklagten bei der Einvernahme durch die Kantonspolizei Zürich am 17. April 2001 und die Bezirksanwaltschaft am 10. September 2002 (act. 49, S. 12 mit Hinweis auf act. 16/2, S. 19 [recte: S. 10] und 16/3, S. 10). Dazu ist zu bemerken, dass die zitierte Aussage bei der Polizei eine erste, ganz generelle Aussage zu dem tragischen Morgen war. Die Beklagte führte dort aus: *„Ich ging dann mit beiden Kindern zu mir. Der kleine G. _____ stiess noch dazu. Die Kinder spielten dann draussen und zwar zwischen unserem Haus und demjenigen von den G''' _____s. Von da an kann ich nur noch sagen, was mir nachher erzählt wurde.“*(act. 16/2, S. 10). Kein Thema war die Waschküche, das Biotop oder gar, ob die Beklagte, als sie das Waschhäuschen verliess, die Kinder noch gesehen oder gehört hat oder nicht. Aus dieser ersten pauschalen Schilderung der Beklagten kann bezüglich dieser konkreten Frage nichts zu ihren Lasten abgeleitet werden. Was die zitierte Aussage bei der Bezirksanwaltschaft V betrifft, welche lautet: (Ergänzungsfrage RA'in X. _____) *„Sie sagten, dass die Kinder häufig um den Schopf herumspielten. Hörte man da, wenn die Kinder im Schopf spielten, wenn das Fenster geöffnet war? Ja, es hat dort viel Werkzeug, welches für die Kinder*

interessant ist. Man hörte es jeweils scheppern. Hörten Sie die Kinder am Unglückstag? Nein. Ich kann das jetzt nicht...Ich hatte an einem Ohr das Telefon.“ ist ebenfalls zu bemerken, dass sie einen grösseren Zeitrahmen betrifft und nicht konkret den Zeitpunkt, als die Beklagte vom Waschhäuschen ins Haus trat, zumal sie in jenem Zeitpunkt ja das Ohr nicht am Telefon hatte. Die zitierten Aussagen stehen deshalb nach Ansicht des Gerichts mit der Aussage anlässlich der persönlichen Befragung vom 26. März 2009 nicht im Widerspruch. Zudem ist es nicht richtig, wenn die Rechtsvertreterin der Klägerin ausführt, dass die Beklagte zum ersten Mal gesagt habe, dass sie die Kinder beim Verlassen des Waschhäuschens noch gehört habe. Exakt die nämliche Aussage machte die Beklagte nämlich vor Obergericht: "Und zu welchem Zeitpunkt verloren Sie die Kinder aus den Augen? *Ich ging nach dem Verbot (Anm.: beim Biotop zu spielen) in die Waschküche. Da waren sie noch da. Als ich dann ins Haus hinein ging mit den Kleidern, da hörte ich sie nur noch (Prot. OG, S. 9).* Es erscheint dem Gericht denn auch durchaus plausibel, dass die Beklagte nach ihrem kurzen Aufenthalt in der Waschküche, bei welchem sie die Wäsche aus der Waschmaschine genommen und in den Tumbler gelegt und die Waschmaschine mit einer neuen Ladung Wäsche gefüllt hat, die Kinder zwar nicht mehr sehen, aber noch hören konnte. Im Ergebnis ist deshalb davon auszugehen, dass die Beklagte die Kinder beim Verlassen des Waschhäuschens nicht mehr gesehen, allerdings noch aus der Richtung Schopf gehört hat, weiter aber auch, dass sie die Kinder im Anschluss daran während 15 Minuten weder gesehen noch gehört hat, bis zum Zeitpunkt nämlich, in welchem F._____ – nass bis zu den Hüften und ohne A._____ – ins Haus zurückgekehrt ist.

4.6. Im Beweisaufgabebeschluss vom 30. Mai 2008 wurde der Klägerin der Hauptbeweis dafür auferlegt, dass die Klägerin im Zeitpunkt, in welchem die Beklagte aus dem Waschhäuschen trat, noch nicht in die Glatt gefallen war. Die Rechtsvertreterin der Klägerin monierte diese Beweisaufgabe, weil damit eine nicht bestrittene Tatsache zum Beweis verstellt worden sei, nachdem die Beklagte ja gerade behauptete, die Kinder in jenem Zeitpunkt noch gesehen zu haben. Die Rechtsvertreterin der Klägerin verkennt dabei aber, dass sie selber dies ja bestritt, und der Rechtsvertreter der Beklagten deshalb in der Duplik in einem Eventual-

standpunkt ausführte, dass für den Fall, dass die Beklagte die Kinder nach dem Verlassen des Waschhäuschens nicht mehr gesehen hätte, davon auszugehen sei, dass die Klägerin in jenem Zeitpunkt bereits in die Glatt gefallen sei (act. 20, S. 14). Diese Behauptung war strittig und musste für den Eventualfall zum Beweis verstellt werden. Nachdem das Beweisverfahren nunmehr aber ergeben hat, dass die Beklagte die Kinder beim Verlassen des Waschhäuschens zwar nicht mehr gesehen, aber noch gehört hat, ist auch als bewiesen anzusehen, dass die Klägerin in diesem Zeitpunkt noch nicht in die Glatt gefallen war.

