

# ZH\_HANDELSGERICHT HG090055 vom 4. September 2014

Zh Handelsgericht, 2014-09-04, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_handelsgericht\\_HG090055](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_handelsgericht_HG090055)

FR: ZH\_HANDELSGERICHT HG090055 du 4 septembre 2014

IT: ZH\_HANDELSGERICHT HG090055 del 4 settembre 2014

## Erwägungen

### E. 1

Prozessverlauf 8

#### E. 1.1

Wird durch den Betrieb eines Motorfahrzeuges ein Mensch getötet oder verletzt oder Sachschaden verursacht, so haftet der Halter für den Schaden (Art. 58 Abs. 1 SVG). Eine Haftung ist gegeben, wenn kumulativ ein Schaden, der Betrieb eines Motorfahrzeuges sowie ein natürlicher und adäquater Kausalzusammenhang zwischen dem Betrieb des Motorfahrzeuges und dem Schaden zu bejahen sind. Das Verschulden bildet keine Haftungsvoraussetzung, da Art. 58 SVG eine Gefährdungshaftung statuiert (REY, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 4. Aufl. 2008, N 1264 ff.). Der Geschädigte hat im Rahmen der vertraglichen Versicherungsdeckung seitens der obligatorischen Haftpflichtversicherung für Motorfahrzeughalter ein Forderungsrecht unmittelbar gegen den Versicherer (Art. 65 Abs. 1 i.V.m. Art. 63 Abs. 1 SVG).

- 15 -

#### E. 1.2

Art und Umfang des Schadenersatzes sowie die Zusprechung einer Geldsumme richten sich nach den Grundsätzen des Obligationenrechts für unerlaubte Handlungen (Art. 62 Abs. 1 SVG i.V.m. Art. 41 ff. OR). Eine Körperverletzung im Sinne von Art. 46 OR liegt vor, wenn eine Beeinträchtigung der körperlichen oder psychischen Integrität zu einem Schaden im Sinne einer materiellen Einbusse führt (HEIERLI / SCHNYDER, in: Basler Kommentar zum Obligationenrecht I, 5. Aufl. 2011, N 2 zu Art. 46 OR m.w.H.). Wer Schadenersatz beansprucht, hat den Schaden zu beweisen (Art. 42 Abs. 1 OR). Bei einer Körperverletzung im Sinne von Art. 46 OR kann unter Würdigung der besonderen Umstände dem Verletzten eine angemessene Geldsumme als Geldsumme zugesprochen werden (Art. 47 OR). Voraussetzung ist, dass der Verletzte durch die Körperverletzung eine immaterielle Unbill von einer gewissen Intensität erleidet (REY, a.a.O., N 442). Die übrigen Voraussetzungen entsprechen denjenigen für die Geltendmachung von Schadenersatz (FELLMANN/KOTTMANN, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band I, 2012, N 2622). Wie der Schaden ist auch die immaterielle Unbill vom Verletzten nachzuweisen.

#### E. 1.3

Ursachen im Sinne des natürlichen Kausalzusammenhanges sind alle Umstände, ohne deren Vorhandensein der eingetretene Erfolg nicht als eingetreten oder nicht als in der gleichen Weise bzw. nicht zur gleichen Zeit eingetreten gedacht werden kann. Entsprechend dieser Umschreibung ist für die Bejahung des natürlichen Kausalzusammenhanges nicht

erforderlich, dass ein Unfall die alleinige oder unmittelbare Ursache gesundheitlicher Störungen ist; es genügt, dass das schädigende Ereignis zusammen mit anderen Bedingungen die körperliche oder geistige Integrität des Geschädigten beeinträchtigt hat, der Unfall mit anderen Worten nicht weggedacht werden kann, ohne dass auch die eingetretene gesundheitliche Störung entfielen (BGE 117 V 359 E. 4a; BGE 119 V 335 E. 1; BGE 129 V 177 E. 3.1; Urteile des Bundesgerichts 4A\_540/2010 vom 8. Februar 2011 E. 1.1 und 4A\_444/2010 vom 22. März 2011 E. 2.1). Die Beweislast für diesen natürlichen Kausalzusammenhang obliegt ebenfalls dem Kläger (Art. 8 ZGB). Soweit der Kausalzusammenhang nicht mit wissen-

- 16 - schaftlicher Genauigkeit nachgewiesen werden kann, genügt eine überwiegende Wahrscheinlichkeit eines bestimmten Kausalverlaufs. Der Beweis gilt somit als erbracht, wenn für die Richtigkeit der Sachbehauptung nach objektiven Gesichtspunkten derartige gewichtige Gründe sprechen, dass andere denkbare Möglichkeiten weder eine massgebende Rolle spielen noch vernünftigerweise in Betracht fallen (BGE 131 III 12 = Urteil des Bundesgerichts 4C.222/2004 vom 14. September 2004 nicht publ. E. 2.). Anders verhält es sich, wenn nach den besonderen Umständen des Falles weitere Möglichkeiten bestehen, die neben der behaupteten Ursachenfolge ebenso ernst in Frage kommen oder sogar näher liegen (BGE 107 II 269 E. 1b m.w.H.; Urteil des Bundesgerichts 4A\_444/2010 vom 22. März 2011 E. 2.1). Demnach genügt die blosser Möglichkeit eines natürlichen Kausalzusammenhangs für die Begründung eines Leistungsanspruchs nicht (BGE 117 V 359 E. 4a; BGE 119 V 335 E. 1). Wäre der Schaden in vollem oder geringerem Umfang auch ohne den Unfall eingetreten, ist er insoweit keine Folge davon, dem Haftpflichtigen folglich nicht zurechenbar und von der Schadensberechnung auszunehmen (BGE 113 II 86 E. 3b).

#### **E. 1.4**

Ob ein adäquater Kausalzusammenhang zwischen dem schädigenden Ereignis und dem Schaden bzw. der immateriellen Unbill vorliegt, ist eine vom Gericht zu beurteilende Rechtsfrage, welche sich erst dann stellt, wenn die natürliche Kausalität zwischen dem Ereignis und den Unfallfolgen zu bejahen ist (BGE 107 II 269 E. 3).

#### **E. 1.5**

Der Kläger verlangt von der Beklagten Schadenersatz und Genugtuung (act. 1 Rz. 38 ff.; act 85 zu 38 ff.). Die Beklagte haftet grundsätzlich für einen Schaden bzw. für immaterielle Unbill, welche dem Kläger durch den Verkehrsunfall vom 11. November 2005 verursacht worden sind. Der Kläger hat nach dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit zu beweisen, dass er im Sinne der natürlichen Kausalität durch den Unfall verletzt worden und ihm daraus ein Schaden bzw. immaterielle Unbill entstanden ist.

- 17 - 2. Zentrales Beweisthema

### **E. 2**

Anwendbares Verfahrensrecht 11

#### **E. 2.1**

Der Kläger macht in der Klageschrift vom 16. März 2009 zusammengefasst geltend, er leide nach wie vor an einem cerviko-cephalen Syndrom bzw. an einem cervikalen Schmerzsyndrom mit Nacken- und Kopfschmerzen. Die Schmerzen würden sich bei konzentrativer Tätigkeit verstärken und der Kläger gerate dann auch in Angstzustände. Bei

der Tätigkeit als Taxichauffeur, wo jederzeit eine volle Konzentration verlangt werde, sei und bleibe der Kläger nach wie vor beeinträchtigt. Seit März 2007 habe er seine Tätigkeit als selbstständiger Taxichauffeur wiederum aufgenommen; er arbeite durchschnittlich drei bis vier Stunden pro Tag. Damit gelange er bereits an seine Belastungsgrenze. In Bezug auf die psychischen Unfallfolgen ergänzt der Kläger, er habe lange Zeit nicht gewagt, selber Auto zu fahren. Auch Monate nach dem Unfallereignis habe er stets nur ganz kurze Strecken absolviert, wenn er überhaupt Auto gefahren sei. Auch aktuell ermüde er bei konzentrativer Tätigkeit schnell, so dass er die Arbeit jeweils aufgeben müsse. Es treffe zu, dass sich die Beschwerden und die Arbeitsunfähigkeit aus rein somatischer Sicht nicht vollständig erklären liessen. Der Unfall habe aber psychophysische Störungen ausgelöst, welche nach wie vor existent seien. Ohne das Unfallereignis wären die Beschwerden und die reduzierte Arbeitsfähigkeit nicht eingetreten. Vor dem Unfall sei der Kläger stets arbeitsfähig und auch arbeitstätig gewesen. Der natürliche Kausalzusammenhang zwischen dem Unfall und den gesundheitlichen Schäden sei daher zu bejahen (act. 1 Rz. 23 f.). In der Replik vom 1. März 2012 führt der Kläger aus, er ermüde nach wie vor rasch, die Konzentration lasse nach, er werde nervös und müsse sich dann erholen (act. 85 zu 45. S. 73). Die Beklagte bestreitet eine eigentliche Verletzung des Klägers und hält dazu im Wesentlichen fest, die angeblichen Beschwerden des Klägers würden als subjektiv dargestellt bestritten und hätten allesamt unfallfremde Ursachen. Diese hätten ihn jedenfalls nicht daran gehindert, spätestens im Juni 2006 wieder Auto zu fahren. Unter Hinweis auf die vom Kläger nach Kroatien unternommenen Fahrten bestreitet die Beklagte auch dessen rasche Ermüdbarkeit bei konzentrativer Tä-

- 18 - tigkeit. Aus medizinischer Sicht habe es keinen Grund gegeben, weshalb der Kläger nicht schon kurz nach dem Unfall mit einem vollen Pensum als Taxichauffeur hätte arbeiten können. Der natürliche Kausalzusammenhang werde wegen fehlender Befunde einer Verletzung in der Erstuntersuchung und fehlender Bezüge seiner geltend gemachten Beschwerden zum Unfall bestritten. Zudem bestreitet die Beklagte, dass der Kläger vor dem Unfall stets voll arbeitsfähig gewesen sei (act. 14 Rz. 4, Rz. 23 f., Rz. 37, Rz. 48; act. 89 Rz. 24 ff.).

## **E. 2.2**

Vorliegend geht es in erster Linie um die umstrittene Frage, ob zwischen dem Unfallereignis vom 11. November 2005 und den vom Kläger geltend gemachten gesundheitlichen Beeinträchtigungen sowie den daraus abgeleiteten Einschränkungen seiner Arbeitsfähigkeit ein natürlicher Kausalzusammenhang besteht. Nur wenn der Beweis des natürlichen Kausalzusammenhangs erbracht werden kann, stellt sich in zweiter Linie die Frage der Höhe der vom Kläger geltend gemachten Schadenspositionen sowie einer Genugtuung. Dementsprechend wurde dem Kläger mit Beweisauflagebeschluss vom 18. Juni 2013 der Hauptbeweis dafür auferlegt, dass er beim Unfallereignis vom 11. November 2005 ein zervico-cephales Syndrom bzw. ein cervicales Schmerzsyndrom erlitten hat (Beweissatz I.1.), dass er seit dem Unfallereignis an den von ihm behaupteten Beschwerden leidet (Beweissatz I.2.), dass die genannten Beschwerden eine Folge des Unfallereignisses sind (Beweissatz I.3.), dass er seit dem Unfallereignis entsprechend seinen Behauptungen in seiner Arbeitsfähigkeit als Taxichauffeur eingeschränkt ist (Beweissatz I.4.) und dass die genannten Einschränkungen der Arbeitsfähigkeit auf die behaupteten Beschwerden zurückzuführen sind (Beweissatz I.5.).

## **E. 2.3**

Der Kläger liefert keine Definition der von ihm verwendeten Begriffe "cervico-cephales Syndrom" bzw. "cervicales Schmerzsyndrom" (act. 1 Rz. 23 f.). Dazu ist festzuhalten, dass der Begriff "Cervix" Nacken und Hals bedeutet, während mit dem Begriff "cephal" "den Kopf betreffend" gemeint ist. Ein Syndrom bezeichnet eine Gruppe von Krankheitszeichen, die für ein bestimmtes Krankheitsbild mit meist einheitlicher Ursache, aber unbekannter Pathogenese, d.h. Entstehung und Entwicklung, charakteristisch sind, oder auch einen Symptomenkomplex (vgl.

- 19 - Pschyrembel, Klinisches Wörterbuch, 262. Aufl. 2011, S. 30, S. 350, S. 352, S. 1052, S. 1561, S. 2013). Dass der Kläger den Standpunkt vertritt, Auslöser für den geltend gemachten Symptomenkomplex sei ein Schleudertrauma der Halswirbelsäule (HWS), ergibt sich aus verschiedenen Ausführungen, in welchen er diesen Begriff selber verwendet und teilweise überdies auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu dieser Thematik verweist (act. 73 S. 2; act. 85 zu 15. S. 15 und Rz. 23a S. 24; Prot. S. 67 ff.). 3. Grundlagen für die Kausalitätsbeurteilung

### **E. 3**

Zuständigkeit 12

#### **E. 3.1**

Eine bei einem Unfall erlittene Verletzung im Bereich von Halswirbelsäule (nachfolgend HWS) und Kopf kann nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts auch ohne organisch nachweisbare (d.h. objektivierbare) Funktionsausfälle zu länger dauernden, die Arbeits- und Erwerbsfähigkeit beeinträchtigenden Beschwerden führen. Derartige Verletzungen sind durch ein komplexes und vielschichtiges Beschwerdebild mit eng ineinander verwobenen, einer Differenzierung kaum zugänglichen Beschwerden physischer und psychischer Natur gekennzeichnet (BGE 136 V 279 E. 3.1 m.w.H.).

#### **E. 3.2**

Der natürliche Kausalzusammenhang zwischen dem Unfall und der danach eingetretenen Arbeits- bzw. Erwerbsunfähigkeit ist gemäss einer älteren Rechtsprechung in der Regel anzunehmen, wenn ein Schleudertrauma der Halswirbelsäule diagnostiziert ist und ein für diese Verletzung typisches Beschwerdebild mit einer Häufung von Beschwerden wie diffuse Kopfschmerzen, Schwindel, Konzentrations- und Gedächtnisstörungen, Übelkeit, rasche Ermüdbarkeit, Visusstörungen, Reizbarkeit, Affektlabilität, Depression, Wesensveränderung usw. vorliegt (BGE 117 V 359 E. 4b). Später wurde diese Rechtsprechung dahingehend präzisiert, dass auch bei Schleudermechanismen der HWS zuallererst die medizinischen Fakten, wie die fachärztlichen Erhebungen über Anamnese, objektiven Befund, Diagnose, Verletzungsfolgen, unfallfremde Faktoren, Vorzustand usw. die massgeblichen Grundlagen für die Kausalitätsbeurteilung durch Gerichtsinstanzen bilden. Das Vorliegen eines Schleudertraumas wie seine Folgen müssen somit durch zuverlässige

- 20 - ärztliche Angaben gesichert sein. Somit bedarf es auch in diesem Bereich für die Leistungsberechtigung, dass die geklagten Beschwerden medizinisch einer fassen gesundheitlichen Beeinträchtigung zugeschrieben werden können und dass diese Gesundheitsschädigung mit überwiegender Wahrscheinlichkeit in einem ursächlichen Zusammenhang mit dem versicherten Unfall steht. Zur Feststellung der Gesundheitsschädigung ist unter Umständen ein interdisziplinäres Zusammenwirken der

verschiedenen medizinischen Fachrichtungen erforderlich. Zu beachten sind hier die Schwierigkeiten, die sich aus dem Umstand ergeben, dass der im Zusammenhang mit HWS-Verletzungen sich manifestierende Beschwerdekomples mitunter noch andere Ursachen haben kann, was aber nicht von vornherein zur Verneinung der natürlichen Kausalität führen darf, da der Unfall als eine Teilursache für die Bejahung des natürlichen Kausalzusammenhanges genügt. Hingegen genügen bloss Klagen über diffuse Beschwerden keineswegs für den Beweis der Unfallkausalität, können diese doch teilweise mit solchen, die nach Schleudertraumen der HWS häufig angegeben werden, korrespondieren und dennoch nicht als überwiegend wahrscheinliche Folge eines Unfalles gelten, sondern als Folge eines krankhaften Vorzustandes (BGE 119 V 335 E. 2b). In einem neueren Entscheid wird überdies darauf hingewiesen, dass Schleudertrauma-Verletzungen zwar klinisch untersucht, aber abgesehen von ossären Läsionen und dergleichen nicht bildgebend objektiviert werden können. Damit kommt den Angaben der versicherten Person über bestehende Beschwerden besondere Bedeutung zu, was aber auch ein Missbrauchspotenzial bietet. Zudem können bei identischer Symptomatik die erhobenen Befunde aus dem Katalog des für derartige Verletzungen als typisch erachteten Beschwerdebildes gegebenenfalls auch nichttraumatischer Genese sein. Entsprechend sind an die Grundlagen für den Schluss auf das Vorliegen solcher Verletzungen hohe Anforderungen zu stellen. In einer ersten Phase nach dem Unfall ist zu erwarten, dass dessen Hergang möglichst genau und verifizierbar dokumentiert wird. Gleiches gilt für die anschliessend auftretenden Beschwerden. Diesen ersten tatbeständlichen Grundlagen kommt grosses Gewicht zu. Daher wird als Grundlage für die Kausalitätsbeurteilung bei einem Schleudertrauma der HWS nebst einer genügenden Erstabklärung verlangt, dass eine eingehende medizinische Abklärung (im Sinne

- 21 - eines polydisziplinären / interdisziplinären Gutachtens) bereits in einer ersten Phase nach dem Unfall vorgenommen wird, sofern und sobald Anhaltspunkte für ein längeres Andauern oder gar eine Chronifizierung der Beschwerden bestehen. Eine entsprechende Begutachtung ist zudem jedenfalls dann angezeigt, wenn die Beschwerden bereits längere Zeit angehalten haben und nicht von einer baldigen, wesentlichen Besserung ausgegangen werden kann. In der Regel dürfte eine solche Begutachtung nach rund sechs Monaten Beschwerdepersistenz zu veranlassen sein (BGE 134 V 109 E. 9., E. 9.2, E. 9.4).

### **E. 3.3**

Das Bundesgericht hält unter Hinweis auf die Erfahrungen mit HWS-Schleuderverletzungen fest, dass bei einer Vielzahl dieser Unfälle schon nach kurzer Zeit eine deutliche Besserung eintrete (BGE 134 V 109 E. 9.3. m.w.H.). Der Normalverlauf sei durch eine initiale Symptomatik mit schmerzhafter Bewegungshemmung im Nacken-/Kopfbereich und Begleiterscheinungen wie Schwindel geprägt. Nur ausnahmsweise zeigten einzelne Patienten nachhaltig fortdauernde Beschwerden (BGE 119 V 335 E. 2a m.w.H.). Vor diesem Hintergrund wird zur Anwendbarkeit der sogenannten "Schleudertrauma-Praxis" zwar nicht vorausgesetzt, dass sämtliche der zum sogenannten typischen Beschwerdebild dieser Verletzung gehörenden Symptome innert der massgeblichen Latenzzeit von

### **E. 3.4**

Der natürliche Kausalzusammenhang als solcher kann letztlich nur mit Hilfe von ärztlichen Einschätzungen hinsichtlich der Ursachen von gesundheitlichen Beeinträchtigungen

nachgewiesen werden, weshalb medizinische - und da- bei insbesondere ärztliche - Berichte das wichtigste Beweismittel für dieses Be- weisthema bilden (ACKERMANN, in: RIEMER-KAFKA [HRSG.], Beweisfragen im sozi- alversicherungsrechtlichen Verfahren, 2013, S. 101). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung hat das Gericht im Rahmen freier rechtlicher Beweiswürdigung alle medizinischen Berichte zu würdigen, und zwar auch solche, welche die Wahrscheinlichkeit der natürlichen Kausalität nicht allein

- 22 - vom sicheren Nachweis neurologischer Ausfälle oder entsprechender Befunde mittels bildgebender Untersuchungsmethoden wie Computertomogrammen usw. abhängig machen. Dies hat nach dem Gesagten dort zu gelten, wo der Natur der Sache nach ein direkter wissenschaftlicher Beweis im Einzelfall (noch) nicht ge- führt werden kann, so etwa bei Unfällen mit Schleudertrauma der Halswirbelsäule (BGE 117 V E. 369 E. 3e). Sodann hat das Gericht bei einander widersprechen- den medizinischen Berichten das gesamte Beweismaterial zu würdigen und die Gründe anzugeben, warum auf die eine und nicht auf die andere medizinische These abgestellt wird. Hinsichtlich des Beweiswertes eines Arztberichtes ist ent- scheidend, ob dieser für die streitigen Belange umfassend ist, auf allseitigen Un- tersuchungen beruht, auch die geklagten Beschwerden berücksichtigt, in Kenntnis der Vorakten (Anamnese) abgegeben worden ist, in der Beurteilung der medizini- schen Zusammenhänge und der medizinischen Situation einleuchtet und ob die Schlussfolgerungen des Experten begründet sind. In Bezug auf Berichte von Hausärzten darf und soll das Gericht der Erfahrungstatsache Rechnung tragen, dass Hausärzte mitunter im Hinblick auf ihre auftragsrechtliche Vertrauensstellung in Zweifelsfällen eher zu Gunsten ihrer Patienten aussagen. Da sich die behan- delnden Ärztinnen und Ärzte in erster Linie auf die Behandlung zu konzentrieren haben, verfolgen deren Berichte nicht den Zweck einer den abschliessenden Ent- scheid über die Ansprüche erlaubenden objektiven Beurteilung des Gesundheits- zustandes und erfüllen deshalb kaum je die materiellen Anforderungen an ein Gutachten im Sinne der Rechtsprechung. Auch ein Parteigutachten besitzt nicht den gleichen Rang wie ein vom Gericht oder von einem Unfallversicherer nach dem vorgegebenen Verfahrensrecht eingeholtes Gutachten (BGE 125 V 351 E. 3b; BGE 134 V 231 E. 5.1; BGE 135 V 465 E. 4.5.). Insoweit die ärztlichen Be- richte ohne Kenntnis der vollständigen Akten erstattet wurden, vermögen die ge- troffenen Schlussfolgerungen den Anforderungen an eine Expertise im Sinne der Rechtsprechung nicht zu genügen und können daher keine schlüssige Grundlage für die Kausalitätsbeurteilung bilden (BGE 119 V 335 E. 3c).

### **E. 3.5**

Die Grundsätze bezüglich der Tatfrage der natürlichen Kausalität können auch für haftpflichtrechtliche Fälle zur Anwendung gelangen, zumal insoweit - an- ders als bei der Rechtsfrage der Adäquanz - Gründe für eine unterschiedliche

- 23 - Handhabung im Sozialversicherungs- und Haftpflichtrecht nicht ersichtlich sind (Urteil des Bundesgerichts 4A\_494/2009 vom 17. November 2009 E. 2.2 m.w.H.; vgl. auch ACKERMANN, a.a.O., S. 120 f.).

### **E. 3.6**

Zur Beurteilung des natürlichen Kausalzusammenhanges zwischen dem Unfall vom 11. November 2005 und der nach Auffassung des Klägers darauf zu- rückzuführenden gesundheitlichen Beeinträchtigungen mit Auswirkungen auf sei- ne Arbeitsfähigkeit ist zunächst auf die von einer oder von beiden Parteien als Beweismittel angerufenen

Arztberichte und IV-Gutachten sowie auf die Ergebnisse der Visionierung des Observationsmaterials näher einzugehen. 4. Ärztliche Berichte für die Zeit nach dem Unfall

#### **E. 4**

Ärztliche Berichte für die Zeit nach dem Unfall 23

##### **E. 4.1**

Ambulanter Bericht Unfallchirurgie des USZ vom 11. November 2005

##### **E. 4.1.1**

Nach dem Unfall wurde der Kläger durch die Sanität ins Universitätsspital Zürich eingeliefert (Kläger: act. 1 Rz. 7 und act. 85 zu 7. S. 6; Beklagte: act. 14 Rz. 7). Gemäss ambulantem Bericht der Unfallchirurgie des Universitätsspitals Zürich vom 11. November 2005 (nachfolgend Bericht USZ) wurden eine Kontusion der rechten Flanke sowie eine Hyperventilation diagnostiziert. Der Kläger gab an, leicht progrediente Schmerzen im Bereich der rechten Flanke sowie leichte Kopfschmerzen zu verspüren und gelegentlich Beruhigungsmittel einzunehmen. Eine Bewusstlosigkeit oder Amnesie wurden von ihm verneint. Hervorzuheben sind sodann folgende Bemerkungen im Bericht: "HWS: frei beweglich keine Klopf- /DDo" sowie "Wirbelsäule: keine D/Klopf-Do über der HWS, BWS. LWS leicht klopfdolent". Der Kläger wurde in gutem AZ und EZ nach Hause entlassen und eine Arbeitsunfähigkeit von 100 % vom 11.11. bis 13.11.2005 bescheinigt (act. 4/7).

##### **E. 4.1.2**

Entgegen der Darstellung des Klägers (act. 1 Rz. 7) ist dem ambulanten Unfallbericht nicht zu entnehmen, dass er bis am Folgetag zur Beobachtung im Universitätsspital verblieben wäre, sondern er wurde nach dem Unfall, welcher um ca. 2:20 Uhr stattgefunden hatte (act. 4/3 S. 1), ins Universitätsspital eingeliefert und gleichentags entlassen. Die Beklagte betont, dass bloss eine Kontusion

- 24 - der rechten Flanke und eine Hyperventilation diagnostiziert worden sei, nicht aber eine HWS-Distorsion oder Elemente des dafür sogenannten typischen Beschwerdebildes. Die leichten Kopfschmerzen hätten dem Unfall offenbar nicht zugeordnet werden können und seien eventuell das natürliche Resultat einer Übermüdung infolge des vom Kläger geleisteten Nachtdienstes. Nachdem der Kläger noch am gleichen Morgen in gutem Allgemeinzustand habe entlassen werden können, habe sich der Unfall medizinisch als Bagatelle erwiesen. Der Kläger sei bei der Kollision nicht verletzt worden (act. 14 Rz. 9; act. 89 Rz. 4, Rz. 7, Rz. 9, Rz. 16c, Rz. 17, Rz. 24).

##### **E. 4.1.3**

BWS und LWS sind gebräuchliche Abkürzungen für die Brust- und Lendenwirbelsäule, welche Abschnitte an denjenigen der Halswirbelsäule (HWS) anschliessen, während die Abkürzungen AZ und EZ für Allgemein- bzw. Ernährungszustand stehen ([http://de.wikipedia.org/wiki/jeweiliger Begriff](http://de.wikipedia.org/wiki/jeweiliger_Begriff), besucht am: 3. September 2014).

##### **E. 4.1.4**

Im Internistisch-Rheumatologischen Gutachten vom 27. April 2010 (nachfolgend rheumatologisches Gutachten) hielt Dr. Dr. F.\_\_\_\_\_ zum Bericht USZ u.a. fest, eine Bewusstlosigkeit oder Amnesie seien nicht rapportiert worden. Die HWS sei normal beweglich und nicht klopf- oder druckdolent gewesen. Am Thorax habe sich kein

Kompressionsschmerz und kein Hinweis auf eine Rippenfraktur oder Prellungszeichen gefunden. Die Röntgenuntersuchung der HWS, LWS und des Thorax seien wie auch das CT-Abdomen unauffällig gewesen. Nach einer ausführlichen körperlichen Untersuchung sei der Kläger in gutem Allgemeinzustand mit dem Schmerzmittel Dafalgan und mit Flectorpflaster für die rechte Flanke nach Hause entlassen worden (act. 67/1 S. 38). Dies lässt den Schluss zu, dass der Kläger in jenem Zeitpunkt keinerlei Beschwerden im Bereich von Halswirbelsäule und Nacken verspürte. Der Kläger behauptet denn auch keine entsprechenden Beschwerden, sondern hält es für nachvollziehbar, dass aufgrund der Flankenschmerzen "HWS-Beschwerden unmittelbar nach dem Unfall unter Umständen larviert blieben" (act. 85 zu 17. S. 19). Die Beklagte weist zutreffend auf die Auffälligkeit hin (act. 89 Rz. 17 S. 12, Rz. 23c/aa S. 18), dass die initial beste-

- 25 - henden Flankenschmerzen später nie mehr ein Thema waren. Der Kläger leitet daraus für seinen Standpunkt auch nichts ab.

#### **E. 4.1.5**

Dem Bericht USZ, welcher auf der unmittelbar im Anschluss an den Unfall erfolgten umfassenden Untersuchung des Klägers beruht, kommt gemäss Bundesgerichtlicher Rechtsprechung (BGE 134 V 109 E. 9.2) grosses Gewicht zu. Beide Parteien haben diesen denn auch zu verschiedenen Beweissätzen als Beweismittel angerufen. Abgesehen von leichten Kopfschmerzen konnten anlässlich der Erstuntersuchung keine Elemente des vom Kläger behaupteten, nach Schleudertrauma der HWS typischen Symptomenkomplexes (BGE 117 V 359 E. 4b; Urteile des Bundesgerichts 8C\_574/2009 vom 9. Dezember 2009 E. 5.3.1. m.w.H. sowie 8C\_1021/2009 vom 3. November 2010 E. 5.2) erhoben werden.

#### **E. 4.2**

Bericht von Dr. med. G.\_\_\_\_\_ vom 9. Januar 2006

##### **E. 4.2.1**

Dem Bericht von Dr. med. G.\_\_\_\_\_ an die Beklagte vom 9. Januar 2006 sind als Diagnosen ein Panvertebralsyndrom bei paravertebraler Ddo/Myogelosen der BWS und LWS bds, Kopfschmerzen, eine Schlafstörung und Nervosität zu entnehmen. Die Physiotherapie zweimal pro Woche habe bisher keine grosse Besserung gebracht. Da die Analgesie bisher keine Änderung der Beschwerden gebracht habe, sei diese wieder abgebrochen und der Kläger am 13. Dezember 2005 für eine psychiatrische Beurteilung an das Medizinische Zentrum H.\_\_\_\_\_ überwiesen worden. Die Arbeitsunfähigkeit des Klägers betrage seit dem Unfalldatum 100 %. Dazu wird ausgeführt: "Patient ist bisher erst einmal Auto gefahren (Angstzustände)" (act. 4/8-9).

##### **E. 4.2.2**

Der Kläger führt aus, Dr. G.\_\_\_\_\_ habe ihn anschliessend an die im USZ gestellte Diagnose medizinisch behandelt (act. 1 Rz. 10). Er hält dafür, die Zuweisung für eine psychiatrische Beurteilung ans Medizinische Zentrum H.\_\_\_\_\_ sei wohl wegen der Angstzustände beim Autofahren erfolgt (act. 85 zu 10. S. 8). Die Beklagte bezeichnet die Diagnose von Dr. G.\_\_\_\_\_ als unspezifisch. Die Arbeitsunfähigkeit werde mit rein psychischen Faktoren (Angstzuständen) begründet, während aus somatischer Sicht keine Arbeitsunfähigkeit bestanden habe. Eine HWS-Distorsion mit dem sogenannten typischen Beschwerdebild habe auch fast

- 26 - zwei Monate nach dem Unfall immer noch nicht diagnostiziert werden können. Die Beklagte vermutet, dass eine psychische Krankheit und andere Beschwerden, wie sie im Bericht von Dr. G.\_\_\_\_\_ vom 9. Januar 2006 angegeben werden, schon vor dem Unfall und darüber hinaus bestanden und das Beschwerdebild des Klägers geprägt hätten (act. 14 Rz. 10; act. 89 Rz. 10).

#### **E. 4.2.3**

Zu den von Dr. G.\_\_\_\_\_ verwendeten Fachbegriffen ist festzuhalten, dass "pan-" einen Wortteil mit der Bedeutung "ganz" und "vollständig" bezeichnet, während sich "vertebral" auf die Wirbelsäule bezieht. Bei "para-" handelt es sich um einen Wortteil, dessen Bedeutung u.a. "neben" ist. Myogelosen bedeutet Muskelhartspann (Psyhyrembel, a.a.O., S. 1383, S. 1532, S. 1544, S. 2195). Der Beklagten ist insofern beizupflichten, als dem Bericht keine Hinweise auf eine von der HWS ausgehende Gesundheitsbeeinträchtigung zu entnehmen sind.

#### **E. 4.2.4**

Wie dem rheumatologischen Gutachten zu entnehmen ist, handelt es sich bei Dr. G.\_\_\_\_\_ um den Hausarzt, bei welchem der Kläger nach dem Unfall bis am 17. Mai 2006 in Behandlung gestanden habe (act. 67/1 S. 15). Gemäss Angaben des Klägers anlässlich der IV-Begutachtung in der Psychiatrischen Universitätsklinik Zürich (nachfolgend PUK) wechselte er den Hausarzt, da Dr. G.\_\_\_\_\_ ihn nicht richtig behandelt, falsch überwiesen und die Beschwerden nicht genug abgeklärt habe (act. 67/2 S. 42 f.). Da Dr. G.\_\_\_\_\_ den Kläger in einer relativ frühen Phase nach dem Unfall behandelte, ist der von beiden Parteien als Beweismittel offerierte Bericht vom 9. Januar 2006 grundsätzlich von erheblicher Relevanz. Dieser ist aber insofern nicht aussagekräftig, als daraus nicht hervorgeht, seit wann der Kläger bei Dr. G.\_\_\_\_\_ in Behandlung stand bzw. wann die Erstuntersuchung erfolgte. Auch bleibt unklar, ob und gegebenenfalls über welche Vorakten Dr. G.\_\_\_\_\_ verfügte. Nachdem Dr. G.\_\_\_\_\_ auf die Frage nach einer Beeinflussung durch unfallfremde Krankheiten, Psyche, Gebrechen oder Folgen früherer Unfälle mit "bisher laut Akten und Patient nichts bekannt" antwortete, kann jedenfalls darauf geschlossen werden, dass ihm die Behandlung des Klägers in der Psychiatrischen Klinik I.\_\_\_\_\_ in den Jahren 1998 bis 1999 sowie im September und Oktober 2004 (act. 4/22; act. 15/3a; act. 67/2 S. 5 ff. ; vgl. auch act. 67/1 S. 3 f. und S. 38) nicht bekannt war. Dasselbe dürfte für den Umstand

- 27 - gelten, dass der Kläger gemäss Angaben im rheumatologischen Gutachten in der Nacht des 12. Juli 2005, d.h. nur vier Monate vor dem prozessgegenständlichen Unfall, wegen Wirbelsäulenbeschwerden nachts einen notfallmässigen Hausbesuch benötigte, bei welcher Gelegenheit ihm intravenöse Injektionen mit Schmerzmitteln verabreicht wurden (act. 67/1 S. 4). Eine Klärung der offenen Fragen ist nicht möglich, nachdem von Dr. G.\_\_\_\_\_ keine weiteren Berichte vorgelegt wurden, obgleich gemäss IV-Gutachten vier weitere Berichte dieses Arztes vom 23. November 2005 sowie vom 5. Februar, vom 18. Februar und vom 6. März 2006 existieren (act. 67/1 S. 7 ff., S. 38; act. 67/2 S. 8 ff.). Auch hat keine der Parteien eine Zeugeneinvernahme dieses Arztes beantragt.

#### **E. 4.3**

Bericht von Dr. med. G.\_\_\_\_\_ vom 15. Februar 2006

##### **E. 4.3.1**

Es erfolgte eine Überweisung an Dr. med. G.\_\_\_\_\_, FMH Rheumatologie und Innere Medizin, welcher im Bericht vom 15. Februar 2006 ein chronisches, vorwiegend myotendinotisches Cervicovertebralsyndrom sowie ein intermittieren- des Lumbovertebralsyndrom diagnostizierte. Zur Anamnese führte Dr. G.\_\_\_\_\_ im Wesentlichen aus, der Kläger leide an diffusen Nackenschmerzen mit Aus- strahlung einerseits in den Kopf (und damit einhergehend auch chronischen Kopf- schmerzen) und andererseits auch in die Arme (ohne Gefühlsstörungen / Schwä- chen in den Händen). Die Schmerzen würden seit einem Verkehrsunfall verstärkt bestehen, wobei gemäss heutiger Patientenangabe hier nicht die Unfallversiche- rung, sondern die Krankenkasse involviert sei. Zusammenfassend hielt Dr. G.\_\_\_\_\_ fest, dass er die Nackenschmerzen als chronisches unspezifisches, im Wesentlichen myotendinotisches Cervicalsyndrom beurteile und heute klinisch ei- ne weitgehend normal bewegliche HWS finde. Etwas auffallend sei die Diskre- panz zwischen starker Weichteildruckdolenz bei an sich aber nicht verspannter Muskulatur. Auch konventionell-radiologisch würden sich keine beschwerde- begünstigenden Veränderungen wie Fehllhaltung, Instabilität oder degenerative Veränderungen, finden. Teils damit verbunden, teils wohl aber auch unabhängig davon bestünden noch chronische Kopfschmerzen. Die Beschwerden dürften auch im Kontext mit der (vom zuweisenden Arzt Dr. G.\_\_\_\_\_) erwähnten psychi- schen Belastungssituation stehen. Aus rheumatologischer Sicht könne er hier

- 28 - längerfristig keine Einschränkung attestieren und bemesse die Arbeitsfähigkeit ab sofort mit mindestens 50 %, in den nächsten 4 bis 8 Wochen zu steigern auf 100 % (act. 4/14).

#### **E. 4.3.2**

Der Kläger betont, die Beurteilung durch den Rheumatologen Dr. G.\_\_\_\_\_ sei aus rein rheumatologischer Sicht erfolgt. Indessen habe ein Schleu- dertrauma der HWS gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung diverse Facet- ten (act. 85 zu 15. S. 15). Die Beklagte bestreitet, dass der Kläger in jenem Zeit- punkt an einem unfallbedingten myotendinotischen Cervicalsyndrom gelitten ha- be. Eine Chronifizierung innert drei Monaten sei medizinisch unwahrscheinlich (act. 14 Rz. 15).

#### **E. 4.3.3**

Der von Dr. G.\_\_\_\_\_ verwendete Begriff "myotendinotisch" ist nicht im Pschyrembel aufgeführt. Der vermutlich damit in Zusammenhang stehende Be- griff Myotonie bedeutet tonischer Krampf der Muskulatur (Pschyrembel, a.a.O., S. 1388 f.). Der Begriff "lumbo-" bezieht sich auf die Lende (Pschyrembel, a.a.O., S. 1210 f.).

#### **E. 4.3.4**

Zum Bericht von Dr. G.\_\_\_\_\_ hielt Dr.Dr. J.\_\_\_\_\_ im rheumatologischen Gutachten fest, der Rheumatologe habe am 15. Februar 2006 eine normale Be- weglichkeit der HWS gefunden. Ausserdem seien ihm Weichteildruckdolenzen im Bereich des M. trapezius und M. levator scapulae beidseits bei sonst nicht ver- spannter cervikaler Muskulatur aufgefallen. Dieser Befund sei typisch für die Ag- gravation cervikaler Beschwerden (act. 67/1 S. 54).

#### **E. 4.3.5**

Der lediglich von der Beklagten zu verschiedenen Beweissätzen als Be- weismittel angerufene Bericht von Dr. G.\_\_\_\_\_ ist der erste, in welchem rund drei Monate nach dem

Unfall u.a. ein Cervical- bzw. ein Cervicovertebralsyndrom diagnostiziert wurde. Entgegen den Ausführungen der Beklagten ist dem Bericht aber nicht zu entnehmen, dass das genannte Syndrom unfallbedingt sei, sondern es wurde lediglich ausgeführt, die Schmerzen würden seit einem Verkehrsunfall verstärkt bestehen. Auch der Hinweis auf die Involvierung der Krankenkasse an- statt der Unfallversicherung spricht dagegen, dass Dr. G.\_\_\_\_\_ von einem unfall- bedingten Syndrom ausging. Die genannten Angaben erfolgten im Rahmen der

- 29 - (Eigen-)Anamnese, d.h. der Erhebung der Krankengeschichte durch das Gespräch mit dem Kläger (Psyhyrembel, a.a.O., S. 87). Konkrete Hinweise auf die vom Kläger angegebenen Nackenschmerzen, wie etwa Bewegungseinschränkungen oder eine verspannte Nackenmuskulatur, konnte Dr. G.\_\_\_\_\_ anlässlich der Untersuchung nicht feststellen. Weiter fällt auf, dass die Angabe, der Kläger leide bereits seit der Zeit vor einem Verkehrsunfall an Nackenschmerzen, welche sich seither verstärkt hätten, im Widerspruch zum Bericht USZ steht und im Bericht von Dr. G.\_\_\_\_\_ keinerlei Niederschlag fand. Ob mit der Angabe "seit einem Verkehrsunfall" aber überhaupt der Unfall vom 11. November 2005 gemeint war, ist dem Bericht von Dr. G.\_\_\_\_\_ mangels Datumsangabe zum betreffenden Verkehrsunfall nicht zu entnehmen. Dies lässt den Schluss zu, dass sich der Kläger gegenüber Dr. G.\_\_\_\_\_ entweder abweichend zu seinen Angaben gegenüber den Ärzten des USZ sowie gegenüber Dr. G.\_\_\_\_\_ geäußert hatte, oder aber von einem allfälligen Verkehrsunfall späteren Datums berichtete.

#### **E. 4.4**

Berichte des Medizinischen Zentrums H.\_\_\_\_\_ vom 13. Januar, 20. April und 17. Mai 2006

##### **E. 4.4.1**

Dem Bericht des Medizinischen Zentrums H.\_\_\_\_\_ vom 13. Januar 2006 sind als Diagnosen eine Anpassungsstörung sowie ein Panvertebralsyndrom zu entnehmen. Als Beschwerden wurden aufgrund der Angaben des Klägers Kopf- und Rückenschmerzen sowie erhöhte Vergesslichkeit, Schlafstörungen, Müdigkeit, erhöhte Aggressivität und beim Autofahren vermehrte Ängstlichkeit, Schweissausbrüche und Flash-backs genannt, während Schwindel explizit verneint wurde (act. 4/10). Die Diagnosen wurden im zweiten Bericht vom 20. April 2006 (act. 4/11) wiederholt und als Beschwerden zusätzlich Nackenschmerzen und Konzentrationsschwierigkeiten angeführt. Die Arbeitsfähigkeit als Taxichauffeur wurde mit 0 % angegeben. Zur Behandlung fanden ab 17. Januar 2006 alle zwei Wochen psychotherapeutische Einzelgespräche statt, welche gemäss Bericht vom 17. Mai 2006 (act. 4/12) weitergeführt wurden. Hinzu kam das teilweise mit der behandelnden Psychotherapeutin durchgeführte Fahrtraining.

- 30 -

##### **E. 4.4.2**

Entgegen der Darstellung des Klägers (act. 85 zu 10. S. 8) ist dem Bericht vom 13. Januar 2006 (act. 4/10) nicht zu entnehmen, dass in erster Linie die "Flashbacks" hätten aufgearbeitet werden müssen. Auch geht aus dem Bericht vom 20. April 2006 (act. 4/11) nicht hervor, dass er bei Autofahrten über 20 Minuten Ängste, Kopfschmerzen und "Schwindelgefühle" verzeichnet habe (act. 1 Rz. 12 und act. 85 zu 12. S. 11), sondern es wurde Schwindel explizit verneint und von vermehrter Ängstlichkeit und Schweissausbrüchen vor allem bei Fahrversuchen (max. 20 Min. möglich) berichtet. Zum

Bericht vom 13. Januar 2006 macht die Beklagte geltend, dass die Diagnose einer Anpassungsstörung nicht einmal zwei Monate nach dem Unfall aufgrund von "zwei Vorgesprächen" nicht hätte gestellt werden dürfen, da sich eine solche aufgrund der medizinischen Erfahrungen mit Anpassungsstörungen innert so kurzer Zeit gar nicht hätte entwickeln können. Zudem bestreitet die Beklagte das angegebene Panvertebralsyndrom mit der Begründung, dass entsprechende Befunde völlig fehlten (act. 14 Rz. 11; act. 89 Rz. 10 f., Rz. 16b). Auch in den Berichten vom 20. April und vom 17. Mai 2006 fehlten jegliche klinische Befunde. Die Diagnosen beruhten einzig und allein auf den Schilderungen des Klägers (act. 14 Rz. 12 f.). Dass Mitte Mai 2006 noch keine Arbeitsversuche stattgefunden hätten, deren Verschiebung der Kläger mit versicherungstechnischen Abklärungen begründet habe, widerlege seine angebliche Motivation, sich wieder in seine Arbeit als selbständiger Taxichauffeur einzugliedern (act. 89 Rz. 12). Die Berichte lassen eine erhebliche Ratlosigkeit erkennen, da keine schlüssigen Befunde hätten erhoben werden können und die Behandler nur den Angaben des Klägers gefolgt seien (act. 89 Rz. 16a). Der Kläger hält dem entgegen, insbesondere die Flashbacks, die Angst beim Autofahren und die rasche Ermüdbarkeit rechtfertigten ohne Weiteres die Diagnose einer Anpassungsstörung im Bericht vom 13. Januar 2006. Der Bericht vom 20. April 2006 zeige auf, dass der Kläger alles daran gesetzt habe, die Unfallfolgen zu überwinden, seine Eigenmotivation sehr gross gewesen sei und er möglichst bald wieder eine 100%ige Arbeitsfähigkeit als Taxichauffeur angestrebt habe. Von Aggravation oder Simulation könne bei diesen Gegebenheiten keine Re-

- 31 - de sein. Aus dem Bericht vom 17. Mai 2006 gehe hervor, dass mit Hilfe psychiatrischer Betreuung darauf hingearbeitet worden sei, ihn mit Fahrversuchen und einer Steigerung der Fahrdauer wiederum in seine Tätigkeit als Taxichauffeur zurückzuführen. Die Berichte der Klinik H.\_\_\_\_\_ seien in jeder Beziehung nachvollziehbar und korrekt (act. 85 Ziff. 11 ff. S. 11 ff.).

#### **E. 4.4.3**

Die Aufzählung der Beschwerden des Klägers basieren offenbar auf dessen Angaben im Rahmen der psychotherapeutischen Gespräche im Medizinischen Zentrum H.\_\_\_\_\_. Nackenschmerzen kommen erst im Bericht vom 20. April 2006 vor, während solche im Bericht vom 13. Januar 2006 noch nicht erwähnt werden. Dies steht wiederum im Widerspruch zur Angabe gegenüber Dr. G.\_\_\_\_\_, wonach die Nackenschmerzen seit einem Verkehrsunfall verstärkt bestünden, es sei denn der Kläger hätte sich gegenüber Dr. G.\_\_\_\_\_ gar nicht auf den Unfall vom 11. November 2005, sondern auf einen allfälligen späteren Verkehrsunfall bezogen.

