

Arnold F. Rusch / Michael Hochstrasser

## Verträge mit Kinderkrippen

---

Eltern geben sich grosse Mühe, für ihre Kinder die beste Kinderkrippe zu suchen. Beim Vertragsschluss hört die Sorgfalt auf, denn sie unterschreiben in den meisten Fällen ein unreflektiertes Dokument mit allgemeinen Geschäftsbedingungen. Lehre und Rechtsprechung haben sich nur rudimentär mit Krippenverträgen auseinandergesetzt. Entsprechend gross ist die Unsicherheit, wenn es zu Auseinandersetzungen kommt. Der nachfolgende Aufsatz beleuchtet Verträge mit Kinderkrippen und sucht Lösungen zu den wichtigsten Alltagsproblemen.

---

Rechtsgebiet(e): Innominatkontrakte; OR allgemeiner Teil; Familienrecht

Zitiervorschlag: Arnold F. Rusch / Michael Hochstrasser, Verträge mit Kinderkrippen, in: Jusletter 22. Oktober 2007

## Inhaltsübersicht

1. Terminologie und Parteien
  - a. Terminologie
  - b. Parteien des Krippenvertrags
2. Vertragsinhalt
3. Qualifikation der Leistungen
4. Zustandekommen des Vertrags
  - a. Form und allgemeine Geschäftsbedingungen
  - b. Änderungen des Krippenvertrags
  - c. Kein Anspruch auf Abschluss eines Krippenvertrages
  - d. Krippenvertrag mit Krippe ohne Bewilligung
  - e. Aufklärungspflichten
5. Öffentlichrechtliche Normen
6. Trägerschaft der Krippe
  - a. Rahmenbedingungen
  - b. Praxis: Verein oder Stiftung als Träger
  - c. Vereinsmitgliedschaft der Eltern
7. Kündbarkeit des Krippenvertrags
  - a. Keine zwingende Anwendung von Art. 404 OR
  - b. Kündigung aus wichtigen Gründen
  - c. Abwicklung einer fristlosen Kündigung ohne wichtigen Grund
  - d. Kündigung in der Probezeit
8. Ausgewählte Probleme auf Seiten der Krippe
  - a. Mängel in der Betreuung
  - b. Gefährliche Krippe
  - c. Entzug der Bewilligung
  - d. «Andere» Krippe
  - e. Haftung gegenüber Eltern und Kind
    - (i) Haftung aus Vertrag
    - (ii) Ausservertragliche Haftung
    - (iii) Haftung nach öffentlichem Recht?
    - (iv) Haftungsbeschränkung
  - f. Haftung gegenüber Dritten
  - g. Aufsichtsrechtliches Vorgehen
9. Ausgewählte Probleme auf Seiten der Eltern
  - a. Krankes Kind
  - b. Kind nicht rechtzeitig abgeholt
  - c. Zahlungsrückstand
  - d. Kind lässt sich nicht in die Krippe eingliedern
  - e. Haftung für vom Kind verursachte Schäden
  - f. Rückerstattungsansprüche bei Krankheit oder Ferien?
10. Diverse Fragen
  - a. Warteliste
  - b. Wer darf das Kind abholen?
  - c. Medizinische Betreuung des Kindes
  - d. Versicherungspflicht
  - e. Schweigepflicht und Datenschutz
  - f. Soll der Krippenvertrag gesetzlich geregelt werden?
11. Schlusswort

Literaturverzeichnis

## 1. Terminologie und Parteien

### a. Terminologie

**1** Der Kinderkrippenvertrag (auch Betreuung- oder Obhutvertrag genannt)<sup>1</sup> regelt die Betreuung eines Kindes in

einer Kinderkrippe. Es handelt sich um einen Anwendungsfall der Pflegeelternschaft (vgl. Art. 300 Abs. 1 ZGB), da die Krippe die faktische Obhut über das Kind tagsüber ausübt.<sup>2</sup> Die Kinderkrippe ist genauer definiert ein Teilpflegeverhältnis im Rahmen der Heimpflege.<sup>3</sup> Der Krippenvertrag ist deshalb ein familienrechtlicher Vertrag. Die Leistungen im Rahmen eines Krippenvertrags sind vom Gesetz nicht erfasst: Es geht folglich um einen Innominatkontrakt.

Je nach Alter des Kindes und Art der Betreuung wird zwischen *Kinderkrippe*, *Kinderhort* und *Tagespflege* unterschieden.<sup>4</sup> Kinderhort und Kinderkrippe gehören zur Heimpflege.<sup>5</sup> Als Kinderkrippe gilt im Kanton Zürich eine Einrichtung zur Betreuung von mindestens fünf Kindern im Vorschul- und Kindergartenalter während des Tages. Die Bezeichnung *Kinderhort* wird für diejenigen Einrichtungen verwendet, die für Kinder im Schulalter bis zwölf Jahren angeboten werden.<sup>6</sup> Die *Tagesmutter* oder *Tagespflege* unterscheidet sich von der Kinderkrippe und vom Kinderhort dadurch, dass sie die Kinder *im eigenen Haushalt der Tagesmutter* und nicht in einer dafür eigens geschaffenen Einrichtung betreut.<sup>7</sup> Dieser Aufsatz beschränkt sich der Lesbarkeit und des Umfangs wegen auf eine Betrachtung der Kinderkrippen, auch wenn die privatrechtliche Betrachtung der Kinderhorte und Tagesmütter zumeist identisch sein wird.<sup>8</sup>

Der Entwurf zur Revision des *Erwachsenenschutzrechts* sieht vor, dass für die in einer Wohn- oder Pflegeeinrichtung lebenden urteilsunfähigen Erwachsenen ein

Zug 2005 (Teil 3), S. 178 f. Dieses Urteil bezeichnet die Verträge als *Betreuungsverträge*. Das Urteil des Kantonsgerichtspräsidiums wurde mit staatsrechtlicher Beschwerde ans Bundesgericht weitergezogen; siehe Urteil 4P.242/2005 vom 2. Februar 2006. Den Begriff *Obhutvertrag* benutzen KELLER, S. 167 ff. und KEHL, S. 44.

<sup>2</sup> Vgl. BSK-SCHWENZER, ZGB 300 N 2; STETTLER, SPR III/2, S. 233 f. und 533; vgl. HESS-HÄBERLI, ZVW 1978 S. 83 und 91.

<sup>3</sup> Vgl. dazu BSK-BREITSCHMID, ZGB 294 N 3 und ZGB 316 N 8; STETTLER, SPR III/2, S. 541 f.; BÄTTIG, S. 93.

<sup>4</sup> Vgl. zu den Betreuungsformen für Kinder den Schweizer Beitrag für die Datenbank «Eurybase – the Information Database on Education in Europe», S. 35 ff. Dieser Bericht enthält auch statistische Daten und Übersichten über Kinderkrippen, Tagesmütter etc.

<sup>5</sup> Art. 13 Abs. 1 lit. b PAVO; vgl. HESS-HÄBERLI, ZVW 1978, S. 91.

<sup>6</sup> Vgl. dazu die Terminologie der Richtlinien der Bildungsdirektion des Kantons Zürich, Ziff. 1.1. und 1.2., sowie § 1 der Verordnung vom 6. Mai 1998 über die Bewilligung von Kinder- und Jugendheimen, Kinderkrippen und Kinderhorten (ZH LS 852.23).

<sup>7</sup> Vgl. dazu Art. 12 der Verordnung über die Aufnahme von Kindern zur Pflege und zur Adoption (PAVO; SR 211.222.338) und BSK-BREITSCHMID, ZGB 316 N 7. Die allgemein angebotene, entgeltliche und regelmässige *Tagespflege* untersteht lediglich einer Meldepflicht, aber keiner Bewilligungspflicht (Art. 12 Abs. 1 PAVO).

<sup>8</sup> Ein Unterschied besteht immerhin insofern, als dass die Kinder mit zunehmendem Alter selbständiger sind und ihnen grössere Freiheit gelassen werden kann. Vgl. etwa zur anzuwendenden Sorgfalt bei der Beaufsichtigung der Kinder unten, Rz 92.

<sup>1</sup> Siehe das zu Kinderkrippen wahrscheinlich einzige publizierte Urteil des Kantonsgerichtspräsidiums Zug vom 14. Juli 2005, auszugsweise abgedruckt in der Gerichts- und Verwaltungspraxis des Kantons

*Betreuungsvertrag* abgeschlossen wird, der über die Leistungen der Einrichtung Transparenz schafft (Art. 382 E ZGB).<sup>9</sup> Um Verwechslungen mit diesem Vertrag vorzubeugen, wird fortan in dieser Abhandlung nur noch die Bezeichnung *Krippenvertrag* verwendet.

## b. Parteien des Krippenvertrags

4 Vertragspartner sind die Kinderkrippe und die Eltern bzw. der Inhaber der elterlichen Gewalt. Träger der Krippe ist praktisch regelmässig ein Verein oder eine Stiftung.<sup>10</sup> Die Eltern bzw. die Inhaber der elterlichen Gewalt schliessen den Vertrag mit dem Verein (oder jedem anderen Träger der Krippe). Im Folgenden wird einfach von der «Krippe» und den «Eltern» gesprochen.

5 Das Kind ist nicht Vertragspartei. Obwohl der Krippenvertrag umgangssprachlich «für das Kind» abgeschlossen wird, unterschreiben die Eltern nicht in der Funktion der gesetzlichen Vertreter im Namen des Kindes. Die Eltern haben die gesetzliche Pflicht, ihrem Kind die nötige Erziehung und Ausbildung angedeihen zu lassen (Art. 301 und 302 ZGB). Die Eltern handeln beim Vertragsabschluss mit der Krippe folglich in eigener Sache, im eigenen Namen und auf eigene Rechnung.<sup>11</sup>

6 Die Leistungen der Krippe werden gegenüber den Eltern *und* dem Kind erbracht. Der Betreuungsvertrag ist somit auch ein Vertrag zugunsten Dritter im Sinne des Art. 112 Abs. 1 OR.<sup>12</sup> Die Vertragsleistungen können jedoch nur durch die Eltern eingefordert werden. Die unmündigen Kinder können noch nichts einfordern, es sei denn, sie werden durch die Eltern vertreten. Erhält das Kind Ansprüche, welche die Eltern vertretungsweise einklagen können, ist es ein echter Vertrag zugunsten Dritter. Die Parteien des Vertrags gehen wahrscheinlich aber in den meisten Fällen davon aus, dass nur die Eltern die Leistungen einfordern können. Es handelt sich somit um einen *unechten* Vertrag zugunsten Dritter.<sup>13</sup>

<sup>9</sup> Vgl. dazu die Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht) vom 28. Juni 2006 (BBl 2006, S. 7001 ff., Gesetzesentwurf ab S. 7139 ff.). Vgl. zu diesem Betreuungsvertrag HÄFELI, FamPra 2007, S. 1 ff., 7.

<sup>10</sup> Vgl. zur Trägerschaft unten, Rz 35 ff.

<sup>11</sup> Vgl. dazu die ähnliche Situation beim Abschluss eines Schulvertrags, beschrieben bei SCHAFFITZ, S. 10; vgl. ebenso GIRARD, S. 148 f. und VÖLKLE, S. 73 zum ähnlichen Fall der Fremdplatzierung eines Kindes bei Pflegeeltern. Anderer Ansicht KEHL, S. 47 und KELLER, S. 174. Sie gehen davon aus, dass das Kind immer auch Vertragspartei sei.

<sup>12</sup> Vgl. SCHAFFITZ, S. 10, GIRARD, S. 153 und die Beispiele bei KRAUSKOPF, Rz 76 ff., 372 f. und 601 (Mutter ruft Arzt für ihr Kind, Eltern buchen eine Sprachreise für ihr Kind bei einer Austauschorganisation, Rz 78). KRAUSKOPF nimmt im Zweifel einen Vertrag zugunsten Dritter an und verneint die Stellvertretung.

<sup>13</sup> Vgl. ebenso GIRARD, S. 154 und VÖLKLE, S. 73 (zu den Pflegeverträgen);

## 2. Vertragsinhalt

Im Rahmen eines Krippenvertrags verspricht die Kinderkrippe altersgerechte Betreuung und Pflege, Unterkunft und die Benutzung der Infrastruktur der Krippe (Spiel-sachen, Möbel) während einer meist genau geregelten Zeit während des Tages. Je nach Modell und Ausgestaltung gehört auch die Verpflegung (Mittagessen, Pausenverpflegung, Getränke) dazu. Während ein Kinderhüttedienst in einem Supermarkt oder einem Fitnessstudio den Eltern bloss Überwachung und allenfalls Unterhaltung versprechen muss, ist bei der Kinderkrippe auch Obhut,<sup>14</sup> d.h. Pflege, Erziehung, Bildung und Förderung geschuldet.<sup>15</sup> Es wäre unvorstellbar, dass eine Krippe, die Kleinkinder während mehrerer Stunden am Tag betreut, diese nicht auch zu Anstand, Manieren, Sauberkeit und zu einem sozial verträglichen Verhalten erzieht und ihnen gewisse Fertigkeiten im Rahmen altersgerechter Bildung beibringt.<sup>16</sup> Zu denken ist bei Kleinkindern an richtiges Verhalten im Verkehr im Rahmen täglicher Spaziergänge, Anziehen der Kleider, manierliches Essverhalten, verträgliche Wortwahl, Einhaltung von Spielregeln etc.

Die für die gehörige Erfüllung des Krippenvertrags notwendigen Erziehungskompetenzen delegieren die Eltern an die Krippe (Art. 300 ZGB).<sup>17</sup> Die Krippe nimmt die Ausübung der elterlichen Sorge vertretungsweise vor.<sup>18</sup> Darüber hinausgehende Erziehungsfragen und sonsti-

vgl. aber SCHAFFITZ, S. 10 (zum Schulvertrag), die ein eigenes Forderungsrecht der Kinder bejaht.

<sup>14</sup> Zum Begriff der Obhut siehe KELLER, S. 169: «*Obhut ist das im Verhältnis zur elterlichen Gewalt beschränkte, in der Hauptsache die Pflege und Erziehung umfassende Recht dessen, dem eine unmündige Person (...) kraft Gesetzes, behördlicher Anordnung oder Vertrages anvertraut ist*»; vgl. auch KEHL, S. 22 f. (vertragliche Obhut).

<sup>15</sup> Zur Obhut und Pflege im Schulbereich siehe PLOTKE, S. 37 ff.; siehe HELLMANN, ZVW 1989, S. 140 zu den diversen Aufgaben und zur sozialpädagogischen Bedeutung einer Kinderkrippe. Der Mustervertrag für Tageseltern vom Amt für Jugend und Berufsberatung des Kantons Zürich (abgerufen am 2. Oktober 2007) sieht unter Ziff. 8 ebenfalls Erziehungsleistungen vor: «*Die Tageseltern verpflichten sich, dem Tageskind die nötige Geborgenheit zu geben und seine seelische, geistige und körperliche Entwicklung so gut wie möglich zu fördern. Sie bemühen sich, einen guten Kontakt zwischen Eltern und Kind aufrechtzuerhalten.*»; vgl. zur Erziehungskomponente bei Pflegekinderverträgen VÖLKLE, S. 66, 70, 85 ff. und KELLER, S. 183.

<sup>16</sup> Zur Erziehung und zur sozialen Leistung im Schulbereich siehe PLOTKE, S. 30 ff. und S. 37 ff. Er unterscheidet zwischen Teilen, die von den Eltern und solche, die von der Schule wahrzunehmen sind; vgl. auch Art. 301 f. ZGB. Zu den Möglichkeiten frühkindlicher Bildung und zum in der Gesellschaft vorherrschenden Gedanken, Krippen seien hauptsächlich zur Betreuung da, siehe STAMM, NZZ 18. Juni 2007, B1.

<sup>17</sup> Vgl. dazu die ähnliche Situation beim Pflegevertrag VÖLKLE, S. 77, 79 f. und 89 und KELLER, S. 180.

<sup>18</sup> Vgl. Art. 300 Abs. 1 ZGB; BSK-SCHWENZER, ZGB 300 N 4 ff.

ge Entscheidungen verbleiben den Eltern.<sup>19</sup> Die Eltern schulden die Bezahlung des verabredeten oder des angemessenen *Entgelts*.<sup>20</sup> Dies erfolgt meistens durch monatliche Zahlungen. Es ist das so genannte Pflegegeld im Sinne des Art. 294 Abs. 1 ZGB, für dessen Bemessung es auch Empfehlungen und Richtlinien des Kantons Zürich gibt.<sup>21</sup>

### 3. Qualifikation der Leistungen

9 Der Krippenvertrag ist ein Innominatkontrakt, dessen Leistungen hauptsächlich aus Elementen des Auftrags (Art. 394 ff. OR) und der Miete (Art. 253 ff. OR) bestehen. Es ist zugleich ein familienrechtlicher Vertrag, weil die Kinderkrippe die faktische Obhut ausübt und damit im Sinne des Gesetzes eine Form der Pflegeelternschaft darstellt.<sup>22</sup> Somit kann der Krippenvertrag nicht bloss obligationenrechtlich erfasst werden. Stets ist auch das Kindeswohl als oberste Maxime des Kindesrechts zu berücksichtigen.<sup>23</sup> Eine weitere Grenze ergibt sich aus den Elternrechten.<sup>24</sup>

10 Die gesamte Betreuungskomponente ist auftragsrechtlicher Natur. Obhut, Erziehung und Pflege der Kinder bedeuten als Dienstleistung ein Tätigwerden im Interesse der Eltern (vgl. Art. 394 Abs. 1 OR).<sup>25</sup> Ein Subordinationsverhältnis der Kinderkrippe gegenüber den Eltern liegt nicht vor, ebenso wenig eine Erfolgshaftung für die versprochenen Leistungen.<sup>26</sup> Damit scheiden Arbeits- und Werkvertrag aus. Der Krippenvertrag ist in dieser Hinsicht vergleichbar mit dem Unterrichtsvertrag und insbesondere dem Internatsvertrag.<sup>27</sup>

<sup>19</sup> Siehe dazu KEHL, S. 90 und VÖLKLE, S. 100. Beide Autoren schlagen bei dringlichen Handlungen die Anwendung der Normen über die Geschäftsführung ohne Auftrag vor.

<sup>20</sup> Einige Krippenverträge sehen vor, dass die Eltern zusätzlich Windeln und andere Utensilien für ihr Kind zur Verfügung stellen müssen. Soweit dies nicht geregelt und auch im Pflegegeld nicht enthalten ist, müssen die Eltern der Krippe diese Ausgaben in Anwendung von Art. 402 Abs. 1 OR ersetzen.

<sup>21</sup> Vgl. dazu BSK-BREITSCHMID, ZGB 294 N 1 und 3; vgl. Empfehlungen und Richtlinien des Amtes für Jugend und Berufsberatung des Kantons Zürich (abgerufen am 2. Oktober 2007). Die gesetzliche Grundlage für diese Richtlinien liegt in Art. 3 Abs. 2 lit. b PAVO.

<sup>22</sup> Vgl. Art. 300 ZGB und BSK-SCHWENZER, ZGB 300 N 2.

<sup>23</sup> Vgl. dazu BÄTTIG, S. 21 ff.

<sup>24</sup> Vgl. VÖLKLE, S. 76 und BÄTTIG, S. 24.

<sup>25</sup> So auch das Urteil des Kantonsgerichtspräsidiums Zug vom 14. Juli 2005, auszugsweise abgedruckt in der Gerichts- und Verwaltungspraxis des Kantons Zug 2005 (Teil 3), S. 178 f., Erwägung 2: «*Inhalt dieser Verträge ist die Betreuung von Kindern durch X. Der Betreuungsvertrag weist somit auftragsähnliche Elemente auf.*»; vgl. VÖLKLE, S. 68 ff. (zum auftragsrechtlichen Element des Pflegevertrags) und KEHL, S. 44.

<sup>26</sup> Siehe dazu BGE 132 V 181 ff., 183 zur Tätigkeit einer Tagesmutter.

<sup>27</sup> Vgl. dazu das Urteil des Kantonsgerichtspräsidiums Zug vom 14. Juli 2005, auszugsweise abgedruckt in der Gerichts- und

Die Auftragskomponente passt auch zum ausgesprochenen *Vertrauensverhältnis*. Dieses gibt meist den Ausschlag für die Wahl einer Krippe. Die Krippe kann deshalb die Leistungen des Krippenvertrags nur persönlich erbringen und darf diese nicht übertragen (vgl. Art. 398 Abs. 3 OR).<sup>28</sup> Die Eltern dürfen der Kinderkrippe im Rahmen des Auftrags auch Weisungen erteilen, wie sie mit ihrem Kind umzugehen haben (vgl. Art. 397 Abs. 1 OR).<sup>29</sup>

Die Gewährung der Unterkunft, das Zugangs- und Benutzungsrecht an den Räumlichkeiten der Kinderkrippe ist *mietähnlichen* Charakters. Das Kind erhält kein ausschliessliches Benutzungsrecht an den Räumlichkeiten der Krippe, sondern muss die Räume und Einrichtungen mit den anderen Kindern und dem Personal während genau definierten Öffnungszeiten teilen.<sup>30</sup> Das Kind erhält deshalb im Unterschied zur gewöhnlichen Miete nach Art. 253 ff. OR nur Mitbesitz.<sup>31</sup> Somit ist dieses Verhältnis vielmehr *mietähnlicher Natur* – ein Vertrag mit mietrechtlichem Einschlag.<sup>32</sup>

Die Verpflegung in der Krippe ist ein Bewirtungsvertrag,<sup>33</sup> dessen Elemente dem Werkvertrag und dem Kauf zuzuordnen sind. Die Zubereitung und Abgabe von Speisen und Getränken im Rahmen eines Bewirtungsvertrags ist vom Werk- oder Werklieferungsvertrag (Art. 363 ff. OR) erfasst. Die Abgabe vorgefertigter Speisen und Getränke ist durch die Normen des Kaufvertrags geregelt (Art. 184 ff. OR).<sup>33</sup>

Die beiden Hauptkomponenten miet- und auftragsrechtlicher Natur machen den Krippenvertrag zu einem Innominatkontrakt gemischter Art (*mixti iuris*) oder, falls eine genügende Nähe zum Auftrag und zur Miete verneint wird, zu einem Innominatkontrakt eigener Art (*sui generis*). Wie nachfolgend zu zeigen ist, führt die Anwendung

Verwaltungspraxis des Kantons Zug 2005 (Teil 3), S. 178 f., Erwägung 2; zum Internatsvertrag siehe SCHAFFITZ, S. 7; LEUENBERGER, ZSR 1987 II, S. 56; Entscheid des St. Galler Kantonsgerichts vom 26. Februar 1982, abgedruckt in SJZ 1983 S. 247 ff. und SG GVP 1982, Nr. 34, S. 73 ff. und vom Bundesgericht beurteilt als unveröffentlichter Bundesgerichtsentscheid der I. Zivilkammer Nr. C 171/82/kl vom 4. Oktober 1982; Entscheid des St. Galler Kantonsgerichts vom 21. September 1989, SG GVP 1989, Nr. 35 S. 74 ff.

<sup>28</sup> Vgl. dazu VÖLKLE, S. 69 und 71 und KELLER, S. 183.

<sup>29</sup> Vgl. zu den Weisungen oder Instruktionen VÖLKLE, S. 98 ff., KEHL, S. 91 und BÄTTIG, S. 27.

<sup>30</sup> Vgl. BSK-WEBER, Vorbem. zu OR 253-274g N 2 zu gemeinsamen Mietverträgen oder Mietverträgen mit Rechtsgemeinschaften; vgl. VELHORST, S. 41, die in der vergleichbaren Situation bei Verträgen mit Fitnessstudios in der fehlenden Ausschliesslichkeit der Zuweisung keine Abweichung vom gesetzlich geregelten Mietvertrag sieht.

<sup>31</sup> Dazu ZK-HIGI, OR 253 N 28.

<sup>32</sup> Siehe zu diesen Verträgen ZK-HIGI, Vorbem. zu OR 253-274g N 196 ff.

<sup>33</sup> Vgl. zum Bewirtungsvertrag HUGUENIN/RUSCH, Rz 6.

der Regeln der Miete und des Auftrags nicht immer zu passenden Lösungen. Zwingend zu beachten ist aber das Kindeswohl und das «Quasi-Eltern-Kindverhältnis»,<sup>34</sup> was Abweichungen von den geregelten Vertragstypen notwendig macht. Diese Überlegungen führen dazu, den Krippenvertrag als *Innominatkontrakt sui generis* zu betrachten.<sup>35</sup>

#### 4. Zustandekommen des Vertrags

##### a. Form und allgemeine Geschäftsbedingungen

15 Der Krippenvertrag kommt formlos zustande. Die Eltern unterschreiben in den meisten Fällen ein Krippenvertragsformular, das eher wie ein Anmeldetalon aussieht und für die genauen Bestimmungen auf ein Reglement oder allgemeine Geschäftsbedingungen verweist. Hiefür gelten die Grundsätze zu den allgemeinen Geschäftsbedingungen, die nachfolgend in geraffter Form aufzuzeigen sind.

