

ZH_HANDELSGERICHT HG110264 vom 12. September 2013

Zh Handelsgericht, 2013-09-12, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_handelsgericht_HG110264

FR: ZH_HANDELSGERICHT HG110264 du 12 septembre 2013

IT: ZH_HANDELSGERICHT HG110264 del 12 settembre 2013

Erwägungen

E. 1

Formelles

E. 1.1

Zuständigkeit Die örtliche Zuständigkeit ergibt sich aus Art. 38 Abs. 1 ZPO, welche Bestimmung auch auf Regressklagen anwendbar ist (vgl. HEMPEL, in: SPÜHLER / TENCHIO / INFANGER, Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 2010, N 11 zu Art. 38 ZPO). Die sachliche Zuständigkeit ergibt sich aus Art. 6 Abs. 1, 2 und 3 ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG. Die Zuständigkeit blieb denn auch zu Recht unbestritten (act. 1 S. 2 f.; act. 9 S. 3).

E. 1.2

Vollmacht der Vertreterin der Klägerin

E. 1.2.1

Die Klägerin behauptet eine rechtsgenügeliche Vollmacht und beanstandet die Vorbringen der Beklagten diesbezüglich als unsubstantiiert (act. 1 S. 2; act. 15 S. 2).

E. 1.2.2

Die Beklagte bringt vor, die im Recht liegende Vollmacht der E._____ AG (Vertreterin der Klägerin) sei weder datiert noch weise sie einen Betreff auf, sodass der Klägerin der Nachweis einer rechtsgenügelichen Bevollmächtigung im vorliegenden Prozessfall nicht gelinge (act. 19 S. 3).

E. 1.2.3

Das Gericht prüft von Amtes wegen, ob die Prozessvoraussetzungen gegeben sind (Art. 60 ZPO). Zu den Prozessvoraussetzungen zählt unter anderem die Partei- und Prozessfähigkeit der Parteien (Art. 59 Abs. 2 lit. c ZPO). Unter dieser Bestimmung ist auch die Prüfung der Vollmacht der Prozessvertreter vorzunehmen (GEHRI, in: SPÜHLER / TENCHIO / INFANGER, a.a.O., N 12 zu Art. 59 ZPO).

E. 1.2.4

Mit der Klageschrift vom 6. Dezember 2011 (act. 1) reichte die klägerische Vertreterin eine Vollmacht ohne Betreff und Datierung ein (act. 2A). Dies wurde mit Verfügung vom 12. Dezember 2011 bemängelt und Frist zur Einreichung einer datierten und auf den vorliegenden Prozess bezogene Vollmacht angesetzt (Prot. S. 2 f.). In der Folge reichte die klägerische Vertreterin mit Eingabe vom 19.

- 7 - Januar 2012 (act. 6) eine gültige Vollmacht mit Betreff und Datierung ein (act. 2C). Die klägerische Vertreterin ist somit rechtsgenügend von der Klägerin zur Führung des

vorliegenden Prozesses bevollmächtigt.

E. 2

Subrogation

E. 2.1

Gemäss Art. 72 Abs. 1 ATSG tritt der Versicherungsträger im Zeitpunkt des Ereignisses bis auf die Höhe der gesetzlichen Leistungen gegenüber einem Dritten, der für den Versicherungsfall haftet, in die Ansprüche der versicherten Person ein. Mit der Subrogation entsteht aber kein neuer, selbständiger Anspruch des Sozialversicherers. Er übernimmt durch Legalzession den Haftpflichtanspruch des Geschädigten mit allen damit verbundenen Vor- und Nachteilen. Die Subrogation setzt voraus, dass der Sozialversicherer mit seinen Leistungen einen entsprechenden Schaden ausgleicht. Daher tritt er nur insoweit in den Haftpflichtanspruch ein, als er Leistungen erbracht hat, welche mit der Schuld des Haftpflichtigen in zeitlicher und funktionaler Hinsicht übereinstimmen (Kongruenzgrundsatz). In diesem Rahmen gehen alle akzessorischen Vorzugs- und Nebenrechte des Haftpflichtanspruchs des Geschädigten, welche nicht mit dessen Person verbunden sind, uneingeschränkt auf den Sozialversicherer über. Die Rechtsposition des Haftpflichtigen bleibt durch die Subrogation grundsätzlich unberührt. Er hat lediglich einen Teil seiner Schuld dem Sozialversicherer, statt dem Geschädigten gegenüber zu begleichen. Dabei soll er weder besser noch schlechter gestellt werden. So kann der Sozialversicherer nur im Rahmen der Haftungsquote des Schädigers zurückgreifen und muss sich das Selbstverschulden des Geschädigten sowie alle weiteren Herabsetzungsgründe anrechnen lassen. Zeitlich erfolgt die Subrogation mit dem schädigenden Ereignis, obschon in diesem Zeitpunkt noch nicht feststeht, welche Leistungen der Sozialversicherer erbringen muss (BGE 124 III 222, E.3, S. 225; BGE 124 V 174, E.3.b, S. 177; BGE 119 II 289, E.5, S. 293 ff.; Urteil des Bundesgerichts 4C.374/2005 vom 10. Januar 2006, E.2.1).

E. 2.2

Da die subrogations- und regressberechtigte Klägerin auf den Haftpflichtigen "mit der Brille des Geschädigten" Rückgriff nimmt (vgl. HÜRZELER / TAMM / BIAGGI, - 8 - Personenschadensrecht, 2010, N 439), müssen dieselben Haftpflichtvoraussetzungen gegeben sein, die eine Haftung der Beklagten gegenüber der Geschädigten vorsieht.

E. 3

Haftung des Motorfahrzeughalters (Art. 58 SVG)

E. 3.1

Rechtliches

E. 3.1.1

Halterhaftung

E. 3.1.1.1

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). Art. 58 Abs. 1 SVG lässt die generelle Kausalhaftung des Halters – die Gefährdungshaftung – eintreten, wenn der Schaden durch den Betrieb eines Motorfahrzeuges verursacht worden ist (Betriebshaftung) (OFTINGER / STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Besonderer

Teil, Band II/2, 4. Aufl. 1989, § 25 N 338).

E. 3.1.1.2

Eine Haftung ist gegeben, wenn kumulativ der Betrieb eines Motorfahrzeuges, ein Schaden 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.

E. 3.1.2

Ausschluss der Halterhaftung (Art. 59 Abs. 1 SVG)

E. 3.1.2.1

Grundsatz und Beweis Gemäss Art. 59 Abs. 1 SVG wird der (Motorfahrzeug-)Halter von der Haftpflicht befreit, wenn er beweist, dass der Unfall durch höhere Gewalt oder grobes Verschulden des Geschädigten oder eines Dritten verursacht wurde, ohne dass ihn selbst oder Personen, für die er verantwortlich ist, ein Verschulden trifft und ohne dass fehlerhafte Beschaffenheit des Fahrzeuges zum Unfall beigetragen hat. Nur wenn der Kausalzusammenhang durch einen der drei genannten Entlastungsgründe unterbrochen ist, muss der Halter nicht für die Unfallfolgen

- 9 - eintreten, sofern er keinerlei Verschulden zu verantworten hat. Zu prüfen ist also, wann ein Entlastungsgrund die genügende Intensität aufweist, um den Betrieb des Motorfahrzeuges oder, mit anderen Worten, die bei einem Unfall verwirklichte Betriebsgefahr als rechtlich relevante Ursache auszuschalten. Der Entlastungsgrund muss als einzige beachtliche Ursache dastehen. Das Gesetz verwirklicht beim Selbstverschulden den Gedanken, dass nur grobes Verschulden die genügende Intensität besitze, um den primär als gegeben vermuteten Kausalzusammenhang zwischen Schaden und Betrieb zu unterbrechen (OFTINGER / STARK, Band II/2, § 25 N 437 und N 451; Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 29. April 2008 im Geschäft LB060092, in: SG 2009 Nr. 1621). Entsprechend dem Wortlaut von Art. 59 Abs. 1 SVG hat der Halter zu seiner Entlastung einen dreifachen Beweis zu erbringen. Misslingt nur einer dieser Beweise, bleibt es bei der Halterhaftung. Einerseits hat er zu beweisen, dass der Unfall durch höhere Gewalt oder grobes Verschulden des Geschädigten oder eines Dritten verursacht wurde (positiver Beweis); andererseits hat er zu beweisen, dass ihn selbst oder Personen, für die er verantwortlich ist, kein Verschulden am Unfall trifft und dass auch keine fehlerhafte Beschaffenheit des Fahrzeuges zum Unfall beigetragen hat (negative Beweise) (Urteil des Bundesgerichts 4C.332/ 2002 vom 8. Juli 2003, Erw. 3.1, mit Hinweisen, und Erw. 4.2). Der positive und die negativen Beweise sind kumulativ zu erbringen, was die Entlastung deutlich erschwert (ROBERTO, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 2002, § 16 N 514; HONSELL, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 4. Aufl. 2005, § 20 N 20). Die Berufung auf Entlastungsgründe und besondere Befreiungsgründe bedeuten die Erhebung einer Einrede seitens des Halters. Dieser trägt die zugehörige Beweislast und damit das Risiko, dass die Unfallursachen unklar bleiben. Diesfalls haftet er, sofern nur die positiven Ursachen seiner Haftung ausser Zweifel stehen (OFTINGER / STARK, Band II/2, § 25 N 426). Nach Lehre und Rechtsprechung schreibt das Bundesprivatrecht für seinen Anwendungsbereich ein bestimmtes Regelbeweismass vor. Danach gilt ein Beweis als erbracht, wenn das Gericht von der Richtigkeit einer Sachbehauptung überzeugt ist. Es muss nach objektiven Gesichtspunkten vom Vorliegen der

- 10 - Tatsache überzeugt sein. Die Verwirklichung der Tatsache braucht indessen nicht mit Sicherheit festzustehen, sondern es genügt, wenn allfällige Zweifel als unerheblich erscheinen. Nicht ausreichend ist dagegen, wenn bloss eine überwiegende Wahrscheinlichkeit besteht, dass sich die behauptete Tatsache verwirklicht hat. Ausnahmen vom Regelbeweismass, in denen eine überwiegende Wahrscheinlichkeit oder ein blosses Glaubhaftmachen als ausreichend betrachtet wird, ergeben sich einerseits aus dem Gesetz selbst und sind andererseits durch Rechtsprechung und Lehre herausgearbeitet worden (Urteil des Bundesgerichts 4C.332/2002 vom 8. Juli 2003, Erw. 3). Ein Beweis gilt demnach als erbracht, wenn das Gericht vernünftigerweise und nach objektiven Gesichtspunkten von der Wahrheit der rechtserheblichen Tatsachenbehauptungen überzeugt ist. Im Anwendungsbereich des Regelbeweismasses der an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit hat die Verwirklichung der fraglichen Tatsachen dabei derart nahe zu liegen, dass sie als annähernd sicher erscheint. Absolute Sicherheit ist demgegenüber nicht erforderlich. Allenfalls verbleibende Zweifel sind zulässig, soweit sie gesamthaft betrachtet nicht ins Gewicht fallen und keinen ernst zu nehmenden Vorbehalt bezüglich der beabsichtigten Beweisentscheidung begründen. Die so umschriebene, für die Einhaltung des Regelbeweismasses mindestens erforderliche Annäherung an die Wahrheit kann zum Zweck der Veranschaulichung mit einem numerischen Wahrscheinlichkeitswert von 90% beziffert werden (ISABELLE BERGER-STEINER, Der Kausalitätsbeweis, in: HAVE, Tagungsband "Personen-Schaden-Forum 2009", S. 13 ff., S. 24). Der Wortlaut der Gesetzesbestimmung von Art. 59 Abs. 1 SVG enthält keine Anhaltspunkte dafür, dass hinsichtlich der verschiedenen vom Halter zu erbringenden Entlastungsbeweise eine Ausnahme vom Regelbeweismass gelten soll (Urteil des Bundesgerichts 4C.332/2002 vom 8. Juli 2003, Erw. 3.1, mit Hinweisen). Die Haftungsordnung des SVG beruht auf dem Gedanken, dass die Betriebsgefahr des Motorfahrzeugs für sich allein eine hinreichende Haftungsgrundlage setzt, wenn ihretwegen ein Schaden entsteht. Die Entlastung

- 11 - von der Halterhaftung wegen Unterbrechung des adäquaten Kausalzusammenhangs zufolge höherer Gewalt, groben Verschuldens des Geschädigten oder eines Dritten erscheint als Ausnahme von der Regel und ist daher grundsätzlich strengen Anforderungen zu unterstellen. Voraussetzung für eine Entlastung im Sinne von Art. 59 Abs. 1 SVG ist ein Drittverschulden, das so sehr überwiegt, dass die Beteiligung des Halterfahrzeugs, also dessen Betriebsgefahr, nicht ins Gewicht fällt und deshalb als adäquate Ursache ausgeschaltet wird. Die Regelung von Art. 59 Abs. 1 SVG hat in beweisrechtlicher Hinsicht zur Folge, dass das Verschulden bzw. die Haftung des Fahrzeughalters vermutet wird. Der damit dem Fahrzeughalter auferlegte Beweis des Gegenteils muss aufgrund seiner beweisrechtlichen Funktion in der Regel strikt erbracht werden. Sowohl die materiellrechtliche Zielsetzung von Art. 59 Abs. 1 SVG wie auch dessen beweisrechtliche Ausgestaltung führen demnach zum Ergebnis, dass der Entlastungsbeweis des fehlenden Verschuldens nach dem Regelbeweismass zu erbringen ist (Urteil des Bundesgerichts 4C.332/2002 vom

E. 3.1.2.2

Grobes (Selbst-)Verschulden des Geschädigten Das grobe Selbstverschulden (Absicht und Grobfahrlässigkeit) stellt neben der höheren Gewalt und dem groben Drittverschulden einen der drei klassischen Unterbrechungs- oder Entlastungsgründe dar und kann zu einer Entlastung und damit Befreiung des Haftpflichtigen führen. Um den beabsichtigten Schutzzweck zu erfüllen, sind bei den Gefährdungshaftungen besonders hohe

Anforderungen an die Intensität bzw. Schwere des Selbstverschuldens zu stellen, damit der Kausalzusammenhang unterbrochen werden kann (PELLONI, Die Grobfahrlässigkeit – Bedeutung in der Schadenpraxis, in: HAVE, Tagungsband

- 12 - "Haftung und Versicherung", 2002, S. 262 ff., S. 267). Grobe Fahrlässigkeit ist somit nicht leichthin anzunehmen, sondern setzt schwerwiegende Verstösse gegen die Sorgfaltspflicht voraus (OFTINGER / STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht Allgemeiner Teil, Band I, 5. Aufl. 1995, § 5 N 108). Der Entlastungsgrund des schweren Verschuldens bzw. der groben Fahrlässigkeit muss eine so hohe Intensität aufweisen, dass er als einzige beachtliche Ursache des Schadens dasteht, sodass der Betrieb des beteiligten Motorfahrzeugs als Ursache in den Hintergrund tritt und der primär als gegeben vermutete Kausalzusammenhang zwischen Schaden und Betrieb unterbrochen wird (PELLONI, a.a.O., S. 267; OFTINGER / STARK, Band II/2, § 25 N 437 und N 451 f.; Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 29. April 2008 im Geschäft LB060092, in: SG 2009 Nr. 1621). Im Motorfahrzeughaftpflichtrecht ist die Definition der Grobfahrlässigkeit dieselbe wie im übrigen Haftpflicht- und Vertragsrecht (BREHM, Motorfahrzeughaftpflicht, 2008, N 427). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung liegt Grobfahrlässigkeit vor, wenn der Haftpflichtige unter Verletzung der elementarsten Vorsichtsgebote das ausser Acht gelassen hat, was jedem verständigen Menschen in der gleichen Lage und unter den gleichen Umständen hätte einleuchten müssen (Urteil des Bundesgerichts 4C.379/2000 vom 15. Februar 2001, unter Hinweis auf BGE 119 II 443, E.2.a, S. 448, BGE 115 II 283, E.2.a, S. 287 = Pra 79 [1090] Nr. 19 S. 57 ff., E.2.a, S. 59). Der Literatur lassen sich ebendiese (OFTINGER / STARK, Band I, § 5 N 107, mit Hinweisen; REY, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 4. Aufl. 2008, N 857) oder leicht ergänzte Definitionen entnehmen: So liegt grobe Fahrlässigkeit vor, wenn der Handelnde die Sorgfalt, welche die Verkehrssitte von ihm verlangt, in besonders schwerer Weise vermissen lässt, wenn er also elementare Vorsichtsgebote verletzt, d.h. ausser Acht lässt, was jedem verständigen Menschen in gleicher Lage und unter den gleichen Umständen hätte einleuchten müssen (HONSELL, a.a.O., § 6 N 26, unter Hinweis auf BGE 107 II 161, E.7.c, S. 167). Grobfahrlässig handelt weiter, wer die Sorgfaltspflichten in ungewöhnlichem Masse vernachlässigt, wer in missbilligender Weise wesentlich von der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt abweicht, d.h. elementarste Vorsichtsgebote verletzt, wer ausser acht lässt, was

- 13 - jedem verständigen Menschen in der gleichen Lage und unter den gleichen Umständen hätte einleuchten müssen (ROBERTO, a.a.O., N 237, unter Hinweis auf HONSELL und BGE 115 II 283, E.2.a, S. 287 = Pra 79 [1090] Nr. 19 S. 57 ff., E.2.a, S. 59). Die Beurteilung der Grobfahrlässigkeit ist letztlich ein unter Berücksichtigung aller Besonderheiten getroffenes Werturteil (PELLONI, a.a.O., S. 264). Die Unterscheidung zwischen grober und leichter Fahrlässigkeit ist ein ausgesprochener Ermessensentscheid (PELLONI, a.a.O., S. 265). Auch ist die in Frage stehende und zum Schaden führende Tätigkeit genauer zu beleuchten, vorliegend das nach SVG geforderte Verhalten. Die Sorgfalt wird konkret, nach den Umständen, beurteilt. Massgebend ist das, was erforderlich, nicht das was üblich ist (OFTINGER / STARK, Band II/2, § 25 N 484). Die Einhaltung oder Verletzung polizeirechtlicher Bestimmungen durch den Fussgänger geben Anhaltspunkte für die Verschuldensbeurteilung, da sie die erforderliche Sorgfalt, welche in bestimmten Situationen zu beachten ist, konkretisieren. Kein zivilrechtliches Verschulden liegt vor, wenn der Fussgänger die einschlägigen, sich ausdrücklich auf den eingetretenen

Fall beziehenden polizeirechtlichen Bestimmungen beachtet. Ein zivilrechtliches Verschulden ist nicht per se ausgeschlossen, wenn der Fussgänger gegen keine polizeirechtliche Vorschrift verstösst, da die konkrete Situation gegebenenfalls keiner expliziten Regelung unterliegt. Ein zivilrechtliches Verschulden liegt grundsätzlich vor bei einem Verstoß des Fussgängers gegen eine polizeirechtliche Vorschrift, welche auf die Vermeidung von Schäden in der Art des eingetretenen ausgerichtet ist. Ein zivilrechtliches Verschulden liegt nicht zwingend vor, wenn zwar gegen eine polizeirechtliche Norm verstossen wird, diese aber nicht auf die Vermeidung eines Schadens in der Art des eingetretenen abzielt, mit anderen Worten wenn zwischen der Normverletzung und dem Schadenseintritt kein kausaler Zusammenhang besteht (HÜRZELER, Fussgänger im Strassenverkehr – Grundlagen und neuere Entwicklungen, Jahrbuch zum Strassenverkehrsrecht 2011, S. 111 ff., S. 118).

- 14 - Art. 49 Abs. 2 SVG hält fest, dass Fussgänger die Fahrbahn vorsichtig und auf dem kürzesten Weg zu überschreiten haben, nach Möglichkeit auf einem Fussgängerstreifen. Sie haben Vortritt auf diesem Streifen, dürfen ihn aber nicht überraschend betreten. Diese Regelung wird in Art. 47 Abs. 1 VRV dahingehend konkretisiert, dass die Fussgänger, besonders vor und hinter haltenden Wagen behutsam auf die Fahrbahn treten müssen; sie haben die Fahrbahn ungesäumt zu überschreiten. Sie müssen Fussgängerstreifen, Über- oder Unterführungen benützen, wenn diese weniger als 50 m entfernt sind. Auf Fussgängerstreifen ohne Verkehrsregelung haben die Fussgänger den Vortritt, ausser gegenüber der Strassenbahn. Sie dürfen jedoch vom Vortrittsrecht nicht Gebrauch machen, wenn das Fahrzeug bereits so nahe ist, dass es nicht mehr rechtzeitig anhalten könnte (Art. 47 Abs. 2 VRV). Ausserhalb von Fussgängerstreifen haben die Fussgänger den Fahrzeugen den Vortritt zu lassen (Art. 47 Abs. 5 VRV). Bei diesen Bestimmungen handelt es sich um Verhaltensnormen, deren Übertretung in der Regel schuldhaft ist (BREHM, Motorfahrzeughaftpflicht, a.a.O., N 498). Grobfahrlässigkeit eines Fussgängers im Strassenverkehr liegt vor, wenn das Verhalten des Fussgängers offensichtlich unvernünftig ist und gleichzeitig eine erhebliche Gefahr für ihn selbst oder für die übrigen Verkehrsteilnehmer bildet (z.B. weil er sich unverhofft auf eine stark befahrene Strasse begibt) – dies sowohl in angetrunkenem als auch in nüchternem Zustand. So wurde das Verhalten eines (nüchternen) Fussgängers, der die Strasse überquerte, ohne auf den Verkehr zu achten, als grob fahrlässig betrachtet. Die Angetrunkenheit eines Fussgängers ist an sich nicht strafbar. Solange dieser keinen Anstoss erregt, auf dem Trottoir relativ gradlinig marschiert und keine Gefahr für den Strassenverkehr bildet, gibt es auch zivilrechtlich nichts zu beanstanden. Umso weniger ist die Angetrunkenheit eines Fussgängers von vornherein grob fahrlässig (BREHM, Motorfahrzeughaftpflicht, a.a.O., N 445 ff., mit den entsprechenden Hinweisen). Das Bundesgericht hielt jedoch fest, dass das Betreten einer belebten Durchgangsstrasse in angetrunkenem Zustand zumindest "an und für sich schon schuldhaft" sei (BGE 85 II 516, E.2.a, S. 518). Das Bundesgericht hat wiederholt schweres Selbstverschulden angenommen, wenn ein Fussgänger unvermittelt die Fahrbahn betritt (vgl. BGE 91 II 112, E.2.b, S. 116; BGE 85 II 516, E.2, S. 518),

- 15 - selbst auf einem Fussgängerstreifen (vgl. BGE 115 II 283, E.2.b, S. 287 f. = Pra 79 [1090] Nr. 19 S. 57 ff., E.2.b, S. 60). Diese Entscheide betrafen Situationen, in denen der Autofahrer vernünftigerweise nicht mit dem Fehlverhalten eines Fussgängers rechnen musste. Hinsichtlich des unvermittelten Betretens der Fahrbahn durch den Fussgänger hält das Bundesgericht fest, dass mit einem solchen Verhalten bei erwachsenen Personen selbst

im Bereich von Fussgängerstreifen nicht gerechnet werden müsse, wenn konkrete Anzeichen für ein Überschreiten der Strasse fehlten. Ein grobes Verschulden sei namentlich einem Fussgänger anzulasten, der eiligen Schrittes auf dem Trottoir parallel zur Fahrtrichtung des herannahenden Fahrzeuges unterwegs sei und unversehens, ohne auf den von hinten kommenden Strassenverkehr zu achten, die Fahrbahn im Bereich des Fussgängerstreifens überquere, ohne vorgängig ein Anzeichen für seine Absicht zu geben (HÜRZELER, a.a.O., S. 129; Urteil des Bundesgerichts 6S.80/2002 vom 30. Mai 2002). Ähnlich wurde einer Fussgängerin ein grobes Verschulden angelastet, welche unversehens, ohne nach links zu schauen, auf die Strasse rannte, ihr Verhalten jedoch in keiner Weise auf die Absicht hin gedeutet hatte, die Strasse zu überqueren (BGE 115 II 283, E.2.b, S. 287 f. = Pra 79 [1990] Nr. 19 S. 57 ff., E.2.b, S. 60). Das unvermittelte Betreten der Fahrbahn durch einen Fussgänger wiegt hinsichtlich der Selbstverschuldenslast schwerer, wenn es ausserhalb einer bezeichneten Fussgängerquerung erfolgt, wobei in diesem Fall auf Ausserortsstrecken ein strengerer Massstab anzulegen ist als innerorts. So beurteilte es das Bundesgericht als grobfahrlässig, als ein (angetrunkenen) Fussgänger eine verkehrsreiche Überlandstrasse, ohne dem Verkehr irgendeine Aufmerksamkeit zu schenken, kurz vor dem mit einer Geschwindigkeit von 85 bis 90 km/h herannahenden Auto überqueren wollte. Es habe für den Motorfahrzeugführer kein Anlass bestanden, seine Fahrt wegen des aus der Gegenrichtung am Strassenrand daher kommenden Fussgängers zu verlangsamen. Vielmehr habe dieser annehmen dürfen, der Fussgänger würde seinen Weg am Strassenrand entlang fortsetzen, und habe nicht mit der