#### **E. 4.5**

Bericht von Dr. med. K.\_\_\_\_\_ vom 4. Mai 2006

##### **E. 4.5.1**

Dr. med. K.\_\_\_\_\_, FMH für Psychiatrie und Psychotherapie, nahm im Bericht vom 4. Mai 2006 zu den u.a. vom Medizinischen Zentrum H.\_\_\_\_\_ gestellten Diagnosen im Rahmen eines Aktengutachtens zu Handen der Beklagten Stellung (act. 4/15). Zur Frage, wie sie die gestellten Diagnosen beurteile, führte Dr. K.\_\_\_\_\_ aus, dass es sich bei Schlafstörungen, Nervosität, Hyperventilation, wie z.T. diagnostisch angeführt, um Symptome auf der Befundebene handle, also um keine Diagnosen im eigentlichen Sinne (act. 4/15 S. 1). Zur Diagnose der Anpassungsstörung führte Dr. K.\_\_\_\_\_ aus, dass der Kläger und seine

behandelnden Ärzte das Unfallereignis vollumfänglich für das Bild wechselnder Beschwerden verantwortlich machten und darauf hinwiesen, dass diese erst nach dem Unfall aufgetreten seien und es vor dem Unfall keine psychischen Auffälligkeiten gegeben habe. Letzterem gegenüber stehe die Anamnese mit früherer psychiatrischer Behandlung und der Gebrauch von Beruhigungstabletten. Beides seien Anhaltspunkte, die auf einen möglichen Vorzustand hinweisen könnten. Die Gesamtheit der be-

- 32 - lastenden Lebensumstände seien viel besser als der Unfall geeignet, eine Anpassungsstörung auszulösen und zu unterhalten (act. 4/15 S. 1 f.). Bereits im Bericht USZ sei eine unfallbedingte Schädigung ausgeschlossen worden. Als denkbare Vorzustände wurden prädisponierende Züge auf der Persönlichkeitsebene, ein rezidivierendes psychiatrisches Leiden sowie eine rezidivierende Affektstörung genannt und angeführt, dass es bei einer Konstellation wie dieser aufgrund sekundärer Motive nicht selten zu einer psychogenen Wunschreaktion mit psychischer Fehlhaltung bei versicherungsbedingter Versuchung komme (act. 4/15 S. 2). Dr. K.\_\_\_\_\_ kam im Wesentlichen zum Schluss, dass es sehr unwahrscheinlich sei, dass das unspezifische Beschwerdebild, das der Kläger heute beklage, in einem ursächlichen Zusammenhang mit dem spezifischen Ereignis des Unfalles stehe. Unfallgeschehen, objektivierbares Unfallerleben und beider Folgen seien nicht geeignet, Störungen in der Art, dem Ausmass und der Dauer auszulösen und zu unterhalten, wie sie geltend gemacht würden. Der Kläger habe eine Prellung erlitten, während andere Verletzungen ausgeschlossen worden seien. Das heutige Störungsbild habe sich erst sekundär mit einer Latenz entwickelt, habe sich symptomatisch verändert und weite sich seither aus, was unter den hier vorliegenden Umständen nichts mehr mit dem Unfallgeschehen und Unfallerleben zu tun habe. Das Unfallereignis vom 11.11.2005 komme aus medizinisch-psychiatrischer Sicht als Ursache für eine längere Arbeitsunfähigkeit (mehr als zwei Wochen) nicht in Frage. Überdies begründe der diagnostisch umschriebene Beschwerdekomples - unabhängig von der Entstehung - keine hohe und längere Arbeitsunfähigkeit. Der Anteil unfallfremder Faktoren (Belastungsfaktoren aus dem psychosozialen Umfeld, so die Trennung von Ehefrau und Kindern im August 2005, ungewisse Zukunftsaussichten namentlich in finanzieller Hinsicht sowie spärliche soziale Ressourcen, eventuelle Vorzustände wie Persönlichkeitszüge und rezidivierende psychische Störung) sei beträchtlich und mache realistischerweise sicher  $\frac{3}{4}$  der Gesamtumstände aus (act. 4/15 S. 3). Die psychotherapeutischen Einzelgespräche und die Physiotherapie bezeichnete Dr. K.\_\_\_\_\_ als nicht ausreichend und die Medikamentendosierung als unüblich

- 33 - niedrig zur Behandlung der aufgeführten Symptomatik. Zur Frage nach der Prognose führte Dr. K.\_\_\_\_\_ aus, diese sei ungewiss. Eindrucksmissig zeichne sich unfallunabhängig eine psychogene Entwicklung ab, hin zu einer fixierten Fehlhaltung (act. 4/15 S. 4).

#### **E. 4.5.2**

Dass Dr. K.\_\_\_\_\_ bestätigt habe, dass zwischen Unfall und Beschwerden eine Teilkausalität gegeben sei, ist dem Bericht entgegen der Darstellung des Klägers (act. 1 Rz. 24 S. 11; act. 85 zu 16. S. 16 und zu 24a S. 32) nicht zu entnehmen, sondern dass der Anteil unfallfremder Faktoren sicher, mit anderen Worten mindestens,  $\frac{3}{4}$  der Gesamtumstände ausmache.

#### **E. 4.5.3**

Die Beklagte stützt sich hinsichtlich ihrer Standpunkte u.a. auf den Bericht von Dr. K.\_\_\_\_\_ ab (act. 14 Rz. 16 ff.). Der Kläger führt die Ergebnisse gemäss Bericht darauf zurück, dass es sich dabei um ein Gefälligkeitsgutachten zu Gunsten der Beklagten als Auftraggeberin gehandelt habe (act. 85 zu 16. S. 15 ff. und zu 23c S. 26).

#### **E. 4.5.4**

Parteigutachten, die von einer Partei eingeholt und in das Verfahren eingebracht werden, ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung grundsätzlich nicht die Qualität von Beweismitteln, sondern von blossen Parteibehauptungen beizumessen (BE 135 III 670 E. 3.3.1 m.w.H.). Indessen sind auch Parteigutachten bei der Beweiswürdigung mit zu berücksichtigen (BGE 125 V 351 E. 3b f.; Urteil des Bundesgerichts 1C\_398/2010 vom 5. April 2011 E. 3.2). Damit ein medizinischer Aktenbericht, d.h. ein solcher ohne eigene Untersuchung der betreffenden Person, überzeugend ist, wird vorausgesetzt, dass die Akten ein vollständiges Bild über Anamnese, Verlauf und gegenwärtigen Status ergeben und diese Daten unbestritten sind; der Untersuchungsbefund muss lückenlos vorliegen, damit der Berichtersteller imstande ist, sich aufgrund der vorhandenen Unterlagen ein vollständiges Bild zu verschaffen (Urteil des Bundesgerichts 8C\_198/2011 vom 9. August 2011 E. 2.2 m.w.H.). Es ist unbestritten, dass es sich beim Bericht von Dr. K.\_\_\_\_\_ um ein Parteigutachten und gleichzeitig um ein Aktengutachten handelt (Kläger: act. 1 Rz. 16, act.

- 34 - 85 zu 16. S. 15; Beklagte: act. 14 Rz. 16.). Die Tatsache allein, dass es sich um ein Parteigutachten handelt, ändert nichts daran, dass dieses bei der Beweiswürdigung berücksichtigt werden kann und darf. Unklar ist aber, ob Dr. K.\_\_\_\_\_ für die Erstellung des einzig auf Akten basierenden Berichts die gesamten Vorakten zur Verfügung standen, zumal darin lediglich auf das ihr von der Beklagten zur Verfügung gestellte "Aktendossier" verwiesen wird (act. 4/15 S. 1). Auf die Einschätzung von Dr. K.\_\_\_\_\_ kann daher nicht unbesehen abgestellt werden.

#### **E. 4.6**

Bericht der L.\_\_\_\_\_ Klinik vom 20. Juni 2006

##### **E. 4.6.1**

Im Bericht der L.\_\_\_\_\_ Klinik vom 20. Juni 2006 wurden von den Neurologen Dr. M.\_\_\_\_\_ und Dr. N.\_\_\_\_\_ ein chronisches zervikales Schmerzsyndrom bei Status nach Verkehrsunfall mit PKW vom 11.11.05 sowie eine myofasziale Schmerzausstrahlung diagnostiziert und festgehalten, dass durch physikalische und medikamentöse Therapien die Beschwerdelinderung bisher ausgeblieben sei. Unter dem Titel "Beurteilung und Procedere" wurde ausgeführt, beim Kläger bestehe ein chronisches Zervicalsyndrom im Anschluss an ein indirektes HWS-Trauma am 11.11.05. Weder in der klinischen Untersuchung noch in der Anamnese des Patienten hätten sich Anhaltspunkte für Neurokompressionen ergeben. Das heute durchgeführten HWS-Röntgen zeigten weder eine Fraktur noch Luxationen oder degenerative Veränderungen auf (act. 4/16).

##### **E. 4.6.2**

Der Kläger bestreitet die Feststellung im Bericht, wonach er erst wenige Tage nach dem Unfall erstmalig cervicale Schmerzen verspürt habe (act. 85 zu 17. S. 18 f.). Indessen wird die entsprechende Ausführung im Rahmen der Anamnese aufgeführt, d.h. sie basierte auf den Angaben des Klägers selber. Mit seiner zum Bericht USZ geäusserten Vermutung, wonach "HWS-Beschwerden unmittelbar nach dem Unfall unter Umständen larviert"

geblieben seien (act. 85 zu 17. S. 19), hat der Kläger anerkannt, dass die betreffenden Schmerzen jedenfalls nicht unmittelbar nach dem Unfall aufgetreten waren. Die Beklagte weist sodann zutreffend darauf hin (act. 14 Rz. 17), dass in den Rechtsschriften des Klägers eine konkrete Behauptung zum Zeitpunkt des Auftretens cervicaler Schmerzen fehlt.

- 35 - Die Angabe im Bericht, der Kläger habe wenige Tage nach dem Unfall erstmalig zervikale Schmerzen verspürt, welche sich bis heute auf einem relativ hohen Niveau gehalten hätten, fand im Bericht von Dr. G.\_\_\_\_\_ vom 9. Januar 2006 (act. 4/8) keinen Niederschlag und steht im Widerspruch zum Bericht von Dr. G.\_\_\_\_\_ vom 15. Februar 2006, wonach die Schmerzen seit einem Verkehrsunfall verstärkt bestünden (act. 4/14).

#### **E. 4.6.3**

Die Beklagte hält dafür, die Diagnose eines chronischen cervicalen Schmerzsyndroms müsse von Dr. G.\_\_\_\_\_ übernommen worden sein (act. 89 Rz. 17). Ob sich die Ärzte der L.\_\_\_\_\_ Klinik für die Stellung ihrer Diagnose einzig auf die unter dem Titel "Anamnese" aufgeführten Angaben des Klägers stützten oder sie zudem über Vorakten verfügten, ist dem über sieben Monate nach dem Unfall erstellten Bericht nicht zu entnehmen. Festzuhalten ist sodann, dass es der erste Bericht ist, in welchem ein anlässlich des Unfalls vom 11. November 2005 erlittenes HWS-Trauma als Auslöser eines chronischen Zervikalsyndroms bezeichnet wird. Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang, dass es sich bei Angaben wie "Status nach Distorsionstrauma der Halswirbelsäule" allein um eine anamnestische Feststellung handelt, welche für den Nachweis der natürlichen Kausalität nicht zu genügen vermag (ACKERMANN, a.a.O., S. 103 m.w.H.).

#### **E. 4.7**

Austrittsbericht der RehaClinic O.\_\_\_\_\_ vom 3. Januar 2007

##### **E. 4.7.1**

Vom 16. November 2006 bis 6. Dezember 2006 war der Kläger in der RehaClinic O.\_\_\_\_\_ hospitalisiert. Die Diagnosen im Austrittsbericht vom 3. Januar 2007 lauteten chronisches cervikales Schmerzsyndrom bei Status nach Auf- fahrkollision mit PKW am 11.11.2005 (dazu wird Spannungskopfschmerz ange- führt), Panvertebral-Syndrom, depressive Entwicklung (dazu wird präzisierend eine Anpassungsstörung genannt). Der Kläger sei zur intensiven Neurorehabilitati- on zugewiesen worden, nachdem er sich bei einem Verkehrsunfall am 11.11.2005 ein HWS-Distorsionstrauma mit folgendem chronischem cervikalem Schmerzsyn- drom zugezogen habe. Zur neuropsychologischen Beurteilung wurde u.a. ange- führt, der Kläger sei zu sehr in seiner Situation und seiner dominanten

- 36 - Schmerzwahrnehmung gefangen gewesen, um den in den Therapien und Einzelgesprächen vermittelten Erklärungen inhaltlich Folge zu leisten. Er verfüge kaum über Coping-Strategien und befinde sich in einer starken Krankenrolle. Die formale neuropsychologische Untersuchung habe ein deutlich überlagertes Bild ergeben. Die formalen Leistungen seien stark schwankend, nicht nachvollziehbar und in sich nicht konsistent gewesen und stünden in keinem Verhältnis zu den Beobachtungen. Der Kläger präsentiere sich sehr leidend und klagsam und lasse sich teilweise nicht richtig auf die Aufgaben ein. Es mangle ihm an Anstrengungs- bereitschaft und seine Leistungen würden durch die Schmerzen überlagert. Die Resultate der neuropsychologischen Untersuchung seien somit nicht verwertbar, jedoch sehe man aus dem Verhalten eine offensichtliche Verstärkung der beklag- ten Schwierigkeiten. Fokale Minderleistungen könnten

ausgeschlossen werden. Die Wiederaufnahme der Arbeit zu einem Teilzeitpensum sei zumutbar und aus psychologischer Sicht sehr wichtig zur Schmerzdistanzierung und Tagesstrukturierung. Der Kläger fühle sich jedoch zur Zeit nicht arbeitsfähig (act. 4/17).

#### **E. 4.7.2**

Wie erstmals im Bericht der L. \_\_\_\_\_ Klinik vom 20. Juni 2006 (act. 4/16) wird auch im Austrittsbericht der RehaClinic O. \_\_\_\_\_ das chronische cervikale Schmerzsyndrom auf ein anlässlich des Unfalls erlittenes HWS-Schleudertrauma zurückgeführt (act. 4/17 S. 1). Der Beklagten ist darin beizupflichten, dass im Bericht der Verdacht auf Aggravation oder gar Simulation des Klägers deutlich durchschimmert (act. 14 Rz. 17).

#### **E. 4.7.3**

Über welche Vorakten die Ärzte der RehaClinic O. \_\_\_\_\_ verfügten, geht aus dem Austrittsbericht nicht klar hervor. Es wurde in dieser Hinsicht lediglich festgehalten, die ausführlichen Voruntersuchungen mit MRI hätten keinen pathologischen Befund ergeben (act. 4/17 S. 1) und es seien keine auswärtigen Röntgenbilder mitgebracht worden (act. 4/17 S. 3). Als unzutreffend erweist sich sodann die Annahme im Bericht, am 11. November 2005 sei es zu einer Auffahrkollision gekommen. Gemäss der von beiden Parteien als Beweismittel offerierten, unbestrittenen Unfallanalyse vom 16. Juni 2006 kam es stattdessen zu zwei seitlichen Kollisionen ins Heck des klägerischen Fahrzeugs (act. 4/6 S. 1 ff.).

- 37 -

#### **E. 4.8**

Bericht von Dr. med. P. \_\_\_\_\_ vom 1. März 2007

##### **E. 4.8.1**

Dr. med. P. \_\_\_\_\_, Facharzt FMH für Neurologie, nahm in seinem Bericht vom 1. März 2007 Bezug auf einen Bericht der Klinik Q. \_\_\_\_\_ vom 20. Dezember 2006: "Es besteht normale Höhe und Konfiguration der Wirbelkörper und der Zwischenwirbelräume sowie normale Konfiguration der Bandscheiben und der Medulla. Spinalkanal und Foramina sind normal weit." (act. 4/18, vgl. auch den Hinweis auf diesen Bericht in act. 86/41). Sodann führt Dr. P. \_\_\_\_\_ im Bericht u.a. folgendes aus: "Es sind psychische und physische Gründe für die Arbeitsunfähigkeit verantwortlich. [...] Es besteht eine linksbetonte ausgeprägte Druckdolenz der Muskulatur paracervical, Trapezius und Levator scapulae, mit Projektion der Schmerzen daselbst bei Bewegungen, wobei die Beweglichkeit heute für die Rotation nach links ca. 35° beträgt, nach rechts 30°, auch Einschränkung der Rotation kombiniert mit Inklinatation nach links, und kombiniert mit Reklination nach beiden Seiten, wie bei der Voruntersuchung. Keine sensomotorischen Ausfälle" (act. 4/18).

##### **E. 4.8.2**

Dass Dr. P. \_\_\_\_\_ die im Hals-Nacken-Bereich festgestellte ausgeprägte Muskelverspannung aufgrund seiner im übrigen negativen Befunde nicht erklärlich gewesen sei, ist dem Bericht entgegen den Ausführungen der Beklagten (act. 14 Rz. 19) nicht zu entnehmen.

##### **E. 4.8.3**

Festzuhalten ist, dass im Bericht von Dr. P. \_\_\_\_\_, abgesehen von der vagen Aussage, es seien physische und psychische Gründe für die Arbeitsunfähigkeit verantwortlich,

keinerlei Ausführungen zu den Ursachen für die genannten Beschwerden gemacht werden.

#### **E. 4.9**

Bericht von Dr. med. R.\_\_\_\_\_ vom 31. August 2007

##### **E. 4.9.1**

Im Bericht vom 31. August 2007 führte Dr. med. R.\_\_\_\_\_, Spezialarzt FMH für Chirurgie, Wirbelsäulenleiden, Schleudertrauma und orthopädische Traumatologie, als Diagnosen ein cervico-cephales Syndrom mit Begleitschwindel, Tinnitus und Verdacht auf neuropsychologische Defizite bei Status nach Beschleunigungstrauma der HWS an. Zum Unfallereignis vom 11. November 2005

- 38 - legte Dr. R.\_\_\_\_\_ dar, die Seitwärtskollision, der fragliche Kopfanprall mit kurzer Amnäsie für das Unfallereignis, der Kopf in abgedrehter Position, der Totalschaden am Wagen sowie der Umstand, dass der Kontrahent alkoholisiert gewesen sei, seien alles Risikofaktoren, die einen chronischen Verlauf begünstigten. Aufgrund der Untersuchung vom 20.08.07 betrage die Arbeitsfähigkeit des Klägers zurzeit 20 % (act. 4/19).

##### **E. 4.9.2**

Die Beklagte macht geltend, dass die Angaben von Dr. R.\_\_\_\_\_ zum Unfallhergang u.a. den Äusserungen des Klägers in der L.\_\_\_\_\_ Klinik widersprechen. Sie hält den Bericht für medizinisch unhaltbar (act. 14 Rz. 20). Der Kläger bestreitet, dass er das Unfallereignis anders geschildert habe als initial. Es liege in der Natur der Sache, dass bei Arztberichten, welche über mehrere Monate oder gar Jahre erstellt würden, gewisse Differenzierungen auftreten könnten (act. 85 zu 20. S. 20).

##### **E. 4.9.3**

Der im Bericht erwähnte Begleitschwindel wurde in keinem früheren Bericht erwähnt, im Gegenteil wurde Schwindel in den Berichten des Zentrums H.\_\_\_\_\_ vom 13. Januar und 20. April 2006 sowie erneut in jenem vom 14. Februar 2008 explizit verneint (act. 4/10 ff.). Auch bei Tinnitus handelt es sich um eine Beschwerde, die bis dahin noch von keinem Arzt je erwähnt wurde. Was den Unfallhergang betrifft, so wurde eine anlässlich des Unfalls abgedrehte Position des Kopfes weder behauptet noch dokumentiert. Eine Amnäsie wurde vom Kläger nach der Einlieferung ins USZ verneint (act. 4/7). Auch gemäss Bericht der L.\_\_\_\_\_ Klinik vom 20. Juni 2006 habe es weder einen Kopfstoss noch eine retrograde Amnesie gegeben (act. 4/16) und im Austrittsbericht der RehaClinic O.\_\_\_\_\_ vom 3. Januar 2007 wurde explizit "Kein Kopfanfall, kein Bewusstseinsverlust" festgehalten (act. 4/17). Sodann ist nicht nachvollziehbar, weshalb gemäss Bericht von Dr. R.\_\_\_\_\_ u.a. der Umstand, dass der Kontrahent des Unfalls alkoholisiert war, den chronischen Verlauf der klägerischen Beschwerden begünstigt haben sollte. Aufgrund der verschiedenen Ungereimtheiten und der Widersprüche zu den Vorakten kann auf den Bericht von Dr. R.\_\_\_\_\_ vom 31. August 2007 nicht abgestellt werden.

- 39 -

#### **E. 4.10**

Berichte von Dr.phil. S.\_\_\_\_\_ vom 13. Dezember 2007 und vom 7. Februar 2008

##### **E. 4.10.1**

Gemäss Bericht von Dr.phil. S.\_\_\_\_\_ des Neuropsychologischen T.\_\_\_\_\_ vom 13. Dezember 2007 wiesen die Befunde aus neuropsychologischer Sicht auf ein allgemein mittelschwer reduziertes kognitives Leistungsniveau ohne hirnlokal-lisatorischen Schwerpunkt hin. Zu den nicht normgerechten Leistungen komme eine generelle Verlangsamung im Arbeitstempo, insbesondere im Bereich der spezifischen Konzentrations- und Aufmerksamkeitsfunktionen, sowie eine deutlich reduzierte Belastbarkeit mit Ermüdbarkeit und Provokation somatischer Beschwerden bei längerer konzentrativer Beanspruchung. Verglichen mit den Befunden der vorangegangenen neuropsychologischen Untersuchung in der RehaClinic O.\_\_\_\_\_ zeige sich auch heute nicht das Bild einer umschriebenen neuropsychologischen Funktionsstörung, sondern eine allgemeine Beeinträchtigung der kognitiven Leistungsfähigkeit, welche nicht als typische kognitive Störung nach HWS-Traumata imponiere. Eine Überlagerung allfälliger kognitiver Funktionsstörungen durch die beklagten Kopf- und Nackenschmerzen sowie durch eine evtl. innere Ablenkung, etwa durch die angegebene und den Kläger offensichtlich auch heute sehr belastende Scheidungsproblematik und existentielle Verunsicherung aufgrund einer momentan schwierigen beruflichen Situation, sei sehr wahrscheinlich. Zum damaligen Zeitpunkt sei eine mangelnde Anstrengungsbereitschaft festgestellt worden. Auch heute hätten sich Hinweise auf eine Aggravations- bzw. Simulationstendenz oder Konversionssymptomatik ergeben. Angesichts der insgesamt als mittelschwer zu beurteilenden kognitiven Defizite, vor allem im Aufmerksamkeitsvermögen, sei die berufliche Leistungsfähigkeit des Klägers als Taxifahrer, insbesondere in Kombination mit den von ihm angegebenen belastungsabhängigen Schwindelbeschwerden, nach wie vor erheblich eingeschränkt (act. 4/20 S. 10 ff.). Nachdem sie vom Kläger telefonisch kontaktiert worden war, hielt Dr. S.\_\_\_\_\_ im Schreiben vom 7. Februar 2008 an dessen damaligen Vertreter Rechtsanwalt Dr. X2.\_\_\_\_\_ im Wesentlichen fest, ihre Schlussfolgerung, dass der Kläger auch zum heutigen Zeitpunkt noch unter Eheproblemen oder unter der damaligen Schei-

- 40 - dungsthematik leide, sei ein Fehler ihrerseits, weshalb sie die diesbezüglichen Aussagen zurücknehme und sich für die entstandenen Missverständnisse entschuldige. Die Scheidungsproblematik sollte deshalb nicht in den Vordergrund als Erklärung für die generelle kognitive Leistungsreduktion angeführt werden (act. 4/21).

#### **E. 4.10.2**

Der Kläger vertritt die Auffassung, dass auf den Bericht von Dr. S.\_\_\_\_\_ abgestellt werden könne, zumal dieser auch absolut nicht im Widerspruch zu den Observationsergebnissen stehe (act. 85 zu 21. f. S. 20 f.). Die Beklagte wendet im Wesentlichen ein, dass Dr. S.\_\_\_\_\_ nach einer einmaligen Untersuchung des Klägers unkritisch den ihr nur unvollständig vorgelegten Berichten gefolgt sei und stillschweigend auf eine Unfallkausalität der geklagten Beschwerden geschlossen habe. Dass längere konzentrativen Beanspruchung beim Kläger somatische Beschwerden provoziere, sei eine völlig neue Idee, die zuvor noch nie von einem dafür zuständigen Arzt diagnostiziert worden sei. Auch kontrastiere das grundlos verfasste Entschuldigungsschreiben zu klaren objektiven Feststellungen bzw. Notizen zur familiären und sonstigen Situation. Aufgrund der Unschlüssigkeit des Berichts komme diesem keinerlei Beweiswert zu (act. 14 Rz. 22, act. 89 Rz. 22).

#### **E. 4.10.3**

Dem Bericht vom 13. Dezember 2007 zu entnehmen, dass Dr. S.\_\_\_\_\_ der Bericht USZ nicht vorlag, führte sie doch zum ihr vom Kläger geschilderten Unfallereignis aus, es würden diesbezüglich keine medizinischen Akten zur Verfügung stehen (act. 4/20 S. 2). Dem vom Kläger eingereichten Scheidungsurteil des Bezirksgerichtes Bülach vom 1. Dezember 2008 ist zu entnehmen, dass der Kläger und dessen frühere Ehefrau mit Urteil vom 23. März 2007 in Bosnien-Herzegowina rechtskräftig geschieden wurden und mit Urteil vom 1. Dezember 2008 die Nebenfolgen der Scheidung geregelt wurden (act. 6/3 = act. 86/67). Nachdem das Scheidungsverfahren noch pendent war, als Dr. S.\_\_\_\_\_ den Kläger am 31. Oktober 2007 untersuchte, stehen ihre diesbezüglichen Relativierungen im Bericht vom 7. Februar 2008 im Widerspruch zu den aktenkundigen Daten.

- 41 - Schliesslich wurden im Gutachten PUK vom 31. Mai 2010 Zweifel an der Richtigkeit der Schlussfolgerungen von Dr. S.\_\_\_\_\_ geäussert (act. 67/2 S. 57, S. 67). Abgesehen davon entsprechen die Schlussfolgerungen von Dr. S.\_\_\_\_\_ nur bedingt dem Standpunkt des Klägers. Die Ausführung, das Bild einer allgemeinen Beeinträchtigung der kognitiven Leistungsfähigkeit imponiere nicht als typische kognitive Störung nach HWS-Traumata, spricht gegen das Vorliegen eines nach HWS-Schleudertrauma typischen Beschwerdekompleses. Zudem hielt Dr. S.\_\_\_\_\_ unter Hinweis auf die Befunde der neuropsychologischen Untersuchung in der RehaClinic O.\_\_\_\_\_ vom 20. Dezember 2006 fest, es würden sich auch bei den von ihr durchgeführten Tests Hinweise auf eine Aggravations- bzw. Simulationstendenz oder Konversionssymptomatik ergeben (act. 4/20 S. 11).

#### **E. 4.11**

Bericht des Medizinischen Zentrums H.\_\_\_\_\_ vom 14. Februar 2008

##### **E. 4.11.1**

Im Bericht des Medizinischen Zentrums H.\_\_\_\_\_ vom 14. Februar 2008 wurden als Diagnosen Anpassungsstörung, Schulden und Panvertebralsyndrom genannt und als Beschwerden Kopf- und Rückenschmerzen, erhöhte Vergesslichkeit, Schlafstörungen, Müdigkeit, erhöhte Aggressivität und vermehrte Ängstlichkeit angeführt. Schwindel wurde explizit verneint und festgehalten, dass der Kläger beim Autofahren keine Angst mehr habe. Unter dem Titel "Neuropsychologisches Screening" wurde ausgeführt, es ergäben sich Einschränkungen im Gedächtnis sowie Hinweise auf eine mögliche hirnorganische Mitbeteiligung. Hinsichtlich der Arbeitsfähigkeit als Taxichauffeur wurde ausgeführt, der Kläger sei 70 % arbeitsunfähig und für die Arbeit im Haushalt wegen der verlängerten Zeit ca. 50 % (act. 4/13).

##### **E. 4.11.2**

Wie bereits den früheren Berichten des Medizinischen Zentrums H.\_\_\_\_\_ (act. 4/10-12) ist auch diesem keine Auseinandersetzung mit den medizinischen Vorakten zu entnehmen. Die Bemerkung zu Handen Dr. R.\_\_\_\_\_ "wir berichten Dir unseren Eindruck aufgrund der Informationen des Pat." oder die Ausführung "aus Sicht des Pat. hängen die Beschwerden mit dem Unfall zusammen" zeigen, dass die wesentlichen Schlussfolgerungen einzig gestützt auf die Angaben des Klägers gezogen wurden. Dies geht so weit, dass aufgrund der Eigeneinschät-

- 42 - zung des Klägers "subjektiv ist der Pat. 70 % arbeitsunfähig" in der Zusammenfassung auf eine Arbeitsunfähigkeit des Klägers in diesem Umfang geschlossen wurde (act.

4/13 S. 3). Die abschliessende Bemerkung, der Kläger versuche die genannten neuropsychologischen Einschränkungen mit einer Steigerung der Arbeitstätigkeit zu reduzieren und brauche im Moment keine Behandlung, geben sodann Anlass zu Zweifeln am Ergebnis des neuropsychologischen Screenings. Zudem wurden im Gutachten PUK nach eingehender Untersuchung des Klägers keinerlei neuropsychologische Defizite diagnostiziert (act. 67/2 S. 57, S. 71). Auf die unreflektierte Einschätzung im Bericht des Medizinischen Zentrums H.\_\_\_\_\_ vom 14. Februar 2008 kann nicht abgestellt werden. Abgesehen davon geben die im Bericht gestellten Diagnosen "Anpassungsstörung, Schulden, Panvertebral- syndrom" keine Hinweise darauf, dass der Kläger im Februar 2008 an einem im Zusammenhang mit einem Schleudertrauma der HWS stehenden Beschwerdekomples gelitten hätte.

#### **E. 4.12**

Ärztliches Zeugnis von Dr. U.\_\_\_\_\_ vom 19. Januar 2009

##### **E. 4.12.1**

Gemäss dem ärztlichen Zeugnis von Dr. med. U.\_\_\_\_\_ vom 19. Januar 2009 war der Kläger wie folgt arbeitsunfähig: Vom 23. Juni 2006 bis 1. April 2007 zu 100 %, vom 2. April bis 30. Juni 2007 zu 88 %, vom 1. Juli bis 1. Oktober 2007 zu 80 % und vom 2. Oktober 2007 bis 31. Januar 2008 zu 70 % (act. 4/33).

##### **E. 4.12.2**

Für die ersten sieben Monate nach dem Unfall liegen keine Aussagen zur Arbeitsfähigkeit vor, was damit zusammenhängen dürfte, dass der Kläger gemäss seinen Angaben anlässlich der IV-Begutachtung in der PUK diese Hausärztin nach dem Behandlungsabbruch bei Dr. G.\_\_\_\_\_ ab ca. Mai 2006 aufzusuchen begann (act. 67/2 S. 42 f.).

##### **E. 4.12.3**

Ausser der blossen Bescheinigung über die Arbeitsunfähigkeiten des Klägers wurden von Dr. U.\_\_\_\_\_ keine Berichte als Beweismittel offeriert, obgleich aus den Zusammenfassungen in den IV-Gutachten hervorgeht, dass mehrere Berichte dieser Ärztin existieren (act. 67/1 S. 15 f. und S. 21; act. 67/2 S. 11 f. und S. 18). Ebenfalls nicht als Beweismittel angeboten wurde eine Zeugeneinvernahme

- 43 - dieser Ärztin. Aus der unbegründeten Bescheinigung allein kann der Kläger nichts für seinen Standpunkt ableiten.

#### **E. 4.13**

Bericht der Klinik Q.\_\_\_\_\_ vom 26. Februar 2010

##### **E. 4.13.1**

Im Bericht von Dr. med. V.\_\_\_\_\_, Klinik Q.\_\_\_\_\_, vom 26. Februar 2010 betreffend MR-Untersuchung der HWS wurde unter dem Titel "Klinik" folgendes ausgeführt: "Verlaufskontrolle bei Nackenschmerzen und Status nach Autounfall am 11.11.05 mit Kontusion der rechten Flanke und Hyperventilation". In der Beurteilung wurde festgehalten, es gebe gegenüber der Voruntersuchung vom 20. Dezember 2006 keine nachgewiesene Befundänderung. Festgestellt wurden geringe Signalstörungen im dorsalen Myelon auf Höhe C2/3, für die mehrere mögliche Ursachen genannt wurden. Die übrigen Verhältnisse seien unverändert regelrecht bei leichter Hyperlordose und geringer linkskonvexer Skoliose der HWS bei intakten Wirbelkörpern und ebenfalls regelrechten

Disci ohne Neurokompression (act. 86/41).

#### **E. 4.13.2**

Offenbar nahm Dr. V.\_\_\_\_\_ auf den Bericht USZ Bezug. Sodann ergab die MR-Untersuchung im Wesentlichen Normalbefunde.

#### **E. 4.14**

Bericht von Dr. R.\_\_\_\_\_ vom 4. Juli 2013

##### **E. 4.14.1**

In seinem Bericht vom 4. Juli 2013 stellte Dr.med. R.\_\_\_\_\_ die Diagnose eines chronischen, posttraumatischen, cervico-cephalen Schmerzsyndroms bei Status nach Überdehnungstrauma der HWS im November 2005. Dazu führte Dr. R.\_\_\_\_\_ aus, der Kläger sei im November 2005 von einem nicht vortrittsberechtigten PW-Fahrer von links heftig angefahren worden. Er habe eine Erinnerungslücke von mehreren Sekunden Dauer. Unmittelbar anschliessend an den Unfall seien Nacken- und Kopfschmerzen sowie Schwankschwindel aufgetreten. Von diesem Unfall geblieben sei nach wie vor ein cervico-cephales Schmerzsyndrom mit einer eingeschränkten Beweglichkeit der HWS sowie mit deutlichen neuropsychologischen Defiziten mit Konzentrations- und Gedächtnisschwierigkeiten, erhöhter Ermüdbarkeit, erhöhter Reizbarkeit, verminderter Leistungsfähigkeit und Belastbarkeit. Aufgrund der somatischen Befunde einerseits als auch insbesonde-

- 44 - re der neuropsychologischen Defizite andererseits sei der Kläger in der angestammten Tätigkeit als Taxichauffeur höchstens 50 % arbeitsfähig (act. 104/2).

##### **E. 4.14.2**

Wie bereits in seinem Bericht vom 31. August 2007 (act. 4/19) geht Dr. R.\_\_\_\_\_ von Voraussetzungen aus, welche mit den Vorakten teilweise in eklatantem Widerspruch stehen. In diesem Zusammenhang fällt auf, dass aus dem u.a. an Dr. R.\_\_\_\_\_ gerichteten Bericht der Klinik Q.\_\_\_\_\_ vom 26. Februar 2010 (act. 86/41) unter dem Titel "Klinik" die Diagnosen gemäss Bericht USZ wiederholt wurden und Dr. R.\_\_\_\_\_ somit hätten bekannt sein müssen. Die einzige von Dr. R.\_\_\_\_\_ als unmittelbar nach dem Unfall aufgetreten bezeichnete Beschwerde, welche mit dem Bericht USZ übereinstimmt, sind Kopfschmerzen. Sowohl eine Amnesie als auch Nackenbeschwerden wurden vom Kläger nach der Einlieferung ins USZ hingegen verneint. Sodann wurde - ausser in den beiden Berichten von Dr. R.\_\_\_\_\_ sowie in jenem von Dr. phil. S.\_\_\_\_\_ - in keinem weiteren der als Beweismittel offerierten Arztberichte jemals Schwindel dokumentiert. Im Gegenteil wurde Schwindel in den Berichten des Medizinischen Zentrums H.\_\_\_\_\_ vom 13. Januar 2006, vom 20. April 2006 und vom 14. Februar 2008 explizit verneint (act. 4/10 ff.). Wie bereits erwähnt, wurden im Gutachten PUK nach eingehender Untersuchung keinerlei neuropsychologische Defizite diagnostiziert (act. 67/2 S. 57, S. 71). Auf die über siebeneinhalb nach dem Unfall gestellten, nicht nachvollziehbaren Diagnosen und Schlussfolgerungen gemäss Bericht von Dr. R.\_\_\_\_\_ vom 4. Juli 2013 kann nicht abgestellt werden. 5. Observation des Klägers in den Jahren 2006 und 2007

#### **E. 5**

Observation des Klägers in den Jahren 2006 und 2007 44

##### **E. 5.1**

## Vorbemerkungen

### **E. 5.1.1**

Die Beklagte liess den Kläger in den Jahren 2006 und 2007 durch eine Privatdetektei observieren (act. 1 Rz. 30; act. 14 Rz. 30). Die Ergebnisse dieser Observationen wurden als Videozusammenschnitte auf zwei DVDs mit jeweils zugehörigem schriftlichen Ermittlungsberichten zu den Akten ediert (act. 20/7-8). Die erste Observationsphase dauerte vom 19. Juni 2006 bis 4. Juli 2006, die zweite vom 11. Juni 2007 bis 4. Juli 2007 (act. 20/7 S. 10 und act. 20/8 S. 10).

- 45 - Die Zulässigkeit der Überwachung des Klägers steht im Einklang mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (BGE 129 V 323 E. 3.3.3; vgl. auch Kass.-Nr. AA070006, Beschluss vom 18. Juli 2007 i.S. A. gegen G. AG, E. II.7.). Die Wertbarkeit des von der Beklagten als Beweismittel offerierten Observationsmaterials wird vom Kläger denn auch zu Recht nicht in Frage gestellt.

### **E. 5.1.2**

Am 6. Juli 2011 fand die Beweisverhandlung im Rahmen der Instruktionenverhandlung betreffend UP/URB statt, welcher neben der Gerichtsdelegation und den Parteien als Gutachter Prof. Dr. med. C.\_\_\_\_\_, Chefarzt der neurologischen Klinik am ...spital W.\_\_\_\_\_ und Professor an der Universität W.\_\_\_\_\_, beiwohnte. Anlässlich dieser Verhandlung wurden die einzelnen Sequenzen der DVD-Videozusammenschnitte visioniert, von Prof. Dr. C.\_\_\_\_\_ auf Befragen kommentiert und den Parteien Gelegenheit zur Stellung von Ergänzungsfragen an den Gutachter gegeben (Prot. S. 23-71 und S. 73). Die Befragung von Prof. Dr. C.\_\_\_\_\_ erfolgte nach Ermahnung zur wahrheitsgemässen Aussage gemäss Art. 307 StGB. Auf Befragen gab der Gutachter im Wesentlichen zu Protokoll, den Kläger nicht zu kennen. Mit dessen Anwalt sowie mit der Beklagten habe er im Zusammenhang mit seiner beruflichen Funktion als Gutachter in anderen Fällen bereits zu tun gehabt (Prot. S. 24-27, vgl. auch Prot. S. 66 und S. 71).

### **E. 5.1.3**

Angesichts der Visionierung und Kommentierung der DVD-Videozusammenschnitte durch den Gutachter erübrigt es sich, auf die Beobachtungen und Feststellungen der nicht medizinisch geschulten Ermittler sowie die von den Parteien daraus gezogenen Rückschlüsse einzugehen (Kläger: act. 1 Rz 30 f., act. 85 zu 31i S. 49 ff.; Beklagte: act. 14 Rz. 31 ff., act. 89 Rz. 31 ff.).

## **E. 5.2**

Zusammenfassung der Videosequenzen sowie der Kommentare von Prof. Dr. C.\_\_\_\_\_

### **E. 5.2.1**

In den Sequenzen vom 19. Juni 2006, ab 13:36 Uhr, ist der Kläger - im Protokoll als Zielperson bezeichnet - zunächst beim Hantieren mit Putzmitteln und -utensilien um und im Auto zu sehen, während er gleichzeitig mit der linken Hand

- 46 - sein Mobiltelefon am Ohr hält und telefoniert (Prot. S. 29, S. 73). Es ist unbestritten, dass er dabei u.a. die Reinigung des Fahrzeuginnenen mit dem Staubsauger ausführte (Kläger: act. 1 Rz. 31f S. 15; Beklagte: act. 14 Rz. 31f und Rz. 31id, act. 89 Rz. 31ic S. 30). Nach einigen Minuten verlässt der Kläger die Örtlichkeit mit seinem Fahrzeug und fährt auf die Strasse. Die Frage, ob er beim Kläger irgendwelche krankhaften Symptome feststellen

könne, verneinte Prof. Dr. C.\_\_\_\_\_. Auf Befragen hielt er weiter fest, dass die Zielperson einen normalen Bewegungsablauf sowie eine normale Körper- und Kopfhaltung habe und bimanuell, d.h. gleichzeitig mit beiden Händen, etwas machen könne. Die Geschwindigkeit der Bewegungen der Zielperson sei dabei normal, sogar eher rasch. Er habe seiner Einschätzung nach Kopfwendungen nach links und rechts in einem Winkel von 30-45 Grad gesehen (Prot. S. 29-31). Interessant ist diesem Zusammenhang, dass beim Kläger anlässlich der am folgenden Tag, dem 20. Juni 2006, in der L.\_\_\_\_ Klinik durchgeführten Untersuchung eine HWS-Beweglichkeit in Normalstellung nach links und rechts von 80/0/80 und damit ein Normalbefund festgestellt wurde, während die Beweglichkeit in Flexion und Extension mit 30/0/30 als eingeschränkt beschrieben wurde (act. 4/16 sowie Prot. S. 52).

### **E. 5.2.2**

In den Sequenzen vom 27. Juni 2006, von 17:24 Uhr bis ca. 20:02 Uhr, sowie vom 28. Juni 2006, von 9:53 bis ca. 11:35 Uhr, ist der Kläger bei verschiedenen Fahrten mit dem Auto zu sehen, u.a. im flüssigen Kolonnenverkehr, bei Fahrten über Land und durch den Wald bei teilweise hohem Verkehrsaufkommen, auf einer kurvenreichen Strasse sowie beim Rückwärtsfahren auf einem Parkplatz. Zwischendurch ist der Kläger zudem beim Gehen auf dem Trottoir mit einem Gegenstand in der Hand sowie beim Einsteigen in sein Fahrzeug zu sehen. Dazu gab Prof. Dr. C.\_\_\_\_ auf Befragen zu Protokoll, das Auto sei jeweils korrekt in der Fahrspur gelenkt worden. Auf Ergänzungsfrage des klägerischen Vertreters verneinte der Gutachter, dass ein HWS-Trauma solche Fahrten wie hier ausschliesse. Ein Chauffeur könne auch mit Kopfschmerzen fahren. Die bisher beobachtete normale Körperhaltung und das Rotieren des Kopfes spreche aber für eine relativ gute Beweglichkeit im Bereich der Halswirbelsäule und gegen eine Schmerzhemmung. Beim Gehen auf dem Trottoir mit dem seines Erachtens leichten Gegenstand in der Hand stellte der Gutachter einen normalen, symmetrischen

- 47 - Gang ohne Hinken sowie eine normale Körper- und Kopfhaltung fest. Die Arme würden normal mitgeschwungen. Beim Einsteigen in das Fahrzeug konnte Prof. Dr. C.\_\_\_\_ eine normale, bimanuelle Koordination beim Bewegungsablauf beobachten. Die Kopfhaltung beim Rückwärtsfahren konnte er aufgrund der Filmqualität hingegen nicht sehen (Prot. S. 32-36).

### **E. 5.2.3**

Auch in den Sequenzen vom 4. Juli 2006, 20:52 bis 21:00 Uhr, ist das klägerische Fahrzeug bei Fahrten in verschiedenen Verkehrssituationen zu sehen, namentlich bei Fahrten über Land, teilweise mit Geschwindigkeitsbegrenzung 60 km/h, sowie beim Überqueren von Kreuzungen. Zur These des klägerischen Vertreters, dass der Kläger bei diesen Fahrten extrem langsam gefahren sei und die Geschwindigkeit gemäss Geschwindigkeitsbegrenzung nicht ausgefahren habe, vertraten sowohl der Instruktionsrichter, der Handelsrichter als auch der Gutachter übereinstimmend die Ansicht, dass dies aus der Perspektive der mehrheitlich mit dem Teleobjektiv aufgenommenen Filmaufnahmen nicht beurteilt werden könne (Prot. S. 36-38).

### **E. 5.2.4**

Die nachfolgenden Videosequenzen aus der zweiten Observationsphase datieren fast ein Jahr nach der ersten Observationsphase. In den Sequenzen vom 15. Juni 2007, 11:20 bis 13:32 Uhr, ist der Kläger zunächst zu sehen, wie er sich neben dem mit "Taxi"

angeschriebenen Fahrzeug bückt, kurz darauf eine Rolle Haushaltspapier vom Boden aufhebt und in den Kofferraum legt, anschliessend bei einer kurzen Fahrt sowie beim Ein- und Aussteigen in das Fahrzeug, wobei das Fahrzeug keine Beschriftung mehr trägt. Bei den Aufnahmen, auf welchen der Kläger ausserhalb des Fahrzeuges zu sehen ist, stellte Prof. Dr. C.\_\_\_\_\_ sym- metrische Bewegungen mit beiden Händen, normale Bewegungsabläufe sowie eine normale Körperhaltung fest, während er bei der Rückwärtsfahrt des Autos die Kopfhaltung des Chauffeurs nicht erkennen konnte (Prot. S. 38-40). In der nächsten Filmsequenz ist das klägerische Fahrzeug bei Fahrten über Land und in der Stadt zu sehen, wobei es u.a. auf der Autobahn und in einem Auto- bahntunnel mit mehreren Kurven, zum Teil mit Geschwindigkeitsbegrenzung 100 km/h, fährt. Teilweise ist das Fahrzeug im Kolonnenverkehr mit hohem Ge- genverkehrsaufkommen unterwegs. Schliesslich kann der Kläger in der Nähe sei-

- 48 - nes abgestellten Fahrzeuges bei Regenwetter beobachtet werden, u.a. wie er ein magnetisiertes Schild mit der Aufschrift "Taxi" aus dem Fahrzeug nimmt, seitlich anbringt und schliesslich wieder in das Fahrzeug einsteigt, wobei er vermutlich ei- ne Zigarette im Mund hat. Auch kann der Kläger etwas später dabei beobachtet werden, wie er ein Taxischild mit beiden Händen auf das Autodach hebt. Der Gutachter bemerkte dazu im Wesentlichen, dass das Zielfahrzeug bei der Auto- fahrt im Kolonnenverkehr zu den Vorderfahrzeugen aufgeschlossen gefahren sei und beim Kläger normale, koordinative Bewegungsabläufe zu sehen seien (Prot. S. 40-44). Es folgen weitere Sequenzen, in welchen das klägerische Fahrzeug bei teilweise hohem Verkehrsaufkommen bzw. im Kolonnenverkehr unterwegs in der Stadt Zü- rich zu sehen ist, u.a. beim Befahren von Kreuzungen mit Lichtsignalanlagen und in einer Unterführung. Anschliessend kann man den Kläger beobachten, wie er einer älteren, gebückt gehenden Frau aus dem Taxi hilft, worauf auch ein älterer Mann mit Stock aussteigt. Dazu führte Prof. Dr. C.\_\_\_\_\_ auf Befragen aus, nach einer längeren, zügigen Autofahrt habe der Kläger seinen Fahrgästen aus dem Auto geholfen und diese zu einem nahegelegenen Haus begleitet. Während er sich von beiden Personen wegbegeben habe, sei er aufrecht gegangen, habe beide Arme symmetrisch bewegt und eine Kopfwendung nach rechts von mindes- tens 60 Grad gemacht, worauf er mit einem physiologischen, d.h. normalen, Be- wegungsablauf wieder ins Auto eingestiegen sei. Auf entsprechende Frage fügte Prof. Dr. C.\_\_\_\_\_ an, der Bewegungsablauf liefere keine Hinweise auf Schmer- zen, wobei Schmerz etwas Subjektives sei. Die Rotation des Kopfes nach rechts in dieser Sequenz spreche gegen eine am 15. Juni 2007 bestehende relevante Muskelverspannung oder Bewegungseinschränkung, wie man sie nach Verlet- zungen der Halswirbelsäule bei der klinischen Untersuchung der Patienten häufig finden könne. In einer der ersten Videosequenzen habe man sehen können, dass der Kläger Kopfwendungen auch auf die andere Seite ausgeführt habe; wahr- scheinlich seien es zwischen 30 bis 45 Grad nach beiden Seiten gewesen. Zu- sammenfassend könne aufgrund der bisherigen Videosequenzen gesagt werden, dass es beim Kläger keine Hinweise auf Schmerzen gebe, doch könnten Schmer- zen deswegen nicht ausgeschlossen werden (Prot. S. 45 f.). Es folgt eine weitere

- 49 - Filmsequenz im innerstädtischen Strassenverkehr, wobei das Taxi des Klägers - soweit Gegenverkehr und weitere Verkehrshindernisse dies zulassen - in flüssiger Fahrt bei teilweise hohem Verkehrsaufkommen beobachtet werden kann. Bei der Wegfahrt vom Parkplatz am Anfang der Sequenz kann die Bewegung des kläge- rischen Kopfes durch die Windschutzscheibe beobachtet werden. Dazu hielt Prof. Dr. C.\_\_\_\_\_ fest, er habe nun

erkennen können, dass der Kläger seinen Kopf maximal nach links gedreht habe. Zusammen mit der vorherigen Sequenz mit mindestens 60-gradiger Kopfdrehung nach rechts könne man davon ausgehen, dass der Kläger an diesem Tag eine normale Kopffrotationsfähigkeit gehabt habe (Prot. S. 48 f.).