4.7. Zum Beweissatz, *dass A. _____ oft auf der M. _____-strasse oder beim J. _____ gespielt hat und dabei nur ganz selten von einer erwachsenen Person und lediglich in circa der Hälfte der Fälle von ihrer älteren Schwester N. _____ begleitet worden ist.*

Als Beweismittel nannte die beweisbelastete Beklagte die Zeugeneinvernahme von K. _____ bei der Bezirksanwaltschaft V für den Kanton Zürich vom 3. März 2004, S. 5 sowie die erneute Einvernahme der Zeugin K. _____ (act. 30, S. 2 und 3). Wie vorstehend ausgeführt wurde auf Letzteres verzichtet. Als Gegenbeweismittel liess die Klägerin die Zeugeneinvernahme von O. _____ durch die Bezirksanwaltschaft V für den Kanton Zürich vom 26. Februar 2004, Seiten 3 bis 7, die Zeugeneinvernahme von P. _____ durch die Bezirksanwaltschaft V für den Kanton Zürich vom 26. Februar 2004, Seiten 4 bis 7, die Zeugeneinvernahme von Q. _____ durch die Bezirksanwaltschaft V für den Kanton Zürich vom 17. März 2004, Seiten 3 bis 6, die Zeugeneinvernahme von R. _____ durch die Bezirksanwaltschaft V für den Kanton Zürich vom 17. März 2004, Seiten 3 bis 7, die Zeugeneinvernahme von B. _____ durch die Bezirksanwaltschaft V für den Kanton Zürich vom 19. Februar 2004, Seiten 3 bis 9, sowie die Zeugeneinvernahme von S. _____ durch die Bezirksanwaltschaft V für den Kanton Zürich vom 18. März 2004, Seiten 3 unten, sowie die erneute Einvernahme dieser Zeugen nennen (act. 29, S. 9 und 10.). Auch hier wurde – wie vorstehend ausgeführt – mit Ausnahme der nächstbeteiligten Zeugin B. _____ auf Letzteres verzichtet.

Die Zeugin K. _____ ist eine Nachbarin der Familien A. _____ B. _____ C. _____ und

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

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

mir sagen, wo sie da jeweils spielte? *Überall. Sie war viel an der M.____-strasse vorne. (...) Alle Parteien hatten ja die Gärten eingezäunt. Die Kinder haben trotzdem ausserhalb der Umzäunung gespielt. Vor allem, wenn die Kinder von D.____'s mit denjenigen von B.____ C.____ gespielt haben, haben sie oft beim J.____ gespielt und auf der M.____-strasse. Auch kam es vor, dass A.____ im Wald spielte. Jedes Grundstück grenzt auf der Rückseite des Hauses an den Wald. Wenn A.____ an diesen Orten am Spielen war, war sie da stets von einer erwachsenen Person oder von einem älteren Kind begleitet bzw. beaufsichtigt? Nein. Von einer erwachsenen Person ganz selten und von der älteren Schwester wurde lediglich in ca. der Hälfte der Fälle begleitet, in welchen ich A.____ draussen spielen sah.*“ (act. 16/7, S. 5).

Die Mutter der Klägerin, B.____, sagte als Zeugin anlässlich der Einvernahme am hiesigen Gericht vom 26. März 2009 auf Vorhalt des Beweissatzes 2.3 folgendes aus: *„Erstens kann sie dies gar nicht sagen, da Sie zu diesem Zeitpunkt 100 % arbeitstätig war. Zweitens ist bei uns alles total weitsichtig. Man kann einfach aus dem Fenster schauen und es gibt nichts, was einem die Sicht verhindert, keine Häuser und nichts. Hat A.____ denn auf der Strasse und beim J.____ gespielt und ist sie dabei nur ganz selten von einer erwachsenen Person und lediglich in circa der Hälfte der Fälle von ihrer älteren Schwester N.____ begleitet worden? Dies ist schon korrekt. Es war nicht immer eine Erwachsene Person dabei oder N.____. Sie war ja auch in der Schule. Aber A.____ war immer unter meiner Aufsicht, ob dies jetzt durchs Fenster war oder im Garten. Ich habe Sie immer gesehen oder gehört. Es kam auch vor, dass sie eigentlich hätte zuhause bleiben sollen und dennoch aus dem Garten wegging. Es sind alles Ausnahmefälle, welche Frau K.____ beschreibt. Dies war aber nicht der Normalfall. Deshalb hat mich die Aussage auch gestört. Auf Vorhalt Ihrer Aussage als Zeugin bei der Bezirksanwaltschaft V vom 19. Februar 2004, act. 16/14, S. 5 Frage/Antwort 4-5): Können Sie mir ausführen, was Sie unter Sichtkontakt verstehen? Sie werden ja wohl nicht ständig direkten Sicht- oder Hörkontakt aufrecht erhalten haben? Nein, das ist bei einem Kind in diesem Alter auch nicht nötig, aber es ist ein ungeschriebenes Gesetz, jede Mutter weiss, dass etwas nicht mehr gut ist, wenn man*