- 16 - Möglichkeit zu rechnen brauchen, jener würde unvermittelt in seine Fahrbahn treten (HÜRZELER, a.a.O., S. 130, unter Hinweis auf BGE 85 II 516, E.2.a und E.2.b, S. 518 f.). Massgeblich zur Gewichtung der Verschuldensanteile von Fussgänger und Motorfahrzeuglenker ist auch das Verkehrsaufkommen: So dürfte jedenfalls das unvermittelte "Betreten eines Fussgängers" nicht zu einem Haftungsausschluss des Motorfahrzeuglenkers führen, wenn letzterer bei hohem Verkehrsaufkommen mit auf beiden Trottoirs zirkulierenden Fussgängern und einer Gruppe spielender Kinder seine Geschwindigkeit von 50 km/h vor dem Fussgängerstreifen nicht verlangsamt; diesfalls liesse sich nicht sagen, dass ein Betreten des Fussgängerstreifens durch einen Passanten ganz aussergewöhnlich wäre, sodass damit schlechterdings nicht zu rechnen wäre (HÜRZELER, a.a.O., S. 129, unter Hinweis auf BGE 121 IV 286, E.4.b, S. 291). In einem neueren Urteil entschied das Bundesgericht, dass der adäquate Kausalzusammenhang zwischen der Betriebsgefahr eines Motorfahrzeuges und dem Tod eines Fussgängers durch dessen Verhalten selbst dann nicht unterbrochen werde, wenn der Fussgänger mit einem Promillegehalt von 2.27 Promille Alkohol im Blut in der Mitte der Strasse unterwegs gewesen sei. An einem Ort, wo neben der Strasse einerseits ein Café und andererseits ein Campingplatz lägen, stelle ein Fussgänger in der Mitte der Strasse keinen Umstand dar, mit dem schlechterdings nicht gerechnet werden müsse (PRIBNOW, Urteile zum Haftpflichtrecht 2011/2012, in: HAVE "Personen-Schaden-Forum 2013", S. 13 ff., S. 25; Urteil des Bundesgerichts 6B_1023/2010 vom 3. März 2011, E.3.2). In einem weiteren Fall kam es im Bereich einer Bushaltestelle zu einer Kollision zwischen einem von seinem Halter gelenkten Personenwagen und einer Fussgängerin, welche die Strasse (ausserhalb eines Fussgängerstreifens) überqueren wollte, um in den wartenden Bus einzusteigen. Da die Fussgängerin von einem in die Strasse einmündenden Fussweg herkam (mit einer Geschwindigkeit von 15 km/h sei sie leicht gerannt), wurde sie für den Automobilisten praktisch erst

- 17 - beim Betreten der Fahrbahn sichtbar. Da der ortskundige Motorfahrzeugführer die Stelle mit einer Geschwindigkeit von 42 km/h passierte und folglich mit der unachtsam auf die Strasse rennenden Fussgängerin kollidierte, erachtete es das Bundesgericht als vertretbar, von einem fahrlässigen Verhalten an der Grenze zur groben Fahrlässigkeit beider auszugehen (HÜRZELER, a.a.O., S. 131, unter Hinweis auf das Urteil des Bundesgerichts 4A_479/2009 vom 23. Dezember 2009). Schweres Verschulden des geschädigten Radfahrers liegt vor bei plötzlichem Herausfahren aus einer Nebenstrasse auf die Hauptstrasse; wenn der Radfahrer hinter einem Lastwagen ausschert und unverhofft nach links abbiegt; wenn ein Radfahrer nach links abbiegt, ohne ein Handzeichen zu geben (BREHM, Motorfahrzeughaftpflicht, a.a.O., N 448., mit den entsprechenden Hinweisen; GIGER, a.a.O., N 7 zu Art. 59, mit Hinweisen). Eine Radfahrerin fuhr bei uneingeschränkter Sicht unvermittelt auf die Strasse und kollidierte mit einem herannahenden Personenwagen, der im Begriffe war, mit einer Geschwindigkeit von 88 bis 112 km/h bei erlaubten 80 km/h ein Überholmanöver auszuführen. Dieses Verhalten wurde als grobes Selbstverschulden angelastet, welches den Kausalzusammenhang zwischen dem Verhalten des Personenwagenlenkers und dem eingetretenen Schaden (die Radfahrerin verstarb an den Unfallfolgen) zu unterbrechen vermochte. Die Geschwindigkeitsüberschreitung des Personenwagenlenkers wurde als nicht kausal erachtet, da der Unfall auch bei geringerer, maximal erlaubter Geschwindigkeit nicht zu verhindern gewesen wäre (Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 29. April 2008 im Geschäft LB060092, in: SG 2009 Nr. 1621). Weiter wurde auch einem Radfahrer ein grobes Selbstverschulden zugeschrieben, der mit 28 km/h auf eine Hauptstrasse mit Radstreifen zufuhr, auf welcher sich ein Auto näherte, und dabei seinen Kopf nach unten hielt und eine gestrichelte Linie überfuhr, die ihm gebot, dem Verkehr auf der Hauptstrasse den Vortritt zu gewähren. Er kollidierte mit dem Auto, das mit einer Geschwindigkeit von 17 km/h rechts in eine Einfahrt einbiegen wollte. Das Bundesgericht erkannte, auch wenn die Hauptstrasse, auf die der Radfahrer habe einbiegen wollen, einen

- 18 - Radstreifen aufweise, habe dieser bezüglich des Radstreifens keinen Vortritt vor dem Verkehr auf der Hauptstrasse. Er müsse das Vortrittsrecht eines Automobilisten auf der Hauptstrasse, der rechts in eine Einfahrt einbiegen möchte, beachten. Das Abbiegen eines vortrittsberechtigten Fahrzeuges sei kein unvorhersehbares Verhalten, mit dem der Radfahrer nicht habe rechnen müssen, insbesondere dann, wenn die Einfahrt deutlich signalisiert sei, gute Sichtverhältnisse herrschten und der Automobilist seine Fahrt bereits verlangsamt habe, was der Radfahrer nur deshalb nicht gesehen habe, weil er mit gesenktem Kopf und 28 km/h auf die Kreuzung zugefahren sei. Bei leichtem Verschulden des Automobilisten, der den Fehler des Radfahrers hätte voraussehen können, und dem groben Verschulden des Radfahrers, sei eine Haftungsverteilung von 40% zu Lasten des Automobilisten angemessen (Urteil des Bundesgerichts 4A_239/2011 vom 22. November 2011). Das Bundesgericht verlangt weiter in subjektiver Hinsicht, dass der Geschädigte eine ihm obliegende Sorgfaltspflicht verletzt und in Bezug darauf auch urteilsfähig war (subjektive Komponente des Verschuldens; GIGER, a.a.O., N 5 zu Art. 59 SVG; BGE 105 II 209, E.3, S. 212). Nach der Rechtsprechung fällt bei einer Blutalkoholkonzentration von über 2 Gewichtspromille eine Verminderung der Zurechnungsfähigkeit in Betracht. Der Blutalkoholkonzentration kommt bei der Beurteilung der Zurechnungsfähigkeit allerdings nicht alleinige Bedeutung zu. Sie ist nur eine grobe Orientierungshilfe. Wie im medizinischen Schrifttum hervorgehoben wird, gibt es keine feste Korrelation zwischen Blutalkoholkonzentration und darauf beruhender forensisch relevanter Psychopathologie;

stets sind Gewöhnung, Persönlichkeit und Tatsituation in die Beurteilung einzubeziehen. Es kann als grobe Faustregel davon ausgegangen werden, dass bei einer Blutalkoholkonzentration von unter 2 Promille in der Regel keine Beeinträchtigung der Schuldfähigkeit vorliegt, während bei einer solchen von 3 Promille und darüber meist Schuldunfähigkeit gegeben ist. Bei einer Blutalkoholkonzentration zwischen 2 und 3 Promille kann somit im Regelfall von einer verminderten Zurechnungsfähigkeit ausgegangen werden. Es besteht in diesem Bereich mit anderen Worten eine Vermutung für die

- 19 - Verminderung der Zurechnungsfähigkeit. Diese Vermutung kann jedoch im Einzelfall durch Gegenindizien umgestossen werden (BGE 122 IV 49, E.1.b, S. 50 f.).

E. 3.1.2.3

Verschulden des Halters / Lenkers Zusätzlich zum positiven Beweis (hier relevant nur: grobes (Selbst)- Verschulden / Grobfahrlässigkeit der Geschädigten) hat der Motorfahrzeughalter für seine Entlastung im Rahmen von Art. 59 Abs. 1 SVG, wie erwähnt, auch den Beweis zu erbringen, dass ihn selbst (oder Personen für die er verantwortlich ist) kein Verschulden am Unfall trifft und dass auch keine fehlerhafte Beschaffenheit des Fahrzeugs zum Unfall beigetragen hat. Das hier nicht relevante Verschulden einer Person, für welche der Motorfahrzeughalter verantwortlich ist, sowie die hier ebenfalls nicht relevante fehlerhafte Beschaffenheit des Fahrzeugs können vorliegend ausgeklammert werden. Jedes auch noch so geringe Verschulden des Halters schliesst – unter dem Titel der Erhöhung der (für den Schaden kausalen) Betriebsgefahr – die Entlastung aus, und zwar aufgrund der Beweislastverteilung (der Halter muss sich exkulpieren) selbst dann, wenn es wegen Beweisnotstandes bloss fingiert ist. Der Entlastungsgrund des Selbstverschuldens muss, verglichen mit dem Normalzustand, mit umso grösserer Intensität auftreten, um die Unterbrechung des Kausalzusammenhangs herbeizuführen. Folglich geht es bei der Beurteilung solcher Tatbestände darum, zu untersuchen, wie sich die Erhöhung der Betriebsgefahr und das Selbstverschulden als Ursachen zueinander verhalten; d.h. es fragt sich, ob das Selbstverschulden genügend intensiv auftritt, um auch den durch eine erhöhte Gefahr gekennzeichneten Betrieb als Ursache inadäquat erscheinen zu lassen. Trotz Erhöhung der Betriebsgefahr kann demnach eine Entlastung erfolgen, wenn das Selbstverschulden dermassen grob ist, dass die vom Halter zu vertretenden Ursachen zurücktreten. Jede Art von Erhöhung der Betriebsgefahr, einschliesslich Verschulden, ist nach allgemeiner Regel nur beachtenswert, wenn sie für den Schaden adäquat kausal ist. Da das Verschulden vermutet wird, ist dessen Kausalität als darin inbegriffen vermutet (OFTINGER / STARK, Band II/2, § 25 N 438 ff.; PELLONI, a.a.O., S. 267; Urteil des

- 20 - Obergerichts des Kantons Zürich vom 29. April 2008 im Geschäft LB060092, in: SG 2009 Nr. 1621). Der Beweis des Halters, dass ihn kein Verschulden am Unfall trifft, ist schwierig zu erbringen. In einem Entscheid des Bundesgerichts wurde aus einer übertriebenen Reaktion, provoziert durch ein Fehlverhalten eines Dritten, ein Verschulden hergeleitet. Der Massstab ist somit sehr streng (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4C.332/2002 vom 8. Juli 2003, E.5). Der Halter muss das Gericht von der Tatsache überzeugen, dass die Regeln des Fahrverkehrs, die sich im Wesentlichen aus Art. 29 ff. SVG und Art. 2 ff. VRV ergeben, eingehalten wurden. Jede Ungewissheit geht zu Lasten des Fahrzeughalters. So hat der Motorfahrzeughalter bzw. der Fahrzeugführer, das Fahrzeug ständig so zu beherrschen, dass er seinen Vorsichtspflichten nachkommen kann (Art. 31 Abs. 1 SVG). Wer wegen

Alkoholeinfluss nicht über die erforderliche körperliche und geistige Leistungsfähigkeit verfügt, gilt während dieser Zeit als fahruntüchtig und darf kein Fahrzeug führen (Art. 31 Abs. 2 SVG und Art. 2 VRV). Mitfahrende dürfen ihn nicht stören (Art. 31 Abs. 3 SVG). Nach Art. 32 Abs. 1 SVG hat der Fahrzeugführer die Geschwindigkeit stets den Umständen anzupassen, namentlich den Strassen-, Verkehrs- und Sichtverhältnissen. Er hat seine Aufmerksamkeit der Strasse und dem Verkehr zuzuwenden (Art. 3 Abs. 1 VRV) und darf nur so schnell fahren, dass er innerhalb der überblickbaren Strecke anhalten kann (Art. 4 Abs. 1 VRV). Weiter hat sich der Fahrzeugführer an die geltende Höchstgeschwindigkeit zu halten (Art. 32 Abs. 2 SVG i.V.m. Art. 4a VRV). Überdies hat der Fahrzeugführer nach Art. 33 Abs. 1 SVG den Fussgängern das Überqueren der Fahrbahn in angemessener Weise zu ermöglichen. Er hat vor Fussgängerstreifen besonders vorsichtig zu fahren und nötigenfalls anzuhalten, um den Fussgängern den Vortritt zu lassen, die sich schon auf dem Streifen befinden oder davor warten und ersichtlich die Fahrbahn überqueren wollen (Art. 33 Abs. 2 SVG i.V.m. Art. 6 Abs. 1 VRV). In der Nähe von Haltestellen öffentlicher Verkehrsmittel hat der Fahrzeugführer Vorsicht walten zu lassen. Er ist nach Art. 33 Abs. 3 SVG gehalten, auf ein- und aussteigende Personen Rücksicht zu nehmen.

- 21 - Nach der Grundregel von Art. 26 SVG muss sich im Verkehr jedermann so verhalten, dass er andere in der ordnungsgemässen Benützung der Strasse weder behindert noch gefährdet. Besondere Vorsicht ist geboten gegenüber Kindern, Gebrechlichen und alten Leuten, ebenso wenn Anzeichen dafür bestehen, dass sich ein Strassenbenützer nicht richtig verhalten wird. Ansonsten aber darf sich der Fahrzeugführer auf die Wahrscheinlichkeit normalen Verhaltens der übrigen Strassenbenützer verlassen, insbesondere auf normale Reaktionen, und darauf, dass jene die gesetzlichen Verkehrsregeln einhalten (sog. Vertrauensgrundsatz). Auf den Vertrauensgrundsatz kann sich indes nur berufen, wer sich selbst verkehrsregelkonform verhalten hat. Wer gegen die Verkehrsregeln verstösst und dadurch eine unklare oder gefährliche Verkehrslage schafft, kann nicht erwarten, dass andere diese Gefahr durch erhöhte Vorsicht ausgleichen (Urteil des Bundesgericht 6B_272/2011 vom 9. August 2011, E.2.2). Aus der oben bereits dargelegten Kasuistik ergibt sich bezüglich des Aspektes des Verschuldens des Motorfahrzeughalters, dass bei hohem Verkehrsaufkommen mit auf beiden Trottoirs zirkulierenden Fussgängern und einer Gruppe spielender Kinder die zulässige Höchstgeschwindigkeit von 50 km/h übersetzt und insbesondere vor einem Fussgängerstreifen zu verringern ist. Denn es lässt sich nicht sagen, dass in diesem Fall ein Betreten des Fussgängerstreifens durch einen Passanten ganz aussergewöhnlich wäre, sodass damit schlechterdings nicht zu rechnen wäre. Das unvermittelte Betreten eines Fussgängers führte denn auch nicht zum Haftungsausschluss des Motorfahrzeuglenkers (vgl. BGE 121 IV 286, E.4.b, S. 291). Auch an einem Ort, wo neben der Strasse einerseits ein Café und andererseits ein Campingplatz liegen, stellt ein Fussgänger in der Mitte der Strasse keinen Umstand dar, mit dem schlechterdings nicht gerechnet werden muss (PRIBNOW, Urteile zum Haftpflichtrecht 2011/2012, in: HAVE "Personen-Schaden-Forum 2013", S. 13 ff., S. 25; Urteil des Bundesgerichts 6B_1023/2010 vom 3. März 2011, E.3.2). Hingegen durfte ein Motorfahrzeugführer auf einer Ausserortsstrecke von einem aus der Gegenrichtung am Strassenrand daher kommenden Fussgänger

- 22 - annehmen, er würde seinen Weg am Strassenrand entlang fortsetzen und brauchte nicht mit der Möglichkeit zu rechnen, jener würde unvermittelt in seine Fahrbahn treten (vgl. BGE 85 II 516, E.2.a und E.2.b, S. 518 f.). Im Falle eines ortskundigen

Motorfahrzeugführers, der eine Bushaltestelle mit einer Geschwindigkeit von 42 km/h passierte und mit einer unachtsam auf die Strasse rennenden Fussgängerin kollidierte, erachtete es das Bundesgericht als vertretbar, von einem fahrlässigen Verhalten an der Grenze zur groben Fahrlässigkeit beider auszugehen (vgl. Urteil des Bundesgericht 4A_479/2009 vom 23. Dezember 2009, E.5). Einem Automobilisten, der den Fehler eines Radfahrers hätte voraussehen können, wurde ein leichtes Verschulden angelastet (Urteil des Bundesgerichts 4A_239/2011 vom 22. November 2011).

E. 3.1.3

Ermässigung der Halterhaftung (Art. 59 Abs. 2 SVG)

E. 3.1.3.1

Grundsatz und Beweis Beweist der Halter, der nicht nach Art. 59 Abs. 1 SVG befreit wird, dass ein Verschulden des Geschädigten beim Unfall mitgewirkt hat, so liegt ein Reduktionsgrund vor, und das Gericht bestimmt die Ersatzpflicht unter Würdigung aller Umstände (Art. 59 Abs. 2 SVG). Es kann bei dieser Würdigung den Halter im Unterschied zur allgemeinen Norm des Art. 44 OR von der Haftpflicht nicht völlig befreien, wenn die Voraussetzungen von Art. 59 Abs. 1 SVG nicht vorliegen (BGE 132 III 249, E.3.1, S. 252; REY, a.a.O., N 395). Liegt ein zusätzliches Verschulden des Halters vor, verschiebt sich das Verhältnis wieder zu dessen Ungunsten, denn ihn belasten dann zwei Ursachen. Das Selbstverschulden des Geschädigten wiegt somit als Ursache wieder leichter. Weiter können besondere Umstände bewirken, dass die Betriebsgefahr den üblichen Rahmen sprengt und sich auf die Ebene der sogenannten erhöhten Betriebsgefahr schwingt (z.B. überhöhte Geschwindigkeit). Die erhöhte

- 23 - Betriebsgefahr ist ein Umstand, der Gefährdungshaftpflichtige ähnlich wie ein zusätzliches Verschulden belastet (KELLER, Band I, S. 387 f.). Der Motorfahrzeughalter hat das Selbstverschulden des Geschädigten – wie alles, womit er seine Haftung schmälern kann – zu beweisen (KELLER, Band I, S. 316). Der Geschädigte, der zwecks Reduktion seiner Selbstverschuldens-Quote ein vom Halter zu vertretendes Verschulden behauptet, hat dieses entsprechend Art. 8 ZGB zu beweisen (OFTINGER / STARK, Band II/2, § 25 N 573).

E. 3.1.3.2

Ersatzquote Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist im Rahmen von Art. 59 Abs. 2 SVG grundsätzlich der Gesamtschaden von 100% auf die einzelnen haftpflichtrechtlich relevanten Ursachen zu verteilen. Zu berücksichtigen ist dabei neben dem Verschulden der Parteien namentlich die vom Halter zu vertretende Betriebsgefahr. In der Regel wird jeder Mitursache ein Anteil am Gesamtschaden quotenmässig zugewiesen. Demnach ist der Gesamtschaden "sektoriell" auf jede der einzelnen erheblichen Mitursachen zu verteilen, wobei sich mit der zunehmenden Anzahl derartiger haftpflichtrelevanter Ursachen jeder einzelne Anteil entsprechend verringert. Denn den einzelnen Mitursachen kann im Rahmen von Art. 59 Abs. 2 SVG (Art. 44 Abs. 1 OR) nicht unbeschrieben der konkreten Umstände allein aus ihrer haftpflichtrechtlichen Begründung grössere oder geringere Bedeutung beigemessen werden (BGE 132 III 249, E.3.1 S. 252 f., mit Hinweisen; Urteil des Bundesgerichts 4A_479/2009 vom 23. Dezember 2009, E.4). Die Verteilung des Gesamtschadens auf die einzelnen haftpflichtrechtlich relevanten Ursachen beruht auf richterlichem Ermessen (Art. 4 ZGB). In der Literatur werden folgende Richtwerte für die Haftungsquote des haftpflichtigen Dritten bei Selbstverschulden des Fussgängers versus

Gefährdungshaftung vorgeschlagen (HÜRZELER, a.a.O., S. 119 f.): Leichtes Selbstverschulden des Fussgängers in Konkurrenz zu Gefährdungshaftung ohne zusätzliches Verschulden: Haftungsquote des Dritten

- 24 - 65 - 80 %. Mittelschweres Selbstverschulden des Fussgängers in Konkurrenz zu Gefährdungshaftung ohne zusätzliches Verschulden: Haftungsquote des Dritten 40 - 60 %. Grobes Selbstverschulden des Fussgängers in Konkurrenz zu Gefährdungshaftung ohne zusätzliches Verschulden (Nichtverschuldensbeweis gelingt): keine Haftung. Ähnliche Quoten werden in der Literatur für die Fallgruppe "Alleiniges Verschulden des Nichthalters" vorgeschlagen (vgl. BREHM, Motorfahrzeughaftpflicht, a.a.O., N 563 und N 568). Zum Teil ähnliche Richtwerte für die Haftungsquote werden für die interne Schadensverteilung (Art. 60 Abs. 2 SVG) bei Aufeinandertreffen von Verschuldens- und Halterhaftung dargestellt (vgl. HULLIGER, Bedeutung und Gewichtung der Betriebsgefahr in Art. 60 und 61 SVG, in: Jahrbuch zum Strassenverkehrsrecht 2004, S. 137 ff., S. 155 ff., mit Hinweisen): Im bereits erwähnten Fall einer Kollision im Bereich einer Bushaltestelle zwischen einem von seinem Halter gelenkten Personenwagen und einer Fussgängerin, welche die Strasse (ausserhalb eines Fussgängerstreifens) überqueren wollte, um in den wartenden Bus einzusteigen, erachtete es das Bundesgericht als vertretbar, eine Haftungsquote von 80% zu Lasten des Motorfahrzeughalters festzulegen, wobei der Betriebsgefahr des Personenwagens 60% beigemessen wurde; dies, weil die Fussgängerin von einem in die Strasse einmündenden Fussweg herkam (mit einer Geschwindigkeit von 15 km/h sei sie leicht gerannt) und sie für den Automobilisten praktisch erst beim Betreten der Fahrbahn sichtbar wurde, sowie weil der ortskundige Motorfahrzeugführer die Stelle mit einer Geschwindigkeit von 42 km/h passierte und folglich mit der unachtsam auf die Strasse rennenden Fussgängerin kollidierte (Urteil des Bundesgerichts 4A_479/2009 vom 23. Dezember 2009). Im Falle eines Fussgängers, der neben anderen nicht auf dem Trottoir, sondern auf der Strasse ging, und bei schlechter Sicht von einem Auto angefahren wurde,

- 25 - dessen Lenker durch ein parkiertes Auto geblendet wurde, wurde die Ersatzpflicht um einen Viertel ermässigt (GIGER, a.a.O., N 12 zu Art. 59 unter Hinweis auf BGE 63 II 67). Einem weiteren Fussgänger, der des Nachts bei schlechter Sicht und Regenschauern auf der Fahrbahn einer Strasse statt auf dem Trottoir ging, wobei er von einem Automobil überfahren wurde, wurde der Schadenersatz um einen Viertel reduziert. Dem Lenker wurde ein Verschulden wegen unvorsichtigem und unaufmerksamen Fahren, obwohl die Umstände (Nacht, schlechte Sicht, Regenschauer, nasse, schlüpfrige und schwarze Strasse, Fussgängerverkehr, Blendung durch ein anderes Motorfahrzeug) besondere Vorsicht erforderten, angelastet (OFTINGER / STARK, Band II/2, § 25 N 578, mit Hinweisen). Einem weiteren unachtsam in die Fahrbahn eines Automobils tretenden Fussgänger wurde der Schadenersatz um einen Viertel gekürzt; dem Automobilisten wurde ein Verschulden angelastet, weil er angesichts der erkannten Sachlage zu wenig verlangsamte und zu knapp hinter dem Fussgänger durchgefahren war, sodass dieser erschrak, rückwärts trat und vom Automobil erfasst wurde (OFTINGER / STARK, Band II/2, § 25 N 578, mit Hinweisen). Einem nachts ausserhalb des Fussgängerstreifens bei dichtem Verkehr die Strasse überquerenden Fussgänger, der nach einem Halt in der Mitte versuchte, die andere Strassenseite zu erreichen, wobei er den Verkehr zu wenig kontrollierte, wurde der Schadenersatz um einen Drittel reduziert. Dem Lenker wurde ein Verschulden angelastet, weil er mit abgeblendeten Scheinwerfern, welche nur 40 m erhellen, mit einer Geschwindigkeit von 100 - 110 km/h fuhr (OFTINGER / STARK, Band II/2, § 25 N 578,

mit Hinweisen). Dem Fussgänger der unachtsam in die Fahrbahn eines Automobils trat, wurde der Schadenersatz um die Hälfte gekürzt. Den Motorfahrzeugführer traf ein Verschulden wegen übersetzter Geschwindigkeit angesichts einer auf der Strasse befindlichen Menschengruppe (OFTINGER / STARK, Band II/2, § 25 N 578, mit Hinweisen).