16 Allgemeine Geschäftsbedingungen sind vorformulierte Vertragsbestimmungen, die von einer Partei für eine Vielzahl von Vertragsabschlüssen mit verschiedenen Vertragspartnern vorbereitet worden sind.<sup>36</sup> Grundsätzlich gilt die Unterschrift unter einem Vertrag, der auf allgemeine Geschäftsbedingungen verweist, gleich wie die Unterschrift unter die allgemeinen Geschäftsbedingungen selbst.<sup>37</sup> Die allgemeinen Geschäftsbedingungen müssen jedoch übernommen werden, damit sie Geltung erlangen können.<sup>38</sup> Dies bedingt die Möglichkeit ihrer Kenntnisnahme. Sie müssen somit dem Kunden ausgehändigt werden und lesbar sein.<sup>39</sup> Individuelle Abreden gehen den allgemeinen Geschäftsbedingungen stets vor.<sup>40</sup>

17 Werden die AGB übernommen, ohne die Klauseln zu lesen oder zu verstehen – dies ist die so genannte Globalübernahme – greift die *Ungewöhnlichkeitsregel*.

<sup>34</sup> Diesen Begriff verwendet VÖLKLE, S. 68.

<sup>35</sup> Zum selben Ergebnis gelangt das Urteil des Kantonsgerichtspräsidiums Zug vom 14. Juli 2005, auszugsweise abgedruckt in der Gerichts- und Verwaltungspraxis des Kantons Zug 2005 (Teil 3), S. 178 f., Erwägung 2; vgl. ebenso KELLER, S. 174 (zum Obhutsvertrag), VÖLKLE, S. 68 und GIRARD, S. 152 f. (beide zum Pflegevertrag; *Innominatkontrakt sui generis*, weil die einzelnen Elemente nicht gesetzlich geordneten Verträgen entstammen, sondern eine eigene Schöpfung darstellen); vgl. BERTHOLET, S. 35 (*contrat mixte*); vgl. zur Einteilung in *Innominatkontrakte mixti iuris* und *sui generis* SCHLUEP, S. 771.

<sup>36</sup> Vgl. HUGUENIN, ORAT, Rz 408; Urteil des Bundesgerichts 4P.135/2002 vom 28. November 2002, Erw. 3.1.

<sup>37</sup> BGE 109 II 452 ff., 456; BGE 108 II 416 ff., 418.

<sup>38</sup> HUGUENIN, OR AT, Rz 414; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Rz 1128 und 1133.

<sup>39</sup> GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Rz 1140a; HUGUENIN, OR AT, Rz 416.

<sup>40</sup> BGE 125 III 263 ff., 266 f.; BGE 123 III 35 ff., 44.

Ungewöhnliche oder geschäftsfremde Klauseln, mit denen die so zustimmende Partei nicht rechnen musste und auf die nicht speziell hingewiesen wurde, bleiben ohne Geltung.<sup>41</sup> Lassen sich allgemeine Geschäftsbedingungen nicht eindeutig auslegen, gilt nach der *Unklarheitenregel* die für den Verfasser ungünstigere Auslegungsvariante.<sup>42</sup>

Eine offene Inhaltskontrolle findet lediglich bei der Prüfung auf Verletzung zwingenden Rechts und gemäss den Anforderungen des Art. 8 UWG statt. Die Regelung des Art. 8 UWG geht jedoch von einer Irreführung aus, die nur selten vorliegt.<sup>43</sup> AGB-Bestimmungen, die gegen zwingendes Recht verstossen, sind immer ungültig.<sup>44</sup> Beispiele für zwingende Normen sind Art. 100 Abs. 1 OR (nichtige Wegbedingung der Haftung für rechtswidrige Absicht und grobe Fahrlässigkeit) oder Art. 404 Abs. 1 OR (jederzeitiges Widerrufsrecht beim typischen Auftrag).

Die Übernahme der AGB ist fraglich, wenn bei Abschluss des schriftlichen Krippenvertrags lediglich auf die im Internet publizierten allgemeinen Geschäftsbedingungen, Tarife oder Reglemente verwiesen wird. Dies würde nur genügen, wenn deren Kenntnisnahme *vor oder bei* Vertragsschluss zumutbar gewesen wäre, was nicht immer der Fall sein wird.<sup>45</sup> Können die Eltern erst *nach Vertragsschluss* zu Hause im Internet nachsehen, was denn eigentlich gelten soll, hat dies für den Vertragsinhalt keine Bedeutung mehr.<sup>46</sup> Die allgemeinen Geschäftsbedingungen müssen im Moment des Vertragsschlusses verfügbar sein, d.h. ausgehändigt werden oder deutlich sichtbar im Geschäftslokal angeschlagen sein.

##### b. Änderungen des Krippenvertrags

Der unterzeichnete Krippenvertrag ist häufig nicht viel mehr als ein Talon zur Erfassung der Personalien mit einem Verweis auf die Reglemente und die allgemeinen Geschäftsbedingungen. Die Krippe oder der Vorstand des Trägervereins ändern die Reglemente und allgemeinen Geschäftsbedingungen meist einseitig. Das Bundesgericht beurteilte diese Problematik im Zuger Entscheid. Ein neues, vom Vorstand des Trägervereins erlassenes Krippenreglement mit von einem auf drei Monate verlängerter Kündigungsfrist war lediglich im

<sup>41</sup> HUGUENIN, OR AT, Rz 419 mit weiteren Hinweisen; LEUENBERGER, ZSR 1987 II, S. 63 f.; BGE 119 II 443 ff., 446; BGE 109 II 452 ff., 456 f.

<sup>42</sup> HUGUENIN, OR AT, Rz 427.

<sup>43</sup> Vgl. HUGUENIN, OR AT, Rz 411 und 432 ff., mit weiteren Hinweisen.

<sup>44</sup> GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Rz 1138; LEUENBERGER, ZSR 1987 II, S. 65 f.

<sup>45</sup> Vgl. dazu die allgemeinen Grundsätze bei BK-KRAMER, OR 1 N 188 und NESTLÉ, S. 228 ff. (zu allgemeinen Lizenzbedingungen, die erst nach Vertragsschluss gelesen werden können).

<sup>46</sup> Vgl. zur ähnlichen Situation in Deutschland FREUND, S. 46 f.; vgl. auch NESTLÉ, S. 230.

Internet verfügbar. An die Eltern erfolgte eine Mitteilung über das geänderte Reglement und die geänderte Kündigungsfrist. Das neue Reglement erlangte dennoch keine Bedeutung, weil beim älteren Vertrag (es ging um zwei Kinder) die Vertragsanpassung und beim jüngeren Vertrag die Übernahme oder Vertragsanpassung nicht nachgewiesen waren. Die Kinderkrippe hatte kein vertragliches Recht, die allgemeinen Geschäftsbedingungen durch ihren Vorstand einseitig zu ändern.<sup>47</sup> Ausnahmen werden nur äusserst restriktiv im Rahmen der *clausula rebus sic stantibus* gewährt.<sup>48</sup>

21 Dass die Eltern die Offerte zur konsensualen Vertragsanpassung oder den neuen Vertrag bei einer Änderungskündigung *stillschweigend* gemäss Art. 6 OR annehmen, ist aufgrund der für sie vorliegend nachteiligen Änderung nicht denkbar.<sup>49</sup> Ein Verzicht auf die explizite Annahme käme allenfalls auch bei einem Vertrauensverhältnis aufgrund bestehender Geschäftsverbindung in Frage.<sup>50</sup> Dieses Vertrauensverhältnis – sofern es tatsächlich besteht – wird durch einseitige Vertragsanpassungen jedoch gerade zerstört, wie der Zuger Entscheid zeigt.<sup>51</sup> Notwendig ist somit in den meisten Fällen eine explizite Annahme.

22 Um diese Probleme zu umgehen, sehen viele AGB einseitige Änderungsrechte durch die Krippe vor.<sup>52</sup> Die Notwendigkeit von einseitigen Anpassungen ergibt sich bei *unbefristeten Verträgen* im Bereich des Entgelts, der Anpassung an die Teuerung oder an stark preisvolatilen Kosten, niemals aber bei der Kündigungsfrist.<sup>53</sup> Aber nur wenn eine Anpassung notwendig ist und es einen

sachlichen Grund dafür gibt – wie z.B. bei den Preisen – wird auch mit ihr gerechnet.<sup>54</sup> Niemand rechnet damit, dass die Kündigungsfrist ändern kann, denn es ist geschäftsfremd.<sup>55</sup> In solchen Fällen ist die Anpassungsklausel ungewöhnlich und als nachteilige Änderung am Massstab der Ungewöhnlichkeitsregel zu messen. Ungewöhnlich wäre es auch, wenn die oben genannten Referenzwerte lediglich zu Gunsten der Krippe berücksichtigt würden. Niemand muss damit rechnen, dass er nur die Erhöhungen mittragen muss, ohne jemals auch in den Genuss einer allfälligen Senkung zu kommen.<sup>56</sup>

Ein Problem stellen auch unbestimmte Anpassungsklauseln dar, die eine *generelle* Anpassung der allgemeinen Geschäftsbedingungen oder die beliebige Anpassung der Preise durch die Krippe vorsehen. Es stellt sich auch die Frage, ob überhaupt ein Konsens zu Stande gekommen ist, wenn *essentialia negotii* einseitig nach Belieben abänderbar sind. Die Eltern wüssten nicht, wann sie mit einer Änderung welchen Ausmasses rechnen müssten. Ansätze des Bestimmtheitsgebots finden sich in der Rechtsprechung zu Art. 184 Abs. 3 OR: Der Preis ist erst genügend bestimmt, wenn er nach den Umständen bestimmbar ist. Dabei geht es um eine objektive Bestimmbarkeit.<sup>57</sup> Dies spricht dagegen, dass ein Konsens bei einer wirklich beliebigen Preisänderungs- oder Vertragsänderungsklausel vorliegt. Art. 184 Abs. 3 OR ist eine Norm, die auch ausserhalb des Kaufrechts für Preisbestimmungsrechte gilt und eigentlich in den allgemeinen

<sup>47</sup> Urteil des Bundesgerichts 4P.242/2005 vom 2. Februar 2006, E. 5.1. und 5.5.

<sup>48</sup> Zu deren strengen Voraussetzungen BSK-WIEGAND, OR 18 N 95 ff.

<sup>49</sup> Vgl. dazu FUHRER, S. 423 zur ähnlichen Situation bei der Änderung allgemeiner Versicherungsbedingungen.

<sup>50</sup> Vgl. BSK-BUCHER, OR 6 N 13.

<sup>51</sup> Siehe das Urteil des Bundesgerichts 4P.242/2005 vom 2. Februar 2006, E. 5.2.2: «Die Beschwerdegegner fügten bei, hierbei handle es sich um eine einseitige Abänderung des Reglements seitens des Beschwerdeführers ohne Zustimmung beider Vertragsparteien, insbesondere der Beschwerdegegner. Diese Ankündigung habe zu einer Verunsicherung der Eltern und einer erstmaligen Vertrauenskrise gegenüber dem Beschwerdeführer geführt, welche im Protokoll der Generalversammlung vom 25. März 2003 ihren Niederschlag gefunden habe.»; vgl. auch HIGI, S. 445 f.

<sup>52</sup> Zu Anpassungsklauseln allgemein siehe BISCHOFF, S. 91 ff.; ZK-JÄGGI/GAUCH, OR 18 N 576 ff.; BK-KRAMER, OR 18 N 276 ff., HIGI, S. 443 ff. und FUHRER, S. 418 ff.

<sup>53</sup> Vgl. zu Preiserhöhungsklauseln bei Fitnessstudios RUSCH, Rz 19 ff.; FREUND, S. 88 ff. zeigt, dass nur gewisse Bereiche dafür geeignet sind, in einer Änderungsklausel erfasst zu werden. Die Möglichkeit einer Änderungsklausel in Bezug auf die Kündigungsdauer erwähnt er nicht. Die einseitige Leistungsanpassung ist hauptsächlich bei längerfristigen Verträgen verbreitet (siehe dazu JESGARZEWSKI, S. 26).

<sup>54</sup> Vgl. auch JESGARZEWSKI, S. 85 und 213 ff. Er sieht beispielsweise bei einem kurzen Krankenhausaufenthalt von wenigen Wochen im Gegensatz zu einem längeren Pflegeheimaufenthalt von Monaten oder Jahren keinen sachlichen Grund für eine Preisanpassungsklausel. Die Preisanpassungsklausel macht ökonomisch betrachtet für beide Parteien Sinn: Wäre die Preisanpassung nur durch Änderungskündigung möglich, würden die Krippen wahrscheinlich dazu neigen, Preise *ab initio* zu hoch anzusetzen, um Preisanpassungen nicht vornehmen zu müssen, vgl. dazu JESGARZEWSKI, S. 55, 58 sowie WITZ, S. 7 f.

<sup>55</sup> Vgl. zu einem ähnlichen Beispiel (Änderung der Versicherungsdeckung bei allgemeinen Versicherungsbedingungen) FUHRER, S. 422; siehe auch die Beispiele für überraschende Änderungsklauseln bei KAMANABROU, S. 99.

<sup>56</sup> Vgl. dazu FUHRER, S. 416 f. und 421.

<sup>57</sup> Siehe BK-GIGER, OR 184 N 222 ff., 230 f., der die subjektive Bestimmbarkeit als nicht genügend erachtet. Einseitig änderbare Preislisten genügen gemäss Bundesgericht nur, wenn sie dem Markt ausgesetzt sind und nicht nach Belieben geändert werden können, vgl. dazu BGE 84 II 13 ff., 19 f., BGE 84 II 266 ff., 274, BGE 85 II 402 ff., 408. Siehe die Beispiele unbestimmter Änderungsklauseln bei GAUCH, recht 2006, S. 86 f., Fn. 79 f.; vgl. auch BK-GIGER, OR 184 N 231 f. zum ähnlichen Fall der einseitigen Preisbestimmungen nach Belieben; vgl. auch FREUND, S. 136 f., wonach eine Änderungsklausel kein Freibrief sein kann, die AGB beliebig zu ändern; vgl. auch JESGARZEWSKI, S. 66 und 216 f. Diese Überlegungen betreffen zwar § 307 BGB, sind jedoch mit anderer Begründung (Sittenwidrigkeit, Verbot übermässiger Bindung, fehlender Konsens) auch in der Schweiz anwendbar.

Teil des OR gehört.<sup>58</sup> Was für den Preis als *essentiale negotii* gilt, muss auch für andere Vertragsinhalte gelten.

24 Ein kurzer Abriss über die weiteren Probleme einseitiger Änderungsrechte soll an dieser Stelle genügen: Ist eine einseitige Preisanpassung in den allgemeinen Geschäftsbedingungen vorgesehen und nach den für die allgemeinen Geschäftsbedingungen geltenden Grundsätzen gültig, muss sich der so ermittelte neue Preis im Rahmen der *Ausübungskontrolle* an einem Billigkeits- und Angemessenheitsmassstab messen lassen.<sup>59</sup> Darf die Krippe aufgrund einer gültigen Ermächtigung die AGB oder einzelne Bestimmungen davon einseitig ändern, gilt für die geänderten AGB wiederum die Voraussetzung der erneuten *Übernahme*.<sup>60</sup> Beim lediglich im Internet verfügbaren Dokument ist abzuklären, ob eine Kenntnisnahme zumutbar und möglich ist und ob die Änderungen hervorgehoben werden müssen.<sup>61</sup> Weiter stellt sich die Frage, ob es den Eltern auch bei moderaten Änderungen offen stehen sollte, vor «Inkrafttreten» der geänderten AGB den Vertrag ordentlich aufzulösen.<sup>62</sup>

### c. Kein Anspruch auf Abschluss eines Krippenvertrages

25 Es besteht kein Anspruch auf einen Krippenplatz oder auf den Abschluss eines Krippenvertrages. In Deutschland hat sich die grosse Koalition im Grundsatz auf die Gewährung eines derartigen Rechtsanspruchs auf einen

Krippenplatz für Kinder unter drei Jahren (allerdings erst ab dem Jahre 2013) unlängst geeinigt.<sup>63</sup>

### d. Krippenvertrag mit Krippe ohne Bewilligung

26 Es stellt sich die Frage, ob ein Krippenvertrag auch dann zustande kommt, wenn die Krippe nicht über die nach Art. 13 Abs. 1 lit. b PAVO (siehe dazu unten, Rz 29) erforderliche Bewilligung verfügt. Die Bewilligung ist ihrer verwaltungsrechtlichen Natur nach eine Polizeierlaubnis.<sup>64</sup> Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist ein Vertrag wegen Verstosses gegen eine Gesetzesnorm nur dann nichtig, wenn dies aus dem entsprechenden Gesetz ausdrücklich hervorgeht oder sich aus dessen Sinn und Zweck ergibt.<sup>65</sup> Art. 13 Abs. 3 PAVO bestimmt, dass Unmündige erst aufgenommen werden dürfen, wenn die Bewilligung erteilt worden ist. Dies ist noch nicht deutlich genug, um den Vertrag als nichtig zu betrachten. Aus dem Sinn des Gesetzes kann nichts anderes geschlossen werden. Verfügt eine Krippe nicht über die erforderliche Bewilligung, hat die Aufsichtsbehörde einzuschreiten und den verwaltungsrechtlichen Zwang gegen die Trägerschaft anzuwenden. Dem Schutz der Eltern und des Kindes ist besser gedient, wenn sie bei Problemen mit Krippen vertragsrechtlich vorgehen können. Das Bewilligungserfordernis dient einzig dem Schutz der Kinder. Somit wäre es dem Gesetzeszweck nicht förderlich, die Verträge mit den Krippen ohne Bewilligung als nichtig zu betrachten.<sup>66</sup>

### e. Aufklärungspflichten

27 Es besteht eine vorvertragliche Aufklärungspflicht der Krippe über die von ihr verfolgten ethischen, religiösen oder pädagogischen Konzepte sowie ihre Trägerschaft. Die Befolgung oder die Nichtbefolgung dieser Konzepte, die Zugehörigkeit oder Nichtzugehörigkeit zu einer Kirche, einer philosophischen Bewegung oder einer pädagogischen Schule sind für die meisten Eltern von grösster Wichtigkeit und geben vielfach den Ausschlag für die Wahl einer Krippe. Dieser Informationspflicht kommen die Krippen mit Broschüren, mit dem Internetauftritt, durch Angabe der Trägerschaft oder zum Teil sogar schon mit der Wahl des Krippennamens nach (vgl. Montessori-Krippe, Verein Evangelische Kinderkrippe

<sup>58</sup> BK-GIGER, OR 184 N 222.

<sup>59</sup> Dies ergibt sich aus § 315 Abs. 3 BGB, dessen Regelungsgehalt in der Schweiz aufgrund ergänzender richterlicher Rechtsfindung gilt (so explizit ZK-SCHÖNLE, OR 184 N 50, 90, 92, mit weiteren Hinweisen); BGE 99 II 290 ff., 296 E. 6c: «Es ist namentlich nicht einzusehen, wieso ein Hausbesitzer die von ihm zu erbringende Leistung, deren Wert nach den Marktverhältnissen erheblich zugenommen hat, nicht entsprechend bewerten dürfte, wenn er sich das ausdrücklich vorbehalten hat. Gegen Missbräuche oder Wucher ist die Beklagte dadurch geschützt, dass die Änderungsklausel keine zahlenmässig festgelegte Erhöhung vorsieht und dass somit im Streitfall der Richter darüber nach Ermessen und Billigkeit zu entscheiden hat.» Die für die allgemeinen Geschäftsbedingungen gültigen Regeln stellen die *Wirksamkeit* der Klausel zur einseitigen Vertragsanpassung mittels Ungewöhnlichkeitsregel in Frage. Die Billigkeitsprüfung hingegen kontrolliert das *Resultat* der einseitigen Vertragsanpassung; vgl. dazu JESGARZEWSKI, S. 35 und 221.

<sup>60</sup> Vgl. das Parteivorbringen im Bundesgerichtsentscheid 4P.242/2005, E. 5.1; vgl. zum deutschen Recht FREUND, S. 48 und 55.

<sup>61</sup> Siehe dazu die Bemerkungen von MÜNCHS, S. 203.

<sup>62</sup> Vgl. FUHRER, S. 422 (er verneint das zwingende Kündigungsrecht bei zumutbaren Änderungen) sowie JESGARZEWSKI, S. 128. Das Kündigungsrecht führt aufgrund der möglicherweise hohen Transaktionskosten für die kündigende Partei für sich nicht zur Angemessenheit der Vertragsanpassung. Siehe zum Kündigungsrecht auch GAUCH, recht 2006, S. 86 f. Bei unzumutbaren Änderungen ist ohnehin die Kündigung aus wichtigem Grund möglich.

<sup>63</sup> Vgl. den Bericht «Anspruch auf Krippenplatz in Deutschland» in der NZZ, 16. Mai 2007, S. 3.

<sup>64</sup> HESS-HÄBERLI, ZVW 1978, S. 83; vgl. die Beispiele und Beschreibungen der Polizeierlaubnis bei HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2523 ff. und die Abgrenzung zu anderen Bewilligungen in N 2528.

<sup>65</sup> Vgl. BGE 117 II 286 ff., 287, mit weiteren Hinweisen; BGE 115 II 361 ff., 364; BGE 114 II 279 ff., 281.

<sup>66</sup> Gleicher Meinung für den Pflegevertrag VÖLKLE, S. 83 ff., die dies zum Teil mit dem ausreichenden Schutz der Vertragsparteien durch die jederzeitige Kündbarkeit (Art. 404 Abs. 1 OR analog) begründet (siehe dazu unten, Rz 42 ff.).

Frohheim als Trägerschaft der Kinderkrippe Frohheim in Luzern). Stimmen diese Angaben nicht, ergeben sich daraus in privatrechtlicher Hinsicht Folgen (siehe unten, Rz 66 ff.).

## 5. Öffentlichrechtliche Normen

<sup>28</sup> Da in vielen privatrechtlichen Auseinandersetzungen die Verletzung öffentlichrechtlicher Bewilligungsanforderungen ins Feld geführt wird, ist an dieser Stelle in geraffter Form auf die öffentlichrechtlichen Normen zu den Kinderkrippen einzugehen.

<sup>29</sup> Die Führung einer Kinderkrippe im Kanton Zürich bedarf einer *Bewilligung*. Rechtsgrundlagen hierfür sind Art. 316 ZGB, die Verordnung des Bundesrats über die Aufnahme von Kindern zur Pflege und Adoption vom 19. Oktober 1977 (PAVO, SR 211.222.338) sowie die Verordnung über die Bewilligung von Kinder- und Jugendheimen, Kinderkrippen und Kinderhorten vom 6. Mai 1998 (ZH LS 852.23). In Art. 13 Abs. 1 lit. b PAVO ist die Bewilligungspflicht für Einrichtungen statuiert, die dazu bestimmt sind, «mehrere Kinder unter zwölf Jahren regelmässig tagsüber zur Betreuung aufzunehmen (Kinderkrippen, Kinderhorte u. dgl.).» Die Bewilligungspflicht ist in den Richtlinien der Bildungsdirektion des Kantons Zürich vom 1. Dezember 2002 konkretisiert worden.<sup>67</sup> Bewilligungspflichtig sind nur Kinderkrippen, die *mehr als fünf Plätze* anbieten und regelmässig *während mindestens fünf halben Tagen pro Woche* geöffnet haben (Ziff. 1.1. Abs. 3 der Richtlinien).

<sup>30</sup> Zuständig für die Bewilligungserteilung ist die Vormundschaftsbehörde der Standortgemeinde (Art. 2 Abs. 1 PAVO; § 2 Abs. 2 der kantonalzürcherischen Verordnung über die Bewilligung von Kinder- und Jugendheimen, Kinderkrippen und Kinderhorten), wobei die Städte Zürich und Winterthur die Zuständigkeit auch anders regeln können.<sup>68</sup> Einzig in der Stadt Zürich erfolgt die Bewilligung durch die Vorsteherin des Sozialdepartements (Stadtratsbeschluss vom 23. September 1998; ASZ 852.130). Von der Bewilligungspflicht ausgenommen sind kantonale, kommunale oder gemeinnützige private

Einrichtungen, die nach der Schul-, Gesundheits- oder Sozialhilfegesetzgebung einer besonderen Aufsicht unterstehen (Art. 13 Abs. 2 lit. a PAVO).