die Kinder weder hört noch sieht. A._____ war zudem nicht in einem fremden Quartier, sondern bei sich. Ich verlange nicht, dass Frau D._____ besser auf A._____ aufpasst als wir und ihr ständig hinterherläuft, aber es geht nicht, dass sie überhaupt nicht aufpasst. Es kann vielleicht auch einmal eine Zeitspanne von zehn Minuten sein (Beim Durchlesen korrigiert die Zeugin die Zahl auf fünf Minuten), wo man das Kind nicht sieht und hört. Aber nicht zwanzig Minuten. Wenn man das aber weiss, dann nimmt man das Kind zu sich in den Garten oder ins Haus. In welchen Intervallen haben Sie eine Sicht- oder Hörkontrolle gemacht? Man hat wie ein innere Uhr, wann haben Sie jeweils nach den Kindern geschaut? Es geht vor allem um die Frühlings- und Sommermonate, wo die Kinder draussen spielten. Wir sind eine Familie, die in diesen Monaten praktisch "draussen lebt". Wir sind oft im Garten. Wir sind ständig im Garten, grillieren, ich mache die Wäsche, Gartenarbeit etc. Die Kinder waren oft bei uns, weil sie sich bei uns frei bewegen konnten und sehr wohl fühlten. Mit Kindern meine ich unsere zwei Kinder, F._____, T._____ und G._____. Noch einmal: In welchen Intervallen haben Sie eine Sicht- oder Hörkontrolle gemacht? Die Frage ist schwierig. Vielleicht einmal fünf bis 10 Minuten wenn man auf die Toilette geht oder so. Wobei das geht nicht 10 Minuten. Ich würde sagen wenige Minuten. Dann geht man wieder nach draussen und hat alles unter Kontrolle. Man hat die Kinder permanent gehört. Sie haben so einen Lärm gemacht mit Velofahren, Lachen, Streiten etc. Es war ständig eine Geräuschkulisse.“ (Prot. S. 23 ff.).

Vorab ist darauf hinzuweisen, dass die Aussagen der Zeugin B._____ zufolge ihrer Nähe zur Klägerin und ihrer offen deklarierten Abneigung gegen die Beklagte wegen des in Frage stehenden Vorfalles mit einer gewissen Zurückhaltung, mithin eher schon wie Parteibehauptungen, zu würdigen sind. Mit dieser Vorbemerkung zur generellen Glaubwürdigkeit ist aber zu sagen, dass die Zeugin am 26. März 2009 sehr offen und detailliert Aussagen zugunsten beider Parteien gemacht hat, weshalb ihre Aussagen doch als grundsätzlich glaubhaft angesehen werden dürfen. Sodann kann festgestellt werden, dass die Zeugin Jaramaz die zum Beweis verstellte Behauptung der Zeugin K._____ an der Einvernahme vom 26. März 2009 grundsätzlich bestätigt hat. Sie ergänzte aber, dass sie ihr Kind während

dieser Zeit akustisch beaufsichtigt habe, dass es aber auch einmal vorgekommen sei, dass A._____ „ausbüchste“. Dies sei aber eine absolute Ausnahme gewesen. Zudem habe sie immer nach A._____ gesucht, wenn sie diese fünf (bei der ersten Einvernahme sagte die Zeugin ‚zehn‘) Minuten nicht gehört habe. Mit dieser Einschränkung ist die zum Beweis verstellte Behauptung als bewiesen zu betrachten, da die Aussage der Zeugin K._____ ja bezüglich der Häufigkeit nicht allgemein gültigen Charakter beansprucht, sondern nur diejenigen Fälle betreffen soll, welche K._____ persönlich miterlebt hat. Auf den Einbezug der Aussagen von O._____, P._____, Q._____ und R._____, welche alle nur wesentliche Aussagen für die beschränkten Zeiten machen konnten, in welchen sie die Kinderbetreuung übernommen hatten, sowie auf die nur ganz punktuelle Aussage von S._____, kann bei dieser Sachlage verzichtet werden.