- 26 - Einem anderen Fussgänger, der unachtsam in die Fahrbahn eines Automobils trat, dessen Lenker ein Verschulden wegen Unaufmerksamkeit traf, wurde der Schadenersatz ebenfalls um die Hälfte gekürzt (OFTINGER / STARK, Band II/2, § 25 N 578, mit Hinweisen). Einem Fussgänger, der bei schneebedeckter Strasse die Fahrbahn betrat, ohne nach links zu blicken und mit einem Auto zusammenprallte, dessen Führer am Unfall schuldlos war, wurde der Schadenersatz um zwei Drittel reduziert (OFTINGER / STARK, Band II/2, § 25 N 578, mit Hinweisen). Einem Radfahrer, der in schräger Richtung in eine Strasse einfuhr, anstatt sofort die rechte Seite zu gewinnen, wurde der Schadenersatz um einen Fünftel gekürzt. Den Motorfahrzeuglenker traf ein Verschulden, weil er einem anderen Fahrzeug links ausgewichen war und deswegen den Radfahrer anfuhr (OFTINGER / STARK, Band II/2, § 25 N 578, mit Hinweisen). Ein anderer Radfahrer fuhr unvorsichtig in die Kurve und beachtete die Vortrittsverhältnisse zu wenig; er war unaufmerksam und hatte nicht gebremst. Dem Motorfahrzeuglenker wurde wegen eines Fehlers beim Abbiegen nach links ein Verschulden angelastet. Der Schadenersatz des Radfahrers wurde um einen Drittel gekürzt (OFTINGER / STARK, Band II/2, § 25 N 578, mit Hinweisen). Beim Überholen von Fussgängergrüppchen im Abenddunkel stiess ein Radfahrer mit einem entgegenkommenden Automobil zusammen, weil er die Geschwindigkeit und Distanz falsch eingeschätzt hatte. Darin sah das Bundesgericht ein ausgeprägtes, aber nicht grobes Verschulden. Der Automobilist seinerseits musste den Radfahrer sehen und auch auf die schneebedeckte Strasse Rücksicht nehmen. Dass er mit 50 - 60 km/h fuhr, stellte ein offensichtliches Verschulden dar. Dazu belastete ihn die Betriebsgefahr. Deshalb waren dem Bundesgericht die dem Radfahrer, der bei dem Unfall ein Bein verloren hatte, durch die Vorinstanz zugesprochenen 40% zu wenig; seiner Ansicht nach wäre die Hälfte oder zwei Drittel angepasster gewesen (KELLER, Band I, S. 317, unter Hinweis auf BGE 95 II 573, E.4, S. 581).

- 27 - Das Bundesgericht erachtete sodann bei leichtem Verschulden des Automobilisten, der den Fehler des Radfahrers hätte voraussehen können, und grobem Verschulden des Radfahrers, eine Haftungsverteilung von 40% zu Lasten des Automobilisten als angemessen (Urteil des Bundesgerichts 4A_239/2011 vom 22. November 2011). Bei einem Radfahrer, welcher mit übersetzter Geschwindigkeit von rechts auf einer abschüssigen Strasse herunterfuhr und mit einem stillstehenden Auto kollidierte, wurde grobes Verschulden angenommen. Das Bundesgericht erachtete den Entlastungsbeweis des Halters als gescheitert, obwohl der Richtungsanzeiger im Moment der Kollision noch gestellt war. Da der Entlastungsbeweis nicht hatte erbracht werden können, nahm das Bundesgericht ein Mitverschulden des Halters an (GIGER, a.a.O., N 12 zu Art. 59 unter Hinweis auf BGE 64 II 41).

E. 3.1.4

Verhältnis von Strafrecht und Zivilrecht Nach dem auch im Strassenverkehrshaftpflichtrecht anwendbaren Art. 53 OR ist der Zivilrichter gemäss Abs. 1 dieser Bestimmung bei der Beurteilung der Schuld oder Nichtschuld, Urteilsfähigkeit oder Urteilsunfähigkeit nicht an die Bestimmungen über die strafrechtliche

Zurechnungsfähigkeit oder an die Freisprechung durch das Strafgericht gebunden. Gemäss Abs. 2 der nämlichen Norm ist auch das strafrechtliche Erkenntnis mit Bezug auf die Beurteilung der Schuld und die Bestimmung des Schadens für den Zivilrichter nicht verbindlich. Art. 53 OR enthält keine abschliessende Aufzählung. Die Schlussfolgerung, dass der Zivilrichter in allen nicht genannten Punkten e contrario an das Strafurteil gebunden ist, ist deshalb nicht zutreffend (MARTIN, a.a.O., S. 339; vgl. auch BREHM, Berner Kommentar, Bd. VI/1/3/1, Allgemeine Bestimmungen, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41-61 OR, 3. Aufl. 2006, N 12 und N 23 zu Art. 53 OR; HEIERLI / SCHNYDER, in: HONSELL / VOGT / WIEGAND, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 5. Aufl. 2011, N 4 zu Art. 53 OR; CH. MÜLLER, in: FURRER / SCHNYDER, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR, 2. Aufl. 2012, N 12 zu Art. 53 OR).

- 28 -

E. 3.2

Unbestrittener Sachverhalt

E. 3.2.1

Bezüglich des streitgegenständlichen Verkehrsunfalles vom 13. August 2005 ist unbestritten, dass er sich auf der F.____-Strasse auf Höhe Hausnummer ... in Zürich ereignete. Bei der F.____-Strasse handelt es sich um eine relativ breite Nebenstrasse mit Tramgeleisen. Stadtauswärts liegt der Fahrstreifen für Privatverkehr neben den Tramgeleisen. In Fahrtrichtung des beteiligten Motorfahrzeugs steigt die Strasse an. Auf der fraglichen Strassenseite verläuft parallel zur Fahrbahn ein Trottoir. Zwischen diesem und der Fahrbahn befinden sich markierte Längsparkplätze der Blauen Zone (act. 1 S. 3 f.; act. 3/1 S. 6; act. 9 S. 4).

E. 3.2.2

In jener Nacht regnete es zeitweise leicht, sodass der Asphaltbelag feucht war; zum Unfallzeitpunkt regnete es indes nicht (act. 1 S. 4; act. 3/1 S. 7; act. 9 S. 5).

E. 3.2.3

Unbestritten ist weiter, dass sowohl die Motorfahrzeughalterin als auch die Geschädigte leicht alkoholisiert waren (act. 1 S. 7 und S. 12; act. 9 S. 9 und S. 17). Gemäss dem ärztlichen Bericht zur Blutalkoholanalyse des Instituts für Rechtsmedizin vom 18. August 2005 (act. 3/12) betrug die Blutalkoholkonzentration der Motorfahrzeughalterin zum Zeitpunkt der Blutentnahme (13. August 2005, 02:02 Uhr) 0.05 bis 0.15 Gewichtspromille. Dem chemisch-toxikologischen Untersuchungsbericht des Instituts für Rechtsmedizin vom 27. September 2005 sowie dem ärztlichen Bericht zur Blutalkoholanalyse vom 6. September 2005 (act. 3/20; act. 20/8) zufolge, wies die Geschädigte zum Zeitpunkt der Blutentnahme am

E. 3.3

Parteivorbringen

E. 3.3.1

Standpunkt der Klägerin

E. 3.3.1.1

Verschulden der Geschädigten Die Klägerin macht geltend, entgegen der Darstellung der Beklagten sei erstellt, dass sich unmittelbar vor der Unfallstelle ein Fussgängerstreifen befinde.

- 29 - Gehe man von der – grundsätzlich möglichen – Sachverhaltsvariante aus, dass die Geschädigte auf dem Fussgängerstreifen angefahren worden sei, wäre sie selbstredend vortrittsberechtigt gewesen. Entgegen der Auffassung der Beklagten sei daher alles andere als klar, ob die Geschädigte tatsächlich vortrittsbelastet gewesen sei (act. 15 S. 3, S. 9 und S. 14). In seiner technischen Unfallanalyse vom 22. Mai 2008 sei der Sachverständige Dipl.-Ing. G. _____ zum Schluss gekommen, dass die Kollisionsstelle innerhalb der Fahrbahn nicht ausreichend genau eingegrenzt werden könne). In dem von der Klägerin eingeholten Bericht vom 25. September 2008 nehme Dipl.-Ing. H. _____ zum Gutachten von Dipl.-Ing. G. _____ Stellung. Er komme zum Schluss, dass konkret nicht ausgeschlossen werden könne, dass die Kollision "auf dem" oder "in der Nähe" des Fussgängerstreifens erfolgt sei. In seiner Stellungnahme vom 10. Oktober 2008 räume Dipl.-Ing. G. _____ ein, es bestehe generell die Möglichkeit, dass sich die Kollision auf dem Fussgängerstreifen ereignet habe. Angesichts des unbestrittenen Faktums, wonach das Velo nach der Kollision verschoben und dessen Endlage ebenso unbestritten nicht dokumentiert worden sei, dürfe diese Sachverhaltsvariante keinesfalls einfach ausgeblendet werden (act. 1 S. 10 f.; act. 15 S. 11 f.). Die Klägerin führt weiter aus, die Geschädigte habe ein Velo bei sich gehabt, doch sei nach Angaben der Polizei unklar geblieben, ob die Geschädigte auf dem Fahrrad gesessen sei oder dieses geschoben habe. Die Polizei habe unmissverständlich festgehalten, dass der genaue Unfallhergang aufgrund der vorhandenen Aussagen nicht restlos habe geklärt werden können (act. 1 S. 4; act.

E. 3.3.1.2

Verschulden der Motorfahrzeughalterin Die Klägerin macht geltend, selbst dann, wenn sich die Halterin innerhalb der zulässigen Höchstgeschwindigkeit bewegt haben sollte, bestünden erhebliche Zweifel, ob sie die Geschwindigkeit auch den eingeschränkten Sichtverhältnissen (Dunkelheit, nasse Fahrbahn, Lichtspiegelungen) angepasst habe. Gegen eine angepasste Geschwindigkeit spreche vor allem die Tatsache, dass sie die Geschädigte erst im Moment der Kollision wahrgenommen habe. Dass sie ihre Aufmerksamkeit speziell auf die drei angeblich entgegenkommenden Velofahrer habe richten müssen, sei kein Grund dafür gewesen, andere Gefahrenquellen ausser Acht zu lassen, denn gerade bei schwierigen Sichtbedingungen, wie sie in dieser Nacht geherrscht hätten, verlange das Gesetz von einem Fahrzeuglenker besondere Vorsicht. In casu sei zu berücksichtigen, dass sich der Unfall nach Mitternacht bei nasser Witterung ereignete; die schlechten Sichtverhältnisse hätten also ein hohes Mass an Konzentration erfordert. Gleichzeitig hätten sich die Halterin und J. _____, die mitfahrende Zeugin, zum Unfallzeitpunkt miteinander unterhalten. Die Zeugin J. _____ habe erklärt, nicht mehr zu wissen, in welche Richtung sie zum Unfallzeitpunkt geschaut habe. Der Hinweis der Beklagten, die Halterin habe sich auf drei entgegenkommende, teils torkelnde Fahrradfahrer konzentrieren müssen, wirke wenig überzeugend. Abgesehen davon bestünden generell Zweifel an der Unfallversion der Fahrzeugführerin nachdem ihre Mitfahrerin J. _____ ausgesagt habe, sie habe keine Velofahrer gesehen. Drei Radfahrer, wovon einer torkelnd und eher gegen die Strassenmitte zufahrend, hätten nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge auch der Mitfahrerin auffallen müssen. Dass sie diese nicht wahrgenommen habe, lasse mindestens auf eine übertriebene Darstellung der Geschehnisse durch die Fahrzeuglenkerin schliessen (act. 1 S. 8). Wenn die

Beklagte ausführe, dass ein Fahrzeuglenker nicht mit "abwegigen Verhaltensweisen anderer Verkehrsteilnehmer" zu rechnen habe, sei dem zwar beizupflichten. Aus dem Umstand, dass die Fahrzeuglenkerin

- 36 - die verunfallte Geschädigte zum Unfallzeitpunkt nicht gesehen habe, könne aber eine solche Schlussfolgerung nicht gezogen werden (act. 15 S. 8). In seiner technischen Unfallanalyse vom 22. Mai 2008 sei der Sachverständige Dipl.-Ing. G._____ zum Schluss gekommen, dass sich keine Hinweise weder für eine Überschreitung der zulässigen Höchstgeschwindigkeit von 50 km/h durch die PW-Lenkerin noch für eine verspätete Reaktion ergäben. In dem von der Klägerin eingeholten Bericht vom 25. September 2008 nehme Dipl.-Ing. H._____ Stellung und komme zum Schluss, dass sogar eine leicht überhöhte Geschwindigkeit der leicht alkoholisierten PW-Fahrerin nicht ausgeschlossen werden könne (act. 1 S. 10 f.). Nichts anderes ergebe sich aus der Stellungnahme von Dipl.-Ing. G._____ vom 10. Oktober 2008, in welcher eingeräumt werde, dass durchaus die Möglichkeit bestehe, dass die Halterin zum Unfallzeitpunkt mehr als 50 km/h gefahren sei (act. 15 S. 12). Besonderes Augenmerk verdiene die Tatsache, dass die Fahrzeuglenkerin zum Unfallzeitpunkt (wenn auch leicht) alkoholisiert gewesen sei. Für die strafrechtliche Beurteilung sei zwar nur die untere Grenze des Vertrauensbereichs und damit eine BAK von 0.05 bis 0.15 Gewichtspromille massgebend, sodass die Lenkerin als fahrtüchtig gegolten habe. Mit Blick auf die gesetzgeberische Intention, die Halterhaftung als scharfe Kausalhaftung auszuprägen, sei für die Frage der haftpflichtrechtlichen Relevanz indessen die vom Institut für Rechtsmedizin der Universität ermittelte max. BAK von 0.64 Promille zum Zeitpunkt des Unfalls von Bedeutung. Auch wenn nicht behauptet werden könne, die BAK habe 0.64 Promille betragen, so seien zumindest Zweifel an der vorbehaltlosen Fahrtüchtigkeit der Fahrzeuglenkerin angebracht. Gehe man nämlich davon aus, dass die Gefahrenschwelle bereits bei 0.3 Gewichtspromille liege, so lasse sich nicht ohne weiteres behaupten, dass die Halterin zum Unfallzeitpunkt uneingeschränkt fahrtüchtig gewesen sei, zumal es sich bei ihr um eine eher zierliche Person handle (61 kg Körpergewicht bei einer Grösse von 165 cm) und Hinweise auf eine erhöhte Alkoholtoleranz nicht aktenkundig seien. Im weiteren sei zu beachten, dass sich der Unfall zu später Stunde bei Dunkelheit und Regen ereignet habe, mithin die Sichtverhältnisse ein hohes Mass an

- 37 - Konzentration erforderten. Gerade bei solchen Umständen werde sich auch eine nur leichte Alkoholisierung – mit konsekutiver Einschränkung der Reaktionsfähigkeit – verstärkt bemerkbar machen (act. 1 S. 7; act. 15 S. 7). Das von der Beklagten zitierte Urteil sei abgesehen davon, dass sich die gesellschaftlichen Auffassungen im Umgang mit Alkohol im Allgemeinen und im Kontext mit dem Strassenverkehr im Besonderen in den letzten 50 Jahren gewandelt hätten (der dem Entscheid zugrundeliegende Sachverhalt habe sich vor 59 Jahren ereignet), für den vorliegenden Fall schon deshalb nicht einschlägig, weil der Unfallhergang – namentlich das Verhalten der Beteiligten – anders als im hier zu beurteilenden Fall bekannt und offenbar auch unbestritten gewesen sei (act. 15 S. 7 und S. 14). Es liessen sich den Akten verschiedene tatbeständliche Umstände entnehmen, welche erhebliche Zweifel am Nichtverschulden der Fahrzeuglenkerin aufkommen liessen. Aus strafrechtlicher Sicht habe es zwar "keine Hinweise für ein Fehlverhalten" der Fahrzeuglenkerin gegeben, weshalb das Strafverfahren eingestellt worden sei. Allerdings binde das strafrechtliche Erkenntnis den Zivilrichter nicht, und in der Tat erscheine der aktenkundige Sachverhalt zivilrechtlich in einem anderen Licht (act. 1 S. 7). Es sei darauf hinzuweisen, dass im Strafverfahren der Halterin ein Verschulden nachzuweisen gewesen

sei, im vorliegenden Verfahren die Beklagte jedoch die Unschuld der Halterin beweisen müsse. Die beweisrechtlichen Voraussetzungen seien mithin entgegengesetzt, weshalb es sich verbiete, die rechtlichen Schlussfolgerungen aus der strafrechtlichen Erkenntnis auf die vorliegende zivilrechtliche Streitigkeit zu übertragen. Entscheidend für die Frage, ob die Halterin ein Nicht-Verschulden nachweisen könne, seien nicht die strafrechtlichen Erkenntnisse, sondern die tatsächlichen Entscheidungsgrundlagen (act. 15 S. 6 und S. 7). Richtig sei, dass die Klägerin in der E-Mail vom 14. Februar 2008 mit der Beklagten von einem fehlenden Verschulden der Halterin ausgegangen sei bzw. dass sich zu diesem Zeitpunkt die Diskussion auf die Frage der Grobfahrlässigkeit des Verhaltens der Geschädigten konzentriert habe (act. 15 S. 6).

E. 3.3.1.3

Ermässigung der Halterhaftung

- 38 - Die Klägerin führt aus, die Beklagte wäre auch hinsichtlich eines allfälligen Mitverschuldens der Geschädigten beweispflichtig. Diesen Beweis bleibe sie schuldig. Die Überlegungen zu einer allfälligen Reduktion der Haftungsquote seien deshalb akademisch (act. 15 S. 14).

E. 3.3.2

Standpunkt der Beklagten

E. 3.3.2.1

Verschulden der Geschädigten Die Beklagte führt aus, das Fehlen eines Fussgängerstreifens unmittelbar an der Unfallstelle sei aktenkundig (act. 9 S. 13). Wie die Klägerin selbst richtig ausführe, befinde sich der Fussgängerstreifen vor der Unfallstelle. Die Kollision habe aber dahinter stattgefunden, sodass sich daraus nichts zu Gunsten der Klägerin ableiten lasse (act. 19 S. 14). Die von der Klägerin aufgestellte Variante, wonach die Geschädigte auf dem Fussgängerstreifen angefahren worden sein solle, sei nichts weiter als eine reine Hypothese. Aufgrund der Zeugenaussagen, auf die sich auch die Klägerin berufe, könne nicht ernstlich bestritten werden, dass verschiedene Personen die Geschädigte dabei beobachtet hätten, wie sie auf ihr Rad gestiegen und wegefahren sei. Dass sie angesichts dieser Situation plötzlich wieder gebremst, angehalten und vom Fahrrad abgestiegen sein sowie anschliessend den Fussgängerstreifen als Fussgängerin überquert haben soll, wirke nicht nur völlig lebensfremd, sondern finde auch nicht die geringste Stütze in den Akten (act. 19 S. 4). Für die von der Klägerin favorisierte Version, wonach die Geschädigte auf dem Fussgängerstreifen erfasst worden sein solle, ergebe sich auch aus dem Gutachten von Dipl.-Ing. G. _____ der völlig fehlende Realitätsbezug einer solchen Annahme (act. 19 S. 20). Zu Recht verweise der Gutachter auf den Umstand, wonach das Rad zur besseren Betreuung der Geschädigten verstellt worden sei. Damit müsse sich dieses in unmittelbarer Nähe des Opfers befunden haben, was die Theorie von Dipl.-Ing. H. _____ per se in sich zusammenfallen lasse (act. 19 S. 18). Weiter macht die Beklagte geltend, dass die Geschädigte mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit auf dem Fahrrad sitzend unterwegs gewesen sei. Zwar fehlten direkte Augenzeugen des genauen Unfallablaufes, doch immerhin habe die Zeugin I. _____ ausgesagt, sie habe gesehen, wie die Geschädigte über

- 39 - das Trottoir gefahren sei. Die Klägerin unterschlage die Tatsache, dass die von ihr wiedergegebene Antwort von I. _____ von der Polizei lediglich sinngemäss festgehalten

worden sei. Im Gegensatz zu den später als Zeugin gemachten Ausführungen seien diese Aussagen nicht unterschrieben worden. Es sei damit vom wesentlich beweiskräftigeren Gehalt der formellen Zeugenaussage auszugehen (act. 9 S. 5; act. 19 S. 7). Aus dem technischen Gutachten von Dipl.-Ing. G. _____ ergebe sich, dass sich die Geschädigte auf dem Velo sitzend befunden habe. Dies ergebe sich auch aus dem Spurenbild, was der Gutachter begründet darlege (act. 9 S. 14; act. 19 S. 8). Insbesondere habe der Sachverständige begründet ausgeführt, weshalb die Beschädigungen anders ausgefallen wären, wenn die Geschädigte das Rad zum Kollisionszeitpunkt nicht gefahren hätte (act. 19 S. 17 f.). Die Beschädigungen am Rad (linker Holm der Vorderradgabel sowie linkes Lenkerende und linke Sattelstrebe unten sowie die Spuren am Pw) liessen nach den überzeugenden Darstellungen des Experten Dipl.-Ing. G. _____ nur diese Konstellation als realistisch zu. Der Gutachter komme zum Schluss, die durch die Polizei durchgeführte Gegenüberstellung und Zuordnung zum Erstkontakt zwischen Fahrrad und Pw sei eindeutig (act. 19 S. 15 f.). Das von Klägerseite eingereichte Gegengutachten von Dipl.-Ing. H. _____ sei dem Erstgutachter Dipl.-Ing. G. _____ zur Stellungnahme zur Verfügung gestellt worden. Dieser halte am ausgearbeiteten Ergebnis fest, wonach es überwiegend wahrscheinlich erscheine, dass die Geschädigte auf dem Velo gesessen habe, als sie vom VW Polo erfasst worden sei. Er räume zwar ein, es könne kein zweifelsfreier Beweis vorgelegt werden. Immerhin seien aber konkrete Hinweise dafür gefunden und auch herausgearbeitet worden, da sonst weder die Verletzungen noch das Spurenbild erklärbar wären (act. 9 S. 15; act. 19 S. 8). Zu Recht weise der Gutachter auf die Diskrepanz zwischen den verwendeten Versuchsfahrzeugen hin. Während Dipl.-Ing. H. _____ in seiner Simulation einen alten VW Golf 2 anstelle des im damaligen Unfall involvierten VW Polo verwendet und auch der verwendete Dummy eine wesentlich grössere Körpergrösse aufgewiesen habe, habe Dipl.-Ing. G. _____ die Simulation dahingehend

- 40 - angepasst, indem er den im Computerprogramm "Virtual Crash" zur Verfügung stehenden neuen VW Polo auf die Masse des effektiv von der Fahrzeuglenkerin verwendeten Fahrzeugs gleicher Marke reduziert habe. Das Argument der fehlenden Sattelverdrehung als Hinweis für eine Sitzposition werde vom Gutachter Dipl.-Ing. G. _____ widerlegt. Er verweise auf bekannte Unfälle, bei denen trotz einer erstellten Kollision weder eine Sattelverdrehung noch eine Einknickung des Haupttrahmens am Velo eingetreten sei. Dies hänge letztlich stark von der augenblicklichen Position des dem PW zugewandten Beins bzw. der Pedalstellung ab. Unter Verweis auf die am Fahrrad aufgetretenen Deformationen schein es deshalb zumindest überwiegend wahrscheinlich, von einer sitzenden Position der Geschädigten auszugehen. Zu berücksichtigen sei auch der Umstand, wonach die von Dipl.-Ing. H. _____ als Indiz für eine sitzende Position der Geschädigten genannte Sattelverdrehung schon deshalb unterblieben sein könnte, weil beim Anfahren bzw. Beschleunigen mit dem Rad sehr häufig im sogenannten Wiegetritt gefahren werde. Diesfalls hätte die Geschädigte ohnehin gar keinen Sattelkontakt gehabt, was auch das fehlende Verdrehen erklärte. Genau solche Positionen könnten aber mit den von Dipl.-Ing. H. _____ herangezogenen Dummy-Simulationen nicht nachgestellt werden. Demgegenüber schein die Hypothese von Dipl.-Ing. H. _____, die Geschädigte könne allenfalls das Velo geschoben haben, vor allem deshalb unrealistisch, weil er scheinbar davon auszugehen schein, die Geschädigte hätte das Rad auf ihrer linken Seite (in Gehrichtung betrachtet) gestossen. Für eine Rechtshänderin schein dies sehr unwahrscheinlich, denn üblicherweise dürfte es wesentlich bequemer sein, das Rad auf der rechten Seite zu schieben, wenn man schon zu Fuss unterwegs sei. Dann wiederum wären

aber die Beschädigungen am PW, die wohl eindeutig vom Rad her stammen, sowie der Kopfanprall in der oberen Ecke der Windschutzscheibe nicht zu erklären. Der Gutachter Dipl.-Ing. G._____ habe sodann dargelegt, weshalb für ihn gewisse theoretische Möglichkeiten, die Dipl.- Ing. H._____ als nicht berücksichtigt rüge, an den Haaren herbeigezogen erschienen. So verhalte es sich beispielsweise mit dem Vorwurf, man habe nicht untersucht, ob die Geschädigte damals High-Heels oder hohe Plateausohlen getragen habe. Ganz abgesehen davon, dass solches sich durch eine Befragung

- 41 - der Geschädigten durchaus auch im heutigen Zeitpunkt noch eruieren liesse – immerhin wäre zu prüfen, ob sie in jenem Zeitpunkt überhaupt solches Schuhwerk besessen habe – erscheine dies schon aufgrund des sportlich ausgelegten Rads wesentlich wahrscheinlicher, dass die Radfahrerin eher flache Schuhe getragen habe. Es scheinereichlich weltfremd, ihr unterstellen zu wollen, sie hätte High- Heels oder hohe Plateausohlen getragen. Zusammenfassend seien die Überlegungen des Sachverständigen Dipl.-Ing. G._____ wesentlich weniger spekulativ, als diejenigen von Dipl.-Ing. H._____, der wohl von zahlreichen Möglichkeiten spreche, ohne diese aber angesichts der vorhandenen Spuren auf ihren Wahrscheinlichkeitsgehalt zu prüfen (act. 9 S. 15 f.; act. 19 S. 18). Zu Recht bestreite die Klägerin nicht, dass die Variante, wonach die Geschädigte auf dem Velo sitzend erfasst worden sei, die wahrscheinlichste sei. Im Rahmen der beim Gericht herbeizuführenden Überzeugung könne es ja nur darum gehen, den Sachverhalt so darzulegen, dass keine ernstlichen Zweifel an der Richtigkeit dieser Variante mehr geäussert werden könnten. Nach Überzeugung der Beklagten sei dies vorliegend der Fall, seien doch die von der Klägerin genannten Alternativen tatsächlich nur reine Spekulationen und Vermutungen, ohne dass diese beweismässig entsprechend untermauert werden könnten und nur die entfernte Wahrscheinlichkeit für die Richtigkeit der Darlegungen bestünde (act. 19 S. 15 und S. 19). Die hypothetischen Darlegungen im Gegengutachten von Dipl.- Ing. H._____ seien in der ergänzenden Stellungnahme von Dipl.-Ing. G._____ überzeugend und begründet widerlegt worden. Wenn die Klägerin der Beklagten schon unterstelle, sie baue ihre Argumentation auf Hypothesen auf, so müsse dieser Vorwurf vorliegend in wesentlich ausgeprägterem Sinne ihr gegenüber erhoben werden. Gegebenenfalls sei im Rahmen eines Obergutachtens zu beurteilen, welcher Sachverständige mit seiner Analyse überzeugender dastehe (act. 19 S. 17). Ein – wie auch immer geartetes – Vortrittsrecht der Geschädigten sei damit nicht ansatzweise zu sehen, wäre sie doch sowohl als sich in den Verkehr einfügende Fussgängerin als auch als Radfahrerin in jedem Falle dem rollenden Verkehr gegenüber absolut vortrittsbelastet gewesen (act. 9 S. 4 und S. 13; act. 19 S. 15).