Die *Voraussetzungen* einer Bewilligung sind teils bundesrechtlicher, teils kantonrechtlicher Natur. *Bundesrechtlich* vorgeschrieben sind als Minimalanforderungen<sup>69</sup> mehrere Punkte. So müssen z.B. die förderliche Betreuung der Unmündigen für die körperliche und geistige Entwicklung gesichert erscheinen. Das Personal und die Führungspersonen müssen für die Kinderbetreuung hinsichtlich ihrer Ausbildung, Gesundheit, Persönlichkeit und erzieherischer Befähigung geeignet sein. Weiter muss genügend Personal vorhanden und für abwechslungsreiche Nahrung sowie ärztliche Überwachung gesorgt sein. Die Einrichtungen müssen anerkannten Standards der Hygiene und des Brandschutzes entsprechen. Sie müssen über eine gesicherte wirtschaftliche Grundlage verfügen und zeigen, dass ein angemessener Versicherungsschutz für die Unmündigen besteht (vgl. Art. 15 lit. a-f PAVO). Auf *kantonalzürcherischer* Ebene sind die Anforderungen an eine Kinderkrippe in den oben erwähnten Richtlinien der Bildungsdirektion enthalten. Diese Richtlinien konkretisieren die eidgenössischen Normen bis in die Details hinsichtlich der Organisation und den Betriebsgrundsätzen der Kinderkrippe, der Anforderungen an die Räume, der Ausbildung des Personals und der Sicherheit.<sup>70</sup>

Nebst den öffentlichrechtlichen Normen unterwerfen sich diverse Krippen durch Mitgliedschaft auch den Betriebsrichtlinien des Schweizerischen Krippenverbandes (SKV), der neu «Verband Kindertagesstätten der Schweiz (KiTaS)» heisst.<sup>71</sup> Aber auch der Kanton Zürich und die

<sup>67</sup> Die gesetzliche Grundlage dieser Richtlinien ist § 2 Abs. 3 der Verordnung über die Bewilligung von Kinder- und Jugendheimen, Kinderkrippen und Kinderhorten vom 6. Mai 1998 (ZH LS 852.23, abgerufen am 16. Oktober 2007). Eine weitere Internetseite enthält eine Gesetzeszusammenstellung (abgerufen am 3. Oktober 2007) der relevanten Normen für die Bewilligung von Kinderkrippen *in anderen Kantonen*.

<sup>68</sup> Vgl. § 2 Abs. 2 der kantonalzürcherischen Verordnung über die Bewilligung von Kinder- und Jugendheimen, Kinderkrippen und Kinderhorten (ZH LS 852.23). Winterthur belies die Zuständigkeit zur Bewilligung privater Betreuungseinrichtungen im ausserschulischen Bereich bei der Vormundschaftsbehörde (Art. 9 Abs. 2 der Verordnung über die familienergänzende Kinderbetreuung der Stadt Winterthur vom 27. April 1998).

<sup>69</sup> BSK-BREITSCHMID, ZGB 316 N 1.

<sup>70</sup> Vgl. dazu kritisch KAPPELER, Wenn Kinder zu 0.8 Einheiten werden, NZZ am Sonntag, 10. Oktober 2004, S. 51; siehe dazu ebenso kritisch «Papierberge in Zürich und ein Augenschein im Kanton Aargau – Abschreckende Hürden für Krippengründungen in der Stadt Zürich», NZZ vom 12. September 2006, S. 55.

<sup>71</sup> Die detaillierten Betriebsrichtlinien für Kinderkrippen (Version 2006, abgerufen am 26. September 2007; Revision in Vorbereitung) sind auf der Homepage des Verbandes Kindertagesstätten der Schweiz abrufbar; siehe auch die kritischen Bemerkungen in der Stellungnahme des Regierungsrates des Kantons Solothurn vom 21. März 2000 zu den Betriebsrichtlinien des Schweizerischen Krippenverbandes. Der Austritt der Kinderkrippe des Bürgerspitals Solothurn wurde vom Regierungsrat unter anderem mit den Qualitätsvorgaben des SKV begründet, die teilweise *standespolitisch motiviert* seien und für die Betriebskrippe *unnötig kostentreibende Wirkung* hätten, vgl. Sitzung des Kantonsrats Solothurn vom 17. Mai 2000, S. 173 f. (abgerufen am 26. September 2007); vgl. auch die noch kritischeren Bemerkungen zur kostentreibenden Wirkung der Verbandsanforderungen KAPPELERS, Wenn Kinder zu 0.8 Einheiten werden, NZZ am Sonntag, 10. Oktober 2004, S. 51. Vgl. dazu auch den Zuger Entscheid des Kantonsgerichtspräsidiums vom 14. Juli 2005 (in den nicht publizierten Ziffern 2.1. und 3.1.). Die Eltern beanstundeten die Entlassung zweier *langjähriger* Mitarbeiterinnen und den



Erziehungsdirektorenkonferenz stützten sich zumindest in der Vergangenheit bei der Bewilligung von Krippen und der Anerkennung ausländischer Diplome im Krippenbereich auf die Vorstellungen des Schweizerischen Krippenverbands.<sup>72</sup> Die Mitgliedschaft in Krippenverbänden, die Befolgung eines bestimmten Betreuungs- und Erziehungskonzepts sowie die Qualitätszertifizierung streichen die Krippen häufig werbemässig heraus.<sup>73</sup> Auf die Bedeutung dieser Aussagen in privatrechtlicher Hinsicht ist weiter unten vertieft einzugehen (siehe unten Rz 66 ff.).

33 Die Bewilligung ist gemäss Art. 16 Abs. 1 PAVO dem verantwortlichen Leiter der Krippe zu erteilen und nicht deren Trägerschaft. Dies hat zur Folge, dass bei einem Wechsel des Krippenleiters eine neue Bewilligung einge-

holt werden muss.<sup>74</sup> In Abweichung der eidgenössischen Verordnung bestimmt Ziff. 3 Abs. 4 der Richtlinien der Bildungsdirektion des Kantons Zürich,<sup>75</sup> dass die Bewilligung nicht der Krippenleitung, sondern der Trägerschaft erteilt wird.

Nach erteilter Bewilligung steht die Kinderkrippe im Kanton Zürich weiterhin unter der Aufsicht der Vormundschaftsbehörde (§ 3 Abs. 2 Verordnung über die Bewilligung von Kinder- und Jugendheimen, Kinderkrippen und Kinderhorten vom 6. Mai 1998, ZH LS 852.23). In der Stadt Zürich übernimmt das Sozialdepartement diese Aufgabe. Stellt die Behörde Mängel fest, setzt sie Frist zu deren Behebung. Sie kann die Krippe einer besonderen Aufsicht unterstellen, die Bewilligung widerrufen und die Krippe schliessen lassen (Art. 20 PAVO).<sup>76</sup> Auch bei nicht bewilligten Krippen wird das Sozialdepartement tätig. Es klärt zunächst ab, ob eine Bewilligung nachträglich erteilt werden kann. Ist dies nicht möglich, wird die Schliessung verfügt. Bei entsprechender Gefährdung der Kinder kann die Krippe auch aufsichtsrechtlich mit sofortiger Wirkung geschlossen werden.<sup>77</sup>

34

35

36

37

dadurch einhergehenden Verlust zweier Bezugspersonen, was zu grosser Unsicherheit und zu einem Vertrauensbruch geführt habe. Das Gericht fasste die Begründung der Krippe wie folgt zusammen: «Hintergrund für die Kündigungen gegenüber zwei Mitarbeiterinnen seien die neuen Bestimmungen des Krippenverbands gewesen. Aufgrund der gemäss diesen Bestimmungen ungenügenden Ausbildung von zwei Mitarbeiterinnen sei der Beklagte gezwungen gewesen, eine personelle Änderung vorzunehmen.» Ein weiteres Beispiel einer mit den Richtlinien des Krippenverbands begründeten Kündigung einer Kinderkrippenangestellten findet sich im Urteil des Bundesgerichts 2P.53/2003 vom 30. April 2004.

<sup>72</sup> Siehe Urteil des Bundesgerichts 2P.53/2003 vom 30. April 2004, E. 1.2.3: «Die Bildungsdirektion hat am 1. Dezember 2002 Richtlinien für die Bewilligung von Kinderkrippen erlassen, nach deren Ziff. 2.4.3 mindestens eine der anwesenden Betreuungspersonen über eine anerkannte Ausbildung verfügen muss. Das Amt für Jugend und Berufsberatung des Kantons Zürich hat dazu ein Merkblatt für Aufsichtsinstanzen herausgegeben, wonach der Schweizerische Krippenverband im Auftrag der EDK zuständig sei für die Überprüfung und Anerkennung ausländischer Ausbildungen (Anhang zum Merkblatt A. Ziff. 3). Diese Aussage ist nach dem bisher Ausgeführten falsch und widerspricht der IVAA.» und E. 1.2.6: «Offenbar stellt die EDK bei ihren Anerkennungsentscheiden massgeblich auf die Richtlinien des Beschwerdegegners [i.e. des Schweizerischer Krippenverbands] ab oder hat gemäss gewissen in den Akten liegenden Unterlagen in der Vergangenheit sogar Anerkennungsgesuche dem Beschwerdegegner zur Bearbeitung weitergeleitet. Nach dem oben Ausgeführten (E. 1.2.3) stellt sodann auch der Kanton Zürich bei seiner Bewilligungspraxis für Kinderkrippen faktisch offenbar auf die Anerkennung durch den Beschwerdegegner ab.»

<sup>73</sup> Vgl. dazu beispielsweise das Qualitätskonzept des Vereins Assoziation Montessori Schweiz unter [www.montessori-ams.ch/RegQS.pdf](http://www.montessori-ams.ch/RegQS.pdf) (abgerufen am 16. Oktober 2007). Vgl. dazu den Internetauftritt des Montessori-Kinderhauses an der Aare ([www.montessori-aare.ch](http://www.montessori-aare.ch), abgerufen am 2. Oktober 2007): «Das Montessori-Kinderhaus in der Altstadt von Bern – ein Kindergarten in dem Kinder zwischen 3 und 6 Jahren friedlich zusammen spielen und arbeiten, der mit seiner liebevoll vorbereiteten Umgebung die Kinder zu sinnvollem Tun einlädt, in dem die Montessori-Pädagogik mit Begeisterung verwirklicht wird, in dem die Kinder sich wohl fühlen!» und die Homepage [www.montessori-schulung.ch](http://www.montessori-schulung.ch) (abgerufen am 2. Oktober 2007): «Wir führen einen Montessori-Tageskindergarten und eine Montessori-Grundstufe.»

## 6. Trägerschaft der Krippe

### a. Rahmenbedingungen

Vorschriften zur Organisation der Trägerschaft der Krippe bestehen nicht. Sowohl Art. 13 ff. PAVO als auch § 1 Abs. 2 der zürcherischen Verordnung<sup>78</sup> knüpfen die Bewilligungserteilung lediglich an das Bestehen einer «Einrichtung». Art. 16 Abs. 1 PAVO geht davon aus, dass die Einrichtung einen Träger hat, ohne aber weitere Anforderungen an diesen zu formulieren. Ziff. 2.2 der Richtlinien der Bildungsdirektion des Kantons Zürich<sup>79</sup> verlangt sodann eine private oder eine öffentlichrechtliche Trägerschaft. Welche konkrete Rechtsform die Trägerschaft einnehmen darf, wird indessen nirgends festgelegt.

Von Gesetzes wegen ist der Betrieb einer Kinderkrippe durch eine Privatperson demnach ebenso zulässig wie der Betrieb durch eine juristische Person oder eine Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit.

### b. Praxis: Verein oder Stiftung als Träger

Eine Recherche im Internet bringt zu Tage, dass die

<sup>74</sup> HESS-HAEBERLI, ZVW 1978, S. 92.

<sup>75</sup> Vollständig zitiert in Rz 29.

<sup>76</sup> Zur Aufsicht, ihren Mitteln und ihren Folgen siehe BÄTTIG, S. 187 ff.

<sup>77</sup> Siehe die beiden schriftlichen Anfragen von Rosmarie Berthoud sowie von Susi Gut und Mauro Tuena im Stadtrat Zürich zur Kinderkrippe «Sunneschii» (beide beantwortet am 18. Januar 2006; GR 2005/433 und 2005/429).

<sup>78</sup> Vollständig zitiert in Rz 29.

<sup>79</sup> Vollständig zitiert in Rz 29.

überwiegende Mehrheit der Krippen (geschätzte 80-90%) als privatrechtlicher Verein organisiert ist. Einige Trägerschaften kleiden sich in die Rechtsform der (privatrechtlichen) Stiftung; ausserdem sind vereinzelt öffentlichrechtliche Träger anzutreffen (z.B. das Spital Uster).

- 38 Ein bedeutender Grund für die Wahl einer juristischen Person als Träger kann darin liegen, die persönliche Haftung der am Krippenbetrieb beteiligten Personen auszuschliessen.<sup>80</sup> Weiter hängt bei juristischen Personen die Existenz der Trägerschaft und somit der Krippe nicht vom einzelnen Mitglied ab.<sup>81</sup> Im Hinblick auf die Tätigkeit der Kinderkrippe erscheinen schliesslich der für nichtwirtschaftliche Zwecke bestimmte Verein und auch die Stiftung geeigneter als eine kapitalbezogene Gesellschaftsform. Der wichtigste Grund für die Wahl der Vereinsform dürfte jedoch darin liegen, dass die Förderbeiträge des Bundes nur an juristische Personen ohne Gewinnerorientierung gewährt werden (Art. 3 Abs. 1 lit. a des BG über Finanzhilfen für familienergänzende Kinderbetreuung, SR 861).

### c. Vereinsmitgliedschaft der Eltern

- 39 Einige Reglemente sehen vor, dass die Eltern automatisch als Mitglieder dem Verein beitreten. In der Regel haben sie dabei einen – relativ bescheidenen – Vereinsbeitrag zu entrichten (ungefähr Fr. 30.– bis Fr. 100.– pro Jahr). Eine solche Regelung ist grundsätzlich nicht zu beanstanden. Insbesondere liegt keine unzulässige Zwangsmitgliedschaft<sup>82</sup> vor, da die Eltern nicht verpflichtet sind, ihr Kind in eine bestimmte Krippe zu schicken.

- 40 Krippen, die eine Vereinsmitgliedschaft der Eltern vorsehen, müssen sich bewusst sein, dass eine solche Lösung auch Nachteile mit sich bringen kann. Zu denken ist vorab an die Stellung der Eltern. Zum einen sind sie Vertragspartner der Krippe und zahlen dafür, dass ihre Kinder die Krippe besuchen. Zum anderen sind die Eltern aber Vereinsmitglieder und haben als solche ein Stimmrecht an der Vereinsversammlung (Art. 67 ZGB). Zwar mag es zu begrüssen sein, wenn die Eltern aktiv an der Gestaltung der Krippentätigkeit mitwirken, es kann dabei aber auch zu Interessenkollisionen kommen. Zu denken ist etwa an den Fall, dass die Eltern als Vertragspartner mit dem Krippenpersonal aneinander geraten. Im Rahmen ihrer Mitwirkungs- und Mitverwaltungsrechte im Verein

üben die Eltern gleichzeitig auch Arbeitgeberfunktionen aus und verfügen somit über eine deutlich stärkere Verhandlungsposition.

Vorstellbar ist schliesslich, dass ein Verein ganz auf den Abschluss eines Krippenvertrags mit den Eltern verzichtet und die entsprechenden Rechte und Pflichten ausschliesslich über die Mitgliedschaft (statutarisch) regelt. Als Gegenleistung für den (in diesem Fall logischerweise kostendeckenden) Vereinsbeitrag würden den Eltern die Benutzung der vereinseigenen (oder Dritten gehörenden) Krippenräume und die Inanspruchnahme des angestellten Krippenpersonals eingeräumt.<sup>83</sup> Diesem Konzept stehen weder die öffentlichrechtlichen Voraussetzungen der Bewilligungserteilung noch das Vereinsrecht entgegen. Soweit ersichtlich wurde diese Lösung in praxi aber nie gewählt. Ein Grund hierfür mag sein, dass die Änderung des statutarischen Krippenreglements auf dem Wege der vereinsinternen Beschlussfassung als schwerfälliger erachtet wird als die vertragliche Gestaltung der Beziehung der Krippe zu den Eltern. Vorteilhaft hingegen wäre die einheitliche Struktur der Bindung, die bei den Einzel-Krippenverträgen sowie deren Änderung unter Umständen nicht erzielt werden kann.

## 7. Kündbarkeit des Krippenvertrags

### a. Keine zwingende Anwendung von Art. 404 OR

In den Krippenverträgen ist zumeist eine Kündigungsfrist von ein bis drei Monaten verabredet. Der Krippenvertrag besteht zu einem wesentlichen Teil aus auftragsrechtlichen Elementen. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob die zwingende jederzeitige Kündbarkeit nach Art. 404 Abs. 1 OR auch für den Krippenvertrag gilt. Dies wurde vom Zuger Kantonsgerichtspräsidium verneint.<sup>84</sup> Es wandte die Einmonatsfrist des alten Reglements an. Das Urteil wurde von der Krippe mit staatsrechtlicher Beschwerde wegen willkürlicher Beweiswürdigung an das Bundesgericht weiter gezogen, welches das vorinstanzliche Urteil geschützt hat.<sup>85</sup> Die Krippe wollte damit erreichen, dass die dreimonatige Kündigungsfrist des neuen Reglements zur Anwendung gelange.<sup>86</sup> Das Bundesgericht ging auf die freie Widerrufbarkeit aufgrund der vorgebrachten Rügen und der eingeschränkten Kognition nur mit einem «Seitenhieb» am Rande ein: *«Auch wenn man mit dem Gerichtspräsidenten davon ausgeht, die Parteien könnten gültig auf das jederzeitige*

<sup>80</sup> Vgl. etwa für den Verein Art. 75a ZGB: «Für die Verbindlichkeiten des Vereins haftet das Vereinsvermögen. Es haftet ausschliesslich, sofern die Statuten nichts anderes bestimmen.»

<sup>81</sup> Betreiben zwei Leiter die Krippe hingegen als einfache Gesellschaft oder als Kollektivgesellschaft, so ist die Gesellschaft beim Ausscheiden eines Leiters grundsätzlich aufzulösen (Art. 545 f. OR und Art. 574 ff. OR).

<sup>82</sup> Vgl. zur Zwangsmitgliedschaft BK-RIEMER, ZGB 70 N 74 ff.

<sup>83</sup> Zum Benutzungsrecht als Recht des Vereinsmitglieds statt vieler BK-RIEMER, ZGB 70 N 167 ff.

<sup>84</sup> Urteil des Kantonsgerichtspräsidiums Zug vom 14. Juli 2005, auszugsweise abgedruckt in der Gerichts- und Verwaltungspraxis des Kantons Zug 2005 (Teil 3), S. 178 f., Erwägung 2.

<sup>85</sup> Urteil des Bundesgerichts 4P.242/2005 vom 2. Februar 2006.

<sup>86</sup> Siehe zu den Problemen der Reglementsänderung oben, Rz 20 ff.

*Kündigungsrecht verzichten, ist nicht ersichtlich, woraus sich eine Berechtigung des Beschwerdeführers ergeben soll, die Kündigungsfristen einseitig ohne Zustimmung der Gegenpartei festzusetzen.»<sup>87</sup>*

43 Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist ein Verzicht auf das jederzeitige Beendigungsrecht beim Auftrag nicht zulässig. Das Bundesgericht begründet dies mit dem ausgesprochenen Vertrauensverhältnis. Wenn dieses nicht mehr vorhanden sei, mache eine Weiterführung des Vertrags keinen Sinn mehr.<sup>88</sup> Diese Rechtsprechung wendet das Bundesgericht auch auf dem Krippenvertrag ähnliche Verträge an, wie z.B. den Internatsvertrag.<sup>89</sup> Es stimmt, dass bei einem Krippenvertrag das Vertrauensverhältnis besonders wichtig ist. Es geht um das wichtige Gut des Kindeswohls. Die Eltern müssen ihre Kinder optimal betreut wissen, ansonsten sie sie nicht guten Gewissens in eine Krippe geben können. Das Kind muss aber nicht weiterhin in die Krippe, bloss weil der Vertrag nicht sofort kündbar ist. Geht das Vertrauensverhältnis in die Brüche, ist unter Umständen auch die Kündigung aus wichtigem Grund möglich (siehe unten, Rz 48 ff.). Diese Lösung ist durchaus vernünftig und genügend.<sup>90</sup>

44 Die Anwendung des Art. 404 Abs. 1 OR ist aus weiteren Gründen abzulehnen. Das Zuger Urteil erwähnt die Parität des Widerrufs- und des Kündigungsrechts. Das jederzeitige Kündigungsrecht ist grundsätzlich paritätisch ausgestaltet. Dieser bundesgerichtliche Grundsatz ist in der Lehre jedoch umstritten.<sup>91</sup> Haben die Eltern bei Anwendung dieses Grundsatzes ein voraussetzungsloses, jederzeitiges Widerrufsrecht, so hat die Krippe ein ebensolches Kündigungsrecht. Dies würde bedeuten, dass z.B. berufstätige Eltern bei einer voraussetzungslosen und fristlosen Kündigung des Vertrags durch die

Krippe von einem Tag auf den anderen neue Betreuer für ihr Kind finden müssten. Die Wahrung einer Kündigungsfrist durch die Krippe liegt somit durchaus im Interesse der Eltern und auch des Kindes, wie nachfolgend zu zeigen ist.

Der Krippenvertrag ist ein familienrechtlicher Vertrag. Jede Rechtsanwendung im Rahmen des Familienrechts ist auf die Vereinbarkeit mit dem Kindeswohl als oberster Maxime des Kindesrechts zu überprüfen.<sup>92</sup> Zum Kindeswohl gehört auch die Wahrung der Kindsbedürfnisse der *Kontinuität* und *Stabilität*.<sup>93</sup> Ein jederzeitiges und voraussetzungsloses Kündigungsrecht der Krippe wäre eine Gefahr für die Verwirklichung dieser Ziele. Allfällig zu bezahlender Schadenersatz bei einer Kündigung zur Unzeit würde unter Kindeswohlaspekten nichts nützen. Zur Behebung dieser Problematik wäre es überlegenswert und sinnvoll, den Eltern ein freies Widerrufsrecht zuzugestehen, der Krippe jedoch nur die Kündigung aus wichtigem Grund. Diese Lösung wird z.T. auch in der Schweizer Lehre erwogen.<sup>94</sup> Eine ähnliche Lösung gilt in Deutschland für den Heimvertrag in Altersheimen.<sup>95</sup>

Auch für die Krippe ist ein voraussetzungs- und fristloses Widerrufsrecht der Eltern unzweckmässig. Die Tätigkeit einer Krippe ist personalintensiv und aufgrund der detaillierten und weitgehenden Anforderungen des Gesetzes und der Verbände auch kostspielig. Gemäss den Zürcher Richtlinien ist schon bei einer Gruppe von bis zu sieben Plätzen eine Doppelbesetzung beim Betreuungspersonal *anzustreben*. Ab sieben Plätzen ist die Doppelbesetzung zu *gewährleisten*. Ein Kind unter 12 Monaten beansprucht jedoch 1.5 Plätze.<sup>96</sup> Die Anforderungen des Schweizerischen Krippenverbands sind noch strenger.<sup>97</sup> Es bedarf keiner weiteren Ausführungen, um

<sup>87</sup> Urteil des Bundesgerichts 4P.242/2005 vom 2. Februar 2006, Erw. 5.5.

<sup>88</sup> BGE 115 II 464 ff., 466; vgl. dazu auch BK-FELLMANN, OR 404 N 105 ff. und insbesondere REBER, S. 525, mit weiteren Hinweisen.

<sup>89</sup> Unveröffentlichter Entscheid des Bundesgerichts C 171/82/kl vom 4. Oktober 1982, E. 3.

<sup>90</sup> Anderer Ansicht VÖLKLE, S. 71, 144 f. für den Pflegeelternvertrag. Das besondere Vertrauensverhältnis wird stets als Grund für das jederzeitige Widerrufsrecht angegeben. Ist es zerstört, liegt aber ohnehin regelmässig ein wichtiger Grund für die Kündigung vor, siehe dazu REBER, S. 526.

<sup>91</sup> Siehe Art. 404 Abs. 1 OR: «Der Auftrag kann von jedem Teile jederzeit widerrufen oder gekündigt werden.»; zu diesem Grundsatz kritisch BSK-WEBER, OR 404 N 8 und HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 63: «In der Tat verbietet die Logik nicht zwei verschiedene Lösungen für Auftraggeber und Beauftragten»; BGE 98 II 305 ff., 308; ausdrücklich festgehalten im unveröffentlichten Entscheid des Bundesgerichts C 171/82/kl vom 4. Oktober 1982, E. 3: «Zum andern liegt auf der Hand, dass auch sie [die Schule und das Internat] – und nicht nur die Schülereltern – befugt sind, den Vertrag gemäss Art. 404 OR zu kündigen oder zu widerrufen (vgl. BGE 98 II 308 unten)».

<sup>92</sup> Das Kindeswohl als oberste Maxime des Kindesrechts ist in Art. 301 Abs. 1 ZGB festgehalten; vgl. dazu BSK-SCHWENZER, ZGB 301 N 4 ff.

<sup>93</sup> Vgl. BSK-SCHWENZER, ZGB 301 N 5.

<sup>94</sup> HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 63, mit weiteren Hinweisen.

<sup>95</sup> Vgl. § 8 Abs. 2 und 3 des deutschen Heimgesetzes (HeimG; Heimgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 5. November 2001 (BGBl. I S. 2970 ff.), zuletzt geändert durch Artikel 78 der Verordnung vom 31. Oktober 2006 (BGBl. I S. 2416)). Der Bewohner eines Heims kann spätestens am dritten Werktag eines Kalendermonats für den Ablauf desselben Monats schriftlich kündigen. Das Heim kann nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes kündigen (§ 8 Abs. 2 HeimG). Je nach Grund kann die Kündigung fristlos sein oder es gilt die gleiche Frist wie für den Bewohner (§ 8 Abs. 3 und 6 HeimG).