4.8. Zum Beweissatz, dass *zwischen dem 1. November 1999 und dem tt.mm 2001 K._____ dreimal B._____ habe rufen müssen, weil A._____ auf der Wiese zwischen der M._____ -strasse und der Glatt war und in Richtung Glatt gerannt ist.*

Als Beweismittel nannte die beweisbelastete Beklagte die Zeugeneinvernahme von K._____ bei der Bezirksanwaltschaft V für den Kanton Zürich vom 3. März 2004, S. 7 ff. sowie die erneute Einvernahme der Zeugin K._____ (act. 30, S. 3). Wie vorstehend ausgeführt wurde auf Letzteres verzichtet. Die Klägerin liess als Gegenbeweismittel die Zeugeneinvernahme von B._____ nennen (act. 29, S. 11).

Die Zeugin K._____ führte bei der Bezirksanwaltschaft V für den Kanton Zürich vom 3. März 2004 dazu folgendes aus: „Haben Sie A._____ vor dem Unfall jemals auf der Strasse oder dem J._____ sich aufhalten sehen, ohne dass ein älteres Kind oder eine erwachsene Person anwesend war? *Ja*. Kam dies nur einmal oder mehrmals vor? *Mehrmals*. Können Sie sagen, ob das der Normalzustand war oder ob es sich um Ausnahmefälle handelte? *Es war immer dann, wenn A._____ ‚ab‘ ist. Sie ist ab und zu abgehauen. Wir waren seit 1999 Nachbarn. In dieser Zeit bis zum Unfall habe ich 3 Mal Frau B._____ gerufen, weil A._____ auf der Wiese zwischen der M._____ -strasse und der Glatt war und Richtung Glatt rannte.* (act. 16/7, S. 7).

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

Auch hier widersprechen sich die beiden Zeugenaussagen nicht diametral. Während in den Parteibehauptungen die Aussage der Zeugin K._____ integral bestritten wurden, räumte die als Zeugin einvernommene gesetzliche Vertreterin der Klägerin nunmehr ein, dass A._____ zuweilen „ausgebüchst“ sei und sie dann von ihr habe gesucht werden müssen. Sie habe dies aber jeweils schnell, spätestens innert fünf Minuten gemerkt. Es könne schon sein, dass Frau K._____ ihr wegen A._____ gerufen habe, sie sei dann aber jeweils schon am Suchen gewesen. Mit diesen Einschränkungen kann die zum Beweis verstellte Behauptung als

bewiesen angesehen werden. Dass die Mutter der Klägerin im Zeitpunkt, als die Zeugin K._____ dieser wegen A._____ rief, nicht auch bereits auf der Suche nach dem Kind war, wurde nämlich nicht behauptet, weshalb auch nicht davon auszugehen ist.

4.9. Zum Beweissatz, dass K._____ A._____ *zudem zweimal am Fluss gesehen habe.*

Als Beweismittel nannte die beweisbelastete Beklagte die Zeugeneinvernahme von K._____ bei der Bezirksanwaltschaft V für den Kanton Zürich vom 3. März 2004, S. 11 ff. sowie die erneute Einvernahme der Zeugin K._____ (act. 30, S. 4). Wie vorstehend ausgeführt wurde auf Letzteres verzichtet. Die Klägerin liess keine Gegenbeweismittel nennen.

Die Zeugin K._____ führte bei der Bezirksanwaltschaft V für den Kanton Zürich vom 3. März 2004 dazu folgendes aus: „Als Ihr Mann und Sie zueinander sagten, es passiere wohl einmal etwas, auf was für Kinder bezog sich dies? *Auf A._____ und N._____.* Was dachten Sie denn, was diesen zustossen könnte? *Es war schon wegen des Flusses. Ich hatte A._____ schon mehr als einmal auf der Wiese drüben gesehen. Irgendwie hat der Fluss sie einfach angezogen.*“ (act. 16/, S. 12).

Der Rechtsvertreter der Beklagten schloss aus diesen Aussagen in der Klageantwort, dass K._____ die Klägerin zweimal am Fluss gesehen habe (act. 10, S. 13). Dies lässt sich mit der zitierten Zeugenaussage aber nicht beweisen. Diese scheint sich vielmehr auf die bereits vorher geschilderten Vorkommnisse, gemäss welchen sich A._____ auf der Wiese befand und in Richtung Fluss lief, zu beziehen. Dass sich A._____ tatsächlich zweimal bereits am Fluss befunden haben soll, wird nirgends erwähnt. Damit ist dieser Beweis als nicht erbracht zu betrachten.

4.10. Zum Beweissatz, dass A._____ und F._____ am tt.mm 2001 ca. um 10.00 Uhr alleine beim J._____, zwischen dem Backsteingebäude und dem Holzschopf, gespielt haben.