- 42 - Weiter bringt die Beklagte vor, aus den Spuren am Fahrzeug der Halterin lasse sich ein überraschendes Befahren der Strasse durch die Geschädigte mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit ableiten. Dies ergebe sich auch aus der klaren Zeugenaussage der Beifahrerin der Halterin, J._____, wonach die Geschädigte praktisch aus dem Nichts gekommen sei. Ebenso habe die Halterin ausgesagt. Weswegen diese Aussagen der Zeugen nicht massgebend sein sollen, werde durch die Klägerin nicht näher dargelegt. Selbst der allfällige Hinweis auf die nicht restlose Klärung habe auch die Polizei nicht daran gehindert, von einem unvermittelten Befahren der Strasse auszugehen, wobei sie auf die die Sicht verdeckenden parkierten Wagen und den Umstand hinwies, wonach die Geschädigte plötzlich und unvermittelt vor der Lenkerin gestanden sei. Schon aus den zeitlichen Verhältnissen – die Begleiter der Verletzten bestätigten, sie habe sich entfernt und

unmittelbar darauf hätten sie das Unfallgeräusch gehört – liessen nur den Schluss zu, sie hätte sich unvermittelt und überraschend mit ihrem Rad auf die Strasse begeben. Nachdem zwischen dem Weggang der Geschädigten von der Gruppe der übrigen Partyteilnehmer und dem Unfall nur wenige Sekunden verstrichen seien, lasse dies nur auf ein plötzliches Befahren der Strasse schliessen. Dasselbe ergebe sich auch aus den Analysen im unfalltechnischen Gutachten von Dipl.-Ing. G. _____ sowie seiner ergänzenden Stellungnahme (act. 9 S. 4 f.; act. 19 S. 4 f. und S. 16). Die klägerischen Hypothesen stellten die im Rahmen der unfallgutachterlichen Untersuchungen angestellten Überlegungen schlicht beiseite (act. 19 S. 5). Aufgrund der aktenkundigen Feststellungen sowie der Tatsache des eingetretenen Unfalles schienen die von der Klägerin angebotenen Erklärungsversuche des Hineintastens der Geschädigten reichlich hilflos (act. 9 S. 13). Die Geschädigte sei nicht von hinten, sondern klar von der Seite angefahren worden. Dies lasse nur den Schluss zu, sie habe vom Trottoir herkommend die Fahrbahn überraschend überqueren bzw. befahren wollen (act.

E. 3.3.2.2

Verschulden der Motorfahrzeughalterin Bezüglich des klägerischen Vorwurfs der unangepassten Geschwindigkeit hält die Beklagte fest, eine Reduktion der zulässigen Geschwindigkeit sei nur dann erforderlich, wenn Anzeichen für ein Fehlverhalten eines anderen Verkehrsteilnehmers bestünden. Die Lenkerin habe angesichts der entgegenkommenden Radfahrer, die sich teilweise unsicher Richtung Strassenmitte bewegt hätten, ihre Geschwindigkeit reduziert. Mit dieser Verhaltensweise habe sie die ihr als Fahrzeuglenkerin obliegenden Sorgfaltspflichten vollumfänglich erfüllt. Die Klägerin verkenne, dass die entgegenkommenden Radfahrer als Teil des fliessenden bzw. fahrenden Verkehrs wahrgenommen und beobachtet werden mussten, während die Geschädigte erst im Begriff war, sich wieder in den Verkehr einzufügen. Da sich an der Stelle, an der die Kollision stattfand, kein Fussgängerstreifen befinde, habe die bei der Beklagten versicherte Lenkerin auch nicht mit plötzlich auftauchenden Fussgängern rechnen müssen. Es sei an den im Strassenverkehrsrecht geltenden Vertrauensgrundsatz erinnert, wonach vom regelkonformen Verhalten der übrigen Verkehrsteilnehmer ausgegangen werden dürfe (act. 9 S. 10). Das Bundesgericht gehe davon aus, dass der Automobilist seine Aufmerksamkeit in erster Linie auf die zu erwartenden Gefahren zu richten habe und daneben höchstens sekundär auf ungewöhnliche und abwegige Verhaltensweisen anderer Verkehrsteilnehmer achten müsse. Aus der Aussage der Beifahrerin anlässlich der polizeilichen Befragung ergebe sich, dass sie den rechten Rand beobachtet habe, was wohl auch der Lebenserfahrung entsprechen dürfte, indem sich der auf

- 47 - der rechten Seite Sitzende mehr auf diese Seite konzentriere. Im Übrigen sei es nachvollziehbar, wenn sich die Beifahrerin nicht primär auf das Verkehrsgeschehen unmittelbar vor dem Wagen konzentriere, da sie ja nicht selbst gefahren sei. Nicht ausser Acht zu lassen sei sodann der Umstand der Fremdsprachigkeit der befragten Zeugin. Ohne dem einvernehmenden Polizeibeamten zu nahe treten zu wollen, scheine es doch etwas merkwürdig, wenn bei der Befragung fremdsprachiger Zeugen kein Dolmetscher beigezogen werde. Die von der Klägerin getätigte Unterstellung, die Darstellung der bei der Beklagten versicherten Lenkerin sei übertrieben, entbehre deshalb jeglicher Grundlage (act. 9 S. 10 f.). Zudem setze sich die Klägerin mit ihrer eigenen Argumentation in Widerspruch, wenn sie zwar einerseits auf die Aussage der Lenkerin verweise, wonach diese sich auf die entgegenkommenden Velofahrer konzentriert habe, gleichzeitig aber behaupte, die

Lenkerin habe ihre ungeteilte Aufmerksamkeit nicht mehr auf die Strasse vor ihr gerichtet (act. 9 S. 13). Der Gutachter sei zum Ergebnis gekommen, dass es überhaupt keine konkreten Hinweise für eine erhöhte Geschwindigkeit des bei der Beklagten versicherten Fahrzeugs gegeben habe. Diese Ausführungen deckten sich mit den Begründungen der Staatsanwaltschaft im Rahmen der Einstellungsverfügung (act. 9 S. 10; act. 9 S. 14). Es werde bestritten, dass bei der Halterin von einer Alkoholisierung gesprochen werden könne. Im Rahmen des Analyseprotokolls habe sich bei der Motorfahrzeughalterin ein Blutalkoholkonzentrationswert von 0.05 bis 0.15 Promille im Zeitpunkt der Blutentnahme ergeben. Dabei habe das Institut für Rechtsmedizin im Bericht vom 18. August 2005 ausgeführt, Analysewerte unter 0.15 Promille würden in der Regel nicht zurückgerechnet. Damit habe zum Zeitpunkt des Ereignisses eine Alkoholkonzentration im Blut von höchstens (Maximalwert) 0.64 Promille vorgelegen, was im damaligen Zeitpunkt noch längst innerhalb der gesetzlichen Toleranzgrenze gewesen sei. Tatsächlich sei aber davon auszugehen, die Konzentration sei wesentlich tiefer gewesen, womit sie auch gar keinen Einfluss auf die Fahrtüchtigkeit gehabt habe. Seitens der Beklagten werde bestritten, die bei ihr versicherte Lenkerin hätte im

- 48 - Unfallzeitpunkt eine Blutalkoholkonzentration von 0.64 Promille aufgewiesen. Ein Blutalkoholwert von gut 0.3 Promille sei bei der Lenkerin – entgegen der klägerischen Unterstellung – keineswegs nachgewiesen. Vielmehr ergebe sich aus dem gerichtsmedizinischen Gutachten ein wesentlich tieferer Wert, der weit unter den 0.3 Gewichtspromille liege. Die Halterin habe sich sehr wohl vollumfänglich dem Verkehrsgeschehen gewidmet, wäre ihr sonst der entgegenkommende schwankende Fahrradfahrer kaum aufgefallen, weswegen sie ihre Geschwindigkeit bereits vor dem Kollisionsereignis verringert gehabt habe. Selbst eine völlig nüchterne Person hätte bei der gegebenen Sachlage nicht anders reagieren und die Kollision vermeiden können, zumal es aufgrund der gutachterlichen Feststellungen die Geschädigte gewesen sei, die – wohl aufgrund der eigenen Alkoholisierung – unvermittelt vor das Fahrzeug geraten sei. Selbstredend gehe es nicht an, die Relevanz der Zeugenaussage J._____ einfach in Zweifel zu ziehen, in dem sie angeblich nicht gewusst haben solle, in welche Richtung sie geschaut gehabt habe. Erstellt sei jedenfalls, dass sie auf der Beifahrerseite gesessen habe und klar zum Ausdruck gebracht habe, die Geschädigte sei unmittelbar aufgetaucht. Gerade in Bezug auf den Alkoholkonsum habe das Bundesgericht in einem zwar etwas älteren, aber nach wie vor gültigen Entscheid entschieden, dass eine Angetrunkenheit auch dann nicht kausal sei, wenn die direkte Reaktion des Fahrzeuglenkers in der konkreten Situation absolut korrekt gewesen sei, ein völlig Nüchterner auch nicht anders hätte reagieren können – wie dies auch im vorliegenden Fall zutreffe. Immerhin habe auch der untersuchende Arzt keinerlei Auffälligkeiten bei der Untersuchung der Lenkerin feststellen können. Vielmehr sei sie zum Zeitpunkt der Untersuchung als überhaupt nicht merkbar beeinträchtigt beurteilt worden. Demgegenüber seien die Mutmassungen der Klägerin völlig spekulativ (act. 9 S. 9 f.; act. 19 S. 10 f.). Bei der Würdigung des Gutachtens von Dipl.-Ing. G._____ seien auch seine Aussagen über die räumliche und zeitliche Vermeidbarkeit der Kollision entscheidend und einleuchtend, besonders wenn man den Versuch der Klägerin berücksichtige, der bei der Beklagten versicherten Lenkerin ein wie auch immer geartetes Verschulden infolge verminderter Reaktionsfähigkeit zu unterstellen (act. 9 S. 15).

- 49 - Im Rahmen der Verschuldensvermutung der Fahrzeuglenkerin, wie dies das Gesetz vorsehe, sei die vom Staatsanwalt abgegebene Begründung in der Einstellungsverfügung

massgebend. Gerade unter der Prämisse, wonach angesichts der bestehenden Gefährdungshaftung ein Nichtverschulden nicht leichtfertig angenommen werden dürfe, seien die Feststellungen in der Einstellungsverfügung nach erfolgter, umfangreicher Strafuntersuchung relevant. Selbst wenn aufgrund der Regelung in Art. 53 OR keine Bindung des Zivilrichters an das strafrichterliche Verdikt vorgesehen sei, dürfte wohl ein Abweichen nur dort gerechtfertigt sein, wo die Einstellung eines Strafverfahrens nach dem Grundsatz "in dubio pro reo" erfolgt sei. Davon könne vorliegend keine Rede sein. Die Ausführungen des Staatsanwaltes liessen an Deutlichkeit nichts zu wünschen übrig. Es werde nicht etwa ausgeführt, es würden sich nicht genügend Anhaltspunkte für den Nachweis eines strafrechtlich relevanten Verhaltens bei ihr finden, vielmehr führe der Untersuchungsrichter aus, es bestünden keinerlei Hinweise für ein Fehlverhalten der angeschuldigten Halterin, welches zu dem tragischen Unfall geführt haben könne. Weder sei unterstellt worden, dass sie mit unangepasster Geschwindigkeit unterwegs gewesen sei, noch dass sie es an der nötigen Aufmerksamkeit habe fehlen lassen. Die entsprechende Einstellungsverfügung sei denn auch von der Geschädigten bekanntlich nicht angefochten worden, was wohl nur als Einverständnis mit den darin gemachten Ausführungen gedeutet werden könne (act. 9 S. 7 f. und S. 9; act. 19 S. 9 und S. 13). Zwar sei es zutreffend, dass strafrechtlich seitens der Untersuchungsorgane ein Verschulden nachgewiesen werden müsse. So sei auch der Fall recht häufig, wo eine Einstellung damit begründet werde, ein strafrechtlich relevantes Verschulden sei nicht rechtsgenügend nachzuweisen. Vorliegend sei aber deutlich ausgeführt worden, es fänden sich keinerlei Hinweise für ein Fehlverhalten der Angeschuldigten. Diese Formulierung könne nur dahingehend verstanden werden, dass der Fahrzeuglenkerin der Nachweis des fehlenden Verschuldens gelungen sei (act. 19 S. 10 f.).

E. 3.3.2.3

Ermässigung der Halterhaftung

- 50 - Die Beklagte bringt vor, selbst wenn der Nachweis der grobfahrlässigen Handlungsweise der Geschädigten nach Auffassung des Gerichts nicht rechtsgenügend geführt worden sein sollte, so bleibe jedenfalls ein erhebliches Mitverschulden der Geschädigten bestehen, welches zur massiven Reduktion der Haftungsquote berechtige. In der Praxis seien zahlreiche Beispiele vorhanden, die zum Teil erhebliche Reduktionen der Haftung bewirkt hätten. Aus diesen Gerichtsentscheiden ergebe sich die auch vorliegend in jedem Fall zu berücksichtigende Haftungsreduktion. Diese müsste mindestens zwei Drittel betragen, denn im Unterschied zur Einstellungsverfügung gegenüber der Lenkerin könne aus derjenigen gegenüber der Geschädigten keineswegs deren fehlendes Verschulden herausgelesen werden (act. 9 S. 18; act. 19 S. 22).

E. 3.4

Würdigung

E. 3.4.1

Verschulden der Geschädigten

E. 3.4.1.1

Bei den Akten befindet sich ein Gutachten von Dipl.-Ing. G._____, AGU Zürich, vom 22. Mai 2008 mit einer technischen Unfallanalyse (act. 3/18). Zu diesem unfallanalytischen Gutachten liegt ein Kommentar von Dipl.-Ing. H._____, Leiter Unfallanalyse K._____,

vom 25. September 2008 vor (act. 3/19). Hierzu äusserte sich Dipl.-Ing. G. _____ wiederum mit Stellungnahme vom 10. Oktober 2008 (act. 10/4). Die Beklagte führt aus, das Gutachten der AGU Zürich sei von beiden Parteien einvernehmlich in Auftrag gegeben worden, was sich ohne Weiteres dadurch beweisen lasse, dass die Klägerin sich zur Hälfte an den Kosten beteiligt habe. Die Parteien hätten sich vorgängig der Auftragserteilung an Dipl.-Ing. G. _____ dahingehend verständigt, dessen Feststellungen als relevant zu betrachten. Somit handle es sich entgegen der Klägerin nicht um ein reines Privat- bzw. Parteigutachten. Demgegenüber stelle die nun von Klägerseite angeführte kritische Stellungnahme des Fahrzeugexperten Dipl.-Ing. H. _____ nichts anderes als eine reine Parteibehauptung dar (act. 9 S. 14; act. 19 S. 15; act. 9 S. 16; act. 19 S. 17). Die Klägerin verhalte sich treuwidrig. Die Prozessparteien hätten sich vorgängig der Gutachtenserteilung nicht nur auf den zu beauftragenden Sachverständigen, sondern auch dahingehend geeinigt, die

- 51 - Feststellungen des Gutachters zu akzeptieren, sodass allfällige Regressansprüche gegenüber der Beklagten fallen gelassen würden, wenn das Gutachten eine sitzende Position der Geschädigten mit überwiegender Wahrscheinlichkeit ergebe. Dies sei vorliegend erstellt, weshalb die Klägerin wider Treu und Glauben handle. Sie bemühe sich im Nachhinein, ein ihr genehmeres Gutachten erstellen zu lassen (act. 19 S. 7 f., S. 15 und S. 19). Nachdem die Klägerin zuerst angab, die Beklagte habe den Sachverständigen Dipl.-Ing. G. _____ beauftragt, zu den Fragen nach dem mutmasslichen Unfallhergang und zur Verhaltensweise der Geschädigten – ob sie das Fahrrad gefahren oder gestossen habe – Stellung zu nehmen (act. 1 S. 10), bestätigte sie replicando, das Gutachten sei gemeinsam in Auftrag gegeben worden, was jedoch irrelevant sei (act. 15 S. 10). Die Parteien sind sich demnach nunmehr einig, das Gutachten von Dipl.-Ing. G. _____ gemeinsam in Auftrag gegeben zu haben. Dies lässt sich auch aus der hälftigen Kostentragung schliessen (act. 10/5). Fraglich ist der Stellenwert eines von den Parteien gemeinsam in Auftrag gegebenen Gutachtens. Nur das Gutachten einer gerichtlich bestellten sachverständigen Person ist ein Beweismittel. Dem Privatgutachten kommt nur die Bedeutung von Parteivorbringen zu. Es kann Vergleichszwecken dienen. Sein Inhalt kann von der Gegenpartei anerkannt werden, womit sich ein gerichtliches Gutachten allenfalls erübrigt (DOLGE, in: SPÜHLER / TENCHIO / INFANGER, Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 2010, N 17 zu Art. 183 ZPO; GLASL, in: BRUNNER / GASSER / SCHWANDER, Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, 2011, N 27 zu Art. 55 ZPO; MÜLLER, a.a.O., N 23 zu Art. 183 ZPO). Wurde ein Gutachten im gegenseitigen Einverständnis eingeholt, bietet dies möglicherweise eine gewisse Gewähr dafür, dass dem Experten die objektiv wesentlichen Gesichtspunkte des streitigen Sachverhalts zur Begutachtung unterbreitet worden sind. Allein aufgrund des gemeinsamen Auftrags erlangt der Experte indes keine besondere Rechtsstellung, die mit derjenigen eines Gerichtsgutachters vergleichbar wäre und es rechtfertigte, seine Meinungsäusserung beweismässig einem Gerichtsgutachten gleichzustellen

- 52 - (Urteil des Verwaltungsgerichts [Verwaltungsrechtliche Abteilung] vom 14. November 2011 i.S. X. gegen Stiftung Inselspital [VGE 100.2010.493], E.3.3.4, S. 267, in: BVR 2012 S. 252 ff.). Die Parteien können vereinbaren, über streitige Tatsachen ein Schiedsgutachten einzuholen. Dieses bildet eine Form des Privatgutachtens, indem nicht das Gericht, sondern die Parteien den Schiedsgutachter gemeinsam einsetzen. Das Schiedsgutachten bezweckt, bestimmte rechtserhebliche Tatsachen verbindlich

festzustellen. Notwendiges Wesensmerkmal einer Vereinbarung zur Erstellung eines Schiedsgutachtens ist der Wille der Parteien, die Feststellungen des Schiedsgutachters als verbindlich anzuerkennen. Andernfalls liegt ein einfaches Privatgutachten vor (Urteil des Bundesgerichts 4A_369/2011 vom 11. November 2011, E.3.4). Vorliegend wurde von keiner der Parteien geltend gemacht, es handle sich beim Gutachten von Dipl.-Ing. G._____ vom 22. Mai 2008 (act. 3/18) um ein Schiedsgutachten. Ungeachtet der gemeinsamen Beauftragung ist daher von einem Parteigutachten auszugehen, welches nicht die Stellung eines Gerichtsgutachtens innehat. Bei dem von der Klägerin veranlassten Kommentar von Dipl.-Ing. H._____ vom 25. September 2008 (act. 3/19) handelt es sich fraglos um ein Parteigutachten. Auch ein Parteigutachten enthält Äusserungen eines Sachverständigen, welche vom Gericht in geeigneter Weise zu würdigen sind. Daraus folgt indessen nicht, dass ein solches Gutachten den gleichen Rang wie ein vom Gericht nach dem vorgegebenen Verfahrensrecht eingeholtes Gutachten besitzt. Es verpflichtet indessen das Gericht, es den von der Rechtsprechung aufgestellten Richtlinien für die Beweiswürdigung folgend zu prüfen (vgl. BGE 125 V 351, E.3.c, S. 354). Die von den Parteien eingereichten Gutachten sind demnach im folgenden als Beweismittel zu würdigen. Das Gutachten von Dipl.-Ing. G._____ vom 22. Mai 2008 (act. 3/18) ist verständlich und anschaulich. Dasselbe gilt grundsätzlich für den Kommentar von Dipl.-Ing. H._____ vom 25. September 2008 (act. 3/19) und die Stellungnahme von Dipl.-Ing. G._____ vom 10. Oktober 2008 (act. 10/4). Mangels Erklärungsbedarf erübrigt sich eine Einvernahme der Sachverständigen als Zeugen. Das von der Beklagten beantragte Obergutachten erscheint ebenso

- 53 - wenig erforderlich; dies insbesondere, als nicht davon auszugehen ist, dass sich das genaue Unfallgeschehen vom 13. August 2005 präziser rekonstruieren lässt als in den vorhandenen sachverständigen Äusserungen geschehen. Die Beklagte macht geltend, die Klägerin verhalte sich bezüglich der Anerkennung des Gutachtens von Dipl.-Ing. G._____ vom 22. Mai 2008 treuwidrig. Dies jedoch ohne hieraus konkret etwas abzuleiten. Der Frage eines Verhaltens der Klägerin gegen Treu und Glauben ist daher nicht weiter nachzugehen.

E. 3.4.1.2

In Bezug auf ein allfälliges (grobes) Selbstverschulden bzw. ein (grob-) fahrlässiges Handeln der Geschädigten ist umstritten, ob die Geschädigte die Strasse allenfalls auf einem Fussgängerstreifen überqueren wollte oder nicht. Dipl.-Ing. G._____ hält in seinem Gutachten vom 22. Mai 2008 (act. 3/18) fest, da der Pw nach dem Unfall zur Seite gefahren und das Velo von Hilfeleistenden verstellt worden seien, bevor die Polizei eingetroffen sei, könne die Kollisionsstelle innerhalb der Fahrbahn nicht ausreichend genau eingegrenzt werden (act. 3/18 S. 2 und S. 12). In seinem Kommentar zum unfallanalytischen Gutachten führt Dipl.-Ing. H._____ aus (act. 3/19), die Endlage des Velos sei verändert worden, um die Geschädigte besser betreuen zu können. Gemäss Luftbildmassstab sei das Velo rund 28 m vom Fussgängerstreifen in Endlage gekommen. Es könne somit rein hypothetisch nicht ausgeschlossen werden, dass die Geschädigte auf dem Fussgängerstreifen oder in der Nähe des Fussgängerstreifens erfasst worden sei, vor allem wenn zu Gunsten der Geschädigten davon ausgegangen werde, dass das Velo zusätzlich noch einige Meter vom Fussgängerstreifen entfernt worden sei (act. 3/19 S. 6). Dipl.-Ing. G._____ erwidert in seiner Stellungnahme vom 10. Oktober 2008 (act. 10/4), dass generell die Möglichkeit bestehe, dass sich die Kollision auf dem Fussgängerstreifen ereignet habe. Dies sei jedoch eine rein theoretische Möglichkeit, für die es keinerlei konkrete Hinweise gebe (act. 10/4 S.

3). Die Parteien führen übereinstimmend aus, dass sich vor der Unfallstelle ein Fussgängerstreifen befinde. Dies ist auch aus den Fotos der Polizei ersichtlich

- 54 - (act. 3/10 Blatt 1 bis 3; act. 10/2 Blatt 1 bis 3). Nach Dipl.-Ing. G._____ ist die Möglichkeit, dass die Kollision auf diesem Fussgängerstreifen erfolgte, eine rein theoretische, und es gibt keinerlei konkrete Hinweise hierfür. Dipl.-Ing. H._____ zufolge besteht rein hypothetisch die Möglichkeit, dass sich der Unfall auf dem Fussgängerstreifen ereignete. Hierbei handelt es sich somit um eine reine Hypothese, für welche es keinerlei Hinweise gibt. Im Anwendungsbereich des Regelbeweismasses der an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit hat die Verwirklichung einer fraglichen Tatsache derart nahe zu liegen, dass sie als annähernd sicher erscheint. Eine reine Hypothese ist hiervon weit entfernt. Demzufolge ist vorliegend nicht davon auszugehen, dass sich der Unfall vom 13. August 2005 auf dem Fussgängerstreifen ereignet hat. Gemäss der Aussage von I._____ gegenüber der Polizei vom 13. August 2005 sah diese die Geschädigte von der Motorhaube des Wagens rutschen (act. 3/1 S. 9). Die Geschädigte wurde demnach nicht weggeschleudert. Das Fahrrad musste verstellt werden, um ihr Nothilfe leisten zu können. Nach Dipl.-Ing. H._____ kam das Fahrrad der Geschädigten rund 28 m vom Fussgängerstreifen entfernt in Endlage. Es ist nicht realistisch anzunehmen, dass das Rad um über 20 m verschoben wurde, um der Geschädigten Nothilfe zu leisten. Auch dies spricht klar dagegen, dass sich der Unfall auf dem Fussgängerstreifen ereignete.