#### **E. 5.2.5**

Am Anfang der Videosequenzen vom 4. Juli 2007, ab 7:44 Uhr, sieht man das Taxifahrzeug erneut im innerstädtischen Kolonnenverkehr mit hohem Gegenverkehrsaufkommen fahren und anschliessend auf einem Parkplatz stehen. Der Kläger diskutiert dort mit anderen Personen, gestikuliert dabei mit den Händen und raucht eine Zigarette. Dazu hielt der Gutachter fest, dass der Kläger bei normalen Bewegungsabläufen und normaler Körperhaltung seinen Kopf in alle Richtungen bewege; er beuge und strecke ihn stark und drehe ihn sowohl nach links als auch nach rechts. Die Rotationsbewegungen des Kopfes betrügen mehr als 60 Grad in beide Richtungen, wobei auch maximale Kopfdrehungen von 80 Grad zu sehen seien. Dabei gestikuliere der Kläger mit beiden Händen und Armen. Auf entsprechende Frage gab Prof. Dr. C. \_\_\_\_\_ zu Protokoll, dass er die Wahrscheinlichkeit, dass der Kläger in dieser Situation Schmerzen gehabt habe, als klein erachte (Prot. S. 50-52). Anschliessend ist das klägerische Fahrzeug bei hohem Verkehrsaufkommen in flüssiger Fahrt mehrheitlich auf der Autobahn und in Autobahntunnels zu sehen, worauf zwei weitere von einer Autofahrt unterbrochene Sequenzen folgen, in welchen der Kläger bei lebhaften Diskussion mit anderen Personen auf einem Parkplatz beobachtet werden kann, wobei er sich u.a. bückt und streckt, den Kopf in beide Richtungen dreht, in die Hocke geht, mit den Händen gestikuliert, raucht und mit dem Mobiltelefon telefoniert sowie ins Auto ein- und wieder aussteigt. Der Gutachter wiederholte dazu im Wesentlichen seine vorhergehenden Beobachtungen und hielt ergänzend fest, dass die wiederholten, teilweise maximalen Kopfwendungen für eine normale Beweglichkeit der Halswir-

- 50 - belsäule an diesem Tag sprechen würden. Es gebe keinerlei Hinweise auf eine Schonhaltung, die ihrerseits ein Indiz für Schmerzen wäre (Prot. S. 52-56). In der Folge, am selben Tag ab 10:05 Uhr, ist zu sehen, wie der Kläger einen Koffer, eine relativ grosse Tasche sowie weitere Utensilien von Fahrgästen übernimmt und im Kofferraum seines Fahrzeuges verstaut. Nach einer Autofahrt, u.a. auf der Autobahn Richtung Flughafen, kann man den Kläger beim Ausladen und Umschichten eines Teils der vorhin eingeladenen Gepäckstücke sehen. Nach einer weiteren Fahrt auf der Autobahn steigt auf einem Parkplatz ein weiterer Fahrgast ins Taxi. Auf Befragen gab der Gutachter zu Protokoll, es sei beim Hantieren mit dem Gepäck ein normales, festes Zugreifen zu erkennen. Auch beim Heben mehrerer Gepäckstücke sei weder eine Schonhaltung noch ein Schonen beim Bewegungsablauf ersichtlich. Bei den letzten Sequenzen sei ihm aufgefallen, dass es sich beim Kläger um eine lebhafte Persönlichkeit handle, die Bewegungen relativ rasch ausführe. Jemand, der sich schone, mache langsamere Bewegungen als jemand, der sich nicht schone (Prot. S. 56-59). Nach einer weiteren Autofahrt im Stadtverkehr und auf der Autobahn, ab 10:31 Uhr, hält der Kläger mit seinem Taxifahrzeug auf einem Parkplatz vor dem Bahnhofsgebäude von ..., wo er von zwei verschiedenen Kamerastandorten aus gefilmt wird. Beim Aussteigen aus dem Fahrzeug verzieht der Kläger kurz sein Gesicht und stützt sich beim Gang zur Rückseite des Fahrzeuges mit der linken Hand zweimal am Auto ab, lädt in der Folge ein grosses, offenbar schweres Gepäckstück aus dem Kofferraum aus, diskutiert mit dem Fahrgast (bei dem es sich um einen der Ermittler handelt) und steigt nach erfolgter Bezahlung wieder ins Fahrzeug ein, wo er sich vor der Weiterfahrt eine Zigarette

anzündet. Die Filmaufnahmen enden mit weiteren Autofahrten. Im Verlauf der Befragung wurden dem Gutachter zusätzlich die Fotos 27-30 im 2. Ermittlungsbericht vorgelegt, auf welchen das Ausladen der gemäss Bericht 26 Kilogramm schweren Reisetasche vor dem Bahnhof ... zu sehen ist (act. 20/8 S. 37 f.). Zu den Videosequenzen und den Fotos, aufgenommen vor dem Bahnhof ..., führte Prof. Dr. C. \_\_\_\_\_ zusammengefasst aus, es sei erneut eine normale Beweglichkeit des Körpers und maximale Kopffrotationen zu erkennen sowie normale Körperhaltungen beim Heben des

- 51 - Gepäckstücks. Zum Verziehen des Gesichts gab er zu Protokoll, dies zu interpretieren sei sehr schwierig. Ob der Kläger dies tue, weil ihn die Sonne blende oder ob er einen kurzen Schwindel oder Schmerzen verspüre - etwa weil er sich beim Aussteigen aus dem Fahrzeug den Ellenbogen angeschlagen habe, was er beobachtet habe -, könne er ohne klinische Untersuchung nicht sagen. Zu berücksichtigen sei, dass es sich dabei um einen ganz kurzen Ausschnitt von ein bis zwei Sekunden handle im Vergleich zur langen visionierten Videozeit, während welcher beim Kläger nie ein indirektes Zeichen eines Schmerzes oder Schwindels erkennbar gewesen sei, weshalb dieses Verziehen des Gesichts nicht überbewertet werden sollte (Prot. S. 59-66). 6. IV-Gutachten

## **E. 6**

### IV-Gutachten 51

#### **E. 6.1**

IV-Verfahren Mit Bezug auf das IV-Verfahren ist den Akten zu entnehmen, dass dem Kläger zunächst aufgrund eines errechneten Invaliditätsgrades von 53 % - unter Berücksichtigung der einjährigen Wartefrist - ab 1. November 2006 eine halbe Rente samt Kinderrenten der Eidgenössischen Invalidenversicherung zugesprochen wurde. Mit Verfügung der SVA Zürich, IV-Stelle, vom 11. Februar 2009, wurde die Rentenverfügung - gestützt auf das vorstehend abgehandelte Observationsmaterial - wiedererwägungsweise aufgehoben und die Rückforderung der zu Unrecht ausbezahlten Renten verfügt (Kläger: act. 1 Rz. 28 f., act. 85 zu 26a S. 35; Beklagte: act. 14 Rz. 28 f.; Rentenverfügungen der IV vom 10.07.2008 und vom 13.11.2008: act. 4/23-24; Verfügung der SVA Zürich, IV-Stelle, betr. Wiedererwägung vom 11.02.2009: act. 4/25 = act. 6/2; Vorbescheid der SVA Zürich, IV-Stelle, betr. Rückforderung vom 05.01.2009: act. 4/38). Die vom Kläger dagegen erhobene Beschwerde wurde mit Urteil des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich vom 24. Juni 2009 gutgeheissen und die Sache an die SVA Zürich zurückgewiesen mit der Begründung, es lasse sich anhand der Akten nicht abschliessend beurteilen, ob die Rentenleistungen zu Recht rückwirkend per November 2006 eingestellt worden seien. Die SVA Zürich habe nach ergänzenden neutralen Abklärungen, insbesondere in rheumatologischer, neuro-psychologischer und

- 52 - psychiatrischer Hinsicht, über den Rentenanspruch neu zu verfügen (act. 86/42 S. 17 ff.). Demzufolge wurde mit Urteil des Sozialversicherungsgerichts vom 20. Juli 2009 (act. 80/1) auch die Beschwerde gegen die Rückforderungsverfügung gutgeheissen und die Angelegenheit zur Neuberechnung eines allfälligen Rückforderungsbetrages nach erneuter Prüfung des Rentenanspruchs an die SVA Zürich zurückgewiesen. Im Frühjahr 2010 liess die IV-Stelle der SVA Zürich den Kläger zusätzlich begutachten (act. 66 und act. 67/1-2). In der Folge wurde dem Kläger gemäss Verfügung der SVA Zürich vom 27. Juni 2011 (act. 86/43/1) mit Wirkung ab 1. Dezember (recte: November) 2006 bis 31. März 2007 bei einem Invaliditätsgrad von 53 % eine halbe IV-Rente zugesprochen. Weiter ist dem Auszug aus

der Verfügung betreffend Wiedererwägung zu entnehmen, dass die in der Zeit ab 1. April 2007 bis zur Renteneinstellung per 31. Dezember 2008 bezogenen Leistungen in Höhe von CHF 14'037.50 zurückzuerstatten seien (act. 86/43/2). Gegen die Verfügung vom 27. Juni 2011 erhob der Kläger beim Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich erneut Beschwerde und beantragte die Weiterausrichtung der halben Rente ab 1. April 2007 (act. 86/44). Mit Urteil vom 4. Juni 2013 wurde in teilweiser Gutheissung der Beschwerde die Verfügung vom 27. Juni 2011 betreffend Rückforderung von CHF 14'037.50 aufgehoben und der Prozess im Übrigen als durch Rückzug der Beschwerde erledigt abgeschlossen (act. 104/7). Dazu hält der Kläger fest, die IV-Angelegenheit sei nun definitiv abgeschlossen, nachdem er die Beschwerde aufgrund der revidierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung zurückgezogen habe (act. 103 S. 22).

## **E. 6.2**

Anträge des Klägers zu den IV-Gutachten Im Hinblick auf die Visionierung des Observationsmaterials reichte der Kläger mit Eingabe vom 4. Mai 2011 (act. 66) die beiden IV-Gutachten ein (act. 67/1-2). Zum abgewiesenen Antrag des Klägers, die IV-Gutachten dem Gerichtsgutachter ebenfalls zu unterbreiten (act. 66 S. 2), ist festzuhalten, dass Prof. Dr. C.\_\_\_\_\_ nicht als Obergutachter, sondern einzig zur Visionierung und Kommentierung des Observationsmaterials eingesetzt wurde (vgl. Prot. S. 8 ff. und S. 23 f.).

- 53 - Dass in dem vom Kläger als Beweismittel offerierten Gutachten der Psychiatrischen Universitätsklinik u.a. zum Observationsmaterial Stellung genommen wurde (act. 67/2 S. 23 ff.), kommt dem ebenfalls abgewiesenen Antrag des Klägers entgegen, diese nicht nur im Beisein eines Neurologen, sondern auch eines Psychiaters durchzuführen (act. 18 und Prot. S. 8).

## **E. 6.3**

Internistisch-rheumatologisches Gutachten vom 27. April 2010

### **E. 6.3.1**

Wesentlicher Inhalt Die IV-Gutachterin Dr. med. und Dr.sc.nat. ETH F.\_\_\_\_\_ stellte im rheumatologischen Gutachten, welches von der Beklagten zu verschiedenen Beweissätzen als Beweismittel angerufen wird, folgende Diagnosen (act. 67/1 S. 53): Die Gutachterin hielt abschliessend im Wesentlichen fest, dass der Kläger ein kräftiger 37-jähriger Mann sei. Aufgrund seiner Klagen, der Anamnese, der klinischen Untersuchung sowie den Resultaten der bildgebenden und Laborabklärungen könne er sämtliche Tätigkeiten ausüben, die Männer seines Alters üblicherweise machen könnten. Nach der Stellungnahme zu verschiedenen Arztberichten hielt die Gutachterin fest, aus heutiger rheumatologischer Sicht sei der Kläger ab Ende April 2006 als Taxifahrer wieder zu 100 % arbeitsfähig gewesen. Die Berichte und die zahlreichen Fotos und Videoaufnahmen der ... Services vom Sommer

- 54 - 2006 und erneut vom Sommer 2007, die der Gutachterin als DVDs zur Verfügung gestanden hätten, zeigten einen Mann, der sich altersentsprechend sehr gut bewege. Immer wieder sehe sie eine freie Beweglichkeit aller Gelenke mit grossen ausladenden Bewegungen, insbesondere auch der HWS. Für die von ihm bei der Untersuchung vom 22. Februar 2010 geklagten Beschwerden finde sich aus rheumatologischer Sicht keine Ursache. Bis zum Unfall am 11.11.2005 sei er zu 100 % arbeitsfähig gewesen. Nach dem Unfall sei er bis zum 15.02.2006 zu 100 %, vom 16.02.2006 bis 30.04.2006 zu 50 %

arbeitsunfähig gewesen. An- schliessend sei er zu 100 % arbeitsfähig (act. 67/1 S. 54 f.).

### **E. 6.3.2**

Parteibehauptungen Der Kläger macht zum Gutachten geltend, die Beurteilung von Dr. Dr. J.\_\_\_\_\_ beruhe nicht auf klinischen Untersuchungsergebnissen, sondern einzig und allein auf den Feststellungen im Video. Die Gutachterin wiederhole auf mehreren Seiten die Ergebnisse der Observation, welche bezüglich Aussagekraft ohnehin zu rela- tivieren seien. Ihre Aufgabe wäre es gewesen, den Kläger klinisch abzuklären. Die eigentliche Beurteilung des Patienten mit dem Titel "Rheumatologische Beur- teilung und Procedere" habe auf einer ganzen Textseite Platz, wobei die Gutach- terin sich nicht auf die klinische Untersuchung stütze, sondern auf Allgemeinplät- zen "weide". Sie sei bei ihrer Abklärung derart von den Observationsergebnissen geprägt gewesen, dass sie nicht mehr objektiv habe urteilen können. Auch schliesst der Kläger daraus, dass die Gutachterin seiner Ansicht nach fälschli- cherweise festgehalten habe, er sei am Morgen des Untersuchungstages von 05:45 Uhr bis 09:30 Uhr als Taxichauffeur tätig gewesen und anschliessend allein mit dem Auto zur Untersuchung nach ... gekommen, darauf, dass sie von völlig falschen Voraussetzungen ausgegangen sei und ihm offensichtlich unterstellt werden sollte, dass er praktisch den ganzen Tag Auto fahren könne. Dies müsse als bewusste gutachterliche Fehlleistung interpretiert werden. Der Kläger erachtet das Gutachten als nicht schlüssig, völlig einseitig und beweismässig nicht ver- wertbar. Zudem habe die Rheumatologin einzig die rheumatologische Sicht beur- teilt (act. 66 S. 1; act. 73 S. 6 f.; act. 85 zu 23a S. 22 ff.).

- 55 - Die Beklagte hält die klägerische Kritik am Gutachten für unberechtigt. Sie führt aus, sie könne in diesem Gutachten nichts erkennen, was für die klägerische Be- hauptung irgendwelcher Unfallfolgen wenigstens Anhaltspunkte liefern könnte (act. 77 Rz. 3; act. 89 Rz. 23a, Rz. 31a-h).

### **E. 6.3.3**

Würdigung a) Der Einwand, dass die Gutachterin für ihre Beurteilung praktisch aus- schliesslich auf die Observationen abgestellt habe, erweist sich als haltlos, sind doch im Gutachten die Ergebnisse der umfassenden klinischen Untersuchungen einschliesslich Laboruntersuchungen des Klägers im Detail festgehalten und wird darauf in der abschliessenden Beurteilung auch Bezug genommen (act. 67/1 S. 46 ff.). Auch dokumentierte Dr. Dr. J.\_\_\_\_\_ ihre Erkenntnisse mit einer eigenen Fotodokumentation und kommentierte die Fotos u.a. wie folgt: "Er ist ein sehr kräftiger 37-jähriger Mann. [...] Seine Muskulatur ist nirgends verspannt. [...] Er bewegt sich lebhaft. Alle Gelenke und die Wirbelsäule sind normal beweglich. Er zieht sich schwungvoll an. Der Handeinsatz ist seitengleich normal. Auf der Trep- pe braucht er den Handlauf nicht" (act. 67/1 S. 58 f.). Auch setzte sich die Gutach- terin eingehend mit der Anamnese und den Vorakten auseinander, wobei die Ob- servationen lediglich einen Teilaspekt bildeten (act. 67/1 S. 38 ff. und S. 54). In ih- rer kritischen Auseinandersetzung mit den Vorakten befasste sich Dr. Dr. J.\_\_\_\_\_ nicht nur mit denjenigen Arztberichten, welche vom Kläger im vorliegenden Ver- fahren eingereicht und vorstehend unter III.4. aufgeführt wurden, sondern auch mit weiteren ihr vorliegenden Berichten. Etwa für die Feststellung, dass sämtliche nach dem Unfall durchgeführte bildgebende Untersuchungen im Wesentlichen normale Befunde gezeigt hätten (act. 67/1 S. 54), stützte sich Dr. Dr. J.\_\_\_\_\_ ne- ben den bereits erwähnten Berichten der L.\_\_\_\_\_ Klinik vom 20. Juni 2006 (act. 4/16) sowie der Klinik Q.\_\_\_\_\_ vom 20. Dezember 2006 (vgl. act. 4/18) und vom

#### **E. 6.3.4**

Fazit a) Zusammenfassend sind keine Gründe ersichtlich, welche gegen einen Einbezug des rheumatologischen Gutachtens in die vorliegende Beurteilung sprechen würden. Das Gutachten erfüllt sämtliche Anforderungen an einen Arztbericht im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (BGE 125 V 351 E. 3; BGE 134 V 231 E. 5.1). b) Die Beklagte hat zutreffend darauf hingewiesen (act. 108 S. 2), dass es sich in formeller Hinsicht bei diesem Beweismittel im vorliegenden Verfahren nicht um ein unter Einbezug der Parteien im Sinne von § 171 ff. ZPO/ZH zustande gekommenes Gutachten, sondern um eine Urkunde im Sinne von § 183 ff. ZPO/ZH handelt. Weiter ist zu berücksichtigen, dass der vorliegend zentrale Frage des natürlichen Kausalzusammenhanges zwischen Unfallereignis und den geltend gemachten gesundheitlichen Beeinträchtigungen des Klägers im IV-Verfahren keine wesentliche Bedeutung zukommt, weshalb auf diese Thematik im rheumatologischen Gutachten nur am Rande eingegangen wurde.

- 58 -

#### **E. 6.4**

Gutachten Psychiatrische Universitätsklinik Zürich vom 31. Mai 2010

##### **E. 6.4.1**

Wesentlicher Inhalt a) Das Gutachten PUK, welches von beiden Parteien zu verschiedenen Beweissätzen als Beweismittel angerufen wird, umfasst eine psychiatrische Begutachtung des Klägers einschliesslich einer neuropsychologischen Untersuchung. Im Rahmen der Begutachtung fanden mit dem Kläger im Februar und März 2010 vier Gespräche statt. Die Ergebnisse der neuropsychologischen Untersuchung vom 12. März 2010 sind im Zusatzgutachten vom 7. Juni 2010 festgehalten und flossen in die Gesamtbeurteilung ein (act. 67/2 S. 1 und S. 3, S. 76 ff.). Die berücksichtigten Vorakten wurden ausführlich zusammengefasst (act. 67/2 S.5 ff.), die Anamnese sowie die Untersuchungsbefunde detailliert dargestellt (act. 67/2 S. 35 ff.). Sodann wurden folgende Diagnosen gestellt (act. 67/2 S. 49 f.): "1. Somatoforme Schmerzstörung (ICD-10: F45.4) 2. Gegenwärtig leichtgradig depressive Episode bei Vorliegen einer rez. depressiven Störung (ICD-10: F33.0), differentialdiagnostisch Dysthymie (ICD-10: F34.1) 3. Störungen durch Tabak, schädlicher Gebrauch (ICD-10: F17.1)" Hinsichtlich der somatischen Diagnosen wurden diejenigen des rheumatologischen Gutachtens übernommen. b) Im Rahmen der psychosozialen Erwägungen wurde u.a. eingehend zu den im Gutachten zusammengefassten Berichten der Psychiatrischen Klinik I. \_\_\_\_\_ Stellung genommen (act. 67/2 S. 5 ff. und S. 50 ff.). Demgemäss sei der Kläger - bei seit ca. einem Jahr zunehmender depressiver Entwicklung - im Juni 1998 während rund einer Woche in der Klinik hospitalisiert gewesen und habe sich in der Folge bis Februar 1999 dort in ambulanter Behandlung befunden. Im Zusammenhang mit der Trennung von seiner ersten Freundin habe er verschiedene somatische Beschwerden wie Kopf- und Rückenschmerzen entwickelt. Zusätzlich seien Symptome wie innere Unruhe, Nervosität, Konzentrations- und Schlafstörungen aufgetreten. Diagnostiziert worden sei ein subdepressives, agitiertes Zustandsbild bei Ablösungsproblematik von den Eltern und kultureller Ent-

- 59 - wurzelung sowie eine Anpassungsstörung (act. 67/2 S. 5 f.; vgl. auch act. 67/1 S. 3 f. und S. 38). Wie den Berichten von Dr. med. BA. \_\_\_\_\_, Klinik I. \_\_\_\_\_, zu den Gesprächen vom 11. September und vom 3. Oktober 2004 zu entnehmen ist, habe sich die depressive Symptomatik als Folge einer schweren Beziehungsproblematik erneut verschlechtert. Der

Kläger habe sich freiwillig gemeldet, da er in letzter Zeit nicht mehr schlafen sowie Ehefrau und Kinder zu Hause nicht mehr aushalten könne und erneut vermehrte Schmerzen am ganzen Körper habe (act. 4/22; act. 15/3a). Im Gutachten PUK wurde dazu festgehalten, es falle das Reaktionsmuster des Klägers auf psychosoziale Stressoren wie Beziehungskrisen, Trennungen, familiäre Probleme, Migration etc. auf. Neben der depressiven Symptomatik werde sowohl 1998 als auch 2004 von einer Schmerzsymptomatik berichtet. Zusätzlich seien aber auch Zustände mit ausgeprägten inneren Spannungen, impulsivem, z.T. aggressivem Verhalten, Nervosität, Gereiztheit und Schlafstörungen aufgetreten. In den ambulanten Verlaufsberichten werde eine Überforderung des Klägers im Alltag, Unzufriedenheit und Reizbarkeit beschrieben. Die Trennung und letztlich Scheidung von seiner zweiten Ehefrau nach einer den Berichten zufolge konfliktreichen Beziehung 2005, nur wenige Monate vor dem Unfall, könnte als weiterer psychosozialer Belastungsfaktor gesehen werden. Der Unfall habe sich auch kurz nach seinem positiv besetzten Schritt in die Selbstständigkeit ereignet. Darauf habe er seit Jahren hingearbeitet, doch habe der Schritt in die Selbstständigkeit auch eine finanzielle Belastung dargestellt, nachdem er dafür habe Kredite aufnehmen müssen. Durch das Unfallereignis sei für ihn wie eine Welt zusammengebrochen. Die subjektive Bedeutung des Unfalls für den Kläger scheine ungleich grösser gewesen zu sein als das Schadensereignis und die objektivierbaren Folgen an und für sich vermuten liessen, welcher Umstand den Gutachtern für die weitere Entwicklung mitentscheidend erschien (act. 67/2 S. 52). c) Zur somatoformen Schmerzstörung wurde u.a. ausgeführt, dass seit Frühjahr 2006 - zusätzlich zur Anpassungsstörung bzw. der daraus hervorgehenden depressiven Episode - vom Vorliegen einer solchen ausgegangen werde. Der Kläger scheine, wie aus den Vorberichten der Klinik I.\_\_\_\_\_ hervorgehe, eine Tendenz zur "Verkörperlichung" bzw. Somatisierung psychischer Probleme zu

- 60 - zeigen, dabei insbesondere mit der Entwicklung von Schmerzen zu reagieren. Es liege eine anhaltende Schmerzsymptomatik bei fehlendem organischen Korrelat bzw. fehlenden objektivierbaren Befunden vor. Als eigentlicher "Auslöser" könne der Autounfall 11/05 bezeichnet werden. Zusätzlich bestünden beim Kläger jedoch weitere emotionale bzw. psychosoziale Probleme, so die sehr belastende, zum Unfallzeitpunkt bereits lang dauernde Ehe- und familiäre Problematik mit kurz zuvor erfolgter Trennung, die belastete und konfliktreiche Beziehung zur Herkunftsfamilie sowie der eben erfolgte, mit Unsicherheiten behaftete Schritt in die Selbstständigkeit (act. 67/2 S. 53 ff.). d) Zu den geltend gemachten kognitiven Störungen wurde unter Hinweis auf die Berichte der Reha Clinic O.\_\_\_\_\_ vom 3. Januar 2007 (act. 4/17), von Dr.phil. S.\_\_\_\_\_ bezüglich der Untersuchung vom 31. Oktober 2007 (act. 4/20) sowie auf die Testergebnisse der neuropsychologischen Untersuchung vom 12. März 2010 (vgl. act. 67/2 S. 76 ff.) festgehalten, dass sich beim Kläger durchgängig bei allen durchgeführten neuropsychologischen Untersuchungen ein erheblicher Verdacht auf eine Aggravations- und Simulationsneigung bei eingeschränkter Leistungsbe- reitschaft ergebe (act. 67/2 S. 56 f., vgl. auch S. 67, S. 78 ff.). Unter Hinweis auf die oben genannten Berichte von 2007 wurde auch im rheumatologischen Gut- achten ausgeführt, diese hätten wegen des demonstrativen und aggravierenden Verhaltens sowie Hinweisen auf eine Simulationstendenz oder Konversionssymp- tomatik nicht aufzuzeigen vermocht, was der Kläger effektiv noch zu leisten fähig sei (act. 67/1 S. 33). e) Unter Einbezug verschiedener ärztlicher Berichte wurde im Gutachten PUK davon ausgegangen, dass der Kläger unmittelbar nach dem Verkehrsunfall eine Anpassungsstörung im Sinne einer depressiven Reaktion auf das ihn belas- tende Ereignis entwickelt habe, welche sich

innerhalb des ersten halben Jahres nach dem Unfall, spätestens aber bis Ende 2006 deutlich gebessert habe, danach aber eine leichtgradige, chronifizierte depressive Restsymptomatik bis heute bestehen geblieben sei. Überlappend habe sich im Frühjahr 2006 eine somatoforme Schmerzstörung entwickelt, welche im Wesentlichen bis heute vorliege und im Vordergrund stehe. Eine posttraumatische Belastungsstörung wurde hingegen

- 61 - verneint (act. 67/2 S. 60 ff.). In Bezug auf das Observationsmaterial wurde im Wesentlichen festgehalten, dass sich aus psychiatrisch-psychologischer Sicht keine Diskrepanzen oder Widersprüche zu den gestellten Diagnosen ergebe. Hingegen wurde konstatiert, dass sich anhand des Observationsmaterials zusätzliche Zweifel am Schweregrad der vom Patienten geschilderten sowie bei den Untersuchungen von Dr. S. \_\_\_\_\_ gemessenen kognitiven Beeinträchtigungen ergeben (act. 67/2 S. 65 ff., vgl. auch S. 71 f.). f) Zur Arbeitsfähigkeit wurde ausgeführt, aufgrund der Summe und Ausprägung der psychischen Beschwerden werde vom Zeitpunkt des Unfallereignisses bis ca. Juni 2006 von einer 100 % Arbeitsunfähigkeit im Beruf des Klägers als Taxifahrer ausgegangen. Im Verlauf des zweiten Halbjahres habe nach Einschätzung der Gutachter eine Steigerung der Arbeitsfähigkeit von 0 auf 80 % stattgefunden, was im Wesentlichen auf der Abnahme der depressiven, posttraumatischen und ängstlichen Symptomatik beruhe. Resultierend aus der Summe der weiter bestehenden psychischen Probleme bestehe für die Folgezeit bis heute eine leichtgradige Beeinträchtigung der Arbeitsfähigkeit, die mit ca. 20 % beziffert werden könne. Dafür sei in erster Linie die depressive Restsymptomatik mit erhöhter Ermüdbarkeit und rascherer Erschöpfung verantwortlich (act. 67/2 S. 68 ff.). In der bidisziplinären Zusammenfassung des rheumatologischen und des psychiatrischen Gutachtens wurde festgehalten, dass derzeit auf die Einschätzung der Arbeitsfähigkeit aus rein psychiatrischer Sicht abgestützt werden könne (act. 67/2 S. 90).

#### **E. 6.4.2**

Parteibehauptungen a) Der Kläger führt aus, dass im Gutachten PUK eine leichte bis mittlere Depression sowie ein Schmerzsyndrom bestätigt worden sei. Immerhin würden klare Unfallfolgen und eine 100 % Arbeitsunfähigkeit ab Unfalltag bis 23. Mai 2006 und eine 50%ige Arbeitsunfähigkeit bis 20. Januar 2007 sowie eine Restarbeitsunfähigkeit von 20 % attestiert. Selbst die IV habe unter Berücksichtigung der Überwindungspraxis ab 1. April 2007 auf einen verbleibenden Invaliditätsgrad von

#### **E. 6.4.3**

Würdigung a) Zunächst ist zu den Ausführungen des Klägers, es werde im Gutachten PUK eine leichte bis mittlere Depression bestätigt, festzuhalten, dass im Ergebnis lediglich eine leichtgradige depressive Episode diagnostiziert wurde mit der Be-

- 63 - gründung, das Ausmass bzw. der Schweregrad des depressiven Syndroms nicht ausgeprägt genug seien, um eine mittelgradige depressive Episode diagnostizieren zu können (act. 67/2 S. 61). Als aktenwidrig erweisen sich sodann die klägerschen Behauptungen (act. 85 zu 23c S. 28), wonach die Gutachter ab Unfalltag bis 23. Mai 2006 eine 100%ige Arbeitsunfähigkeit und in der Folge eine 50%ige Arbeitsunfähigkeit bis 20. Januar 2007 bestätigt hätten, sondern wurde es von einer Steigerung der Arbeitsfähigkeit von 0 auf 80 % im zweiten Halbjahr 2006 ausgegangen (act. 67/2 S. 70). b) Den medizinischen Gutachtern obliegt die Beurteilung der Arbeitsfähigkeit in Bezug auf den Gesundheitszustand des Geschädigten. Der Grad der Arbeitsunfähigkeit wird in Prozenten angegeben. Gestützt auf diese medizinischen Aussagen hat der Richter im

Haftpflichtverfahren die wirtschaftlichen Auswirkungen des Gesundheitsschadens festzulegen. Dabei ist er nicht an die Beurteilung der Arbeitsfähigkeit gebunden, sondern es steht ihm bei der Beurteilung der finanziellen Folgen ein breites Ermessen zu (Art. 42 Abs. 2 OR). Der Richter darf bei der haftpflichtrechtlichen Schadenserledigung auch nicht unbesehen den vom Sozialversicherungsträger festgestellten Invaliditätsgrad zugrunde legen, denn die sozialversicherungs- und die haftpflichtrechtliche Erwerbsunfähigkeit sind nicht identisch. Der wesentliche Unterschied besteht darin, dass im Sozialversicherungsrecht für die Bemessung des Invalideneinkommens von der Fiktion eines ausgeglichenen Arbeitsmarkts ausgegangen wird (vgl. Art. 7 Abs. 1 ATSG), während im Haftpflichtrecht die konkret vorliegende und absehbare Arbeitsmarktlage massgebend ist (FELLMANN/KOTTMANN, a.a.O., N 1561 f.). Wenn der Kläger ausführt, massgebend sei, wie sich eine medizinisch-theoretische Arbeitsunfähigkeit auf den konkreten (und nicht wie im IV-Bereich auf dem ausgeglichenen) Arbeitsmarkt auswirke (act. 85 zu 23c S. 26), so spricht er offenbar die Problematik an, dass der Richter im Haftpflichtverfahren aus den genannten Gründen nicht unbesehen auf den vom Sozialversicherungsträger festgestellten Invaliditätsgrad abstellen darf. Vorliegend wäre dies der von der Invalidenversicherung festgelegte Invaliditätsgrad von 26 % (act. 86/43/2 S. 3). Bei der Festlegung von Dauer und Grad der Arbeitsunfähigkeit durch medizinische Gutachten

- 64 - spielen die unterschiedlichen Definitionen der Erwerbsunfähigkeit im Sozialversicherungs- und Haftpflichtrecht indessen keine Rolle. Sodann erweist sich die klägerische Behauptung, wonach die Abklärungen der Gutachter nur medizinisch-theoretisch und nicht konkret erfolgt seien, angesichts der umfassenden und individuellen Begutachtung des Klägers als haltlos. Die Feststellungen der PUK-Gutachter zu Dauer und Grad der Arbeitsunfähigkeit können daher ohne Weiteres in die vorliegende Beurteilung einbezogen werden. c) Wie eine Analyse des Gutachtens zeigt, floss der Aspekt der Überwindbarkeit gemäss Art 7 Abs. 2 ATSG einzig hinsichtlich der somatoformen Schmerzstörung in die Beurteilung ein. Zusammengefasst wurde festgehalten, dass die somatoforme Schmerzstörung in Anlehnung an die aufgeführten (Förster-)Kriterien nicht für derart ausgeprägt gehalten werde, dass sie nicht unter angepassten Arbeitsbedingungen unter Aufbringung allen guten Willens grösstenteils überwunden werden könnte (act. 67/2 S. 68 ff.). Die Einschätzung gemäss Gutachten PUK stimmt sowohl mit den Feststellungen von Prof. Dr. C. \_\_\_\_\_, welcher anlässlich der Visionierung des Observationsmaterials beim Kläger in der Zeit ab dem 19. Juni 2006 keinerlei Anzeichen für Schmerzen feststellen konnte, als auch mit den Schlussfolgerungen von Dr. Dr. J. \_\_\_\_\_ überein. In dieser Hinsicht ist insbesondere hervorzuheben, dass die Feststellungen der Gutachterin den Schluss nahelegen, der Kläger habe es unterlassen bzw. unterlasse es, die zumutbare medikamentöse Schmerztherapie korrekt durchzuführen (act. 67/1 S. 54), was ebenfalls gegen Schmerzen spricht, die in ihrer Intensität die Arbeitsfähigkeit des Klägers beeinträchtigen würden. Im Ergebnis wird die Schlussfolgerung gemäss Gutachten PUK durch weitere Beweismittel bestätigt.

#### **E. 6.4.4**

Fazit Die vom Kläger vorgebrachten Einwände bezüglich der Unterschiede des Begriffs der Erwerbsunfähigkeit im Bereich von Sozialversicherungs- und Haftpflichtrecht erweisen sich als irrelevant. Das Gutachten PUK erfüllt sämtliche Anforderungen an einen Arztbericht im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung. Wie das rheumatologische Gutachten kann es als Urkunde im Sinne von § 183 ff. ZPO/ZH

- 65 - in die vorliegende Beurteilung einbezogen werden. Auch in Bezug auf das Gutachten PUK ist zu berücksichtigen, dass der vorliegend zentralen Frage des natürlichen Kausalzusammenhanges zwischen Unfallereignis und den geltend gemachten gesundheitlichen Beeinträchtigungen des Klägers im IV-Verfahren keine wesentliche Bedeutung zukommt, weshalb auf diese Thematik im Gutachten PUK nur beiläufig eingegangen wurde (vgl. auch vorstehend III.6.3.4.b). 7. Ergebnisse der Visionierung des Observationsmaterials

## **E. 7**

Ergebnisse der Visionierung des Observationsmaterials 65

### **E. 7.1**

Anlässlich der Visionierung der DVD-Videozuschnitts aus der Zeit vom 19. Juni 2006 bis 4. Juli 2006 und vom 15. Juni 2007 bis 4. Juli 2007 konnte der Gutachter Prof. Dr. C.\_\_\_\_\_ bei den diversen Autofahrten in verschiedensten Verkehrssituationen und mit unterschiedlichen Geschwindigkeiten stets eine korrekte, den Verkehrsverhältnissen angepasste Fahrweise des Klägers beobachten. Dass der Kläger - wie von seinem Vertreter anlässlich der Visionierung vermutet - in einer der Sequenzen, in welcher die angegebene Höchstgeschwindigkeit teilweise 60 km/h betrug, auffallend langsam gefahren wäre, konnte nicht bestätigt werden und erweist sich angesichts der nachfolgenden Sequenzen, in welchen mehrere Fahrten auf der Autobahn mit Geschwindigkeitsbegrenzung von 100 km/h zu sehen waren, als irrelevant. In den verschiedenen Situationen, in welchen der Kläger im Auto oder ausserhalb des Autos zu sehen war, so u.a. beim Reinigen des Autos, beim Anbringen von Schildern am Fahrzeug, bei lebhaften Diskussionen sowie beim Ein- und Ausladen von teilweise grösseren, schweren Gepäckstücken, stellte der Gutachter beim Kläger im Wesentlichen normale, eher rasche Bewegungsabläufe, eine normale Beweglichkeit, normale Körper- und Kopfhaltungen und teilweise maximale Kopffrotationen fest. Gemäss Gutachter konnte er keinerlei Anzeichen für eine Schmerzhemmung, eine Schonhaltung oder ein Schonen beim Bewegungsablauf und - insbesondere mit Bezug auf die Halswirbelsäule - eine Bewegungseinschränkung oder relevante Muskelverspannung beobachten (Prot. S. 29 ff.). Die Einschätzung von Prof. Dr. C.\_\_\_\_\_ stimmt mit den Wahrnehmungen der anlässlich der Visionierung anwesenden Gerichtsdelegation überein und erweist sich als überzeugend und nachvollziehbar. Sie deckt sich überdies mit derjenigen der Gutachterin Dr. Dr. J.\_\_\_\_\_, welche

- 66 - unabhängig von Prof. Dr. C.\_\_\_\_\_ festhielt, sie habe in den DVDs, welche einen Mann zeigten, der sich altersentsprechend sehr gut bewege, immer wieder eine freie Beweglichkeit aller Gelenke mit grossen auslandenden Bewegungen gesehen, insbesondere auch der HWS (act. 67/1 S. 54).

### **E. 7.2**

Aufgrund der Gesamtheit der Ausführungen von Prof. Dr. C.\_\_\_\_\_ hält die Beklagte die Einschätzung für unausweichlich, dass der Kläger im Zeitpunkt der Observationen keinerlei gesundheitliche Probleme wie Schmerzen, Behinderung oder Unwohlsein gezeigt habe, die ihn in seiner Berufstätigkeit als Taxifahrer oder bei Haushaltarbeiten behindert hätten (act. 77 Rz. 2; act. 89 Rz. 48 S. 45). Sowohl die IV-Gutachter als auch Prof. Dr. C.\_\_\_\_\_ hätten keine zureichenden Anhaltspunkte dafür gefunden, dass der Kläger aus dem Unfallereignis vom 11. November 2005 einen körperlichen oder psychischen Schaden erlitten habe; zumindest liege ab Frühjahr 2006 kein dauerhafter medizinisch dem

Unfallereignis zurechenbarer Schaden vor (act. 77 Rz. 5). Nach Auffassung der Beklagten bewiesen die Observationen das normale, schmerzfreie Leben und Arbeiten eines Taxichauffeurs, ohne jede erkennbare Einschränkung (act. 89 Rz. 31d, vgl. auch Rz. 48 S. 44). 7.3.1. Der Kläger wendet in erster Linie ein, es sei auffällig, dass der Experte betont habe, dass er in den Videos stets nur Momentaufnahmen gesehen habe und nicht wisse, was zwischen den einzelnen geschnittenen Sequenzen geschehen sei. Er habe daher u.a. nicht beurteilen können, ob der Kläger zwischen den einzelnen Sequenzen Erholungsphasen gehabt habe, ob er nach drei bis vier Stunden Taxifahrt ermüde und wie die Kopfbewegungen vor und nach den Beobachtungen gewesen seien (act. 73 Rz. 2b/cc, Rz. 2b/ee, Rz. 2b/ff, Rz. 2b/jj, Rz. 2b/nn, Rz. 2b/oo; act. 85 zu 14. S. 14, zu 31c S. 47 f.). Auch habe der Experte festgehalten, dass aus den kurzen Videosequenzen von nur wenigen Minuten nicht Rückschlüsse darauf gezogen werden könnten, ob der Kläger länger stehen könne (act. 73 Rz. 2b/ll). Daraus schliesst der Kläger, dass das Observationsmaterial beweismässig ohne Relevanz sei (act. 85 zu 31d S. 48).

- 67 - 7.3.2. Beide Parteien treffen in ihren Rechtsschriften in Bezug auf die Aktivitäten des Klägers in den Zeiträumen zwischen den Videosequenzen sich diametral widersprechende Annahmen. Während der Kläger im Wesentlichen geltend macht, er sei während der Observationsphase im Jahre 2006 praktisch immer zu Hause gewesen, habe Therapien besucht, sei weder einer Erwerbstätigkeit noch Freizeitaktivitäten nachgegangen und lediglich bei landläufigen, banalen Aktivitäten und kurzen Autofahrten beobachtet worden und sei während der Observationsphase im Jahre 2007 - in Übereinstimmung mit den Kontrollkarten der Stadtpolizei Zürich - teilszeitlich als Taxifahrer tätig gewesen (act. 1 Rz. 31 ff., vgl. auch act. 85 zu 12. S. 12, zu 14. S. 14, zu 21. f. S. 21 f., zu 31i S. 49 ff.), vermutet die Beklagte, der Kläger habe während der Observationsphase im Jahre 2006 bereits wieder eine umfangreiche Fahrleistung aufgewiesen und als Taxifahrer gearbeitet und sei während der zweiten Observationsphase im Jahre 2007 in grösserem Umfang als behauptet arbeitstätig gewesen (act. 14 Rz. 31 ff.; act. 89 Rz. 14 S. 10, Rz. 23 S. 14, Rz. 31c ff. S. 29 ff.). Zunächst ist festzuhalten, dass in dieser Hinsicht entgegen der klägerischen Auffassung (act. 85 zu 21. f. S. 21, zu 33. ff. S. 54) nicht unbesehen auf die vom Kläger selber ausgefüllten Kontrollkarten (act. 4/28 f., act. 4/31, act. 86/40) abgestellt werden kann. Im Übrigen erweisen sich die Annahmen der Parteien bezüglich der nicht gefilmten Aktivitäten des Klägers als rein spekulativ und sind daher irrelevant. Prof. Dr. C. \_\_\_\_\_ hielt dazu prägnant fest: "Was der Kläger in der Zwischenzeit, in welcher nicht gefilmt wurde, gemacht hat, sehe ich nicht, weiss ich nicht und kann ich auch nicht wissen" (Prot. S. 44; vgl. auch Prot. S. 67). Er könne daher nur kommentieren, was er an diesem Tag sehe, und wisse nicht, wie der Kläger seinen Kopf einen Monat oder ein Jahr vorher oder nachher gewendet habe. Aus Erfahrung könne er aber sagen, dass nach Schleuderverletzungen der Halswirbelsäule am Anfang eine Einschränkung der Kopfbeweglichkeit gegeben sei, welche sich bei der Mehrzahl der Patienten innerhalb weniger Tagen wieder bessere und bei einer kleineren Zahl der Patienten innerhalb von ein paar Wochen. Die Zahl der Patienten, welche eine Einschränkung der Kopfbeweglichkeit über Monate hätten, sei relativ klein. Man könne davon ausgehen, dass mit überwiegender Wahrscheinlichkeit die Kopfbeweglichkeit auch am Tag vorher und nachher normal gewesen sei. In der ersten visionierten

- 68 - Sequenz aus dem Jahre 2006 habe eine mehr oder weniger normale Kopfbeweglichkeit beobachtet werden können. Bei einem Unfall sei der übliche bzw. natürliche

Krankheitsverlauf so, dass der Zustand, wie er ein Jahr zuvor gewesen sei, zwischendurch nicht schlechter werde und sich die Symptome mit der Zeit besserten. Dass die Symptome und Befunde mit der Zeit sekundär schlechter würden, habe in der Regel andere Gründe als den Unfall (Prot. S. 50). Patienten mit Problemen der Halswirbelsäule könnten in der Regel lange stehen. Die normale Beweglichkeit der Halswirbelsäule des Klägers sei in diesem Zusammenhang viel gewichtiger. In dieser Hinsicht sei im Film kein relevantes Problem ersichtlich (Prot. S. 56). Die Frage, ob er ausschliessen könne, dass in den ersten sieben Monaten nach dem Trauma somatisch nachweisbare Beschwerden vorhanden gewesen seien, verneinte der Gutachter. Aufgrund der ihm vorliegenden Informationen könne er nicht sagen, wie schwer die Verletzung gewesen sei und wie lange der Kläger Beschwerden gehabt habe (Prot. S. 70).

7.3.3. Zusammenfassend konnte der Gutachter in Bezug auf den Zeitraum bis zu den ersten Observationen im Juni 2006 und damit für etwas mehr als sieben Monate nach dem Unfall keine Aussagen zu den gesundheitlichen Beschwerden des Klägers machen, da gemäss seinen Ausführungen das Observationsmaterial keine Rückschlüsse auf die Vergangenheit zulässt (Prot. S. 70). Für die weitere Entwicklung ist den Ausführungen des Gutachters indessen zu entnehmen, dass - gestützt auf seine Erfahrungen mit Patienten mit Schleuderverletzungen der Halswirbelsäule - die Beschwerden nur in seltenen Fällen über Monate anhalten und sich mit zunehmendem Zeitablauf bessern. Eine sekundäre Verschlechterung der Symptome und Befunde führte der Gutachter hingegen - abgesehen von aussergewöhnlichen, seltenen Ausnahmen - auf unfallfremde Gründe zurück. Aufgrund seiner Beobachtungen ging der Gutachter sodann davon aus, dass beim Kläger bereits zu Beginn der Observationen im Juni 2006 keine Einschränkung der Kopfbeweglichkeit mehr gegeben war, was in Bezug die HWS-Beweglichkeit in Normalstellung nach links und rechts mit den Feststellungen im Bericht der L.\_\_\_\_\_ Klinik vom 20. Juni 2006 übereinstimmt (act. 4/16). Dass sich daran in der Zeit bis Anfang Juli 2007 etwas geändert hätte, konnte von Prof. Dr. C.\_\_\_\_\_ in keiner der visionierten Videosequenzen festgestellt werden. In Bezug auf allfällige Bewe-

- 69 - gungseinschränkungen der Halswirbelsäule des Klägers traf der Gutachter eine Schlussfolgerung somit nicht nur hinsichtlich der visionierten Sequenzen, sondern indirekt auch bezüglich der dazwischen liegenden, nicht visionierten Zeiträume und darüber hinaus für die Zukunft. Die Schlussfolgerung, wonach die Kopfbeweglichkeit des Klägers bereits im Juni 2006 nicht mehr beeinträchtigt war, stimmt zudem mit seiner eigenen Ausführung überein, er habe "nie behauptet, er könne nicht gehen, er könne sich nicht drehen und nicht wenden" (act. 1 Rz. 31d S. 16, vgl. auch act. 73 Rz. 2b/kk). Ob der Kläger lange habe stehen können oder nicht, erweist sich aufgrund der Ausführungen des Gutachters im Zusammenhang mit Schleuderverletzungen der Halswirbelsäule als irrelevantes Kriterium und kann daher offen bleiben.

7.4.1. Der Kläger weist auf die verschiedenen Aussagen von Prof. Dr. C.\_\_\_\_\_ hin, wonach dieser nicht habe beurteilen bzw. ausschliessen können, dass der Kläger während der Videosequenzen unter Schmerzen, so etwa Kopfschmerzen, gelitten habe (act. 73 Rz. 2b/dd, Rz. 2b/gg, Rz. 2b/hh; act. 85 zu 14. S. 14, zu 31c S. 47 f.). Gemäss dem Experten sehe man im Video nicht, ob der Kläger unter "subjektiven Beschwerden" (Kopfschmerzen, Müdigkeit etc.) leide. Es komme bei einem Patienten mit multiplen Klagen auf das Gesamtbild an, ob dieses konsistent sei (act. 73 Rz. 2b/pp). Die vom Experten festgestellte normale Kopfbeweglichkeit in Rotation, welche teilweise zu sehen gewesen sei, schliesse nicht aus, dass der Kläger an den übrigen Traumafolgen (typisches Beschwerdebild) leide (act. 73 Rz. 2b/kk). Ob eine sogenannte Somatisierung der Beschwerden eingetreten sei, habe mit psychischen Faktoren zu tun, wozu der

Psychiater gefragt sei (act. 73 Rz. 2b/rr). 7.4.2. Prof. Dr. C.\_\_\_\_\_ hielt fest, dass Schmerz etwas Subjektives sei. Als Mediziner finde man bei der Untersuchung eines Patienten Hinweise auf Schmerzen wie beispielsweise eine Bewegungseinschränkung bei der Kopffrotation, was nach Verletzungen der Halswirbelsäule bei der klinischen Untersuchung häufig festgestellt werden könne. Aufgrund der visionierten Videosequenzen könne gesagt werden, dass es keine Hinweise darauf gebe, dass der Kläger Schmerzen habe, doch könnten Schmerzen nicht ausgeschlossen werden (Prot. S. 46). Auch Mü-

- 70 - digkeit sei etwas Subjektives, was man in einem Video nicht sehen könne (Prot. S. 67). Zum "typischen" Beschwerdebild oder Beschwerdekomples des Schleudertraumas gehörten verschiedene subjektive Symptome wie Kopfschmerzen, Schwindel, Nackenschmerzen, Müdigkeit, Ermüdbarkeit, Konzentrationsstörungen und unspezifische Sehstörungen. Dies sei, was der Patient empfinde oder auch anamnestisch klage. Was Ärzte feststellen könnten, seien abnorme Befunde am Körper. Eine solche abnorme Feststellung sei eine Einschränkung der Beweglichkeit der Halswirbelsäule, wobei es sich um ein semi-objektives oder halbhartes Kriterium handle. Selten komme es bei Fällen von Schleudertraumata der Halswirbelsäule zu schweren Komplikationen, etwa einer Dissektion eines Gefässes. In diesen Fällen könnten Ärzte einen objektiven Befund als Folge der Schleuderverletzung feststellen, was als hartes Kriterium bezeichnet werde. Auch mit Zusatzuntersuchungen wie Röntgenaufnahmen oder Computertomographie könnten gegebenenfalls objektive Befunde festgestellt werden. Aufgrund der Videoaufnahmen des Klägers gebe es keine Hinweise darauf, dass eine Bewegungseinschränkung der Wirbelsäule bestehen würde. Damit gebe es keinen indirekten Hinweis auf ein Zervikalsyndrom bzw. Schmerzen ausgehend vom Nacken. In den Videos sei somit kein objektiv feststellbares Folgesyndrom der Verletzung zu sehen. Die subjektiven, geklagten Symptome könne man nicht sehen. Die Regel sei, dass Beschwerden nach einem Trauma eine Besserung zeigten und dass sich mehr oder weniger alle Beschwerden parallel besserten. Wenn er einen Patienten mit multiplen Klagen zu beurteilen habe, so komme es auf das Gesamtbild an, ob dieses in sich konsistent sei (Prot. S. 68 f.). Es sei möglich, dass sich Beschwerden nach einem Unfall somatisierten. Dabei spielten indessen viele äussere Faktoren eine Rolle, auch psychische Faktoren. In solchen Situationen sei am Schluss der Psychiater als Experte gefragt. Auf die Frage, ob es sich bei diesen Fällen um den Normalfall oder um eine grosse Ausnahme handle, hielt der Gutachter fest, dass es bei Unfällen manchmal eine besondere Eindrücklichkeit und Schwere gebe, die Anlass zu einem psychosomatischen Stresssyndrom gebe. Dies sei bei Schleuderverletzungen in der Regel nicht gegeben. Die Gerichte verlangten hier häufig eine Mitbeurteilung durch einen Psychiater. Aus seiner Sicht wäre dies nicht so häufig nötig wie die Juristen das verlangten (Prot. S. 70 f.).