Als Beweismittel nannte die beweisbelastete Beklagte die Zeugeneinvernahme von S._____ bei der Bezirksanwaltschaft V für den Kanton Zürich vom 18. März 2004, S. 2 f. sowie dessen erneute Einvernahme als Zeugen (act. 30, S. 4 und 5). Wie vorstehend ausgeführt wurde auf Letzteres verzichtet. Die Klägerin liess keine Gegenbeweismittel nennen.

Der Zeuge S._____ führte bei der Bezirksanwaltschaft V für den Kanton Zürich vom 18. März 2004 dazu folgendes aus: „Es geht hier um den Sturz des Kindes A._____ in die Glatt vom tt.mm.2001. Waren Sie am Unfalltag in E._____, M._____ -strasse, anwesend? *Ja, damals war ich bei diesem Magazin. An diesem Tag waren der Kleine von Frau D._____ und das kleine Mädchen, das dann in die Glatt gestürzt ist, bei uns am spielen. (...) Man sieht auf Bild Nr. 60 wo sie am spielen waren, nämlich links neben dem Holzschopf etwas zwischen dem Backsteingebäude und dem Holzschopf. Was nachher passiert ist, weiss ich auch nicht. (Auf Frage:) Es war nach dem ‚Znüni‘, vielleicht etwa um 10.00 Uhr, als ich die Kinder dort spielen sah. (...) Haben Sie dann diese beiden Kinder noch zusammen mit einem weiteren Buben gesehen? Nein, nur den Kleinen von D._____s und das Mädchen. (Auf Frage:) Wie der Unfall genau passierte habe ich nicht mitbekommen. Ich weiss auch nicht, wo diese Kinder hingegangen waren, ich habe sie dann einfach nicht mehr gesehen.“ (act. 11/3, S. 2-3).*

Den zitierten Aussagen des Zeugen S._____ lässt sich entnehmen, dass ca. um zehn Uhr A._____ und F._____ beim J._____ gespielt haben. Der Zeuge hat keinerlei Beziehungen zu den Parteien und keine persönlichen Interessen in diesem Verfahren, weshalb von einer hohen Glaubwürdigkeit auszugehen ist. Die Aussage selber ist klar und präzise, weshalb der Beweissatz als bewiesen zu betrachten ist.

4.11. Vorliegend betrifft die Gefälligkeit das Beaufsichtigen eines 3 $\frac{3}{4}$ Jahre alten Kindes in dessen natürlicher Umgebung, welche als bekannte Gefahrenquelle in kurzer Distanz eine Quartierstrasse (Sackgasse) und etwas weiter entfernt einen Fluss aufweist. Bezüglich der sich daraus ergebenden Sorgfaltspflichten kann gesagt werden, dass ein Kind in diesem Alter eigentlich durchgehend der Überwachung bedürfte, wollte man jegliche Schädigung vermeiden. Ein Kind im Alter von 3 $\frac{3}{4}$ Jahren kann Gefahren noch nicht richtig erkennen, vergisst sich beim Spielen etc. Die faktische Realität ist jedoch eine andere. Kinder werden bereits in diesem Alter nicht mehr ständig überwacht, gerade wenn sie sich in der ihnen vertrauten Umgebung aufhalten. Nur dies ermöglicht es einerseits der betreuenden Person auch weitere Aufgaben im Haushalt zu erfüllen und andererseits dem Kind eigene Erfahrungen zu sammeln. Bekannte Gefahrenquellen sind dabei sicherlich so weit zu eliminieren, wie dies möglich ist. Oftmals lassen sie sich aber nicht gänzlich beseitigen, was namentlich für in der Nähe gelegene Strassen oder Flüsse gilt. Lässt man Kinder in diesem Alter - auch nur für eine ganz kurze Zeit - ohne Aufsicht in der Nähe von solchen Gefahrenquellen spielen, bleibt letztlich immer das Risiko, dass die Kinder erheblich verletzt oder gar getötet werden. Das Spielen lassen von Kindern in diesem Alter in der Nähe von nicht eliminierbaren Gefahrenquellen wie einer Strasse oder einem Fluss scheint jedoch nur dann im Rahmen des Erlaubten, wenn es sich um die gewohnte und den Kindern bekannte Umgebung handelt. Dies trifft vorliegend zu.

4.11.1. In casu wird der Beklagten auch von Klägerseite nicht vorgeworfen, die Kinder nicht ständig überwacht zu haben. Wie das Beweisverfahren ergeben hat, entsprach es offenbar den Gepflogenheiten an der M._____-strasse, die Kinder auch in diesem Alter teilweise unbeaufsichtigt draussen spielen zu lassen. Dies ist in Nachachtung der vorstehenden Ausführungen nicht zu tadeln, auch wenn sich so Gefahren für die Kinder ergeben. Der Beklagten wird hingegen vorgeworfen, die Klägerin zu grobmaschig überwacht zu haben, insbesondere dann, als sie diese beim Verlassen der Waschküche weder habe sehen noch hören können und es dennoch unterlassen habe, sie sofort suchen zu gehen. Stattdessen sei sie ins Haus zurückgegangen und habe dort ein Telefonat entgegengenommen.