E. 3.4.1.3

Weiter sind sich die Parteien nicht einig, ob die Geschädigte als Fussgängerin, das Fahrrad schiebend, oder als Fahrradfahrerin unterwegs war. Aus dem Polizeirapport vom 13. August 2005 ergibt sich, dass der genaue Unfallhergang aufgrund der vorhandenen Aussagen nicht restlos geklärt werden konnte (act. 3/1 S. 11). I._____ gab der Polizei sinngemäss zu Protokoll, sie seien vor dem Hauseingang in einer Gruppe zusammengestanden. Sie hätten vorher eine kleine Feier gehabt. Einige seien schon aufgebrochen; von denen seien ein paar mit dem Fahrrad unterwegs gewesen. Darauf habe sie aber nicht geachtet. Auch auf die Geschädigte habe sie nicht geachtet. Sie sei mit dem Fahrrad unterwegs gewesen, das wisse sie. Sie habe nicht einmal gemerkt, dass sie sich plötzlich von der Gruppe entfernt habe. Sie habe plötzlich einen Knall gehört, auf die Strasse geblickt und gesehen, wie die Geschädigte von der Motorhaube des

- 55 - Wagens gerutscht sei. Vom Beginn des Unfalls habe sie aber gar nichts bemerkt (act. 3/1 S. 9). Anlässlich der Einvernahme als Zeugin durch die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 21. November 2006 sagte I._____ aus, sie glaube, sie habe gesehen, wie die Geschädigte über das Trottoir gefahren sei, sie habe aber nicht darauf geachtet, wie sie hinausgefahren sei. Es sei alles sehr schnell gegangen. Sie könne sich nur noch daran erinnern, dass vor ihr schon drei Velos weggefahren seien (act. 3/7 Zeugeneinvernahme I._____ S. 2). Im Gegensatz zu der polizeilichen Befragung lässt sich der staatsanwaltlichen Einvernahme entnehmen, dass die Zeugin I._____ zumindest glaubte, die Geschädigte sei mit dem Fahrrad auf dem Trottoir gefahren. Entgegen der Klägerin sind die der Polizei gegenüber gemachten Angaben nicht beweiskräftiger, nur weil sie zeitnäher am Unfallgeschehen erfolgten. So wurde die staatsanwaltschaftliche Befragung unter Hinweis auf die Wahrheitspflicht vorgenommen. Weiter hatte die Zeugin die Einvernahme zu lesen und zu unterzeichnen. Dies führt zu sorgfältigeren Aussagen als spontan nach dem Unfall geäusserte Angaben, die auch nur sinngemäss aufgenommen werden. Indes ergibt sich auch aus der Aussage bei der Staatsanwaltschaft nicht klar, dass die Geschädigte zuletzt auf dem

Fahrrad sass und dieses nicht etwa schob. Aus den restlichen Einvernahmen ergeben sich keine genaueren Erkenntnisse (act. 3/7). Dem Gutachten von Dipl.-Ing. G._____ (act. 3/18) ist zu entnehmen, die Beschädigungsverteilung und die Schadensintensitäten am VW und am Velo sowie die daraus ableitbaren Bewegungsabläufe des Velos und der Geschädigten unmittelbar bei der Kollision sprächen dafür, dass die Geschädigte auf dem Velo sitzend erfasst worden sei, als sie aus Sicht der Lenkerin des VW von rechts kommend die Fahrbahn gequert habe. Es sei der technisch wahrscheinlichste Fall, dass die Geschädigte auf dem Velo sitzend erfasst worden sei (act. 3/18 S. 2). Eine sitzende Position auf dem Velo bedeute eine erhöhte Position und eine höhere Lage des Körperschwerpunktes. Dies habe erheblichen Einfluss auf die Bewegung relativ zum PW. Unter diesen Voraussetzungen sei der relativ hohe Kopfaufschlag an der Windschutzscheibe des VW ohne Weiteres nachvollziehbar.

- 56 - Auch die vom linken Lenkerende an der VW-Motorhaube verursachte Beschädigung lasse sich gut nachvollziehen, bei gleichzeitigem "Abgleiten" des Velos über die rechte Frontecke des VW mit Kontakt im Bereich des rechten Kotflügels und gegebenenfalls auch des rechten Aussenspiegels (act. 3/18 S. 8 f.). Auch die seitlichen Verbiegungen der Laufräder würden gut zu dieser untersuchten Variante passen. Durch die Gewichtsbelastung des besetzten Velos seien die notwendigen seitlichen Reibkräfte gut erklärbar. Insgesamt könne diese Variante widerspruchsfrei mit den Fahrzeugbeschädigungen, den Beschädigungsverteilungen und daraus abgeleiteten Bewegungen des Velos und der Geschädigten in Einklang gebracht werden (act. 3/18 S. 10). Aus der Stellungnahme zum unfallanalytischen Gutachten von Dipl.-Ing. H._____ (act. 3/19) ergibt sich, dass durchaus möglich sei, dass die Geschädigte nicht auf dem Velo gesessen habe, als die Kollision mit dem PW erfolgt sei und zwar mit keinesfalls zu vernachlässigender Wahrscheinlichkeit. Wichtige Indizien, die beweisen würden, dass die Geschädigte das Velo gefahren sei, als die Kollision erfolgt sei, fehlten, so z.B. die typische Verdrehung der Sattelspitze und deutlich sichtbare Deformationen des Velo-Rahmens. Die vorliegenden Fakten seien äusserst dünn. Es könne zwar davon ausgegangen werden, dass der Erstgutachter mit überwiegender Wahrscheinlichkeit zur Auffassung gelangt sei, dass die Geschädigte das Velo gefahren habe, als die Kollision erfolgt sei, aber keinesfalls im Sinne eines 100%-Beweises. Der Erstgutachter habe die Körpergrösse der Geschädigten, die für eine Frau überdurchschnittlich sei (1.75 m gemäss Kopie der ID) nicht berücksichtigt bzw. in seinem Gutachten erwähnt, ebenso wenig wie mögliche muskuläre Reaktionen (z.B. einen Sprungversuch, um aus der Gefahrenzone zu gelangen) und selbstverständlich fehlten diese Reaktionen gerade in den 3D-Modellen, die oft für Unfallrekonstruktionen verwendet würden. Auch das 3D-Fahrzeugmodell entspreche nicht dem VW Polo wie er von der PW-Fahrerin verwendet worden sei, sondern zeige ein neueres, deutlich grösseres Modell (act. 3/19 S. 1 und S. 10). Bei einem fahrerbelasteten Velo und einer Kollisionsgeschwindigkeit um 50 km/h sei viel eher zu erwarten, dass sich der Rahmen des Velos stark deformiere, anders als bei einem unbelasteten Velo. Damit seien die wesentlichen Thesen von Dipl.-Ing. G._____

- 57 - natürlich widerlegt und es sei offensichtlich, dass in diesem Fall sehr viele Unsicherheiten bestünden und sowohl die Variante fahrend als auch stehend nicht ausgeschlossen werden könne (act. 3/19 S. 8). Aus der Stellungnahme von Dipl.-Ing. G._____ (act. 10/4) ergibt sich, dass Dipl.- Ing. H._____ insofern recht zu geben sei, als keine zweifelsfreien Beweise vorlägen, dass die Geschädigte auf dem Velo sitzend erfasst

worden sei. Für eine völlig zweifelsfreie Feststellung seien die Anknüpfungstatsachen nicht ausreichend dokumentiert. Es seien aber konkrete Hinweise dafür gefunden und herausgearbeitet worden. Das Gutachten sei zum Ergebnis gekommen, dass es überwiegend wahrscheinlich sei, dass die Geschädigte auf dem Velo sitzend erfasst worden sei (act. 10/4 S. 1 f.). Bei Versuchen stünden in den seltensten Fällen die genauen Fahrzeugtypen und Dummy-Grössen zur Verfügung. Es sei Aufgabe des Sachverständigen, dies zu berücksichtigen und zu bewerten (act. 10/4 S. 3). Dipl.-Ing. H. _____ sei insofern Recht zu geben, als eine Sattelverdrehung ein praktisch eindeutiger Beweis für eine Belastung des Velos mit einer Person angesehen werden müsste. Aus der Praxis seien jedoch ebenso Unfälle in dieser Geschwindigkeitskategorie bekannt, bei denen trotz Personenbelastung des Velos weder eine Sattelverdrehung noch eine Einknickung des Hauptrahmens am Velo eintraten. Letzteres hänge auch stark von der augenblicklichen Position des dem PW zugewandten Beins bzw. von der Pedalstellung ab (act. 10/4 S. 5). Das Gutachten von Dipl.-Ing. G. _____ (act. 3/18) legt plausibel und nachvollziehbar dar, dass die Fahrzeugbeschädigungen, die Beschädigungsverteilungen und die daraus abgeleiteten Bewegungen des Velos und der Geschädigten mit der Variante, dass die Geschädigte auf dem Fahrrad fahrend vor das Motorfahrzeug geriet, die technisch wahrscheinlichste Variante sei. Der Gutachter bestreitet indes in seiner Entgegnung vom 10. Oktober 2008 (act. 10/4) zur Stellungnahme von Dipl.-Ing. H. _____ vom 25. September 2008 (act. 3/19) nicht, dass keine zweifelsfreien Beweise vorlägen, und führt aus, für eine völlig zweifelsfreie Feststellung seien die Anknüpfungstatsachen nicht ausreichend dokumentiert.

- 58 - Bezüglich der von den Gutachtern durchgeführten Studien ist dem Gutachter Dipl.-Ing. G. _____ zuzustimmen, dass für nachgestellte Untersuchungen, sei es in natura oder virtuell, selten die exakten Fahrzeugtypen und Dummy-Grössen vorhanden sind und entsprechende Differenzen vom Gutachter in seiner Beurteilung zu berücksichtigen sind. Selbst wenn eine Sattelverdrehung eindeutig für die Belastung eines Fahrrads mit der fahrenden Person spricht, erklärt der Gutachter plausibel, dass allein aus deren Nichtvorhandensein nicht auf fehlende Belastung zu schliessen ist. So erscheint sinnfälliger, dass die Geschädigte zum Anfahren im sogenannten Wiegetritt fuhr. Die Frage des Schuhwerks der Geschädigten erscheint in Bezug auf den Hergang des Unfallgeschehens nicht weiter von Relevanz, weshalb darauf nicht näher einzugehen ist. Entgegen den Ausführungen der Klägerin und ihres Experten Dipl.-Ing. H. _____ ist zwar kein 100%iger Beweis erforderlich, sondern ein Beweis nach dem Regelbeweismass der an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit. Dieser erfordert keine absolute Sicherheit, doch müssen allfällige Zweifel als unerheblich erscheinen. Vorliegend ist aufgrund der Aktenlage und in Übereinstimmung mit Dipl.-Ing. G. _____ als wahrscheinlicher anzusehen, dass die Geschädigte auf dem Fahrrad fuhr und nicht zu Fuss, das Rad schiebend, unterwegs war. Es bleiben jedoch aufgrund der letztlich nur ungenügend erstellbaren weiteren Umstände des Unfalls vom 13. August 2005 nicht unerhebliche Zweifel an diesem Geschehen. Demzufolge ist der Beweisgrad der mit an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit nicht erreicht und es kann nicht erstellt werden, ob die Geschädigte auf dem Fahrrad fuhr oder zu Fuss, das Rad schiebend, unterwegs war. Dies lässt sich heute auch nicht mehr korrigieren bzw. mit dem erforderlichen Beweismass erstellen.

E. 3.4.1.4

Die Parteien diskutieren sodann, ob die Geschädigte die Strasse unvermittelt betreten bzw. befahren hat. Die Polizei hielt im Rapport vom 13. August 2005 (act. 3/1) zum Sachverhalt

fest, die Motorfahrzeughalterin sei mit ihrem Pw vom ...-Platz die F.____-Strasse stadtauswärts in Richtung ...-Platz aufwärts gefahren. Auf der vorgenannten Höhe sei plötzlich die Geschädigte mit dem Velo aus Sicht der

- 59 - Motorfahrzeughalterin von rechts hinter einem in der Blauen Zone parkierten Auto hervorgekommen (act. 3/1 S. 7). Weiter hielt die Polizei zu den Ermittlungen fest, der genaue Unfallhergang habe aufgrund der vorhandenen Aussagen nicht restlos geklärt werden können. Nach vorhandenem Wissensstand habe sich die Geschädigte vom Trottoir auf die Strasse bewegt, höchstwahrscheinlich um diese zu überqueren. Dabei sei sie hinter einem in der Blauen Zone parkierten Wagen hervorgetreten, welcher sie zuerst wohl verdeckt habe. Deshalb dürfte sie aus Sicht der Motorfahrzeuglenkerin plötzlich und unvermittelt vor ihr auf der Strasse gestanden haben (act. 3/1 S. 11). Es ergibt sich klar, dass die Polizei die Wahrnehmung der Motorfahrzeughalterin festhielt und nicht, was objektiv tatsächlich geschehen war, hält sie doch ebenfalls fest, dass der genaue Unfallhergang nicht restlos habe geklärt werden können. Die Motorfahrzeughalterin führte anlässlich der polizeilichen Einvernahme vom 13. August 2005 (act. 3/1 S. 14 ff.) aus, die Geschädigte habe sich plötzlich auf ihrer Scheibe befunden; mehr könne sie dazu nicht sagen. Sie habe noch irgendwie wahrgenommen, dass sie von rechts gekommen sei (act. 3/1 S. 14, S. 16 und S. 17). Die Motorfahrzeughalterin konnte somit sagen, wie sie die Situation subjektiv erlebt hatte. Nähere Angaben konnte sie jedoch nicht machen, insbesondere nicht, ob die Geschädigte die Strasse unvermittelt betreten habe. Dass die Motorfahrzeughalterin die Geschädigte erst kurz vor der Kollision wahrnahm, bedeutet noch nicht, dass letztere die Strasse plötzlich betreten hatte. Die Beifahrerin J.____ gab zu Protokoll (act. 3/1 S. 18 f.), plötzlich sei die Frau auf der Frontscheibe gewesen. Sie hätten überhaupt keine Zeit gehabt, zu reagieren. Die Frau sei praktisch aus dem Nichts gekommen. Sie habe die Frau vorgängig nicht bemerkt (act. 3/1 S. 18). Hierzu kann auf das Vorstehende zur Aussage der Motorfahrzeughalterin verwiesen werden. Mit Schreiben vom 20. Dezember 2007 (act. 3/16) an die Klägerin hält die Beklagte fest, offen werde wohl bleiben, wo und wie die klägerische Versicherte die Strasse betreten/befahren habe. Ob nun die Fahrbahn zwischen parkierten Fahrzeugen hindurch oder unmittelbar hinter dem letztparkierten Wagen betreten/befahren worden sei, ändere am grundsätzlichen Vortrittsrecht nichts.

- 60 - Jedenfalls lasse das Verhalten der Geschädigten die erforderliche Sorgfalt gänzlich vermissen. Zudem müsse zwingend davon ausgegangen werden, dass die Strasse plötzlich und unvermittelt betreten/befahren worden sei, indem sie sonst den nahenden Wagen bemerkt und das Vortrittsrecht gewährt hätte. Da die Geschädigte die Strasse neben einem Fussgängerstreifen überqueren wollte, war sie vortrittsbelastet. Dass sich in der Folge eine Kollision mit einem Auto ereignete, lässt wohl darauf schliessen, dass es die Geschädigte an genügender Aufmerksamkeit, mithin an der erforderlichen Sorgfalt beim Überqueren der Strasse, mangeln liess, nicht jedoch, dass sie die Strasse plötzlich und unvermittelt betrat. Es ist auch denkbar, dass sie die Strasse langsam betrat und den nahenden Wagen trotzdem nicht bemerkte. Dem Gutachten vom Dipl.-Ing. G.____ (act. 3/18) zufolge liegen die Beschädigungen des PW etwas rechts der Fahrzeugmitte. Bezüglich der Frage, ob die Geschädigte unvermittelt in die Fahrbahn der Motorfahrzeuglenkerin trat oder fuhr, kann dem Gutachten nichts entnommen werden. Das nämliche gilt für den Kommentar von Dipl.-Ing. H.____ (act. 3/19) und die darauf folgende Stellungnahme von Dipl.-Ing. G.____ (act. 10/4). Aus den Beschädigungen des PW eher rechts des Fahrzeugs (in Fahrtrichtung gesehen) lässt sich zwar auf eine am Fahrbahnrand stattgefundene Kollision

schliessen. Doch entgegen der Beklagten ergibt sich daraus nicht zwingend, dass die Geschädigte die Fahrbahn unvermittelt und überraschend betrat. Auch ein langsames Hineintasten in die Fahrbahn kann zu einer Kollision am Fahrbahnrand führen. Beispielsweise, wenn das Motorfahrzeug stark rechts fährt oder sich der Fussgänger oder Radfahrer schlicht zu weit vorwagt. Entgegen der Beklagten lässt sich somit aus der vorliegenden Aktenlage nicht eindeutig schliessen, dass die Geschädigte die Strasse plötzlich und unvermittelt betrat. Mangels klarer Anhaltspunkte kann die Frage, ob die Geschädigte die Strasse plötzlich und unvermittelt betreten oder befahren hat, nicht mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit bejaht werden. Es bleiben erhebliche Zweifel bezüglich dieser Tatsache.

- 61 -

E. 3.4.1.5

Schliesslich sind sich die Parteien über den Einfluss der an sich unbestrittenen Alkoholisierung der Geschädigten uneinig. Nach dem chemisch-toxikologischen Untersuchungsbericht vom 27. September 2005 sowie dem ärztlichen Bericht zur Blutalkoholanalyse vom 6. September 2005 wies die Geschädigte zum Zeitpunkt der Blutentnahme (13. August 2005, 01:40 Uhr) eine Blutalkoholkonzentration von 0.52 bis 0.62 Gewichtspromille auf (act. 3/20; act. 20/8). Anlässlich ihrer Befragung als Auskunftsperson bei der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 21. November 2006 (act. 3/9) erklärte die Geschädigte, sie habe Prosecco getrunken; wie viel könne sie nicht sagen. Auf Vorhalt der ärztlichen Untersuchung des Blutalkoholwerts meinte sie, dazu nichts sagen zu können, höchstens, dass es ein Glas zu viel gewesen sei (act. 3/9 S. 2). Im ärztlichen Bericht zur Blutalkoholanalyse (act. 20/8) wurde angemerkt, sollte das Trink-Ende innerhalb von 50 min vor dem Ereignis stattgefunden haben, so stehe fest, dass Ereignis und Blutentnahme innerhalb der längst möglichen Resorptionszeit von 120 min erfolgt seien. Bei nicht abgeschlossener Resorption sei eine Rückrechnung nicht zuverlässig durchführbar. Man könne aber davon ausgehen, dass sich zum Zeitpunkt des Ereignisses eine Alkoholmenge im Körper befunden habe, welche mindestens zum unteren Wert des Vertrauensbereiches der chemisch bestimmten Blutalkoholkonzentration von 0.52 Gewichtspromille geführt habe. In der Einstellungsverfügung vom 26. Januar 2007 (act. 3/21) führt die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat aus, gemäss Art. 91 Abs. 3 SVG werde mit einer Busse bestraft, wer in fahruntüchtigem Zustand ein motorloses Fahrzeug führe. Im vorliegenden Fall sei es allerdings nicht möglich, den Nachweis zu erbringen, dass die Angeschuldigte im Zeitpunkt des Unfalles auch tatsächlich auf dem Fahrrad gesessen sei und dieses nicht etwa geschoben habe. Weder hätten die Fahrerin des Unfallfahrzeugs und ihre Mitfahrerin diesbezüglich sachdienliche Aussagen zu Protokoll geben können, noch sei die Geschädigte selbst in der Lage gewesen, sich daran zu erinnern. Nachdem auch keine weiteren Zeugen diesbezüglich Angaben zuhanden des Protokolls hätten machen können, könne der Geschädigten nicht rechtsgenügend vorgeworfen werden, in fahruntüchtigem

- 62 - Zustand ein motorloses Fahrzeug geführt zu haben. Eine Bestrafung wegen dieses Sachverhalts könne daher nicht erfolgen. Diesen Erwägungen kann gefolgt werden. Es ist somit erstellt, dass die Geschädigte zum Zeitpunkt des Unfalles eine Blutalkoholkonzentration von mindestens 0.52 Gewichtspromille aufwies. Dieser Wert wäre, wie die Einstellungsverfügung der Staatsanwaltschaft belegt, strafrechtlich relevant gewesen, hätte der Geschädigten nachgewiesen werden können, dass sie mit dem Fahrrad fahrend unterwegs gewesen wäre; dies kann man aber – mit dem entsprechenden

Beweismass – nicht (vgl. Erw. 3.4.1.3). Es kann daher mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nur gesagt werden, dass die Geschädigte wegen Alkoholkonsums in ihrer Fahrfähigkeit eingeschränkt gewesen wäre, wäre sie gefahren. Dies steht aber nicht fest. Wie stark diese Einschränkung im Übrigen war und wie sie sich allenfalls auswirkte, lässt sich mangels weiterer Anhaltspunkte ohnehin nicht sagen. Aus dem chemisch-toxikologischen Untersuchungsbericht des Instituts für Rechtsmedizin vom 27. September 2005 (act. 3/20; act. 20/8) ergibt sich weiter ein stark positiver Wert für Benzodiazepine. Laut den Anmerkungen im Bericht können die Wirkstoffe dieser Medikamentengruppe als starke Schlaf- und Beruhigungsmittel die Fahrfähigkeit erheblich vermindern. Im vorliegenden Fall sei es denkbar, dass ein Benzodiazepin (z.B. Dormicum) bei der Notfallbehandlung verabreicht worden sei. Genaueres müsste bei den involvierten Notfalldiensten erfragt werden. Dem wurde indes offenbar nicht weiter nachgegangen. Folglich ist nicht erstellt, dass diese Behandlung nicht Teil der Notfallbehandlung war und die Geschädigte durch Medikamente in ihrer Fahrfähigkeit eingeschränkt war. Heute lässt sich dies nicht mehr beweismasstauglich feststellen.

E. 3.4.1.6

Zusammenfassend ist – mit den Parteien übereinstimmend – festzuhalten, dass sich der genaue Hergang des Verkehrsunfalls vom 13. August 2005 nicht (mehr) herleiten lässt. Erstellen lässt sich (wohl einzig), dass die Geschädigte die Strasse nicht auf dem Fussgängerstreifen überquert hat. Nicht erstellt werden kann hingegen, ob die Geschädigte mit dem Fahrrad fuhr oder

- 63 - dieses schob, und ob sie die Strasse unvermittelt betrat. Diesbezüglich sind die Anknüpfungstatsachen für eine zweifelsfreie Feststellung nicht ausreichend dokumentiert. Ebenfalls erstellt ist indes eine gewisse Alkoholisierung der Geschädigten. Da sich die Geschädigte nicht auf dem Fussgängerstreifen befand, war sie, wie die Beklagte zutreffend vorbringt, vortrittsbelastet, ungeachtet dessen, ob sie mit dem Fahrrad fahrend oder zu Fuss unterwegs war, weshalb diese Frage letztendlich nicht entscheidend ist. Ein Fussgänger, welcher die Strasse ausserhalb eines Fussgängerstreifens quert, oder ein Fahrradfahrer, der in eine Strasse einbiegen will, hat Vorsicht walten zu lassen. Fährt ein Radfahrer einfach so auf die Strasse hinaus, liegt ein nicht unerhebliches Verschulden vor. Dasselbe gilt ausserhalb eines Fussgängerstreifens auch für einen Fussgänger. Die Geschädigte betrat oder befuhr spät nachts eine Innerortsstrasse in Zürich und es kam zu einem Unfall. Daraus kann und darf geschlossen werden, dass die Geschädigte es an der nötigen Sorgfalt fehlen liess und die Strasse ohne die erforderliche Vorsicht betrat bzw. befuhr. Ein gewisses Verschulden muss der Geschädigten demnach zur Last gelegt werden, sei es mangelnde Aufmerksamkeit oder eine falsche Beurteilung der Situation. Ebenfalls rechtfertigt die Alkoholisierung die Annahme eines gewissen Selbstverschuldens, ist doch nach der bundesgerichtlichen Auffassung das Betreten einer belebten Durchgangsstrasse in angetrunkenem Zustand an und für sich schon schuldhaft (vgl. BGE 85 II, E.2.a, S. 518). Eine Beeinträchtigung der Schuldfähigkeit wegen Alkoholisierung kommt hingegen erst bei einer Blutalkoholkonzentration von über 2 Gewichtspro mille in Betracht. Eine andere Frage ist, ob in diesem Verhalten der Geschädigten eine Grobfahrlässigkeit zu erblicken sei; dies ist schwierig zu beurteilen und muss angesichts der gesamten Situation (Verkehrssituation, Situation nach Verabschiedung mit Unaufmerksamkeit, Angetrunkenheit) kritisch geprüft werden. Zieht man in Betracht, dass selbst bei einem Selbstmörder, welcher direkt vor ein Auto springt, nicht zwingend eine grobe Fahrlässigkeit angenommen werden kann, ist die

Beurteilung umso schwieriger (vgl. MARTIN, a.a.O. S. 341 ff.). Für die

- 64 - Annahme einer Grobfahrlässigkeit seitens der Geschädigten ist eine grobe Sorgfaltspflichtverletzung ihrerseits erforderlich, welche unter Berücksichtigung aller Besonderheiten zu beurteilen ist. Da sich der Sachverhalt vorliegend nicht näher bzw. zweifelsfrei erstellen lässt, bleiben viele weitere Aspekte, die das Verhalten der Geschädigten als grobes Verschulden bzw. grobfahrlässig erscheinen lassen könnten, unbewiesen. So konnte insbesondere das von der Beklagten ausführlich als grobfahrlässig taxierte unvermittelte Betreten bzw. Befahren der Fahrbahn nicht erstellt werden. Da nicht leichthin auf Grobfahrlässigkeit zu schliessen ist, kann sie vorliegend auch nicht angenommen werden. Mit der Literatur ist die Angetrunkenheit alleine nicht von vornherein als grobfahrlässig einzustufen. In der Einstellungsverfügung vom 26. Januar 2007 (act. 3/21) des Strafverfahrens gegen die Geschädigte betreffend Verletzung der Verkehrsregeln führt die Staatsanwaltschaft aus, bezüglich des Vorwurfs der Verkehrsregelverletzung wegen Nichtgewähren des Vortrittes beim Einfügen in den Verkehr oder Nichtgewähren des Vortrittes gegenüber Fahrzeuglenkern ausserhalb des Fussgängerstreifens, könne darauf verwiesen werden, dass die Geschädigte sich bei diesem Unfall derart schwere Verletzungen zugezogen habe, dass in Anwendung von Art. 54 StGB eine Strafe den Gesamtumständen ungemessen wäre. Entgegen der Argumentation der Beklagten lässt sich aus dieser Begründung nicht der Schluss ziehen, die Staatsanwaltschaft hätte im Verhalten der Geschädigten sehr wohl eine Verkehrsregelverletzung gesehen, aber angesichts der tragischen Folgen für diese von einer Bestrafung Umgang genommen. Eine solche Annahme lässt sich mit den zitierten Erwägungen der Staatsanwaltschaft nicht begründen, da im vorliegenden Zusammenhang relevante materiell-rechtliche Ausführungen fehlen, wie die Klägerin richtig entgegnet. Die Staatsanwaltschaft legte ihre Auseinandersetzung mit den tatsächlichen Gegebenheiten nicht dar, sodass daraus nichts abgeleitet werden kann. Die Einstellung des Verfahrens gegenüber der Geschädigten ist demnach für das vorliegende Verfahren nicht entscheiderelevant.