- 71 - 7.4.3. Den Ausführungen von Prof. Dr. C.\_\_\_\_\_ ist zu entnehmen, dass die beschriebenen subjektiven Symptome stets auf den Angaben des Patienten beruhen und objektiv nicht feststellbar sind, auch nicht durch entsprechende Untersuchungen. Solche subjektiven Beschwerden bessern sich gemäss den Ausführungen des Gutachters - ausser in wenigen Ausnahmefällen - parallel mit der häufig festgestellten Einschränkung der Beweglichkeit der Halswirbelsäule, welche ihrerseits nur selten über mehrere Monate anhält. Eine Somatisierung der subjektiven Beschwerden als Folge des Unfalls hält Prof. Dr. C.\_\_\_\_\_ nur dann für denkbar, wenn aufgrund der besonderen Eindrücklichkeit und Schwere des Unfalls Anlass für ein psychosomatisches Stresssyndrom gegeben ist, was

seines Erachtens bei Schleuderverletzungen nur selten der Fall ist. Der Kläger behauptet, er leide er als Folge des Unfalls über die Phase der Observationen hinaus - welche erst rund sieben Monate nach dem Unfall begannen und über ein Jahr später endeten - an körperlichen Beschwerden, namentlich an Nacken- und Kopfschmerzen. Überträgt man die Ausführungen des Gutachters auf den vorliegenden Fall, so erweist sich dieser Zeitraum anhaltender körperlicher Beschwerden als aussergewöhnlich lange. Hinzu kommt, dass Prof. Dr. C.\_\_\_\_\_ in der Phase der Observationen keinerlei Anzeichen für die geltend gemachten Beschwerden feststellen konnte, wobei eine sekundäre Verschlechterung der Symptome wiederum als ungewöhnlich bezeichnet werden müsste. Als weiteres aussergewöhnliches Element erweist sich vorliegend die Tatsache, dass der Unfall entgegen der Ansicht des Klägers (act. 1 Rz. 24 f. und Rz. 48, act. 85 zu 48.) weder als besonders schwer noch als eindrücklich bezeichnet werden kann. Zwar lagen die vom Kläger erlittenen kollisionsbedingten Geschwindigkeitsänderungen (delta-v) über den als sogenannte Harmlosigkeitsgrenze diskutierten 10 km/h (act. 4/6; vgl. dazu nachfolgend III.9.6.3.), doch konnte im USZ neben einer Hyperventilation einzig eine Flankenprellung diagnostiziert werden, worauf der Kläger sogleich wieder aus dem Spital entlassen und lediglich für drei Tage krank geschrieben wurde (act. 4/7). Diese Auffassung wird durch das Gutachten PUK untermauert, in welchem eine posttraumatische Belastungsstörung mit der Begründung verneint wurde, dass das objektive Ereignis des Autounfalls als Ursache dafür zu schwach gewesen sei (act. 67/2 S. 62). Die Ausführungen von Prof.

- 72 - Dr. C.\_\_\_\_\_ lassen zusammenfassend darauf schliessen, dass er das Vorliegen eines aussergewöhnlichen Falles als Folge des Unfalls zwar für theoretisch möglich hält, jedoch als unwahrscheinlich einstuft. Mit anderen Worten ist ein Andauern der Beschwerden über Monate, eine sekundäre Verschlechterung der Beschwerden oder eine Somatisierung der Beschwerden ohne besondere Eindrücklichkeitswertigkeit oder Schwere des Unfalls gemäss Prof. Dr. C.\_\_\_\_\_ mit grösster Wahrscheinlichkeit auf unfallfremde Gründe zurückzuführen. 7.5.1. Der Kläger macht geltend, der Experte habe bestätigt, dass mit Schmerzmitteln und Physiotherapie die Beweglichkeit verbessert werden könne (act. 73 Rz. 2b/ii). 7.5.2. Auf Ergänzungsfrage des klägerischen Vertreters, ob Schmerzmittel, Rheumamittel und Abschwellungsmittel normale Bewegungsabläufe - wie vom Gutachter beim Kläger beobachtet - ermöglichen könnten, führte Prof. Dr. C.\_\_\_\_\_ aus, das Ziel der erwähnten Mittel sei eine Verminderung der Schmerzen und dadurch eine Verbesserung der Beweglichkeit. Es sei möglich, dass durch medikamentöse Behandlung die Beweglichkeit verbessert worden sei, aber wenn eine relevante Einschränkung der Kopfbeweglichkeit bestehe, könne man nicht so kurzfristig eine normale Beweglichkeit auf eine Seite erreichen. Physiotherapie habe dieselben Ziele, nämlich Schmerzlinderung und Verbesserung der Beweglichkeit (Prot. S. 47). 7.5.3. Dr. Dr. J.\_\_\_\_\_ hielt im rheumatologischen Gutachten fest, dass der Kläger im Zeitraum vom 01.01.2007 bis 29.01.2010 bei seiner Krankenkasse wenig Schmerzmittel bezogen habe. Mit der bezogenen Schmerzmittelmenge sei keine adäquate Schmerztherapie möglich gewesen. In seinem Blut/Urin sei das Schmerzmittel Codein unterhalb des therapeutischen Bereichs nachweisbar. Das Paracetamol und das Mydocalm seien nicht vorhanden. Es könne postuliert werden, dass der Kläger sich selbst als nicht derart schmerzgeplagt einschätze, dass er die ohne Weiteres zumutbare medikamentöse Schmerztherapie korrekt durchführen würde (act. 67/1 S. 54, vgl. auch S. 44 f.).

- 73 - Dass der Kläger im Zeitraum, in welchem er observiert wurde, eine Menge von Schmerzmitteln zu sich genommen hätte, welche eine adäquate Schmerztherapie ermöglicht hätte, muss angesichts dieser Erkenntnisse als unwahrscheinlich bezeichnet werden. Dafür, dass dies bereits vor dem im rheumatologischen Gutachten untersuchten Zeitraum der Fall war, spricht folgender Hinweis im Bericht von Dr. G.\_\_\_\_\_ vom 15. Februar 2006: "Keine regelmässige Medikamenteneinnahme wegen dieser Nackenschmerzen." (act. 4/14). Zudem ist dem Gutachten PUK im Zusammenhang mit der Behandlung von Dr. G.\_\_\_\_\_ die Äusserung des Klägers zu entnehmen, dass er die von Dr. G.\_\_\_\_\_ verschriebenen Medikamente abgesetzt habe, da er sich davon "wie besoffen" gefühlt habe und sie ihm nicht geholfen hätten (act. 67/2 S. 42). Abgesehen davon ist den Ausführungen von Prof. Dr. C.\_\_\_\_\_ zu entnehmen, dass eine relevante Einschränkung der Kopfbeweglichkeit selbst bei Einnahme von Schmerzmitteln und vorausgehender Physiotherapie hätte erkannt werden können, da dadurch nicht so kurzfristig eine normale Beweglichkeit erreicht werden könnte (Prot. S. 47).

7.6.1. Der Kläger bringt weiter vor, der Gutachter habe zum typischen Beschwerdebild nach HWS-Schleudertrauma ausgeführt, dass er viele anamnestiche und klinische Informationen von Untersuchungen benötige, um sagen zu können, ob eine Art von Schwindel ins sogenannte typische Beschwerdebild nach Schleudertrauma gehöre oder nicht. Gleich verhalte es sich mit der Analyse von anderen typischen Symptomen, die in den Komplex des Schleudertraumas gehörten (act. 73 Rz. 2b/bb). Bezüglich des zweimaligen Abstützens des Klägers am Auto habe der Experte die Interpretation offen gelassen. Ob der Kläger das Abstützen wegen Schwindels gemacht habe, müsse gemäss Experte klinisch untersucht werden (act. 73 Rz. 2b/mm).

7.6.2. Prof. Dr. C.\_\_\_\_\_ führte aus, er kenne das typische Beschwerdebild nach Schleudertrauma, welches in der Jurisprudenz verwendet werde. Er sehe die ganze Angelegenheit aber noch viel detaillierter. Beispielsweise handle es sich bei Schwindel als eines der Leitsymptome um ein sehr komplexes Phänomen mit vielen möglichen Ursachen. Erst aufgrund von vielen anamnestischen und klinischen

- 74 - Informationen von Untersuchungen könne er sagen, ob diese Art von Schwindel, die der Patient beklage, ins sogenannte typische Beschwerdebild nach Schleudertrauma gehöre oder nicht. Auch die anderen typischen Symptome wie Schmerzen könnten in den Komplex des Schleudertraumas gehören oder eine andere Ursache haben. Wenn es um das typische Beschwerdebild gehe, sei seine Sicht der Dinge medizinischer und detaillierter als die Sicht der Juristen (Prot. S. 28). Zum zweimaligen Abstützen des Klägers mit der Hand am Auto, nachdem er beim Aussteigen aus dem Fahrzeug vor dem Bahnhof ... sein Gesicht verzogen hatte, hielt der Gutachter fest, dass die Frage, ob der Kläger Schwindel habe und sich deshalb habe abstützen müssen, nur aufgrund einer klinischen Untersuchung beantwortet werden könnte. Er erinnerte in diesem Zusammenhang aber auch daran, dass nach seiner Schätzung zusammengerechnet über eine Stunde Videosequenzen visioniert worden seien, in welchen beim Kläger nie ein indirektes Zeichen des Schmerzes oder Schwindels erkennbar gewesen sei, weshalb man seines Erachtens nicht auf diese ein bis zwei Sekunden fokussieren und dies überbewerten sollte (Prot. S. 61 ff.).

7.6.3. Mit seinen Ausführungen brachte der Gutachter zum Ausdruck, dass er gestützt auf die Visionierung des Observationsmaterials allein nicht alle gestellten Fragen beantworten konnte, sondern dafür weitere Informationen und eine Untersuchung des Patienten erforderlich wäre. Für das Verziehen des Gesichts gab es seines Erachtens mehrere Erklärungsmöglichkeiten, wie etwa dass der Kläger in jenem Moment seinen Ellenbogen angeschlagen haben oder von der Sonne geblendet worden sein könnte. Zudem relativierte der Gutachter das Verziehen des

Gesichts und das Abstützen am Auto als singuläres Ereignis von sehr kurzer Dauer im Vergleich zum weiteren umfangreichen Observationsmaterial. Beim unmittelbar anschliessenden Ausladen des schweren Gepäckstücks, der Diskussion mit dem Fahrgast und der Wegfahrt vom Parkplatz konnten beim Kläger auch keine weiteren vergleichbaren Anzeichen beobachtet werden. 7.6.4. Im Gegensatz zu Prof. Dr. C.\_\_\_\_\_ setzte sich die Gutachterin Dr. Dr. J.\_\_\_\_\_ eingehend mit den umfangreichen Vorakten auseinander und untersuchte den Kläger gründlich. Sie konnte kein somatisches Korrelat für das cerviko-

- 75 - thorakospondylogene Syndrom feststellen (act. 67/1 S. 53). Abgesehen davon sind auch den früheren Arztberichten in somatischer Hinsicht durchwegs Normalbefunde zu entnehmen. 7.6.5. Was die Darstellung des Klägers, er habe anlässlich der Observation beim Bahnhof ... Schwindel empfunden, betrifft, so ist festzuhalten, dass Schwindelbeschwerden lediglich in den Berichten von Dr. R.\_\_\_\_\_ vom 31. August 2007 (act. 4/19) und vom 4. Juli 2013 (act. 104/2) sowie im Bericht von Dr.phil. S.\_\_\_\_\_ vom 13. Dezember 2007 (act. 4/20 S. 5) erwähnt wurden, während in den Berichten des Medizinischen Zentrums H.\_\_\_\_\_ vom 13. Januar 2006, vom 20. April 2006 und vom 14. Februar 2008 explizit "kein Schwindel" festgehalten wurde (act. 4/10 ff.). Wenn Schwindel - wie Prof. Dr. C.\_\_\_\_\_ ausgeführt - zu den subjektiven Beschwerden gehört, so liegt der Schluss nahe, dass der Kläger im Januar und April 2006 sowie im Februar 2008 auf entsprechende Frage der behandelnden Ärzte des Medizinischen Zentrums H.\_\_\_\_\_ verneint hatte, Schwindel zu verspüren und entsprechende Beschwerden erst über eineinhalb Jahre nach dem Unfall zunächst gegenüber Dr. R.\_\_\_\_\_ zu erwähnen begann. Damit fallen allfällige, erst zu einem viel späteren Zeitpunkt aufgetretene Schwindelbeschwerden als Unfallfolge von vornherein ausser Betracht. Sodann ist festzuhalten, dass abgesehen vom kurzen Verziehen des Gesichts in der Aufnahme vom 4. Juli 2007 in keiner einzigen visionierten Filmsequenz beim Kläger irgendwelche Auffälligkeiten wie Unsicherheiten, Angstreaktionen oder Anzeichen für erhöhte Müdigkeit auszumachen waren. 7.7.1. Im zweiten Ermittlungsbericht vom 31. Juli 2007 ist der Inhalt des Gesprächs zwischen dem Ermittler und dem Kläger während der Taxifahrt zum Bahnhof ... am 4. Juli 2007 zusammengefasst. Demgemäss habe der Kläger dem Ermittler u.a. erzählt, kürzlich einen Autounfall mit Totalschaden seines Fahrzeuges erlitten zu haben. Auf die Frage des Ermittlers nach Verletzungen habe der Kläger berichtet, seit dem Ereignis permanent Schmerzen im Nackenbereich zu haben, zwei Mal pro Woche eine entsprechende Therapie aufsuchen zu müssen und deswegen auch nicht mehr viel arbeiten zu können. Auf den Ermittler habe der Kläger einen sehr unzufriedenen, frustrierten und schon fast leicht depressi-

- 76 - ven Eindruck gemacht, sei andererseits aber kontaktfreudig und mitteilungsbedürftig erschienen (act. 20/8 S. 21 f.). Der Kläger leitet aus diesem Gespräch ab, dass wenn er tatsächlich keine Beschwerden hätte, einem wildfremden Gast kaum über sein Befinden klagen würde (act. 1 Rz. 32g S. 18, act. 85 zu 32. S. 52 f.). Die Beklagte bestreitet dies und weist darauf hin, dass die Angaben des Klägers nicht spontan, sondern auf Nachfrage erfolgt seien und der Kläger dem Ermittler auch erzählt habe, jedes Jahr mit den Kindern nach Kroatien zu fahren, was einer Distanz von über 1'000 Kilometern entspreche. In diesem Zusammenhang habe er sich nicht etwa über die beschwerliche Fahrt, sondern über den starken Verkehr und die Langeweile in seinem Heimatdorf beklagt (act. 14 Rz. 32g; act. 89 Rz. 32 und Rz. 32g). 7.7.2. Da während dieses Gesprächs nicht gefilmt wurde, bildet dieses nicht Teil der DVD-Videozuschnitts und kam anlässlich der

Visionierung auch nicht zur Sprache. Indessen wurde im Gutachten PUK dazu festgehalten, dass die Beobachtungen des Ermittlers tendenziell mit den Diagnosen der Anpassungsstörung bzw. der depressiven Reaktion oder auch der Somatisierungsstörung gut vereinbar seien (act. 67/2 S. 66). Den allgemeinen Ausführungen von Prof. Dr. C. \_\_\_\_\_ ist im Wesentlichen zu entnehmen, dass aus seiner Sicht eine Somatisierung von Beschwerden - ausser bei besonderer Eindringlichkeit und Schwere des erlittenen Unfalls - in der Regel als nicht unfallkausal einzustufen ist (Prot. S. 70 f.).

### **E. 7.8**

Zusammenfassend konnte der Neurologe Prof. Dr. C. \_\_\_\_\_ bereits zu Beginn der visionierten Videosequenzen vom 19. Juni 2006 keine Hinweise auf gesundheitliche Beeinträchtigungen des Klägers feststellen und in dieser Hinsicht bis zum Ende der visionierten Sequenzen vom 4. Juli 2007 auch keinerlei Veränderung konstatieren. Aufgrund der allgemeinen Ausführungen des Gutachters und unter Einbezug der unbestrittenen Fakten zum Unfallhergang und der nach dem Unfall beim Kläger diagnostizierten Symptome kann darauf geschlossen werden, dass nach Ansicht des Gutachters allfällige ab 19. Juni 2006 noch bestehende Beschwerden mit überwiegender Wahrscheinlichkeit auf unfallfremde Faktoren zurückzuführen wären. Dieses Ergebnis deckt sich mit der Einschätzung von

- 77 - Dr. Dr. J. \_\_\_\_\_ im rheumatologischen Gutachten. Der Gutachterin stand im Gegensatz zu Prof. Dr. C. \_\_\_\_\_ nicht nur das Observationsmaterial zur Verfügung, sondern auch die weiteren Vorakten und die Ergebnisse der eingehenden Untersuchungen des Klägers. 8. Vorbemerkungen zum Beweisverfahren

### **E. 8**

Vorbemerkungen zum Beweisverfahren 77

#### **E. 8.1**

Noven

##### **E. 8.1.1**

Gemäss § 114 ZPO/ZH sind die Parteien mit Anträgen zur Sache, Tatsachenbehauptungen, Einreden und Bestreitungen ausgeschlossen, die sie nicht spätestens in ihrer letzten Rechtschrift vorgebracht haben. Die letzte Rechtschrift des Klägers war die Replik vom 1. März 2012 (act. 85), diejenige der Beklagten die Duplik vom 29. März 2012 (act. 89). Damit war das Hauptverfahren beendet (vgl. Beschluss des Kassationsgerichts des Kantons Zürich vom 8. Oktober 2008, Kass.-Nr. AA070172, E. II.6b und E. II.13a). Die nach Beendigung des Hauptverfahrens geltenden Ausnahmen gemäss § 115 ZPO/ZH sind eng auszulegen; im Zweifel darf auf ein Novum nicht mehr eingetreten werden (FRANK / STRÄULI / MESSMER, Kommentar zur zürcherischen ZPO, 3. Aufl. 1997, N 1 zu § 115 ZPO/ZH m.w.H.).

##### **E. 8.1.2**

In der Beweisantragungsschrift haben die Parteien sämtliche Beweismittel unter genauer Bezugnahme auf den Beweisaufgabebeschluss zu bezeichnen (§ 137 ZPO/ZH). Die Klägerin hat die Beweismittel mit Beweisantragungsschrift vom 10. September 2013 (act. 103) bezeichnet, die Beklagte mit Beweisantragungsschrift vom 11. Juli 2013 bzw. mit Ergänzung vom 7. November 2013 (act. 101 und act. 108).

### **E. 8.1.3**

Nach zürcherischer Zivilprozessordnung ohne Weiteres zulässig ist in der Beweisantragungsschrift die Bezeichnung von Beweismitteln, welche im Hauptverfahren noch nicht genannt wurden (FRANK/STRÄULI/MESSMER, a.a.O., N 1 zu § 137 ZPO/ZH). Bei den vom Kläger in der Beweisantragungsschrift neu einge-reichten und bezeichneten Urkunden (act. 104/2-7) handelt es sich dementspre-chend - entgegen der vom Kläger verwendeten Bezeichnung (act. 103 S. 1) -

- 78 - nicht um Noven im Sinne von § 115 ZPO/ZH. Insoweit die Parteien in ihren Be-weisantragungsschriften zu den bezeichneten Beweismitteln indessen ihre im Hauptverfahren vorgebrachten Argumente wiederholt und zusammengefasst ha-ben, sind diese Behauptungen in Anwendung von § 114 ZPO/ZH unbeachtlich.

### **E. 8.2**

Urkundenbegriff

#### **E. 8.2.1**

Als Beweismittel zu den Beweissätzen I.1., I.3., I.4.1.-2., I.5. und II.7.2. of-feriert die Beklagte in der Beweisantragungsschrift vom 11. Juli 2013 u.a. die "CD zu den Observationsberichten", d.h. die DVD-Videozusammenschnitte der 1. und 2. Ermittlungsphase als "Augenschein" und das Protokoll der Verhandlung vom 6. Juli 2011 als "Zeugnis dazu: Prof. Dr. med. C.\_\_\_\_\_" (act. 101 S. 2, S. 7 f., S. 10, S. 12).

#### **E. 8.2.2**

Bezüglich der DVD-Videozusammenschnitte nennt die Beklagte jeweils unzutreffende Actoren, nämlich das vom Kläger eingereichte Exemplar der DVD-Videozusammenschnitte (act. 4/26-27). Gemäss Verfügung des Instruktionsrich- ters vom 23. Juni 2009 (Prot. S. 8 f.) sind indessen die von der Beklagten einge-reichten und auch visionierten Versionen (act. 20/7-8) massgebend.

#### **E. 8.2.3**

Eine Bildaufnahme zu Beweis Zwecken entspricht nach überwiegender Auffassung dem prozessualen Urkundenbegriff in dem Sinn, dass die Richtigkeit der darin festgehaltenen Wahrnehmung allenfalls durch ein Zeugnis oder durch weitere Beweismittel wie den Augenschein zu ergänzen ist (FRANK / STRÄULI / MESSMER, a.a.O., N 7 zu § 140 ZPO/ZH m.w.H.).

#### **E. 8.2.4**

Die DVD-Videozusammenschnitte (act. 20/7-8) fallen dementsprechend unter den Urkundenbegriff. Beim Protokoll der Verhandlung vom 6. Juli 2011, an- llässlich welcher Prof. Dr. C.\_\_\_\_ u.a. die visionierten DVD- Videozusammenschnitte kommentierte (Prot. S. 23 ff.), handelt es sich ebenfalls um eine Urkunde im Sinne der zürcherischen Zivilprozessordnung. Dementspre- chend wurden diese beiden Beweismittel im Beweisabnahmebeschluss vom 6. März 2014 (act. 110) jeweils unter dem Titel "Urkunden" abgenommen.

- 79 -

### **E. 8.3**

Antrag der Beklagten auf Staffelung der Beweisabnahme Mit Beweisabnahmebeschluss vom 6. März 2014 wurden gestützt auf § 134 Abs. 2 i.V.m. § 140 ZPO/ZH zu den Beweissätzen gemäss Beweisaufgabe- schluss vom 18. Juni 2013 einstweilen die von den Parteien angebotenen Urkun- den als Beweismittel abgenommen (act. 110). Damit erübrigte sich die von der Beklagten beantragte Staffelung der Beweisabnahme (act. 101 S. 13). 9. Hauptbeweissatz I.1.

## **E. 9**

Hauptbeweissatz I.1. 79

### **E. 9.1**

Beweisthema Dem Kläger wurde in Ziff. I.1. des Beweisaufgabebeschlusses vom 18. Juni 2013 der Hauptbeweis dafür auferlegt, dass er beim Unfallereignis vom 11. November 2005 ein zervico-cephales Syndrom bzw. ein cervicales Schmerzsyndrom erlitten hat (act. 99 S. 2). Wie bereits unter III.2.3. ausgeführt, geht es bei den vom Kläger verwendeten Be- griffen zervico-cephales Syndrom bzw. cervicales Schmerzsyndrom um einen durch ein Schleudertrauma der HWS ausgelösten Symptomenkomplex. Beweis- thema von Beweissatz I.1. bildet daher in erster Linie die Frage, ob der Kläger an- lässlich des Unfalls vom 11. November 2005 ein Schleudertrauma der HWS erlit- ten hat.

### **E. 9.2**

Diverse Urkunden

#### **E. 9.2.1**

In dem von beiden Parteien als Beweismittel angerufenen Polizeirapport vom 11. November 2005 wird als Verletzung des Klägers "Rückenschmerzen an rechter Flanke" angegeben (act. 4/3 S. 3), was mit der im Bericht USZ vom 11. November 2005 (act. 4/7) gestellten Diagnose einer Kontusion der rechten Flanke in Einklang steht. Dass im Polizeirapport Verletzungen oder Beschwerden im Bereich von Nacken und Kopf nicht erwähnt werden, spricht gegen den Stand- punkt des Klägers.

- 80 -

#### **E. 9.2.2**

Als Urkundenbeweis angerufen hat der Kläger weiter die Abrechnung be- treffend Totalschaden vom 21. November 2005 (act. 4/5). Aus den dokumentier- ten Beschädigungen am Fahrzeug des Klägers lässt sich indessen von vornhe- rein nicht ableiten, ob und gegebenenfalls welche Verletzungen der Kläger beim Unfall erlitten hat. Die Abrechnung betreffend Totalschaden ist daher nicht geeig- net, um Beweis darüber zu führen, dass er beim Unfall vom 11. November 2005 ein Schleudertrauma der Halswirbelsäule erlitten hat, welches den geltend ge- machten Symptomenkomplex auslöste.

#### **E. 9.2.3**

Was die vom Kläger als Beweismittel offerierte Unfallanalyse der Beklag- ten vom 16. Juni 2006 (act. 4/6) betrifft, so ist festzuhalten, dass der unbestrittene Unfallhergang für sich allein keine Rückschlüsse auf den natürlichen Kausalzu- sammenhang zulässt. Im Übrigen ist auf die nachfolgenden Ausführungen unter III.9.6. zu verweisen.

#### **E. 9.2.4**

Die Beklagte offeriert als Gegenbeweismittel das Formular der SVA Zürich mit dem Titel "Arbeitsbelastbarkeit: Medizinische Beurteilung" (act. 15/6). Das Formular wurde mit Datum vom 1. Dezember 2005 unterzeichnet, Unterschrift und Stempel des Unterzeichnenden sind indessen unleserlich. Abgesehen davon wird die Frage, ob der Kläger anlässlich des Unfalls ein Schleudertrauma der HWS erlitten habe, im Formular nicht thematisiert.

#### **E. 9.2.5**

Die Beklagte offeriert sodann die DVD-Videozuschnitts sowie die Ausführungen von Prof. Dr. C.\_\_\_\_\_ dazu als Gegenbeweismittel (act. 101 S. 3). Prof. Dr. C.\_\_\_\_\_ führte aus, aufgrund der ihm vorliegenden Informationen könne er nicht sagen, wie schwer die Verletzung gewesen sei und wie lange der Kläger Beschwerden gehabt habe (Prot. S. 70). Mit anderen Worten lässt das Observationsmaterial keine Rückschlüsse auf die Vergangenheit zu. Insoweit es um die erste Phase nach dem Unfall bis zum Beginn der Observierungen am 19. Juni 2006 geht, erweisen sich die DVD-Videozuschnitts sowie die Ausführungen von Prof. Dr. C.\_\_\_\_\_ dazu in Bezug auf Beweissatz I.1. als irrelevant.

- 81 -

### **E. 9.3**

Ärztliche Berichte und Gutachten

#### **E. 9.3.1**

Wie bereits ausgeführt, bilden ärztliche Berichte bzw. Gutachten das wichtigste Beweismittel für das Beweisthema des natürlichen Kausalzusammenhanges (ACKERMANN, a.a.O., S. 101). Dabei kommt der medizinischen Erstabklärung grosses Gewicht zu (BGE 134 V 109 E. 9.2 und E. 9.4).

#### **E. 9.3.2**

Der Bericht USZ vom 11. November 2005 erfüllt sämtliche Anforderungen an eine medizinische Erstabklärung im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung. Indessen wurde in diesem Bericht beim Kläger kein Schleudertrauma der HWS diagnostiziert, sondern eine Kontusion der rechten Flanke sowie eine Hyperventilation. Beschwerden im Bereich von HWS und BWS wurden explizit verneint (act. 4/7; vgl. dazu die Ausführungen im rheumatologischen Gutachten act. 67/1 S. 38). Von den im Bericht USZ gestellten Diagnosen wurde im Aktengutachten von Dr. K.\_\_\_\_\_ vom 4. Mai 2006 (act. 4/15 S. 2 f.) sowie im Bericht der Klinik Q.\_\_\_\_\_ vom 26. Februar 2010 (act. 86/41) ausgegangen.

#### **E. 9.3.3**

Wie im Bericht USZ wurde auch im Bericht von Dr. G.\_\_\_\_\_ vom 9. Januar 2006 kein Schleudertrauma der HWS mit Beschwerden in diesem Bereich diagnostiziert, sondern ein Panvertebralsyndrom mit Schwerpunkt im Bereich von BWS und LWS (act. 4/8).

#### **E. 9.3.4**

Dr. G.\_\_\_\_\_ diagnostizierte im Bericht vom 15. Februar 2006 und damit rund drei Monate nach dem Unfall erstmals u.a. ein chronisches Cervical- bzw. Cervicovertebralsyndrom. Zur Ursache führte Dr. G.\_\_\_\_\_ aus, dass die Nackenschmerzen mit Ausstrahlungen in den Kopf und in die Arme seit einem Verkehrsunfall verstärkt beständen. Wann sich

dieser Unfall ereignete, ist dem Bericht nicht zu entnehmen. Der Hinweis auf die Involvierung der Krankenkasse anstatt der Unfallversicherung spricht sodann dagegen, dass Dr. G.\_\_\_\_\_ von einem unfallbedingtem Syndrom ausging (act. 4/14). Der Bericht wird denn auch lediglich von der Beklagten, nicht aber vom Kläger als Beweismittel angerufen.

- 82 -

#### **E. 9.3.5**

In den Berichten des Medizinischen Zentrums H.\_\_\_\_\_ vom 13. Januar 2006 und vom 20. April 2006 werden als Diagnosen Anpassungsstörung und Panvertebralsyndrom angeführt (act. 4/10, act. 4/11), im Bericht vom 14. Februar 2008 kommen "Schulden" hinzu (act. 4/13). Im Bericht vom 17. Mai 2006 wurden das weitere Behandlungsprocedere sowie die erfolgten Arbeitsversuche thematisiert, nicht aber die Diagnosen und Beschwerden (act. 4/12). Die Diagnose eines unfallbedingten Schleudertraumas der HWS wurde in keinem Bericht gestellt und Nackenschmerzen lediglich in den Berichten vom 20. April und vom 17. Mai 2006 erwähnt. Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang, dass die Diagnosen aufgrund von psychotherapeutischen Gesprächen mit dem Kläger gestellt wurden, was dafür spricht, dass seine Angaben keine Hinweise auf ein unfallbedingtes Schleudertrauma der HWS lieferten.

#### **E. 9.3.6**

Im Bericht der L.\_\_\_\_\_ Klinik vom 20. Juni 2006 wurde ausgeführt, es bestehe beim Kläger ein chronisches Zervikalsyndrom im Anschluss an ein indirektes HWS-Trauma am 11.11.2005 (act. 4/16 S. 2). Es ist der erste Bericht, in welchem beim Kläger über sieben Monate nach dem Unfall sinngemäss ein unfallbedingtes Schleudertrauma der HWS diagnostiziert wurde. Diese Diagnose erfolgte offenbar in erster Linie aufgrund der Angaben des Klägers zu Schmerzen und Bewegungseinschränkungen der HWS, während weder die klinische Untersuchung noch das HWS-Röntgen objektivierbare Befunde ergaben. Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang, dass am Vortag der Untersuchung des Klägers in der L.\_\_\_\_\_ Klinik die erste Observationsphase begonnen hatte. Prof. Dr. C.\_\_\_\_\_ konnte bereits zu Beginn der visionierten Videosequenzen vom 19. Juni 2006 keine Hinweise auf gesundheitliche Beeinträchtigungen des Klägers feststellen (Prot. S. 29 ff.).

#### **E. 9.3.7**

Im Austrittsbericht der RehaClinic O.\_\_\_\_\_ vom 3. Januar 2007 wurde neben einem Panvertebralsyndrom, depressiver Entwicklung und Anpassungsstörung die Diagnose eines chronischen cervikalen Schmerzsyndroms bei Status nach Auffahrkollision mit PKW am 11.11.2005 gestellt. Dazu wurde u.a. ausgeführt, der Kläger habe bei Eintritt über persistierende paravertebrale Schmerzen im Bereich der HWS mit Spannungskopfschmerzen geklagt, die er - d.h. der Klä-

- 83 - ger - auf den Autounfall von November 2005 zurückführe. Die ausführlichen Voruntersuchungen mit MRI hätten keinen pathologischen Befund ergeben (act. 4/17). Diese Ausführungen sowie die unzutreffende Annahme einer Auffahrkollision zeigen, dass die über ein Jahr nach dem Unfall gestellte Diagnose in erster Linie auf den Angaben des Klägers beruhte.

#### **E. 9.3.8**

Dr. R.\_\_\_\_\_ diagnostizierte in seinem Bericht vom 31. August 2007 und damit über eineinhalb Jahre nach dem Unfall beim Kläger ein cervico-cephales Syndrom mit Begleitschwindel, Tinnitus und Verdacht auf neuropsychologische Defizite bei Status nach Beschleunigungstrauma der HWS anlässlich des Autounfalls vom 11. November 2005 (act. 4/19), welche Diagnosen im Bericht desselben Arztes vom 4. Juli 2013 im Wesentlichen wiederholt wurden (act. 104/2). Wie bereits ausgeführt, kann auf die teilweise in eklatantem Widerspruch zu den Vorakten stehenden, nicht nachvollziehbaren Berichte von Dr. R.\_\_\_\_\_ nicht abgestellt werden (vgl. III.4.9.3. und III.4.14.2.).

#### **E. 9.3.9**

In den beiden IV-Gutachten wurde u.a. ein cerviko-thorakospondylogenes Syndrom ohne somatisches Korrelat diagnostiziert (act. 67/1 S. 53; act. 67/2 S. 50). Ob die Ursache dieses Syndroms eine Folge des Unfalls vom 11. November 2005 darstellt, geht aus den IV-Gutachten indessen nicht hervor, da diese Frage in den beiden Gutachten nur am Rande thematisiert wurde (vgl. III.6.3.4.b und III.6.4.4.).

#### **E. 9.3.10**

In mehreren zu Hauptbeweissatz I.1. als Beweismittel offerierten Dokumenten wurde weder die Diagnose eines Schleudertraumas der HWS gestellt noch zu den Folgen des Unfalls vom 11. November 2005 Stellung genommen. Dies betrifft den Bericht von Dr. P.\_\_\_\_\_ vom 1. März 2007 (act. 4/18), die Berichte von Dr. phil. S.\_\_\_\_\_ vom 13. Dezember 2007 und vom 7. Februar 2008 (act. 4/20-21) sowie das Ärztliche Zeugnis von Dr. U.\_\_\_\_\_ vom 19. Januar 2009 (act. 4/33).

#### **E. 9.3.11**

Zusammenfassend wurde beim Kläger lediglich in einigen ärztlichen Berichten, welche sieben Monate oder mehr nach dem Unfall vom 11. November 2005 datieren, ein auf den Unfall zurückzuführendes Schleudertrauma der HWS

- 84 - diagnostiziert. Diese Berichte vermögen den Anforderungen an die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Beweis des natürlichen Kausalzusammenhanges bei einem Schleudertrauma der HWS nicht zu genügen (BGE 134 V 109 E. 9.2 und E. 9.4.). Dies gilt umso mehr, als im Bericht USZ, welcher gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung die Erstabklärung und damit die wichtigste Grundlage für die Kausalitätsbeurteilung darstellt, auf ein Schleudertrauma der HWS hinweisende Beschwerden explizit verneint wurden.

#### **E. 9.4**

Zeugen

##### **E. 9.4.1**

Zu Beweissatz I.1. offeriert der Kläger die Einvernahme von fünf Personen als "Zeugen / sachverständige Zeugen zu oberwähnten Urkunden" (act. 103 S. 5).

##### **E. 9.4.2**

Dr.phil. S.\_\_\_\_\_ führte am 31. Oktober 2007 und damit fast zwei Jahre nach dem Unfall eine neuropsychologische Untersuchung mit dem Kläger durch, wobei ihr der Bericht USZ nicht vorlag (act. 4/20 S. 2). Im Gutachten PUK wurden Zweifel an der Richtigkeit der Schlussfolgerungen in ihrem Bericht vom 13. Dezember 2007 geäussert (act. 67/2 S. 67). Abgesehen davon entsprechen die Schlussfolgerungen in ihrem Bericht nur bedingt dem Standpunkt des Klägers (vgl. III.4.10.3.).

#### **E. 9.4.3**

Im Hinblick auf die Gutachtenserstellung der PUK wurden im Zeitraum vom 17. Februar bis zum 29. März 2010 durch oder unter der Leitung der als Zeugin angerufenen Dr. med. BB.\_\_\_\_\_, Psychiatrie und Psychotherapie FMH, vier Gespräche mit dem Kläger geführt (act. 67/2 S. 3, S. 90). Der ebenfalls als Zeuge angerufene Diplom-Psychologen BC.\_\_\_\_\_, führte am 12. März 2010 mit dem Kläger eine neuropsychologische Untersuchung durch (act. 67/2 S. 76 ff.). In jenem Zeitpunkt lag der Unfall bereits über vier Jahre zurück, so dass weder Dr. BB.\_\_\_\_\_ noch BC.\_\_\_\_\_ beweismässig relevante Aussagen dazu machen könnten, ob der Kläger anlässlich dieses Unfalls ein Schleudertrauma der HWS erlitten hat.

- 85 -

#### **E. 9.4.4**

Im Bericht von Dr. med. P.\_\_\_\_\_ vom 1. März 2007 werden Konsultationen des Klägers vom 12. Januar 2007 und vom 27. Februar 2007 erwähnt (act. 4/18). Das erste Datum liegt 14 Monate nach dem Unfall.

#### **E. 9.4.5**

Die Untersuchung durch Dr. med. R.\_\_\_\_\_ fand gemäss seinem Bericht vom 31. August 2007 am 20. August 2007 statt (act. 4/19), in welchem Zeitpunkt der Unfall bereits eineinhalb Jahre zurücklag.

#### **E. 9.4.6**

Wie bereits ausgeführt, bildet eine genügende Erstabklärung gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung die wichtigste Grundlage für die Kausalitätsbeurteilung bei einem Schleudertrauma der HWS. Der Kläger nennt keinen der zahlreichen Ärzte als Zeugen, welche ihn im ersten Jahr, geschweige denn in der ersten Phase nach dem Unfall untersuchten und behandelten. Aufgrund der Aussagen der als Zeugen genannten Personen, welche ihn - wenn überhaupt - zu einem wesentlich späteren Zeitpunkt klinisch untersuchten, könnte der dem Kläger auferlegte Hauptbeweis gemäss Beweissatz I.1. nicht erbracht werden, weshalb die Zeugeneinvernahmen dieser Personen unterbleiben können.

#### **E. 9.5**

Polydisziplinäres / interdisziplinäres Gutachten Weiter beantragt der Kläger zu Beweissatz I.1. eine poly- bzw. interdisziplinäre Begutachtung des Klägers (act. 103 S. 5). Eine über acht Jahre nach dem Unfall durchgeführte polydisziplinäre Begutachtung eignet sich indessen von vornherein nicht zur Klärung der Frage, ob der Kläger anlässlich des Unfalles vom 11. November 2005 ein Schleudertrauma der Halswirbelsäule erlitten hat. Die entsprechende Diagnose kann nicht Jahre nach dem Unfall gestellt werden, sondern dafür haben sich die Gutachter auf die Diagnosen und Einschätzungen aus der ersten Phase nach dem Unfall zu stützen. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung kommt der medizinischen Erstabklärung in dieser Hinsicht eine massgebende Bedeutung zu (BGE 134 V 109 E. 9.2. und E. 9.4.), und diese liefert vorliegend gerade keine Hinweise auf ein Schleudertrauma der HWS (act. 4/7). Da die entscheidende Lücke der fehlenden Diagnose eines Schleudertraumas der HWS in der ersten Phase nach dem Unfall

- 86 - nicht durch eine über acht Jahre später durchgeführte polydisziplinäre Begutachtung ersetzt werden kann, kann in dieser Hinsicht auf die Einholung eines Gutachtens verzichtet werden.

## **E. 9.6**

### Unfalldynamisches und biomechanisches Gutachten

#### **E. 9.6.1**

Als Beweismittel bietet der Kläger zudem ein "unfalldynamisches und biomechanisches Gutachten" an (act. 103 S. 6).

#### **E. 9.6.2**

Der Begriff "unfalldynamisches Gutachten" wird in der Rechtsprechung des Bundesgerichts offenbar als Synonym für ein "unfallanalytisches Gutachten" verwendet (vgl. Urteile des Bundesgerichts 4A\_540/2010 vom 8. Februar 2011 E. 1.3.2 f. und 8C\_933/2011 vom 9. Mai 2012 E. 6.1). Ein unfallanalytisches Gutachten hat zum Ziel, die Belastungen und Bewegungen zu rekonstruieren, welche auf die betroffenen Fahrzeuge gewirkt haben. Insbesondere geht es darum, die Kollisionsgeschwindigkeiten der Unfallfahrzeuge bzw. ihre kollisionsbedingte Geschwindigkeitsänderung ( $\Delta v$ ) zu ermitteln (BERGER, Unfallanalytik und Biomechanik - beweisrechtliche Bedeutung, in: SJZ 102 [2006], S. 26). Vorliegend wurden diese Werte mit Unfallanalyse der Beklagten vom 16. Juni 2006 ermittelt (act. 4/6). Der Unfallhergang einschliesslich der in der Unfallanalyse ermittelten  $\Delta v$ -Werte ist unbestritten (Kläger: act. 1 Rz. 4 ff. und act. 85 zu 6. S. 5, zu 24. S. 31; Beklagte: act. 14 Rz. 4 ff.; act. 89 Rz. 6, Rz. 25; act. 101 S. 13). Beide Parteien offerieren diese Unfallanalyse denn auch als Beweismittel. Über Unbestrittenes ist nicht Beweis zu führen, weshalb die Einholung eines unfalldynamischen bzw. unfallanalytischen Gutachtens vorliegend ausser Betracht fällt.

#### **E. 9.6.3**

Die biomechanische Begutachtung durch einen Mediziner verbindet die Erkenntnisse der unfallanalytischen Beurteilung mit den spezifischen Umständen, insbesondere dem Zustand der im Fahrzeug befindlichen Person und deren Sitzposition, und gibt Auskunft darüber, wie sich das Kollisionsereignis konkret auf die beteiligte Person ausgewirkt hat. Für die Beurteilung von Bedeutung ist die Art und Schwere des Unfalls, d.h. die Frage, ob die erlittene Gewalteinwirkung geeignet war, die anschliessend beschriebene Gesundheitsschädigung zu verursa-

- 87 - chen. Liegen medizinische und unfallanalytische Berichte vor, kann der Biomechaniker in vielen Fällen die Kausalität der initial festgestellten Primärbefunde beurteilen (BERGER, a.a.O., S. 26 ff.). Die Beantwortung der Frage, ob ein Unfall als leicht, mittelschwer oder schwer einzustufen ist, dient namentlich in der sozialversicherungsrechtlichen Rechtsprechung in erster Linie zur Beurteilung des adäquaten Kausalzusammenhangs. Bei Auffahrunfällen wird bei einer kollisionsbedingten Geschwindigkeitsänderung des angestossenen Fahrzeugs von weniger als 10 km/h überwiegend von einem leichten Unfall ausgegangen und dementsprechend die Adäquanz verneint (vgl. dazu LANDOLT, in: Zürcher Kommentar zu Art. 46 OR; 3. Aufl. 2007, S. 250 f. m.w.H.; BERGER, a.a.O., S. 29 f. m.w.H.; Urteil des Bundesgerichts 8C\_207/2011 vom 26. Juli 2011 E. 5). Im Rahmen der Ermittlung der natürlichen Kausalität können in haftpflichtrechtlichen Fällen unfalldynamische und biomechanische Gutachten mitberücksichtigt werden (Urteile des Bundesgerichts 4A\_540/2010 vom 8. Februar 2011 E. 1.3.2 sowie 8C\_933/2011 vom 9. Mai 2012 E. 6.1). Gemäss Unfallanalyse vom 16. Juni 2006 touchierte das Fahrzeug von E. \_\_\_\_\_ zunächst die linke Heckseite des Fahrzeugs des Klägers, was an der Position Fahrersitz des Klägers zu einer kollisionsbedingten

Geschwindigkeitsänderung von 10 bis 15 km/h und zu einer Bewegung des Klägers relativ zum Fahrzeug nach vorne links führte. Daraufhin erfolgte eine Kollision der rechten Heckseite des Fahrzeugs des Klägers mit dem Signalständer und der Verkehrsregelanlage, wobei die kollisionsbedingte Geschwindigkeitsänderung an der Position Fahrersitz 12 bis 24 km/h betrug und zu einer Bewegung des Klägers nach hinten rechts führte (act. 4/6 S. 1 ff.). Vorliegend handelt es sich somit nicht um eine Auffahrkollision, sondern um zwei seitliche Kollisionen ins Heck des klägerischen Fahrzeugs mit daraus resultierenden Seitwärtsbewegungen des Klägers. Als initiale Beschwerden wurde sodann kein Schleudertrauma der HWS mit dem dazu gehörenden Beschwerdekomples diagnostiziert, sondern eine Prellung der rechten Flanke, was sich ohne Weiteres mit den seitlich erfolgten Kollisionen in Einklang bringen lässt. Dies lässt den Schluss zu, dass der Kläger aus einem biomechanischen Gutachten nichts für seinen Standpunkt ableiten könnte. Abgesehen davon könnte die natürliche Kausalität gestützt auf ein biomechanisches Gutachten allein ohnehin nicht erstellt werden, sondern in dieser Hinsicht lediglich mitberücksichtigt werden. Auf die Einholung eines biomechanischen Gutachtens kann daher verzichtet werden.

#### **E. 9.7**

Parteibefragung bzw. Beweisaussage des Klägers Der Kläger beantragt schliesslich eine Parteibefragung bzw. Beweisaussage. Mit einer Parteiaussage kann der natürliche Kausalzusammenhang der gesundheitlichen Beeinträchtigung als Folge eines Unfalls indessen nicht bewiesen werden. Abgesehen vom bestehenden Eigeninteresse zeigt die Erfahrung, dass Unfälle mit zeitlicher Distanz zum Geschehen immer eindrücklicher geschildert werden (ACKERMANN, a.a.O., S. 113). Hinzu kommt, dass der Kläger als medizinischer Laie ohnehin nicht beurteilen kann, ob er anlässlich des Unfalls ein Schleudertrauma der HWS erlitten hat. Eine Parteibefragung bzw. eine Beweisaussage des Klägers vermöchte am Beweisergebnis nichts zu ändern und kann daher unterbleiben.

#### **E. 9.8**

Fazit Eine Würdigung der bereits abgenommenen Beweismittel führt zum Ergebnis, dass der dem Kläger auferlegte Hauptbeweis I.1. misslingt. Eine Abnahme der weiteren von den Parteien angebotenen Beweismittel würde an diesem Ergebnis nichts ändern. 10. Hauptbeweissätze I.2. und I.3. / Gegenbeweissätze II.7. und II.8.