Dazu ist festzuhalten, dass – wie bereits ausgeführt – unabhängig von der Dauer der Nichtbeaufsichtigung ein Ereignis wie das Vorgefallene eintreten kann. Die Kinder können auch in einer Minute zum Fluss gelangen und unter Umständen in den Fluss fallen und ertrinken oder aber auf der Strasse in ein Fahrzeug rennen und sich dabei erheblich verletzen oder gar sterben. Die ständige Beaufsichtigung und damit ein absoluter Schutz dürfte von der Beklagten aber nicht verlangt werden. Dies macht auch die Rechtsvertreterin der Klägerin nicht geltend. Sie wirft der Beklagten aber konkret vor, beim Verlassen des Waschhäuschens die Kinder weder gesehen noch gehört zu haben und es dann unterlassen zu haben, diese suchen zu gehen. Dazu ist zu bemerken, dass das Beweisverfahren ergeben hat, dass die Beklagte die Kinder beim Verlassen des Waschhäuschens zwar nicht mehr gesehen, diese aber noch gehört hat. Ein Suchen gehen der Kinder war zu diesem Zeitpunkt deshalb nicht gefordert. Selbst wenn die Beklagte die Kinder nicht mehr gehört hätte, ist fraglich, ob man von ihr nach einem allgemeinen Sorgfaltsmassstab hätte verlangen können, diese umgehend suchen zu gehen. Die von der Rechtsvertreterin der Klägerin angeführte Regel, dass „jede Mutter“ wisse, dass etwas nicht in Ordnung sei, wenn man von einem Kind nichts mehr höre, ist allein nicht zielführend. Auszugehen ist von der Tatsache, dass ein Kleinkind von unter zwei Jahren ausserhalb des Hauses noch der ständigen Überwachung bedarf. Für ein Kind in diesem Alter bestehen in einem nicht gesicherten Bereich überall Gefahren. Wenn die (oder der) Beaufsichtigende ein Kind in diesem Alter einmal allein lassen muss, um eine persönliche Besorgung oder etwas im Haushalt zu erledigen, so ist das Kind immer in einen geschützten Bereich zu verbringen. Ein 6-jähriges Kind hingegen wird in aller Regel schon allein von zu Hause in den Kindergarten gehen können, auch wenn dieser Weg 15 bis 20 Minuten dauert. Einem Kind in diesem Alter ist in einem ihm bekannten Bereich (Umgebung des Wohnortes, Weg zum Kindergarten) deshalb durchaus ein Freiraum von 15 bis 20 Minuten zu gewähren, in welchem es nicht beaufsichtigt ist, auch wenn dadurch nicht sämtliche Gefahren verhindert werden können. Die entscheidende Frage ist im vorliegenden Fall demnach, welcher Zeitraum des unbeaufsichtigten Spielens bei einem 3 $\frac{3}{4}$ Jahre alten Kind nach einem auf die konkreten Umstände angepassten, allgemeinen Sorgfaltsmassstab noch als zulässig zu betrachten ist.

Unbestritten ist, dass die (oder der) Beaufsichtigende von kleinen, in einem nicht gesicherten Bereich mit Gefahrenquellen spielenden Kindern, deren Standort in regelmässigen Abständen kontrollieren muss, damit sie immer weiss, wo sich die Kinder aufhalten und gegebenenfalls auf das Verhalten der Kinder einwirken kann. Als allgemeiner Sorgfaltsmassstab unter den konkreten Umständen ist dabei nach Ansicht des Gerichts zu postulieren, dass für den Fall, dass man ein 3 $\frac{3}{4}$ Jahre altes Kind weder sehen noch hören kann, nach maximal fünf Minuten zu reagieren ist. In casu steht fest, dass die Beklagte die Kinder beim Verlassen des Waschküschens noch hören konnte. In der Folge hat sich die Beklagte aber während 15 Minuten dem Haushalt gewidmet, ohne von den Kindern irgend etwas zu sehen oder zu hören und ohne zu wissen, wo sich die Kinder genau aufhalten. Nicht einmal als ihr Sohn mit nassen Hosen ohne A._____ nach Hause gekommen ist, hat die Beklagte reagiert und sich nach A._____ umgesehen, sondern sich vorab um ihren verstörten Sohn gekümmert und danach noch ein Telefongespräch angenommen und sich mit der Gesprächspartnerin über den Kauf von Hundewelpen unterhalten. Dieses Telefonat beendete sie erst auf Intervention der alarmierten Nachbarin G"._____. Dieses Verhalten der Beklagten ist – auch im Rahmen einer Gefälligkeit – gegenüber einem 3 $\frac{3}{4}$ Jahre alten Kind unter den konkreten Umständen als sorgfaltswidrig zu werten.