- 65 - Die Geschädigte trifft somit ein nicht unerhebliches, jedoch kein nachweisbares grobes (Selbst-) Verschulden am Unfall vom 13. August 2005.

E. 3.4.2

Verschulden der Motorfahrzeughalterin

E. 3.4.2.1

Die Parteien diskutieren den Einfluss der Einstellungsverfügung der Staatsanwaltschaft vom 26. Januar 2007 (act. 3/11) im Strafverfahren wegen fahrlässiger Körperverletzung gegen die Motorfahrzeughalterin auf das vorliegende Zivilverfahren. Die Klägerin weist zutreffend darauf hin, dass im Strafverfahren der Motorfahrzeughalterin ein Verschulden nachzuweisen war, im vorliegenden Verfahren die Beklagte jedoch das fehlende Verschulden der Halterin zu beweisen hat. Die beweisrechtlichen Voraussetzungen sind mithin entgegengesetzt, weshalb die rechtlichen Schlussfolgerungen aus der strafrechtlichen Erkenntnis nicht auf die vorliegende zivilrechtliche Streitigkeit übertragen werden können. Entscheidend für die Frage, ob die Motorfahrzeughalterin ein Nicht-Verschulden nachweisen kann, ist nicht das strafrechtliche Erkenntnis, sondern sind die tatsächlichen Entscheidungsgrundlagen. Dementsprechend ist entgegen der Beklagten nicht die Begründung der Staatsanwaltschaft an sich massgebend. Indes können die Ergebnisse der strafrechtlichen Untersuchung, welche in der Begründung der Einstellungsverfügung

festgehalten werden, durchaus auch in die zivilrechtliche Würdigung einfließen. Entgegen der beklaglichen Argumentation lässt die nicht erfolgte Anfechtung der Einstellungsverfügung durch die Geschädigte lediglich auf die Akzeptanz der strafrechtlichen Würdigung des Verhaltens der Motorfahrzeughalterin schliessen, nicht indes auf dessen zivilrechtliche Beurteilung.

E. 3.4.2.2

Bezüglich des Verschuldens der Motorfahrzeughalterin ist strittig, ob die Halterin mit angepasster Geschwindigkeit und genügend aufmerksam unterwegs war.

- 66 - In der polizeilichen Einvernahme vom 13. August 2005 führte die Motorfahrzeughalterin auf die Frage, wie schnell sie gefahren sei, aus, sie fahre die Strecke jeden Tag und habe es so im Gefühl, dass man diese Strasse mit 50 km/h fahre. Sie sei sicher nicht schneller gefahren. Es handle sich bei dieser Strecke um ihren täglichen Arbeitsweg und sie sei mit ihrem eigenen Fahrzeug unterwegs gewesen. Sie habe drei Velofahrer gesehen, die auf der entgegenkommenden Fahrbahn heruntergekommen seien. Einer sei zweitweise fast mitten in der Strasse gewesen und habe ein bisschen getorkelt. Diese habe sie gesehen und sie glaube, wegen dem torkelnden Velofahrer habe sie sogar gebremst, weil sie habe sehen wollen, was er mache (act. 3/1, Einvernahme zur Sache S. 1 f.). Die Beifahrerin gab auf entsprechende Frage zu Protokoll, die Geschwindigkeit sei normal gewesen. Sie seien ja gerade aus der Kurve gekommen. Sie könne nicht schnell gewesen sein. Sie habe keine anderen Leute oder Velofahrer gesehen. Sie habe sich mit der Motorfahrzeughalterin unterhalten. In welche Richtung sie geschaut habe, könne sie nicht mehr sagen (act. 3/1, Einvernahme zur Sache S. 1). Anlässlich der Einvernahme bei der Staatsanwaltschaft am 21. November 2006 gab die Motorfahrzeughalterin zu Protokoll, sie fahre nie schnell und sei auf jeden Fall im normalen Bereich der Innerortsgeschwindigkeit gefahren. Sie habe plötzlich drei Velofahrer auf der Gegenfahrbahn wahrgenommen. Einer davon sei auf der Gegenfahrbahn hin und her gefahren. Sie sei vom Gas weggegangen. Dies habe Auswirkungen auf die Geschwindigkeit gehabt, sodass sie vermutlich noch im Bereich von 40 km/h gewesen sei. Es sei richtig, dass sie im Moment der Kollision nicht gesehen habe, was oder wer mit ihrem Fahrzeug kollidiert sei. Die Gruppe von Velofahrern habe sie im ersten Moment erschreckt, doch abgelenkt sei sie in diesem Sinne nicht gewesen. Sie habe sich nicht intensiv mit der Beifahrerin unterhalten und sei von ihr nicht abgelenkt worden (act. 3/8 S. 1 f.). Aus den weiteren staatsanwaltschaftlichen Einvernahmen ergeben sich keine Hinweise zur Geschwindigkeit oder zur Aufmerksamkeit der Motorfahrzeughalterin (act. 3/7; act. 3/9).

- 67 - Mangels weiterer Zeugen kann sich das Gericht nach dem Grundsatz von Treu und Glauben richten und auf die Aussagen des Beweispflichtigen selbst abstellen, so auch auf die Aussagen des Lenkers (BREHM, Motorfahrzeughaftpflicht, a.a.O., N 471). Vorliegend kann daher grundsätzlich auf die Aussagen der Motorfahrzeughalterin abgestellt werden, wonach sie mit 50 km/h eher aber 40 km/h, unterwegs gewesen war. Für die von der Beklagten beantragten Zeugeneinvernahmen der Motorfahrzeughalterin sowie der Beifahrerin besteht keine Notwendigkeit. Einerseits erfolgte die staatsanwaltschaftliche Einvernahme der Motorfahrzeughalterin bereits unter Hinweis auf die Wahrheitspflicht und sie hatte die Einvernahme zu lesen und zu unterzeichnen, was zu sorgfältigen Aussagen führt. Andererseits kann nicht erwartet werden, dass sich die Motorfahrzeughalterin und die Beifahrerin nach dem fortgeschrittenen Zeitablauf heute noch detaillierter an das Unfallgeschehen vom 13. August 2005 erinnern können als in den zeitnahen polizeilichen

und staatsanwaltschaftlichen Befragungen. Dem Gutachten von Dipl.-Ing. G._____ zufolge ergeben sich ausgehend von dem technisch wahrscheinlichsten Fall, dass die Geschädigte auf dem Velo sitzend erfasst worden sei, aus der Verteilung der Aufschlagstellen am bzw. auf dem PW und der Beschädigungsintensität keine Hinweise auf eine Überschreitung der zulässigen Höchstgeschwindigkeit von 50 km/h durch die PW-Lenkerin (act. 3/18 S. 2 und S. 12). Nach der Stellungnahme von Dipl.-Ing. H._____ indes könne auch eine überhöhte Geschwindigkeit der PW-Fahrerin nicht ausgeschlossen werden. Die Kollisionsgeschwindigkeit lasse sich mangels Fakten (Endstellung des PW verändert, Endlage des Velo verändert, Endlage der Geschädigten nicht genau bekannt, Kollisionspunkt nicht bekannt) keinesfalls konkret unterhalb von 50 km/h festlegen. Die PW-Fahrerin habe zwar ausgesagt, dass sie nie zu schnell fahre, was aber nicht heisse, dass eine unbewusste, leicht überhöhte Geschwindigkeit ausgeschlossen werden könne. Es könne nicht mit Sicherheit davon ausgegangen werden, dass die Kollisionsgeschwindigkeit des PW unterhalb von 50 km/h gelegen habe (act. 3/19 S. 1, S. 8, S. 10 f.). Aus der Stellungnahme von Dipl.-Ing. G._____ hierzu ergibt sich, dass die Möglichkeit einer Geschwindigkeit von mehr als 50 km/h aus technischer Sicht bestehe; es

- 68 - aber keine konkreten Hinweise oder einen Nachweis dafür gebe (act. 10/4 S. 5 f.). Aus den sachverständigen Ausführungen ergeben sich somit keine Hinweise auf eine überhöhte Geschwindigkeit. Dipl.-Ing. H._____ hält eine überhöhte Geschwindigkeit der Motorfahrzeughalterin lediglich für nicht ausgeschlossen. Auch er geht jedoch im Weiteren von einer allenfalls unbewusst leicht überhöhten Geschwindigkeit aus. Für eine massgebliche Geschwindigkeitsüberhöhung findet offenbar auch Dipl.-Ing. H._____ keine Hinweise. Die Klägerin geht nun davon aus, dass die Motorfahrzeughalterin die Geschwindigkeit aufgrund der eingeschränkten Sichtverhältnisse (Dunkelheit, nasse Fahrbahn, Lichtspiegelungen) weiter hätte anpassen müssen. Indes macht sie keine weiteren Angaben, welche Geschwindigkeit sie denn für die angemessene hält. Die Staatsanwaltschaft hält in der Einstellungsverfügung vom 26. Januar 2007 fest, aufgrund der vorliegenden Aktenlage bestünden keinerlei Hinweise für ein Fehlverhalten der Motorfahrzeughalterin. Weder sei davon auszugehen, dass sie mit unangepasster Geschwindigkeit unterwegs gewesen sein könnte, noch dass sie nicht die nötige Aufmerksamkeit habe walten lassen (act. 3/11 S. 2). Demnach ergaben sich in der strafrechtlichen Untersuchung keine Indizien, welche für eine unangemessene Geschwindigkeit sprachen. Wie die Beklagte zutreffend darlegt, wird nicht ausgeführt, es würden sich nicht genügend Anhaltspunkte für den Nachweis eines strafrechtlich relevanten Verhaltens finden, vielmehr hält die Staatsanwaltschaft fest, es bestünden keinerlei Hinweise für ein Fehlverhalten der Motorfahrzeughalterin. Entsprechend besteht kein Anlass zur Annahme, die Halterin hätte ihre Geschwindigkeit noch weiter reduzieren müssen. Die Motorfahrzeughalterin hat sich demnach verkehrsregelkonform verhalten. Entsprechend kann sie sich auf den Vertrauensgrundsatz berufen. Die drei entgegenkommenden Fahrradfahrer, von welchen einer torkelnd unterwegs war, erforderten ihre erhöhte Aufmerksamkeit. Das Bundesgericht hat die Rechtsprechung bestätigt, wonach sich das Mass der Aufmerksamkeit, das vom Fahrzeugführer verlangt wird, nach den gesamten Umständen richtet, namentlich der Verkehrsdichte, den örtlichen Verhältnissen, der Zeit, der Sicht und den

- 69 - voraussehbaren Gefahrenquellen. Wenn er sein Augenmerk im Wesentlichen auf bestimmte Stellen zu richten hat, kann ihm für andere eine geringere Aufmerksamkeit

zugebilligt werden (vgl. BGE 122 IV 225, E.2.b., S. 228, unter Hinweis auf BGE 103 IV 101, E.2.b und c, S. 104 f.). Der Motorfahrzeugführerin daher mangelnde Aufmerksamkeit vorzuwerfen, weil sie ihr Augenmerk auf den torkelnden Fahrradfahrer konzentrierte und daher von der Kollision mit der Geschädigten überrascht wurde und diese vorher nicht wahrgenommen hat, geht somit nicht an. Daraus, dass die Motorfahrzeughalterin sich mit der Beifahrerin unterhalten hat, lässt sich keine ungenügende Aufmerksamkeit folgern. Schliesslich bemerkte sie die drei entgegenkommenden Fahrradfahrer und erhöhte deretwegen ihre Aufmerksamkeit. Die polizeiliche Aussage der Beifahrerin, sie habe die drei entgegenkommenden Fahrradfahrer nicht gesehen, erweckt entgegen der Klägerin keine Zweifel an der Aussage der Motorfahrzeughalterin und lässt auch nicht auf eine übertriebene Darstellung schliessen. Wie die Klägerin selbst wiedergibt, konnte sich die Beifahrerin nicht mehr erinnern, in welche Richtung sie geschaut hatte. Möglicherweise hat sie demnach in eine andere Richtung geblickt. Wie die Beklagte zudem richtigerweise darlegt, ist nachvollziehbar, dass sich der Beifahrer nicht in gleicher Weise auf den Verkehr konzentriert, wie der Fahrer selbst. Demnach sind die von ihr geltend gemachten Umstände der Fremdsprachigkeit und des fehlenden Dolmetschers nicht weiter relevant. Auch die Staatsanwaltschaft fand keine Hinweise für mangelnde Aufmerksamkeit der Motorfahrzeughalterin (act. 3/11 S. 2). Nach dem Gesagten ergeben sich weder Hinweise für eine übersetzte oder unangepasste Geschwindigkeit noch für eine ungenügende Aufmerksamkeit der Motorfahrzeughalterin. Es ist somit mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit und ohne relevante Zweifel davon auszugehen, dass die Motorfahrzeughalterin mit angepasster Geschwindigkeit fuhr und genügend aufmerksam war.

E. 3.4.2.3

Sodann sind sich die Parteien uneinig über die Relevanz der an sich unstrittigen Alkoholisierung der Halterin.

- 70 - Es ist erstellt, dass die Motorfahrzeughalterin Alkohol getrunken hatte. Dies ergibt sich aus ihren eigenen Aussagen (vgl. act. 3/1, polizeiliche Einvernahme zur Sache, S. 2; act. 3/8 S. 3) sowie dem ärztlichen Bericht zur Blutalkoholanalyse des Instituts für Rechtsmedizin vom 18. August 2005 (act. 3/12). Gemäss diesem Bericht betrug die Blutalkoholkonzentration zum Zeitpunkt der Blutentnahme (13. August 2005, 02:02 Uhr) 0.05 bis 0.15 Gewichtspromille. Zur minimalen Blutalkoholkonzentration wurde angemerkt, der untere Wert des Vertrauensbereichs der chemisch bestimmten Blutalkoholkonzentration betrage 0.05 Gewichtspromille. Ein Analysewert unter 0.15 Gewichtspromille werde in der Regel nicht zurückgerechnet. Bei der Rückrechnung der maximalen Blutalkoholkonzentration ergab sich gemäss Bericht, dass zum Zeitpunkt des Ereignisses eine Blutalkoholkonzentration von höchstens 0.64 Gewichtspromille vorgelegen habe (act. 3/12). Indes zeigt auch die Darstellung der Klägerin auf, dass jedenfalls nicht auf den Maximalwert abzustellen ist (act. 1 S. 7 "Auch wenn nicht behauptet werden kann, die BAK habe 0.64 Promille betragen ..."). Sodann war der Allgemeinzustand der Motorfahrzeughalterin nach dem Protokoll der ärztlichen Untersuchung unauffällig. Der Begründung der Einstellungsverfügung der Staatsanwaltschaft vom 26. Januar 2007 ist zu entnehmen, dass der Motorfahrzeughalterin nicht vorgeworfen werden könne, infolge des konsumierten Alkohols nicht fahrtüchtig gewesen zu sein, habe doch die Analyse des Instituts für Rechtsmedizin der Universität Zürich einen relevanten Wert von 0.05 bis 0.15 Gewichtspromille ergeben, sodass keine

Fahruntüchtigkeit im Sinne von Art. 91 Abs. 1 SVG vorgelegen habe (act. 3/11 S. 2). Dem bleibt nichts anzufügen. Nach dem Gutachten von Dipl.-Ing. G._____ sei angesichts der nächtlichen Situation und feuchter Fahrbahn eine Reaktionsdauer aus Sicht der PW-Lenkerin von 1.0 bis 1.5 s als angemessen zu betrachten. Zum Einfahren von bis 2.5 m in die Fahrbahn sei bei einer Zeit von 1.0 bis 1.5 s eine Bewegungsgeschwindigkeit des Velos von 6 bis 9 km/h erforderlich. Eine deutlich langsamere Fahrgeschwindigkeit des Velos sei aus technischer Sicht nicht realistisch. Insofern ergäben sich aus Sicht der PW-Lenkerin auch keine konkreten

- 71 - Anhaltspunkte für eine verspätete Reaktion (act. 3/18 S. 2 und S. 12). Aus dem Gutachten ergibt sich nicht, ob der Alkoholkonsum der Motorfahrzeughalterin berücksichtigt wurde. So oder anders findet es indes keine Anhaltspunkte für eine verspätete Reaktion. Der Alkoholkonsum hatte demnach keinen massgeblichen Einfluss auf die Reaktionsfähigkeit der Motorfahrzeughalterin. Nach einem Entscheid des Bundesgerichts kann einem Lenker trotz Angetrunkenheit ein für den Unfall kausales Verschulden nicht zur Last gelegt werden, wenn er normal reagierte und so den Unfall nicht verhüten konnte (BGE 84 II 292, E.2.b, S. 296). Ist keine Fahruntüchtigkeit und keine verspätete Reaktion der Motorfahrzeughalterin anzunehmen, ist auch nicht davon auszugehen, dass der Alkohol einen wesentlichen Einfluss auf ihre Fahr- oder Reaktionsfähigkeit hatte. Somit gibt es keinen Hinweis, dass der Alkoholkonsum der Motorfahrzeughalterin für den Unfall ursächlich, mithin kausal, war und sich dieser bei nüchternem Zustand nicht ereignet hätte. Daher kann der Motorfahrzeughalterin aufgrund ihrer leichten Alkoholisierung ein für den Unfall kausales Verschulden nicht nachgewiesen werden. Die Klägerin wendet ein, das Verhältnis zum Alkoholkonsum im Strassenverkehr habe sich gewandelt. Dies ist grundsätzlich zutreffend. Gleichwohl ist dieser Bundesgerichtsentscheid immer noch massgeblich. So macht denn auch die Klägerin keine entsprechende Änderung der Rechtsprechung geltend. Betreffend die von der Klägerin geltend gemachte Gefahrenschwelle bei 0.3 Gewichtspromille erübrigen sich weitere Ausführungen, da dieser Wert vorliegend nicht erstellt wurde. Nach dem Gesagten ergibt sich kein Hinweis, dass die Motorfahrzeughalterin zum Zeitpunkt des Unfalls nach Art. 31 Abs. 2 SVG und Art. 2 VRV wegen Alkoholeinflusses nicht über die erforderliche körperliche und geistige Leistungsfähigkeit verfügte. Es ist somit mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass die Motorfahrzeughalterin trotz Alkoholkonsums nicht in ihrer Fahr- oder Reaktionsfähigkeit eingeschränkt war. Erhebliche Zweifel hieran bestehen keine.

- 72 -

E. 3.4.2.4

Wie erwähnt, ist der Beweis des Motorfahrzeughalters, dass ihn kein Verschulden am Unfall trifft, im Allgemeinen schwierig zu erbringen, da der Massstab sehr streng ist (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4C.332/2002 vom 8. Juli 2003, E.5). Nach dem vorstehend Dargelegten spricht mit der Beklagten und entgegen der klägerischen Darstellung wenig für ein Fehlverhalten der Motorfahrzeuglenkerin. Man bliebe im Bereich von Hypothesen und / oder müsste übersteigerte Anforderungen an die Fahrzeuglenkerin stellen, um von einem Verschulden auszugehen. Nur das Faktum alleine, dass eine Beweisbelastung der Motorfahrzeughalterin besteht und dieser negative Beweis schwierig zu erbringen ist, darf nicht dazu führen, den Beweis stets dann als gescheitert zu betrachten, wenn hypothetische Varianten bestehen. Auch Beweisanforderungen haben ihre Grenzen (BREHM,

Motorfahrzeughaftpflicht, a.a.O., N 470 ff. und N 483 - 485). Das Gericht kann und darf die Schwellenhöhe des verschuldensmässig relevanten Verhaltens nicht zu tief setzen. Zwar war eine gewisse Alkoholisierung bei der Lenkerin vorhanden; diese war aber, was die Einstellung der gegen sie geführten Strafuntersuchung ausreichend belegt, strafrechtlich offensichtlich nicht relevant. Hätte der Staatsanwalt hieraus etwas ableiten können, hätte er dies wohl getan. Für das Zivilgericht besteht dafür hier keine Notwendigkeit.

Rechtsgenügend kann der Motorfahrzeughalterin kein Vorwurf gemacht werden, ohne in unzulässige Hypothesen (welcher Alkoholisierungsgrad gilt überhaupt?) zu verfallen. Auch sonst bestehen keine Anhaltspunkte für ein verschuldensmässig relevantes Verhalten der Motorfahrzeughalterin. Im Übrigen ergibt sich – wie auch die Beklagte vorbringt (act. 9 S. 6 und S. 7) – aus der vorprozessualen Korrespondenz, dass die Klägerin selbst die gleiche Auffassung vertrat. In ihrer E-Mail vom 14. Februar 2008 (act. 10/3) hielt sie nämlich fest: "Wie darin bereits erwähnt, schliessen wir uns den Ausführungen an, dass eure VN keine [recte: kein] Verschulden angelastet werden kann."). Zusammenfassend ist demnach festzuhalten, dass die Motorfahrzeughalterin mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit kein Verschulden am Unfall vom 13. August 2005 trifft. Es fehlt an konkreten Anhaltspunkten zur Annahme eines

- 73 - verschuldensmässig relevanten Verhaltens ihrerseits. Wenn auch gewisse Unsicherheiten bestehen mögen, führen diese nicht zu erheblichen Zweifeln am korrekten Verhalten der Motorfahrzeughalterin. Was somit bleibt, ist die Betriebsgefahr des von der Motorfahrzeughalterin gelenkten Fahrzeugs. Für diese hat sie aber vollumfänglich einzustehen. Hinweiszeichen für die Annahme einer erhöhten Betriebsgefahr sind, wie gesehen, nicht gegeben.

E. 3.4.3

Kein Ausschluss der Haftung der Motorfahrzeughalterin Den vorstehenden Darlegungen zufolge gelingt es der Beklagten nicht, ein grobes (Selbst-)Verschulden der Geschädigten zu beweisen. Entsprechend scheidet der Entlastungsbeweis nach Art. 59 Abs. 1 SVG und kommt eine Entlassung der Motorfahrzeughalterin aus der Haftung nicht in Betracht. Die Haftpflicht der Motorfahrzeughalterin nach Art. 58 SVG ist somit grundsätzlich gegeben.

E. 3.4.4

Ermässigung der Haftung der Motorfahrzeughalterin Zwar gelingt der Motorfahrzeughalterin der Entlastungsbeweis nicht, doch ist der Geschädigten, wie dargestellt, ein Verschulden anzulasten, weshalb der Schadenersatz nach Art. 59 Abs. 2 SVG zu ermässigen ist. Massgeblich zur Festlegung der Reduktion ist allein das Verschulden der Geschädigten im Vergleich zur Betriebsgefahr. Da kein eigenes Verschulden der Motorfahrzeughalterin vorliegt, verschiebt sich das Verhältnis nicht wieder zu deren Ungunsten (vgl. Erw. 3.1.3.2). Da sich der genaue Hergang des Verkehrsunfalls vom 13. August 2005 nicht (mehr) herleiten lässt, sind nur wenige Anhaltspunkte zur Beurteilung des Verhaltens der Geschädigten vorhanden. Zur Hauptsache lässt sich ihr Verschulden daran bemessen, dass sie nachts ausserhalb des Fussgängerstreifens, mithin ohne Vortrittsrecht, in die Fahrbahn trat bzw. fuhr. Nach der Kasuistik (vgl. Erw. 3.3.3) erweist sich hier die Annahme eines eher

- 74 - noch leichten Verschuldens als angebracht. Unter der Berücksichtigung der Alkoholisierung der Geschädigten ist ihre Quote in der Bandbreite von 20 bis 40 % eher im oberen Bereich anzusiedeln. Die von der Klägerin im Schreiben vom 6. November 2007

(act. 3/15) offerierte Quote von 25% erscheint deshalb zu tief. In Würdigung der Umstände ist die Verteilung der Haftung zu einem Drittel (33 1/3 %) auf die Geschädigte und zu zwei Dritteln (66 2/3 %) auf die Motorfahrzeughalterin (für die Betriebsgefahr) angemessen. 4. Schaden 4.1. Rechtliches 4.1.1. Nach Art. 62 Abs. 1 SVG richten sich Art und Umfang des aus der Haftpflicht des Motorfahrzeugführers zu folgernden Schadenersatzes nach den Grundsätzen des Obligationenrechts über unerlaubte Handlungen (Art. 41 ff. OR). 4.1.2. Schaden ist wirtschaftlich betrachtet jede unfreiwillige und damit ungewollte Vermögenseinbusse, welche in einer Verminderung der Aktiven, einer Vermehrung der Passiven oder in entgangenem Gewinn bestehen kann. Der Schaden entspricht der Differenz zwischen dem tatsächlichen gegenwärtigen Vermögensstand, wie er sich durch den Eintritt des schädigenden Ereignisses präsentiert, und dem hypothetischen Vermögensstand, wie er bestünde, wenn das schädigende Ereignis nicht eingetreten wäre (REY, a.a.O., N 151 ff.). 4.1.3. Eine Körperverletzung gibt dem Geschädigten 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). 4.1.4. Auch im Motorfahrzeughaftpflichtrecht gilt der Grundsatz, dass der Geschädigte den erlittenen Schaden sowohl in dessen Existenz als auch der Höhe nach zu beweisen hat (Art. 42. Abs. 1 OR; Art. 8 ZGB; BGE 86 II 51, E.3.a, S. 53; BREHM, Motorfahrzeughaftpflicht, a.a.O., N 22).