#### **E. 10**

Hauptbeweissätze I.2. und I.3. / Gegenbeweissätze II.7. und II.8. 88

#### **E. 10.1**

Beweisthema

##### **E. 10.1.1**

Dem Kläger wurde in Ziff. I.2. des Beweisaufgabebeschlusses vom 18. Juni 2013 der Hauptbeweis dafür auferlegt, dass er seit dem Unfallereignis vom 11. November 2005 an den von ihm behaupteten Beschwerden leidet (act. 99 S. 2). Gemäss seinen Behauptungen in der Klageschrift und in der Replik sind dies Nackenschmerzen, Kopfschmerzen, Angstzustände und rasche Ermüdbarkeit bei konzentrativer Tätigkeit. In Ziff. I.3. des Beweisaufgabebeschlusses

- 89 - wurde dem Kläger der Hauptbeweis dafür auferlegt, dass die genannten Beschwerden eine Folge des Unfallereignisses vom 11. November 2005 sind (act. 99 S. 2).

### **E. 10.1.2**

In Ziff. II. des Beweisaufgabebeschlusses wurde das aus Art. 8 ZGB flies- sende Recht der Beklagten zum Gegenbeweis festgehalten, welches ihr auch oh- ne konkrete Erwähnung offen steht (act. 99 S. 3; vgl. FRANK / STRÄULI / MESSMER, a.a.O., vor § 133 ff. N 4 ZPO/ZH). Zu Hauptbeweissatz I.2. steht der Beklagten gemäss ihren Behauptungen in der Klageantwort und in der Duplik der Gegenbe- weis insbesondere dafür offen, dass der Kläger seit September 2004 an Schmer- zen am ganzen Körper gelitten hat bzw. gegebenenfalls noch leidet (Gegenbe- weissatz II.7.1.) sowie dass der Kläger seit 1998 an psychischen Problemen bzw. an Depressionen leidet (Gegenbeweissatz II.7.2.). Sodann steht der Beklagten gemäss ihren Behauptungen in ihren Rechtschriften zu Hauptbeweissatz I.3. der Gegenbeweis insbesondere dafür offen, dass allfällige Beschwerden des Klägers nach dem 11. November 2005 auf die Trennung von seiner Familie bzw. auf die Scheidung von seiner Ehefrau zurückzuführen sind (Gegenbeweissatz II.8.1.).

### **E. 10.2**

Antrag auf Ergänzung von Hauptbeweissatz I.2.

#### **E. 10.2.1**

In der Beweisantrittungsschrift vom 10. September 2013 bringt der Klä- ger vor, er habe in der Klageschrift auch psychophysische Störungen behauptet. Er beantragt, die in Beweissatz I.2. genannten Beschwerden um "psychische / psychophysische Beschwerden" zu ergänzen (act. 103 S. 2, S. 6.). Nach der Umschreibung der konkreten Beschwerden, welche Eingang in den Be- weisaufgabebeschluss fanden, hält der Kläger in der Klageschrift dafür, es treffe zu, dass sich die Beschwerden und die Arbeitsunfähigkeit aus rein somatischer Sicht nicht vollständig erklären liessen. Der Unfall habe aber psychophysische Störungen ausgelöst, welche nach wie vor existent seien (act. 1 Rz. 24). Die Parteien haben ihre Behauptungen im Hauptverfahren bestimmt und vollstän- dig aufzustellen und sich im Einzelnen über die Vorbringen des Gegners auszu- sprechen (§ 113 i.V.m. § 54 Abs. 1 ZPO/ZH). Für das Gericht und die Gegenpar-

- 90 - tei muss klar sein, mit welchen konkreten Behauptungen sie sich auseinanderzu- setzen haben. Behauptungen sind so konkret aufzustellen, dass sie ohne Weite- res als Beweissatz in den Beweisaufgabebeschluss aufgenommen werden kön- nen. Daher kann sich eine Partei nicht mit allgemeinen Behauptungen begnügen, in der Meinung, die Begründung ihres Prozessstandpunkts werde sich aus dem Beweisverfahren ergeben, denn die Durchführung eines solchen setzt entspre- chende Behauptungen des Beweisführers voraus (vgl. ZR 102 [2003] Nr. 15 E. 2.1 S. 68; BGE 127 III 365 E. 2b m.w.H.; FRANK / STRÄULI / MESSMER, a.a.O., N 3 ff. zu § 113 ZPO/ZH). Zunächst ist festzuhalten, dass der vom Kläger in der Klageschrift verwendete Begriff "psychophysische Störungen" nicht mit dem Begriff " psychische / psy- chophysische Beschwerden " übereinstimmt, um welchen er die Ergänzung des Beweissatzes beantragt. Nachdem die im Hauptverfahren vorgebrachten Tatsa- chenbehauptungen des Klägers die Grundlage für die Beweisthemen gemäss Beweisaufgabebeschluss bilden (vgl. § 133 i.V.m. § 136 Abs. 1 Ziff. 1. ZPO/ZH), ist sein Antrag bereits deshalb abzuweisen, weil er entgegen seiner Darstellung im Hauptverfahren keine entsprechende Behauptung vorbrachte. Abgesehen da- von ist nicht nachvollziehbar, was der Kläger mit dem Begriff "psychische / psy- chophysische

Beschwerden" zum Ausdruck bringen will, worauf die Beklagte zu- treffend hinweist (act. 108 S. 2). Weder liefert der Kläger eine Definition noch ist eine solche allgemein bekannt. Der genannte Begriff erwiese sich daher selbst bei Vorliegen der entsprechenden Behauptung zum vornherein als zu unklar und un- bestimmt, um in einen Beweissatz aufgenommen werden zu können.

#### **E. 10.2.2**

Des Weiteren macht der Kläger in der Beweisantragungsschrift geltend, er habe die im Gutachten PUK vom 31. Mai 2010 dargelegte leichte bis mittlere Depression sowie ein Schmerzsyndrom behauptet. Das dem Handelsgericht am 4. Mai 2011 eingereichte Gutachten sei erst aus den IV-Abklärungen hervorge- gangen und habe ein Novum gebildet. Die im Gutachten dokumentierten Be- schwerden seien daher ebenfalls in den Beweisbeschluss aufzunehmen. Konkret beantragt der Kläger, die in Beweissatz I.2. genannten Beschwerden um "leichte

- 91 - depressive Episode", "somatoforme Schmerzstörung" sowie "Anpassungsstö- rung" zu ergänzen (act. 103 S. 3, S. 6.). Festzuhalten ist, dass es sich bei dem bereits mit Eingabe vom 4. Mai 2011 (act. 66) und damit vor dem zweiten Schriftenwechsel eingereichten Gutachten PUK (act. 67/2) um kein Novum handelt, gestützt auf welches neue Tatsachenbe- hauptungen im Sinne von § 115 ZPO/ZH geltend gemacht werden könnten (vgl. dazu vorstehend III.8.1.1.). Hinzu kommt, dass der Kläger den Inhalt des Gutach- tens in der Replik vom 1. März 2012 zwar selektiv zusammenfasst, ohne aber zu behaupten, dass er seit dem Unfall an den vorstehend genannten Beschwerden leiden würde (act. 85 S. 25-31). Das blosses Zusammenfassen von ärztlichen Be- richten oder Gutachten kann nicht mit der Behauptung von Beschwerden gleich- gesetzt werden. Dies erhellt schon daraus, dass die im Hauptverfahren einge- reichten Rechtsschriften des Klägers über weite Strecken eine Zusammenfassung von ärztlichen Berichten enthalten, und zwar auch von solchen, die zumindest teilweise gegen seinen Prozessstandpunkt sprechen. Hinzu kommt, dass die Be- schwerden, deren frühere Behauptung der Kläger in der Beweisantragungsschrift geltend macht, nicht mit denjenigen übereinstimmen, welche er in den Beweissatz aufgenommen haben will. Sodann geht aus dem Gutachten PUK nicht hervor, dass die in der Beweisantragungsschrift neu behaupteten Beschwerden seit dem Unfall vom 11. November 2005 bestehen würden, sondern es handelt sich bei der "somatoformen Schmerzstörung" und der "gegenwärtig leichtgradig depressiven Episode" um einen Teil der im Zeitpunkt der Begutachtung (31. Mai 2010) gestell- ten Diagnosen. Dass die behaupteten Beschwerden nicht aus den im Gutachten gestellten Diagnosen abgeleitet werden können, zeigt sich auch daran, dass der Kläger die von den Gutachtern ebenfalls gestellte Diagnose "Störungen durch Tabak, schädlicher Gebrauch" (act. 67/2 S. 49 f.) nicht in den Beschwerdekatalog aufgenommen haben will. Dafür nennt er in der Beweisantragungsschrift neu als eine seit dem Unfall bis heute andauernde Beschwerde die Anpassungsstörung, welche nach Auffassung der Gutachter aber nur bis ca. ein Jahr nach dem Unfall gedauert habe und dementsprechend keinen Eingang in die am 31. Mai 2010 ge- stellten Diagnosen fand (act. 67/2 S. 63).

- 92 -

#### **E. 10.2.3**

Der Antrag des Klägers, Hauptbeweissatz I.2. um weitere Beschwerden zu ergänzen, ist aus diesen Gründen abzuweisen. Dementsprechend erübrigt es sich, an dieser Stelle auf die von

der Beklagten dazu offerierten Gegenbeweise einzugehen (act. 108 S. 2-4).

### **E. 10.3**

Diverse Urkunden

#### **E. 10.3.1**

In Bezug auf den von beiden Parteien als Beweismittel angerufenen Polizeirapport vom 11. November 2005, in welchem als Verletzung des Klägers "Rückenschmerzen an rechter Flanke" angegeben werden (act. 4/3 S. 3), kann auf das unter III.9.2.1. Ausgeführte verwiesen werden.

#### **E. 10.3.2**

In dem vom Kläger als Beweismittel offerierten Strafbefehl in Sachen E.\_\_\_\_\_ vom 28. Juli 2006 wurde u.a. ausgeführt, durch die Kollision anlässlich des Unfalls vom 11. November 2005 habe der Kläger eine paravertebrale Druckdolenz beidseitig der Brustwirbelsäule und der Lendenwirbelsäule sowie eine Provokation des Beckens erlitten (act. 4/4 S. 3). Von dem vom Kläger behaupteten und in Beweissatz I.2. aufgenommenen Beschwerden ist hingegen keine Rede, so dass der Kläger daraus nichts für seinen Standpunkt ableiten kann.

#### **E. 10.3.3**

Weiter werden als Urkundenbeweise u.a. die Abrechnung betreffend Totalschaden vom 21. November 2005 (act. 4/5) und die Unfallanalyse der Beklagten vom 16. Juni 2006 (act. 4/6) angeboten. Diese Beweismittel sind nicht direkt geeignet, um über allfällige auf den Unfall zurückzuführende Beschwerden des Klägers Beweis zu führen (vgl. dazu III.9.2.2. f.).

#### **E. 10.3.4**

Die Beklagte offeriert als Gegenbeweismittel zu den Beweissätzen I.2. und I.3. das Urteil des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich vom 24. Juni 2009 (act. 86/42). Nachdem die Beschwerde des Klägers mit diesem Urteil gutgeheissen wurde mit der Begründung, es lasse sich anhand der Akten nicht abschliessend beurteilen, ob die Rentenleistungen zu Recht rückwirkend per November 2006 eingestellt worden seien (act. 86/42 S. 17 ff.), war das Verfahren mit dieser Entscheidung noch nicht abgeschlossen, so dass sich daraus weder für noch gegen den Standpunkt des Klägers etwas ableiten lässt. Aber auch aus dem

- 93 - als Gegenbeweismittel zu Beweissatz I.2. offerierten Endentscheid im IV-Verfahren, dem Urteil des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich vom 4. Juni 2013, mit welchem die Beschwerde des Klägers in Bezug auf die Rückforderung von CHF 14'037.50 gutgeheissen und der Prozess im Übrigen als durch Rückzug der Beschwerde erledigt abgeschrieben wurde (act. 104/7 S. 3), können in Bezug auf Beweissatz I.2. keine Rückschlüsse gezogen werden.

### **E. 10.4**

Relevante Urkunden zu den Beweissätzen I.2.1.-2. und I.3. (Nacken- und Kopfschmerzen)

#### **E. 10.4.1**

Typische Beschwerden und Normalverlauf nach HWS-Schleudertrauma a) Wie bereits ausgeführt (vgl. III.3.3.), ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung der Normalverlauf

bei HWS-Schleuderverletzungen durch eine initiale Symptomatik mit schmerzhafter Bewegungshemmung im Nacken-/Kopf- bereich und Begleiterscheinungen wie Schwindel geprägt. Nur ausnahmsweise zeigen einzelne Patienten nachhaltig fortdauernde Beschwerden (BGE 119 V 335 E. 2a m.w.H.). In diesem Sinne äusserte sich auch Prof. Dr. C.\_\_\_\_\_ anlässlich der Visionierung des Observationsmaterials. Seinen Ausführungen ist im Wesentlichen zu entnehmen, dass es sich sowohl bei Einschränkungen der Kopfbeweglichkeit, welche einen Hinweis auf Nackenschmerzen liefern, als auch bei Schwindel um Leitsymptome im Zusammenhang mit Schleuderverletzungen der HWS handle. Bei einem Unfall sei der natürliche Verlauf so, dass sich die Beschwerden nach einem Trauma mit der Zeit bessern würden, wobei sich mehr oder weniger alle Beschwerden parallel besserten. Bei einem Grossteil der Patienten bessere sich die Einschränkung der Kopfbeweglichkeit erfahrungsgemäss innerhalb weniger Tage bis höchstens ein paar Wochen. Wenn die Symptome und Befunde mit der Zeit schlechter würden, habe dies in der Regel andere Gründe als den Unfall (Prot. S. 28, S. 46, S. 50 und S. 69). b) Zur Anwendbarkeit der sogenannten "Schleudertrauma-Praxis" wird gemäss Bundesgericht zwar nicht vorausgesetzt, dass innert der massgeblichen La-

- 94 - tenzzeit von 24 bis höchstens 72 Stunden nach dem Ereignis sämtliche der zum sogenannten typischen Beschwerdebild dieser Verletzung gehörenden Symptome aufgetreten sind, jedoch müssen sich innert dieser Latenzzeit zumindest HWS- oder Nackenbeschwerden manifestiert haben (Urteile des Bundesgerichts 8C\_574/2009 vom 9. Dezember 2009 E. 5.3.1. sowie 8C\_1021/2009 vom 3. November 2010 E. 5.2). c) Dementsprechend stellt eine lange Latenzzeit bis zur Dokumentation der Beschwerden ein gewichtiges Indiz für die fehlende Unfallkausalität dar. Weiter spricht es gegen das Bestehen von Beschwerden, wenn sie nicht dokumentiert worden sind. Fehlt die echtzeitliche Dokumentation mittels einfacher Arztberichte, kann dies zudem die später erfolgten Einschätzungen anderer Ärzte in Frage stellen, da sie auf falschen Annahmen beruhen resp. die Basis der entsprechenden Annahme nicht erstellt ist. Insbesondere etwa bei Schleudertraumen sind einfache Arztberichte wichtig, damit die Vermutungsbasis für das Bestehen der natürlichen Kausalität gegeben ist (ACKERMANN, a.a.O., S. 107 f. m.w.H.).

#### **E. 10.4.2**

Dokumentation der Beschwerden a) Gemäss Bericht USZ vom 11. November 2005 (act. 4/7) wurde beim Kläger nach der Spitaleinlieferung unmittelbar nach dem Unfall eine Kontusion der rechten Flanke sowie eine Hyperventilation diagnostiziert. Von den gemäss Bundesgerichtlicher Rechtsprechung zum typischen Beschwerdebild nach Schleudertrauma der HWS gehörenden Beschwerden wurden im Zeitpunkt der innerhalb der Latenzzeit stattfindenden Erstabklärung einzig leichte Kopfschmerzen erwähnt (vgl. dazu auch die Ausführungen zum Bericht USZ im rheumatologischen Gutachten, act. 67/1 S. 38). Der Kläger behauptet denn auch nicht, in jenem Zeitpunkt Schmerzen im Bereich von Halswirbelsäule und Nacken verspürt zu haben, sondern vermutet, dass aufgrund der Flankenschmerzen "HWS-Beschwerden unmittelbar nach dem Unfall unter Umständen larviert blieben" (act. 85 zu 17. S. 19). b) Der chronologisch nächste Arztbericht stammt vom damaligen Hausarzt Dr. G.\_\_\_\_\_ und datiert vom 9. Januar 2006, d.h. erst rund zwei Monate nach

- 95 - dem Unfall (act. 4/8). Das Datum der Erstuntersuchung geht aus dem Bericht nicht hervor. Als Diagnosen wurden neben Kopfschmerzen und Schlafstörung ein

Panvertebralsyndrom, d.h. Schmerzen an der gesamten Wirbelsäule von der Hals- über die Brust- bis zur Lendenwirbelsäule, genannt. Paravertebrale Druck- dolenz sowie Myogelosen, d.h. Muskelhartspann, wurden indessen nicht im Bereich der HWS, sondern lediglich im Bereich von Brust- und Lendenwirbelsäule festgestellt. c) Im Bericht des Medizinischen Zentrums H.\_\_\_\_\_ vom 13. Januar 2006 und damit ebenfalls rund zwei Monate nach dem Unfall wurden als schmerzhafte Beschwerden Kopf- und Rückenschmerzen angeführt (act. 4/10). Erst über drei Monate später, im zweiten Bericht vom 20. April 2006 (act. 4/11) sowie im Bericht vom 17. Mai 2006 (act. 4/12), wurden als zusätzliche schmerzhafte Beschwerden Nackenschmerzen genannt. Im Bericht vom 14. Februar 2008 ist wiederum nur von Kopf- und Rückenschmerzen die Rede (act. 4/13). d) Gegen den Standpunkt des Klägers in Bezug auf unfallkausale Nacken- und Kopfschmerzen spricht sodann das von der Beklagten als Beweismittel ange- rufene Aktengutachten von Dr. K.\_\_\_\_\_ vom 4. Mai 2006 (act. 4/15). e) Im Widerspruch zu den früheren Berichten stehen die Ausführungen im Bericht der L.\_\_\_\_\_ Klinik vom 20. Juni 2006 zur Anamnese, wonach der Kläger wenige Tage nach dem Unfall vom 11. November 2005 erstmalig zervikale Schmerzen verspürt habe, welche sich bis heute auf einem relativ hohen Niveau gehalten hätten. Kopfschmerzen wurden in diesem Bericht nicht erwähnt (act. 4/16). f) Im Austrittsbericht der RehaClinic O.\_\_\_\_\_ vom 3. Januar 2007 wurde ausgeführt, der Kläger habe sich bei einem Verkehrsunfall am 11. November 2005 ein HWS-Distorsionstrauma mit folgendem chronischem cervikalem Schmerzsyndrom zugezogen. Bei Eintritt habe er über persistierende paraverteb- rale Schmerzen im Bereich der HWS mit Spannungskopfschmerzen geklagt, die er auf jenen Autounfall zurückführe. Die ausführlichen Voruntersuchungen mit MRI hätten keinen pathologischen Befund ergeben (act. 4/17 S. 1).

- 96 - g) Dr. P.\_\_\_\_\_ hielt im Bericht vom 1. März 2007 fest, es bestehe eine links- betonte ausgeprägte Druckdolenz der Muskulatur paracervical, Trapezius und Le- vator scapulae, mit Projektion der Schmerzen daselbst bei Bewegungen. Kopf- schmerzen wurden nicht erwähnt (act. 4/18 S. 1). h) Dr. R.\_\_\_\_\_ diagnostizierte im Bericht vom 31. August 2007 ein cervico- cephalen Syndrom (act. 4/19) und im Bericht vom 4. Juli 2013 ein chronisches, posttraumatisches cervico- chephales Schmerzsyndrom. Bereits unmittelbar an- schliessend an den Unfall im November 2005 seien Nacken- und Kopfschmerzen sowie Schwankschwindel aufgetreten (act. 104/2). i) Gemäss Bericht von Dr. phil. S.\_\_\_\_\_ habe der Kläger anlässlich der neu- ropsychologischen Untersuchung vom 31. Oktober 2007 über Nacken- und Schul- terverspannungen bzw. -schmerzen, Kopfschmerzen und Schwindelbeschwerden geklagt (act. 4/20 S. 5). j) In Bezug auf Beweissatz I.2.1.-2. und I.3. als nichtssagend erweist sich sodann die unbegründete Bescheinigung über die Arbeitsunfähigkeiten des Klä- gers von Dr. U.\_\_\_\_\_ vom 19. Januar 2009 (act. 4/33). k) Im Bericht der Klinik Q.\_\_\_\_\_ vom 26. Februar 2010 wurden einzig Na- cken- schmerzen erwähnt (act. 86/41). l) Im rheumatologischen Gutachten vom 27. April 2010 wurde ein cervico- thorakospondylogenes Syndrom beidseits ohne somatisches Korrelat diagnosti- ziert, indessen ohne Auswirkungen auf die Arbeitsfähigkeit des Klägers (act. 67/1 S. 53). m) Im Gutachten PUK vom 31. Mai 2010 wurden die Diagnosen aus dem rheumatologischen Gutachten wiederholt und zudem u.a. eine somatoforme Schmerzstörung diagnostiziert, welche seit Frühjahr 2006 vorliege (act. 67/2 S. 49 f., S. 53 ff., S. 63 f.). Der Kläger gab anlässlich der Gespräche mit den PUK- Gutachtern an, aktuell u.a. unter Rücken-, Nacken- und Kopfschmerzen zu leiden (act. 67/2 S. 39, S. 43, S. 56).

### **E. 10.4.3**

Innerhalb der Latenzzeit dokumentierte Beschwerden a) Die Beklagte vertritt den Standpunkt, dass die angeblichen Schmerzen erst Wochen nach dem Unfall aufgetreten seien, jedenfalls nicht innerhalb von 72 Stunden, und deshalb mit dem Unfall vom 11. November 2005 nichts zu tun hätten (act. 14 Rz. 17; vgl. auch act. 89 Rz. 25). b) Der Beklagten ist darin beizupflichten, dass der genaue Zeitpunkt des Auftretens von Schmerzen im Bereich der HWS vom Kläger weder behauptet wurde noch dokumentiert ist. Namentlich sind innert der Latenzzeit keine Beschwerden aktenmässig dokumentiert, welche auf ein am 11. November 2005 erlittenes HWS-Schleudertrauma hinweisen würden. Nachdem der Kläger Beschwerden im Bereich der HWS anlässlich der unmittelbar nach dem Unfall stattfindenden Untersuchung im USZ explizit verneinte (act. 4/7), ergaben sich in jenem Zeitpunkt gerade keine Verdachtsmomente, welche für das Vorliegen von Beschwerden gesprochen hätten, wie sie nach einer Schleuderverletzung der HWS typischerweise auftreten können. Die vom Kläger genannten leichten Kopfschmerzen stellen eine mehrheitlich auch ohne Vorliegen eines Unfalls auftretende Beschwerde dar, welche nur bei einer Häufung von typischen Beschwerden mit einem HWS-Schleudertrauma in Verbindung gebracht werden können. c) Auf die Angabe des Klägers im Bericht der L. \_\_\_\_\_ Klinik, welcher vom 20. Juni 2006 und damit über sieben Monate nach dem Unfall datiert (act. 4/16), wonach er wenige Tage nach dem Unfall erstmals zervikale Schmerzen verspürt habe, kann schon deshalb nicht abgestellt werden, weil diese Angabe den früheren Berichten widerspricht. Abgesehen davon ist die Angabe "wenige Tage" zu unbestimmt, um ein Auftreten der Beschwerden innerhalb der Latenzzeit in Betracht ziehen zu können. d) Ebenfalls nicht abgestellt werden kann auf die in eklatantem Widerspruch insbesondere zum Bericht USZ stehende Angabe im Bericht von Dr. R. \_\_\_\_\_ vom 4. Juli 2013, wonach unmittelbar anschliessend an den Unfall Nacken- und Kopfschmerzen sowie Schwankschwindel aufgetreten seien (act. 104/2).

### **E. 10.4.4**

Fazit a) Eine Analyse der als Beweismittel offerierten Arztberichte und IV-Gutachten zeigt eigentliche Brüche zwischen den initial und im weiteren Verlauf vom Kläger angegebenen Schmerzen. So wurden die gemäss Bericht USZ unmittelbar im Anschluss an den Unfall aufgetretenen Flankenschmerzen in der Folge nie mehr thematisiert. Nackenschmerzen - eines der Leitsymptome bei HWS-Schleuderverletzungen - waren in den Berichten, welche vom ersten halben Jahr nach dem Unfall datieren, noch kein Thema (act. 4/7-10). Erst in den nachfolgenden Berichten rücken Nackenschmerzen in den Fokus. Kopfschmerzen wurden zwar von Anfang an, aber keineswegs durchgehend dokumentiert (vgl. etwa act. 4/16, act. 4/18, act. 86/41). b) Nur nebenbei bemerkt wird Schwindel - ein weiteres Leitsymptom bei HWS-Schleudertrauma - im Bericht von Dr. R. \_\_\_\_\_ vom 31. August 2007 (act. 4/19) erstmals erwähnt, während Schwindel in den Berichten des Zentrums H. \_\_\_\_\_ ab dem 13. Januar 2006 (act. 4/10 ff.) noch explizit verneint wurde. Dass der Kläger nach dem Unfall an Schwindel gelitten hätte bzw. noch leiden würde, wurde von ihm im Rahmen des Hauptverfahrens aber ohnehin nicht behauptet. c) Dass der Kläger gemäss Beweissatz I.2.1.-2. seit dem Unfall durchgehend an Nacken- und Kopfschmerzen leidet, könnte mit den bereits als Beweismittel abgenommenen Urkunden

nicht bewiesen werden. Während das Leitsymptom Nackenschmerzen erst zu einem Zeitpunkt weit ausserhalb der Latenzzeit dokumentiert wurde, stellen Kopfschmerzen als singuläre Beschwerde kein typisches Symptom nach einem Schleudertrauma der HWS dar. Dementsprechend würde der Beweis der Unfallkausalität allfälliger Kopf- und Nackenschmerzen gemäss Beweissatz I.3. gestützt auf die vorliegenden Urkunden misslingen.

- 99 -

## **E. 10.5**

Relevante Urkunden zu den Beweissätzen I.2.3. und I.3. (Angstzustände)

### **E. 10.5.1**

Dokumentation der Angstzustände a) Die vom Kläger vorgebrachten Angstzustände beim Autofahren (act. 1 Rz. 23 f. S. 10 und Rz. 31 S. 15 f.) hält die Beklagte unter Hinweis auf das an sie gerichtete Schreiben des damaligen Rechtsvertreters des Klägers vom 6. Dezember 2005 für eine nachgeschobene Behauptung (act. 14 Rz. 12, vgl. auch Rz. 24c sowie act. 89 Rz. 12, Rz. 48 S. 44). In diesem Schreiben hielt Rechtsanwalt Dr. X2.\_\_\_\_\_ im Wesentlichen fest, dass der Kläger beim Unfall vom 11. November 2005 ein Schleudertrauma der HWS erlitten habe und seither arbeitsunfähig sei. Dieser sollte nach Auffassung von Dr. X2.\_\_\_\_\_ die Möglichkeit haben, sich sofort mit der Anschaffung eines neuen Taxi-Fahrzeuges zu befassen. Dr. X2.\_\_\_\_\_ schlug der Beklagten unter Hinweis auf die im Taxigewerbe umsatzstärksten Monate November und Dezember vor, dem Kläger sofort eine Zahlung Akonto Gesamtschaden in der Höhe von CHF 40'000.00 zu leisten, denn es sei absolut vordringlich, dass dieser möglichst bald - wenn auch eingeschränkt - wieder zu arbeiten beginne. Dazu müssten aber die nötigen Mittel vorhanden sein. Ohne solche drohe die Gefahr, dass der Kläger aus finanziellen Sorgen um seine Zukunft - zusätzlich zu den ihn belastenden Beschwerden infolge Schleudertraumas der HWS - auch psychische Probleme bekomme. Einem solchen verhängnisvollen Verlauf solle von Anfang an entgegengewirkt werden, damit dieser überhaupt nicht entstehen könne (act. 90/13). Dass Dr. X2.\_\_\_\_\_ das genannte Schreiben an die Beklagte richtete, wird vom Kläger nicht bestritten (act. 85 zu 12. S. 12, zu 24c S. 33). Der Beklagten ist darin beizupflichten, dass das Bemühen um eine rasche Wiederanschaffung eines neuen Fahrzeuges im Widerspruch zu den vom Kläger geltend gemachten Angstzuständen steht. Zudem zeigt der Hinweis auf die Gefahr, zusätzlich psychische Probleme zu bekommen, dass die Angstzustände beim Autofahren drei Wochen nach dem Unfall noch kein Thema gewesen sein konnten. b) Im Bericht von Dr. G.\_\_\_\_\_ vom 9. Januar 2006 und damit rund zwei Monate nach dem Unfall wurde zur Frage der Arbeitsunfähigkeit in der Tätigkeit als - 100 - Taxifahrer wörtlich ausgeführt: "AUF 100 % ab 11.11.2005, Patient ist bisher erst einmal Auto gefahren (Angstzustände)" (act. 4/8-9). c) Auch in den Berichten des Medizinischen Zentrums H.\_\_\_\_\_ vom 13. Januar, 20. April und 17. Mai 2006 wurde sinngemäss ausgeführt, der Kläger habe Angst beim Autofahren (act. 4/10-12). d) Gegen den Standpunkt des Klägers von unfallkausalen Angstzuständen spricht hingegen das von der Beklagten als Beweismittel angerufene Aktengutachten von Dr. K.\_\_\_\_\_ vom 4. Mai 2006 (act. 4/15). e) Im Austrittsbericht der RehaClinic O.\_\_\_\_\_ vom 3. Januar 2007 wurde festgehalten, der Kläger habe die ersten zwei Monate unter einer grossen Angst, Auto zu fahren gelitten, was sich unterdessen deutlich verbessert habe (act. 4/17 S. 5). f) Dem Bericht des Medizinischen Zentrums H.\_\_\_\_\_ vom 14. Februar 2008 ist zu entnehmen, dass

der Kläger wieder mit dem Wagen fahre und keine Angst mehr habe (act. 4/13). g) Die gemäss Gutachten PUK vom Unfallzeitpunkt bis Ende 2006 vorliegende Anpassungsstörung (act. 67/2 S. 60 ff.) wurde vom Kläger im Rahmen des Hauptverfahrens nicht behauptet (vgl. III.10.2.2.). Was die gemäss Gutachten PUK im Rahmen der Anpassungsstörung einzuordnenden Angstzustände beim Autofahren betrifft, so seien diese gemäss eigenen Angaben des Klägers gegenüber den PUK-Gutachtern binnen sechs bis acht Monaten nach dem Unfall weitgehend verschwunden gewesen. Ein gutes halbes Jahr nach dem Unfall hätten ihn diese nicht mehr wesentlich beim Autofahren beeinträchtigt (act. 67/2 S. 42, S. 58, S. 63). h) In den weiteren als Beweismittel angebotenen Berichten werden Angstzustände als Beschwerde des Klägers sodann nicht erwähnt, so namentlich in den Berichten ab 20. Juni 2006, einschliesslich des zeitlich aktuellsten Berichtes von Dr. R.\_\_\_\_\_ vom 4. Juli 2013 (act. 4/7; act. 4/16-21; act. 4/33; act. 67/1; act. 86/41; act. 104/2). Dies steht im Einklang mit den Ausführungen von

- 101 - Prof. Dr. C.\_\_\_\_\_, welcher anlässlich der Visionierung des Observationsmaterials und damit bereits ab dem 19. Juni 2006 beim Kläger keine Hinweise auf gesundheitliche Beeinträchtigungen feststellen konnte (Prot. S. 29 ff.).

### **E. 10.5.2**

Würdigung Das Schreiben von Dr. X2.\_\_\_\_\_ an die Beklagte vom 6. Dezember 2005 (act. 90/13) spricht gegen ein Auftreten der Angstzustände unmittelbar nach dem Unfall. Erstmals dokumentiert wurden Angstzustände im Bericht von Dr. G.\_\_\_\_\_ vom 9. Januar 2006, d.h. rund zwei Monate nach dem Unfall (act. 4/8). Es liegen keine Urkunden vor, in welchen dokumentiert wurde, dass der Kläger länger als höchstens acht Monate nach dem Unfall beim Autofahren an Angstzuständen gelitten hätte. Im Gegenteil zeigen die Ausführungen im Bericht des Medizinischen Zentrums H.\_\_\_\_\_ vom 14. Februar 2008 und im Gutachten PUK, dass der Kläger gegenüber den betreffenden Ärzten über diesen Zeitraum hinaus andauernde Angstzustände explizit verneint hatte. Dies steht wiederum im Einklang mit den Erkenntnissen von Prof. Dr. C.\_\_\_\_\_, welcher anlässlich der Visionierung des Observationsmaterials bzw. der Videoaufnahmen, auf welchen der Kläger ab dem 19. Juni 2006 in erster Linie bei verschiedenen Autofahrten zu sehen war, keine Hinweise auf gesundheitliche Beeinträchtigungen feststellen konnte (Prot. S. 29 ff.).

### **E. 10.5.3**

Fazit Allfällige Angstzustände beim Autofahren sind lediglich ab dem 9. Januar 2006 dokumentiert und fallen aufgrund der anhand des Observationsmaterials gewonnenen Erkenntnisse ab dem 19. Juni 2006 ausser Betracht. Mit anderen Worten betrifft dies den Zeitraum von rund zwei bis sieben Monate nach dem Unfall. Dass der Kläger gemäss Beweissatz I.2.3. seit dem Unfall durchgehend an Angstzuständen leidet, könnte mit den bereits als Beweismittel abgenommenen Urkunden daher nicht bewiesen werden. Dies hat zur Folge, dass auch der Beweis der Unfallkausalität der Angstzustände ausserhalb des genannten Zeitraumes gestützt auf die vorliegenden Urkunden misslingen würde.

- 102 -

### **E. 10.6**

Relevante Urkunden zu den Beweissätzen I.2.4. und I.3. (Rasche Ermüdbarkeit bei konzentrativer Tätigkeit)

#### **E. 10.6.1**

Dokumentation der raschen Ermüdbarkeit a) Im Bericht von Dr.phil. S.\_\_\_\_\_ zur neuropsychologischen Untersuchung vom 31. Oktober 2007 wurde u.a. ausgeführt, es bestehe eine deutlich reduzierte Belastbarkeit mit Ermüdbarkeit und Provokation somatischer Beschwerden bei längerer konzentrativer Beanspruchung (act. 4/20 S. 11, vgl. auch S. 5 und act. 4/21 S. 1). b) Die Ausführung des Klägers gegenüber Dr. Dr. J.\_\_\_\_\_, die 1'150 Kilometer lange Fahrt nach Kroatien mit dem Bus, wobei die Busfahrt etwa 15 bis 17 Stunden dauere, oder im Auto mit einem Mitfahrer zum Abwechseln beim Lenken sei für ihn kein spezielles Problem (act. 67/1 S. 42), steht im Widerspruch zur behaupteten raschen Ermüdbarkeit bei konzentrativer Tätigkeit. c) Im Gutachten PUK vom 31. Mai 2010 wurde der Kläger im Zusammenhang mit den Schilderungen zur Einschränkung seiner Konzentrationsfähigkeit und Aufmerksamkeitsleistung im Alltag dahingehend zitiert, dass dies beim Taxifahren kein Problem sei, dort erlebe er sich diesbezüglich nicht als eingeschränkt (act. 67/2 S. 44, vgl. auch S. 39). Weiter wurde festgehalten, in der Untersuchungssituation, namentlich in den bis zu 2.5-stündigen Gesprächen, sei beim Kläger keine wesentliche Erschöpfung feststellbar (act. 67/2 S. 49). Andererseits wurde die Einschränkung der Arbeitsfähigkeit als Taxifahrer um aktuell 20 % mit der depressiven Symptomatik begründet, wobei sich hier die erhöhte Ermüdbarkeit bzw. die raschere Erschöpfbarkeit auswirke (act. 67/2 S. 71). d) Gemäss Bericht von Dr. R.\_\_\_\_\_ vom 4. Juli 2013 seien vom Unfall u.a. deutliche neuropsychologische Defizite mit Konzentrations- und Gedächtnisschwierigkeiten, erhöhter Ermüdbarkeit, erhöhter Reizbarkeit, verminderter Leistungsfähigkeit und Belastbarkeit geblieben (act. 104/2). Im Bericht vom 31. August 2007 desselben Arztes wurden diese Beschwerden - abgesehen von einem - 103 - "Verdacht auf neuropsychologische Defizite" - demgegenüber nicht erwähnt (act. 4/19). e) In den weiteren als Beweismittel offerierten Arztberichten wurde eine rasche Ermüdbarkeit bei konzentrativer Tätigkeit als Beschwerde des Klägers sodann nicht thematisiert (act. 4/7-13; act. 4/15-18; act. 4/33; act. 86/41).

### **E. 10.6.2**

Würdigung a) Die behauptete Beschwerde wurde erstmals fast zwei Jahre nach dem Unfall dokumentiert, wobei aus dem Bericht von Dr. S.\_\_\_\_\_ nicht hervorgeht, seit wann die Beschwerde vorgelegen habe. Auch aus dem Gutachten PUK, welches auf der über vier Jahre nach dem Unfall erfolgten Begutachtung basiert, ist der Beginn der betreffenden Beschwerde nicht ersichtlich. Dasselbe gilt für den Bericht von Dr. R.\_\_\_\_\_, welcher rund siebeneinhalb Jahre nach dem Unfall datiert. b) Sodann gibt es in beiden IV-Gutachten Hinweise, welche klar gegen die behauptete rasche Ermüdbarkeit bei konzentrativer Tätigkeit, namentlich beim Autofahren, sprechen. Dagegen sprechen auch die Erkenntnisse von Prof. Dr. C.\_\_\_\_\_, der anlässlich der Visionierung des Observationsmaterials bzw. der Videoaufnahmen, auf welchen der Kläger ab dem 19. Juni 2006 in erster Linie bei verschiedenen Autofahrten zu sehen war, keine Hinweise auf gesundheitliche Beeinträchtigungen feststellen konnte (Prot. S. 29 ff.).

### **E. 10.6.3**

Fazit Dass der Kläger gemäss Beweissatz I.2.4. seit dem Unfall durchgehend an rascher Ermüdbarkeit bei konzentrativer Tätigkeit leidet, könnte mit den bereits als Beweismittel abgenommenen Urkunden nicht bewiesen werden. Die betreffende Beschwerde wird lediglich in einzelnen Berichten genannt, welche sich auf Untersuchungen zwei Jahre oder mehr nach dem Unfall beziehen. Sodann sprechen verschiedene Umstände gegen das

Vorliegen dieser Beschwerde. Dementsprechend steht auch fest, dass der Beweis der Unfallkausalität derselben gemäss Beweissatz I.3. gestützt auf die vorliegenden Urkunden misslingen würde.

- 104 -

## **E. 10.7**

Relevante Urkunden zu den Gegenbeweissätzen

### **E. 10.7.1**

Vorbemerkungen Gemäss Beweisaufnahmebeschluss vom 18. Juni 2013 steht der Beklagten der Gegenbeweis zu Hauptbeweissatz I.2. insbesondere zu den Gegenbeweissätzen II.7.1. und II.7.2. offen. Zu Hauptbeweissatz I.3. steht der Beklagten insbesondere der Gegenbeweis zu Gegenbeweissatz II.8.1. offen (act. 99 S. 3). Grundsätzlich hat die Beklagte die Gegenbeweise nur anzutreten, insoweit dem Kläger betreffend der Beweissätze I.2. bzw. I.3. der Hauptbeweis gelingt. Wie nachfolgend zu zeigen sein wird, ist davon nicht auszugehen (vgl. III.10.15.). Unabhängig davon können die betreffenden Urkunden in die Beweiswürdigung einbezogen werden. Nachfolgend ist daher auf diejenigen relevanten Urkunden einzugehen, welche entweder zu den Gegenbeweissätzen als Beweismittel genannt wurden oder von der Beklagten als Gegenbeweismittel zu den Beweissätzen I.2.1.-4. und I.3. offeneriert wurden.

### **E. 10.7.2**

Berichte der Psychiatrischen Klinik I. \_\_\_\_ Wie bereits ausgeführt (vgl. III.6.4.1.b), wurden in den IV-Gutachten die Berichte der Psychiatrischen Klinik I. \_\_\_\_ zusammengefasst und im Gutachten PUK dazu eingehend Stellung genommen (act. 67/1 S. 3 f. und S. 38; act. 67/2 S. 5 ff. und S. 50 ff.). Demgemäss sei der Kläger - bei seit ca. einem Jahr zunehmender depressiver Entwicklung - im Juni 1998 während rund einer Woche in der Klinik hospitalisiert gewesen und habe sich in der Folge bis Februar 1999 dort in ambulanter Behandlung befunden. Im Zusammenhang mit der Trennung von seiner ersten Freundin habe er verschiedene somatische Beschwerden wie Kopf- und Rückenschmerzen entwickelt. Zusätzlich seien Symptome wie innere Unruhe, Nervosität, Konzentrations- und Schlafstörungen aufgetreten (act. 67/2 S. 5 f.). Dem Bericht von Dr. BA. \_\_\_\_, Klinik I. \_\_\_\_, zum Gespräch vom 11. September 2004 ist weiter zu entnehmen, dass sich die depressive Symptomatik als Folge einer schweren Beziehungsproblematik erneut verschlechtert habe. Der Kläger habe sich freiwillig gemeldet, da er in letzter Zeit nicht mehr schlafen sowie Ehefrau und Kinder zu Hause nicht aushalten könne und erneut vermehrte Schmer-

- 105 - zen am ganzen Körper habe. Eine Medikation mit Antidepressiva habe er abgelehnt. Des Weiteren werden die vom Kläger gegenüber seiner Ehefrau vorgebrachten Vorwürfe geschildert. Zum Gespräch vom 3. Oktober 2004 in Anwesenheit der damaligen Ehefrau und der beiden Kinder des Klägers führte Dr. BA. \_\_\_\_ u.a. aus: "Gespräch vorwurfsvoll, der Patient konnte nur noch schreiend erzählen, die EF weinte ununterbrochen, die Kinder starteten (recte wohl: starren) mit Angst." Da die Kommunikation zwischen den Ehegatten kaum möglich gewesen sei, sei das Gespräch vor Eskalation der Situation abgebrochen worden. Nachdem sich der Kläger nicht mehr gemeldet habe, sei die Behandlung abgeschlossen (act. 15/3a). Im Bericht von Dr. BA. \_\_\_\_ an die Beklagte vom 15. Januar 2007 wurde überdies ausgeführt, der Kläger

habe in beiden Gesprächen psychomotorisch angespannt gewirkt, der Ehefrau gegenüber verbal bedrohlich, er habe kein Mitleid für seine Kinder gezeigt, von Scheidung gesprochen und dass er keine Alimente zahlen wolle. Sie habe sich damals bereit erklärt, die Behandlung mit beiden Ehepartnern weiter zu führen, was leider nicht gemacht worden sei, am ehesten, weil der Kläger gemeint habe, alle entstandenen Probleme seien von seiner Ehefrau verursacht worden (act. 4/22).

### **E. 10.7.3**

Urkunden zu Gegenbeweissatz II.8.1. a) Die Behauptung der Beklagten, dass allfällige Beschwerden des Klägers nach dem 11. November 2005 auf die Trennung von seiner Familie bzw. auf die Scheidung von seiner Ehefrau zurückzuführen seien, fand ihren Niederschlag in Gegenbeweissatz II.8.1. des Beweisauflegebeschlusses vom 18. Juni 2013 (act. 99 S. 3). b) Zu dieser Thematik führt der Kläger in der Klageschrift aus, dass er zwar unter der Scheidung gelitten habe und sich daher mit seiner Frau am 11. September 2004 und am 3. Oktober 2004 in der Klinik I.\_\_\_\_\_ habe beraten lassen, die persönliche Krise aufgrund der Scheidung aber vorübergehend gewesen sei und er bereits im Jahre 2005, noch weit vor dem Unfall, wieder eine gute Beziehung zu Ex-Frau und Kindern gepflegt habe (act. 1 Rz. 24). In der Replik hält er im Wesentlichen dafür, seine einmalige persönliche Krise sei eindeutig mit der Trennung

- 106 - und Scheidung im Zusammenhang gestanden. Die vorübergehenden, sich psychosomatisch auswirkenden Beschwerden seien spätestens Ende 2004 behoben gewesen. Nach kurzfristigen Turbulenzen im Jahre 2004 habe sich nicht nur das Verhältnis zur Exfrau, sondern auch zu den Kindern vollständig normalisiert. Die interne Einigung unter den Ehegatten sei längst vor der Eheschutzverfügung vom 5. Dezember 2005 erfolgt und auch das Besuchsrecht mit den Kindern habe sich zu diesem Zeitpunkt längst eingespielt gehabt. Die wegen der Ehesituation bestehenden psychischen Probleme im Jahre 2004 hätten einen einmaligen gesunden Einbruch dargestellt und mit den nach dem Unfall vom 11. November 2005 entstandenen Beschwerden nichts zu tun gehabt. Ohnehin sei der Kläger wegen der Eheproblematik nie arbeitsunfähig gewesen (act. 85 zu 10. S. 8 ff., zu 16b und 16e S. 17, zu 24b S. 33). c) Gemäss Angaben des Klägers zog er per 1. August 2005 aus der ehelichen Wohnung aus (act. 85 zu 46 f. S. 75). Damit stimmt überein, dass Mietbegriff für die Wohnung an der BD.\_\_\_\_\_ -Strasse ... in BE.\_\_\_\_\_ ... gemäss dem vom Kläger eingereichten Mietvertrag der 1. August 2005 war (act. 11/6 = act. 64/4), welches Datum er auch in der IV-Anmeldung vom 2. November 2006 als Trennungsbeginn anführte (act. 15/5). Mit der vom Kläger eingereichten Verfügung der Einzelrichterin im summarischen Verfahren des Bezirkes Bülach vom 5. Dezember 2005 betreffend Eheschutz wurden die Folgen des Getrenntlebens geregelt (act. 86/39), was mit anderen Worten bedeutet, dass das Scheidungsverfahren in jenem Zeitpunkt noch nicht pendent war. Dem vom Kläger eingereichten Scheidungsurteil des Bezirksgerichtes Bülach vom 1. Dezember 2008 ist zu entnehmen, dass der Kläger und dessen frühere Ehefrau mit Urteil vom 23. März 2007 in Bosnien-Herzegowina rechtskräftig geschieden wurden und mit Urteil vom 1. Dezember 2008 die Nebenfolgen der Scheidung geregelt wurden (act. 6/3 = act. 86/67). d) Die Darstellung des Klägers widerspricht den aktenkundigen Daten im Zusammenhang mit der Trennung und Scheidung diametral. Die genannten Daten zeigen im Gegenteil, dass die Trennung von seiner Familie nur rund drei Monate vor dem Unfall erfolgte und das Scheidungsverfahren jedenfalls am 5. De-

- 107 - zember 2005 und damit mehrere Wochen nach dem Unfall noch nicht einmal pendent war. Die Scheidung von seiner früheren Ehefrau erfolgte sodann erst rund eineinhalb Jahre nach dem Unfall, während das Scheidungsverfahren rund drei Jahre danach mit der Regelung der Nebenfolgen abgeschlossen wurde. Dies bedeutet mit anderen Worten, dass der vom Kläger eingestandene gesundheitliche Einbruch sowie die sich psychosomatisch auswirkenden Beschwerden im Zusammenhang dem Trennungs- und Scheidungsverfahren (act. 85 zu 10. S. 8 f.) zumindest teilweise in den Zeitraum nach dem Unfall vom 11. November 2005 gefallen sein müssen. Das Vorbringen des Klägers, er sei vor dem Unfall wegen der Eheproblematik nie arbeitsunfähig gewesen, geht dementsprechend ins Leere. In diesem Zusammenhang fällt auf, dass die Ehe im gleichen Monat geschieden wurde, in welchem der Kläger gemäss eigenen Angaben seine Tätigkeit als Taxifahrer zu einem Teilzeitpensum wieder aufgenommen habe (act. 1 Rz. 44). e) Unter Berücksichtigung der aktenkundigen Daten der Trennung des Klägers von seiner Familie bzw. der Scheidung von seiner Ehefrau und der Zugabe des Klägers, im Zusammenhang damit an sich psychosomatisch auswirkenden Beschwerden gelitten zu haben, ist die Behauptung der Beklagten gemäss Gegenbeweissatz II.8.1. zumindest teilweise bewiesen.