<sup>96</sup> Vgl. Ziff. 2.4.2. und 2.4.3. der Richtlinien der Bildungsdirektion des Kantons Zürich vom 1. Dezember 2002 über die Bewilligung von Kinderkrippen (abgerufen am 2. Oktober 2007).

<sup>97</sup> Vgl. Ziff. 3.2. und 3.3. der Betriebsrichtlinien für Kinderkrippen (Version 2006) des Verbandes Kindertagesstätten der Schweiz (abgerufen am 2. Oktober 2007) (damals noch des Schweizerischen Krippenverbands SKV).

festzustellen, dass die Führung einer Krippe eine umfangreiche Planung hinsichtlich der Personal- und Raumressourcen sowie der Finanzen benötigt. Diese würde durch eine zu hohe und kurzfristige Fluktuation verunmöglicht. Gegen dieses Argument spricht allerdings, dass derzeit ein knappes Angebot an Krippenplätzen besteht und die Krippen Vakanzen mit Kindern auf Wartelisten umgehend besetzen können.<sup>98</sup> Dies muss jedoch nicht für immer und nicht überall so sein. Ein weiterer Punkt gegen dieses Argument liegt in der Regelung des Art. 404 Abs. 2 OR, welche die vergeblichen Planungsarbeiten sowie das Bereitstellen von Räumen und Personal als Schadenersatz bei der Kündigung zur Unzeit erfasst.

47 Die jederzeitige Kündbarkeit, die mit dem ausgeprägten Vertrauensverhältnis begründet wird, führt beim Krippenvertrag aufgrund der zwingenden Beachtung des Kindeswohls zu einem unbefriedigenden Ergebnis. Dies zeigt erneut, dass der Krippenvertrag ein *Innominatkontrakt sui generis* ist. Bei Verträgen *sui generis*, aber auch bei gemischten Verträgen, für welche in Bezug auf die zeitliche Bindung die Normen des Auftragsrechts nicht als sachgerecht erscheinen, rechtfertigt es sich auch gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung, Art. 404 OR nicht zwingend anzuwenden.<sup>99</sup> Dieses Ergebnis deckt sich auch mit den Forderungen der Lehre, Art. 404 OR nur bei typischen Aufträgen zwingend anzuwenden. Systemgerecht ist die zwingende Anwendung nur beim unentgeltlichen Auftrag.<sup>100</sup> Der Schutz, den die fristgerechte Kündigung oder die Kündigung aus wichtigem Grund gewähren, ist genügend. Die Vereinbarung einer Kündigungsfrist auf einen bestimmten Kündigungstermin hin ist beim Krippenvertrag somit rechtens.

## b. Kündigung aus wichtigen Gründen

48 Nach herrschender Lehre und Praxis sind Dauerschuldverhältnisse ausserordentlich kündbar bei Eintritt unzumutbarer aussergewöhnlicher Umstände.<sup>101</sup> Der Krippenvertrag ist ein Dauerschuldverhältnis, weil das Ausmass

der Leistungen massgeblich von der Dauer des Vertragsverhältnisses abhängt.<sup>102</sup> Dies gilt auch dann, wenn eine ordentliche Kündigungsfrist vereinbart worden ist.<sup>103</sup> Bei Vorliegen einer Frist ist diese jedoch bei der Beurteilung zu berücksichtigen, ob die Weitergeltung des Vertrags während der Kündigungsfrist tatsächlich unzumutbar ist.

49 Beide Parteien können sich auf wichtige Gründe stützen, wenn sie den Krippenvertrag sofort beenden möchten. Denkbar ist beispielsweise eine unzumutbare Gefährdung des eigenen Kindes durch das Krippenpersonal (Unfähigkeit, Krankheit, Pädophilie, Vorstrafen), durch die Krippeneinrichtung oder aufgrund mangelnder Hygiene. Auch die Krippe kann sich auf einen wichtigen Grund berufen und den Vertrag kündigen, wenn ein Kind andere Kinder unzumutbar gefährdet.<sup>104</sup>

50 Weniger klar sind jedoch Fälle wie z.B. der Wohnortwechsel der Eltern oder der Arbeitsplatzverlust und damit verbunden der Wegfall der Betreuungsnotwendigkeit. Eine Berufung auf wichtige Gründe ist ausgeschlossen, wenn diese selbstverschuldet oder vorhersehbar sind.<sup>105</sup> Normalerweise kündigen sich derartige Veränderungen im Leben über mehrere Monate an, weshalb es nicht notwendig ist, ein fristloses Kündigungsrecht zu gewähren. Überdies ereignen sich diese Gründe in der Sphäre der Eltern und sind häufig durch diese verschuldet. Eine Risikoabwälzung auf die Krippe wäre nicht sachgerecht. Stossend wäre die Pflicht zur Weiterbezahlung unter Berufung auf die Kündigungsfrist jedoch, wenn die Krippe den verlassenen Platz sofort mit einem anderen Kind besetzen könnte. Darauf ist nachfolgend einzugehen.

## c. Abwicklung einer fristlosen Kündigung ohne wichtigen Grund

51 Die Abwicklung einer ausserterminlichen und fristlosen Kündigung durch die Eltern trotz grundsätzlicher Pflicht zur Bezahlung des Entgelts führt bei analoger Anwendung *mietvertraglicher* Grundsätze und der allgemein anwendbaren Grundsätze des *Bereicherungsver-*

<sup>98</sup> Vgl. den Bericht der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates zur Parlamentarischen Initiative «Anstossfinanzierung für familienergänzende Betreuungsplätze», BBl 2002 4219 S. 4220: «Der Mangel an familienergänzenden Kinderbetreuungsplätzen wird allgemein anerkannt und allseits bedauert. Eltern fällt es heute ausserordentlich schwer, Betreuungsplätze (...) zu finden.»

<sup>99</sup> Vgl. BGE 115 II 464 ff., 466; vgl. zu den Verträgen *sui generis* und zur Entwicklung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung BK-FELLMANN, OR 404 N 106; VÖLKLE, S. 71, 143 ff., 149 und BÄTTIG, S. 29 bejahen die jederzeitige Kündbarkeit nach Art. 404 OR für den Pflegevertrag.

<sup>100</sup> Siehe dazu REBER, S. 521 ff.; vgl. auch BK-FELLMANN, OR 404 N 108.

<sup>101</sup> HUGUENIN, OR AT, Rz 86 und 885; BSK-BUCHER, Vorbem. zu OR 1-40 N 30; BGE 128 III 428 ff., 429; BGE 122 III 262 ff., 265; BGE 92 II 299 ff., 300.

<sup>102</sup> Vgl. HUGUENIN, OR AT, Rz 85; BGE 128 III 428 ff., 430; vgl. auch die Definition der Dauerschuldverhältnisse bei GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Rz 94.

<sup>103</sup> Vgl. dazu GAUCH, Dauerverträge, S. 191.

<sup>104</sup> Zum Fall, dass sich die Eltern mit der Bezahlung des Pflegegelds im Rückstand befinden unten, Rz 105 ff.

<sup>105</sup> Vgl. ZK-HIGI, OR 266g N 36 f.; BSK-WEBER, OR 266g N 5; BGE 122 III 262 ff., 266; siehe zu diesem Problemkreis auch RUSCH, Rz 25-39. Die Situation ist jedoch nicht ganz vergleichbar. Krippenverträge werden nicht für ein Jahr mit automatischer Verlängerung für ein weiteres Jahr geschlossen, sondern meist unbefristet, mit einer Kündigungsfrist von ein bis drei Monaten. Dies ist gut einplanbar und nicht so belastend wie die Perspektive, ein ganzes Jahr an einen nicht mehr benötigten Fitnessvertrag gebunden zu sein.

bots sowie der *Schadenminderungspflicht* dennoch zu vertretbaren Ergebnissen.

52 Der Krippenvertrag hat ein mietvertragliches Element (siehe oben, Rz 12). Bei der Kündigung eines Mietverhältnisses im Sinne von Art. 264 OR bleibt der bisherige Mieter zwar grundsätzlich bis zur nächstmöglichen ordentlichen Beendigung verpflichtet. Er kann jedoch einen Nachmieter stellen. Der Vermieter muss sich die Ersparnisse, Einkünfte und unterlassene Einkünfte anrechnen lassen. Diese Grundsätze sind aufgrund der identischen Interessenlage auf den Krippenvertrag *analog* anwendbar. Die Krippe muss sich die Einsparungen durch die Absenz eines Kindes anrechnen lassen (Art. 264 Abs. 3 lit. a OR analog; weniger Essen, weniger Betreuungsaufwand, der sich vielleicht in der Zahl der erforderlichen Betreuer niederschlägt). Die Eltern können in diesem Sinne auch ein zumutbares (d.h. passendes) Kind als «Nachmieter» der Krippe vorschlagen (Art. 264 Abs. 1 OR analog). Die Krippe muss sich auch die absichtliche Unterlassung der Neubesetzung des Platzes anrechnen lassen (Art. 264 Abs. 3 lit. b OR analog).<sup>106</sup> Angesichts der bestehenden Wartelisten ist die Anrechnung unterlassener Einkünfte ein realistisches Szenario, das den Interessen der kündigenden Eltern weit, aber nicht zu weit entgegenkommt. Zu berücksichtigen ist nämlich auch, dass die Eltern gemäss der Regel des Art. 8 ZGB beweisen müssen, dass die Krippe einen Platz besetzen konnte oder dessen Besetzung absichtlich unterlassen hat.<sup>107</sup> Hier greift analog zum Mietrecht eine Kürzung, sofern die Krippe zumutbare Anstrengungen zur Weiterbesetzung des frei gewordenen Krippenplatzes absichtlich unterlassen hat. Dazu gehört sicher die Kontaktierung der Eltern auf der Warteliste. Besteht keine Warteliste, ist der Krippe wie bei der Miete die Aufgabe eines Inserats zumutbar.<sup>108</sup>

53 Die analoge Anwendung von Art. 264 OR gilt auch, wenn die allgemeinen Geschäftsbedingungen eine Berücksichtigung der Neubesetzung des Krippenplatzes nicht vorsehen. Diese Norm ist im Mietrecht zwingender Natur.<sup>109</sup> Es spricht vieles dafür, diese Norm auch beim Krippenverband als zwingendes Recht anzuwenden. Drei ebenfalls auf dem Grundsatz des Bereicherungsverbots und der Vorteilsanrechnung basierende Normen ähnlichen Inhalts findet sich im Pacht- und Arbeitsrecht (Art.

293 Abs. 3, Art. 324 Abs. 2 und Art. 337c Abs. 2 OR).<sup>110</sup> Es geht wie im Arbeits- und Mietrecht bei der fristlosen Kündigung des Krippenvertrags ohne wichtigen Grund um einen Fall des Annahmeverzugs seitens der Eltern. Der daraus resultierende Schadenersatzanspruch ist zwingend um den Betrag zu kürzen, der durch eine Neubesetzung des Platzes erworben werden konnte oder zu erwerben unterlassen worden ist.<sup>111</sup> Somit wäre die Nichtberücksichtigung der tatsächlichen oder unterlassenen Einkünfte wegen Verstosses gegen zwingendes Recht unbeachtlich.

54 Sehen die allgemeinen Geschäftsbedingungen die Anrechnung nicht vor oder sehen sie sogar eine bedingungslose Zahlung des Entgelts vor, widerspricht dies nicht nur dem analog anwendbaren, zwingenden Mietrecht, sondern auch den stets anwendbaren Grundsätzen des *Bereicherungsverbots*, der *Vorteilsanrechnung* sowie der *Schadenminderungspflicht* (Art. 44 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 99 Abs. 3 OR).<sup>112</sup> Die Schadenminderungspflicht wird mit dem Redlichkeitsgebot und dem Handeln nach Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB) begründet.<sup>113</sup> Diese Grundsätze sind allgemein anerkannt und können nur für präzise und konkret umschriebene Umstände wegbedungen werden.<sup>114</sup> Sind sie nicht schon deshalb zwingend anwendbar, begründen sie in jedem Falle eine natürliche und klare Erwartungshaltung der Rechtsge nossen. Eine derartige Klausel wäre folglich auch nach der Ungewöhnlichkeitsregel überraschend, nachteilig und deshalb ohne speziellen Hinweis unbeachtlich. Fehlt eine Regelung gänzlich, wäre die dadurch geschaffene Unklarheit auch aufgrund der Unklarheitenregel zugunsten der Eltern zu entscheiden. Denkbar wäre auch, eine Lücke anzunehmen, die durch analoge Anwendung des Mietrechts sowie direkter Anwendung der Schadenminderungspflicht zu füllen ist (vgl. Art. 1 Abs. 2 ZGB).

#### d. Kündigung in der Probezeit

Praktisch immer vereinbaren die Eltern mit der Krippe 55

<sup>106</sup> Vgl. auch die ähnliche Norm im Arbeitsrecht, Art. 324 Abs. 2 OR. Bei einer Freistellung oder bei Annahmeverzug muss sich der Arbeitnehmer anrechnen lassen, was er durch andere Arbeit erworben oder zu erwerben absichtlich unterlassen hat.

<sup>107</sup> ZK-HIGI, OR 264 N 67; Urteil des Kantonsgerichtspräsidiums Zug vom 14. Juli 2005, nicht publizierte Ziff. 5.

<sup>108</sup> Vgl. ZK-HIGI, OR 264 N 84.

<sup>109</sup> ZK-HIGI, OR 264 N 3.

<sup>110</sup> ZK-STAEHELIN, OR 324 N 31 ff. und OR 337c N 10.

<sup>111</sup> Tatsächlich erzielte oder unterlassene Einkünfte reduzieren den Schaden und können je nach Lehrmeinung sogar schon bei der *Schadensberechnung* und nicht erst bei der *Schadenersatzbemessung* berücksichtigt werden (siehe zur Einordnung der Schadenminderungspflicht LUTERBACHER, N 231 ff.). Wenn die Eltern den Krippenvertrag ohne wichtigen Grund kündigen, die Krippe den Krippenplatz aber nahtlos neu besetzen kann, dann erleidet sie folglich gar keinen Schaden.

<sup>112</sup> Vgl. zu diesen Grundsätzen und deren Anwendung im Miet- und Arbeitsrecht ZK-HIGI, OR 264 N 74, 78, 87 und ZK-STAEHELIN, OR 324 N 31 ff.; zur Schadenminderungspflicht im Delikts- und Vertragsrecht BK-BREHM, OR 44 N 48 und BK-WEBER, OR 99 N 197 ff., 202 ff.; zur Schadenminderungspflicht als allgemein anerkanntem Grundsatz siehe LUTERBACHER, N 173 und 177.

<sup>113</sup> Siehe BK-BREHM, OR 44 N 48 und GEHRER, S. 159.

<sup>114</sup> Siehe ZK-BAUMANN, ZGB 2 N 43.

eine Probezeit von einem Monat. Während dieses Monats können die Eltern fristlos oder mit einer sehr kurzen Frist kündigen. Andere Betriebsreglemente sehen erst nach der Probezeit einen definitiven Vertragsschluss vor. Sieht der Krippenvertrag keine Probezeit vor, liesse sich diese höchstens durch analoge Anwendung der arbeitsrechtlichen Vorschrift des Art. 335b Abs. 1 OR herleiten. Die Notwendigkeit hiezu ist jedoch zu verneinen. Da das Kind im Unterschied zum Arbeitnehmer oder Lehrling nicht tatsächlich «vor Ort» erscheinen muss und bei wirklichen Problemen die Kündigung aus wichtigem Grund offen steht, besteht für die analoge Anwendung des Art. 335b Abs. 1 OR kein Bedarf.

56 Die Probezeit und die Kündigung sind in den Krippenverträgen nur selten ausführlich geregelt. Um im Alltag sinnvolle Ergebnisse zu erzielen, ist eine ergänzende Auslegung notwendig. Aufgrund der ähnlichen Zwecksetzung einer Probezeit im Arbeitsrecht ist der Regelungsgehalt von Art. 335b Abs. 1 und 3 OR analog anzuwenden. Wenn im Krippenvertrag eine einmonatige Probezeit mit einer Kündigungsfrist von einer Woche vereinbart worden ist, muss die Kündigung mit der kurzen Frist auch noch am letzten Tag der Probezeit zulässig sein. Ansonsten dauert die Probezeit nicht einen Monat, sondern nur drei Wochen.<sup>115</sup> Je nach Ausformulierung zum gleichen Ergebnis führt die Analyse der allgemeinen Geschäftsbedingungen anhand der Ungewöhnlichkeits- und Unklarheitenregel: Wer einen Monat als Probezeit verabredet, kann diese nicht wieder mit einer Kündigungsfrist um eine Woche kürzen. Es wäre nicht nur ungewöhnlich und überraschend, sondern schafft eine Unklarheit, die zugunsten der Eltern zu entscheiden ist.

57 Die Vereinbarung einer Probezeit macht nur Sinn, wenn sie gänzlich absolviert und damit «bestanden» wird. Muss das Kind während der Probezeit wegen Krankheit, Unfall oder anderen Problemen bei der Eingewöhnung der Krippe fernbleiben, wird die Probezeit um die Absenz verlängert (Art. 335b Abs. 3 OR analog). In der Praxis kommt es vor, dass ein Kleinkind in der Probezeit die Breinahrung verweigert und deshalb die Krippenbetreuung für ein paar Tage ausgesetzt oder die tägliche Präsenzzeit in der Krippe reduziert wird. Diese Kürzungen und Unterbrüche verlängern die Probezeit.

## 8. Ausgewählte Probleme auf Seiten der Krippe

### a. Mängel in der Betreuung

58 Die Kinder benötigen auch in der Krippe Bezugspersonen, die Kontinuität gewährleisten und den Aufbau be-

ständiger Beziehungen ermöglichen.<sup>116</sup> Ein zu häufiger Betreuerwechsel verunsichert nicht nur die Kinder, sondern auch die Eltern. Führt dies zu unzumutbaren Problemen, so ist eine Kündigung aus wichtigem Grund zu prüfen.<sup>117</sup> Im unveröffentlichten Teil des Zuger Entscheids wurde die Kündigung aus wichtigem Grund geprüft, jedoch mangels Unzumutbarkeit verworfen. Im zu beurteilenden Fall wurden zwei langjährige Mitarbeiterinnen entlassen. Die einzige Kleinkindererzieherin legte die Arbeit fristlos nieder, die Krippenleiterin kündigte ordentlich. Somit verlor die Krippe vier Betreuungspersonen in wahrscheinlich kurzer Zeit.<sup>118</sup>

Neben dem zu häufigen Wechsel des Personals können angesichts der Maxime des Kindeswohls beispielsweise auch unqualifiziertes oder nicht vertrauenswürdige Personal sowie die Nichteinhaltung der Betreuungszeiten eine Schlechterfüllung der auftragsrechtlichen Komponente des Krippenvertrags darstellen. Kommen die Eltern oder das Kind dadurch zu Schaden, ist nach Auftragsrecht Schadenersatz geschuldet (Art. 398 Abs. 1 und 2 OR i.V.m. Art. 321e OR sowie Art. 97 Abs. 1 OR analog).<sup>119</sup>

Im Übrigen haben die Eltern grundsätzlich weiterhin einen Anspruch auf gehörige Erfüllung des Krippenvertrags, namentlich für die Zukunft. Zu beachten ist aber, dass die Verpflichtungen beim Krippenvertrag «typisch menschlich» sind und als solche «rechtlich kaum erzwungen werden können».<sup>120</sup> Ist das Vertrauensverhältnis einmal gestört, entspricht daher die Auflösung des Vertrags dem Interesse der Eltern und dem Wohl des Kindes unter Umständen eher als eine Erfüllungsklage.

Ein Mangel in der Betreuung ergab sich in einem Kinderhort in Schwamendingen. Ein Kind kam mit Beruhigungsmitteln in Berührung. Die Eltern vermuteten eine absichtliche Verabreichung. Die Hortleiterin machte gemäss Zeitungsartikel geltend, ihre eigenen Medikamente seien in ihrer Tasche zerbröselst und hätten ein Sugus, welches das Kind von ihr bekommen habe, ver-

<sup>116</sup> Siehe BLANGETTI, Windelberge und Wochenpläne, NZZ vom 2. Juni 2007, S. 17: «Klare Strukturen und Kontinuität – darin sind sich Wissenschaft und Praktiker einig – brauchen die Kinder nicht nur im Tagesablauf, sondern auch beim Betreuungspersonal. (...) Drei der vier Gruppenleiterinnen arbeiten 100 Prozent, denn die Kinder sollen beständige Beziehungen aufbauen können.»

<sup>117</sup> Siehe dazu oben, Rz 48 ff.

<sup>118</sup> Urteil des Kantonsgerichtspräsidiums Zug vom 14. Juli 2005, nicht publizierte Ziff. 2.1 und 2.2 des Sachverhalts. Der Entscheid enthält aufgrund einer erweiterten Anonymisierung keine Zeitangaben. Es muss sich jedoch um einen relativ kurzen Zeitraum gehandelt haben.

<sup>119</sup> Zum vertraglichen Schadenersatzanspruch der Eltern unten, Rz 70 ff.

<sup>120</sup> Vgl. VÖLKLE, S. 114.

<sup>115</sup> Vgl. dazu ZK-STAEHELIN, OR 335b N 7.

unreinigt.<sup>121</sup> Haftungsrechtlich spielt keine Rolle, welche Version stimmt. Für den allfälligen Schaden haftet die Krippe aus Schlechterfüllung des Vertrags, wobei ihr das Verhalten der Krippenleiterin angerechnet wird (Art. 101 OR). Die Hortleiterin wurde sofort freigestellt.

### b. Gefährliche Krippe

62 Art. 15 Abs. 1 PAVO setzt für die Erteilung der Bewilligung zum Betrieb einer Krippe voraus, dass Anforderungen unter anderem in Bezug auf die Einrichtung, die Wohnhygiene und eine gesunde Ernährung eingehalten werden. Kommt ein Kind zu Schaden, weil diese Anforderungen nicht oder nicht mehr erfüllt sind, liegt eine Schlechterfüllung vor, für welche die Krippe Schadenersatzpflichtig ist.

63 Die genauen Voraussetzungen der Haftung und deren Modalitäten hängen davon ab, welche Komponente des Krippenvertrags verletzt ist: Verletzt sich das Kind etwa an gefährlichen oder mangelhaft gewarteten Einrichtungsgegenständen, so steht das mietvertragliche Element im Vordergrund. Die Krippe ist aus Art. 256 Abs. 1 OR analog verpflichtet, die Räumlichkeiten in einem zum vorausgesetzten Gebrauch tauglichen Zustand einzurichten und in demselben zu erhalten.<sup>122</sup> Die Einrichtungsgegenstände dürfen keine Gefahr für Leib und Leben der Kinder darstellen.<sup>123</sup> Die Haftung richtet sich nach Art. 259e OR analog. Ebenfalls zu prüfen ist die Werkeigentümerhaftung nach Art. 58 OR. Die Einhaltung der Hygienevorschriften ist den auftragsrechtlichen Pflichten zuzuordnen. Erkrankt das Kind infolge eines Verstosses gegen die Hygienevorschriften, haftet die Krippe gestützt auf Art. 398 Abs. 1 und 2 OR i.V.m. Art. 321e OR sowie Art. 97 Abs. 1 OR analog. Ist schliesslich das Essen verdorben, ist Schadenersatz nach Art. 368 bzw. Art. 208 OR analog geschuldet.<sup>124</sup>

### c. Entzug der Bewilligung

64 Treten nachträglich<sup>125</sup> grobe Mängel auf, die sich nicht

<sup>121</sup> Vgl. die Meldung in der NZZ vom 31. Mai 2007, S. 53: «Beruhigungsmittel an Kind verabreicht?».

<sup>122</sup> Vgl. ZK-HIGI, OR 256 N 27 ff. und 49 f.

<sup>123</sup> Vgl. RUSCH, Rz. 45, zur ähnlichen Lage bei der Benutzung eines Fitnessstudios.

<sup>124</sup> Allgemein zur Haftung der Krippe unten, Rz 70 ff.