4.2. Unbestrittener Sachverhalt

- 75 - 4.2.1. Gemäss dem Bericht des Universitätsspitals Zürich vom 19. September 2005 (act. 3/5 = act. 16/41) erlitt die Geschädigte beim Unfall vom 13. August 2005 ein schweres Schädelhirntrauma mit initialer GCS 3, einem generalisierten Hirnödem und einer Felsenbeinfraktur rechts mit Pneumozephalon sowie eine Zwei-Etagen-Unterschenkelfraktur links. Diese Diagnose ergibt sich auch aus dem Bericht der Rehaklinik ... vom 13. September 2006 (act. 6 S. 1). Die Parteien sind sich denn auch über die Verletzungen der Geschädigten einig (act. 1 S. 4; act. 9 S. 5).

4.2.2. Die Geschädigte wurde aufgrund ihres Unfalles vom 13. August 2005 bis zum 19. September 2005 im Universitätsspital Zürich hospitalisiert (vgl. act. 3/5 = act. 16/41). Mit dem Bericht vom 19. September 2005 (act. 3/5 = act. 16/41) attestierte das Universitätsspital Zürich der Geschädigten eine 100%-ige Arbeitsunfähigkeit ab dem 13. August 2005 bis auf weiteres. Vom 19. September 2005 bis zum 8. Dezember 2005 hielt sich die Geschädigte in der Rehaklinik ... auf (act. 16/4 S. 2; act. 16/5 S. 3). Vom 8. bis 14. Dezember 2005 wurde sie wieder im Universitätsspital Zürich behandelt (act. 16/6), um anschliessend für die Zeit vom 14. Dezember 2005 bis zum 15. Februar 2006 wieder in die Rehaklinik ... zurückzukehren (act. 16/5 S. 3; act. 16/7). Ab dem 16. Februar 2006 hielt sich die Geschädigte im Haus ... in ... auf, wo sie am 31. Mai 2006 austreten konnte (act. 16/8; act. 16/9; act. 16/11; act. 16/12; act. 16/15; act. 16/42). Die Beklagte stellt diese von der Klägerin dargestellten und belegten Klinikaufenthalte und die daraus zu folgernde 100%-ige Arbeitsunfähigkeit der Geschädigten vom 13. August 2005 bis zum 31. Mai 2006 nicht in Abrede (act. 15 S. 19 f.; act. 19 S. 24). Unstrittig ist weiter, dass die Geschädigte ab dem 1. Juni 2006 wieder eine Arbeitstätigkeit aufnahm (act. 15. S. 20; act. 16/42; act. 19 S. 41).

4.3. Parteivorbringen 4.3.1. Die Klägerin verlangt von der Beklagten von ihr bis zum 31. Mai 2011 erbrachte Leistungen im Betrage von CHF 231'941.95 für Heilungskosten und von CHF 31'468.60 für Taggelder, insgesamt CHF 263'410.55 (act. 1 S. 13; act. 15 S. 15 und S. 19).

- 76 - 4.3.2. Die Beklagte bestreitet sowohl die von der Klägerin geltend gemachten Heilungskosten, als auch die Taggeldleistungen. Sie bemängelt, die Klägerin erfülle ihre Substantiierungspflicht nicht. Auf verschiedenen Rechnungen sei als Behandlungsgrund Krankheit angegeben; andere seien handschriftlich verändert worden (act. 9 S. 19; act. 19 S. 22 ff.). Selbst eine Anerkennung der schweren Verletzungen bedeute nicht automatisch auch die vorbehaltlose Akzeptanz sämtlicher Schadenpositionen seitens der Klägerin. Im Einzelfall sei zu prüfen, ob behauptete und angeblich durch die Klägerin bezahlte Heilbehandlungen als natürlich und adäquat kausale Folge des Unfallereignisses zu gelten hätten (act.

E. 8

Juli 2003, Erw. 3.3 und 3.4, mit Hinweisen, und Erw. 4.1). Selbiges hat für den vorliegend ebenfalls relevanten Entlastungsbeweis des groben Verschuldens des Geschädigten zu gelten. Vorliegend stehen höhere Gewalt, ein grobes Verschulden eines Dritten oder die fehlerhafte Beschaffenheit des Fahrzeugs als Unfallursache nicht zur Diskussion. Entsprechend kann auch die Frage des diesbezüglich erforderlichen Beweismasses offen bleiben.

E. 13

August 2005 um 01:40 Uhr eine Blutalkoholkonzentration von 0.52 bis 0.62 Gewichtspromille auf.

E. 15

S. 4). I. _____ habe damals der Polizei zu Protokoll gegeben, dass sie nicht auf die Geschädigte geachtet habe. Diese sei mit dem Fahrrad unterwegs gewesen. Sie habe nicht einmal gemerkt, wie diese sich aus der Gruppe entfernt habe. Diese Aussagen seien echtzeitlich und damit beweiskräftiger als diejenigen, welche über ein Jahr später gegenüber der Staatsanwaltschaft gemacht worden sein sollten (act. 15 S. 5). Der Sachverständige Dipl.-Ing. G. _____ sei zum Schluss gekommen, dass namentlich aufgeführte Umstände "dafür sprechen", dass die Geschädigte auf

- 30 - dem Velo sitzend erfasst worden sei und dass die Verunfallte nach den vorgefundenen Spuren und Beschädigungen aus technischer Sicht am wahrscheinlichsten auf dem Velo sitzend erfasst worden sei (act. 1 S. 10; act. 15 S. 10). Dahingegen komme Dipl.-Ing. H. _____ aufgrund von eigenen Berechnungen und insbesondere gestützt auf zahlreiche praktische Versuche mit PWs vom Typ VW Polo und virtuellen Dummies zu einer Reihe interessanter Schlüsse, nämlich, dass angesichts der Dürftigkeit der Fakten und Anknüpfungstatsachen weder die eine noch die andere Unfallversion ausgeschlossen werden könne; dass es "mit einer keinesfalls zu vernachlässigenden Wahrscheinlichkeit" möglich sei, dass die Geschädigte zum Kollisionszeitpunkt nicht auf dem Velo gesessen habe, mithin dass der eindeutige bzw. sehr wahrscheinliche Beweis, dass die Geschädigte als Velofahrerin verunfallt sei, nicht erbracht sei; dass es durchaus möglich sei, dass die Geschädigte als Fussgängerin oder sogar als stillstehende Person angefahren worden sei; ferner werde betont, dass sich nicht einmal begründbar herleiten lasse, welche Variante die wahrscheinlichere sein solle. Auch wenn die durchgeführten 3-D-Simulationen mit Dummies auch Nachteile aufwiesen und die gemessenen Werte nicht 1:1 auf das hier zur Diskussion stehende Unfallereignis übertragen werden könnten, vermöge der Experte in überzeugender Weise darzutun und mit zahlreichen Rekonstruktionsversuchen zu belegen, dass hinsichtlich des Unfallhergangs in mehrfacher Hinsicht enorme Unsicherheiten und

Unwägbarkeiten bestünden und sogar Konstellationen möglich seien, die die Geschädigte vollkommen entlasteten (act. 1 S. 10 f.; act. 15 S. 11 f.). Dipl.-Ing. G._____ räume ein, dem Experten Dipl.-Ing. H._____ sei beizupflichten, dass "eine Sattelverdrehung [...] als ein praktisch eindeutiger Beweis für eine Belastung des Velos mit einer Person angesehen werden müsste". Es nütze der Beklagten mit Blick auf die beweisrechtlichen Voraussetzungen nichts, wenn auch Unfälle bekannt seien, bei denen die Sattelspitze nicht verdreht worden sei. In der Zusammenfassung bezeichne es Dipl.-Ing. G._____ schliesslich lediglich als "wahrscheinlich" und nicht mit an Sicherheit grenzend wahrscheinlich, dass die Geschädigte zum Unfallzeitpunkt auf dem Velo gesessen habe. Dies bedeute

- 31 - gemäss Angaben des Experten, dass es "technische Anhaltspunkte" für diese Einschätzung gebe. Es bestünden mithin – auch aus Sicht von Dipl.-Ing. G._____ – erhebliche Unsicherheiten (act. 15 S. 12). Entgegen der Auffassung der Beklagten sei alles andere als klar, ob die Geschädigte tatsächlich vortrittsbelastet gewesen sei, zumal ebenso wenig rechtsgenügend erstellt sei, dass die Geschädigte als "sich in den Verkehr einfügende Radfahlerin" unterwegs gewesen sei (act. 15 S. 3). Die Behauptung der Beklagten, die Geschädigte dürfte auf dem Fahrrad sitzend unterwegs gewesen sein, stehe im Widerspruch zur Kernaussage der Beklagten, wonach der genaue Unfallhergang nicht eruiert werden könne. Sie sei weiter im Konjunktiv ("dürfte") gehalten, was einen strikten Beweis im hier erforderlichen Sinne logisch ausschliesse. Vielmehr räume die Beklagte hier – ob bewusst oder unbewusst – die letztlich blosser Möglichkeit ihrer Sachverhaltsdarstellung ein (act. 15 S. 5). Selbst wenn im Übrigen nachgewiesen wäre, dass die Geschädigte zum Unfallzeitpunkt auf dem Velo gesessen habe, könne damit nicht per se auf grobfahrlässiges Handeln der Geschädigten geschlossen werden. Dies tue jedoch die Beklagte, indem sie – etwas pointiert ausgedrückt – Velofahren mit Grobfahrlässigkeit gleichsetze (act. 15 S. 10). Die Klägerin bringt sodann vor, im Schreiben vom 20. Dezember 2007 räume die Beklagte implizite ein, dass das Verhalten der Geschädigten letztlich nicht erstellt sei ("Offen wird wohl bleiben, wo und wie Ihre Versicherte die Strasse betreten/befahren hat"). Dennoch ziehe die Beklagte daraus den Schluss, dass "zwingend" davon auszugehen sei, dass die Geschädigte plötzlich und unvermittelt die Fahrbahn der Fahrzeuglenkerin betreten habe (act. 1 S. 9). Ob die Geschädigte die Fahrbahn überraschend befahren habe, sei indes nicht erstellt (act. 15 S. 3). Die Polizei habe festgehalten, dass die Geschädigte "aus Sicht" der Halterin "plötzlich und unvermittelt" die Fahrbahn begangen habe. Zugrunde gelegt werde also, was die Halterin erlebt habe und nicht, was objektiv erstellt sei. Dass man nicht einfach auf die Angaben der Halterin abstellen könne und dürfe (sie müsse und wolle sich nicht selbst belasten), liege auf der Hand und bedürfe keiner besonderen Begründung. Die Zeugin J._____ habe ausgesagt,

- 32 - dass sie nicht mehr sagen könne, in welche Richtung sie zum Unfallzeitpunkt geblickt habe. Auf die Frage, ob sie die Frau vorgängig bemerkt habe, habe sie "nein" geantwortet. Mithin könnten den Aussagen von J._____ keinerlei sachdienliche Hinweise zum Unfallhergang entnommen werden. Gestützt auf diese Aussage sei es genauso gut möglich, dass sowohl die Halterin wie J._____ die Verunfallte schlicht übersehen hätten. Das Gesagte gelte auch hinsichtlich der Aussage der Halterin (act. 15 S. 4). Im Übrigen bediene sich die Beklagte immer wieder Sachverhaltsergänzungen, um zu für sie genehmen, rechtlichen Schlussfolgerung zu gelangen. So sei in keiner Weise erstellt, dass die Geschädigte vor dem Begehen der Fahrbahn "nicht auf den Verkehr geachtet" habe. Es sei dies eine Behauptung, die sich auf keinerlei objektive Gesichtspunkte stütze, sondern einzig

aus dem Faktum der Kollision sowie den (keineswegs massgebenden) Aussagen der Halterin und der Zeugin J._____ rückgeschlossen werde. Der Sachverständige beantworte die Frage nicht, ob die Geschädigte in grobfahrlässiger Weise – mithin ohne Berücksichtigung des übrigen Verkehrs – auf die Fahrbahn hinaus getreten oder gefahren sei. Letztlich schliesse die Beklagte vom Erfolg auf die verschuldensmässige Qualifikation des Verhaltens der Geschädigten (als grobfahrlässig), was indes nicht zulässig sei und schon gar nicht dem Sinn von Art. 59 Abs. 1 SVG entsprechen könne. Der Umstand allein, dass die Geschädigte auf die Fahrbahn hinausgetreten (oder gefahren) und in der Folge von der Motorfahrzeuglenkerin erfasst worden sei, impliziere in keiner Weise schon eine Grobfahrlässigkeit der Geschädigten. Aus dem Vorliegen einer "Kollision am Fahrbahnrand" könne deshalb nicht ernsthaft auf Grobfahrlässigkeit geschlossen werden, wie dies die Beklagte letztlich tue (act. 1 S. 9 f.; act. 15 S. 9 ff.). Alsdann, erklärt die Klägerin, scheitere die Beklagte schon daran, die im Zusammenhang mit dem Unfallhergang geschilderten Unklarheiten (Kollisionsort, Anfahrsgeschwindigkeit, Aufmerksamkeit der Lenkerin, Fortbewegungsart der Geschädigten) schlüssig zu entkräften, müsse ihr erst recht der Nachweis eines Kausalzusammenhangs zwischen der Alkoholisierung der Geschädigten und dem

- 33 - Unfallereignis misslingen (act. 1 S. 12). Die Beklagte hätte darzutun, inwiefern die geltend gemachte Alkoholisierung der Geschädigten den Unfall kausal mitverursacht habe. Sie lasse in der Folge offen, welche Konsequenzen sie aus der geltend gemachten Alkoholisierung ableite (act. 15 S. 14). Es seien in casu mehrfache Entlastungsgründe denkbar: Die Geschädigte könne z.B. sehr wohl nach links geschaut haben, wobei das sich nähernde Fahrzeug in diesem Moment aber gerade verdeckt oder zufolge der schwierigen Lichtverhältnisse schlecht sichtbar gewesen sei (Blendung?); sie könne den PW zwar wahrgenommen, dessen Geschwindigkeit aber, wiederum infolge der heiklen Sichtbedingungen, falsch eingeschätzt haben; oder sie könne für einen Bruchteil einer Sekunde durch irgendwelche Umstände, z.B. durch andere Verkehrsteilnehmer, Passanten oder Kolleg/innen abgelenkt worden sein (act. 1 S. 11 f.). Die Frage, ob ein Handeln grobfahrlässig sei oder nicht, lasse sich erst dann beantworten, wenn die tatsächlichen Entscheidungsgrundlagen, gestützt auf welche das Verhalten rechtlich gewertet werden könne, rechtsgenügend feststünden. Dies sei vorliegend nicht der Fall, was auch die Beklagte andernorts anerkannt habe (act. 15 S. 3 und S. 9). Sei ein Unfallhergang wie vorliegend nicht mehr rekonstruierbar, so regelten die normativen beweisrechtlichen Bestimmungen die Rechtsfolgen (act. 15 S. 10). Die Frage, ob ein Handeln grobfahrlässig sei, beurteile sich in Würdigung sämtlicher im Recht liegender Unterlagen. In casu bestünden keinerlei Zeugenaussagen dafür, wie und wo die Geschädigte auf die Fahrbahn gelangt sei. Allein aus dem AGU-Gutachten lasse sich kein Beweis erbringen. Zusätzliche Zweifel ergäben sich aufgrund des Gutachtens von Dipl.- Ing. H._____. Die technischen Unfallanalysen seien widersprüchlich und – aufgrund fehlender Anknüpfungstatsachen – letztlich spekulativ. Wohl komme Dipl.-Ing. G._____ zum Schluss, dass es wahrscheinlich sei, dass die Geschädigte zum Kollisionszeitpunkt auf dem Velo gesessen sei. Diese Einschätzung werde aber durch das Gutachten von Dipl.-Ing. H._____ nachhaltig in Frage gestellt, wobei Dipl.-Ing. G._____ in seiner Stellungnahme die Einwände von Dipl.-Ing. H._____ nicht in einer den beweisrechtlichen Anforderungen

- 34 - genügenden Weise zu falsifizieren vermöge. Wenn die Beklagte mit Blick auf diesen Expertenstreit festhalte, die Ausführungen im AGU-Gutachten seien "weniger spekulativ"

als diejenigen im Gutachten von Dipl.-Ing. H._____, dann sage dies eigentlich schon alles: Vielleicht seien sie tatsächlich weniger spekulativ, aber eben immer noch spekulativ und damit sicher nicht geeignet, um daraus einen strikten oder auch nur überwiegend wahrscheinlichen Beweis ableiten zu können. Sodann entkräfte die Beklagte den Beweiswert des AGU- Gutachtens weiter, wenn sie ausführe, dass wohl nur ein "Obergutachten" den Expertenstreit klären könne. Nebenbei gesagt sei dies sehr zu bezweifeln, weil – wie beide hier involvierten Experten einräumten – zu viele Anknüpfungstatsachen unbekannt seien, als dass aus einem Obergutachten neue und beweisrechtlich verwertbare Schlussfolgerungen gezogen werden könnten. Es widerspräche dem Zweck der Halterhaftung, in Fällen wie dem Vorliegenden sämtliche strittigen Sachverhaltselemente zu Lasten der Geschädigten auszulegen, um sich dergestalt der Haftung zu entschlagen. Gegenteils sei bei Fällen wie dem Vorliegenden, in denen nahezu alles unklar sei, die Halterhaftung uneingeschränkt zu bejahen (act. 15 S. 11 ff.). Der Versuch der Beklagten, der Klägerin eine Anerkennung der beklagtischen Sachverhalts- und Rechtsauffassung zu unterstellen, sei unbehelflich. In der aufgeführten E-Mail vom 14. Februar 2008 vertrete die Klägerin unzweideutig die Auffassung, dass die Beklagte hafte. Von einer Vereinbarung, wie sie die Beklagte behauptete, stehe nichts geschrieben. Selbst wenn dies der Fall gewesen wäre, hinge eine solche Anerkennung gemäss Behauptung der Beklagten von der Bedingung ab, dass ein Gutachten die auf dem Velo sitzende Position der Geschädigten mit hoher Wahrscheinlichkeit bestätige, was jedoch gerade nicht der Fall sei (act. 15 S. 5). Die Einstellungsverfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 26. Januar 2007 sei in zivilrechtlicher Hinsicht nicht entscheidend. Das Strafverfahren sei eingestellt worden, es fehlten aber jegliche, im vorliegenden Zusammenhang relevante materiell-rechtliche Ausführungen. Die Annahme, die Geschädigte wäre ohne ihre schweren Verletzungen bestraft worden, lasse sich

- 35 - mit den zitierten Erwägungen der Staatsanwaltschaft nicht ansatzweise begründen (act. 15 S. 6, S. 9 und S. 11).

E. 19

S. 22). Diese Rechnung beinhaltet die Kosten des Aufenthalts der Geschädigten vom 8. bis 12. Dezember 2005. Diese Hospitalisierung bestritt die Beklagte nicht (act. 15 S. 19 f.; act. 19 S. 24). Sie ist ein Teil der – unbestrittenen – Klinikaufenthalte der Geschädigten in der Zeit vom 13. August 2005 bis zum 31. Mai 2006. Dieser Aufenthalt erfolgte somit offensichtlich im Zusammenhang mit dem Unfall vom 13. August 2005 und verursachte entsprechende Kosten. Die Behauptung der Beklagten, es ergebe sich kein Zusammenhang mit dem behaupteten Unfallereignis (act. 19 S. 22), ist daher haltlos. Diese Rechnungssumme ist ausgewiesen. Hinsichtlich der Rechnung des Universitätsspitals Zürich an die Geschädigte vom 07. Juli 2006 über CHF 306.85 (act. 16/16) führt die Beklagte aus, der angegebene Behandlungsgrund "Krankheit" sei handschriftlich korrigiert worden, wobei weder Grund noch Autor der Korrektur ersichtlich sei, weshalb die Position bestritten werde (act. 19 S. 23). Nach den Ausführungen der Klägerin sei fälschlicherweise "Krankheit" statt "Unfall" aufgeführt worden. Der Text zu den Tarifpositionen lasse jedoch Rückschlüsse auf den Behandlungsgrund zu (act. 15 S. 18). Die Rechnung wurde nach den Tarifpositionen für eine Computer- Tomographie des Neurokraniums (Hirnschädel) gestellt. Nachdem die Geschädigte beim Unfall vom 13. August 2005 unbestritten ein schweres Schädelhirntrauma erlitt, ist der Zusammenhang dieser Rechnung mit dem durch den Unfall entstandenen Schaden der Klägerin offensichtlich ausgewiesen.

- 79 - In Bezug auf die Rechnung von Dr. med. L. _____ vom 04. August 2006 über CHF 392.50 (act. 16/21) hält die Beklagte fest, es sei kein Behandlungsgrund ersichtlich, weshalb der Zusammenhang mit dem Unfallereignis bestritten werde (act. 19 S. 23). Es handelt sich bei dieser Rechnung um diejenige der die Geschädigte während deren Aufenthaltes im Haus ..., ..., behandelnden Ärztin für Behandlungen im Mai 2006; Ende Mai 2006 konnte die Geschädigte aus dem Hause ... austreten (vgl. act. 16/42). Diese Kosten entstanden somit offensichtlich im Zusammenhang mit dem Unfall vom 13. August 2005. Betreffend die Rechnung von Dr. med. M. _____ an die Geschädigte vom 27. März 2007 über CHF 231.90 (act. 16/28) bringt die Beklagte vor, es werde als Behandlungsgrund "Krankheit" aufgeführt, weshalb der Zusammenhang mit dem Unfallereignis bestritten werde (act. 19 S. 23). Die Rechnung führt als Behandlungsgrund "Krankheit" auf. Aus den Tarifpositionen ist kein Zusammenhang mit dem Unfall vom 13. August 2005 zu entnehmen. Gemäss der E-Mail von Dr. med. M. _____ vom 8. Juni 2007 wurde die Rechnung vom 28. April 2007 fälschlicherweise über "Krankheit" abgerechnet. Die Rechnung vom 27. März 2007 ist jedoch nicht erwähnt. Hingegen führt Dr. med. M. _____ weiter aus, als Nachfolger von Dr. med. N. _____ die hausärztliche Betreuung der Patientin zu übernehmen. Demnach ist davon auszugehen, dass sich die Rechnung vom 27. März 2007 auf ein anderes, nicht mit dem Unfall vom 13. August 2005 in Zusammenhang stehendes, gesundheitliches Problem der Geschädigten bezieht. Zur Rechnung von O. _____ und P. _____ an die A. _____ vom 11. September 2007 über CHF 372.55, beinhaltend die Rechnung von Prof. Dr. Dr. Q. _____ vom 30. August 2007 über CHF 372.55, (act. 16/30) führt die Beklagte wiederum aus, es werde als Behandlungsgrund "Krankheit" genannt und ein Zusammenhang mit dem Unfallereignis nicht dargetan (act. 19 S. 23). Die Rechnung führt als Behandlungsgrund "Krankheit" auf. Sie erfolgte zudem für eine Behandlung am 27. August 2007, mithin nach Abschluss des Falles bei der Klägerin am 31. Mai 2007 (vgl. act. 15 S. 20), weshalb davon auszugehen ist, dass kein Zusammenhang mit dem Unfall der Geschädigten vom 13. August 2005 besteht.

- 80 - Dass bei der Diagnose "Zustand nach Unfall Rekonstruktionsplanung" vermerkt ist, ändert daran nichts, sondern lässt vermuten, dass eine allfällige Rekonstruktion von der Klägerin nicht mehr übernommen wurde. Die Rechnung von Prof. Dr. Dr. Q. _____ an die Geschädigte vom 20. Juli 2007 über CHF 1'544.80 (act. 16/31) beanstandete die Beklagte dahingehend, dass aus ihr der Behandlungsgrund "Krankheit" hervor gehe und handschriftlich der Vermerk "Unfall" eingefügt worden sei, wobei weder Zeitpunkt noch Urheber der Korrektur ersichtlich seien (act. 19 S. 23). Die Rechnung gibt als Behandlungsgrund "Krankheit" an, was handschriftlich gestrichen und durch den Vermerk "Unfall" ersetzt wurde. Den Tarifpositionen kann kein Zusammenhang mit dem Unfall der Geschädigten vom 13. August 2005 entnommen werden. Die Behandlung vom 2. April bis 12. Juli 2007 erfolgte zudem grösstenteils nach dem Abschluss des Falles bei der Klägerin am 31. Mai 2007 (vgl. act. 15 S. 20). Ein Zusammenhang dieser Kosten mit dem Unfall der Geschädigten vom 13. August 2005 ist demnach nicht ausgewiesen. Auch bezüglich der Rechnung von O. _____ und P. _____ an die A. _____ vom 18. Dezember 2007 über CHF 81.10, beinhaltend die Rechnung von Dr. med. R. _____ vom 07. Dezember 2007 über CHF 81.10, (act. 16/32) rügte die Beklagte, dass aus ihr der Behandlungsgrund "Krankheit" hervor gehe und handschriftlich der Vermerk "Unfall" eingefügt worden sei, wobei weder Zeitpunkt noch Urheber der Korrektur ersichtlich seien (act. 19 S. 23). Der in der Rechnung vermerkte Behandlungsgrund "Krankheit" wurde handschriftlich gestrichen und durch den Vermerk "Unfall" ersetzt. Den Tarifpositionen kann kein Zusammenhang mit dem Unfall

der Geschädigten vom 13. August 2005 entnommen werden. Gemäss der E-Mail von Dr. med. M._____ vom 8. Juni 2007 übernahm er als Nachfolger von Dr. med. N._____ die hausärztliche Betreuung der Patientin. Demnach ist davon auszugehen, dass sich die Rechnung vom 18. Dezember 2007 für die Behandlung vom 22. Oktober 2007 auf ein anderes, nicht mit dem Unfall vom 13. August 2005 in Zusammenhang stehendes, gesundheitliches Problem der Geschädigten bezieht. Dies insbesondere,

- 81 - nachdem der Fall bei der Klägerin bereits am 31. Mai 2007 abgeschlossen wurde (vgl. act. 15 S. 20). Den Zahlungsbeleg zur Rechnung von O._____ und P._____ für Medikamente (Original fehlt) über CHF 85.40 (act. 16/33) moniert die Beklagte mit der Begründung, der Grund der Rückzahlung sei nicht ersichtlich, es werde von Rückerstattung von Medikamentenkosten gesprochen (act. 19 S. 23). Dem Beleg der Klägerin lässt sich kein Behandlungsgrund entnehmen. Er datiert zudem vom 7./8. Mai 2008, mithin nach Abschluss des Falles der Geschädigten bei der Klägerin am 31. Mai 2007 (vgl. act. 15 S. 20). Ein Zusammenhang dieser Kosten mit dem Unfall der Geschädigten vom 13. August 2005 ist somit nicht ausgewiesen. Hinsichtlich der Rechnung des Universitätsspitals Zürich an D._____ vom 25. Mai 2010 über CHF 449.65 (act. 16/38) kritisiert die Beklagte wiederum, es lasse sich kein Zusammenhang mit dem Unfallereignis herleiten, vielmehr figuriere als Behandlungsgrund "Krankheit", weshalb die entsprechenden Kosten bestritten seien (act. 19 S. 23). Die Rechnung führt "Krankheit" als Behandlungsgrund auf. Sie erfolgte zudem für eine Behandlung am 22. Januar 2010, mithin nach Abschluss des Falles bei der Klägerin am 31. Mai 2007 (vgl. act. 15 S. 20). Den Tarifpositionen lässt sich weiter kein eindeutiger Zusammenhang mit dem Unfall der Geschädigten vom 13. August 2005 entnehmen. Die entsprechenden Kosten sind daher nicht ausgewiesen. 4.4.1.6. Von den von der Beklagten beanstandeten Rechnungen nachvollziehbar ausgewiesen und somit von der Klägerin zu Recht verlangt wurden die Beträge von CHF 19'407.50, CHF 9'674.-, CHF 306.85 und CHF 392.50, mithin eine Summe von insgesamt CHF 29'780.85. Nicht nachvollziehbar ausgewiesen und damit von der klägerischen Forderung abzuziehen sind dahingegen die Beträge von CHF 231.90, CHF 372.55, CHF 1'544.80, CHF 81.10, CHF 85.40 und CHF 449.65, mithin insgesamt CHF 2'765.40.