#### **E. 10.7.4**

Urkunden zu Gegenbeweissatz II.7.1. a) Der Kläger macht im Wesentlichen geltend, er sei vor dem Unfall stets voll arbeitsfähig und auch arbeitstätig gewesen. Er führt alle gemäss seiner Behauptung nach dem Unfall aufgetretenen Beschwerden auf diesen zurück (act. 1 Rz. 24; act. 85 zu 10. S. 8 f., zu 24. 31 ff.). Die sinngemässe Behauptung der Beklagten, der Kläger habe seit September 2004 an Schmerzen am ganzen Körper gelitten bzw. leide gegebenenfalls noch daran (act. 14 Rz. 10, Rz. 16b, Rz. 24b; act. 89 Rz. 10 S. 7, Rz. 24b S. 22), bildet die Grundlage von Gegenbeweissatz II.7.1. des Beweisaufnahmebeschlusses vom 18. Juni 2013 (act. 99 S. 3). b) Gemäss den Ausführungen von Prof. Dr. C.\_\_\_\_\_ könne eine besondere Eindringlichkeit oder Schwere eines Unfalls Anlass zu einem psychosomatischen Stresssyndrom geben, was bei Schleuderverletzungen in der Regel nicht ge-

- 108 - ben sei (Prot. S. 71). Im Gutachten PUK wurde ausgeführt, die subjektive Bedeutung des Unfalls scheine für den Kläger ungleich grösser gewesen zu sein als das Schadensereignis und die objektivierbaren Folgen an und für sich vermuten lassen, welcher Umstand den Gutachtern für die weitere Entwicklung mitentscheidend erschien (act. 67/2 S. 52). Eine posttraumatische Belastungsstörung wurde mit der Begründung verneint, dass das objektive Ereignis des Autounfalls als Ursache dafür zu schwach gewesen sei (act. 67/2 S. 61 f.). c) Sodann wurde der Unfall im Gutachten PUK zwar als eigentlicher Auslöser der ab Frühjahr 2006 bestehenden somatoformen Schmerzstörung bezeichnet, jedoch auf die weiteren emotionalen bzw. psychosozialen Probleme hingewiesen, so die sehr belastende, zum Unfallzeitpunkt bereits lang dauernde Ehe- und familiäre Problematik mit kurz zuvor erfolgter Trennung bzw. Scheidung, die belastete und konfliktreiche Beziehung zur Herkunftsfamilie sowie der ebenfalls erfolgten, mit Unsicherheiten behafteten Schritt in die Selbstständigkeit. Auch wurde ausgeführt, dass Schmerzen, initial ausgelöst durch eine körperliche Störung, sich bei nicht adäquater Behandlung aufgrund physiologischer Prozesse chronifizieren und dann auch bestehen bleiben könnten, selbst wenn das ursprüngliche organische Korrelat bzw. die initiale und ursächliche körperliche Schädigung verschwinde bzw. abheile, doch sei (vorliegend)

selbst in der Frühphase der Krankheitsentwicklung kein organisches Korrelat nachweisbar und der Kläger nach Einschätzung der PUK-Gutachter adäquat behandelt worden. Zudem scheine die psychische Komponente und Überlagerung von Beginn an als zu ausgeprägt. Wie den Berichten der Klinik I. \_\_\_\_\_ zu entnehmen ist, klagte der Kläger bereits in den Jahren 1998 und 2004 im Zusammenhang mit Beziehungsproblemen über Schmerzen am ganzen Körper, weshalb im Gutachten PUK festgehalten wurde, er zeige eine Tendenz zur "Verkörperlichung" bzw. Somatisierung psychischer Probleme, indem er darauf insbesondere mit der Entwicklung von Schmerzen reagiere (act. 67/2 S. 5 ff. und S. 53 f.).

d) Zwar kann auf das von der Beklagten in Auftrag gegebene Aktengutachten von Dr. K. \_\_\_\_\_ vom 4. Mai 2006 nicht unbesehen abgestellt werden (vgl. III.4.5.4.). Bemerkenswert ist aber, dass dieses wesentliche Schlussfolgerungen

- 109 - enthält, welche mit den von beiden Parteien als Beweismittel angerufenen Gutachten PUK übereinstimmen. So führte Dr. K. \_\_\_\_\_ im Aktengutachten u.a. aus, bei unklaren Schmerzen ohne ausreichendes somatisches Korrelat, die sich später einstellten und trotz adäquater Behandlung zunehmen anstatt abnehmen würden, seien in der Regel andere Ursachen als eine Unfallschädigung anzunehmen, so etwa eine somatoforme Störung, depressiv verursachter Schmerz oder eine Symptomausweitung / abnormes Krankheitsverhalten mit bewusstseinsnahen und bewusstseinsfernen Elementen. Als unfallfremde Belastungsfaktoren aus dem psychosozialen Umfeld des Klägers nannte Dr. K. \_\_\_\_\_ die Trennung von Ehefrau und Kindern im August 2005, die ungewissen Zukunftsaussichten namentlich in finanzieller Hinsicht sowie spärliche soziale Ressourcen. Eine posttraumatische Belastungsstörung schloss Dr. K. \_\_\_\_\_ mit der Begründung aus, dass das Kriterium einer Bedrohung objektiv katastrophalen oder lebensbedrohlichen Ausmaßes fehle (act. 4/15 S. 2 f.).

e) Schliesslich ist dem Gutachten PUK zu entnehmen, dass der Kläger ungefähr seit dem frühen Erwachsenenalter täglich ca. ein Päckchen Zigaretten raucht (act. 67/2 S. 45), was mit der Angabe "20 Zig./die Nikotin" in den Berichten des Zentrums H. \_\_\_\_\_ vom 13. Januar 2006 und vom 14. Februar 2008 übereinstimmt (act. 4/10 S. 1 und act. 4/13 S. 1). In den visionierten Videosequenzen war der Kläger denn auch wiederholt beim Rauchen zu sehen (Prot. S. 41, S. 53 und S. 65). Dr. Dr. J. \_\_\_\_\_ empfahl dem Kläger, nicht mehr zu rauchen mit dem Hinweis, dass Rauchen chronische Schmerzen auslösen und verschlimmern könne (act. 67/1 S. 56).

Übereinstimmend fand der Tabakkonsum Eingang in die in den IV-Gutachten gestellten Diagnosen. Im rheumatologischen Gutachten figuriert der "Nikotinabusus" an erster Stelle der Diagnosen (act. 67/1 S. 53), während im Gutachten PUK in aller Deutlichkeit festgehalten wird: "Störungen durch Tabak, schädlicher Gebrauch" (act. 67/2 S. 50). Die diagnostizierten Störungen durch Tabak können offensichtlich nicht unfallkausal sein.

f) Dass der Kläger im September 2004 als Folge schwerer Beziehungsprobleme an Schmerzen am ganzen Körper gelitten habe, ist den Berichten von Dr. BA. \_\_\_\_\_, Klinik I. \_\_\_\_\_, zu entnehmen (act. 4/22; act. 15/3a). Weiter hat der

- 110 - Kläger anerkannt, dass er im Zusammenhang mit der Trennung und Scheidung von seiner früheren Ehefrau an sich psychosomatisch auswirkenden Beschwerden litt, welche zeitlich zumindest teilweise in den Zeitraum bis rund drei Jahre nach dem Unfall gefallen sein müssen (vgl. III.10.7.3.d). Sodann gibt es für die im Gutachten PUK diagnostizierte somatoforme Schmerzstörung gleich mehrere unfallfremde Einflussfaktoren, welche als Ursache derselben deutlich massgeblicher als der Unfall in Frage kommen. Hinzu kommen die in den IV-Gutachten diagnostizierten, offensichtlich unfallfremden Störungen durch

Tabak. Abgesehen davon hat der Kläger im Rahmen des Hauptverfahrens nicht behauptet, als Folge des Unfalls an einer somatoformen Schmerzstörung gelitten zu haben bzw. zu leiden (vgl. III.10.2.2.).

### **E. 10.7.5**

Urkunden zu Gegenbeweissatz II.7.2. a) Die Behauptung der Beklagten, der Kläger leide seit 1998 an psychischen Problemen bzw. an Depressionen (act. 89 Rz. 23c S. 19; vgl. auch act. 14 Rz. 10, Rz. 16b, Rz. 24b; act. 89 Rz. 10 S. 7, Rz. 12 S. 8, Rz. 23a S. 14), fand ihren Niederschlag in Gegenbeweissatz II.7.2. des Beweisaufgabebeschlusses vom 18. Juni 2013 (act. 99 S. 3). b) Gemäss Gutachten PUK habe der Kläger mindestens eine, vermutlich aber zwei oder mehr depressive Episoden in der Vorgeschichte gehabt, was insbesondere aus den Berichten der Klinik I. \_\_\_\_\_ von 1998 und 2004 hervorgehe (act. 67/2 S. 5 ff. und S. 58; vgl. auch act. 4/22 und act. 15/3a). Nach dem Unfall vom 11. November 2005 habe der Kläger ein depressives Syndrom kombiniert mit einer Angstsymptomatik im Sinne einer akuten Belastungsreaktion entwickelt. Während die Ängste ein gutes halbes Jahr nach dem Unfall weitgehend verschwunden seien, scheine eine gewisse depressive Symptomatik bestehen geblieben zu sein. Aktuell bestehe ein leicht depressives Syndrom mit Interesseverlust, sozialem Rückzug, gemindertem Antrieb, erhöhter Reizbarkeit sowie einer gedrückten Stimmungslage, Schlafstörungen, Zukunftssorgen bzw. Ängsten, sowie einem verminderten Selbstwertgefühl, alles überwiegend in leichter Ausprägung. Hinzu komme eine dysphorisch-gereizte Stimmungslage mit erhöhter inne-

- 111 - rer Anspannung und Unruhe, welche mit dem depressiven Zustand durchaus vereinbar sei. Da der Kläger in der Vorgeschichte bereits depressive Episoden erlebt habe, handle es sich um eine rezidivierende depressive Störung, aktuell leichtgradig (act. 67/2 S. 58 f., S. 61). Wesentlich ist in diesem Zusammenhang die Bemerkung im Bericht USZ vom Unfalltag, wonach der Kläger gelegentlich Beruhigungsmittel nehme (act. 4/7), mit anderen Worten in der Zeit unmittelbar vor dem prozessgegenständlichen Unfall. Dieser Umstand spricht gegen die vorstehend zitierte Ausführung im Gutachten PUK, wonach das depressive Syndrom erst nach dem Unfall erneut aufgetreten sei. Schliesslich ist auch hier die Zugabe des Klägers zu berücksichtigen, im Zusammenhang mit der Trennung und Scheidung von seiner früheren Ehefrau an sich psychosomatisch auswirkenden Beschwerden gelitten zu haben, welche zeitlich zumindest teilweise in den Zeitraum bis rund drei Jahre nach dem Unfall gefallen sein müssen (vgl. III.10.7.3.d). c) Angesichts der Vorgeschichte des Klägers mit mehreren depressiven Episoden bereits vor dem Unfall, der Einnahme von Beruhigungsmitteln im Zeitraum unmittelbar vor dem Unfall und den sich unbestrittenermassen psychosomatisch auswirkenden Beschwerden im Zusammenhang mit der Trennung und der Scheidung liegen gleich mehrere unfallfremde Einflussfaktoren vor, welche als Ursache für das im Gutachten PUK diagnostizierte depressive Syndrom deutlich massgeblicher als der Unfall in Frage kommen. Abgesehen davon hat der Kläger im Rahmen des Hauptverfahrens nicht behauptet, als Folge des Unfalls an einem depressiven Syndrom gelitten zu haben bzw. zu leiden (vgl. III.10.2.2.).

### **E. 10.8**

Zeugen zu den Beweissätzen I.2. und I.3.

#### **E. 10.8.1**

Zu den Beweissätzen I.2. und I.3. offeriert der Kläger die Einvernahme derselben Personen wie zu Beweissatz I.1. als "Zeugen/sachverständige Zeugen zu oberwähnten Urkunden"

(act. 103 S. 8, S. 10).

- 112 -

### **E. 10.8.2**

Dr.phil. S.\_\_\_\_\_ führte am 31. Oktober 2007 und damit fast zwei Jahre nach dem Unfall eine neuropsychologische Untersuchung mit dem Kläger durch (act. 4/20). Eine weitere neuropsychologische Untersuchung erfolgte im Rahmen der Begutachtung durch die PUK durch den ebenfalls als Zeugen angerufenen Diplom-Psychologen BC.\_\_\_\_\_ am 12. März 2010 und damit über vier Jahre nach dem Unfall (act. 67/2 S. 76 ff.). Ebenfalls im Hinblick auf die Gutachtenserstellung der PUK wurden im Zeitraum vom 17. Februar bis 29. März 2010 durch oder unter der Leitung der als Zeugin angerufenen Dr. med. BB.\_\_\_\_\_, Psychiatrie und Psychotherapie FMH, vier Gespräche mit dem Kläger geführt (act. 67/2 S. 3, S. 90). Diese drei als Zeugen angerufenen Personen könnten somit allenfalls bestätigen, dass der Kläger ihnen gegenüber rund zwei bzw. über vier Jahre nach dem Unfall ausführte, seit dem Unfall an den in Beweissatz I.2.1.-4. genannten Beschwerden zu leiden. Zur Feststellung der Unfallkausalität der genannten Beschwerden (Beweissatz I.3.) wären mit Blick auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung insbesondere in erster Linie Aussagen oder Berichte von Ärzten massgebend, welche den Kläger in einer ersten Phase nach dem Unfall einer klinischen Untersuchung unterzogen. Gemäss den Ausführungen von Prof. Dr. C.\_\_\_\_\_ ist dabei die Feststellung von Bewegungseinschränkungen und Muskelverspannungen im Bereich der HWS von zentraler Bedeutung (Prot. S. 46).

### **E. 10.8.3**

Dem Bericht von Dr. med. P.\_\_\_\_\_ vom 1. März 2007 sind Ausführungen zu seinen Feststellungen anlässlich der Untersuchung des Klägers vom

### **E. 10.8.4**

Die zahlreichen Ärzte, welche den Kläger im ersten Jahr nach dem Unfall untersuchten und behandelten, werden nicht als Zeugen genannt, während die zu den Beweissätzen I.2. und I.3. vom Kläger als Zeugen angerufenen Personen ihn - wenn überhaupt - erst zu einem späteren Zeitpunkt klinisch untersuchten. Da diese hinsichtlich der Beschwerden des Klägers in der massgebenden ersten Phase nach dem Unfall keine Aussagen machen könnten, kann deren Einvernahme unterbleiben.

### **E. 10.9**

Zeugen zu den Gegenbeweissätzen

#### **E. 10.9.1**

Eine Einvernahme der zu den Gegenbeweissätzen angerufenen Zeugen käme nur dann in Betracht, wenn dem Kläger betreffend der Beweissätze I.2. bzw. I.3. der Hauptbeweis gelingen würde. Nachdem davon nicht auszugehen ist (vgl. nachfolgend III.10.15.), hat die Beklagte die entsprechenden Gegenbeweise nicht anzutreten, weshalb sich ihre Beweisofferten (act. 101 S. 11) erübrigen, die geschiedenen Ehefrau des Klägers (zu den Gegenbeweissätzen II.7.1. und II.7.2.) sowie die Eltern des Klägers (zu Gegenbeweissatz II.7.2.) als Zeugen einzunehmen.

#### **E. 10.9.2**

Zu den Beweisofferten des Klägers zu den Gegenbeweissätzen ist - der Vollständigkeit halber - folgendes festzuhalten: Zu Gegenbeweissatz II.7.2. (dass der Kläger seit 1998 an

psychischen Problemen bzw. an Depressionen leidet) nennt der Kläger zwei ehemalige Chefs sowie 14 weitere Arbeits- und andere Kollegen als Zeugen und führt dazu aus, er sei vor dem Unfall vom 11. November 2005 stets voll arbeitsfähig und seine Stimmung "aufgehellt" gewesen (act. 103 S. 19 f.). Selbst wenn die betreffenden Personen dies als Zeugen bestätigen würden, könnte der Kläger daraus nichts für seinen Standpunkt ableiten. In Bezug auf die behaupteten Beschwerden und deren Ursachen massgebend sind die Einschätzungen von Ärzten, während die subjektiven Wahrnehmungen von nicht medizinisch geschulten Personen aus dem Um-

- 114 - feld des Klägers zur Beweisführung von vornherein nicht geeignet sind. Die beantragten Zeugeneinvernahmen können daher unabhängig von der Frage, ob dem Kläger der Hauptbeweis I.2. gelingen kann, unterbleiben. Zu Gegenbeweissatz II.8.1. (dass allfällige Beschwerden des Klägers nach dem Unfall auf die Trennung bzw. Scheidung zurückzuführen sind) nennt der Kläger seine von ihm geschiedene Ehefrau BF.\_\_\_\_\_ als Zeugin und führt dazu aus, die Probleme bei der Scheidung seien kurz und vorübergehend gewesen, er habe nach kurzer Streitphase wieder ein ausgezeichnetes Verhältnis mit seiner Ex-Frau gehabt, die Ex-Ehegatten hätten sich bestens mit den gemeinsamen Kindern arrangiert und die Alimente würden regelmässig bezahlt (act. 103 S. 21). Wie bereits ausgeführt, lebte der Kläger im Unfallzeitpunkt zwar bereits seit drei Monaten getrennt von BF.\_\_\_\_\_, doch war das Scheidungsverfahren noch nicht einmal pendent. Die Scheidung erfolgte erst rund eineinhalb Jahre später, während das Scheidungsverfahren erst rund drei Jahre nach dem Unfall mit der Regelung der Nebenfolgen abgeschlossen wurde. Selbst wenn BF.\_\_\_\_\_ als Zeugin bestätigen würde, dass die Probleme im Zusammenhang mit der Scheidung kurz und vorübergehend gewesen seien, änderte dies nichts daran, dass der vom Kläger eingestandene gesundheitliche Einbruch bzw. die sich psychosomatisch auswirkenden Beschwerden im Zusammenhang dem Trennungs- und Scheidungsverfahren (act. 85 zu 10. S. 8 f.) zumindest teilweise in die Zeit nach dem Unfall gefallen sein müssen, und nicht wie vom Kläger geltend gemacht in den Zeitraum davor. Dies spricht gerade gegen seinen Standpunkt, sämtliche gemäss seiner Behauptung nach dem Unfall aufgetretenen gesundheitlichen Beschwerden seien auf diesen zurückzuführen. Nachdem der Kläger aus der Zeugenaussage von BF.\_\_\_\_\_ für seinen Standpunkt nichts ableiten könnte, selbst wenn sie seine Behauptung bestätigen würde, kann die Zeugeneinvernahme von BF.\_\_\_\_\_ unabhängig von der Frage, ob dem Kläger Hauptbeweis I.3. gelingen kann, unterbleiben.

## **E. 10.10**

Polydisziplinäres / interdisziplinäres Gutachten

- 115 -

### **E. 10.10.1**

Der Kläger beantragt auch zu den Beweissätzen I.2. und I.3. die Einholung eines polydisziplinären Gutachtens verschiedener Fachrichtungen (act. 103 S. 8 und S. 10 f.).

### **E. 10.10.2**

Was die Begutachtung der Fachrichtungen Orthopädie sowie Neurologie betrifft, so ist festzuhalten, dass in dieser Hinsicht in keinem einzigen der vorliegenden Arztberichte eine gesundheitliche Beeinträchtigung des Klägers diagnostiziert wurde. Würde bei einer Begutachtung eine entsprechende gesundheitliche Beeinträchtigung festgestellt, so müsste

diese als nicht unfallkausal eingestuft werden. Hinzu kommt, dass der Kläger nicht behauptet, in dieser Hinsicht als Folge des Unfalls vom 11. November 2005 beeinträchtigt zu sein. In Bezug auf die Beweissätze I.2. und I.3. fällt daher eine Begutachtung der Fachrichtungen Orthopädie und Neurologie ausser Betracht.

### **E. 10.10.3**

Weiter beantragt der Kläger eine Begutachtung der Fachrichtung Otoneurologie/Posturographie, bei welcher es in erster Linie um eine Gleichgewichtsfunktionsprüfung bzw. eine Gleichgewichtsanalyse geht (<http://de.wikipedia.org/wiki/posturographie>, besucht am: 3. September 2014). Wie bereits ausgeführt, wurden Schwindelbeschwerden lediglich in den Berichten von Dr. R. \_\_\_\_\_ vom

### **E. 10.10.4**

Zudem wird vom Kläger eine Begutachtung der Fachrichtung Rheumatologie beantragt. Gemäss rheumatologischem Gutachten wurde der Kläger in dieser Hinsicht bereits eingehend begutachtet. Dr. Dr. J. \_\_\_\_\_ stellte fest, dass sich für die von ihm anlässlich der Untersuchung vom 22. Februar 2010 geklagten Beschwerden aus rheumatologischer Sicht keine Ursache finde (act. 67/1 S. 54). Diesbezüglich wird das Gutachten vom Kläger nicht angezweifelt, sondern im

- 116 - Wesentlichen darauf hingewiesen, die Rheumatologin habe einzig die rheumatologische Sicht beurteilt (act. 85 zu 23a S. 22 ff.; vgl. auch act. 73 S. 6 f.). Würde bei einer erneuten rheumatologischen Begutachtung eine entsprechende gesundheitliche Beeinträchtigung festgestellt, so wäre diese als nicht unfallkausal zu qualifizieren. Abgesehen davon behauptet der Kläger keine unfallkausale Gesundheitsbeeinträchtigung in rheumatologischer Hinsicht, so dass eine entsprechende Begutachtung bezüglich der Beweissätze I.2. und I.3. ausser Betracht fällt.

### **E. 10.10.5**

Sodann beantragt der Kläger eine Begutachtung der Fachrichtung Neuropsychologie. Wie bereits ausgeführt (vgl. III.6.4.1.d), wurde im Gutachten PUK festgehalten, dass sich durchgängig bei allen durchgeführten neuropsychologischen Untersuchungen des Klägers ein erheblicher Verdacht auf eine Aggravations- und Simulationsneigung bei eingeschränkter Leistungsbereitschaft ergebe (act. 67/2 S. 56 f., vgl. auch S. 67, S. 78 ff.). Im Austrittsbericht der RehaClinic O. \_\_\_\_\_ vom 3. Januar 2007 wurde dazu wörtlich festgehalten: "Aufgrund des demonstrativen und aggravierenden Verhaltens, respektive der inadäquaten Kooperation sind die Befunde der neuropsychologischen Untersuchung leider nicht verwertbar." (act. 4/17 S. 5). Im Gutachten PUK wurde eine Diskrepanz zwischen den im Sommer 2007 durchgeführten Observationen des Klägers und den im Bericht von Dr. S. \_\_\_\_\_ vom 13. Dezember 2007 (act. 4/20 S. 10) festgehaltenen Hinweisen auf eine mittelschwere kognitive Beeinträchtigung festgestellt (act. 67/2 S. 56 f. und S. 67). Die Gutachter hielten sodann fest, aufgrund der Gespräche mit dem Kläger könnten keine relevanten Einbussen seiner kognitiven Leistungsfähigkeit erkannt werden. Gegen eine generalisierte hirnorganisch bedingte Leistungsminderung würden gemäss dem Zusatzgutachten verschiedene, innerhalb der Normbereiche liegende Ergebnisse sowie der klinische Eindruck bei der Fragebogenbearbeitung sprechen. Es spreche einiges dafür, dass die Hirnleistungsfähigkeit für den Kläger beim Taxifahren nicht den limitierenden Faktor darstelle (act. 67/2 S. 47, S. 57, S. 71 f.). Somit verlief die eingehende neuropsychologische Begutachtung des Klägers im Frühjahr 2010 ergebnislos. Das

Gutachten PUK wird vom Kläger u.a. zu den Beweissätzen I.2. und I.3. als Beweismittel an- gerufen. Die Resultate der neuropsychologischen Begutachtung zweifelt der Klä-

- 117 - ger nicht an. Insbesondere behauptet er nicht, es bestehe aufgrund des Unfalls eine neuropsychologische Gesundheitsbeeinträchtigung, so dass eine erneute Begutachtung zu den Beweissätzen I.2. und I.3. schon mangels entsprechender Behauptungen nicht in Frage kommt.

#### **E. 10.10.6**

Schliesslich beantragt der Kläger eine erneute psychiatrische Begutach- tung. Gemäss den Ausführungen von Prof.Dr. C.\_\_\_\_\_ handelt es sich bei sämtli- chen Beschwerden gemäss Beweissatz I.2.1.-4. um subjektive Symptome, wel- che ein Patient empfinde oder auch anamnestisch klage (Prot. S. 68). Für den Zeitraum zwischen dem bereits über acht Jahre zurückliegenden Unfall vom 11. November 2005 und der Begutachtung hätte sich der betreffende Gutachter auf die Dokumentation der Beschwerden in den vorliegenden Vorakten (Arztbe- richte, IV-Gutachten) zu stützen. Im Begutachtungszeitpunkt liessen sich die be- treffenden Beschwerden selbst dann nicht objektiv feststellen, wenn der Kläger sie gerade empfinden und dies dem Gutachter mitteilen würde. Die erneute Do- kumentation dieser Angaben anlässlich einer Begutachtung erweist sich als ent- behrlich, weshalb in Bezug auf Beweissatz I.2. darauf verzichtet werden kann. Zur Frage der Unfallkausalität der behaupteten Beschwerden (Beweissatz I.3.) fand noch keine eingehende Begutachtung des Klägers statt, namentlich befasst sich das Gutachten PUK nur am Rande mit dieser Frage. Indessen steht bereits fest, dass dem Kläger der Beweis misslingt, anlässlich des Unfalls ein durch ein Schleudertrauma der HWS ausgelöstes zervico-cephales Syndrom bzw. ein cer- vicales Schmerzsyndrom erlitten zu haben (vgl. III.9.8.). Auch wurden die vom Kläger als Folge des Unfalls behaupteten Beschwerden in den als Beweismittel angebotenen Urkunden überwiegend weit ausserhalb der Latenzzeit erstmals do- kumentiert, nämlich Angstzustände erst rund zwei Monate, Nackenschmerzen erst rund sieben Monate und rasche Ermüdbarkeit bei konzentrativer Tätigkeit erst rund zwei Jahre nach dem Unfall. Einzig leichte Kopfschmerzen wurden be- reits innerhalb der Latenzzeit dokumentiert, was für sich allein aber kein typisches Beschwerdebild nach Schleudertrauma der HWS im Sinne der bundesgerichtli- chen Rechtsprechung darstellt. Unter diesen Umständen kann auf eine psychiat-

- 118 - rische Begutachtung des Klägers in Bezug auf Hauptbeweissatz I.3. ebenfalls verzichtet werden.

#### **E. 10.10.7**

Zusammenfassend würde eine polydisziplinäre Begutachtung des Klä- gers zu den Beweissätzen I.2. und I.3. am Beweisergebnis nichts ändern, wes- halb diese unterbleiben kann.

#### **E. 10.11**

Unfalldynamisches und biomechanisches Gutachten Zur Beweisofferte des Klägers, zu Beweissatz I.3. ein unfalldynamisches und bi- omechanisches Gutachten einzuholen (act. 103 S. 11), kann auf das unter III.9.6. Ausgeführte verwiesen werden. Dementsprechend erübrigt sich der Antrag der Beklagten, Gelegenheit für Ergänzungsfragen zu den Gutachten zu erhalten (act. 101 S. 6).

#### **E. 10.12**

Parteibefragung bzw. Beweisaussage des Klägers In Bezug auf die zu den Beweissätzen I.2. und I.3. beantragte Parteibefragung bzw. Beweisaussage kann auf das unter III.9.7. Ausgeführte verwiesen werden. Abgesehen vom Eigeninteresse des Klägers am Verfahrensausgang kommt hinzu, dass seine Schilderungen in Bezug auf die im Anschluss an den Unfall aufgetretenen Beschwerden gegenüber den verschiedenen Ärzten eklatante Widersprüche aufweisen.

- 119 -

### **E. 10.13**

Edition der IV-Akten Als Gegenbeweismittel zu Beweissatz I.2. beantragt die Beklagte die Edition der IV-Akten des Klägers durch die SVA Zürich (act. 101 S. 3). Nachdem nicht davon auszugehen ist, dass dem Kläger der Hauptbeweis betreffend Beweissatz I.2. gelingen kann, kann auf die Abnahme dieses Beweismittels verzichtet werden.

### **E. 10.14**

Edition und Gutachten betreffend der Original-Tachoscheibe

#### **E. 10.14.1**

Als Gegenbeweismittel zu Beweissatz I.3. offeriert die Beklagte die Edition der Original-Tachoscheibe des Unfallfahrzeuges des Klägers durch die Staatsanwaltschaft Zürich sowie ein durch den Wissenschaftlichen Dienst der Stadtpolizei Zürich zu erstellendes Gutachten in Bezug auf die Auswertung dieser Tachoscheibe (act. 101 S. 6). Nachdem nicht davon auszugehen ist, dass dem Kläger der Hauptbeweis betreffend Beweissatz I.3. gelingen kann, erübrigt sich die Abnahme dieses Beweismittels. Abgesehen davon ist der Unfallhergang einschliesslich der in der Unfallanalyse ermittelten delta-v-Werte unbestritten (Kläger: act. 1 Rz. 4 ff. und act. 85 zu 6. S. 5, zu 24. S. 31; Beklagte: act. 14 Rz. 4 ff.; act. 89 Rz. 6, Rz. 25; act. 101 S. 13), so dass darüber ohnehin nicht Beweis zu führen wäre.

#### **E. 10.14.2**

In Bezug auf das von ihr geltend gemachte Selbstverschulden des Klägers am Unfall beantragt die Beklagte ebenfalls die Edition der Original-Tachoscheibe sowie ein Gutachten betreffend Auswertung der Tachoscheibe (act. 101 S. 12 f.). Die Frage der von der Beklagten geltend gemachten Haftungsreduktion wegen Selbstverschuldens des Klägers (act. 14 Rz. 4 und act. 89 Rz. 4 f.) würde sich indessen erst stellen, wenn davon auszugehen wäre, dass dem Kläger der Hauptbeweis bezüglich der Beweissätze gemäss Beweisaufgabebeschluss vom 18. Juni 2013 gelungen ist. Sodann wäre ein weiterer Beweisaufgabebeschluss in Bezug auf jene Beweisthemen erforderlich, welche im Beschluss vom 18. Juni 2013 nicht berücksichtigt wurden, wie namentlich in Bezug auf den Schaden und allfällige Herabsetzungsgründe.

- 120 -

### **E. 10.14.3**

Eine Abnahme der genannten Beweismittel erübrigt sich.

### **E. 10.15**

Fazit

#### **E. 10.15.1**

Hauptbeweissatz I.2. Die in Beweissatz I.2.1., I.2.3. und I.2.4. genannten Beschwerden (Nackenschmerzen, Angstzustände und rasche Ermüdbarkeit bei konzentrativer Tätigkeit) wurden in den als Beweismittel angebotenen Urkunden weit ausserhalb der Latenzzeit erstmals dokumentiert. Kopfschmerzen wurden zwar unmittelbar nach dem Unfall, in der Folge aber bei weitem nicht in allen Arztberichten dokumentiert. Mit den als Beweismittel abgenommenen Urkunden kann der Beweis, dass der Kläger seit dem Unfall durchgehend an den in Beweissatz I.2.1.-4. genannten Beschwerden leidet, daher nicht erbracht werden. Eine Abnahme der weiteren angebotenen Beweismittel würde an diesem Ergebnis nichts ändern.

### **E. 10.15.2**

Hauptbeweissatz I.3. In Bezug auf die weit ausserhalb der Latenzzeit erstmals dokumentierten Beschwerden kann die Unfallkausalität mit den als Beweismittel abgenommenen Urkunden nicht erbracht werden. Die innerhalb der Latenzzeit dokumentierten leichten Kopfschmerzen allein stellen sodann kein typisches Beschwerdebild nach Schleudertrauma der HWS im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung dar. Zudem liegen verschiedene unfallfremde Einflussfaktoren vor, welche als Ursachen der im Gutachten PUK diagnostizierten somatoformen Schmerzstörung und der depressive Episode weit wahrscheinlicher als der Unfall in Frage kommen. Nach dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit ist ein natürlicher Kausalzusammenhang zwischen dem Unfallereignis vom 11. November 2005 und den als Folge davon behaupteten Beschwerden gestützt auf die vorliegenden Urkunden zu verneinen. Nachdem von den weiteren offerierten Beweismitteln in Bezug auf das Beweisergebnis hinsichtlich Beweissatz I.3. keine neuen Erkenntnisse zu erwarten sind, kann die Abnahme derselben unterbleiben.

- 121 - 11. Hauptbeweissätze I.4. und I.5.

### **E. 11**

Hauptbeweissätze I.4. und I.5. 121

#### **E. 11.1**

Vorbemerkungen Eine Körperverletzung gibt dem Verletzten Anspruch auf Ersatz der Kosten sowie auf Entschädigung für die Nachteile gänzlicher oder teilweiser Arbeitsunfähigkeit, unter Berücksichtigung der Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens (Art. 46 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 62 Abs. 1 SVG). Zu ersetzen ist der erlittene Schaden im Sinne einer materiellen Einbusse. Der Erwerbsausfallschaden besteht in der Differenz zwischen den Einkünften, die nach dem schädigenden Ereignis tatsächlich erzielt worden sind und denjenigen, die ohne dieses Ereignis zugeflossen wären (BGE 132 III 321 E. 2.2.1 m.w.H.). Vorliegend hängt der geltend gemachte Erwerbsausfallschaden in erster Linie davon ab, ob der Unfall vom 11. November 2005 zu einer Einschränkung der Arbeitsfähigkeit des Klägers geführt hat und gegebenenfalls in welchem Umfang.

#### **E. 11.2**

Partei behauptungen Der Kläger macht geltend, nach dem Unfall vom 11. November 2005 habe er seine Arbeitstätigkeit als selbständiger Taxichauffeur erst im März 2007 wieder aufnehmen können, gemäss Kontrollkarten im Jahre 2007 kaum ein Drittelpensum verrichtet und dass seitdem sowie in Zukunft eine Restarbeitsfähigkeit von 40 % bestehe (act. 1 Rz. 44 f.; act. 85 zu 42. S. 65 ff.). In der Replik ergänzt der Kläger, seit Anfang 2011

betrage seine Arbeitsfähigkeit 50 %. Davon sei auch in Zukunft auszugehen (act. 85 zu 42. S. 69, zu 45. S. 73). Die Beklagte bestreitet aufgrund der Observationsergebnisse jedwede Arbeitsunfähigkeit des Klägers. Schon in den Jahren 2006 und 2007 habe er seinen Beruf als Taxifahrer problemlos ausüben können. Eventualiter bestreitet die Beklagte, dass eine allfällige Arbeitsunfähigkeit auf den Unfall zurückzuführen wäre (act. 14 Rz. 14, vgl. auch Rz. 34 ff. und act. 89 Rz. 14 S. 10).

- 122 -

### **E. 11.3**

Beweisthema Dem Kläger wurde in Ziff. I.4.1.-4. des Beweisaufgabebeschlusses vom 18. Juni 2013 der Hauptbeweis dafür auferlegt, dass er entsprechend seinen Behauptungen in seiner Arbeitsfähigkeit als Taxichauffeur eingeschränkt ist. Sodann wurde ihm in Ziff. I.5. der Hauptbeweis dafür auferlegt, dass die in Ziff. I.4.1.-4. genannten Einschränkungen der Arbeitsfähigkeit auf die in Beweissatz Ziff. I.2.1.-4. genannten Beschwerden zurückzuführen sind (act. 99 S. 2 f.).

### **E. 11.4**

Ungeeignete Beweismittel

#### **E. 11.4.1**

Der Kläger offeriert in der Beweisantrittungsschrift vom 10. September 2013 (act. 103 S. 12 ff.) als Beweismittel u.a. die von ihm selber ausgefüllten Kontrollkarten der Stadtpolizei Zürich über seine Tätigkeit als Taxichauffeur im Zeitraum vom 09.01.2006 bis 28.07.2013 (act. 4/28 f., act. 4/31, act. 4/34, act. 86/40, act. 86/62, act. 86/64 f., act. 104/3, act. 104/6), den Kontoauszug der Taxi BG. \_\_\_\_\_ AG für den Zeitraum vom 17. Oktober 2005 bis 31. Dezember 2008 (act. 4/32) sowie die Erfolgsrechnungen für Oktober 2005 sowie für die Jahre 2008 bis 2012 (act. 4/36 f., act. 86/63, act. 86/66, act. 104/4 f.). Diese Dokumente wären dazu geeignet, über die effektive Arbeitstätigkeit des Klägers Beweis zu führen, etwa wenn sich im Hinblick auf die Berechnung eines allfälligen Erwerbsausfallschadens die Frage des anrechenbaren Eigenverdienstes stellen würde. Der Beklagten ist darin beizupflichten (act. 14 Rz. 33 ff.; act. 89 Rz. 33 ff.; act. 108 S. 4), dass die Dokumentationen hinsichtlich der effektiven Arbeitstätigkeit des Klägers keine Rückschlüsse auf die Einschränkung seiner Arbeitsfähigkeit zulassen. Bezüglich dieser Frage sind allein ärztliche Feststellungen massgebend.

#### **E. 11.4.2**

Die von der Beklagten (act. 101 S. 7) als Gegenbeweismittel angerufenen Verfügungen der IV-Stelle der SVA Zürich vom 5. Januar 2009 (act. 4/38) und vom 11. Februar 2009 (act. 4/25) erweisen sich als obsolet, nachdem die mit derjenigen vom 5. Januar 2009 zusammenhängende Verfügung vom 11. Februar 2009 mit Urteil des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich vom 24. Juni 2009 aufgehoben wurde (act. 86/42 S. 19).

- 123 -

#### **E. 11.4.3**

Zu den Beweissätzen I.4.1.-4. und I.5. offeriert der Kläger die Zeugeneinvernahme von BH. \_\_\_\_\_, dem Direktor der Zentrale BG. \_\_\_\_\_ AG (act. 103 S. 13 ff.). Zu seiner Behauptung, er sei vor dem Unfall vom 11. November 2005 stets voll arbeitsfähig und seine

Stimmung stets "aufgehellt" gewesen, offeriert er zu Beweissatz I.5. überdies die Einvernahme von 16 Personen als Zeugen, welche als ehemalige Chefs, ehemalige Arbeitskollegen und weitere Kollegen bezeichnet werden (act. 103 S. 19 f.). Es ist durchaus denkbar, dass diese Personen über die effektive Arbeitstätigkeit des Klägers und dessen Stimmung vor und nach dem Unfall Auskunft geben könnten. Indessen sind die Aussagen dieser Personen von vornherein nicht geeignet, um in Bezug auf die Arbeitsfähigkeit des Klägers in der Zeit nach dem Unfall oder in Bezug auf die Ursachen einer allfälligen Einschränkung der Arbeitsfähigkeit Beweis zu führen. Zur Beantwortung dieser Fragen massgebend sind ärztliche Feststellungen. Die Einvernahmen der genannten Personen als Zeugen können daher unterbleiben.

#### **E. 11.4.4**

Für die Beurteilung der Arbeitsfähigkeit des Klägers und der Ursachen einer allfälligen Einschränkung der Arbeitsfähigkeit nicht massgebend ist schliesslich die subjektive Einschätzung des nicht medizinisch geschulten Klägers zu diesen Fragen. Abgesehen davon hat der Kläger ein offenkundiges Interesse daran, entsprechend seinem Standpunkt im vorliegenden Verfahren auszusagen. Auf die beantragte Parteibefragung sowie eine allfällige Beweisaussage des Klägers zu den Beweissätzen I.4.1-.4. und I.5. (act. 103 S. 13 ff.) kann dementsprechend verzichtet werden.

#### **E. 11.5**

Ärztliche Berichte

##### **E. 11.5.1**

Zunächst ist festzuhalten, dass mehrere vom Kläger als Beweismittel angerufene Berichte keine Einschätzungen in Bezug auf seine Arbeitsfähigkeit enthalten, so dass er daraus für seinen Standpunkt nichts ableiten kann. Dies betrifft die Berichte des Medizinischen Zentrums H.\_\_\_\_\_ vom 13. Januar 2006 (act. 4/10) und vom 17. Mai 2006 (act. 4/12), den Bericht der L.\_\_\_\_\_ Klinik vom 20. Juni 2006 (act. 4/16), den Bericht von Dr. P.\_\_\_\_\_ vom 1. März 2007 (act.

- 124 - 4/18) sowie den Ergänzungsbericht von Dr. S.\_\_\_\_\_ vom 7. Februar 2008 (act. 4/21).

##### **E. 11.5.2**

Der zeitlich erste Bericht, welcher von einer der Parteien zu den Beweissätzen I.4. oder I.5. als Beweismittel angeboten wird und eine Einschätzung der Arbeitsfähigkeit des Klägers enthält, ist derjenige von Dr. G.\_\_\_\_\_ vom 9. Januar 2006 (act. 4/8) und datiert dementsprechend rund zwei Monate nach dem Unfall. Darin wurde dem Kläger ab dem 11. November 2005 eine Arbeitsunfähigkeit von 100 % bescheinigt. Dazu wurde ausgeführt: "Patient ist bisher erst einmal Auto gefahren (Angstzustände)". Wie bereits unter III.4.2.4. ausgeführt, ist dem Bericht weder das Datum der Erstuntersuchung des Klägers zu entnehmen noch ging Dr. G.\_\_\_\_\_ auf Vorakten ein, wahrscheinlich mangels entsprechender Information und Dokumentation durch den Kläger. Wenn Dr. G.\_\_\_\_\_ zur Begründung der Arbeitsunfähigkeit von 100 % auf Angstzustände des Klägers verwies, erhellt daraus, dass diese Einschätzung in erster Linie auf den Angaben des Klägers beruhte, weshalb darauf nicht unbesehen abgestellt werden kann. Dies gilt umso mehr, als Angstzustände im Schreiben von Rechtsanwalt Dr. X2.\_\_\_\_\_ an die Beklagte vom 6. Dezember 2005 (act. 90/13) noch mit keinem Wort erwähnt wurden. Im Gegenteil geht aus

dem Schreiben hervor, dass psychische Probleme in jenem Zeitpunkt noch kein Thema waren (vgl. vorstehend III.10.5.1.a). Weitere Berichte von Dr. G.\_\_\_\_\_, dem Hausarzt des Klägers während des ersten halben Jahres nach dem Unfall, wurden nicht als Beweismittel angeboten, ebenso wenig eine Zeugeneinvernahme dieses Arztes.

### **E. 11.5.3**

Dr. G.\_\_\_\_\_ hielt in seinem Bericht vom 15. Februar 2006 fest, aus rheumatologischer Sicht könne er hier längerfristig keine Einschränkung attestieren. Er bemesse die Arbeitsfähigkeit ab sofort mit mindestens 50 %, in den nächsten 4 bis 8 Wochen zu steigern auf 100 % (act. 4/14). Dr. Dr. J.\_\_\_\_\_ schloss sich im rheumatologischen Gutachten dieser Beurteilung an (act. 67/1 S. 56). Zu berücksichtigen ist zunächst, dass Dr. G.\_\_\_\_\_ den Kläger gemäss Bericht am 13. Februar 2006 zum ersten Mal untersuchte und dementsprechend über den

- 125 - vorangehenden Zeitraum keine Aussagen traf, sondern lediglich Aussagen hinsichtlich des Endes der Arbeitsunfähigkeit machte. Weiter ist von Relevanz, dass dieser Arzt bei seiner Beurteilung nicht davon ausging, der Kläger leide seit dem Unfall vom 11. November 2005 an dem von ihm diagnostizierten chronischen Cervicovertebralsyndrom, sondern dass die vom Kläger angegebenen, ausstrahlenden Nackenschmerzen seit einem Verkehrsunfall verstärkt bestünden und somit bereits vor jenem Verkehrsunfall vorlagen, wobei nicht klar ist, ob damit überhaupt der Unfall vom 11. November 2005 gemeint war. Eine Klärung dieser Frage ist nicht möglich, nachdem eine Zeugeneinvernahme dieses Arztes von keiner Partei beantragt wurde. Zudem wurde der Bericht von Dr. G.\_\_\_\_\_ lediglich von der Beklagten als Beweismittel offeriert, während der Kläger daraus nichts für seinen Standpunkt ableitet.

### **E. 11.5.4**

Im Austrittsbericht der RehaClinic O.\_\_\_\_\_ vom 3. Januar 2007 wurde ausgeführt, u.a. in der neuropsychologischen Untersuchung habe sich bei starker Überlagerung das Bild der Vermeidungshaltung des Klägers gezeigt, so dass bezüglich der Arbeitsfähigkeit keine eindeutige prozentuale Festlegung vorgenommen werden könne. Die Wiederaufnahme der Arbeit zu einem Teilzeitpensum sei dem Kläger zumutbar und aus psychologischer Sicht sehr wichtig zur Schmerzdistanzierung und Tagesstrukturierung. Der Patient selbst fühle sich jedoch zur Zeit nicht arbeitsfähig (act. 4/17 S. 2). Dem Bericht ist lediglich zu entnehmen, dass der Kläger als teilweise arbeitsfähig eingeschätzt wurde, jedoch nicht in welchem Umfang, weshalb der Kläger daraus nichts für seinen Standpunkt ableiten kann. Eine Zeugeneinvernahme der behandelnden Ärzte wird sodann von keiner Partei als Beweismittel offeriert.

### **E. 11.5.5**

Im Bericht vom 31. August 2007 führte Dr. med. R.\_\_\_\_\_ aus, aufgrund seiner Untersuchung vom 20. August 2007 betrage die Arbeitsfähigkeit des Klägers zur Zeit 20 %. Diese Arbeitsfähigkeit könne natürlich je nach Verlauf bei Fortsetzung der geeigneten und notwendigen Therapien (autogenes Training, Osteopathie, Physiotherapie) sukzessive gesteigert werden (act. 4/19 S. 2). Im Bericht desselben Arztes vom 4. Juli 2013 wurde ausgeführt, aufgrund der somatischen Befunde einerseits als auch insbesondere der neuropsychologischen Defi-

- 126 - zite andererseits sei der Kläger in der angestammten Tätigkeit als Taxichauffeur höchstens 50 % arbeitsfähig (act. 104/2). Wie bereits unter III.4.9.3. und III.4.14.2. aufgezeigt, enthalten die beiden Berichte von Dr. R.\_\_\_\_\_ verschiedene Ungereimtheiten sowie eklatante Widersprüche zu den Vorakten. Zu ergänzen ist, dass die erste Einschätzung von Dr. R.\_\_\_\_\_ auf einer Untersuchung des Klägers basiert, welche am 20. August 2007 und damit rund sechs Wochen nach dem Ende der zweiten Observationsphase erfolgte. Während dieser Observationsphase wurde der Kläger mehrmals bei der Arbeit als Taxichauffeur gefilmt, wobei Prof. Dr. C.\_\_\_\_\_ anlässlich der Visionierung des Observationsmaterials keine Anzeichen für gesundheitliche Beeinträchtigungen feststellen konnte. Im Gutachten PUK wird in Bezug auf den Bericht von Dr. R.\_\_\_\_\_ vom 31. August 2007 sodann kritisiert, dass die Einschränkungen (der Arbeitsfähigkeit) in erster Linie mit einer verminderten Leistungsfähigkeit bzw. Stresstoleranz sowie möglichen kognitiven Defiziten begründet würden. Hier liege somit eine deutliche Diskrepanz zur Einschätzung der PUK-Gutachter sowohl in Bezug auf die damalige Arbeitsfähigkeit als auch bezüglich der neurokognitiven Defizite und deren möglicher Auswirkungen auf die Arbeitsfähigkeit vor (act. 67/2 S. 74). Zusammenfassend kann auf die Einschätzungen von Dr. R.\_\_\_\_\_ zur Arbeitsfähigkeit des Klägers nicht abgestellt werden.

#### **E. 11.5.6**

Dr.phil. S.\_\_\_\_\_ hielt in ihrem Bericht vom 13. Dezember 2007 fest, angesichts der insgesamt als mittelschwer zu beurteilenden kognitiven Defizite, v.a. im Aufmerksamkeitsvermögen, sei die berufliche Leistungsfähigkeit des Klägers als Taxifahrer, insbesondere in Kombination mit den von ihm angegebenen belastungsabhängigen Schwindelbeschwerden, nach wie vor erheblich eingeschränkt (act. 4/20 S. 11 f.). Die neuropsychologische Untersuchung des Klägers durch Dr. S.\_\_\_\_\_ fand einige Monate nach Abschluss der zweiten Observationsphase statt. Prof. Dr. C.\_\_\_\_\_ konnte anlässlich der Visionierung des Observationsmaterials - wobei der Kläger in der zweiten Observationsphase an verschiedenen Tagen während seiner Tätigkeit als Taxichauffeur zu sehen war - beim Kläger keine Hinweise auf gesundheitliche Beeinträchtigungen oder Beschwerden feststellen (Prot. S. 29 ff.).

- 127 - Mit Blick auf das Observationsmaterial wurden im Gutachten PUK denn auch Zweifel an der Richtigkeit der Schlussfolgerungen im Bericht von Dr. S.\_\_\_\_\_ ge- äussert (act. 67/2 S. 67). Sodann ist bezüglich der von ihr berücksichtigten "belastungsabhängigen Schwindelbeschwerden" daran zu erinnern, dass in den Berichten des Medizinischen Zentrums H.\_\_\_\_\_ vom 13. Januar 2006, vom 20. April 2006 und vom 14. Februar 2008 explizit "kein Schwindel" festgehalten wurde (act. 4/10 ff.) und der Kläger im Rahmen des Hauptverfahrens auch keine entsprechenden unfallkausalen Beschwerden behauptet hat. Die Einschätzung von Dr. S.\_\_\_\_\_ in Bezug auf die Einschränkung der beruflichen Leistungsfähigkeit des Klägers kann daher nicht berücksichtigt werden.

#### **E. 11.5.7**

Während die Arbeitsfähigkeit des Klägers als Taxichauffeur im Bericht des Medizinischen Zentrums H.\_\_\_\_\_ vom 20. April 2006 mit 0 % angegeben wurde (act. 4/11 S. 2), wurde im Bericht vom 14. Februar 2008 gemäss der Feststellung "Subjektiv ist der Pat. 70 % arbeitsunfähig" auf eine Arbeitsunfähigkeit des Klägers für die Arbeit als Taxichauffeur in diesem Umfang geschlossen (act. 4/13 S. 3). Wie schon unter III.4.4.3. sowie III.4.11.2. ausgeführt, enthalten die Berichte des Medizinischen Zentrums H.\_\_\_\_\_ keine

Auseinandersetzung mit den medizinischen Vorakten und wurden die wesentlichen Schlussfolgerungen offenbar gestützt auf die Angaben des Klägers gezogen. Ergänzend ist festzuhalten, dass Diskrepanzen zwischen den in den Berichten aufgeführten Beschwerden des Klägers und den aufgrund der Observationen gewonnenen Erkenntnissen auffallen. Auf die Einschätzungen zur Arbeitsfähigkeit des Klägers in den Berichten des Medizinischen Zentrums H.\_\_\_\_\_ kann somit ebenfalls nicht abgestellt werden.

#### **E. 11.5.8**

Wie bereits unter III.4.12.3. ausgeführt, wurde von Dr. U.\_\_\_\_\_ lediglich die unbegründete Bescheinigung über die Arbeitsunfähigkeiten des Klägers vom 19. Januar 2009 als Beweismittel offeriert (act. 4/33). Es fällt auf, dass die Hausärztin dem Kläger eine Arbeitsunfähigkeit von 100 % bescheinigte im Zeitraum der ersten Observationsphase sowie eine Arbeitsunfähigkeit von 80 bzw. 88 % im Zeitraum der zweiten Observationsphase. Die Beklagte weist sodann zutreffend darauf hin (act. 89 Rz. 33 ff.), dass der Kläger gemäss den von ihm selber ausge-

- 128 - füllten Kontrollkarten prozentual mehr arbeitete, als seine Arbeitsfähigkeit gemäss der Bescheinigung von Dr. U.\_\_\_\_\_ betrug (vgl. act. 4/28 und act. 4/31). Damit erweist sich die Behauptung des Klägers, die von ihm eingereichten Kontrollkarten würden mit den Arbeitsunfähigkeitsbestätigungen von Dr. U.\_\_\_\_\_ korrespondieren (act. 1 Rz. 35), als widerlegt. Abgesehen davon, dass die unbegründete Bescheinigung nicht nachvollziehbar ist, kann auch angesichts der erheblichen Diskrepanzen zwischen der attestierten Arbeitsunfähigkeit einerseits und den aufgrund der Observationen gewonnenen Erkenntnisse sowie den Kontrollkarten andererseits darauf nicht abgestellt werden.

#### **E. 11.6**

IV-Gutachten

##### **E. 11.6.1**

In den beiden IV-Gutachten erfolgte eine differenzierte, kritische Auseinandersetzung mit den früheren Arztberichten und den sich teilweise widersprechenden Ausführungen zur Arbeitsfähigkeit des Klägers (vgl. insbesondere act. 67/1 S. 38 ff. und S. 56 sowie act. 67/2 S. 5 ff. und S. 73 f.). Die Gutachter gelangten aufgrund der umfangreichen Vorakten, welche neben dem Observationsmaterial auch vom Kläger vorliegend nicht eingereichte Arztberichte umfassten, sowie aufgrund von eingehenden Untersuchungen des Klägers zu ihren Ergebnissen.

##### **E. 11.6.2**

Dr. Dr. J.\_\_\_\_\_ schloss sich im rheumatologischen Gutachten der Einschätzung von Dr. G.\_\_\_\_\_ an, wonach der Kläger ab dem 16. Februar 2006 bis zum 30. April 2006 zu 50 % arbeitsunfähig und anschliessend wieder zu 100 % arbeitsfähig gewesen sei (act. 67/1 S. 55 f.). Worauf sie ihre Einschätzung stützte, der Kläger sei nach dem Unfall vom 11. November 2005 bis zum 15. Februar 2006 zu 100 % arbeitsunfähig gewesen, ist ihren Ausführungen hingegen nicht zu entnehmen, zumal sich Dr. G.\_\_\_\_\_ in seinem Bericht nicht zur Arbeitsunfähigkeit des Klägers in diesem Zeitraum äusserte, nachdem er den Kläger das erste und wahrscheinlich auch einzige Mal am 13. Februar 2006 untersucht hatte (act. 4/14). In diesem Zusammenhang ist das Ziel des IV-Gutachtens zu berücksichtigen, eine allfällige Invalidität des Klägers im Hinblick auf die Ausrichtung einer Invalidenrente abzuklären. Eine wesentliche Voraussetzung dafür bildet das An-

- 129 - dauern der Arbeitsunfähigkeit bzw. der Invalidität über die einjährige Wartefrist hinaus (Art. 28 Abs. 1 IVG i.V.m. Art. 6 ff. ATSG). Nachdem Dr. Dr. J. \_\_\_\_\_ da- von ausging, der Kläger sei bereits ab Anfang Mai 2006, d.h. nach weniger als sechs Monaten nach dem Unfall, wieder zu 100 % arbeitsfähig gewesen, fiel die Ausrichtung einer IV-Rente für die Gutachterin von vornherein ausser Betracht, so dass eine allfällige Arbeitsunfähigkeit des Klägers in den ersten Monaten nach dem Unfall für sie lediglich eine untergeordnete Rolle spielte. Ob nach Auffassung von Dr. Dr. J. \_\_\_\_\_ der Unfall vom 11. November 2005 für die von ihr festgestellte vorübergehende Arbeitsunfähigkeit die alleinige oder eine Teilursache bildete, ist dem rheumatologischen Gutachten sodann nicht zu entnehmen, da auch diese Frage im Hinblick auf die Ausrichtung einer IV-Rente nicht massgebend war. Im Ergebnis spricht das rheumatologische Gutachten zwar für den Standpunkt des Klägers in Bezug auf die Einschränkung seiner Arbeitsfähigkeit im Zeitraum vom 11. November 2005 bis 30. April 2006 (Beweissatz I.4.1.). Was indessen die entscheidende Frage der Unfallkausalität der Arbeitsunfähigkeit in jenem Zeitraum betrifft (Beweissatz I.5.), ist zu bezweifeln, dass der Kläger aus dem rheumatologischen Gutachten zu seinen Gunsten etwas ableiten könnte. Die Frage kann indessen offen bleiben, nachdem der Kläger das rheumatologische Gutachten zu keinem Beweissatz als Beweismittel angerufen hat und daraus somit nichts für seinen Standpunkt ableitet.

### **E. 11.6.3**

Im Gutachtachten PUK wurde zur Arbeitsfähigkeit des Klägers ausgeführt, aufgrund der Summe und Ausprägung der psychischen Beschwerden werde vom Zeitpunkt des Unfallereignisses bis ca. Juni 2006 von einer 100 % Arbeitsunfähigkeit im Beruf des Klägers als Taxifahrer ausgegangen. Im Verlauf des zweiten Halbjahres habe nach Einschätzung der Gutachter eine Steigerung der Arbeitsfähigkeit von 0 auf 80 % stattgefunden, was im Wesentlichen auf der Abnahme der depressiven, posttraumatischen und ängstlichen Symptomatik beruhe. Resultierend aus der Summe der weiter bestehenden psychischen Probleme bestehe für die Folgezeit bis heute eine leichtgradige Beeinträchtigung der Arbeitsfähigkeit, die mit ca. 20 % beziffert werden könne. Dafür sei in erster Linie die de-

- 130 - pressive Restsymptomatik mit erhöhter Ermüdbarkeit und rascherer Erschöpfung verantwortlich (act. 67/2 S. 68 ff.). Wie bereits ausgeführt, kommt der vorliegend zentralen Frage des natürlichen Kausalzusammenhanges zwischen Unfallereignis und den geltend gemachten gesundheitlichen Beeinträchtigungen des Klägers im IV-Verfahren keine wesentliche Bedeutung zu, weshalb auf diese Thematik im Gutachten PUK nur beiläufig eingegangen wurde. Hinzu kommt, dass die im Gutachten PUK festgestellten Einschränkungen der Arbeitsfähigkeit nur in Bezug auf den Zeitraum vom 11. November 2005 bis Ende Juni 2006 mit der vom Kläger behaupteten Arbeitsunfähigkeit übereinstimmt. Für den Zeitraum ab Juli 2006 liegt in Bezug auf die Beweissätze I.4.1.-4.4. stets eine Differenz zwischen behaupteter, prozentual grösserer Arbeitsunfähigkeit und der prozentual als geringer eingeschätzten Arbeitsunfähigkeit gemäss Gutachten PUK vor. Die im Gutachten PUK gestellten Diagnosen (Anpassungsstörung bis Ende 2006; aktuell somatoforme Schmerzstörung, leichtgradig depressive Episode, Störungen durch Tabak) sowie die als Ursachen der Arbeitsunfähigkeit genannten Symptome (vgl. act. 67/2 S. 49 f., S. 63 f.) wurden vom Kläger im Rahmen des Hauptverfahrens nur teilweise als unfallkausale Beschwerden behauptet und fanden dementsprechend keinen Eingang in Beweissatz I.2 (vgl. vorstehend III.10.2.2.). Gemäss Beweissatz I.5. hat der Kläger zu

beweisen, dass die behaupteten Einschränkungen der Arbeitsfähigkeit auf die in Beweissatz I.2.1.-4. aufgeführten Beschwerden zurückzuführen sind. Wie bereits unter III.10.15. ausgeführt, misslingt dem Kläger der Beweis, dass er seit dem Unfall an den Beschwerden gemäss Beweissatz I.2.1.-4. leidet bzw. dass allfällige Beschwerden gemäss Beweissatz I.2.1.-4. unfallkausal sind. Zudem stimmen die behaupteten Beschwerden nur teilweise mit denjenigen im Gutachten PUK diagnostizierten Beschwerden überein, während die Diagnosen gemäss Gutachten PUK den Behauptungen des Klägers auf der anderen Seite zum Teil widersprechen. Im Ergebnis kann der Kläger in Bezug auf Beweissatz I.5. aus dem Gutachten PUK nichts zu seinen Gunsten ableiten.

- 131 -

### **E. 11.7**

Polydisziplinäres / interdisziplinäres Gutachten Zu den Beweissätzen I.4.1.-4. und I.5. offeriert der Kläger zudem eine polydisziplinäre bzw. interdisziplinäre Begutachtung (act. 103 S. 12 ff.). Zunächst ist in diesem Zusammenhang zu berücksichtigen, dass das Misslingen der Hauptbeweissätze I.1., I.2.1.-4. und I.3. bereits feststeht. Hinzu kommt, dass es sich unter Berücksichtigung der Ausführungen von Prof.Dr. C.\_\_\_\_\_ bei den Beschwerden gemäss Beweissatz I.2. ausschliesslich um solche handelt, welche nicht objektiv festgestellt, sondern nur aufgrund der Klagen des jeweiligen Patienten erhoben werden können (Prot. S. 68). Unter diesen Umständen hätten sich der oder die Gutachter für den Zeitraum von mehr als acht Jahren bis zur Begutachtung auf die Feststellungen zur Arbeitsfähigkeit des Klägers in früheren Berichten und Gutachten zu stützen. Wie vorstehend ausgeführt, liegen keine als Beweismittel angebotenen Berichte und Gutachten vor, mit welchen eine unfallkausale Arbeitsunfähigkeit bewiesen werden könnte. Nachdem von einer zusätzlichen Begutachtung des Klägers mit Bezug auf die zentrale Frage des natürlichen Kausalzusammenhanges gemäss Beweissatz I.5. keine neuen Erkenntnisse zu erwarten sind, welche den Ausgang des Prozesses zu beeinflussen vermöchten, kann auf die beantragte poly- bzw. interdisziplinäre Begutachtung verzichtet werden.

### **E. 11.8**

EFL-Gutachten

#### **E. 11.8.1**

Schliesslich offeriert der Kläger zu Beweissatz I.5. ein EFL-Gutachten als Beweismittel (act. 103 S. 19). Dazu macht er in der Replik geltend, dass er rasch ermüde, die Konzentration nachlasse und er in der Folge nervös werde. Eine EFL-Abklärung werde die Ermüdung und die nach einem halben Tag eintretende Unzumutbarkeit der weiteren Betätigung bestätigen (act. 85 zu 45. S. 73).

#### **E. 11.8.2**

Mit einem EFL-Gutachten ist offenbar die Evaluation der funktionellen Leistungsfähigkeit gemeint (ACKERMANN, a.a.O., S. 108). Diese stellt ein Assessmentsystem zur Beurteilung der arbeitsbezogenen physischen Belastbarkeit dar und beinhaltet ein Set von arbeitsnahen physischen Tests wie beispielsweise das

- 132 - Heben von Lasten, sowie eine standardisierte Befragung zu den Symptomen, zur Selbstbeurteilung der eigenen Leistungsfähigkeit und zur bisherigen Arbeit (vgl. <http://sar-reha.ch/interessengemeinschaften/ig-ergonomie/efl.html>; besucht am 3.

September 2014). In Bezug auf die physische Belastbarkeit des Klägers ist daran zu erinnern, dass er gemäss der Einschätzung von Prof. Dr. C. \_\_\_\_\_ bereits am 4. Juli 2007 ohne jegliche Anzeichen einer gesundheitlichen Beeinträchtigung in der Lage war, diverse Gepäckstücke zu heben (Prot. S. 56 ff.), wobei unbestritten ist, dass eines davon 26 Kilogramm wog (Kläger: act. 1 Rz. 32h S. 18; Beklagte: act. 14 Rz. 32g S. 27; Zweiter Ermittlungsbericht vom 31. Juli 2007: act. 20/8 S. 36 ff.). Zudem schätzt er sich aktuell selber als Taxifahrer zu 50 % arbeitsfähig ein (act. 103 S. 21). Während seiner Arbeit muss der Kläger selbstredend in der Lage sein, auch schwere Gepäckstücke der Fahrgäste ein- und auszuladen, und dies nicht nur zu 50 %, sondern zu 100 %. Dass in dieser Hinsicht eine Einschränkung bestehen würde, wird von ihm nicht behauptet.

### **E. 11.8.3**

Hinzu kommt, dass dem Kläger der Beweis misslingt, seit dem Unfall an rascher Ermüdbarkeit bei konzentrativer Tätigkeit zu leiden und dass die rund zwei Jahre nach dem Unfall erstmals dokumentierten Beschwerde auf den Unfall zurückzuführen wäre (vgl. vorstehend III.10.6.3. und III.10.15.).

### **E. 11.8.4**

Abgesehen davon kann eine EFL-Abklärung zwar Aussagen über die Leistungsfähigkeit resp. den Gesundheitsschaden machen, jedoch die Frage nach der Kausalität nicht beantworten. Damit bildet die EFL-Abklärung keine genügende Grundlage für die Kausalitätsbeurteilung (ACKERMANN, a.a.O., S. 108).

### **E. 11.8.5**

Zusammenfassend kann auf die Einholung eines EFL-Gutachtens verzichtet werden.

### **E. 11.9**

Fazit Gestützt auf die als Beweismittel angebotenen Arztberichte und IV-Gutachten kann der Kläger die Hauptbeweise gemäss den Beweissätzen I.4.1.-4. und I.5. nicht erbringen. Festzuhalten ist in diesem Zusammenhang, dass der Bericht USZ vom 11. November 2005 (act. 4/7), welchem gemäss bundesgerichtlicher Recht-

- 133 - sprechung grosses Gewicht zukommt (BGE 134 V 109 E. 9.2.), von keiner Partei als Beweismittel zu diesen Beweissätzen angeboten wurde. Nachdem von den weiteren von den Parteien offerierten Beweismitteln keine neuen Erkenntnisse zu erwarten sind, welche das Beweisergebnis in Bezug auf die Beweissätze I.4.1.-4. und I.5. zu beeinflussen vermöchten, kann die Abnahme derselben unterbleiben. 12. Zulässigkeit der beschränkten Beweisabnahme

### **E. 12**

Zulässigkeit der beschränkten Beweisabnahme 133

### **E. 12.1**

Mit Zirkulationsbeschluss des Kassationsgerichts des Kantons Zürich vom 13. Oktober 2010 (act. 53) wurde der Beschluss des Handelsgerichts vom 2. Oktober 2009, mit welchem die Gesuche des Klägers um Entscheid über die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege vor Durchführung der anberaumten Instruktionsverhandlung abgewiesen worden waren (act. 42), aufgehoben und dem Kläger für das Verfahren vor Handelsgericht die unentgeltliche Prozessführung bewilligt und ihm in der Person seines Vertreters ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt. Zur Begründung wurde im Wesentlichen

ausgeführt, es sei gegen den Widerstand des Klägers nicht zulässig, vor einer Entscheidung über die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege zuzuwarten, bis eine Instruktionsverhandlung unter Beizug eines medizinischen Experten, allenfalls verbunden mit einer Referentenaudienz und Vergleichsverhandlung in der Sache selbst, durchgeführt worden sei. Grundsätzlich könne erst nach einem Beweisverfahren beurteilt werden, ob die behaupteten gesundheitlichen Beeinträchtigungen zutreffen oder nicht. Zumindest könne im heutigen Zeitpunkt nicht davon ausgegangen werden, dass diese nicht oder kaum bewiesen werden könnten. Davon könne wohl selbst dann nicht ausgegangen werden, wenn eine Visionierung der Video-Zuschnitts keinerlei gesundheitliche Beeinträchtigungen indizieren würde (act. 53 S. 17 ff.).

### **E. 12.2**

Der Kläger macht geltend, das Kassationsgericht habe aus seiner Sicht verbindliche Ausführungen auch für die weitere Beurteilung der Aussichtslosigkeitsfrage nach einer allfälligen Visionierung gemacht. So verlange das Kassationsgericht, dass das Beweisverfahren auf jeden Fall durchgeführt werde, was mit der Visionierung durch Prof. Dr. C.\_\_\_\_\_ nicht geschehen sei. Die Kassationsrichter hätten festgehalten, dass der Prozess selbst dann nicht als aussichtslos beur-

- 134 - teilt werden könne, wenn sich bei der Visionierung durch den Neurologen keine gesundheitlichen Beeinträchtigungen ergäben, zumal die Behauptung des Klägers, dass er nach drei bis vier Stunden Arbeit müde werde, damit doch nicht widerlegt wäre (act. 73 Rz. 2a, vgl. auch act. 85 zu 14. S. 13 f., zu 23a S. 22, zu 31. S. 45 ff.). Tatsächlich habe sich durch die Visionierung an der Beurteilung der Aussichtslosigkeitsfrage nichts geändert, im Gegenteil: Durch die Visionierung sei noch verstärkt worden, dass ein Beweisverfahren durchgeführt werden müsse. Unter Hinweis auf die Ausführungen von Prof. Dr. C.\_\_\_\_\_ zum typischen Beschwerdebild nach HWS-Schleudertrauma macht der Kläger geltend, es stehe fest, dass eine umfassende polydisziplinäre Begutachtung unter Berücksichtigung der Fachbereiche Neurologie, Neuropsychologie, Psychiatrie, Rheumatologie und Orthopädie unerlässlich sei, um definitiv zu klären, ob und welche Unfallfolgen der Kläger davongetragen habe. Zudem müsse der Kläger zur konkreten Erfassung der Restarbeitsfähigkeit einer EFL-Abklärung unterzogen werden, da die frühe Ermüdbarkeit bei konzentrierter Arbeit wie beim Taxifahren geprüft und objektiviert werden müsse (act. 73 Rz. 2b, Rz. 2c, Rz. 2e vgl. auch act. 85 zu 31. S. 47 f., zu 37. S. 55, zu 45. S. 73). Mit der Visionierung durch den Experten seien die Feststellungen des Kassationsgerichtes in ihrer Richtigkeit bestärkt worden (act. 73 Rz. 2b/ss). Die Beklagte wendet im Wesentlichen ein, das Kassationsgericht habe unter dem dortigen Prozessthema der unentgeltlichen Prozessführung lediglich erwogen, die klägerische Behauptung der Ermüdung nach drei bis vier Stunden könnten durch eine Visionierung nicht widerlegt werden. Die Behauptungen des Klägers seien nicht als zutreffend bezeichnet worden, sondern ins Beweisverfahren des Hauptprozesses verwiesen worden. Von einer diesbezüglichen Bindungswirkung des Kassationsgerichtsentscheides könne keine Rede sein (act. 89 Rz. 14 S. 9). Eine polydisziplinäre Begutachtung Jahre nach dem Ereignis sei von vornherein nicht beweisgeeignet und würde keine neuen Erkenntnisse liefern können (act. 89 Rz. 15, Rz. 23a S. 15, Rz. 37, Rz. 45).

### **E. 12.3**

Im Entscheid des Kassationsgerichts vom 13. Oktober 2010 (act. 53) ging es nicht um die Frage, ob und wie im vorliegenden Verfahren ein Beweisverfahren

- 135 - durchzuführen sei, sondern darum, in welchem Zeitpunkt über das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege zu entscheiden ist. In diesem Zusammenhang vertrat das Kassationsgericht die Auffassung, unabhängig vom Ergebnis der Visionierung der DVD-Videozusammenschnitte durch einen medizinischen Experten könne nicht auf die Aussichtslosigkeit des Prozesses geschlossen werden (act. 53 S. 23 f.). Vorliegend geht es indessen nicht um die Frage der Aussichtslosigkeit des Prozesses, welche sich im Zusammenhang mit der Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege stellt (§ 84 Abs. 1 ZPO/ZH), sondern darum, ob der behauptete Schaden bzw. die immaterielle Unbill mit überwiegender Wahrscheinlichkeit eine Folge von anlässlich des Unfalls vom 11. November 2005 erlittenen gesundheitlichen Beeinträchtigungen des Klägers darstellen. Dass allein aufgrund der Visionierung der Video-Zusammenschnitte nicht darauf geschlossen werden kann, der Kläger habe keine unfallkausalen gesundheitlichen Beeinträchtigungen mit Auswirkungen auf seine Arbeitsfähigkeit erlitten, liegt schon deshalb auf der Hand, weil die Observationen erst rund sieben Monate nach dem Unfall begannen und diese gemäss den Ausführungen von Prof. Dr. C.\_\_\_\_\_ keine Rückschlüsse auf die Vergangenheit zulassen (Prot. S. 70). Daraus kann indessen nicht der Schluss gezogen werden, es sei vorliegend ein Beweisverfahren durchzuführen, in welchem Rahmen eine polydisziplinäre Begutachtung des Klägers unerlässlich sei (act. 73 Rz. 2b sowie act. 85 zu 37. S. 55).

#### **E. 12.4**

Entgegen der klägerischen Auffassung lässt sich auch BGE 134 V 109 nicht entnehmen, dass zur Abklärung von unfallbedingten Schleudertraumafolgen nach einer Chronifizierung nach sechs Monaten ein polydisziplinäres Gutachten unter Einschluss der Neurologie, Neuropsychologie, Orthopädie und Psychiatrie angeordnet werden müsse (act. 85 zu 15. S. 15 und Rz. 23a S. 24), sondern dass es als Grundlage für die Kausalitätsbeurteilung nebst einer den Anforderung genügenden Erstabklärung einer eingehenden medizinischen Abklärung (im Sinne eines polydisziplinären/interdisziplinären Gutachtens) bereits in einer ersten Phase nach dem Unfall bedarf. Nach Auffassung des Bundesgerichts dürfte eine solche Begutachtung in der Regel nach rund sechs Monaten Beschwerdepersistenz zu veranlassen sein (BGE 134 V 109 E. 9.4). Vorliegend ergab die Erstabklärung im fachlich dazu kompetenten Universitätsspital Zürich keine Hinweise auf ein

- 136 - Schleudertrauma der HWS, sondern es wurden entsprechende Beschwerden, welche einen Verdacht auf eine Schleuderverletzung der HWS hätten begründen können, im Gegenteil explizit verneint (act. 4/7). Eine polydisziplinäre Begutachtung in einer ersten Phase nach dem Unfall fand nicht statt; auch die Begutachtungen der IV wurden erst über vier Jahre nach dem Unfall ab Mitte Februar 2010 durchgeführt (act. 67/1 S. 1 und act. 67/2 S. 3). Für eine polydisziplinäre Begutachtung, welche den in BGE 134 V 109 umschriebenen Anforderungen genügt, war es bereits bei Einleitung des Prozesses über drei Jahre nach dem Unfall zu spät. Diese kann durch die beantragte polydisziplinäre Begutachtung des nunmehr über acht Jahre zurückliegenden Unfalls nicht ersetzt werden. Abgesehen davon sind angesichts der zu den Hauptbeweissätzen I.1. bis I.5. des Beweisauf-lagebeschlusses vom 18. Juni 2013 angebotenen Beweismitteln von einer polydisziplinären Begutachtung des Klägers keine neuen Erkenntnisse zu erwarten, welche das Beweisergebnis zu beeinflussen vermöchten.

### **E. 12.5**

Das Bundesgericht leitet aus Art. 8 ZGB als Korrelat zur Beweislast insbesondere das Recht der beweisbelasteten Partei ab, zum ihr obliegenden Beweis zugelassen zu werden, soweit entsprechende Anträge im kantonalen Verfahren form- und fristgerecht gestellt worden sind. Der bundesrechtliche Beweisführungsanspruch gilt indessen nur für rechtserhebliche Tatsachen und schliesst insbesondere die vorweggenommene Beweiswürdigung nicht aus (BGE 122 III 219 E. 3c sowie BGE 126 III 315 E. 4a je m.w.H.). Wo das Gericht in Würdigung von Beweisen zur Überzeugung gelangt, eine Tatsachenbehauptung sei bewiesen oder widerlegt, ist die Beweislastverteilung gegenstandslos. Diesfalls liegt freie Beweiswürdigung vor, welche durch Art. 8 ZGB nicht geregelt ist. Diese Bestimmung schreibt dem Gericht nicht vor, mit welchen Mitteln der Sachverhalt abzuklären und wie das Ergebnis davon zu würdigen ist. Eine beschränkte Beweisabnahme verletzt Art. 8 ZGB daher nicht, wenn das Gericht schon nach deren Ergebnis von der Sachdarstellung einer Partei überzeugt ist, gegenteilige Behauptungen also für unbewiesen hält (BGE 114 II 289 E. 2a; BGE 130 III 591 E. 5.4). Auch der aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör fließende Anspruch auf Abnahme und Würdigung der angebotenen Beweise schliesst eine antizipierte Beweiswürdigung nicht aus. Das Recht auf Beweis hindert das Gericht nicht daran,

- 137 - die Beweise antizipiert zu würdigen, wenn es zum Schluss kommt, dass weitere Beweismassnahmen an seinem Urteil nichts zu ändern vermöchten, weil die entsprechenden Beweisanträge offensichtlich untauglich sind oder eine rechtserhebliche Tatsache betreffen oder weil das Gericht aufgrund der bereits abgenommenen Beweise seine Überzeugung gebildet hat und willkürfrei davon ausgehen darf, diese würde durch weitere Beweiserhebungen nicht erschüttert (BGE 124 I 208 E. 4a; Urteil des Bundesgerichts 4A\_375/2010 vom 22. November 2010 E. 2.1 m.w.H.).

### **E. 12.6**

Im Verfahren nach der (alten) zürcherischen Zivilprozessordnung steht erst mit den Beweisantrittsschriften (§ 137 ZPO/ZH) definitiv fest, welche Beweismittel die Parteien bezeichnen, weshalb die abschliessende Nennung der Haupt- und Gegenbeweismittel Voraussetzung für eine antizipierte Beweiswürdigung über erhebliche und bestrittene Tatsachen bildet, ausser eine behauptete Tatsache kann objektiv gar nicht mehr bewiesen werden (vgl. Kass.-Nr. AA100069, Beschluss vom 24. Mai 2011 i.S. C. gegen A., E. 5c m.w.H.; ZR 95 [1996] Nr. 73). Vorliegend wurde das Beweisverfahren mit Beweisaufgebotsbeschluss vom 18. Juni 2013 (act. 99) auf die Frage des natürlichen Kausalzusammenhanges, insbesondere in Bezug auf den geltend gemachten Erwerbsausfallschaden, beschränkt. In dieser Hinsicht haben die Parteien ihre Beweismittel in den Beweisantrittsschriften abschliessend bezeichnet (act. 101; act. 103; act. 108). Damit steht einer antizipierten Beweiswürdigung der mit Beschluss vom 6. März 2014 (act. 110) abgenommenen Beweise nichts im Wege.

### **E. 12.7**

Die Würdigung der bisher abgenommenen Beweismittel führt zum Schluss, dass dem Kläger die ihm in Bezug auf die natürliche Kausalität - insbesondere hinsichtlich des Erwerbsausfallschadens - auferlegten Hauptbeweise misslingen. Sodann steht aufgrund einer antizipierten Beweiswürdigung der weiteren von den Parteien angebotenen Beweismittel bereits fest, dass von diesen keine neuen Erkenntnisse zu erwarten sind,

welche das Beweisergebnis zu beeinflussen vermöchten. Demzufolge kann eine Abnahme der weiteren von den Parteien angebotenen Beweismittel unterbleiben.

- 138 - 13. Deckung eines allfälligen Erwerbsausfallschadens

### **E. 13**

Deckung eines allfälligen Erwerbsausfallschadens 138

#### **E. 13.1**

Zahlung der Beklagten Es ist unbestritten, dass die Beklagte dem Kläger am 20. Januar 2006 CHF 14'514.00 als Schadensausgleich bezahlte (Kläger: act. 1 Rz. 8, act. 85 zu 8.; Beklagte: act. 14 Rz. 8, act. 89 Rz. 8). Wie die nachfolgende Berechnungen zeigen, wäre ein allfälliger Erwerbsausfallschaden des Klägers durch diese Zahlung selbst dann gedeckt, wenn davon auszugehen wäre, der Kläger sei in einer ersten Phase nach dem Unfall vorübergehend in seiner Arbeitsfähigkeit eingeschränkt gewesen.

#### **E. 13.2**

Definition Erwerbsausfallschaden Der haftpflichtrechtlich relevante Erwerbsausfallschaden bzw. Erwerbsschaden ergibt sich aus der Differenz zwischen dem hypothetischen Einkommen, das der Geschädigte ohne den Unfall erzielt hätte, dem sogenannten Valideneinkommen, und dem Einkommen, das er nach dem Unfall zumutbarerweise noch erzielen kann, dem sogenannten Invalideneinkommen, abzüglich effektiv erbrachten und kongruenten Sozialversicherungsleistungen (FELLMANN/KOTTMANN, a.a.O., N 1557). Zeitliche Kongruenz liegt vor, wenn die Leistung der Sozialversicherung für die gleiche Zeitspanne erfolgt, für die ein Schaden besteht, welchen der Haftpflichtige ersetzen muss (BGE 126 III 41 E. 2 m.w.H.).

#### **E. 13.3**

Valideneinkommen Es ist unbestritten, dass der Kläger ab 2001 bis Ende September 2005 als angestellter Taxichauffeur arbeitete und ab 1. Oktober 2005 und damit im Unfallzeitpunkt seit rund 40 Tagen als selbständiger Taxichauffeur tätig war (Kläger: act. 1 Rz. 38 f.; Beklagte: act. 89 Rz. 39). Für die Zeit seiner selbständigen Erwerbstätigkeit vor dem Unfall reicht der Kläger eine Erfolgsrechnung für Oktober 2005 ein, während er sich über sein Einkommen im November 2005 bis zum Unfallzeitpunkt ausschweigt (vgl. act. 1 Rz. 40). Gemäss Erfolgsrechnung erzielte der Kläger im Oktober 2005 einen Betriebsertrag von CHF 8'964.60 bei einem Betriebsaufwand

- 139 - von CHF 5'317.10, so dass ein Nettoertrag bzw. Gewinn von CHF 3'647.50 resultiert (act. 4/36). Dazu führt der Kläger aus, da notorisch sei, dass bei Aufnahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit übermässig hohe Auslagen anfielen, könne aus der Erfolgsrechnung für Oktober 2005 nicht definitiv auf ein erzielbares Nettoeinkommen geschlossen werden. Er macht im Wesentlichen geltend, er hätte ohne den Unfall bis zu seinem 70. Altersjahr bei jährlichen Aufwendungen von CHF 33'000.00 einen Betriebsertrag von CHF 100'000.00 realisieren können (act. 1 Rz. 40 ff.; act. 85 zu 38. ff. S. 55 ff.). Der Kläger geht somit ab dem 11. November 2005 von einem Valideneinkommen von netto CHF 67'000 pro Jahr bzw. CHF 5'583.35 pro Monat aus. Die Beklagte bestreitet das geltend gemachte Valideneinkommen und bezeichnet dieses als unrealistisch hoch (act. 14 Rz. 38 ff.; act. 89 Rz. 16 S. 11, Rz. 38 ff. S. 34 ff.).

#### **E. 13.4**

Anrechnung des Eigenverdienstes Gemäss den Ausführungen des Klägers habe er seine Tätigkeit als Taxifahrer ab März 2007 zu 1/3-Pensum wieder aufgenommen und im Jahre 2007 einen Gewinn von CHF 8'000.00 erwirtschaftet. Bei einem Pensum von rund 40 % habe er im Jahre 2008 einen Gewinn in der Höhe von CHF 17'999.60 und im Jahre 2009 in der Höhe von CHF 21'474.45 erzielt. Es ist unbestritten, dass der Eigenverdienst an einen allfälligen Erwerbsausfallschaden anzurechnen wäre (Kläger: act. 1 Rz. 44, act. 85 zu 44. S. 70; Beklagte: act. 89 Rz. 44).

### **E. 13.5**

Anrechnung der Rentenleistungen der IV Entsprechend der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (BGE 131 III 12 E. 7.3) gehen die Parteien übereinstimmend davon aus, dass die dem Kläger ausgerichteten IV-Renten an einen allfälligen Erwerbsausfallschaden anzurechnen wären. Es ist unbestritten, dass dem Kläger in der Zeit vom 1. November 2006 bis

### **E. 13.6**

Anrechnung der Taggeldleistungen der D.\_\_\_\_\_ Unbestritten ist, dass der Kläger im Hinblick auf die Selbständigkeit per 1. Oktober 2005 bei D.\_\_\_\_\_ Versicherungen eine Einzel-Lohnausfallversicherung abgeschlossen hatte. Das versicherte Taggeld bei Krankheit mit Unfalleinschluss betrug CHF 150.00 ab dem 15. Tag bei einer maximalen Leistungsdauer von 730 Tagen abzüglich Wartefrist (Kläger: act. 1 Rz. 27, act. 85 zu 26. S. 38; Beklagte: act. 14 Rz. 26, act. 89 Rz. 26b S. 24; Versicherungspolice vom 19. Oktober 2005: act. 90/10; AVB D.\_\_\_\_\_ Ausgabe 1. Juli 2005: Anhang von act. 90/9). Die Parteien sind sich weiter darin einig, dass die von der D.\_\_\_\_\_ geleisteten Taggeldzahlungen an ein haftpflichtrechtliches Schadenssubstrat anrechenbar wären (Kläger: act. 1 Rz. 44 S. 24, act. 85 zu 26. S. 38; Beklagte: act. 14 Rz. 44 S. 31, act. 89 Rz. 26c, Rz. 44). Gemäss der vom Kläger eingereichten Erschöpfungsliste (act. 86/49; vgl. auch act. 90/12) betrugen die Taggeldleistungen der D.\_\_\_\_\_ im Zeitraum vom 11. November 2005 bis 10. November 2007 insgesamt CHF 75'075.00. Darin bereits enthalten sind CHF 9'213.00 für Leistungen der IV im Zeitraum von November 2006 bis März 2007, welche der Kläger an die D.\_\_\_\_\_ zurückzahlen hat (Kläger: act. 85 zu 26. S. 39 ff.; Beklagte: act. 89 Rz. 26b S. 25 f., Rz. 27; Belege betreffend Rückforderung der D.\_\_\_\_\_: act. 86/46-48). Fest steht, dass der Kläger von der IV für den genannten Zeitraum zusätzlich CHF 102.00 ausgerichtet erhielt (CHF 9'315.00 ./ CHF 9'213.00).

### **E. 13.7**

Berechnungsvarianten

#### **E. 13.7.1**

Basis: behauptetes Einkommen bei Arbeitsunfähigkeit von 100 % Ausgehend von dem vom Kläger behaupteten Nettoeinkommen in der Höhe von CHF 5'583.35 pro Monat hätte er in den ersten drei Monaten nach dem Unfall ein Nettoeinkommen von CHF 16'749.00 erzielen können. Daran anzurechnen sind die zeitlich kongruenten Taggeldleistungen der D.\_\_\_\_\_. Diese betrugen gemäss

- 141 - Erschöpfungsliste (act. 86/49) CHF 2'700.00 im Zeitraum vom 11.11.2005 bis 27.02.06 (recte: 18.02.06, vgl. Anzahl Leistungstage unter Berücksichtigung der Wartefrist von 14 Tagen sowie der Beginn ab 19.02.06 auf der nachfolgenden Zeile). Für die ersten drei Monate nach dem Unfall ist dementsprechend von anrechenbaren Taggeldleistungen

in der Höhe von rund CHF 2'500.00 auszugehen. Für diesen Zeitraum sind mangels zeitlicher Kongruenz weder Eigenverdienst noch IV-Renten anrechenbar. Behauptetes Valideneinkommen 11.11.05 - 10.02.06 CHF 16'749.00 ./.. Schadenersatzzahlung der Beklagten 20.01.06 CHF 14'514.00 ./.. Eigenverdienst ab 01.03.07 CHF 0.00 ./.. Taggeldleistungen D.\_\_\_\_\_ 11.11.05 - 10.02.06 CHF 2'500.00 ./.. IV-Renten ab 01.11.06 CHF 0.00 Saldo zugunsten des Klägers CHF 265.00 Selbst wenn man von dem vom Kläger behaupteten Nettoeinkommen ausgeht und für die Dauer der ersten drei Monate nach dem Unfall eine unfallkausale Arbeitsunfähigkeit von 100 % annimmt, wäre dem Kläger kein Erwerbsausfallschaden entstanden. Je nach dannzumal erzielbarem Nettoeinkommen und Grad der unfallkausalen Arbeitsunfähigkeit läge unter Berücksichtigung von zeitlich kongruentem Eigenverdienst, Taggeldleistungen der D.\_\_\_\_\_ und IV-Renten auch über diesen Zeitraum hinaus kein Erwerbsausfallschaden vor. 3.7.2. Basis: behauptetes Einkommen bei Arbeitsunfähigkeit von 65 % Wird davon ausgegangen, die unfallkausale Arbeitsunfähigkeit des Klägers hätte nach dem Unfall lediglich 65 % anstatt 100 % betragen, so reduziert sich das mutmasslich von der Beklagten zu deckende Nettoeinkommen bzw. der Erwerbsausfallschaden auf CHF 3'629.20 pro Monat (65 % von CHF 5'583.35). Der Eigenverdienst im Jahre 2007 beim behaupteten Arbeitspensum von rund 35 % bliebe diesfalls ausser Betracht. Dies führt zu folgendem Ergebnis:

- 142 - 65 % des behaupteten Valideneinkommens 11.11.05 - 10.11.07 CHF 87'101.00 ./.. Schadenersatzzahlung der Beklagten 20.01.06 CHF 14'514.00 ./.. Eigenverdienst ab 01.03.07 CHF 0.00 ./.. Taggeldleistungen D.\_\_\_\_\_ 11.11.05 - 10.11.07 CHF 75'075.00 ./.. IV-Renten (soweit nicht in Taggeldleistungen enthalten) CHF 102.00 Saldo zugunsten des Klägers CHF 2'590.00 Selbst wenn man von dem vom Kläger behaupteten Nettoeinkommen ausgeht, indessen für die Dauer von zwei Jahren nach dem Unfall eine unfallkausale Arbeitsunfähigkeit von 65 % annimmt, wäre dem Kläger kein Erwerbsausfallschaden entstanden. Je nach dannzumal anzunehmendem Grad der Arbeitsunfähigkeit und zeitlicher Kongruenz des erzielten Eigenverdienstes einerseits und der IV-Rentenleistungen in der Höhe von CHF 14'037.50 andererseits wäre ein allfälliger Erwerbsausfallschaden sogar über den Zeitraum von zwei Jahren hinaus gedeckt.

### **E. 13.7.2**

Basis: behauptetes Einkommen bei Arbeitsunfähigkeit von 65 % 141

### **E. 13.7.3**

Basis: erzieltes Einkommen bei behaupteter Arbeitsunfähigkeit Ausgehend von dem vom Kläger im Oktober 2005 erzielten Gewinn in der Höhe von CHF 3'647.50 hätte der Kläger in den ersten zwei Jahren nach dem Unfall ein Nettoeinkommen in der Höhe von CHF 87'540.00 erzielen können. Wie die nachfolgende Berechnung zeigt, wäre dem Kläger in diesem Zeitraum selbst dann kein Erwerbsausfallschaden entstanden, wenn gemäss seiner Behauptung im Zeitraum vom 11. November 2005 bis Ende Februar 2007 von einer Arbeitsunfähigkeit von 100 % und im Zeitraum vom 1. März bis 31. Dezember 2007 von einer reduzierten Arbeitsfähigkeit entsprechenden Eigenverdienst von CHF 8'000.00 auszugehen wäre.

- 143 - Valideneinkommen 11.11.05 - 10.11.07 CHF 87'540.00 ./.. Schadenersatzzahlung der Beklagten 20.01.06 CHF 14'514.00 ./.. Eigenverdienst 01.03.07 - 10.11.07 CHF 6'667.00 ./.. Taggeldleistungen D.\_\_\_\_\_ 11.11.05 - 10.11.07 CHF 75'075.00 ./.. IV-Renten (soweit nicht in Taggeldleistungen enthalten) CHF 102.00 Saldo zugunsten des Klägers

CHF 8'818.00 Je nach dannzumal anzunehmendem Grad der Arbeitsfähigkeit sowie zeitlicher Kongruenz des erzielten Eigenverdienstes einerseits und der IV-Rentenleistungen in der Höhe von CHF 14'037.50 andererseits wäre ein allfälliger Erwerbssausfall- schaden sogar über den Zeitraum von zwei Jahren hinaus gedeckt. 14. Haushaltschaden

## **E. 14**

Haushaltschaden 143

### **E. 14.1**

Definition Der Schaden aus eingeschränkter oder entfallener Arbeitsfähigkeit zur Führung des Haushaltes berechtigt gemäss Art. 46 Abs. 1 OR zu Schadenersatz. Der Haushaltschaden entspricht dem Verlust der Fähigkeit, unbezahlte Tätigkeiten zu verrichten, namentlich die Haushaltsführung und die Kinderbetreuung. Seine Besonderheit liegt darin, dass er auch zu ersetzen ist, wenn er sich nicht in zusätzli- chen Aufwendungen niederschlägt: Der wirtschaftliche Wertverlust ist unabhängig davon auszugleichen, ob er zur Anstellung einer Ersatzkraft, zu vermehrtem Auf- wand der teilinvaliden Person, zu zusätzlicher Beanspruchung der Angehörigen oder zur Hinnahme von Qualitätsverlusten führt. Der Wertverlust bemisst sich nach dem Aufwand, den eine entgeltlich eingesetzte Ersatzkraft verursachen würde (BGE 127 III 403 E. 4b; BGE 131 III 360 = Pra 95 [2006] Nr. 18 E. 8.1; BGE 132 III 321 E. 3.1). Auch dieser normative Schaden beruht auf einem Ver- gleich zwischen dem Aufwand, den der Geschädigte vor dem Unfall für den Haushalt erbracht hat, und jenem Aufwand, den er nach dem Unfall dafür aufzu- bringen noch in der Lage ist. Die Differenz dieser beiden Werte bildet den Haus- haltschaden (BGE 129 III 135 = Pra 92 [2003] Nr. 69 E. 4.2.1).

- 144 -

### **E. 14.2**

Parteibehauptungen

#### **E. 14.2.1**

Der Kläger führt in der Klageschrift aus, es bestehe noch keine umfas- sende Abklärung über seine prozentuale Beeinträchtigung im Haushaltsbereich. Einzig im Bericht der Klinik H.\_\_\_\_\_ vom 14. Februar 2008 werde die Arbeitsun- fähigkeit im Haushaltsbereich wegen der verlängerten Zeit auf 50 % eingeschätzt. Der Kläger benötige insbesondere für schwerere Arbeiten mehr Zeit. Zudem er- müde er bei der erwerblichen Tätigkeit derart, dass er oftmals kaum mehr in der Lage sei, den Haushalt zu versorgen. Komme hinzu, dass sich der Kläger nach wie vor mindestens zweimal pro Woche in die Therapie begeben, was ihm die Zeit für Haushaltsarbeiten um mindestens 4 Stunden pro Woche (inkl. Wegzeiten) ver- kürze. Der Invaliditätsgrad im Haushaltsbereich sei gutachterlich zu schätzen. Würde gestützt auf SAKE 2004 von einem Haushaltsaufwand als Alleinstehender von wöchentlich 13.7 Stunden ausgegangen, und ein Invaliditätsgrad von 30 % zugrunde gelegt, ergäbe sich ein jährlicher Ausfall von CHF 6'412.00 und ein Aus- fallschaden in der Höhe von CHF 145'616.00 (act. 1 Rz. 47, vgl. auch Rz. 14). Die Beklagte legt in der Klageantwort dar, sie habe dem Kläger anfänglich für 82 Tage einen Haushaltschaden von einer Stunde zu CHF 27.00 pro Tag (CHF 2'214.00) bezahlt, dies ohne Präjudiz und aus reiner Kulanz. Die Einschät- zung der Klinik H.\_\_\_\_\_ bezeichnet die Beklagte als ungestützt und haltlos und bestreitet diese. Beim Haushaltschaden könne sich der Kläger angesichts der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht auf einen Verweis auf eine medizini- sche

Expertise beschränken. An Behauptungen in Bezug auf die Behinderungen im Haushalt fehle es völlig; offensichtlich sei der Kläger dazu nicht in der Lage. Die Beklagte bestreitet, dass der Kläger in seiner Haushaltarbeit irgendwie beeinträchtigt sei. Er klage keinen aufgelaufenen Haushaltschaden ein. Weshalb dann doch künftig ein Haushaltschaden entstehen solle, sei nicht verständlich (act. 14 Rz. 46 f.; vgl. auch act. 89 Rz. 46).

#### **E. 14.2.2**

In Bezug auf den Haushaltschaden wurden dem Kläger mit Verfügung des Instruktionsrichters vom 9. Dezember 2011 aufgegeben, seine Vorbringen wie folgt zu substantiieren (Prot. S. 77):

- 145 - "f) die von ihm seit dem Unfall am 11. November 2005 bewohnten Haushalte (konkrete Angaben zur Wohnsituation und den in diesen Haushalten anfallenden Haushaltsarbeiten), einschliesslich allfälliger Änderungen (namentlich durch die Heirat am tt. Oktober 2008; vgl. act. 1 Rz. 47, act. 6/4), g) die seit dem Unfall am 11. November 2005 vom Kläger auszuführenden Arbeiten im jeweils von ihm bewohnten Haushalt und die bei ihm in dieser Hinsicht bestehenden gesundheitlichen Einschränkungen, einschliesslich allfälliger Änderungen (namentlich durch die Verbesserung seines Gesundheitszustandes einerseits und die Heirat am tt. Oktober 2008 andererseits; vgl. act. 1 Rz. 47 und act. 6/4)".

#### **E. 14.2.3**

In der Replik legt der Kläger dar, er habe ab 1. August 2005 bis zur erneuten Heirat am tt. Oktober 2008 alleine eine 3 1/2-Zimmerwohnung bewohnt. Gemäss Trennungsurteil und auch gemäss Scheidungsurteil habe der Kläger das Besuchsrecht über die beiden Kinder BI.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.2000, und BJ.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.2003, jeweils an zwei Wochenenden eines Monats sowie über Feiertage und in den Ferien ausgeübt. Insgesamt habe der Kläger die Kinder während 40 Tagen pro Jahr betreut, was rund 1/10 des Jahres entspreche. Der Haushaltsaufwand sei gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung gestützt auf die SAKE-Zahlen 2007 zu ermitteln. Bereits aus dem Alleinleben des Klägers ergebe sich, dass er den ganzen Haushalt allein betreuen müsse. Auch habe er während der Besuchs- und Ferienzeiten die beiden Kleinkinder allein betreut und für sie sämtliche Arbeiten übernehmen müssen. Es sei wegen des Kleinkindalters nicht auf den Aufwand eines alleinerziehenden Vaters, sondern auf die Vergleichszahlen für alleinerziehende Mütter abzustellen. Dies führe zu einem Jahresaufwand von insgesamt 945 Stunden. Bei den Haushaltsarbeiten sei der Kläger massiv eingeschränkt. Dies betreffe insbesondere auch die Betreuung der Kleinkinder. Der Kläger sei u.a. nicht in der Lage gewesen, die zum Unfallzeitpunkt zwei- und fünfjährigen Kinder herumzutragen. Zudem habe er den Einkauf nicht tätigen können, da er keine schweren Taschen tragen könne. Überdies habe während rund einem halben Jahr nicht Auto fahren können, was den Einkauf zusätzlich erschwert habe. Ferner sei der Kläger nicht in der Lage gewe-

- 146 - sen, vornübergebeugte Tätigkeiten zu verrichten. So habe er nicht bügeln und die Putzarbeiten, vor allem das Schrubben der Badewanne und der Böden sowie das Staubsaugen nicht übernehmen können. Soweit der Kläger die beschriebenen Arbeiten teilweise habe erledigen können, habe er doppelt so lange gebraucht. Zudem sei ausgewiesen, dass der Kläger stark ermüde und bei Arbeiten im Haushalt, welche er noch verrichten könne, immer wieder Pausen einlegen müsse. Weiter sei bestätigt, dass der Kläger mindestens zwei Mal pro Woche die Physiotherapie aufsuche, was ebenfalls beim

Haushaltseinsatz abgehe. Während der ersten drei Jahre nach dem Unfall, insbesondere noch mit alleiniger Betreuung der Kleinkinder, sei von einer 50%igen Arbeitsunfähigkeit auszugehen. Dies entspreche der aktuellen Einschätzung der Klinik H.\_\_\_\_\_ vom 14. Februar 2008. Zur Vereinfachung sei erst ab dem 11. November 2008 von einem Zweipersonenhaushalt auszugehen, unter Berücksichtigung der Kinderbesuche. Gemäss den relevanten SAKE-Tabellen sei bis zum Rechnungstag am 31. Dezember 2012 von einem Haushaltsaufwand von jährlich 815 Stunden und danach von jährlich 754 Stunden auszugehen. Seit der Verheiratung habe der Kläger den üblichen Part eines Ehemannes im Haushalt zu übernehmen. So habe er den gesamten Einkauf zu erledigen, ferner Staub zu saugen und an freien Tagen die Mahlzeiten zuzubereiten, was der Aufteilung gemäss Absprache mit Frau BK.\_\_\_\_\_ entspreche. Ab 11. November 2008 und in Zukunft sei die Beeinträchtigung im Haushaltsbereich mit 30 % einzuschätzen und durch ein polydisziplinäres Gutachten festzulegen. Für den Zeitraum bis 31. Dezember 2012 macht der Kläger insgesamt einen Haushaltschaden in der Höhe von CHF 85'475.00 geltend, für den zukünftigen Haushaltschaden in der Höhe von CHF 136'059.00 (act. 85 zu 46. f. S. 75 ff.). Die Beklagte hält in der Duplik im Wesentlichen dafür, der Haushaltsaufwand sei nicht aufgrund der SAKE-Zahlen zu errechnen, sondern konkret zu behaupten. Der Kläger behaupte trotz des entsprechenden Hinweises in der Klageantwort weiterhin bloss summarisch, er sei "bei den Haushaltarbeiten massiv eingeschränkt", was unsubstantiiert und durch die Observationen deutlich widerlegt worden sei. Der Kläger habe in der Replik erneut keine Schadenssubstantiierung vorgebracht. Die Beklagte bestreitet eine 50%ige Haushaltarbeitsunfähigkeit bis

- 147 - 11. November 2008 bzw. eine Haushaltarbeitsunfähigkeit von 30 % ab 11. November 2008 als solche sowie im Grad (act. 89 Rz. 46 f. S. 41 ff.).

### **E. 14.3**

Beweis von unfallbedingten Einschränkungen

#### **E. 14.3.1**

Abgesehen von der Feststellung im Bericht der Klinik H.\_\_\_\_\_ vom 14. Februar 2008, wonach der Kläger für die Arbeit im Haushalt wegen der verlängerten Zeit ca. 50 % arbeitsunfähig sei (act. 4/13 S. 3), sind weder den weiteren ärztlichen Berichten noch den IV-Gutachten Ausführungen zu allfälligen Einschränkungen des Klägers bei der Haushaltsführung zu entnehmen. Wie bereits unter III.4.11.2. ausgeführt, ist keinem Bericht des Zentrums H.\_\_\_\_\_ eine Auseinandersetzung mit den medizinischen Vorakten des Klägers zu entnehmen, sondern erfolgten die wesentlichen Schlussfolgerungen einzig gestützt auf die Angaben des Klägers. Weiter fallen die augenfälligen Widersprüche zwischen der Feststellung im Bericht vom 14. Februar 2008 und den aufgrund der Observationen in den Jahren 2006 und 2007 gewonnenen Erkenntnissen auf. Wie in der ersten visionierten Filmsequenz zu sehen ist, war der Kläger bereits am 19. Juni 2006 in der Lage, sein Auto mit eher raschen Bewegungen und ohne jegliche Anzeichen für Schmerzen mit dem Staubsauger zu reinigen und dabei gleichzeitig zu telefonieren (Prot. S. 29 f.; Kläger: act. 1 Rz. 31f; Beklagte: act. 14 Rz. 31f und Rz. 31id, act. 89 Rz. 31ic). Der Beklagten ist darin beizupflichten (act. 89 Rz. 46 S. 42), dass mit dieser Filmsequenz sowohl die Behauptungen, es sei dem Kläger in den ersten drei Jahren nach dem Unfall unmöglich gewesen, mit vornübergebeugtem Oberkörper zu arbeiten, und er brauche für Haushaltarbeiten doppelt so viel Zeit wie andere Menschen, ernsthaft in Frage gestellt

wurden. Sodann war der Kläger gemäss Einschätzung von Prof. Dr. C.\_\_\_\_\_ bereits am 4. Juli 2007 ohne Anzeichen einer gesundheitlichen Beeinträchtigung in der Lage, verschiedene Gepäckstücke zu heben, wobei unbestritten ist, dass eines davon 26 Kilogramm wog (vgl. III.11.8.2). Auf die Einschätzung des Zentrums H.\_\_\_\_\_ kann daher entgegen der Auffassung des Klägers nicht abgestellt werden.

#### **E. 14.3.2**

Hingegen können vorliegend von den Erkenntnissen in Bezug auf die geltend gemachten unfallkausalen Einschränkungen der Arbeitsfähigkeit Rück-

- 148 - schlüsse auf allfällige Einschränkungen bei der Haushaltsführung getroffen werden. Dies rechtfertigt sich schon deshalb, weil der Kläger - im Gegensatz etwa zu einem Büroangestellten - bei seiner Tätigkeit als Taxifahrer u.a. in der Lage sein muss, das Fahrzeug über längere Strecken zu lenken, dieses zu unterhalten und zu reinigen und schwere Gepäckstücke ein- und auszuladen.

#### **E. 14.3.3**

Nachdem bereits feststeht, dass dem Kläger der Beweis von unfallkausalen Einschränkungen seiner Arbeitsfähigkeit misslingt, ist davon auszugehen, dass ihm auch der Beweis misslingen würde, infolge des Unfalls eine Einschränkung der Fähigkeit zur Haushaltsführung und dementsprechend einen Haushaltschaden erlitten zu haben. Unabdingbare Voraussetzung für die Durchführung eines Beweisverfahrens hinsichtlich eines allfälligen Haushaltschadens wären aber ohnehin substantiierte Behauptungen des Klägers zu dieser Thematik.

#### **E. 14.4**

Ungenügende Substantiierung

##### **E. 14.4.1**

Anforderungen an die Substantiierung Den für die Erledigung des Haushalts erforderlichen Aufwand kann das Sachgericht entweder ausschliesslich gestützt auf statistische Daten, d.h. abstrakt, festlegen oder konkret ermitteln. Im ersten Fall wendet es Erfahrungskriterien an, im zweiten Fall prüft es die konkrete Situation des Einzelfalls, selbst wenn es statistische Angaben zu Hilfe nimmt, um in tatsächlicher Hinsicht zu bestimmen, welche Zeit eine bestimmte im betreffenden Haushalt ausgeführte Tätigkeit beansprucht. Bei der Ermittlung der für die Haushaltarbeiten erforderlichen Zeit ist die Struktur des Haushalts ein wesentliches Kriterium. Diese ist u.a. abhängig von der Anzahl, dem Alter und der beruflichen Situation der Bewohner, den anfallenden Arbeiten (Hausarbeit, Kinderbetreuung, Gartenarbeit etc.), der Grösse und Ausstattung der Wohnung sowie Besonderheiten wie nahe Einkaufsmöglichkeiten (BGE 129 III 135 = Pra 92 [2003] Nr. 69 E. 4.2.1; LANDOLT, a.a.O., N 1021 zu Art. 46 OR m.w.H.).

- 149 - Die Zulässigkeit der abstrakten Berechnungsmethode bedeutet nicht, dass der blosser Verweis auf die statistischen Werte, namentlich die SAKE-Tabellen, ausreicht, oder dass diese ohne Rücksicht auf die konkrete Situation Anwendung finden dürfen. Zur Substantiierung des Haushaltschadens sind gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung konkrete Vorbringen zum Haushalt, in dem der Geschädigte lebt, und zu den Aufgaben, die ihm darin ohne den Unfall zugefallen wären, unerlässlich. Erst wenn feststeht, inwiefern der Ansprecher durch den Unfall bei diesen Leistungen für den Haushalt tatsächlich beeinträchtigt ist, stellt sich die Frage der Quantifizierung des Haushaltschadens, bei der auf

statistische Werte zurückgegriffen werden kann. Beruft sich der Geschädigte auf statistische Werte, hat er demnach seinen Haushalt und die Rolle, die er darin spielt, so genau zu umschreiben, dass beurteilt werden kann, ob die betreffende Statistik auf Erhebungen von Haushalten beruht, die nach ihren Eckdaten jenem des Geschädigten entsprechen oder inwiefern die Statistik Rückschlüsse auf die Situation des Geschädigten zulässt (Urteil des Bundesgerichts 4C.166/2006 vom 25. August 2006 = Pra 96 [2007] Nr. 43 E. 5.1 f. m.w.H.; Urteil des Bundesgerichts vom 12. April 2010 4A\_23/2010 E. 2.3.1).

#### **E. 14.4.2**

Würdigung a) In Bezug auf die Substantiierung des Haushaltschadens bringt der Kläger unter Hinweis auf das Urteil des Bundesgerichts 4A\_98/2008 E. 3.2. im Wesentlichen vor, es bedürfe keiner Behauptungen der geschädigten Person, bei welchen einzelnen Arbeiten sie in welcher Weise beeinträchtigt sei, sondern es sei zur Bestimmung der Einschränkung in der Haushaltsführung auf die (den gesamten Haushalt umfassende) Einschätzung medizinischer Experten abzustellen, welche auf die konkreten Beeinträchtigungen der geschädigten Person in der Haushaltsführung Bezug nehmen (act. 1 Rz. 46). Die zitierten Ausführungen betreffen die Frage der Quantifizierung des Haushaltschadens und ändern nichts daran, dass zur Substantiierung desselben auch bei Anwendung der abstrakten Berechnungsmethode zunächst konkrete Vorbringen zum Haushalt, in dem der Geschädigte lebt, und zu den Aufgaben, die ihm darin ohne den Unfall zugefallen wären, unerlässlich sind. Fehlen die erforderlichen Vorbringen, ist ein Vergleich zwischen

- 150 - dem Aufwand, den der Geschädigte vor dem Unfall für den Haushalt erbracht hat, und jenem Aufwand, den er nach dem Unfall dafür aufzubringen noch in der Lage ist, von vornherein nicht möglich. Auch der vom Kläger genannte Entscheid steht in Einklang mit der zitierten Rechtsprechung, wird in diesem doch explizit darauf Bezug genommen (Urteil des Bundesgerichts 4A\_98/2008 vom 8. Mai 2008 E. 2.3.3 und E. 3.1.3). b) Die Anforderungen an die Konkretisierung der Behauptungen ergeben sich einerseits aus den Tatbestandsmerkmalen der angerufenen Norm und andererseits aus dem prozessualen Verhalten der Gegenpartei sowie aus allfälligen Substantiierungshinweisen seitens des Gerichts (BGE 127 III 365 E. 2b; ZR 102 [2003] Nr. 15 S. 68 ff.; ZR 104 [2005] Nr. 9 S. 28). In Ausübung der richterlichen Fragepflicht gemäss § 55 ZPO/ZH wurden dem Kläger mit Verfügung des Instruktionsrichters vom 9. Dezember 2011 u.a. in Bezug auf den geltend gemachten Haushaltschaden Hinweise zur Erfüllung seiner Substantiierungsobligenheit erteilt (Prot. S. 77). Damit wurde der richterlichen Fragepflicht Genüge getan. c) Die Ausführungen des Klägers genügen den dargelegten Anforderungen an die Substantiierung des Haushaltschadens nicht. Der Kläger hat nachvollziehbar darzulegen, inwiefern die statistischen Daten mit seinem Haushalt vergleichbar sind. Und er muss insbesondere differenziert aufzeigen, wie sich die behaupteten Beschwerden auf die vorher verrichteten Haushaltstätigkeiten konkret auswirken. Der Kläger nennt Einschränkungen beim Tragen und Spielen mit den Kindern sowie beim Einkaufen, Putzen und Bügeln und damit bei einzelnen Haushaltstätigkeiten (act. 85 zu 46 f. S. 81 f.). Indessen unterlässt er die erforderliche Umschreibung der Struktur seines Haushalts. Zur Wohnung, welche er im Zeitraum nach dem Unfall bis November 2008 bewohnte, führt er lediglich aus, dass diese 3 ½ Zimmer gehabt habe (act. 85 zu 46 f. S. 75). Zu Grösse und Ausstattung der Wohnung sowie allfälligen Besonderheiten wie nahen Einkaufsmöglichkeiten fehlen jegliche Behauptungen des Klägers. Auch macht er keine Ausführungen zu den in seinem Haushalt angefallenen Haushaltsarbeiten, so dass eine

Beurteilung der Frage, ob die statistischen Werte der Situation des Klägers entsprechen, von vornherein nicht möglich ist.

- 151 - Auch für den Zeitraum nach der Heirat im November 2008 bis Ende 2012 sind den klägerischen Ausführungen keinerlei Angaben dazu zu entnehmen, welche Art von Wohnraum der Kläger zusammen mit seiner Ehefrau bewohnte bzw. bewohnt und welche Haushaltsarbeiten anfielen bzw. anfallen. Wird der zukünftige Haushaltschaden in Form einer einmaligen Kapitalabfindung abgegolten, so bildet der im Rechnungszeitpunkt aktuelle, jährliche Haushaltschaden die Berechnungsbasis (FELLMANN/KOTTMANN, a.a.O., N 2020). Da die Grundlagen zur Festsetzung eines allfälligen aktuellen Haushaltschadens mangels substantiierter Behauptungen des Klägers nicht vorliegen, ist auch eine Beurteilung des künftigen Haushaltschadens von vornherein nicht möglich.

#### **E. 14.5**

Fazit Die unter dem Titel Haushaltschaden geltend gemachten Schadenersatzansprüche sind abzuweisen. 15. Selbstbehalt- und Franchisekosten

#### **E. 15**

Selbstbehalt- und Franchisekosten 151

#### **E. 15.1**

Parteibehauptungen

##### **E. 15.1.1**

Der Kläger legt in der Klageschrift dar, er werde dauerhaft Therapien benötigen, ebenso gelegentliche Arztbesuche absolvieren. Unter diesem Titel werde er jährlich mindestens CHF 700.00 ausgeben müssen, was kapitalisiert zu einem Schaden von CHF 15'477.00 führe (act. 1 Rz. 49). Die Beklagte bestreitet in der Klageantwort den Bedarf an Dauertherapien sowie deren Kausalität zum Unfall. Der Betrag von CHF 700.00 pro Jahr wäre zudem viel zu hoch angesetzt (act. 14 Rz. 49).

##### **E. 15.1.2**

Mit Bezug auf die Selbstbehalt- und Franchisekosten wurde dem Kläger mit Verfügung des Instruktionsrichters vom 9. Dezember 2011 (Prot. S. 77) aufgegeben, seine Vorbringen wie folgt zu substantiieren:

- 152 - "h) die Höhe der bei ihm seit dem Unfall vom 11. November 2005 angefallenen und in Zukunft anfallenden Selbstbehalt- und Franchisekosten (act. 1 Rz. 49)"

##### **E. 15.1.3**

In der Replik führt der Kläger aus, er habe von 2006 bis 2011 an Selbstbehalt- und Franchisekosten CHF 11'116.15 ausgeben müssen. Für das Jahr 2012 sei mit weiteren Selbstbehalt- und Franchisekosten von CHF 1'000.00 zu rechnen. Aus dem eingereichten Auszug gehe hervor, dass der Kläger vor dem Unfall und im Jahre 2006 eine hohe Franchise von CHF 2'600.00 gekannt habe, welche er im Jahre 2007 wegen vermehrter Arztbesuche auf CHF 1'500.00 und im Jahre 2010 auf CHF 300.00 reduziert habe. Aus dem Auszug der Gesundheitskosten 2010 ergebe sich, dass die Kosten der Grundversicherung ab 2010 jährlich um CHF 2'000.00 angestiegen seien. Ohne den Unfall hätte der Kläger die Franchise auf dem Höchststand halten können und damit weniger Prämien bezahlen müssen. Abgerechnet bis 31. Dezember 2012 resultiere für Selbstbehalt- und

Franchisekosten sowie die Mehrkostenprämie ein Ausfall von CHF 18'000.00. Er gehe davon aus, dass er in Zukunft unfallbedingt mit jährlichen Kosten für Selbstbehalte und Mehrkostenprämie von CHF 2'000.00 rechnen müsse (act. 85 zu 49. S. 88 ff.). In der Duplik hält die Beklagte dafür, die Optimierung der Gesundheitskosten durch Variation der Franchise könne nicht Gegenstand einer Haftpflichtforderung sein, denn mit der Wahl der tieferen Franchise erkaufe sich der Kläger die entsprechende Deckung der Franchisedifferenz, also den Gegenwert, weshalb es an einem Schaden fehle (act. 89 Rz. 49).

## **E. 15.2**

Würdigung

### **E. 15.2.1**

Zunächst ist festzuhalten, dass der Kläger für den Zeitraum vom 11. November 2005 bis 31. Dezember 2005 unter diesem Titel keine Schadenersatzansprüche geltend macht. Für den Zeitraum von 2006 bis 2011 nennt er einen pauschalen Schadensbetrag von CHF 11'116.15, wobei unklar bleibt, wie sich dieser im Einzelnen zusammensetzt. Es ist nicht Aufgabe des Gerichts, sich die in den Rechtsschriften fehlende Sachdarstellung aus den eingereichten Beilagen zu-

- 153 - sammenzustellen (vgl. ZR 102 [2003] Nr. 15 S. 70). Selbst wenn man aber die vom Kläger eingereichten Auszüge der Gesundheitskosten der BL.\_\_\_\_\_ Versicherung in den Jahren 2006 bis 2011 (act. 86/58) heranzieht, führt dies zu keinem anderen Ergebnis. Daraus ergibt sich lediglich, dass der geltend gemachte Betrag in der Höhe von CHF 11'116.15 der Summe sämtlicher in diesen sechs Jahren angefallenen Kostenbeteiligungen aufgrund der gewählten Franchise (nachfolgend Franchisekosten) sowie der Selbstbehalte entspricht. Mit anderen Worten macht der Kläger sinngemäss geltend, sämtliche in diesen sechs Jahren angefallenen Kostenbeteiligungen etwa für Konsultationen bei Ärzten und Therapeuten oder den Bezug von Medikamenten seien eine Folge des Unfalls vom 11. November 2005, während ohne den Unfall keinerlei Kosten angefallen wären, indem er in diesen sechs Jahren nie einen Arzt oder Therapeuten hätte konsultieren und nie ein Medikament hätte beziehen müssen. Um beurteilen zu können, ob und welche Kosten unfallkausal sind, müssten die einzelnen Positionen, aus welchen sich die Kostenbeteiligungen zusammensetzen, bekannt sein. Ohne dass zu jeder einzelnen Position etwa der behandelnde Arzt oder Therapeut bzw. das bezogene Medikament, der Behandlungsgrund sowie der Betrag der Kostenbeteiligung bekannt sind, ist eine Beurteilung des geltend gemachten Schadens aufgrund von Selbstbehalt- und Franchisekosten von vornherein nicht möglich. Dass die klägerische Behauptung, wonach ohne den Unfall in den sechs Jahren keinerlei entsprechende Kostenbeteiligungen angefallen wären, überdies unzutreffend ist, erhellt schon daraus, dass sich der Kläger gemäss Ausführungen im rheumatologischen Gutachten nach dem Herunterheben eines Koffers vom Dach seines Autos am 26. Januar 2010 der Operation einer Leistenhernie zu unterziehen hatte (act. 67/1 S. 36 und S. 41). Die im Zusammenhang mit der Behandlung der Leistenhernie entstandenen Kostenbeteiligungen waren zweifellos nicht unfallkausal.

### **E. 15.2.2**

Weiter macht der Kläger sinngemäss geltend, in den Jahren 2006 bis 2012 habe er um rund CHF 5'900.00 (CHF 18'000.00 ./ CHF 11'116.15) höhere Prämien bezahlen müssen, da er wegen der unfallkausal anfallenden Kostenbeteiligungen eine tiefere Franchise habe

wählen müssen. Diese pauschale Be-

- 154 - hauptung genügt den Anforderungen an die Schadenssubstantiierung nicht. Dies gilt umso mehr, als der Kläger in dieser Zeit offenbar stets bei derselben Krankenkasse (BL. \_\_\_\_\_) versichert war und die Differenz zwischen den Krankenkassenprämien bei einer Franchise von CHF 2'600.00, welche gemäss klägerischer Behauptung ohne den Unfall angefallen wären, und der aufgrund der effektiv gewählten Franchise angefallenen Krankenkassenprämien im Zeitpunkt der Erstattung der Replik für die Jahre 2006 bis 2011 bereits feststand und daher ohne Weiteres auf einzelne Jahre aufgeschlüsselt hätte behauptet werden können. Die Beklagte weist weiter zutreffend darauf hin, dass die aufgrund der höheren Prämie ersparten Franchisekosten bis zum Erreichen der Jahresfranchise von einem allfälligen Schaden abgezogen werden müssten. Ausgehend von der klägerischen Behauptung, seine Jahresfranchise hätte ohne den Unfall stets CHF 2'600.00 betragen und habe infolge des Unfalls entsprechend tiefer gewählt werden müssen, betrüge die Ersparnis gemäss den von ihm eingereichten Auszügen für die Gesundheitskosten (act. 86/58) für die Jahre 2006 bis 2011 CHF 7'900.00 (2006: Franchise CHF 2'600.00, Ersparnis CHF 0; 2007 - 2009: Franchise CHF 1'500.00, Ersparnis CHF 1'100.00 pro Jahr; 2010 - 2011: Franchise CHF 300.00, Ersparnis CHF 2'300.00 pro Jahr). Für das Jahr 2012 wäre gemäss klägerischer Behauptung (Franchise CHF 300.00 anstatt CHF 2'600.00) zusätzlich von einer Ersparnis von 2'300.00 auszugehen. Insgesamt betrüge die Kostenersparnis aufgrund tieferer Franchisen in den Jahren 2006 bis 2012 somit CHF 10'200.00. Entsprechend würde erst bei höheren Prämienkosten von insgesamt CHF 16'100.00 ein Schaden von CHF 5'900.00 resultieren. Hinzu kommt, dass diese Schadensposition untrennbar mit der Beurteilung der effektiv angefallenen Kostenbeteiligungen zusammenhängt. Nur wenn bekannt wäre, wieviel unfallkausale Franchisekosten ohne eine tiefere Franchisewahl angefallen wären, könnte beurteilt werden, ob dem Kläger aufgrund höherer Prämien wegen der Wahl einer tieferen Franchise überhaupt ein Schaden erwachsen ist. Nachdem sich die Behauptungen zu den Kostenbeteiligungen für Franchisen als unsubstantiiert erweisen, ist eine Beurteilung eines allfälligen Schadens aufgrund von Prämienunterschieden von vornherein nicht möglich.

- 155 -

### **E. 15.2.3**

Auch der in der Replik ab dem Jahre 2013 behauptete pauschale Schadensbetrag von CHF 2'000.00 pro Jahr erweist sich als unsubstantiiert. Der Kläger legt noch nicht einmal dar, welcher Anteil davon seiner Auffassung nach auf die Kostenbeteiligungen für Selbstbehalte und Franchisen entfällt und welcher auf die Prämienunterschiede. Hinzu kommt wiederum, dass die Kostenersparnis aufgrund der tieferen Franchise von einem allfälligen Schaden abgezogen werden müsste. Ausgehend von der klägerischen Behauptung, infolge des Unfalls bedürfe er künftig einer Franchise von CHF 300.00 anstatt CHF 2'600.00, betrüge die Ersparnis CHF 2'300.00 pro Jahr, weshalb erst bei einem unfallkausalen jährlichen Schaden von CHF 4'300.00 für Selbstbehalt- und Franchisekosten einerseits sowie höheren Prämien andererseits die geltend gemachte Differenz von CHF 2'000.00 pro Jahr resultieren würde.

### **E. 15.3**

Fazit Zusammenfassend hat es der Kläger trotz entsprechender Substantiierungshinweise auch in der Replik unterlassen, seinen unter dem Titel Selbstbehalt- und Franchisekosten

geltend gemachten Schaden genügend zu substantiieren. Die in diesem Zusammenhang geltend gemachten Schadenersatzansprüche sind daher abzuweisen. 16. Genugtuung

## **E. 16**

Genugtuung 155

### **E. 16.1**

Parteibehauptungen

#### **E. 16.1.1**

Der Kläger führt in der Klageschrift aus, es sei von einem massiven Unfallgeschehen auszugehen, an dessen Folgen er immer noch leide. Nur gut einen Monat nach der Gründung eines eigenen Taxibetriebes sei er jäh zurückversetzt worden und habe seine geliebte Tätigkeit während Monaten nicht mehr ausüben können. Auch heute und mit grösster Wahrscheinlichkeit in Zukunft werde er wegen seiner raschen Ermüdbarkeit bei konzentrativer Tätigkeit als Taxichauffeur nie mehr voll arbeiten können. Erschwerend komme hinzu, dass der Kläger durch die Beklagte observiert worden sei. Gestützt darauf habe die IV die Leistungen eingestellt, und die Beklagte sei nicht zu einer akzeptablen Vergleichslösung be-

- 156 - reit gewesen. Dies habe den Kläger in grosse Existenzängste versetzt, zumal er zwei Kinder zu alimentieren habe. Zudem mache es ihm zu schaffen, dass er völlig ungerechtfertigt als Betrüger hingestellt werde. Die Höhe der Genugtuungssumme hänge wiederum von einem polydisziplinären Gutachten ab. Bereits aufgrund der heute feststehenden Beeinträchtigungen erscheine eine Genugtuungssumme von CHF 50'000.00 zuzüglich Zins als angemessen (act. 1 Rz. 48). In der Replik hält der Kläger dafür, genugtuungserhöhend wirke, dass der Kläger brutal von einem angetrunkenen Fahrzeuglenker gerammt worden sei. Überdies gehe aus dem Polizeirapport hervor, dass E.\_\_\_\_\_ sich gegenüber dem Polizeibeamten beschwert habe und gegenüber dem herbeigeeilten Securitas-Angestellten die Schuld auf den Kläger abzuwälzen und diesen Zeugen einzuschüchtern versucht habe. Derart grobschlächtiges Verhalten eines klar für den Unfall verantwortlichen Fahrzeuglenkers sei im Rahmen der Genugtuung erhöhend zu berücksichtigen, ferner auch der Umstand, dass die Beklagte solches Verhalten noch decke. Weiter wirke genugtuungserhöhend, dass die Beklagte alles daran gesetzt habe, sich um den Schadensausgleich zu füttern, indem sie den schwer verunfallten Kläger mit der Bezahlung des Sachschadens und einigen Tausend Franken habe "abspeisen" wollen. Trotz der negativen Ergebnisse der Observationen versuche die Beklagte den Kläger auch in den vorliegenden Rechtsschriften zu verunglimpfen. Die Demütigung durch die Beklagte gehe aber noch weiter: Sie habe den klägerischen Rechtsvertreter am 25. Mai 2009 zu einem Klagerückzug angemahnt. Sie habe sich auch nicht davor gescheut die ihr zugewandte Psychiaterin Dr. K.\_\_\_\_\_ mit einem Aktengutachten zu beauftragen. Ferner sei genugtuungserhöhend zu berücksichtigen, dass der Kläger als Familienvater finanziell vor dem Ruin gestanden sei, da nach Ablauf der Taggeldzahlungen durch die D.\_\_\_\_\_ kein weiterer Schadensausgleich durch die Beklagte erhältlich zu machen gewesen sei. Schliesslich sei genugtuungserhöhend zu berücksichtigen, dass der Kläger voller Freude und Tatendrang per 1. Oktober 2005 seine Selbstständigkeit aufgenommen habe. Lediglich 1.5 Monate nach der Betriebsaufnahme habe er seine selbständige Erwerbstätigkeit wegen eines betrunkenen Fahrzeuglenkers für lange Zeit einstellen müssen und werde diese auch in Zukunft nur

- 157 - noch reduziert ausüben können. Dies alles rechtfertigt die beantragte Genugtuungssumme (act. 85 zu 4. S. 4, zu 48. S. 85 ff.).

### **E. 16.1.2**

Die Beklagte wendet ein, das Verschulden des bei ihr versicherten Lenkers sei zwar nicht leicht gewesen, doch habe es sich nicht um einen schweren Unfall gehandelt und habe dieser nicht zu Verletzungen des Klägers geführt; dieser leide nicht an den Unfallfolgen. Sowohl der bei der Beklagten versicherte Halter wie auch die Beklagte beanspruchten das Recht, sich gegen die verzerrte und unzutreffenden Sachdarstellungen des Klägers zu wehren. Ein Genugtuungsanspruch werde bestritten und die geforderte Genugtuung wäre bei fehlenden Verletzungen mit dauerhafter Schädigung ohnehin um den Faktor 10 bis 20 zu hoch (act. 14 Rz. 48; act. 89 Rz. 4 f., Rz. 48).

### **E. 16.2**

Rechtliche Voraussetzung für die Zusprechung einer Genugtuung (Art. 47 OR i.V.m. Art. 62 Abs. 1 SVG) ist, dass der Verletzte durch die Körperverletzung eine immaterielle Unbill erleidet und dass der körperliche bzw. seelische Schmerz eine gewisse Schwere bzw. Intensität erreicht (REY, a.a.O., N 442). Dies ist etwa dann gegeben, wenn der Verletzte unter starken Schmerzen leidet, wenn er wegen der Verletzung längere Zeit im Spital verbringen oder sich mehreren Operationen muss. Als Körperverletzung, die eine Genugtuungszahlung rechtfertigen kann, kommt auch eine psychische Beeinträchtigung in Betracht. Es müssen aber stets "besondere Umstände" im Sinne von Art. 47 OR vorliegen, indem die immaterielle Unbill eine gewisse Intensität erreichen muss. Bei Bagatellverletzungen besteht kein Anspruch auf eine Genugtuungszahlung. Heilt eine Verletzung ohne grosse Komplikationen und ohne dauernde Beeinträchtigung bzw. führt diese nur zu einer kurzen Arbeitsunfähigkeit, ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung in der Regel keine Genugtuung geschuldet (FELLMANN / KOTTMANN, a.a.O., N 2616 und N 2628 ff. m.w.H.; vgl. auch LANDOLT, in: HAVE 2009, S. 128).

- 158 -

### **E. 16.3**

Würdigung

#### **E. 16.3.1**

Für die Zusprechung einer Genugtuung im Sinne von Art. 47 OR sind nicht der Unfallhergang und die weiteren Umstände wie die Angetrunkenheit des Unfallverursachers, sondern allfällige durch den Unfall verursachte gesundheitliche Beeinträchtigungen des Klägers von entscheidender Bedeutung. Es ist unbestritten, dass sich der Kläger als Folge des Unfalls vom 11. November 2005 weder einer Operation zu unterziehen noch längere Zeit im Krankenhaus aufzuhalten hatte. Er wurde unmittelbar nach dem Unfall ins Universitätsspital eingeliefert, wo neben einer Hyperventilation eine Flankenprellung diagnostiziert wurde und er gleichentags in gutem Allgemeinzustand wieder nach Hause entlassen werden konnte. Es wurde eine Arbeitsunfähigkeit von drei Tagen attestiert (act. 4/7). Im Übrigen misslingt dem Kläger der Beweis, dass er als Folge des Unfalls an Beschwerden gelitten hat bzw. leidet, welche ihn in seiner Arbeitsfähigkeit einschränken bzw. einschränken. Somit wird die notwendige Schwere bzw. der relativ hohe Intensitätsgrad der immateriellen Unbill als Voraussetzung für die Zusprechung einer Genugtuung nicht erreicht.

### **E. 16.3.2**

Schliesslich kann der Kläger weder aus dem Verhalten von E.\_\_\_\_\_ un- mittelbar nach dem Unfall noch aus der rechtlich zulässige Vorgehensweise der Beklagten im Zusammenhang mit der von ihr vorgenommenen Abklärung der Be- gründetheit der gestellten Schadenersatz- und Genugtuungsforderungen etwas für seinen Standpunkt ableiten. Insbesondere ist die von der Beklagten in Auftrag gegebene Observation des Klägers durch ein überwiegendes privates und öffent- liches Interesse gerechtfertigt (BGE 129 V 323 E .3.3.3).

### **E. 16.3.3**

Der geltend gemachte Genugtuungsanspruch ist abzuweisen. 17. Fazit: Klageabweisung

### **E. 17**

Fazit: Klageabweisung 158 IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen 159

- 7 - I. Einleitung 1. In der Nacht des 11. November 2005, um ca. 2:20 Uhr, ereignete sich am Bürkliplatz in der Stadt Zürich eine Kollision zwischen dem Taxifahrzeug des Klä- gers und dem Fahrzeug von E.\_\_\_\_\_, nachdem der angetrunkene E.\_\_\_\_\_ dem Kläger den Rechtsvortritt nicht gewährt hatte. Infolge der ersten Kollision zwi- schen den beiden Personenwagen prallte das Fahrzeug des Klägers noch gegen einen Signalständer und eine Verkehrsregelanlage auf der Fussgängerinsel des General Guisan-Quais. Die Beklagte ist die Haftpflichtversicherung des unfallver- ursachenden Fahrzeuglenkers E.\_\_\_\_\_. Ihre Unfallanalyse vom 16. Juni 2006 ergab eine kollisionsbedingte Geschwindigkeitsänderung des klägerischen Fahr- zeuges an der Position Fahrersitz bei der Kollision mit dem Fahrzeug von E.\_\_\_\_\_ von 10 bis 15 km/h und von 12 bis 24 km/h bei der Kollision gegen die Verkehrsregelanlage. Der Unfallhergang ist unbestritten (Kläger: act. 1 Rz. 4 ff. und act. 85 zu 6. S. 5, zu 24. S. 31; Beklagte: act. 14 Rz. 4 ff. und act. 89 Rz. 6, Rz. 25; Polizeirapport vom 11. November 2005: act. 4/3; Unfallanalyse vom 16. Juni 2006: act. 4/6 S. 1 ff., S. 8). Die Beklagte bestreitet nicht, dass der Unfall auf das Verschulden E.\_\_\_\_s zurückzuführen ist. Gestützt auf die Ausführungen in der Unfallanalyse (act. 4/6 S. 1 und S. 12 f.) vertritt sie aber die Auffassung, der Kläger habe seine Vorsichtspflicht missachtet und hätte die Kollision mit wenig Aufmerksamkeit vermeiden können, weshalb eine Haftungsreduktion um mindes- tens einen Drittel gerechtfertigt sei (act. 14 Rz. 4 und act. 89 Rz. 4 f.). Der Kläger bestreitet, dass ihm ein Teilverschulden am Unfall angelastet werden könne (act. 85 zu 4. f. S. 3 ff.). 2. Die Beklagte entschädigte den Kläger am 9. Januar 2006 für den Total- schaden des klägerischen Fahrzeuges mit CHF 26'700.00 (Kläger: act. 1 Rz. 6 und act. 85 zu 6. S. 5; Beklagte: act. 14 Rz. 6, Rz. 8 und act. 89 Rz. 6, Rz. 24c; Schlussbericht "Totalschaden Haftpflicht" vom 21. November 2005: act. 4/5; Schreiben der Beklagten an RA Dr. X2.\_\_\_\_\_ vom 9. Januar 2006: act. 90/8). Zu- dem bezahlte die Beklagte dem Kläger am 20. Januar 2006 CHF14'514.00 als Schadensausgleich und am 4. Mai 2006 CHF 15'000.00 für die Kosten des Vor-

- 8 - anwalts (Kläger: act. 1 Rz. 8 und act. 85 zu 8. S. 6; Beklagte: act. 14 Rz. 8 und act. 89 Rz. 8). 3. Umstritten ist vorliegend, ob der Kläger infolge des Unfalls gesundheitsli- che Beeinträchtigungen erlitt, für deren Folgen die Beklagte haftet (Kläger: act. 1 Rz. 7 ff. und act. 85 zu 7. ff. S. 6 ff.; Beklagte: act. 14 Rz. 8 ff. und act. 89 Rz. 9 ff.). Während der Kläger im Wesentlichen geltend macht, er sei infolge des Unfalls bleibend in seiner Fähigkeit, einer Erwerbstätigkeit nachzugehen und den Haushalt zu führen, eingeschränkt (act. 1 Rz. 23 ff., Rz. 44 ff.; act. 85 zu 38. ff.), bestreitet die Beklagte einen unfallkausalen Schaden

und beantragt die Abweisung der Klage (act. 14 S. 2, Rz. 24, Rz. 38 ff.; act. 89 Rz. 38 ff. und S. 46). II. Prozessuales 1. Prozessverlauf

### **E. 17.1**

Es steht bereits fest, dass dem Kläger der Beweis des natürlichen Kausalzusammenhanges zwischen dem Unfall vom 11. November 2005 und den als unfallkausal behaupteten Beschwerden bzw. der Arbeitsunfähigkeit misslingt.

- 159 - Selbst bei Annahme eines Valideneinkommens und einer Arbeitsunfähigkeit entsprechend den Behauptungen des Klägers wäre ein allfälliger Erwerbsausfallschaden für den Zeitraum von mindestens drei Monaten nach dem Unfall bereits gedeckt. Die Ansprüche betreffend Erwerbsausfallschaden sind abzuweisen.

### **E. 17.2**

Die Schadenersatzansprüche betreffend Haushaltschaden sowie betreffend Selbstbehalt- und Franchisekosten sind in erster Linie mangels genügender Substantiierung abzuweisen.

### **E. 17.3**

Der erforderliche Intensitätsgrad der immateriellen Unbill ist trotz der unbestrittenen Unfallfolgen, d.h. namentlich der im USZ diagnostizierten Flankenprellung, als Voraussetzung für die Zusprechung einer Genugtuung nicht gegeben.

### **E. 17.4**

Zusammenfassend ist die Klage vollumfänglich abzuweisen. IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen 1. Gemäss § 23 der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 bleibt die Verordnung des Obergerichts über die Gerichtsgebühren vom 4. April 2007 (aGebV) anwendbar, da für das Verfahren insgesamt die Bestimmungen des kantonalen Prozessrechts anwendbar bleiben (vgl. Art. 404 Abs. 1 ZPO sowie II.2.). Ebenso gilt die bisherige Verordnung des Obergerichts über die Anwaltsgebühren vom 21. Juni 2006 (aAnwGebV; vgl. § 25 der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010). 2. Sowohl die Gerichtsgebühr als auch die Prozessentschädigung richten sich in erster Linie nach dem Streitwert (§ 2 Abs. 1 aGebV; § 2 Abs 2 i.V.m. § 3 Abs. 1 aAnwGebV). Vorliegend beträgt der Streitwert CHF 1'271'815.20 (vgl. II.4.3.).

- 160 - 3. Mit Zirkulationsbeschluss des Kassationsgerichts vom 13. Oktober 2010 wurde dem Kläger für das vorliegende Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt (act. 53). Die unentgeltliche Prozessführung befreit die unterliegende Partei von der Pflicht zur Bezahlung der Gerichtskosten (§ 64 Abs. 2 i.V.m. § 85 Abs. 1 ZPO/ZH). Die Kosten des dem Kläger bestellten Anwaltes werden ebenso von der Staatskasse getragen (§ 87 ZPO/ZH). Eine Nachzahlung der Gerichtskosten und der Auslagen für die Vertretung ist vorzubehalten für den Fall, dass der Kläger in günstige wirtschaftliche Verhältnisse kommt (§ 92 ZPO/ZH). Die unentgeltliche Rechtspflege befreit den Kläger jedoch nicht davor, eine allfällige Prozessentschädigung an die Beklagte bezahlen zu müssen, wenn diese obsiegt (FRANK / STRÄULI / MESSMER, a.a.O., N 1 zu § 89 ZPO/ZH). 4. Was die Gerichtsgebühr betrifft, ist die Grundgebühr von rund CHF 33'500.00 in Anwendung § 4 Abs. 2 aGebV um die Hälfte zu erhöhen. Dies erweist sich aufgrund des Verfahrensaufwandes, wie beispielsweise der im Hinblick auf den vorliegenden Entscheid erforderlichen Visionierung der DVD-Videozuschnitts der Observationen durch die Gerichtsdelegation im Beisein des Gutachters Prof. Dr. C. \_\_\_\_\_ vom 6. Juli 2011 (Prot. S. 23 ff.), sowie insbesondere der Analyse, Prüfung und Abhandlung des umfangreichen

Prozessstoffs, als angemessen. Für die Tätigkeit von Prof. Dr. C.\_\_\_\_\_ fallen gemäss Rechnung vom 7. Juli 2011 weitere Kosten in der Höhe von CHF 2'338.00 an (act. 71). Der Kläger unterliegt, weshalb ihm die Gerichtsgebühr sowie die weiteren Kosten aufzuerlegen, infolge Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung jedoch einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen sind (§ 64 Abs. 2 i.V.m. § 85 Abs. 1 ZPO/ZH). Die Nachzahlungspflicht gemäss § 92 ZPO/ZH für die Gerichtskosten und die Auslagen für die Rechtsvertretung bleibt vorbehalten. 5. Infolge des Unterliegens hat der Kläger der Beklagten eine Prozessentschädigung zu bezahlen (§ 68 Abs. 1 Satz 1 ZPO/ZH). Die Grundgebühr für die Prozessentschädigung beträgt rund CHF 34'100.00 (§ 3 Abs. 1 aAnwGebV). In Anwendung von § 2 i.V.m. § 6 aAnwGebV sind bei der Festsetzung der Prozessentschädigung die entsprechenden Zuschläge zur Grundgebühr zu berücksichtigen. Dementsprechend ist der Kläger zu verpflichten, der Beklagten eine Prozessentschädigung in der Höhe von CHF 55'000.00 zu bezahlen. Das Gericht erkennt:

#### **E. 19**

Dezember 2008 (SR 272) in Kraft getreten, welche die bis anhin gültigen kantonalen Prozessordnungen ablöst. Bei Verfahren, die - wie das vorliegende - bei Inkrafttreten des neuen Gesetzes bereits rechtshängig waren, gilt das bisherige Verfahrensrecht und damit die Zivilprozessordnung des Kantons Zürich (ZPO/ZH) sowie das Gerichtsverfassungsgesetz (GVG) weiterhin bzw. bis zum Abschluss vor der betroffenen Instanz (Art. 404 Abs. 1 ZPO). Nach Art. 404 Abs. 2 ZPO be-

- 12 - stimmt sich die örtliche Zuständigkeit dagegen nach neuem Recht, wobei eine bestehende Zuständigkeit nach altem Recht erhalten bleibt. 3. Zuständigkeit

#### **E. 24**

bis höchstens 72 Stunden nach dem Ereignis aufgetreten sein müssen. Erforderlich ist aber, dass sich innert dieser Latenzzeit zumindest HWS- oder Nackenbeschwerden manifestieren (Urteile des Bundesgerichts 8C\_574/2009 vom 9. Dezember 2009 E. 5.3.1. sowie 8C\_1021/2009 vom 3. November 2010 E. 5.2).

#### **E. 26**

% erkannt. Unter Hinweis auf BGE 136 V 279 merkt der Kläger dazu an, dass

- 62 - die Arbeitsfähigkeit von der Gutachterstelle und der IV unter dem Aspekt der Überwindbarkeit beurteilt worden sei, welche im Haftpflichtverfahren keine Bedeutung habe. Zudem sei der wirtschaftliche Schadensbegriff massgebend, also die Frage, wie sich eine medizinisch-theoretische Arbeitsunfähigkeit auf den konkreten (und nicht wie im IV-Bereich auf dem ausgeglichenen) Arbeitsmarkt auswirke. Ferner müsste die effektiv verbliebene Leistungsfähigkeit nicht nur medizinisch-theoretisch, sondern anhand konkreter Abklärungen erfolgen (act. 66 S. 1; act. 85 zu 23c S. 25 f., S. 28 und zu 26a S. 37 f.). b) Die Beklagte legt dar, dass auch die ambulante Begutachtung in der PUK keine Anzeichen für Unfallfolgen erbracht habe, sondern den Verdacht auf eine somatoforme Schmerzstörung, für welche der prozessgegenständliche Unfall als Auslöser bezeichnet werden könne. Dabei handle es sich um nicht mehr als eine mögliche Hypothese, wobei sich die Gutachter nicht sicher seien, sondern mangels anderer Erklärbarkeit eventuell zu sehr auf die Überzeugung des Klägers abgestellt hätten. Nach verschiedenen Zitaten aus dem Gutachten - insbesondere hinsichtlich der beschriebenen Simulations- und Aggravationstendenzen des Klägers und der Anamnese vor dem Unfall - hält die Beklagte

fest, dass die Gutachter die Arbeitsfähigkeit als Taxifahrer mit 80 % eingeschätzt hätten, obwohl sich kein in sich stimmiges Bild über die Befunde und die Angaben des Klägers ergeben habe. Die Gutachter sähen keinen ursächlichen Bezug der psychiatrisch begründeten Teilarbeitsunfähigkeit zum Unfall vom 11.11.2005. Es sei ein Ereignis in einer langen Krankheitsgeschichte und in keiner Weise determinant (act. 77 Rz. 4; act. 89 Rz. 23c S. 16 ff.). Der von der IV-Stelle errechnete Invaliditätsgrad von 26 % habe keinen Bezug zum Unfallereignis vom 11.11.2005, sondern eventuell zu den vorbestehenden Beschwerden des Klägers (Depression, Ganzkörper-Schmerzsyndrom; act. 89 Rz. 26a).

#### **E. 27**

Februar 2007 zu entnehmen, während eine frühere Konsultation vom 12. Januar 2007 beiläufig erwähnt wurde (act. 4/18). Gemäss Bericht vom 31. August 2007 untersuchte Dr. med. R. \_\_\_\_\_ den Kläger am 20. August 2007 (act. 4/19). Zwar untersuchten diese beiden als Zeugen angerufenen Ärzte den Kläger gemäss den Berichten klinisch, doch fanden diese Untersuchungen nicht in der massgebenden ersten Phase nach dem Unfall, sondern erst 14 Monate bzw. ein- einhalb Jahre danach statt. Vorliegend kommt den ärztlichen Feststellungen in Bezug auf die geltend gemachten Beschwerden in der ersten Phase nach dem Unfall auch deshalb eine überragende Bedeutung zu, weil die Observierung des Klägers bereits im Juni 2006 begonnen hatte und Prof. Dr. C. \_\_\_\_\_ schon zu Beginn der visionierten Videosequenzen vom 19. Juni 2006 keine Hinweise auf gesundheitliche Beschwerden des Klägers feststellen konnte (Prot. S. 29 ff.).

#### **E. 31**

Dezember 2008 Leistungen in Höhe von CHF 14'037.50 hinzukamen (act. 86/43/2 S. 4), welche gemäss Urteil des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich vom 4. Juni 2013 nicht zurückzuerstatten sind (act 104/7 S. 3).

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