4.12. Weiter zu prüfen ist nun aber, ob die Sorgfaltspflichtverletzung auch natürlich und adäquat kausal für den Schadenseintritt ist. Natürliche Kausalität ist dabei gegeben, wenn das in Frage stehende Verhalten unabdingbare Voraussetzung für den eingetretenen Schaden ist. Adäquat ist der Kausalzusammenhang, wenn das in Frage stehende Verhalten zudem nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet erscheint, das eingetretene Ergebnis zu bewirken. Der Eintritt dieses Ergebnisses muss durch die adäquate Ursache zumindest wesentlich begünstigt werden. Überwiegende Wahrscheinlichkeit genügt (ANTON K. SCHNYDER in BSK OR-I, 4. Auflage, Basel 2007, N 15 ff. zu Art. 41 OR mit weiteren Hinweisen.). Bei einer Schädigung durch Unterlassung ist der materielle Beweis des Kausalzusammenhangs direkt nicht möglich. Es gibt ja keine Handlung, welche direkt einen Schaden verursachte. Der Richter muss bei einer Unterlassung viel mehr einen hypothetischen Kausalverlauf annehmen, also

die Folgen der effektiv nicht vorgenommenen Handlung beurteilen. Was wäre geschehen, wenn die unterlassene Handlung tatsächlich erfolgt wäre. Dabei muss die richterliche Überzeugung auf die Lebenserfahrung abstellen und er muss die Annahme treffen, für die nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge eine überwiegende Wahrscheinlichkeit spricht (ROLAND BREHM, BK-OR, Die Entstehung durch unerlaubte Handlung, Art. 41-61 OR, Bern 2006, N 119 zu Art. 41, mit Hinweisen auf BGE 115 II 440/447f., 121 III 358/363 und 124 III 155/165). In casu ist sowohl der natürliche wie auch der adäquate Kausalzusammenhang zu bejahen. Der Umstand, dass die Beklagte während einer längeren Zeit nicht wusste, wo sich die Kinder aufhielten und so nicht in der Lage war, eine bestehende Gefahr für die Kinder zu eliminieren oder auf diese hinzuweisen oder aber nach dem Sturz von A._____ in den Fluss diese sofort oder sehr rasch zu retten, ist eine Unterlassung, die eine unabdingbare Voraussetzung für den eingetretenen Schaden darstellt. Hätte die Beklagte ihre Aufsichtspflicht aber aktiv wahrgenommen, wäre sie die Kinder nach ihrem Aufenthalt in der Waschküche und allenfalls kurz im Haus nach spätestens fünf Minuten, während denen sie die Kinder weder sehen noch hören konnte, suchen gegangen, so spricht angesichts der örtlichen Gegebenheiten eine überwiegende Wahrscheinlichkeit dafür, dass sie die am Fluss spielenden Kinder gesehen und/oder gehört hätte und entsprechend rechtzeitig hätte eingreifen können. Hinter den Häusern hat es ein steiles, bewaldetes Bord. Die Kinder sind zudem noch vorne, Richtung Schopf und M._____ -strasse davon gezogen, weshalb klar scheint, dass die Beklagte in dieser Richtung nach dem Aufenthaltsort der Kinder schauen gegangen wäre. Von dort aus wäre es möglich gewesen, dass sie die am Flussbord spielenden Kinder bereits gesehen oder gehört hätte und entsprechend hätte eingreifen können. Selbst wenn sie sie aber weder gesehen noch gehört hätte, erscheint klar, dass man nach Kindern, die man sucht, aber nicht sieht, mit lauter Stimme ruft. Hätte die Beklagte auf der M._____ -strasse stehend nach den drei Kindern in Richtung der wahrscheinlichen Spielorte J._____ und Wiese/Fluss gerufen, so hätten die am Flussbord spielenden Kinder dies gehört und hätten auf sich aufmerksam gemacht. Zudem führte G._____ aus, dass A._____ um Hilfe geschrien habe, als sie in den Fluss gefallen war (act. 16/17, S. 6). Auch in diesem Zeitpunkt hätte das Unglück noch verhin-

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

4.13. In Anwendung der vertraglichen Haftungsregeln von Art. 97 ff. OR wird das Verschulden vermutet, und es obliegt dem Schuldner nachzuweisen, dass ihn kein solches trifft. Die Rechtfertigung dieser Konzeption wird darin gesehen, dass zwischen Gläubiger und Schuldner durch den Vertrag eine Sonderverbindung begründet wurde, wobei der Gläubiger darauf vertraut, dass der Schuldner in der Lage ist, die in Aussicht gestellte Leistung tatsächlich zu erbringen. Gelingt dies

dem Schuldner nicht, so ist es an ihm, die Gründe dafür zu nennen. Dies ist ihm auch deshalb zuzumuten, weil die Ursachen für die Leistungsstörung regelmässig in seinem Herrschaftsbereich liegen (WOLFGANG WIEGAND, BSK-OR I, 4. Auflage, Basel 2007, N 42 zu Art. 97). Diese Konzeption passt augenscheinlich besser zur Gefälligkeit als die Verschuldensregeln des Deliktsrechts, welche auf einem zufälligen Fehlkontakt zweier Individuen beruhen, weshalb Erstere vorliegend zur Anwendung gelangen.