- 82 - 4.4.1.7. Folgende Rechnungen wurden mangels rechtsgenügender Bestreitung von der Beklagten ohne Weiteres anerkannt: Rechnung S._____ AG an A._____ vom 22. September 2005 über CHF 797.95 (act. 16/1) Rechnung Universitätsspital Zürich an A._____ vom 09. November 2005 über CHF 52'594.- (act. 16/2) Rechnung O._____ und P._____ an A._____ vom 29. November 2005 über CHF 2'520.45 (beinhaltend die Rechnung Schutz und Rettung vom 11. Oktober 2005 über CHF 1'734.50 und die Rechnung ... Klinik im Park vom 23. November 2005 über CHF 785.95) (act. 16/3) Rechnung Rehaklinik ... an A._____ vom 04. Januar 2006 über CHF 62'116.60 (act. 16/4) Rechnung Rehaklinik ... an A._____ vom 04. April 2006 über CHF 34'910.- (act. 16/7) Rechnung Haus ... an A._____ vom 20. März 2006 über CHF 2'606.- (act. 16/8) Rechnung Haus ... an A._____ vom 20. April 2006 über CHF 5'854.- (act. 16/9) Rechnung Physiotherapie T._____ an A._____ vom 24. April 2006 über CHF 1'023.- (act. 16/10) Rechnung Dr. med. L._____ an A._____ vom 21. April 2006 über CHF 526.40 (act. 16/11) Rechnung Haus ... an A._____ vom 08. Mai 2006 über CHF 5'574.- (act. 16/12) Rechnung Physiotherapie T._____ an A._____ vom 19. Juni 2006 über CHF 1'800.- (act. 16/13) Zahlungsbeleg zu Rechnung Universitätsspital Zürich (Original fehlt) über CHF 206.- (act. 16/14) Rechnung Haus ... an A._____ vom 16. Juni 2006 über CHF 5'801.25 (act. 16/15) Rechnung

Labormedizinisches Zentrum Dr. U. _____ an D. _____ vom 23. Juni 2006 über CHF 46.80 (act. 16/17)

- 83 - Rechnung Zentrum für Ergotherapie an A. _____ vom 17. Juli 2006 über CHF 2'351.40 (act. 16/18) Rechnung Haus ... an A. _____ vom 19. Juli 2006 über CHF 5'490.- (act. 16/19) Rechnung Universitätsspital Zürich an A. _____ vom 18. Juli 2006 über CHF 517.60 (act. 16/20) Rechnung V. _____, ..., an A. _____ vom 17. August 2006 über CHF 2'184.- (act. 16/22) Rechnung Med. Radiodiagnostisches Institut an A. _____ vom 28. November 2006 über CHF 872.50 (act. 16/23) Rechnung V. _____, ..., an A. _____ vom 19. Dezember 2006 über CHF 1'932.- (act. 16/24) Rechnung O. _____ und P. _____ an A. _____ vom 11. Mai 2007 über CHF 201.90 (beinhaltend Rechnung Dr. med. R. _____ vom 26. April 2007 über CHF 201.90) (act. 16/25) Rechnung Privatklinik ... an A. _____ vom 28. Juni 2007 über CHF 6'240.70 (act. 16/26) Rechnung O. _____ und P. _____ an A. _____ vom 30. Juli 2007 über CHF 55.10 (beinhaltend Quittung ...-Apotheke vom Juni 2007 über CHF 55.10) (act. 16/27) Rechnung V. _____, ..., an A. _____ vom 02. August 2007 über CHF 420.- (act. 16/29) Rechnung Universitätsspital Zürich an A. _____ vom 18. September 2008 über CHF 527.05 (act. 16/34) Rechnung Universitätsspital Zürich an A. _____ vom 09. Oktober 2008 über CHF 459.85 (act. 16/35) Rechnung Universitätsspital Zürich vom 17. November 2009 über CHF 621.25 (act. 16/36) Rechnung Prof. Dr. Dr. Q. _____ an A. _____ vom 31. Mai 2010 über CHF 672.70 (act. 16/37)

- 84 - Rechnung Universitätsspital Zürich an A. _____ vom 29. September 2010 über CHF 473.20 (act. 16/39) Dementsprechend sind Heilungskosten in der Höhe von CHF 199'395.70 ausgewiesen. 4.4.1.8. Insgesamt ergibt sich somit eine Summe von CHF 229'176.55 (CHF 199'395.70 + CHF 29'780.85) an grundsätzlich regressierbaren Heilungskosten, welche die Klägerin der Geschädigten bezahlte. Der Betrag von CHF 2'765.40 ist dahingegen nicht ausgewiesen. 4.4.2. Taggeld 4.4.2.1. Die Klägerin verlangt weiter CHF 31'468.60 für in der Zeit vom 13. August 2005 bis zum 31. Mai 2007 geleistete Taggelder (act. 1 S. 13; act. 15 S. 19). Die Beklagte bestreitet die Taggeldleistungen (act. 9 S. 19; act. 19 S. 22 und S. 24). 4.4.2.2. Die Klägerin führt zu ihrer Forderung aus, im Zeitpunkt des Unfallereignisses sei die damals 27-jährige Geschädigte D. _____ bei der W. _____ AG in Zürich als Praktikantin mit einem Stundenlohn von brutto CHF 35.- und einem Beschäftigungsgrad von 40% angestellt und in dieser Eigenschaft bei der Klägerin obligatorisch unfallversichert gewesen. Die Klägerin gesteht ein, dass ein schriftlicher Arbeitsvertrag nicht vorliege, verweist jedoch auf die Unfallmeldung und auf die Lohnabrechnungen für die Zeit vom Januar bis Juni 2005 (act. 1 S. 13; act. 15 S. 14 und S. 19). Die Beklagte wendet ein, mit der Schadenmeldung UVG könne weder der behauptete Stundenlohn noch das Anstellungsverhältnis der Geschädigten rechtsgenügend bewiesen werden (act. 9 S. 19; act. 19 S. 22). 4.4.2.3. Die Unfallmeldung (act. 3/22) beinhaltet die Angabe der Arbeitgeberin W. _____ AG, der Anstellung der Geschädigten als Praktikantin, des Arbeitspensums von 40% und des Lohnes von CHF 35.- pro Stunde. Ein

- 85 - schriftlicher Arbeitsvertrag besteht offenbar nicht. Die Unfallmeldung enthält alle vorliegend erforderlichen Informationen. Sie wurde vom Arbeitgeber unterzeichnet und damit deren Inhalt als korrekt bestätigt. Dies genügt zur Belegung des Arbeitsverhältnisses der Geschädigten. Der Stundenlohn von CHF 35.- ergibt sich zudem auch aus den ins Recht gereichten Lohnabrechnungen für die Zeit vom Januar bis Juni 2005 (act. 16/40). Die Klägerin legt die Taggeldberechnung dar und erklärt dazu, die Geschädigte habe im Rahmen ihres 40%-Beschäftigungsgrades unregelmässig gearbeitet, weshalb das Taggeld in

Anwendung von Art. 23 Abs. 3 UVV wie folgt berechnet worden sei: Der Brutto-Lohn Januar 2005 bis Juni 2005 von CHF 16'517.95 ergebe hochgerechnet auf ein Jahr CHF 33'035.90; diesen Betrag geteilt durch 365 Tage multipliziert mit 0.8 führe zum von der Klägerin zugrunde gelegten Taggeld von CHF 72.40 (act. 15 S. 19). Die Beklagte erhebt gegen diese Berechnung keine Einwände. Das Anstellungsverhältnis sowie der Stundenlohn von CHF 35.– brutto sind wie gesehen ausgewiesen. Die Berechnung der Klägerin ist nachvollziehbar dargelegt. Das Taggeld von CHF 72.40 ist somit ebenfalls ausgewiesen. Die Arbeitsunfähigkeit der Geschädigten von 100% vom 13. August 2005 bis 31. Mai 2006 ist wie bereits erwähnt unbestritten (vgl. Erw. 4.2.2). Wie die Klägerin zutreffend festhält, ergibt sich die Wiederaufnahme der Arbeit der Geschädigten per 1. Juni 2006 im Rahmen von 50% ihrer früheren Tätigkeit (konkret 20% von damals 40%) aus dem Bericht von Dr. med. L. _____ vom 27. Mai 2006 ("Ende dieses Monats [Mai] ist der Austritt geplant. Sie nimmt ihre Arbeit bei einer Unternehmensberatung wieder auf zu 20%"; act. 16/42). Unter Verweis auf das interne Protokoll vom 16. März 2007 (act. 16/43) bringt die Klägerin sodann vor, um den unerwartet erfreulichen Heilungsfortschritt der letzten Monate und die vollständige Genesung nicht zu gefährden, sei das Arbeitspensum der Geschädigten bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses per 31. Mai 2007 in Absprache mit der Arbeitgeberin auf 20% (50% Arbeitsunfähigkeit) belassen worden, was sich in der Folge tatsächlich positiv ausgewirkt habe: Per Ende Mai 2007 hätten die Taggeldleistungen eingestellt und

- 86 - der Fall bei der Klägerin abgeschlossen werden können (act. 15 S. 19 f.). Die Beklagte wendet dagegen unter Bezugnahme auf dasselbe Protokoll (act. 16/43) ein, aus der Bestätigung der Arbeitgeberin ergebe sich die Abhängigkeit der geleisteten Stellenprozente vom Bedarf der Arbeitgeberin, weshalb ein direkter Zusammenhang mit der medizinischen Arbeitsfähigkeit ausdrücklich in Abrede gestellt werde (act. 19 S. 24). Gemäss der Aktennotiz vom 16. März 2007 (act. 16/43), sollte das Arbeitsverhältnis im bisherigen Rahmen (20%-Pensum) voraussichtlich bis 31. Mai 2007 laufen. Ab Juli 2007 sei es möglich, dass wieder ein Arbeitsverhältnis geschlossen werde, und zwar im Rahmen von ca. 60% (Ferienstellvertretung Juli und August 2007). Danach stehe ein Arbeitsverhältnis von 20-60% zur Diskussion. Die Stellenprozente seien in erster Linie vom Bedarf der Arbeitgeberin und den Wünschen der Geschädigten abhängig, weniger von der medizinischen Arbeitsunfähigkeit. Aus dieser Aktennotiz ergibt sich somit klar, dass sich diese Bemerkung auf eine neue Anstellung ab Juli 2007 bezieht. Eine solche ist jedoch vorliegend nicht mehr relevant, da die Taggeldleistung per 31. Mai 2007 eingestellt und die Akte bei der Klägerin geschlossen werden konnte (act. 15 S. 20). 4.4.2.4.

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Geschädigte zum Zeitpunkt des Unfalls bei der W. _____ AG als Praktikantin mit einem Arbeitspensum von 40% zu einem Stundenlohn von CHF 35.– brutto arbeitete. Aufgrund des Unfalls vom 13. August 2005 war die Geschädigte ab diesem Datum bis zum 31. Mai 2006 zu 100% arbeitsunfähig. Am 1. Juni 2006 nahm sie die Arbeit zu 50% (20% von damals 40%) wieder auf und behielt dieses Pensum bis zur Beendigung der Anstellung per 31. Mai 2007 bei. Das Taggeld betrug CHF 72.40. Die Beklagte dringt mit ihren Einwänden nicht durch. Die Klägerin erbrachte nach ihrer Taggeldabrechnung (act. 3/24) Taggeldleistungen vom 13. August 2005 bis zum 31. Mai 2007 nach dem Grad der Arbeitsunfähigkeit im Gesamtbetrag von CHF 31'468.60.

4.4.3. Gesetzliche Leistungen 4.4.3.1. Die Klägerin macht geltend, die gesetzlichen Leistungen erbracht zu haben, weshalb sie in diesem Umfang gegenüber der Beklagten kraft Gesetz in

- 87 - die Ansprüche der Geschädigten eingetreten sei und Regressansprüche geltend mache (act. 1 S. 2). Der Anspruch der Klägerin richte sich nach Massgabe von Art. 65 SVG i.V.m. Art. 72 ATSG. Die diesbezügliche Bestreitung der Beklagten, dass die Leistungen der Klägerin im Zusammenhang mit dem Unfall erbracht worden seien, sei unsubstantiiert. Die Leistungspflicht der Klägerin sei zu keinem Zeitpunkt Diskussionsgegenstand gewesen. Weiter anerkenne die Beklagte die schweren Verletzungen infolge des Unfalls und damit auch die Kausalität. Die Leistungen der Klägerin richteten sich nach Massgabe des UVG und der dazugehörigen Verordnung. Nachdem die Beklagte auch die Versicherteneigenschaft der Geschädigten nicht bestreite, gebe es keinen Grund, an der Gesetzmässigkeit der erbrachten Leistungen zu zweifeln (act. 15 S. 2 und S. 4). 4.4.3.2. Die Beklagte bestreitet, dass die Klägerin lediglich die gesetzlichen Leistungen erbracht habe und dass diese ausgewiesen und angemessen seien (act. 9 S. 2). 4.4.3.3. Im Regressprozess tritt der Unfallversicherer nur im Umfang der von ihm geschuldeten Leistungen ein. Der Regress geht somit nicht weiter als der Haftpflichtanspruch. Der Fakt alleine, dass der Sozialversicherer, hier der Unfallversicherer, Zahlungen ausgerichtet hat, löst damit nicht automatisch die Zahlungspflicht des Haftpflichtigen aus. Entsprechend kann der Haftpflichtige gegenüber einem Regressanspruch etwelche Einwendungen erheben, selbst wenn er sie früher nicht erhoben hat (vgl. KELLER, Haftpflicht im Privatrecht, Band II, 2. Aufl. 1998, S. 217). 4.4.3.4. Die Klägerin subrogiert gemäss Art. 72 Abs. 1 ATSG zum Zeitpunkt des Unfallereignisses am 13. August 2005 in die Schadenersatzansprüche der bei ihr versicherten Geschädigten. Ihr Regressanspruch setzt einen durch die Beklagte zu ersetzenden Schaden voraus. Die einzelnen Schadensposten ergeben sich aus den Ausführungen zum Schaden, wo die Klägerin die geltend gemachten Positionen unter Angabe von Rechnungssteller, Datum und Betrag einzeln auflistet und je einen entsprechenden Beleg ins Recht legt. Damit sind die von der Beklagten verlangten Kosten so umfassend, detailliert und klar, mithin genügend

- 88 - substantiiert, dargelegt, dass die Beklagte dazu (ebenfalls substantiiert) Stellung nehmen konnte. Die Klägerin will die gesetzlichen Leistungen (Heilbehandlungskosten und Taggelder) erbracht haben. Abgesehen von einzelnen bestrittenen Positionen äussert sich die Beklagte indes nicht weiter zum Schaden. Sie legt insbesondere nicht dar, inwiefern die Klägerin mehr oder andere Leistungen als die gesetzlichen erbracht haben soll. Die diesbezügliche Bestreitung der Beklagten ist dadurch nicht rechtsgenügend substantiiert, sodass nicht weiter darauf eingegangen werden kann. 4.4.3.5. Demzufolge ist davon auszugehen, dass die Klägerin gegenüber der Geschädigten die gesetzlichen Leistungen erbracht hat, welche sie nach Art. 72 Abs. 1 ATSG von der Beklagten regresshalber zurückverlangen kann. 4.4.4. Zins 4.4.4.1. Die Klägerin macht geltend, die Beklagte schulde Schadenszins (Regresszins) von 5% ab 13. August 2008 (mittlerer Verfall) bis Urteilsdatum (act. 1 S. 13; act. 15 S. 20). Die Beklagte bestreitet den geforderten Schadenszins (act. 9 S. 20; act. 19 S. 24). 4.4.4.2. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist neben dem Schadenersatz ein Schadenszins ab dem Zeitpunkt, in dem das schädigende Ereignis sich finanziell ausgewirkt hat, bis zum Tag der Zahlung geschuldet, wobei im Gegensatz zum Verzugszins weder eine Mahnung des Gläubigers noch ein Verzug des Schuldners vorausgesetzt ist (BGE 131 III 12, E.9.1, S. 22). Der Zinssatz beträgt in Analogie zu Art. 73 OR 5% (BGE 122 III 53, E.4.b., S. 54). 4.4.4.3. Die Klägerin leistete der Geschädigten zwischen Ende September 2005 und Ende September 2010 verschiedene (unbestrittene) Zahlungen. Demnach entspricht das Datum des mittleren Verfalls für die Zinsberechnung dem 1. April 2008. Die Beklagte hat somit der Klägerin auf

dem zu bezahlenden Betrag einen Schadenszins von 5% seit 1. April 2008 (mittlerer Verfall) zu bezahlen. 4.4.5. Fazit

- 89 - 4.4.5.1. Aus dem Gesagten ergibt sich, dass die Klägerin der Geschädigten für Heilungskosten den Betrag von CHF 229'176.55 bezahlte und Taggeldleistungen vom 13. August 2005 bis zum 31. Mai 2007 nach dem Grad der Arbeitsunfähigkeit im Gesamtbetrag von CHF 31'468.60 erbrachte. 4.4.5.2. Die Klägerin erbrachte Leistungen von insgesamt CHF 260'645.15, welche ihr die Beklagte nach Art. 58 Abs. 1 SVG, Art. 62 Abs. 1 SVG und Art. 46 Abs. 1 OR grundsätzlich zu ersetzen hat. 5. Schadenersatzbemessung In Würdigung aller Umstände wurde die Verteilung der Haftung zu einem Drittel (33 1/3 %) auf die Geschädigte und zu zwei Dritteln (66 2/3 %) auf die Motorfahrzeughalterin festgelegt. Demnach haben die Parteien den Gesamtschaden im entsprechenden Verhältnis von einem zu zwei Dritteln zu tragen. Die Klägerin hat somit 33 1/3 % und die Beklagte 66 2/3 % des Schadensbetrages zu übernehmen. Bei einer Summe von CHF 260'645.15 fallen daher CHF 86'881.70 auf die Klägerin und CHF 173'763.45 auf die Beklagte. Folglich hat die Beklagte der Klägerin CHF 173'763.45 zu bezahlen. 6. Ergebnis In teilweiser Gutheissung der Klage ist die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin CHF 173'763.45 zuzüglich Zins von 5% seit 1. April 2008 (mittlerer Verfall) zu bezahlen. 7. Kosten- und Entschädigungsfolgen 7.1. Streitwert 7.1.1. Der Streitwert wird durch das Rechtsbegehren bestimmt (Art. 91 Abs. 1 ZPO). Demzufolge beträgt der für die Bemessung der Gerichtsgebühr und der Parteientschädigung massgebende Streitwert der vorliegenden Klage CHF 263'410.55 (act. 1 S. 2).

- 90 - 7.1.2. Der für die Zulässigkeit von Rechtsmitteln entscheidende Streitwert beträgt ebenfalls CHF 263'410.55 (Art. 91 Abs. 2 ZPO; Art. 51 Abs. 1 lit. a und Art. 112 Abs. 1 lit. d BGG). 7.2. Gerichtsgebühr und Parteientschädigung 7.2.1. Die Kosten- und Entschädigungsfolgen sind grundsätzlich nach Obsiegen und Unterliegen der Parteien im Prozess festzulegen (Art. 106 Abs. 1 und Abs. 2 ZPO). Das Gericht kann von den Verteilungsgrundsätzen abweichen und die Prozesskosten nach Ermessen verteilen, wenn die Klage zwar grundsätzlich, aber nicht in der Höhe der Forderung, gutgeheissen wird und diese Höhe vom gerichtlichen Ermessen abhängig ist (Art. 107 Abs. 1 lit. a ZPO). Für eine ermessensweise Kostenaufgabe spricht, wenn eine Grundsatzfrage im Prozess verglichen mit dem Quantitativen einen erheblichen Aufwand verursacht hat (vgl. RÜEGG, in: SPÜHLER / TENCHIO / INFANGER, a.a.O., N 4 zu Art. 107 ZPO). Vorliegend beantragte die Beklagte die Abweisung der Klage primär mit der Begründung, es liege ein grobfahrlässiges Verhalten der Geschädigten vor, was zum Ausschluss der Halterhaftung nach Art. 59 Abs. 1 SVG führe. Der Fokus ihrer Ausführungen in den Rechtsschriften richtet sich denn auch auf die Argumente zur Begründung eines grobfahrlässigen Verhaltens der Geschädigten. Das Gericht kommt nun jedoch zum Schluss, dass kein grobfahrlässiges Verhalten der Geschädigten nachgewiesen werden konnte und somit die Voraussetzungen für einen Ausschluss der Halterhaftung nicht gegeben sind. Dementsprechend unterliegt die Beklagte in der Grundsatzfrage betreffend Grobfahrlässigkeit und im Hauptpunkt ihrer Begründung voll. Einen Eventualantrag für eine allfällige Ermässigung der Halterhaftung nach Art. 59 Abs. 2 SVG stellte sie nicht. Die Festsetzung der Haftungsquoten im Rahmen der Ermässigung der Halterhaftung liegt im Ermessen des Gerichts. Nach dem Gesagten rechtfertigt sich, die Kosten nicht allein nach dem betragsmässigen Obsiegen und Unterliegen aufzuteilen, sondern der Beklagten für ihr Unterliegen in der Grundsatzfrage des behaupteten Vorliegens eines grobfahrlässigen

Verhaltens der Geschädigten eine höhere Kostenhaftung aufzuerlegen.

- 91 - Betragsmässig obsiegt die Klägerin im Umfang von CHF 173'763.45 und unterliegt in der Höhe von CHF 89'647.10 (CHF 2'765.40 nicht zugesprochener Schaden und CHF 86'881.70 Anteil Haftungsquote). Somit obsiegt die Klägerin zu rund zwei Dritteln. Entsprechend unterliegt die Beklagte. Für das Unterliegen in der Grundsatzfrage der Grobfahrlässigkeit ist die Kostentragung der Beklagten um zwei Neuntel der Gesamtkosten zu erhöhen. Demnach sind ihr insgesamt acht Neuntel der Kosten aufzuerlegen und der Klägerin ein Neuntel. Entsprechend der Kostenverteilung hat die Beklagte der Klägerin eine auf sieben Neuntel reduzierte Parteientschädigung zu bezahlen. Die Klägerin leistete in Anwendung von Art. 98 ZPO einen Vorschuss für die Gerichtskosten (Prot. S. 2 f.; act. 5). Die Kosten werden aus diesem Vorschuss gedeckt. Für den der Beklagten auferlegten Anteil der Kosten wird der Klägerin das Rückgriffsrecht auf die Beklagte eingeräumt. 7.2.2. Die Höhe der Gerichtsgebühr bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts (GebV OG) vom 8. September 2010 (Art. 96 ZPO i.V.m. Art. 199 Abs. 1 GOG) und richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert bzw. nach dem tatsächlichen Streitinteresse (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG). Unter Berücksichtigung von § 4 Abs. 1 und 2 GebV OG, vor allem aber des beträchtlichen Aufwandes, ist die Gerichtsgebühr auf vier Drittel einer vollen Grundgebühr festzusetzen. 7.2.3. Die Parteientschädigung wird nach Ermessen festgesetzt (SUTTER / VON HOLZEN, in SUTTER-SOMM / HASENBÖHLER / LEUENBERGER, a.a.O., N 30 zu Art. 95 ZPO). Die Grundgebühr ist mit der Beantwortung der Klage verdient; für jede weitere Rechtsschrift ist ein Zuschlag zu gewähren (§ 11 Abs. 1 und 2 AnwGebV). Zur Berechnung der reduzierten Parteientschädigung ist daher von aufgerundeten 140% der Grundgebühr auszugehen.

- 92 - Das Gericht erkennt:

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