<sup>125</sup> Art. 13 Abs. 3 PAVO bestimmt, dass Kinder bei der Heimpflege erst aufgenommen werden dürfen, wenn der Krippe die Bewilligung erteilt wurde. Das bei der Familienpflege (Art. 4 ff. PAVO) mögliche Problem, dass das Kind bereits vor Erteilung der Bewilligung platziert wurde und diese im Nachhinein nicht erteilt wird (dazu BÄTTIG, S. 129), sollte beim Krippenvertrag daher eigentlich nicht auftreten. Vgl. aber den Fall der Kinderkrippe «Sunneschii» (Antworten des Stadtrates von Zürich auf die Anfragen von Rosmarie Berthoud sowie von Susi Gut und Mauro Tuena; beide beantwortet am 18. Januar 2006; GR 2005/433 und 2005/429). Für den Fall, dass die

beseitigen lassen, kann die zuständige Behörde der Krippe als ultima ratio die Bewilligung entziehen (Art. 20 Abs. 3 PAVO).<sup>126</sup> Mit dem Entzug der Bewilligung wird der Krippenvertrag nicht automatisch beendet.<sup>127</sup> Zwar darf die Einrichtung ohne Bewilligung grundsätzlich nicht betrieben werden (vgl. Art. 13 Abs. 1 PAVO). Solange das Wohl der Kinder nicht gefährdet ist, spricht jedoch nichts dagegen, dass der Krippenbetrieb vorerst weitergeführt wird, bis die Kinder an einem anderen geeigneten Ort untergebracht werden können.<sup>128</sup> Dies liegt auch im Interesse der Eltern und der Kinder, wenn nicht sofort andere Krippenplätze verfügbar sind.<sup>129</sup>

Letztlich kann die Krippe ihre Leistung aber ohne Bewilligung nicht mehr erbringen. Es liegt eine nachträgliche subjektive Unmöglichkeit vor, wobei die Unmöglichkeit rechtlicher Natur ist.<sup>130</sup> Soweit die Krippe den Bewilligungsentzug zu vertreten hat, muss sie den Eltern den entstandenen Schaden ersetzen (Art. 97 Abs. 1 OR); hat die Krippe die Unmöglichkeit nicht verschuldet, wird sie nach Art. 119 OR frei.<sup>131</sup> Die Unmöglichkeit führt zur Beendigung des Krippenvertrags, wobei sich im Hinblick auf eine vorläufige Weiterführung des Betriebs gegenseitige, über das Vertragsende hinausgehende Abwicklungspflichten ergeben können.<sup>132</sup>

### d. «Andere» Krippe

66 Für die Eltern kann das erzieherische Konzept oder die religiöse Ausrichtung den Ausschlag geben, ihr Kind in eine bestimmte Krippe zu bringen. Stellt sich heraus, dass in Broschüren oder auf der Homepage gemachte Angaben nicht zutreffen, stellt sich für die Eltern die Frage, was sie unternehmen können. Vorstellbar ist auch, dass die Eltern eine Krippe wegen ihres Namens und den damit verbundenen Erziehungsideen eines Krippen-

Eltern doch einen Vertrag mit einer Krippe schliessen, die über keine Bewilligung verfügt, vgl. oben Rz 26.

<sup>126</sup> Zum aufsichtsrechtlichen Vorgehen unten, Rz 95 ff.

<sup>127</sup> Vgl. BÄTTIG, S. 177; GIRARD, S. 141; VÖLKLE, S. 148 f.

<sup>128</sup> Bei der Kinderkrippe «Sunneschii» (vgl. GR 2005/429; vollständig zitiert in FN 125) wurde eine Frist von knapp drei Wochen für die Schliessung der Krippe angesetzt.

<sup>129</sup> Zur Interessenlage beim Fehlen der Bewilligung bereits zuvor, Rz 26. Zum gleichen Ergebnis gelangt BÄTTIG, S. 177 unter Hinweis darauf, dass der Bewilligungsentzug rein administrativen (nichtexekutorischen) Charakters sei; a.M. GIRARD, S. 141: Der Wegfall der Bewilligung «signifie certes la fin du placement».

<sup>130</sup> Zur Unmöglichkeit statt vieler GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Rz 2588 ff., insb. Rz 2602 und 2604.

<sup>131</sup> So die herrschende Lehre; eine neuere Lehre versteht die subjektive Unmöglichkeit demgegenüber als Fall des Schuldnerverzugs, vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Rz 2608 ff. mit weiteren Hinweisen.

<sup>132</sup> Vgl. GAUCH, Dauerverträge, S. 17 f. und 201 ff.

verbandes gewählt haben, die Krippe aber gar nicht diesem Verband angehört.<sup>133</sup>

67 In erster Linie können sich die Eltern auf einen Grundlagenirrtum berufen (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR). Dass zum Beispiel die konfessionelle Zugehörigkeit einer Krippe nicht nur für die Eltern eine notwendige Grundlage des Vertrags bildet, sondern auch objektiv «nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr» als wesentlich anzusehen ist, leuchtet ein. Regelmässig wird die Bedeutung, welche die irrenden Eltern dem vorgestellten Sachverhalt beimessen, auch für die Krippe erkennbar sein.<sup>134</sup> Mit der Geltendmachung des Irrtums fällt der Vertrag rückwirkend dahin.<sup>135</sup> Soweit der Krippenvertrag schon über eine gewisse Zeit erfüllt wurde, ist eine Rückabwicklung jedoch weder praktikabel noch sinnvoll und die Anfechtung daher als ausserordentliche Kündigung mit der Wirkung ex nunc zu behandeln.<sup>136</sup> Ausserdem können die falschen Angaben der Krippe eine absichtliche Täuschung (Art. 28 OR) sowie eine Irreführung der Eltern (Art. 3 lit. b und d UWG) darstellen.<sup>137</sup> Die Eltern können einen allfälligen Schaden aus culpa in contrahendo geltend machen, im Falle des Art. 28 OR auch aus Delikt (Art. 41 Abs. 1 OR).<sup>138</sup>

68 Das Versprechen, ein bestimmtes Erziehungskonzept zu verfolgen, kann sodann eine Zusicherung darstellen.<sup>139</sup> Wird diese Erziehung in der Folge nicht gewährt, kann darin eine Schlechterfüllung liegen, wofür die Krippe grundsätzlich schadenersatzpflichtig ist (Art. 398 Abs.

1 und 2 OR i.V.m. Art. 321e OR sowie Art. 97 Abs. 1 OR analog). Die Lehre befürwortet zudem in Ergänzung des Gesetzes ein Rücktritts- bzw. Kündigungsrecht der Eltern. Im Gegensatz zum Schadenersatzanspruch setzt das Rücktrittsrecht kein Verschulden der Krippe voraus.<sup>140</sup> Bei werbemässigen Aussagen von Verbandskrippen kommt ausserdem eine Haftung des Verbands aus «erwecktem Konzernvertrauen» in Betracht.<sup>141</sup> Bei den Eltern könnte die Erwartung erweckt werden, dass der Verband die Einhaltung seiner Erziehungs- und anderen Grundsätze durch die einzelnen Krippen überprüfe.

Freilich werden die Eltern oder das Kind nur schwer einen Schaden nachweisen können, wenn eine Krippe die versprochenen Erziehungsmethoden oder religiösen Konzepte nicht richtig umsetzt. Eher sind diese Fälle geeignet, das Vertrauen der Eltern in die Krippe zu erschüttern und somit zum Wunsch zu führen, den Vertrag aufzulösen.

## e. Haftung gegenüber Eltern und Kind

### (i) Haftung aus Vertrag

Der vertragliche Schadenersatzanspruch richtet sich grundsätzlich nach Art. 97 ff. OR.<sup>142</sup> Je nach verletzter Pflicht sind überdies die Besonderheiten der auftragsrechtlichen (Art. 398 Abs. 1 und 2 OR i.V.m. Art. 321e OR), der mietrechtlichen (Art. 259e OR) oder der werk- bzw. kaufrechtlichen Haftung (Art. 368 bzw. Art. 208 OR) zu beachten.<sup>143</sup> Für ihre Hilfspersonen haftet die Krippe aufgrund von Art. 101 OR, wenn der Schaden in Erfüllung der Schuldpflicht entsteht. Verursacht das Organ einer juristischen Person einen Schaden, so haftet die Krippe gemäss Art. 97 ff. OR i.V.m. Art. 55 Abs. 2 ZGB.

<sup>133</sup> BGE 130 III 113 ff. lag der Sachverhalt zugrunde, dass die Beklagte einen Kindergarten betrieb, den sie «Montessori-Kindergarten» nannte. Gegen sie klagte der Verein «Assoziation Montessori (Schweiz)» als Inhaber der schweizerischen Marke «Montessori». Der Verein bezweckte die Förderung des von der italienischen Ärztin Maria Montessori (1870-1952) begründeten Erziehungswegs und die Verbreitung deren Ideen (vgl. auch FN 73). Das Bundesgericht bestätigte ein Urteil des Obergerichts Luzern, welches der Beklagten die Verwendung des Namens «Montessori» untersagt hatte.

<sup>134</sup> Damit erweist sich die umstrittene Frage als irrelevant, ob die Erkennbarkeit Voraussetzung für die Berufung auf den Grundlagenirrtum ist (so BGE 127 V 301 ff., 307 f.; 118 II 297 ff. 300; BK-SCHMIDLIN, OR 23/24 N 75 ff.; SCHWENZER, OR AT, Rz 37.27; anderer Meinung HUGUENIN, OR AT, Rz 485 f.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Rz 781 und 786).

<sup>135</sup> Nach anderer Ansicht ist der Vertrag schon von Beginn an ungültig (sog. Ungültigkeitstheorie; vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Rz 890).

<sup>136</sup> Vgl. BGE 129 III 320 ff., 329 f. mit weiteren Hinweisen; HUGUENIN, OR AT, Rz 529.

<sup>137</sup> Zum UWG vgl. BAUDENBACHER, UWG 3 lit. b N 91 ff. und UWG 3 lit. d N 113. Soweit der Name eines Krippenverbandes angemasst wird, ist sodann (im Verhältnis der Krippe zum Verband) Art. 29 Abs. 2 ZGB zu beachten.

<sup>138</sup> Vgl. SCHWENZER, OR AT, Rz 39.36 und 39.38; BSK-SCHWENZER, OR 31 N 23.

<sup>139</sup> Vgl. HUGUENIN, OR AT, Rz 1192, nach welcher Zusicherungen auch ausserhalb von Kaufverträgen möglich sind.

<sup>140</sup> Vgl. zum Rücktrittsrecht bei der Schlechterfüllung BSK-WIEGAND, OR 97 N 58.

<sup>141</sup> Vgl. zur Haftung aus erwecktem Konzernvertrauen BGE 120 II 331 ff. (Swissair-Entscheid): Das Bundesgericht hatte eine Haftung der Konzernmutter gegenüber der Vertragspartnerin ihrer Tochtergesellschaft bejaht, weil die Mutter durch ihr Verhalten bestimmte Erwartungen in ihr Konzernverhalten erweckt und später treuwidrig enttäuscht hatte. In den Werbeunterlagen der Tochter war die Einbindung in den Konzern werbemässig herausgestrichen worden. Allerdings setzte das Bundesgericht der Haftung sogleich selber Schranken, indem es ausführte: «Die Muttergesellschaft hat nicht unbesehen für den Erfolg des Tochterunternehmens einzustehen und haftet bei dessen Scheitern den Geschäftspartnern nicht ohne weiteres für allfälligen Schaden, der ihnen aus dem Misserfolg erwächst. Schutz verdient nicht, wer bloss Opfer seiner eigenen Unvorsichtigkeit und Vertrauensseligkeit oder der Verwirklichung allgemeiner Geschäftsrisiken wird [...], sondern nur, wessen berechtigtes Vertrauen missbraucht wird.» (E 5.a).

<sup>142</sup> KEHL, S. 112; KELLER, S. 186.

<sup>143</sup> Vgl. demgegenüber VÖLKLE, S. 112 f., welche nur die auftragsrechtliche Komponente (Art. 398 Abs. 2 OR) untersucht, während KEHL, S. 112, einzig Art. 97 ff. OR als Haftungsgrundlage angibt.



71 Näher einzugehen ist auf Art. 398 Abs. 2 OR, der zu berücksichtigen ist, soweit sich die Haftung im Falle mangelhafter Betreuung nach Auftragsrecht richtet. Art. 398 Abs. 2 OR statuiert eine Sorgfalts- und Treuepflicht des Beauftragten. Zur sorgfältigen Ausführung gehört, dass die Krippe bei der Pflege und der Erziehung das Alter und die individuellen Veranlagungen des Kindes berücksichtigt und dafür sorgt, dass dem Kind kein Schaden erwächst.<sup>144</sup> Im Rahmen der Treuepflicht hat die Krippe die Interessen der Eltern zu wahren. Als Ausfluss davon hat sie die Eltern über alle ihr Kind betreffenden, wichtigen Tatsachen zu informieren und gegebenenfalls zu beraten.<sup>145</sup>

72 Die Krippe haftet grundsätzlich für jedes Verschulden (Art. 99 Abs. 1 OR), also auch für Fahrlässigkeit. Hinsichtlich der Betreuungskomponente bestimmt sich der Sorgfaltsmassstab nach Art. 398 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 321e Abs. 2 OR. Ob der Krippe (bzw. ihren Angestellten) ein Verschulden vorzuwerfen ist, bestimmt sich nach Art und Schwierigkeit der zu verrichtenden Tätigkeit sowie aufgrund der erforderlichen Fachkenntnisse.<sup>146</sup> In die Würdigung einzubeziehen ist auch, dass der Krippe die Obhut über die Kinder anvertraut und damit ein besonderes Vertrauen entgegengebracht wird.<sup>147</sup> Fehlt es dem Krippenpersonal an den erforderlichen Fähigkeiten und Fachkenntnissen, liegt ein Übernahmeverschulden der Krippe vor.

73 Da der Krippenvertrag entgeltlich ist,<sup>148</sup> führt Art. 99 Abs. 2 OR grundsätzlich zu keiner Reduktion des Schadenersatzes.<sup>149</sup> Eine solidarische Haftung nach Art. 403 Abs. 2 OR kommt beim Krippenvertrag in der Regel nicht in Betracht, da lediglich die Krippe Beauftragte im Sinne des Gesetzes ist.<sup>150</sup> Anders als beim Pflegegeld<sup>151</sup> handelt es sich beim Schadenersatzanspruch um keine periodische

Leistung, weshalb er normal nach zehn Jahren verjährt (Art. 127 OR).

Obwohl das Kind nicht Vertragspartei wird, können die Eltern den eigenen Schaden und den Schaden des Kindes als dessen Vertreter mit vertraglichen Rechtsbehelfen einfordern. Dies folgt aus dem Wesen des Vertrags zugunsten Dritter. Ein Vertrag zugunsten Dritter – auch ein unechter – hat stets Schutzwirkungen zugunsten des Dritten.<sup>152</sup> Das Kind als Dritter hat zwar keinen Erfüllungsanspruch, aber einen vertraglichen Schadenersatzanspruch, wenn es bei der Erfüllung einen Schaden erleidet. Diesen Anspruch können die Eltern als gesetzliche Vertreter des Kindes einklagen. Anders ist die ungünstige Situation nicht zu lösen, dass die Eltern Vertragspartei sind, das Kind aber den Schaden hat. Unbillig wäre es, dem Kind nur ausservertragliche Ansprüche zu gewähren.<sup>153</sup>

Unter den Voraussetzungen von Art. 47 bzw. 49 OR können im Rahmen von Vertragsverletzungen auch Genugtuungsansprüche für erlittene immaterielle Unbill geltend gemacht werden.<sup>154</sup>

#### (ii) Ausservertragliche Haftung

Neben der vertraglichen Haftung ist die Krippe auch für unerlaubte Handlungen ihrer Organe (Art. 41 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 55 Abs. 2 ZGB) und Hilfspersonen (Art. 55 OR) verantwortlich. Der diesbezügliche Schadenersatzanspruch steht dem Kind zu. Die Widerrechtlichkeit kann in der Verletzung der körperlichen Integrität oder des Eigentums (Spielsachen, Kleider etc.) des Kindes bestehen.<sup>155</sup> Die unerlaubte «Handlung» wird häufig in einer Unterlassung bestehen.

Die Krippe kann auch aus ihrer Verantwortung als Familienhaupt (Art. 333 ZGB) haftpflichtig werden, wenn die Verletzung ihrer Aufsichtspflicht dazu führt, dass ein

<sup>144</sup> Vgl. VÖLKLE, S. 112 f.

<sup>145</sup> So auch der Stadtrat von Zürich in der Antwort auf die schriftliche Anfrage von Rosmarie Berthoud (GR 2005/433, zu Frage 2).

<sup>146</sup> Vgl. BGE 127 III 357 ff., 359; HUGUENIN, OR BT, Rz 789; differenziert BK-FELLMANN, OR 398 N 479 ff. und HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 128. Der Fahrlässigkeitsbegriff ist objektiviert.

<sup>147</sup> KEHL, S. 112; vgl. auch HUGUENIN, OR BT, Rz 788 mit weiteren Hinweisen.

<sup>148</sup> Anders daher unter Umständen beim unentgeltlichen Pflegeverhältnis; vgl. KEHL, S. 112; VÖLKLE, S. 114.

<sup>149</sup> Nach herrschender Lehre ist Art. 99 Abs. 2 OR erst bei der Schadenersatzbemessung anzuwenden: BK-FELLMANN, OR 398 N 497, 508; HUGUENIN, OR BT, Rz 787; BSK-WEBER, OR 398 N 31; a.M. HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 127 f., der dafür hält, dass bei Unentgeltlichkeit schon der Sorgfaltsmassstab weniger streng angewendet werden soll.

<sup>150</sup> Dies im Unterschied zum Erziehungsauftrag an die Pflegeeltern, der regelmässig an beide erteilt wird (vgl. VÖLKLE, S. 113).

<sup>151</sup> Dazu unten Rz 108.

<sup>152</sup> Zum Schadenersatzanspruch des Dritten beim unechten Vertrag zugunsten Dritter ausführlich KRAUSKOPF, Rz 761 ff. und 798 ff., je mit weiteren Hinweisen. Vgl. auch GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Rz 4111 und BGE 120 II 112 ff., 116; zum deutschen Recht PAPANIKOLAOU, S. 58. Zum Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter siehe BSK-GONZENBACH, OR 112 N 22 ff. und SCHWENZER, OR AT, Rz 87.01 ff.

<sup>153</sup> Zu den Nachteilen einer rein ausservertraglichen Haftung siehe statt vieler KRAUSKOPF, Rz 762. Die Nachteile betreffen die Verjährung, die Verschuldensvermutung, die Haftung für reine Vermögensschäden sowie die Haftung für Hilfspersonen.

<sup>154</sup> BGE 116 II 519 ff., 520 f.; vgl. auch das Urteil des Bundesgerichts 4C.32/2003 vom 19. Mai 2003, E. 2.2; BUCHER, OR AT, S. 349.

<sup>155</sup> Denkbar ist auch, dass eine Vernachlässigung der der Krippe obliegenden Fürsorge- und Sorgfaltspflichten die Widerrechtlichkeit begründet (so VÖLKLE, S. 115). Praktisch ist allerdings nicht ersichtlich, wann das Bedürfnis besteht, die Widerrechtlichkeit auf diese Weise zu begründen, da zumeist ein Körper- oder ein Sachschaden vorliegen wird.

Kind das andere schädigt.<sup>156</sup> Als Familienhaupt hat die Krippe ferner die vom Kind eingebrachten Sachen mit der gleichen Sorgfalt zu verwahren und gegen Schaden sicherzustellen wie die eigenen (Art. 332 Abs. 3 ZGB). Verletzt die Krippe diese Pflicht, haftet sie für jedes Verschulden.<sup>157</sup>

### (iii) Haftung nach öffentlichem Recht?

78 Eine öffentlichrechtliche Haftung könnte bestehen, soweit ein Gemeinwesen oder eine (selbständige) öffentlichrechtliche Anstalt eine Kinderkrippe betreibt.<sup>158</sup> Einschlägig sind Art. 59 ZGB und Art. 61 OR. Ob für die Kinderkrippe mit öffentlichrechtlicher Trägerschaft nach Privatrecht oder öffentlichem Recht gehaftet wird, hängt davon ab, ob die Tätigkeit einer Kinderkrippe *amtlichen* oder *gewerblichen* Charakter hat.<sup>159</sup> Die öffentlichrechtliche Trägerschaft der Krippe tritt den Eltern gegenüber nicht hoheitlich, sondern gleichgeordnet auf. Ihre Tätigkeit steht in Konkurrenz mit den von privaten Trägern betriebenen Krippen. Der Betrieb der Kinderkrippe ist deshalb eher als gewerbliche Verrichtung zu qualifizieren, für die nach Privatrecht gehaftet wird.

### (iv) Haftungsbeschränkung

79 In den AGB wird oft die Haftung der Krippe für vom Kind mitgebrachte Spielsachen sowie für dessen Kleider, Schmuck und Geld ausgeschlossen. Vereinzelt wird die Haftung auch umfassend für alle «Personen- und Sachschäden» wegbedungen. Nachstehend ist zu prüfen, ob und in welchem Umfang solche Freizeichnungen wirksam sind. Dabei wird zunächst die Freizeichnung der Krippe von ihrer eigenen Haftung untersucht (Rz 80 ff.), anschliessend die Wegbedingung ihrer Haftung für Hilfspersonen (Rz 84) sowie schliesslich der Ausschluss der Haftung der Hilfspersonen selber (Rz 85) und des Schadenersatzanspruchs des Kindes (Rz 86).

80 Als Ausfluss der Privatautonomie sind die Vertragspartner grundsätzlich frei, ihre Haftung zu beschränken. Einer umfassenden Freizeichnung sind jedoch zum Schutz der schwächeren oder unerfahreneren Vertragspartei Grenzen gesetzt. Zunächst bestimmt Art. 100 Abs. 1 OR, dass der Haftungsausschluss für vorsätzliche oder grobfahrlässige Schädigungen nichtig ist. Die herrschende Lehre befürwortet indessen eine Reduktion der Haftung auf das erlaubte Mass, bei einem Machtgefälle zwischen

dem Verwender und seinem Vertragspartner sogar auf das übliche Mass.<sup>160</sup>

Weitere Schranken der Freizeichnung finden sich im Besonderen Teil des OR. Soweit beim Krippenvertrag das *auftragsrechtliche* Element im Vordergrund steht, stellt sich die Frage, ob nicht bereits eine Freizeichnung für leichte Fahrlässigkeit unzulässig ist. So wird die Ansicht vertreten, die Sorgfalt sei ein wesentliches Vertragsmerkmal und ihre Wegbedingung widerspreche der Natur des Auftrags.<sup>161</sup> Richtigerweise ist die Verletzung der Sorgfalt sowohl bei der Beurteilung der Pflichtwidrigkeit als auch beim Verschulden zu berücksichtigen.<sup>162</sup> Die Sorgfalt als Vertragsgegenstand kann nicht wegbedungen werden; im Bereich des Verschuldens ist ihre Beschränkung dagegen im Rahmen von Art. 100 OR möglich. In Bezug auf die *mietrechtliche* Komponente verbietet Art. 256 Abs. 2 lit. a OR eine Beschränkung der Pflichten und Haftung der Krippe in vorformulierten allgemeinen Geschäftsbedingungen. Davon werden alle vorformulierten Verträge erfasst, die für einen vielfachen Gebrauch vorgesehen sind.<sup>163</sup>

Zu beachten sind ferner die allgemeinen Schranken der Vertragsfreiheit, namentlich Art. 19/20 OR. In diesem Zusammenhang ist insbesondere auf die in der Lehre umstrittene Freizeichnung für *Körperschäden* hinzuweisen. Nach einem Teil der Lehre ist eine Wegbedingung der Haftung für Körperschäden generell unzulässig; andere Autoren lassen eine solche Freizeichnung (in beschränktem Rahmen) zu.<sup>164</sup> Soweit die Lehre eine Wegbedingung der Haftung für Körperschäden für zulässig erachtet, wird mitunter darauf abgestellt, ob dem schädigenden Verhalten ein vernünftiger Zweck zugrunde liegt und wie

<sup>156</sup> Dazu ausführlich unten, Rz 88 ff., insb. Rz 91 mit weiteren Hinweisen.

<sup>157</sup> ZK-EGGER, ZGB 332 N 6; KEHL, S. 111.

<sup>158</sup> Vgl. Ziff. 2.2 der Richtlinien der Bildungsdirektion des Kantons Zürich (zitiert in Rz 29), nach denen die Krippe über einen private oder eine öffentlichrechtliche Trägerschaft verfügen kann.

<sup>159</sup> HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz 2269 ff.; vgl. BSK-SCHNYDER, OR 61 N 6 ff., 9.

<sup>160</sup> Dazu ausführlich HOCHSTRASSER, Rz 163 ff., insb. 177 ff.; SCHWENZER, Beschränkung, S. 122; ZIRLICK, S. 392 ff.; je mit weiteren Hinweisen.

<sup>161</sup> So BSK-WIEGAND, OR 100 N 6; vgl. auch BUCHER, OR AT, S. 348 FN 77 und HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 127; das Bundesgericht liess die Frage in BGE 124 III 155 ff., 165 offen.

<sup>162</sup> BK-FELLMANN, OR 398 N 19 ff.; BK-WEBER, OR 100 N 44. Allerdings fällt die Unterscheidung in der Praxis oft schwer (RUSCH, Rz 48).

<sup>163</sup> ZK-HIGI, OR 256 N 61; BSK-WEBER, OR 256 N 5. Im *Kaufrecht* ist schliesslich Art. 199 OR zu beachten. Zum Verhältnis von Art. 199 OR zu Art. 100 OR vgl. BUOL, Rz 281 f. und Rz 383 mit weiteren Hinweisen.

<sup>164</sup> Gegen die Zulässigkeit der Freizeichnung für Personenschäden: BUOL, Rz 336; BSK-HUGUENIN, OR 19/20 N 44; BK-KRAMER, OR 19-20 N 212; LÖRTSCHER, S. 222 f.; OESCH, S. 126 f. und 170; SCHWENZER, OR AT, Rz 24.14; ebenso das Obergericht des Kantons Zürich, ZR 56 (1957), Nr. 101, S. 201 ff., 211. Für eine (beschränkte) Zulässigkeit demgegenüber HONSELL, S. 759; SPIRO, S. 347 f.; VON BÜREN, S. 407 FN 214; BK-WEBER, OR 100 N 34; ZIRLICK, S. 269 ff. Das Bundesgericht hat sich zu dieser Frage bislang nicht klar geäußert: In BGE 94 II 151 ff., 153 schien es implizit davon auszugehen, dass die Haftung für Personenschäden wegbedungen werden kann; im Urteil vom 7. Februar 1933, SJ 1934, S. 1 ff., 10, führte es dagegen aus, dass ein Verzicht auf die körperliche Integrität sittenwidrig sein könne.

schwer die Verletzung wiegt.<sup>165</sup> Beim Krippenvertrag ist zu berücksichtigen, dass die Eltern der Krippe die Obhut anvertrauen und gerade erwarten, dass die Krippe ihre Kinder beaufsichtigt und vor Gefahren für Leib und Leben schützt. Eine Freizeichnung steht dem Interesse der Eltern diametral entgegen und kann durch keinen vernünftigen Grund gerechtfertigt werden. Die Wegbedingung der Haftung der Krippe für Körperschäden ist daher auf jeden Fall unzulässig. Soweit sich eine entsprechende Klausel in AGB findet, könnte sie ausserdem ungewöhnlich sein.<sup>166</sup>

83 Mit dem vertraglichen Schadenersatzanspruch kann ein ausservertraglicher konkurrieren; namentlich kann die Krippe auch aus unerlaubter Handlung (Art. 41 Abs. 1 OR) oder aufgrund ihrer Stellung als Familienhaupt (nach Art. 333 ZGB) haftbar werden.<sup>167</sup> Ob eine Freizeichnung auch den ausservertraglichen Anspruch umfasst, ist eine Frage der Auslegung.<sup>168</sup> Die Haftung der Krippe als Familienhaupt kann gegenüber Dritten schon mangels vertraglicher Beziehung nicht wegbedungen werden.<sup>169</sup> Soweit die Krippe gemäss Art. 333 ZGB den Eltern eines Kindes für das Verhalten eines anderen Kindes haftet, muss aber eine Haftungsbeschränkung in den zuvor genannten Schranken zulässig sein.

84 Im Gegensatz zur Haftung für eigene Fehler, kann die Krippe ihre Haftung für Schäden, die von Hilfspersonen – insbesondere ihren Angestellten – verursacht werden, vollumfänglich wegbedingen (Art. 101 Abs. 2 OR). Ob eine Freizeichnungsklausel tatsächlich auch die Haftung für Hilfspersonen umfasst, ist durch Auslegung zu ermitteln.<sup>170</sup> Die Krippe will ihre Haftung regelmässig umfassend wegbedingen, gleichgültig aus welchem Rechtstitel sie sich ergibt. Auch die Eltern werden die Vereinbarung zumeist so verstehen, dass sie im Schadensfall keinen Ersatz erhalten. Ergibt die Auslegung einer in AGB enthaltenen Freizeichnungsklausel jedoch kein eindeutiges Ergebnis, muss sich die Krippe als Verfasserin der AGB nach der Unklarheitenregel die ungünstigere Auslegungsvariante entgegenhalten lassen.<sup>171</sup>

85 Ausnahmsweise kann die Freizeichnung der Krippe auch zugunsten ihrer Hilfspersonen wirken, wenn diese von

den Eltern bzw. dem Kind direkt aus unerlaubter Handlung in Anspruch genommen werden.<sup>172</sup> Ob die Parteien eine solche Drittwirkung beabsichtigt haben, ist in erster Linie wiederum eine Frage der Auslegung.<sup>173</sup> Soweit sich die Parteien darüber keine Gedanken gemacht haben, kommt überdies eine Vertragsergänzung in Frage.<sup>174</sup> Anhaltspunkte für eine Drittwirkung können sein, dass die Krippe eine Risikoverlagerung auf die Eltern beabsichtigt, ebenso, dass sie als juristische Person die Kinder selber nicht beaufsichtigen kann. Auch wäre es störend, wenn die (in sozialer und finanzieller Hinsicht meist schwächeren) Angestellten für entstandene Schäden haften würden, während die Krippe von der Haftung befreit ist. Dies zumal die Krippe den wirtschaftlichen Nutzen aus der Tätigkeit der Angestellten zieht und das Betriebsrisiko versichern kann. Auch hier sind aber die allgemeinen Schranken der Freizeichnung, namentlich die Ungewöhnlichkeits- und die Unklarheitenregel zu beachten.

Soweit das Kind einen eigenen Schadenersatzanspruch hat,<sup>175</sup> stellt sich schliesslich die Frage, ob dieser durch den Vertrag der Krippe mit den Eltern beschränkt werden kann. Im Ergebnis käme dies einer Freizeichnung zugunsten Dritter gleich. Vorab ist festzuhalten, dass der Anspruch im Falle einer Körperverletzung schon grundsätzlich nicht ausgeschlossen werden kann.<sup>176</sup> In Bezug auf einen Sachschaden erscheint es demgegenüber sachgerecht, wenn der (gültige) Haftungsausschluss gegenüber den Eltern auch zugunsten des Kindes wirkt. Das Kind ist der eigentliche Adressat der Leistung der Krippe. Würde nicht auch der Anspruch des Kindes beschränkt, wäre die Freizeichnung der Krippe im Ergebnis wertlos.<sup>177</sup>

Zusammenfassend ist die Beschränkung der Haftung der Krippe für vom Kind mitgebrachte Spielsachen, Kleider, Geld etc. im Rahmen der gesetzlichen Schranken nicht zu beanstanden. Ob die Haftungswegbedingung auch für die Hilfspersonenhaftung und die (eigene) Haftung der Hilfspersonen gilt, ist im Einzelfall durch Auslegung und allenfalls Ergänzung des Vertrags zu entscheiden. Unzulässig ist hingegen der Ausschluss der Haftung in Bezug auf Körperschäden.

<sup>165</sup> HOCHSTRASSER, Rz 108 ff. mit weiteren Hinweisen.

<sup>166</sup> Vgl. zur Ungewöhnlichkeit von Freizeichnungsklauseln auch RUSCH, Rz 52.

<sup>167</sup> Dazu oben, Rz 76 ff.

<sup>168</sup> HOCHSTRASSER, Rz 130; LÖRTSCHER, S. 121 f.; OESCH, S. 173 f.; ZIRLICK, S. 146 ff.

<sup>169</sup> In diesem Sinne wohl auch KEHL, S. 75, wenn er (ohne Einschränkungen zu machen) annimmt, die Haftung gemäss Art. 333 ZGB könne generell nicht vertraglich wegbedungen werden.

<sup>170</sup> GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Rz 2898; BSK-WIEGAND, OR 101 N 16; vgl. auch BGE 124 III 155 ff., 165.

<sup>171</sup> Vgl. RUSCH, Rz 49.

<sup>172</sup> Für die Zulässigkeit der Wirkung einer Freizeichnung zugunsten Dritter BUCHER, OR AT, S. 478; HOCHSTRASSER, Rz 217 ff. und ZIRLICK, S. 311.

<sup>173</sup> Vgl. HOCHSTRASSER, Rz 60 ff.

<sup>174</sup> Dazu ausführlich HOCHSTRASSER, Rz 240 ff.; vgl. auch KRAUSKOPF, Rz 1563 f. sowie ZIRLICK, S. 304 ff. und 318 ff.

<sup>175</sup> Vgl. zuvor, Rz 74 und 76.

<sup>176</sup> Vorne, Rz 82.

<sup>177</sup> Vgl. zur Freizeichnung zugunsten Dritter HOCHSTRASSER, Rz 483 ff., speziell zur Drittwirkung beim Vertrag zugunsten Dritter Rz 618 ff. mit weiteren Hinweisen.

## f. Haftung gegenüber Dritten

- 88 Die Kinderkrippe begründet eine Hausgemeinschaft. Der Hausgemeinschaft steht ein Familienhaupt vor, das nach Art. 333 ZGB für die Verletzung seiner Aufsichtspflicht haftet, wenn diese dazu führt, dass das Kind einen Schaden verursacht. Es handelt sich dabei um eine Kausalhaftung mit der Möglichkeit des Entlastungs-, nicht aber des Exkulpationsbeweises.<sup>178</sup> Im Einzelnen ist dazu Folgendes zu bemerken:
- 89 Die Hausgemeinschaft muss für eine gewisse Dauer begründet sein.<sup>179</sup> Diese Voraussetzung ist beim Krippenvertrag erfüllt. Dass die Kinder zuhause der Hausgewalt der Eltern unterstehen, schliesst nicht aus, dass auch die Krippe nach Art. 333 ZGB haftet. Zwar kann niemand gleichzeitig mehreren Hausgewalten unterstehen,<sup>180</sup> es ist aber möglich, dass die Hausgewalt zwischen Eltern und Krippe hin- und herwechselt.<sup>181</sup>
- 90 Die Hausgewalt kann auch juristischen Personen zustehen.<sup>182</sup> Beim Krippenvertrag ist deshalb regelmässig die Krippe (bzw. der sie tragende Verein) als Familienhaupt anzusehen. Dies jedenfalls solange nicht ein oder mehrere Organe – namentlich die Krippenleiter – die Stellung als Familienhaupt einnehmen.<sup>183</sup> Die Krippe haftet für das fehlerhafte Verhalten der Hilfspersonen, denen sie die Beaufsichtigung überträgt, wie für ihr eigenes. Anders als der Geschäftsherr haftet sie damit nicht bloss für sorgfältige Auswahl, Instruktion und Beaufsichtigung.<sup>184</sup> Auch staatliche Krippen können dieser Kausalhaftung unterstehen.<sup>185</sup>
- 91 Als Geschädigte kommen sowohl ausserhalb der Hausgemeinschaft stehende Dritte als auch andere Kinder in der Krippe in Betracht.<sup>186</sup> Obwohl die Krippe als Inhaberin der Obhut das Kind auch vor sich selber zu schützen

hat, haftet sie nicht aufgrund von Art. 333 ZGB, wenn das Kind sich selbst bzw. sein Vermögen schädigt.<sup>187</sup>

Bei Schäden, die von einem unmündigen Hausgenossen verursacht worden sind, wird die mangelhafte Beaufsichtigung des Unmündigen durch das Familienhaupt gesetzlich vermutet.<sup>188</sup> Das Familienhaupt hat aber die Möglichkeit, einen Entlastungsbeweis zu führen. Nach Art. 333 Abs. 1 ZGB hat es zu beweisen, dass es die übliche und durch die Umstände gebotene Sorgfalt in der Beaufsichtigung beobachtet hat. Dabei stellt das Bundesgericht zunächst darauf ab, ob die schädigende Handlung überhaupt voraussehbar war.<sup>189</sup> Sodann ist die Sorgfalt nach den «örtlichen, sozialen und persönlichen Verhältnissen, insbesondere den lokalen Gegebenheiten, dem Alter und Charakter des Unmündigen und der Natur des Instrumentes, mit dem möglicherweise ein Schaden verursacht werden kann»,<sup>190</sup> zu bestimmen. Ein Krippenleiter wird damit die Kinder intensiver beaufsichtigen müssen als ein Hortleiter, dessen Kinder bereits älter sind. Eine ständige Überwachung des Kindes ist indessen auch beim Krippenvertrag nicht geschuldet.<sup>191</sup> Weiter hat die Krippe alle Massnahmen zur Schadensverhinderung zu ergreifen.<sup>192</sup> Als Familienhaupt kann sie insbesondere eine geeignete Hausordnung aufstellen (vgl. Art. 332 Abs. 1 ZGB). Von selbst versteht sich, dass den Kindern grundsätzlich keine gefährlichen Gegenstände zu überlassen sind; wenn doch, ist ihnen die nötige Anleitung zu geben.<sup>193</sup>

Die Krippe kann Regress auf die Eltern nehmen, wenn diese es unterlassen haben, die Krippe über besondere oder gefährliche Eigenschaften des Kindes zu unterrichten. Ebenso kann die Krippe nach Art. 51 OR auf ihre Leiter und Angestellten zurückgreifen, soweit diese selber aus unerlaubter Handlung haften.<sup>194</sup> Steht die Obhut mehreren Organen gemeinsam zu, haften sie solidarisch.<sup>195</sup>

Gegenüber Dritten kann die Krippe schliesslich auch aus unerlaubter Handlung (Art. 41 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 55

<sup>178</sup> BGE 103 II 24 ff., 26 f.; BSK-GIRSBERGER, ZGB 333 N 1.

<sup>179</sup> KEHL, S. 110; REY, Rz 1140; OFTINGER/STARK, II/1, § 22 N 40.

<sup>180</sup> BGE 71 II 61 ff., 63; KEHL, S. 109.

<sup>181</sup> Vgl. KEHL, S. 109 mit weiteren Hinweisen; OFTINGER/STARK, II/1, § 22 N 40 f.

<sup>182</sup> Vgl. BGE 79 II 261 ff., 263 f.; überdies BSK-GIRSBERGER, ZGB 333 N 2; KEHL, S. 110.

<sup>183</sup> KEHL, S. 110. Anders ausgedrückt hat die Krippe immer dann die Hausgewalt, wenn sie im Einzelfall nicht eindeutig einem Organ zusteht. Zu beachten ist auch, dass im Kanton Zürich die Bewilligung zum Betrieb einer Krippe der Trägerschaft und nicht dem Krippenleiter erteilt wird (Ziff. 3 Abs. 4 der Richtlinien über die Bewilligung von Kinderkrippen vom 1. Dezember 2002; in Abweichung von Art. 16 Abs. 1 PAVO).

<sup>184</sup> Vgl. BGE 103 II 24 ff., 32; BSK-GIRSBERGER, ZGB 333 N 5.

<sup>185</sup> BSK-GIRSBERGER, ZGB 333 N 2; OFTINGER/STARK, II/1, § 22 N 53; a.M. wohl GIRARD, S. 129.

<sup>186</sup> BSK-GIRSBERGER, ZGB 333 N 3; OFTINGER/STARK, II/1, § 22 N 72.

<sup>187</sup> KEHL, S. 111. In Frage kommt aber eine Haftung aus Vertrag oder aus unerlaubter Handlung.

<sup>188</sup> So ausdrücklich BGE 100 II 298 ff., 301; vgl. auch BGE 57 II 127 ff., 131.

<sup>189</sup> BGE 100 II 298 ff., 301; 79 II 350 ff., 353; 74 II 193 ff., 196; siehe zu diesem Kriterium aber TANNER, Rz 11.

<sup>190</sup> So BGE 100 II 298 ff., 301.

<sup>191</sup> Vgl. BGE 79 II 261 ff., 264; OFTINGER/STARK, II/1, § 22 N 89; vgl. auch den Entscheid des Bundesgerichts 5C.41/2007 vom 14. Juni 2007 zu einem Schlittelfunfall mit Kleinkindern und zur Aufsichtspflicht des Familienhauptes.

<sup>192</sup> BGE 100 II 298 ff., 301; 79 II 350 ff., 353.

<sup>193</sup> Vgl. BGE 100 II 298 ff., 301; 43 II 144 ff., 147.

<sup>194</sup> Vgl. KEHL, S. 111; VÖLKLE, S. 117.

<sup>195</sup> GIRARD, S. 129; KEHL, S. 109; OFTINGER/STARK, II/1, § 22 N 50; VÖLKLE S. 117.

Abs. 2 ZGB) oder als Geschäftsherrin (Art. 55 OR) haftbar werden.

### g. Aufsichtsrechtliches Vorgehen

95 Sind die Voraussetzungen für den Betrieb der Krippe nicht mehr erfüllt, ist namentlich das Kindeswohl nicht mehr gewährleistet, ist ein aufsichtsrechtliches Vorgehen erforderlich. Zu diesem Zweck sieht Art. 19 Abs. 1 PAVO vor, dass sachkundige Vertreter der Vormundschaftsbehörde<sup>196</sup> die Krippe so oft als nötig, mindestens aber alle zwei Jahre besuchen. Die Krippe hat ausserdem besondere Vorkommnisse zu melden (Art. 18 Abs. 2 PAVO). Selbstverständlich können auch die Eltern der Behörde zur Anzeige bringen, wenn Anhaltspunkte dafür bestehen, dass das Kindeswohl gefährdet ist.

96 Fehlt es nachträglich an den Voraussetzungen für die Bewilligungserteilung, sieht Art. 20 Abs. 1 PAVO vor, dass die Mängel in erster Linie durch Beratung oder Vermittlung fachkundiger Hilfe zu beseitigen sind. Besteht der Mangel beispielsweise in einer falschen Ernährung, ist der Krippenleiter diesbezüglich zu beraten.<sup>197</sup> Vermögen Beratung und Vermittlung nicht zu helfen, fordert die Behörde den Krippenleiter auf, unverzüglich die nötigen Massnahmen zur Behebung der Mängel zu treffen; die Behörde macht gleichzeitig Mitteilung an den Träger (Art. 20 Abs. 1 PAVO). Die Behörde kann die Bewilligung gestützt auf die Ergebnisse der Prüfung ändern und mit neuen Bedingungen verbinden (Art. 18 Abs. 3 PAVO).<sup>198</sup> Die Bedingung kann etwa darin bestehen, unfähiges Personal, das für die Kinder eine Gefährdung darstellt, zu entlassen, die Anzahl der aufgenommenen Kinder zu reduzieren, ein bestimmtes Unterrichtsprogramm durchzuführen etc.<sup>199</sup> Weiter kann die Behörde die Krippe einer besonderen Aufsicht unterstellen (Art. 20 Abs. 2 PAVO).

97 In extremen Fällen, gleichermassen als ultima ratio, kann die Behörde nach Art. 20 Abs. 3 PAVO die Bewilligung entziehen und die sofortige Schliessung der Krippe verfügen (Art. 20 Abs. 3 PAVO).<sup>200</sup> Eine sofortige Schliessung des Heims kommt nur in Frage, wenn die Kinder ausgesprochen gefährdet sind.<sup>201</sup> Im Falle des

Bewilligungsentzugs rechtfertigt es sich, Art. 11 Abs. 1 PAVO analog auf den Krippenvertrag anzuwenden. Danach kann die Aufsichtsbehörde die Eltern auffordern, das Kind binnen angemessener Frist anderswo unterzubringen. Nötigenfalls kann die Behörde auch selbst eine Umplatzierung vornehmen (Art. 11 Abs. 2 und 3 PAVO).<sup>202</sup>

Geben umgekehrt die Eltern Anordnungen und Weisungen, die dem Interesse des Kindes widersprechen, kann auch die Krippe die Vormundschaftsbehörde anrufen. Diese kann die notwendigen Massnahmen zum Schutz des Kindes anordnen (Art. 307 ff. ZGB).<sup>203</sup>

Gegen die Beschlüsse der Vormundschaftsbehörde kann die Aufsichtsbeschwerde an die vormundschaftliche Aufsichtsbehörde ergriffen werden (Art. 27 Abs. 1 PAVO, Art. 420 Abs. 2 ZGB). Wird die Vormundschaftsbehörde nicht tätig, kann Rechtsverzögerungsbeschwerde geführt werden.<sup>204</sup> Neben dem Kind bzw. den Eltern ist auch die Krippe zur Beschwerde legitimiert.<sup>205</sup>

## 9. Ausgewählte Probleme auf Seiten der Eltern

### a. Krankes Kind

Was gilt, wenn Eltern ihr krankes Kind in die Krippe schicken und dieses andere Kinder oder das Krippenpersonal ansteckt? Allgemein mag der Gedanke fern liegen, wegen der Ansteckung mit beispielsweise einer Erkältung haftpflichtig zu werden. Dies jedoch nur, da das Schnupfenvirus meist harmlos ist. Ganz anders liegt die Sache bei der Übertragung des HI-Virus, etwa durch ungeschützten Geschlechtsverkehr. Neben einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit<sup>206</sup> ist hier auch ein zivilrechtlicher Schadenersatzanspruch gegeben, wenn der Täter um seine Erkrankung wusste oder hätte wissen müssen.

<sup>202</sup> Vgl. auch BÄTTIG, S. 183 ff. und 190.

<sup>203</sup> Vgl. VÖLKLE, S. 118.

<sup>204</sup> BSK-GEISER, ZGB 420 N 11.

<sup>205</sup> Legitimiert ist jedermann, der ein Interesse hat. Gemäss BGE 121 III 1 ff., 3 können sowohl die Interessen des Kindes als auch die Verletzung eigener Rechte und Interessen geltend gemacht werden (vgl. auch BSK-GEISER, ZGB 420 N 31).

<sup>206</sup> Strafrechtlich ist zum einen Art. 231 StGB zu beachten, der die vorsätzliche oder fahrlässige Verbreitung gefährlicher übertragbarer menschlicher Krankheit unter Strafe stellt. Als gefährlich gilt eine Krankheit dann, wenn sie die Gefahr des Todes oder einer schweren Gesundheitsschädigung hervorruft; daran fehlt es indessen, wenn die bestehenden Behandlungsmöglichkeiten die Realisierung dieser Gefahr mit hinreichender Sicherheit ausschliessen können (DONATSCH/WOHLERS, S. 71). Konkret in Bezug auf HIV nimmt das Bundesgericht an, dass die Infektion zugleich eine schwere Körperverletzung im Sinne von Art. 122 Abs. 1 StGB darstellt (BGE 131 IV 1 ff., 3; 125 IV 242 ff., 245 ff.)

<sup>196</sup> Zuständig für die Bewilligung und die Aufsicht ist grundsätzlich die Vormundschaftsbehörde der Standortgemeinde (Art. 2 Abs. 1 lit. a PAVO; § 3 Abs. 2 der Verordnung über die Bewilligung von Kinder- und Jugendheimen, Kinderkrippen und Kinderhorten des Regierungsrats des Kantons Zürich).

<sup>197</sup> Beispiel nach BÄTTIG, S. 188.

<sup>198</sup> Art. 18 Abs. 3 PAVO spricht von «Auflagen und Bedingungen»; BÄTTIG, S. 188 f., weist aber zu Recht darauf hin, dass es sich streng rechtlich nur um Bedingungen handeln kann, da sie nicht klageweise durchgesetzt werden können.

<sup>199</sup> Vgl. BÄTTIG, S. 188 f.; HESS-HAEBERLI, ZVW 1978, S. 94 f.

<sup>200</sup> Speziell zu den Folgen des Entzugs der Bewilligung auf den Krippenvertrag oben, Rz 64 f.

<sup>201</sup> HESS-HAEBERLI, ZVW 1978, S. 94; gleicher Meinung BÄTTIG, S. 190.

101 Ausservertraglich steht eine Haftung aus unerlaubter Handlung im Vordergrund (Art. 41 Abs. 1 OR).<sup>207</sup> Die Widerrechtlichkeit besteht in der bewirkten Körperverletzung.<sup>208</sup> Wenn der Ansteckende um seine Krankheit und deren Übertragbarkeit weiss oder wissen muss, liegt auch ein Verschulden vor; meist wird Eventualvorsatz anzunehmen sein, eventuell Fahrlässigkeit. Wenn dem Angesteckten ein Schaden entsteht (z.B. Verdienstausschluss eines Selbständigerwerbenden), kann er dafür Ersatz verlangen. Praktische Probleme kann insbesondere der Nachweis des Kausalzusammenhangs bereiten.<sup>209</sup> Dies und die Tatsache, dass es weder sinnvoll noch praktikabel erscheint, eine Grippewelle haftpflichtrechtlich aufzuarbeiten, mögen Gründe dafür sein, dass bei leichten Erkrankungen kaum je Schadenersatzansprüche gestellt werden (obwohl sie unter Umständen bestehen würden).

102 Krippenverträge sehen häufig vor, dass Kinder mit ansteckenden Krankheiten nicht in die Krippe gebracht werden dürfen. Bringen die Eltern wissentlich kranke Kinder in die Krippe, liegt darin eine Vertragsverletzung (Art. 97 Abs. 1 OR). Hinsichtlich eines vertraglichen Schadenersatzanspruchs der Krippe oder der Eltern anderer Kinder bliebe aber das soeben angesprochene Beweisproblem. Der eigentliche Vorteil einer solchen Regelung liegt daher darin, dass klar gemacht wird, dass die Krippe kranke Kinder nicht annehmen muss. Auch wenn eine entsprechende Regelung fehlt, muss es der Krippe aber gestattet sein, kranke Kinder heimzuschicken. Zu diesem Ergebnis gelangt man auf dem Wege der Vertragsergänzung, unter Berücksichtigung, dass einerseits den betroffenen Kindern wohler sein wird, wenn sie zu Hause im Bett bleiben, und dass andererseits die Eltern davon profitieren, wenn ein anderes Mal ihr Kind nicht angesteckt wird. Eine andere Frage ist, ob die Eltern das Pflegegeld bezahlen müssen, wenn ihre Kinder wegen Krankheit die Krippe nicht besuchen können (vgl. dazu unten, Rz 113 ff.).

### b. Kind nicht rechtzeitig abgeholt

103 Im Krippenvertrag wird geregelt, bis wann die Kinder abends abzuholen sind. Verspäten sich die Eltern, muss das Krippenpersonal länger bleiben, was der Krippe Umrümpelungen bereiten kann. Eine unseres Erachtens sinnvolle

Lösung findet sich im Reglement einer Krippe, das eine Pauschalisierung der Umrümpelungen vorsieht. Pro Versäumnis wird den Eltern ein Aufpreis von Fr. 10.– verrechnet.<sup>210</sup> Was aber gilt, wenn im Krippenvertrag keine Regelung für dieses Problem getroffen wurde?

Die Krippe ist nicht verpflichtet, die Kinder zu den Eltern nach Hause zu bringen; vielmehr haben die Eltern die Kinder abends abzuholen. Dabei handelt es sich um eine vertragliche Nebenpflicht, konkret um eine Mitwirkungspflicht.<sup>211</sup> Diese Nebenpflicht ist nicht selbständig einklagbar; die Krippe kann nur (aber immerhin) einen Schadenersatzanspruch geltend machen.<sup>212</sup> Der Schaden der Krippe besteht unter anderem darin, dass Angestellte, die wiederholt länger bleiben müssen, Überstunden leisten, für welche die Krippe als Arbeitgeberin ausgleichungspflichtig ist (vgl. Art. 321c OR).

### c. Zahlungsrückstand

Geraten die Eltern mit der Zahlung des Pflegegeldes in Rückstand, können sie in Schuldnerverzug geraten. Wurde für die Bezahlung des Entgelts ein bestimmter Verfalltag verabredet – sei es, dass ein bestimmtes Datum festgelegt wurde oder der Verfalltag sich aufgrund des Vertragsinhalts bestimmen lässt<sup>213</sup> – geraten die Eltern mit Ablauf dieses Tages in Verzug (Art. 102 Abs. 2 OR). Andernfalls werden die Eltern durch Mahnung in Verzug gesetzt (Art. 102 Abs. 1 OR). Befinden sich die Eltern im Verzug, stehen der Krippe die Rechte aus Art. 103 ff. OR zu; da der Krippenvertrag ein vollkommen zweiseitiger ist, kann sie die Wahlrechte nach Art. 107-109 OR ausüben. Bei der vorliegenden Geldschuld kann die Krippe praktisch vor allem wählen, ob sie an ihrem Erfüllungsanspruch festhalten oder vom Vertrag zurücktreten will. Wählt sie den Rücktritt (Art. 107 Abs. 2 und Art. 109 OR), so ist wiederum zu beachten, dass der Krippenvertrag ein Dauerschuldverhältnis darstellt. An die Stelle des Rücktritts tritt somit die Kündigung: Künftige Leistungen müssen nicht mehr erbracht werden, bereits erbrachte Leistungen sind aber nicht zurückzuerstatten.<sup>214</sup>

Vor der Kündigung ist den Eltern eine angemessene Frist zur Erfüllung anzusetzen (Art. 107 Abs. 1 OR). Die

<sup>207</sup> Ob man das Übertragen der Krankheit als Tun qualifiziert oder eine Unterlassung der nötigen Vorsichtsmassnahmen annimmt, spielt im Ergebnis keine Rolle.

<sup>208</sup> Als Körperverletzung gilt jede Beeinträchtigung der körperlichen oder psychischen Integrität (SCHWENZER, OR AT, Rz 50.08).

<sup>209</sup> Gerade bei einer Grippe wäre gar nicht oder nur mit grossem Aufwand sicher feststellbar, bei wem sich der Geschädigte angesteckt hat. Weiter würden sich nur schwer lösbare Probleme im Zusammenhang mit der überholenden oder der hypothetischen Kausalität stellen.

<sup>210</sup> So Ziff. 4 des Betriebsreglements der Kinderkrippe «kitz» (Thuis).

<sup>211</sup> Vgl. zu den vertraglichen Mitwirkungspflichten GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Rz 2547 ff., insb. Rz 2561 – Weniger nahe liegt es demgegenüber, als *Pflicht* der Krippe anzusehen, die Kinder abends «zurückzugeben» und in der Verspätung der Eltern einen Annahmeverzug (Gläubigerverzug) zu sehen. Dies würde auch im Ergebnis nicht befriedigen, da die Krippe anstelle eines Schadenersatzanspruchs die Rechte aus Art. 92 ff. OR erhalte, die in diesem Zusammenhang wenig sinnvoll erscheinen.

<sup>212</sup> HUGUENIN, OR AT, Rz 594.

<sup>213</sup> Vgl. VON TUHR/ESCHER, S. 138 f.; BSK-WIEGAND, OR 102 N 10.

<sup>214</sup> BGE 123 III 124 ff., 127; 97 II 58 ff., 65 f.; HUGUENIN, OR AT, Rz 694; SCHWENZER, OR AT, Rz 66.36.

Angemessenheit ist aufgrund der konkreten Vertragslage zu beurteilen. Je grösser das Interesse des Gläubigers an der Erfüllung und je leichter die Leistung zu erbringen ist, umso kürzer darf die Frist bemessen sein, und umgekehrt.<sup>215</sup> Beim Krippenvertrag erscheint ein Vergleich mit dem Mietrecht angebracht: Art. 257d OR bestimmt, dass der Vermieter dem Mieter von Wohnräumen, der sich mit der Zahlung im Rückstand befindet, schriftlich eine Zahlungsfrist von mindestens 30 Tagen ansetzen und die Kündigung androhen kann. Bezahlt der Mieter innert der gesetzten Frist nicht, kann der Vermieter mit einer Frist von mindestens 30 Tagen auf Ende eines Monats kündigen. Wie beim Mietvertrag der Wohnungsmieter, so soll auch beim Krippenvertrag das Kind nicht von einem Tag auf den anderen «auf der Strasse stehen». Eine zu kurze Frist stünde daher im Widerspruch zum Kindeswohl. Zwar kann auch die Auffindung einer neuen Krippe Mühe bereiten; andererseits ist der Krippenwechsel organisatorisch deutlich weniger aufwändig als der Umzug in eine andere Wohnung. Bei der Ansetzung der Frist sind die Umstände des Einzelfalls zu beachten. Allgemein scheint aber eine Frist von weniger als 30 Tagen zu kurz; die Frist sollte in der Regel ein bis zwei Monate betragen.<sup>216</sup>

<sup>107</sup> Einige AGB der Krippen stellen Regeln für den Zahlungsrückstand auf.<sup>217</sup> Dabei stellt sich die Frage, ob auf diese Weise Fristen aufgestellt werden können, die unangemessen kurz sind. Dies ist zu verneinen.<sup>218</sup> Eine vertragliche Regelung des Zahlungsrückstandes ist zwar zulässig, eine Nachfrist für die Zahlung hat aber in jedem Fall angemessen zu sein.

<sup>108</sup> Die Eltern haften der Krippe für das Pflegegeld solidarisch (Art. 403 Abs. 1 OR analog). Die Forderung der

Krippe verjährt mit Ablauf von fünf Jahren, da es sich um eine periodische Leistung handelt (Art. 128 Ziff. 1 OR).<sup>219</sup>

#### d. Kind lässt sich nicht in die Krippe eingliedern

Es kann vorkommen, dass sich ein Kind nicht in die Krippe eingliedern lässt. Die Gründe hierfür können vielfältig sein: Das Kind kann etwa unter der Trennung von seinen Eltern leiden oder mit den anderen Kindern überhaupt nicht auskommen. Gewöhnlich zeigen sich diese Probleme bereits in der Probezeit und erlauben eine Kündigung mit kurzer Frist.<sup>220</sup> Treten die Probleme erst nach Ablauf der Probezeit auf, ist der Krippenvertrag grundsätzlich ordentlich zu kündigen. Nur ausnahmsweise, bei Vorliegen wichtiger Gründe, ist eine fristlose Kündigung möglich.<sup>221</sup> Selbstverständlich steht es den Parteien im Übrigen frei, den Krippenvertrag jederzeit einvernehmlich aufzulösen.<sup>222</sup>

#### e. Haftung für vom Kind verursachte Schäden

Bereits zuvor wurde gezeigt, dass das Familienhaupt nach Art. 333 ZGB für die Verletzung seiner Aufsichtspflicht haftet. Auch die Krippe kann Familienhaupt im Sinne des Gesetzes sein und wegen verletzter Aufsichtspflicht anderen Kindern und Dritten haftbar werden.<sup>223</sup> Was aber gilt, wenn das Kind die Krippeneinrichtung beschädigt? Müssen das Kind oder seine Eltern für diesen Schaden einstehen?

Kinder im Krippenalter sind in der Regel urteilsunfähig (vgl. Art. 16 ZGB).<sup>224</sup> Sie werden aus unerlaubten Handlungen grundsätzlich nicht schadenersatzpflichtig (Art. 19 Abs. 3 ZGB e contrario). In Frage kommt daher lediglich die Billigkeitshaftung des Kindes gemäss Art. 54 Abs. 1 OR. Auch im Rahmen des Krippenvertrags setzt die Haftung Verschulden voraus, weshalb nur eine Haftung für Billigkeit bleibt.<sup>225</sup> Damit haften der Krippe grundsätzlich weder das Kind noch seine Eltern. Insbesondere haften

<sup>215</sup> BGE 103 II 102 ff., 106; vgl. VON TUHR/ESCHER, S. 149.

<sup>216</sup> Eine Alternative bestünde darin, Art. 257d OR analog anzuwenden (so erwogen in BGE 123 III 124 ff., 128 in Bezug auf die Verpflichtung zur Ablösung eines Bauhandwerkerpfandrechts). Eine analoge Anwendung für die vorliegende Frage im Krippenvertrag ist unseres Erachtens aber abzulehnen, da der Krippenvertrag zwar mietvertragliche Komponenten aufweist, jedoch hauptsächlich aus Elementen des Auftrags besteht (Rz 9 ff.). Sie ist auch nicht nötig, da die allgemeinen Verzugsregeln von Art. 102 ff. OR eine befriedigende Lösung für den Zahlungsrückstand im Krippenvertrag erlauben.

<sup>217</sup> Beispiele von AGB-Bestimmungen zum Zahlungsrückstand: «Bei Zahlungsverzug von mehr als 20 Tagen wird der Platz anderweitig vergeben»; «Falls die Eltern ohne vorgängige mündliche oder schriftliche Mitteilung zwei ausstehende Rechnungen nicht bezahlen, kann der Verein den Vertrag fristlos kündigen.»; «Geraten die Eltern mit einem Monatsbetrag ganz oder teilweise mehr als 30 Kalendertage in Rückstand, ist der Verein berechtigt, die geleistete Sicherheit auf den Monatsbeitrag anzurechnen. In diesem Fall sind die Eltern verpflichtet, die Sicherheit unverzüglich neu zu bestellen.»

<sup>218</sup> Vgl. auch das Mietrecht, wo die Fristen von Art. 257d OR als relativ zwingend zugunsten des Mieters gelten (vgl. ZK-HIGI, OR 257d N 4; BSK-WEBER/ZIHLMANN, OR 257d N 1).

<sup>219</sup> BERTHOLET, S. 45; VÖLKLE, S. 108 f. In Frage kommt allenfalls auch Art. 128 Ziff. 2 OR (Beköstigung); zu beachten ist jedoch, dass die Beköstigung nur einen Teil des Krippenvertrags ausmacht. Praktisch bleibt dies ohne Bedeutung, da die Ansprüche bereits nach Ziff. 1 in fünf Jahren verjähren.

<sup>220</sup> Zur Kündigung in der Probezeit oben, Rz 55 ff.

<sup>221</sup> Zur Kündigung aus wichtigem Grund oben, Rz 48.

<sup>222</sup> Art. 115 OR.

<sup>223</sup> Zur Haftung des Familienhauptes oben, Rz 88 ff.

<sup>224</sup> Während ein Teil der Lehre eine Grenze von sieben Jahren für die Urteilsfähigkeit annimmt (BK-BUCHER, ZGB 16 N 119), lehnt die herrschende Lehre eine starre Altersgrenze ab und prüft die Urteilsfähigkeit mit Bezug auf die konkrete Handlung. Kinder im Vorschul- und Kindergartenalter werden meist noch nicht die Fähigkeit besitzen, vernunftgemäss zu handeln (vgl. die Kasuistik bei REY, Rz 821 ff.).

<sup>225</sup> Art. 54 Abs. 1 OR findet kraft der Verweisung von Art. 99 Abs. 3 OR auch auf die vertragliche Haftung Anwendung (BGE 102 II 226 ff., 230).

die Eltern nicht nach Art. 333 ZGB, da die Hausgewalt während dem Besuch der Krippe auf diese übergeht.<sup>226</sup> Eine Haftung der Eltern kommt einzig in Frage, wenn sie es unterlassen haben, die Krippe über besondere Eigenschaften des Kindes aufzuklären.<sup>227</sup>

- 112 Einige wenige Krippen bestimmen in ihren AGB, dass die Eltern für von ihrem Kind verursachte Schäden haften. Eine solche Vereinbarung ist im Rahmen der Vertragsfreiheit und unter Vorbehalt der Ungewöhnlichkeits- und Unklarheitenregel grundsätzlich nicht zu beanstanden. Ihre praktische Auswirkung darf aber nicht überschätzt werden. Soweit eine Auslegung der Bestimmung zum Schluss führt, dass die Eltern nach Massgabe von Art. 41 Abs. 1 OR oder Art. 97 Abs. 1 OR haften sollen, scheidet ihre Inanspruchnahme am Verschulden. Aber auch wenn sie verschuldensunabhängig belangt werden können, ist zu beachten, dass die Kinder unter der Aufsicht der Krippe standen, als sie die schädigende Handlung begingen. Verletzte die Krippe ihre Aufsichtspflicht, wird dadurch regelmässig der adäquate Kausalzusammenhang unterbrochen, mindestens ist dies aber bei der Schadenersatzberechnung zu berücksichtigen (Art. 44 Abs. 1 OR).

#### f. Rückerstattungsansprüche bei Krankheit oder Ferien?

- 113 Ist das Kind krank oder weilt es mit seinen Eltern in den Ferien, kann es die Leistungen der Krippe nicht nutzen. Alsdann ist zu prüfen, ob die Ersparnis der Krippe an die Eltern weiterzugeben ist. Dieser Punkt wird in den AGB der meisten Krippen geregelt, was zeigt, dass die Klärung einem Bedürfnis der Parteien entspricht. Häufig wird vorgesehen, dass bei kurzen Absenzen das volle Entgelt zu bezahlen ist. Eine Reduktion wird (wenn überhaupt) ab drei bis fünf Wochen Abwesenheit gewährt; bisweilen wird für längeres Wegbleiben eine Sistierung des Krippenplatzes angeboten.
- 114 Es leuchtet ein, dass die Krippe langfristig planen muss und insbesondere die Räumlichkeiten sowie das Personal nicht kurzfristig der Abwesenheit eines Kindes anpassen kann.<sup>228</sup> Ebenso wenig ist zu erwarten, dass die Krippe den Platz während einer Ferienabwesenheit von wenigen Wochen oder Krankheitsfällen von wenigen Tagen anderweitig besetzen kann. Die Pauschalisierung des Pflegegelds entspricht einem planerischen Bedürfnis der Krippe und verstösst weder gegen das Gesetz noch gegen die guten Sitten. Die erwähnten AGB-Bestimmungen sind deshalb zulässig.
- 115 Auch wenn der Krippenvertrag die Abwesenheit nicht regelt, haben die Eltern das Pflegegeld zu bezahlen,

<sup>226</sup> Dazu ausführlich oben, Rz 89.

<sup>227</sup> KEHL, S. 111; VÖLKLE, S. 117.

<sup>228</sup> Vgl. dazu schon oben, Rz 46.

soweit die Krippe keine Möglichkeit hat, ihre Kosten zu senken.<sup>229</sup> Im Einzelnen ist zu unterscheiden, ob die Krippe eine Monatspauschale berechnet, welche die Abwesenheiten (Ferien, Feiertage, Krankheit, Unfall etc.) einberechnet oder nicht.<sup>230</sup> Trifft Ersteres zu, besteht kein Rückerstattungsanspruch der Eltern. Sind die Abwesenheiten im Entgelt dagegen nicht berücksichtigt, rechtfertigt es sich, die tatsächliche Ersparnis an die Eltern weiterzugeben. Insofern kann Art. 264 Abs. 3 lit. a OR analog angewendet werden.<sup>231</sup> Um abschätzen zu können, welche Leistungen nicht abbestellt werden konnten, ist eine detaillierte Kostenrechnung (Aufsplitterung nach Raummiete, Personalkosten, Verpflegung, Spielzeug, Freizeitaktivitäten und so weiter) seitens der Krippe wünschbar.

## 10. Diverse Fragen

### a. Warteliste

Viele Krippen führen eine Warteliste für den Fall, dass keine freien Krippenplätze zur Verfügung stehen. Bisweilen sehen die Reglemente eine Prioritätenliste vor. Bevorzugt aufgenommen werden Geschwister von Kindern, die bereits die Krippe besuchen; Kinder mit Wohnsitz am Ort der Krippe; Kinder, deren Eltern in einem bestimmten Betrieb arbeiten; soziale Härtefälle; Kinder, die früher die Krippe besucht haben und deren Platz sistiert wurde sowie Kinder, die im Sinne einer altersmässigen Durchmischung gut in die Krippe passen. Eine solche Prioritätenregelung ist oft sinnvoll. So stellt es für Eltern mehrerer Kinder eine grosse Vereinfachung dar, wenn ihre Kinder nicht auf zahlreiche verschiedene Krippen verteilt sind. Auf der anderen Seite kann die Prioritätenfolge dazu führen, dass ein Kind, das auf Platz eins der Warteliste steht, mehrmals «überholt» wird. Wenn die vereinbarte Reihenfolge nicht eingehalten wird, stellt sich die Frage, ob sich die benachteiligten Eltern dagegen wehren können.<sup>232</sup>

116

<sup>229</sup> Ebenso wenig kann der Mieter von Wohnräumen während seiner Ferien verlangen, dass ihm der Mietzins erlassen werde, weil er die Wohnung nicht nutze.

<sup>230</sup> Noch einmal anders würde es sich verhalten, wenn ein Entgelt nur für die Benutzung der Krippenräume und die Beanspruchung des Personals verabredet wäre und alle zusätzlichen Leistungen separat nach Art. 402 Abs. 1 OR zu ersetzen wären. Da in diesem Fall die Auslagen und Verwendungen gar nicht anfallen, sind sie auch nicht zu ersetzen.

<sup>231</sup> Zur Anwendung von Art. 264 Abs. 3 lit. a OR auf die Kündigung vgl. oben, Rz 52. Eine analoge Anwendung ist sachlich auch hier gerechtfertigt, obwohl es an dieser Stelle um die Nichtbeanspruchung während der Vertragsdauer und nicht bei der Vertragsbeendigung geht.

<sup>232</sup> Eine andere Frage ist, ob die Eltern sich wehren wollen – oder ob ihnen das Vertrauen in eine Krippe, die sie ihrer Ansicht nach benachteiligt, nicht abgeht.



117 Zunächst gilt es die Warteliste rechtlich einzuordnen. Wenn die Eltern ihr Kind bei einer Krippe anmelden, dieses aber mangels freier Plätze nur auf die Warteliste gesetzt wird, könnte zum einen noch gar kein Vertrag vorliegen. Dann wären aber immerhin vorvertragliche Ansprüche aus culpa in contrahendo denkbar, wenn etwa die eine Seite gar nicht ernsthaft verhandelte oder gegen eine Aufklärungspflicht verstiesse.<sup>233</sup> Weiter könnte es sich um ein vertraglich vereinbartes Optionsrecht handeln,<sup>234</sup> derart, dass die Eltern im Falle des Freiwerdens eines Krippenplatzes durch einseitige Willenserklärung den Krippenvertrag zustande kommen lassen können. Es könnte auch ein Vorvertrag im Sinne von Art. 22 OR vorliegen, der mindestens eine Partei<sup>235</sup> (die Krippe) zum Abschluss eines künftigen Krippenvertrags verpflichtet. Schliesslich wäre es möglich, einen gültig abgeschlossenen Krippenvertrag anzunehmen, dessen Wirksamkeit aufschiebend bedingt ist (Art. 151 Abs. 1 OR).

118 Von Gesetzes wegen besteht für die Krippe kein Kontrahierungszwang.<sup>236</sup> Sie ist also grundsätzlich frei, welche Kinder sie aufnehmen will. Eine Kontrahierungspflicht kann sich indessen aufgrund von Art. 28 ZGB ergeben, wenn die Verweigerung der Aufnahme einer Persönlichkeitsverletzung gleichkäme.<sup>237</sup> Wenn die Krippe mit den Eltern aber einmal einig ist und deren Kind auf die Warteliste setzt, ist es die Meinung der Parteien, dass die Krippe gebunden sein soll und das Kind die Krippe besuchen kann, sobald es «an der Reihe» ist. Demgegenüber werden die Parteien nicht davon ausgehen, dass auch die Eltern gebunden sind. Wenn ein Platz frei wird, kann ihr Kind diesen besetzen, muss aber nicht. So ist es den Eltern möglich, ihr Kind bei verschiedenen Krippen gleichzeitig anzumelden und sich erst definitiv zu entscheiden, wenn ein Platz frei wird.

119 Diesem Verständnis der Parteien entspricht weder die Annahme, dass noch gar kein Vertrag vorliege, noch jene, dass ein beide Seiten bindender, wenn auch aufschiebend bedingter Vertrag bestehe. Demgegenüber führen sowohl die Annahme eines Optionsrechts als auch eines einseitigen Vorvertrags dazu, dass die Krippe (unter Vorbehalt einer allfälligen Prioritätenliste), nicht aber die Eltern gebunden sind. Eher für eine Option spricht, dass

diese dem Berechtigten die Befugnis verleiht, nicht nur – wie der Vorvertrag – den Partner zum Abschluss eines Hauptvertrags zu verpflichten, sondern durch einseitige Willenserklärung unmittelbar ein inhaltlich bereits fixiertes Vertragsverhältnis herbeizuführen.<sup>238</sup> Im Ergebnis freilich sind die Wirkungen der Option und des Vorvertrags ähnlich.

Die Eltern können die Option durch einseitige Willenserklärung ausüben. Nötigenfalls können sie gerichtlich feststellen lassen, dass die Option gültig ausgeübt wurde und der Krippenvertrag zustande gekommen ist.<sup>239</sup> Wird die Ausübung der Option dadurch verhindert, dass die Krippe das Freiwerden eines Platzes den Eltern nicht mitteilt und stattdessen den Platz mit einem anderen Kind besetzt, so liegt darin eine Vertragsverletzung. Die Krippe wird schadenersatzpflichtig.<sup>240</sup> Soweit die Tatsache, dass die Eltern übergangen wurden, eine Persönlichkeitsverletzung darstellt (z.B. aus rassendiskriminierenden Gründen), kommen auch die Klagen nach Art. 28a ZGB in Betracht.

#### b. Wer darf das Kind abholen?

Viele Krippenverträge sehen vor, dass die Eltern der Krippe mit der Anmeldung mitteilen, wer berechtigt ist, ihr Kind abzuholen. Wenn eine andere Person das Kind abholt, ist dies der Krippe vorgängig mitzuteilen. Eine sinnvolle Regelung kann beispielsweise lauten: «Die Krippe muss von den Eltern persönlich informiert werden, wenn die Kinder von einer Drittperson abgeholt werden. Andernfalls werden die Kinder nicht entlassen. Ein damit verbundener, zusätzlicher Aufwand wird in Rechnung gestellt.»<sup>241</sup>

Auch ohne eine solche Regelung im Krippenvertrag ist der Krippe stark zu empfehlen, die Kinder nur den Eltern<sup>242</sup> oder den von ihnen bezeichneten Berechtigten zu übergeben. Andernfalls würde die Krippe den Vertrag mit Blick auf eine allfällige Kindesentziehung<sup>243</sup> oder gar -entführung schlecht erfüllen und gegebenenfalls verantwortlich. Soll das Kind von einer Drittperson abgeholt werden, ohne dass die Krippe vorgängig informiert wurde, ist sie deshalb gut beraten, das Kind nicht

<sup>233</sup> Vgl. SCHWENZER, OR AT, Rz 47.08 f.; HUGUENIN, OR AT, Rz 962 ff.

<sup>234</sup> Vgl. die ähnliche Lage beim Vorkaufsrecht: Auch dieses stellt eine Option dar (BSK-HESS, OR 216a N 4 zum Kaufsrecht). Der Vorkaufsberechtigte kann bei Eintritt eines Vorkaufsfalles durch einseitige Erklärung einen Kaufvertrag zustande bringen (Art. 216c Abs. 1 OR).

<sup>235</sup> Sog. einseitiger Vorvertrag; vgl. BSK-BUCHER, OR 22 N 8 f.; HUGUENIN, OR AT, Rz 142.

<sup>236</sup> Dem entspricht, dass umgekehrt das Kind bzw. die Eltern keinen Anspruch auf einen Krippenplatz haben (oben, Rz 25).

<sup>237</sup> Vgl. HUGUENIN/RUSCH, Rz 9.

<sup>238</sup> BGE 113 II 31 ff., 34 f.; BSK-BUCHER, OR 22 N 22; VON TUHR/PETER, S. 277 f.

<sup>239</sup> Ein entsprechendes Rechtsbegehren liegt BGE 113 II 31 ff. zugrunde.

<sup>240</sup> Anders als ein im Grundbuch vorgemerktes (Art. 959 ZGB) Vorkaufsrecht dem Zweitkäufer, kann das Optionsrecht den Eltern des anderen Kindes grundsätzlich nicht entgegengehalten werden.

<sup>241</sup> Entspricht Ziff. 7 des Betriebsreglements der Kinderkrippe «kitz» (Thuis).

<sup>242</sup> Bzw. dem berechtigten Elternteil, wenn der andere nicht oder nur beschränkt zum persönlichen Verkehr berechtigt ist.

<sup>243</sup> Vgl. Art. 301 Abs. 3 ZGB; Art. 220 StGB.

zu übergeben. Einen damit verbundenen Aufwand kann sie den Eltern auch ohne Regelung im Krippenvertrag in Rechnung stellen.<sup>244</sup>

### c. Medizinische Betreuung des Kindes

<sup>123</sup> Die Krippe verfügt über die Kompetenz, die mit der Obhut im Zusammenhang stehenden Rechte und Pflichten auszuüben, sofern im Krippenvertrag nichts anderes vereinbart wurde (vgl. Art. 300 Abs. 1 ZGB). Die wichtigen Entscheidungen verbleiben aber auf jeden Fall bei den Eltern.<sup>245</sup> Zu den wichtigen Entscheidungen gehört auch jene, ob und welche Medikamente den Kindern gegeben werden.<sup>246</sup> Die Eltern können im Krippenvertrag Weisungen hinsichtlich der medizinischen Betreuung erteilen (Art. 397 OR).<sup>247</sup> Sodann enthält der Auftrag von Gesetzes wegen die Ermächtigung zur Vornahme jener Handlungen, die zur richtigen Ausführung gehören (Art. 396 Abs. 2 OR).

<sup>124</sup> Ohne entsprechende Vereinbarung darf die Krippe den Kindern keine Medikamente verabreichen.<sup>248</sup> Wird ein Kind in der Krippe krank oder verunfallt es, sind die Eltern umgehend zu informieren. Einzig in Notfällen hat das Krippenpersonal Erste Hilfe zu leisten und selber einen Arzt zu konsultieren. Diese Handlungen richten sich nach den Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 419 ff. OR).<sup>249</sup>

<sup>125</sup> Von öffentlichrechtlicher Seite wird verlangt, dass die medizinische Beratung und Versorgung der Kinderkrippe gewährleistet ist.<sup>250</sup> Diverse Krippenreglemente halten sodann fest, welcher Arzt von der Krippe gegebenenfalls zu kontaktieren ist (das kann auch der Hausarzt des Kindes sein). Sodann werden die Eltern angehalten, spezielle Behandlungswünsche mitzuteilen. Dies ist grundsätzlich sinnvoll; zu beachten ist aber wie erwähnt,

<sup>244</sup> Vgl. zum Fall des nicht rechtzeitig abgeholt Kindes oben, Rz 104.

<sup>245</sup> Bzw. beim gesetzlichen Vertreter. Zum Ganzen ausführlich VÖLKLE, S. 90 ff.

<sup>246</sup> Dazu gehört auch die religiöse Erziehung gemäss Art. 303 ZGB. Dessen Abs. 2 bestimmt ausdrücklich, dass ein Vertrag, der diese Befugnis beschränkt, ungültig ist.

<sup>247</sup> Eine Medikamentenabgabe kann etwa bei chronisch kranken Kindern nötig sein. – Zu den Regelungen im Arbeitsverhältnis zwischen der Krippe und ihrem Personal, dem gesetzlichen Versicherungsschutz sowie der Datenschutzproblematik im Zusammenhang mit der Medikamentenabgabe aus Sicht des deutschen Rechts vgl. das Informationsblatt zur Medikamentenabgabe in Kindertageseinrichtungen, Brandenburg, 2006 (abgerufen am 17. Oktober 2007).

<sup>248</sup> Werden dem Kind ohne Einwilligung der Eltern und ohne medizinische Dringlichkeit Medikamente verabreicht, so kann darin eine Verletzung der Persönlichkeit liegen (Art. 28 ff. ZGB).

<sup>249</sup> Vgl. VÖLKLE, S. 100.

<sup>250</sup> Art. 15 Abs. 1 lit. c PAVO (als Voraussetzung der Bewilligungserteilung); ebenso Ziff. 2.8, Abs. 1 der Richtlinien der Bildungsdirektion des Kantons Zürich (vollständig zitiert in Rz 29).

dass für nicht dringliche Behandlungen (z.B. Impfungen) ohnehin das Einverständnis der Eltern einzuholen ist.

### d. Versicherungspflicht

Art. 15 Abs. 1 lit. f PAVO schreibt vor, dass die Bewilligung zum Betrieb einer Krippe nur erteilt werden darf, wenn eine angemessene Kranken-, Unfall- und Haftpflichtversicherung der Unmündigen gewährleistet ist. Ähnlich bestimmen die Richtlinien über die Bewilligung von Kinderkrippen der Bildungsdirektion des Kantons Zürich,<sup>251</sup> dass Betrieb, Personal und Kinder angemessen versichert sein müssen. Das Gesetz legt somit nicht fest, ob die Versicherung durch die Krippe oder durch die Eltern abzuschliessen ist.

Die Krippe hat damit zum einen für den obligatorischen Versicherungsschutz (z.B. obligatorische Unfallversicherung gemäss UVG, Arbeitslosenversicherung nach AVIG) für ihr Personal zu sorgen. Zum anderen empfiehlt sich mit Blick auf ihre eigenen Haftungsrisiken sowohl gegenüber den Eltern als auch Dritter der Abschluss einer Haftpflichtversicherung.<sup>252</sup> Die Reglemente der Krippen sehen sodann vor, dass die Eltern eine Krankenversicherung für ihr Kind nachweisen müssen; auch die Haftpflicht- und Unfallversicherung für das Kind wird mehrheitlich den Eltern überbunden, eher selten sorgt die Krippe für eine solche Versicherung.

### e. Schweigepflicht und Datenschutz

Art. 22 PAVO verpflichtet alle in der Pflegekinderaufsicht tätigen Personen gegenüber Dritten zur Verschwiegenheit.<sup>253</sup> Die Organe und Angestellten der Krippe unterliegen dagegen keiner strafrechtlichen Geheimhaltungspflicht. Eine Schweigepflicht kann sich jedoch aus der auftragsrechtlichen Treuepflicht ergeben (Art. 398 Abs. 2 OR).<sup>254</sup> Die Verletzung der Diskretionspflicht kann sodann eine Verletzung der Persönlichkeit darstellen (Art. 28 ff. ZGB).<sup>255</sup>

Art. 17 PAVO schreibt die Führung eines Verzeichnisses

<sup>251</sup> Vollständig zitiert in Rz 29.

<sup>252</sup> In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass im Falle einer absichtlichen oder grobfahrlässigen Schadensherbeiführung durch einen Hausgenossen das Familienhaupt, das seine Aufsichtspflicht grobfahrlässig verletzt hat, mit einer Reduktion der Versicherungsdeckung nach Art. 14 Abs. 3 VVG rechnen muss. Vgl. dazu und mit Hinweisen auf das Sozialversicherungsrecht BSK-GIRSBERGER, ZGB 333 N 6.

<sup>253</sup> Personen, die in der Pflegekinderaufsicht tätig sind, üben amtliche Funktion aus und unterstehen damit auch dem Amtsgeheimnis (Art. 320 i.V.m. Art. 110 Abs. 3 StGB; vgl. HESS-HAEBERLI, ZVV 1978, S. 95)

<sup>254</sup> BK-FELLMANN, OR 398 N 40 ff., insb. N 43 f.

<sup>255</sup> HESS-HAEBERLI, ZVV 1978, S. 95.

ses der Unmündigen vor.<sup>256</sup> Hinsichtlich der erhobenen Angaben sind deshalb auch die Bestimmungen des Datenschutzgesetzes<sup>257</sup> zu beachten. So darf die Krippe die Daten namentlich nicht ohne ausdrückliche Einwilligung der Eltern an Dritte weitergeben (Art. 4 i.V.m. Art. 12 Abs. 2 und Art. 13 Abs. 1 DSGVO).<sup>258</sup>

#### f. Soll der Krippenvertrag gesetzlich geregelt werden?

<sup>130</sup> In der Lehre wird wiederholt die Forderung erhoben, der Pflegevertrag sei gesetzlich zu regeln.<sup>259</sup> Auch beim Krippenvertrag würde eine gesetzliche Regelung zweifellos die Chance bieten, einige der in dieser Arbeit angesprochenen Fragen verbindlich zu regeln. Gegen eine Aufnahme des Krippenvertrags im Gesetz bestehen denn auch keine Einwände, zumal eine gesetzliche Grundlage der Rechtssicherheit dienen würde.

<sup>131</sup> Es ist aber nicht zu verkennen, dass nie alle Verträge gesetzlich geregelt werden können; so sind neben dem Krippenvertrag zahlreiche andere Verträge des täglichen Lebens (z.B. Mobiltelefonvertrag, Fitnessstudiovertrag etc.) nicht oder nur rudimentär normiert. Eine Regelung ist auch nicht zwingend nötig. Die vorliegende Arbeit zeigt, dass der Krippenvertrag, bestehend sowohl aus obligationenrechtlichen als auch aus kindesrechtlichen Elementen, mit den bestehenden Instrumenten, insbesondere dem Allgemeinen Teil des OR und den Grundsätzen des Innominatvertragsrechts, vernünftig erfasst werden kann. Eine gesetzliche Regelung ist somit, wie wohl wünschbar, nicht dringend erforderlich.

## 11. Schlusswort

<sup>132</sup> Kinderkrippen sind heute bereits relativ weit verbreitet. Aufgrund der grossen Nachfrage ist zu erwarten, dass weitere hinzukommen werden.<sup>260</sup> Mit der zunehmenden Inanspruchnahme ist zu erwarten, dass auch vermehrt den Krippenvertrag betreffende Probleme auftauchen werden, die einer Lösung bedürfen. Der Krippenvertrag ist im schweizerischen Recht aber noch immer ein weitgehend unbekanntes Terrain. Solange es einer gesetzlichen Regelung des Krippenvertrags ermangelt, können Präjudizien wie das Urteil des Kantonsgerichtspräsidiums

Zug vom 14. Juli 2005<sup>261</sup> Rechtssicherheit schaffen. Insofern kann es für alle Beteiligten lohnenswert sein, wenn auch kleinere Probleme ausgefochten werden. Zu wünschen ist, dass auch dieser Aufsatz zur notwendigen Diskussion beizutragen vermag.

## Literaturverzeichnis

- BAUDENBACHER CARL, Lauterkeitsrecht, Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Basel 2001.
- BAUMANN MAX, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, I. Band, Einleitung – Personenrecht, 1. Teilband, Art. 1-7 ZGB, 3. A. Zürich 1998 (zitiert ZK-BAUMANN).
- BÄTTIG HANS, Die Pflegekinderaufsicht im Bund und in den Kantonen, Diss. Freiburg 1984, Zürich 1984.
- BERTHOLET PIERRE-ALAIN, Les aspects juridiques du placement familial, Diss. Neuenburg 1968, Zürich 1969.
- BISCHOFF JACQUES, Vertragsrisiko und *clausula rebus sic stantibus*, Diss. Zürich 1983 = Zürcher Studien zum Privatrecht, Band 28.
- BLANGETTI CLAUDIA, Windelberge und Wochenpläne, NZZ vom 2. Juni 2007, S. 17.
- BREHM ROLAND, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI, Obligationenrecht, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, 3. Teilband, 1. Unterteilband, Die Entstehung durch unerlaubte Handlung, Art. 41-61 OR, 3. A., Bern 2006 (zitiert: BK-BREHM).
- BUCHER EUGEN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. A., Zürich 1988 (zitiert: BUCHER, OR AT).
- BUCHER EUGEN, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Persönlichkeitsrecht, 2. Abteilung, Die natürlichen Personen, Erster Teilband, Kommentar zu den Art. 11-26 ZGB, 3. A., Bern 1976 (zitiert: BK-BUCHER).
- BUOL MARTINA, Beschränkung der Vertragshaftung durch Vereinbarung, Diss. Freiburg 1996.
- DONATSCH ANDREAS/WOHLERS WOLFGANG, Strafrecht IV, Delikte gegen die Allgemeinheit, 3. A., Zürich 2004.
- EGGER AUGUST, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, II. Band, Das Famili-

<sup>256</sup> Bei Krippen als die Kinder nur tagsüber aufnehmende Einrichtungen muss nach Art. 17 Abs. 2 PAVO nur ein Teil der Angaben aufgeführt werden.

<sup>257</sup> Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG) vom 19. Juni 1992, SR 235.1.

<sup>258</sup> Vgl. zu den Anforderungen in Bezug auf den Datenschutz beim Fitnessvertrag RUSCH, Rz 63 ff.

<sup>259</sup> Vgl. VÖLKLE, S. 59 ff. und 65, die eine Aufnahme ins OR fordert, BÄTTIG, S. 23 f., hingegen eine Aufnahme im ZGB.

<sup>260</sup> Vgl. den Artikel «Auffälliges Stadt-Land-Gefälle bei ausserfamiliärer Kinderbetreuung» in der NZZ vom 17. Juli 2007, S. 45.

<sup>261</sup> Zitiert oben, FN. 1.

- enrecht, 2. Abteilung, Die Verwandtschaft, Art. 252-359 ZGB, 2. A., Zürich 1943 (zitiert: ZK-EGGER).
- FELLMANN WALTER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Band VI, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 2. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilband, Der einfache Auftrag, Art. 394-406 OR, Bern 1992 (zitiert: BK-FELLMANN).
  - FREUND TORSTEN, Die Änderung Allgemeiner Geschäftsbedingungen in bestehenden Verträgen, Diss. Köln 1997 = Europäische Hochschulschriften, Reihe II, Band 2307, Frankfurt 1998.
  - FUHRER STEPHAN, Aufpassen beim Anpassen, Möglichkeiten und Grenzen der einseitigen Änderung von Versicherungsverträgen, in: Honsell Heinrich/Portmann Wolfgang/Zäch Roger/Zobl Dieter (Hrsg.), Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts, Festschrift für Heinz Rey zum 60. Geburtstag, Zürich 2003.
  - GAUCH PETER, Die Vertragshaftung der Banken und ihre AVB, recht 2006, S. 77 ff. (zitiert: GAUCH, recht 2006).
  - GAUCH PETER, System der Beendigung von Dauerverträgen, Diss. Freiburg 1968 = Arbeiten aus dem juristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz, Band 34 (zitiert: GAUCH, Dauerverträge).
  - GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG/REY HEINZ, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 8. A., Zürich 2003.
  - GEHRER LEO R., Von der Schadenminderungspflicht, in: Assista TCS SA (Hrsg.), Collezione Assista, Genf 1998, S. 156 ff.
  - GIGER HANS, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Das Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 1. Teilband: Kauf und Tausch – Die Schenkung, 1. Abschnitt: Allgemeine Bestimmungen – Der Fahrniskauf, Kommentar zu Art. 184-215 OR, Bern 1980 (zitiert: BK-GIGER).
  - GIRARD JEAN-CHRISTOPHE, La réglementation du placement des mineurs dans le nouveau droit suisse de la filiation, Diss. Neuchâtel 1983.
  - HÄFELI CHRISTOPH, Der Entwurf für die Totalrevision des Vormundschaftsrechts. Mehr Selbstbestimmung und ein rhetorisches (?) Bekenntnis zu mehr Professionalität, FamPra 2007, S. 1 ff.
  - HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. A. Zürich 2006.
  - HELLMANN JEREMY, Krippen ein Notbehelf – oder mehr? ZVW 1989, S. 139 ff.
  - HESS-HÄBERLI MAX, Die eidgenössische Verordnung über die Aufnahme von Pflegekindern, ZVW 1978 S. 81 ff.
  - HIGI PETER, Einseitige Vertragsänderungen – eine normale Anomalie? In: Tercier Pierre/Amstutz Marc/Koller Alfred/Schmid Jörg/Stöckli Hubert (Hrsg.), Gauchs Welt, S. 439 ff., Zürich 2004.
  - HIGI PETER, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band, Obligationenrecht, Teilband V2b, Die Miete, Erste Lieferung, Art. 253-265 OR, 3. A., Zürich 1994, Zweite Lieferung, Art. 266-268b OR, 4. A., Zürich 1995 (zitiert: ZK-HIGI).
  - HOCHSTRASSER MICHAEL, Freizeichnung zugunsten und zulasten Dritter, Diss. Zürich 2006 = Zürcher Studien zum Privatrecht, Band 196.
  - HOFSTETTER JOSEF, Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag, SPR VII/6, Basel 2000.
  - HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/GEISER THOMAS (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, 3. A., Basel/Genf/München 2006 (zitiert: BSK-VERFASSER).
  - HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 4. A., Basel/Genf/München 2007 (zitiert: BSK-VERFASSER).
  - HONSELL HEINRICH, Reformbestrebungen im schweizerischen Haftpflichtrecht, in: Schwenzer Ingeborg/Hager Günter (Hrsg.), FS Schlechtriem Peter, Tübingen 2003, S. 743 ff.
  - HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 2. A., Zürich 2006 (zitiert: HUGUENIN, OR AT).
  - HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht Besonderer Teil, 2. A., Zürich 2004 (zitiert: HUGUENIN, OR BT).
  - HUGUENIN CLAIRE/RUSCH ARNOLD F., Der Bewirtungsvertrag, in: Jusletter 10. Oktober 2005.
  - JÄGGI PETER/GAUCH PETER, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung, Kommentar zu Art. 18 OR, Zürich 1980 (zitiert: ZK-JÄGGI/GAUCH).
  - JESGARZEWSKI TIM, Die Grenzen formularmässiger Vereinbarung einseitiger Leistungsbestimmungsrechte, Diss. Bremen 2005 = Nomos Universitätschriften, Recht, Band 464.
  - KAMANABROU SUDABEH, Vertragliche Anpassungsklauseln, Habil. Göttingen 2003 = Schriften des Instituts für Arbeits- und Wirtschaftsrecht der

- Universität zu Köln, Band 95, München 2004. [Ly 54:95]
- KAPPELER BEAT, Wenn Kinder zu 0.8 Einheiten werden, NZZ am Sonntag, 10. Oktober 2004, S. 51.
  - KEHL-BÖHLEN DIETRICH, Die Obhut als Institut des Familienrechts, Diss. Zürich 1974.
  - KELLER MAX, Der Obhutvertrag, in: Forstmoser Peter/Tercier Pierre/Zäch Roger (Hrsg.), Innominatverträge, Festgabe zum 60. Geburtstag von Walter R. Schlupe, Zürich 1988, S. 167 ff.
  - KRAMER ERNST A., Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI, Das Obligationenrecht, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, 1. Teilband, Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR, Bern 1986 und 2. Teilband, Unterteilband 1a, Inhalt des Vertrages, Art. 19-22 OR, Bern 1991 (zitiert: BK-KRAMER).
  - KRAUSKOPF PATRICK, Der Vertrag zugunsten Dritter, Diss. Freiburg 2000 = Arbeiten aus dem juristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz, Band 190.
  - LANDOLT HARDY, Pflegerecht, Band II: Schweizerisches Pflegerecht, Bern 2002.
  - LEUENBERGER CHRISTOPH, Dienstleistungsverträge, ZSR 1987 II S. 1 ff.
  - LÖRTSCHER THOMAS, Vertragliche Haftungsbeschränkungen im schweizerischen Kaufrecht, Diss. Zürich 1977.
  - LUTERBACHER THIERRY, Die Schadenminderungspflicht, Diss. Zürich 2005 = Schweizerische Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht (SSHW) Band 238.
  - NESTLÉ BARBARA M., Der Abschluss von Shrink-Wrap- und Online-Software-Lizenzverträgen nach schweizerischem, europäischem und amerikanischem Recht, sic! 1999 S. 219-231.
  - OESCH THOMAS, Die Freizeichnung im schweizerischen vertraglichen Schadenersatzrecht und ihre Schranken, Diss. Basel 1978.
  - OFTINGER KARL/STARK EMIL W., Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band II/1, Besonderer Teil, Erster Teilband, Verschuldenshaftung, gewöhnliche Kausalhaftungen, Haftung aus Gewässerverschmutzung, 4. A., Zürich 1987.
  - PAPANIKOLAOU PANAJOTIS AL., Schlechterfüllung beim Vertrag zugunsten Dritter, Schriften zum Bürgerlichen Recht, Band 37, Berlin 1977.
  - PLOTKE HERBERT, Schweizerisches Schulrecht, Bern 2003.
  - REBER MARKUS, Art. 404 OR – ein erratischer Block aus dem Römischen Recht im heutigen Auftragsrecht, in: Pichonnaz Pascal, Vogt Nedim Peter, Wolf Stephan (Hrsg.), Spuren des römischen Rechts, Festschrift für Bruno Huwiler zum 65. Geburtstag, Bern 2007, S. 499 ff.
  - RIEMER HANS MICHAEL, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band I, Einleitung und Personenrecht, 3. Abteilung, Die juristischen Personen, 2. Teilband, Die Vereine, Systematischer Teil und Art. 60-79 ZGB, 3. A., Bern 1990 (zitiert: BK-RIEMER).
  - REY HEINZ, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 3. A., Zürich 2003-2005.
  - RUSCH ARNOLD F., Verträge mit Fitnessstudios, in: Jusletter 27. November 2006.
  - SCHAFFITZ REGINA MIREILLE, Der Schulvertrag, Diss. Zürich 1977.
  - SCHLUEP WALTER R., Innominatverträge, SPR VII/2, Basel 1979, S. 763 ff.
  - SCHMIDLIN BRUNO, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI, Das Obligationenrecht, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, 2. Teilband, Unterteilband 1b, Mängel des Vertragsabschlusses, Art. 23-31 OR, Bern 1995 (zitiert: BK-SCHMIDLIN).
  - SCHÖNLE HERBERT, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung, Teilband V 2a, Kommentar zu Art. 184-191 OR, 3. A., Zürich 1993 (zitiert: ZK-SCHÖNLE).
  - STAEHELIN ADRIAN, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Obligationenrecht, Teilband V2c, Der Arbeitsvertrag, Art. 319-362 OR, 3. A., Zürich 1996, Art. 319-330a, 4. A., Zürich 2006 (zitiert: ZK-STAEHELIN)
  - SCHWEIZERISCHE KONFERENZ DER KANTONALEN ERZIEHUNGSDIREKTOREN/BUNDESAMT FÜR BILDUNG UND WISSENSCHAFT (Hrsg.), Schweizer Beitrag für die Datenbank «Eurybase – the Information Database on Education in Europe», Bern 2001, Internet: [www.edk.ch/PDF\\_Downloads/Bildungswesen\\_CH/Eurydice\\_00d.pdf](http://www.edk.ch/PDF_Downloads/Bildungswesen_CH/Eurydice_00d.pdf) (abgerufen am 2. Oktober 2007).
  - SCHWENZER INGEBORG, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4. A., Bern 2006 (zitiert: SCHWENZER, OR AT).
  - SCHWENZER INGEBORG, Beschränkung und

Modifikation der vertraglichen Haftung, in: Koller Alfred (Hrsg.), Haftung aus Vertrag, St. Gallen 1998, S. 99 ff. (zitiert: SCHWENZER, Beschränkung).

- SPIRO KARL, Die Haftung für Erfüllungsgehilfen, Bern 1984.
- STAMM MARGRIT, Geboren, geschöppelt – und dann gebildet? Frühkindliche Bildung als gesellschaftspolitisches Potential, NZZ 18. Juni 2007, B1.
- STETTLER MARTIN, Das Kindesrecht, SPR III/2, Basel 1992.
- TANNER DEBORAH, Haftung des Familienhauptes, in: Jusletter 24. September 2007.
- VELHORST SANDRA, Die zivilrechtlichen Grundlagen der Rechtsbeziehungen zwischen Fitnesscentern und Kunden, Diss. Bremen 1999 = Nomos Universitätsschriften Recht, Band 334, Baden Baden 2000.
- VÖLKLE MAYA, Die Begründung des Pflegeverhältnisses unter besonderer Berücksichtigung des neuen Kindesrechts, Diss. Basel 1978.
- VON BÜREN BRUNO, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1964.
- VON MÜNCH MAXIMILIAN, Die Einbeziehung von AGB im Fernsehmarketing, in: MultiMedia und Recht, München 2006, S. 202 ff.
- VON TUHR ANDREAS/ESCHER ARNOLD, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. II, 3. A., Zürich 1974.
- VON TUHR ANDREAS/PETER HANS, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I, 3. A., Zürich 1979.
- WEBER ROLF H., Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. VI, Obligationenrecht, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, 5. Teilband, Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97-109 OR, Bern 2000 (zitiert: BK-WEBER).
- WITZ WOLFGANG, Der unbestimmte Kaufpreis, Arbeiten zur Rechtsvergleichung, Band 131, Neuwied 1989.
- ZIRLICK BEAT, Freizeichnung von der Deliktshaftung, Diss. Bern 2003 = Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Band 681.
- 

---

\* \* \*