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

dass in Analogie zu Art. 99 Abs. 2 OR, gemäss welchem das Mass der Haftung milder zu beurteilen ist, wenn das Geschäft für den Schuldner keinen Vorteil bezweckt, und Art. 248 Abs. 1 OR, gemäss welchem der Schenker nur bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit haftet, die Uneigennützigkeit des Leistenden das Mass seiner Haftung beeinflussen solle. Dieses Element sei ein wesentliches Charakteristikum der Gefälligkeit und deshalb bei der Haftung des Gefälligen entsprechend zu berücksichtigen. Dem Gefälligkeitsempfänger sei als Begünstigtem zuzumuten, das Schadensrisiko für leichte Fahrlässigkeit bei einer Gefälligkeitshandlung zu übernehmen. Diese Haftungsprivilegierung erstrecke sich bei einer Schädigung im Rahmen einer Gefälligkeit auch auf eine allfällige Deliktshaftung (BETTINA HÜRLIMANN-KAUP, a.a.O., S. 209, Nr. 436 ff.).

Diesen Lehrmeinungen ist nach Ansicht des Gerichts in dem Sinne zuzustimmen, dass der Gefällige nicht für Schäden, welche zufolge leicht fahrlässigem Verhalten entstanden sind, haftet. Eine weitere Haftungsprivilegierung ist jedoch abzulehnen. Mithin ist die Haftung des Gefälligen sowohl bei mittelschwerer wie bei grober Fahrlässigkeit zu bejahen. Der Schaden von A._____ wurde kausal durch eine Unterlassung der Beklagten verursacht, welche als mittelschwere Fahrlässigkeit zu werten ist. Auch die letzte Haftungsvoraussetzung ist damit in casu gegeben.

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

5. Genugtuung

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

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

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

5.3. Die Genugtuung ist ab dem Unfalltag geschuldet, weshalb auch der Schadenszins von diesem Zeitpunkt an, also ab dem tt.mm 2001, festzusetzen ist.

6. Zusammenfassung und Ergebnis

Im Ergebnis ist die Beklagte demnach zu verpflichten, der Klägerin eine Genugtuung von Fr. 200'000.-- zuzüglich Zins zu 5% seit dem tt.mm 2001 zu bezahlen. Zudem ist der Klarheit halber davon Vormerk zu nehmen, dass es sich vorliegend um eine Teilklage handelt und eine Nachklage vorbehalten bleibt (FRANK/STRÄULI/MESSMER, Kommentar zur Zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, N 17 zu § 54).

7. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Die Beklagte wird im vorliegenden Verfahren zur Leistung einer Genugtuung verpflichtet, allerdings recht deutlich unter der eingeklagten Summe. Bei diesem Ausgang des Verfahrens rechtfertigt es sich, die Gerichtskosten der Klägerin zu einem Drittel und der Beklagten zu zwei Dritteln aufzuerlegen. Zudem ist die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin eine reduzierte Prozessentschädigung zu bezahlen (§ 64 Abs. 2 und § 68 Abs. 1 ZPO).

8. Rechtsmittel

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

Das Gericht erkennt:

1. In teilweiser Gutheissung der Klage wird die Beklagte verpflichtet, der Klägerin eine Genugtuung von Fr. 200'000.– zuzüglich Zins zu 5% seit dem tt.mm 2001 zu bezahlen. Es wird vorgemerkt, dass es sich vorliegend um eine Teilklage handelt und eine Nachklage vorbehalten bleibt.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 21'000.00; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 17.75 Auslagen Augenschein
Fr. 21'017.75
Weitere Kosten bleiben vorbehalten.
3. Die Kosten werden der Klägerin zu einem Drittel, der Beklagten zu zwei Dritteln auferlegt.
4. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 10'000.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien je mit Gerichtsurkunde.
6. Eine **Berufung** gegen dieses Urteil ist **innert 10 Tagen** von der Zustellung an schriftlich beim Bezirksgericht Dielsdorf, Spitalstrasse 7, 8157 Dielsdorf, zu erklären.

BEZIRKSGERICHT DIELSDORF

II. Abteilung

Der Vorsitzende:

Die juristische Sekretärin:

Vizepräsident lic.iur. A. Bleuler

MLaw N. Michel

versandt am: