

# ZH\_HANDELSGERICHT HG160166 vom 11. Juni 2019

Zh Handelsgericht, 2019-06-11, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_handelsgericht\\_HG160166](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_handelsgericht_HG160166)

FR: ZH\_HANDELSGERICHT HG160166 du 11 juin 2019

IT: ZH\_HANDELSGERICHT HG160166 del 11 giugno 2019

## Erwägungen

### E. 1

Formelles

#### E. 1.1

**Örtliche Zuständigkeit** Die örtliche Zuständigkeit stützt sich auf Art. 38 Abs. 1 ZPO, da die Beklagte ihren Sitz im Kanton Zürich hat (act. 1 Rz. 2), und ist seitens der Beklagten zu Recht unbestritten geblieben (act. 20 Rz. 2, 8).

#### E. 1.2

**Sachliche Zuständigkeit** Die Klägerin beruft sich auf ihr Wahlrecht zwischen Handelsgericht und ordentlichem Gericht nach Art. 6 Abs. 3 ZPO, welches sie zu Gunsten des Handelsgerichts ausübt (act. 1 Rz. 3). Die sachliche Zuständigkeit ist seitens der Beklagten ebenfalls unbestritten geblieben (act. 20 Rz. 2, 8), jedoch von Amtes wegen zu prüfen (BGE 138 III 471 E. 3.1 S. 477-478).

- 8 - Das Handelsgericht ist als einzige kantonale Instanz für handelsrechtliche Streitigkeiten zuständig (Art. 6 Abs. 1 ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG). Ist nur die beklagte Partei im schweizerischen Handelsregister oder einem vergleichbaren ausländischen Register eingetragen, so hat die klagende Partei die Wahl zwischen dem Handelsgericht und dem ordentlichen Gericht (Art. 6 Abs. 3 ZPO). Eine Streitigkeit gilt als handelsrechtlich, wenn (i) beide Parteien im schweizerischen Handelsregister oder in einem vergleichbaren ausländischen Register eingetragen sind, (ii) die geschäftliche Tätigkeit mindestens einer Partei betroffen ist und (iii) gegen den Entscheid die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht offen steht (Art. 6 Abs. 2 lit. a-c ZPO; BGE 139 III 67 E. 1.2 S. 69-70). Diese Voraussetzungen sind erfüllt. Die Zuständigkeit des Handelsgerichts ist ausgeschlossen, wenn auf die Streitigkeit das vereinfachte Verfahren zur Anwendung gelangt (Art. 243 Abs. 3 ZPO; BGE 139 III 457 E. 4.4.3.3 S. 463-464), weshalb in vermögensrechtlichen Streitigkeiten der Streitwert CHF 30'000.00 übersteigen muss (Art. 243 Abs. 1 ZPO; BGE 143 III 137 E. 2.2 S. 139-140). Demnach entfällt die sachliche Zuständigkeit für das ursprüngliche Rechtsbegehren der Klägerin gemäss Klage vom 23. August 2016. Nach allgemeiner Ansicht müssen die Prozessvoraussetzungen im Zeitpunkt des Urteils gegeben sein (BGE 140 III 159 E. 4.2.4 S. 165; BGE 133 III 539 E. 4.3 S. 542; BGE 127 III 41 E. 4c S. 43-44; BGE 116 II 209 E. 2b/bb S. 211-212; BGE 116 II 9 E. 5 S. 13-14; BGer 5A\_633/2015 vom 18. Februar 2016 E. 4.1.1; 5A\_15/2009 vom 2. Juni 2009 E. 4.1). Treten einzelne Prozessvoraussetzungen erst während des laufenden Verfahrens ein, führt dies zur Heilung des ursprünglichen Zulässigkeitsmangels (BGE 133 III 539 E. 4.3 S. 542; BGE 116 II 209 E. 2b/bb S. 211-212; BGE 116 II 9 E. 5 S. 13-14; BGer 5A\_15/2009 vom 2. Juni 2009 E. 4.1). Dies gilt insbesondere für die örtliche Zuständigkeit (BGE 116 II 209 E. 2b/bb S. 211-212). Für die sachliche Zuständigkeit ergibt sich aus Art.

227 Abs. 2 ZPO, dass dieser ein damit verbundener Wechsel der sachlichen Zuständigkeit nicht entgegensteht, sondern eine Überweisung erfolgt. Daraus lässt sich schliessen, dass im Einklang mit dem allgemeinen zivilprozessualen Grundsatz, wonach ein nachträglicher Eintritt fehlender Prozessvoraussetzungen zu berücksichtigen ist, einem durch die Klageänderung bewirkter Eintritt der

- 9 - sachlichen Zuständigkeit Rechnung zu tragen ist. Mit Eingabe vom 16. Januar 2017 hat die Klägerin die Klage von CHF 30'000.00 auf CHF 35'000.00 erweitert (act. 25). Das hiesige Gericht entschied mit Beschluss vom 24. Mai 2017 in Aufgabe der früheren Praxis (HGer ZH HG110125 vom 12. September 2012, ZR 111 [2012] Nr. 86 E. 2.4 S. 246), eine Klageänderung nach Art. 227 ZPO sei nur im Rahmen der gesetzlich vorgesehenen Verfahrensschritte zulässig (HGer ZH HG160015-O vom 24. Mai 2017, ZR 116 [2017] Nr. 52 E. 3.11 S. 175). Da die Klageänderung vor dieser Praxisänderung erfolgt ist, ist sie noch als zulässig zu erachten. Durch die Klageänderung vom 16. Januar 2017 ist das sachlich ursprünglich unzuständige Handelsgericht zuständig geworden. Die sachliche Zuständigkeit stützt sich auf Art. 6 Abs. 2 und 3 ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG.

### **E. 1.3**

Übrige Prozessvoraussetzungen Die übrigen Prozessvoraussetzungen sind erfüllt und geben zu keinen Weiterungen Anlass.

### **E. 1.4**

Ergebnis Die Prozessvoraussetzungen sind erfüllt. Auf die Klage ist einzutreten.

## **E. 2**

Materielles Die Beklagte erhebt die Einrede der Verjährung. Der Eintritt der Verjährung führt nicht zum Untergang der Forderung, steht jedoch deren Durchsetzbarkeit entgegen (GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band II, 10. Aufl. 2014, N 3276). Sie darf nur auf Einrede des Schuldners berücksichtigt werden (Art. 142 OR). Ist die Verjährungseinrede begründet, ist die Klage durch Sachurteil abzuweisen (BGE 111 II 55 E. 1 S. 56 = Pra 74 [1985] Nr. 129; BGer 4C.64/1992 vom 12. Mai 1992 E. 1). Zweckmässigerweise erfolgt die Prüfung der Verjährungseinrede vorab, denn zur Anspruchsprüfung dürfte vorliegend eine Klärung der streitigen gesundheitlichen Beeinträchtigung

- 10 - aus dem streitgegenständlichen Verkehrsunfall vom 11. Mai 2003 durch die Einholung eines interdisziplinären medizinischen Gutachtens unerlässlich sein. Die Behauptungs- und Beweislast für die Tatsachen, welche den Eintritt der Verjährung begründen, trägt der Schuldner, welcher die Einrede der Verjährung erhebt (BGE 111 II 55 E. 3a S. 57-58 = Pra 74 [1985] Nr. 129; BGer 9C\_473/2014 vom 22. Dezember 2014 E. 3.1; 4A\_41/2011 vom 27. April 2011 E. 2.1.2; 5A\_563/2009 vom 29. Januar 2010 E. 3; 4C.155/2002 vom 9. September 2002 E. 2.2; 4C.234/1999 vom 12. Januar 2000 E. 5c/cc = Pra 91 [2002] Nr. 73). Der Gläubiger ist hingegen beweisbelastet mit den Tatsachen, welche den Eintritt der Verjährung ausschliessen (BERTI, in: Zürcher Kommentar, 3. Aufl. 2002, N. 26 zu Art. 142 OR), insbesondere für Umstände, welche die Verjährungsfrist unterbrochen haben (BGer 4C.64/1992 vom 12. Mai 1992 E. 4b).

### **E. 2.1**

Zivilrechtliche Verjährung Gemäss Art. 83 Abs. 1 Satz 1 SVG verjähren Schadenersatz- und Genugtuungsansprüche aus Unfällen mit Motorfahrzeugen in zwei Jahren vom Tag

hinweg, an dem der Geschädigte Kenntnis vom Schaden und von der Person des Ersatzpflichtigen erlangt hat, jedenfalls aber mit dem Ablauf von zehn Jahren vom Tag des Unfalles an.

### **E. 2.1.1**

Beginn der Verjährungsfrist Sowohl nach Art. 83 Abs. 1 Satz 1 SVG als auch nach Art. 60 Abs. 1 OR kommt es für den Beginn der relativen Verjährungsfrist entscheidend auf die Kenntnis des Schadens an. Die nach diesen Bestimmungen ebenfalls erforderliche Kenntnis der Person des Ersatzpflichtigen ist im vorliegenden Zusammenhang nicht streitig. Sie lag bereits bei der ersten Zahlung der Beklagten gemäss Schreiben vom 12. August 2003 (act. 37/43) vor.

#### **E. 2.1.1.1**

Die Bestimmung des Begriffs der Kenntnis im Sinne der genannten Bestimmungen stellt eine Rechtsfrage dar (BGE 89 II 415 E. 1 S. 416-417; BGE 74 II 30 E. 1c S. 36; BGE 33 II 251 E. 4 S. 257-258; BGer 4C.64/1992 vom 12. Mai 1992 E. 4b). Für Art. 60 Abs. 1 OR und Art. 83 Abs. 1 Satz 1 SVG erfolgt die Aus-

- 11 - legung nach den gleichen Grundsätzen (BGer 4A\_499/2014 vom 28. Januar 2015 E. 3.2; 4A\_136/2012 vom 18. Juli 2012 E. 4.2; 4A\_647/2010 vom 4. April 2011 E. 3.1). Dieselben gelangen ferner auch im Rahmen von Art. 67 Abs. 1 OR (BGE 109 II 433 E. 2 S. 434-435; BGer 5A\_563/2009 vom 29. Januar 2010 E. 4.1) und Art. 760 Abs. 1 OR (BGE 136 III 322 E. 4.1 S. 329-330; BGE 116 II 158 E. 4a S. 160-161) zur Anwendung. Nach ständiger Rechtsprechung liegt eine fristauslösende Kenntnis im Sinne der genannten Bestimmungen vor, wenn der Geschädigte den Eintritt, die Natur und die wesentlichen Elemente des Schadens kennt, so dass er in der Lage ist, sich zur Klageerhebung zu entschliessen (BGE 131 III 61 E. 3.1.1 S. 68; BGE 112 II 118 E. 4 S. 123; BGE 111 II 55 E. 3a S. 57-58 = Pra 74 [1985] Nr. 129; BGE 109 II 433 E. 2 S. 435; BGE 108 Ib 97 E. 1c S. 99-100; BGE 100 II 339 E. 1a S. 341-342; BGE 96 II 39 E. 2a S. 41; BGE 93 II 498 E. 2 S. 502-503; BGE 89 II 402 E. 2b S. 404; BGE 74 II 30 E. 1 S. 33-34; BGer 5A\_86/2017 vom 13. Juni 2018 E. 2.3; 4A\_689/2015 vom 16. Juni 2016 E. 3.1; 4A\_136/2012 vom 18. Juli 2012 E. 4.2; 4A\_576/2010 vom 7. Juni 2011 nicht in BGE 137 III 352 publ. E. 3.2; 4C.64/1992 vom 12. Mai 1992 E. 4a; zu Art. 760 Abs. 1 OR: BGE 136 III 322 E. 4.1 S. 329-330; BGE 116 II 158 E. 4a S. 160-161). Art. 60 Abs. 1 OR und Art. 83 Abs. 1 Satz 1 SVG verlangen die positive Kenntnis des Schadens. Das blosses Kennenmüssen stellt noch keine Kenntnis im Sinne der genannten Bestimmungen dar (BGE 111 II 55 E. 3a S. 57-58 = Pra 74 [1985] Nr. 129; BGE 74 II 30 E. 1 S. 33; BGE 33 II 251 E. 4 S. 257-258; BGer 4A\_286/2018 vom 5. Dezember 2018 E. 2.3.2; 2C\_245/2018 vom 21. November 2018 E. 5.1; 5A\_86/2017 vom 13. Juni 2018 E. 2.3; 4A\_136/2012 vom 18. Juli 2012 E. 4.2; 4A\_576/2010 vom 7. Juni 2011 nicht in BGE 137 III 352 publ. E. 3.2; 4A\_454/2010 vom 6. Januar 2011, JdT 2011 I 343 E. 3.1; 2C.3/2005 vom 10. Januar 2007 E. 5.1; zu Art. 760 Abs. 1 OR: BGE 136 III 322 E. 4.1 S. 329-330; zu Art. 67 Abs. 1 OR: BGE 129 III 503 E. 3.4 S. 505-506; BGE 109 II 433 E. 2 S. 434-435; BGer 4A\_254/2016 vom 10. Juli 2017 E. 3.1.3.1; 5A\_563/2009 vom 29. Januar 2010 E. 4.1). Wo die fahrlässige Unkenntnis der positiven Kenntnis gleichsteht, bringt dies der Gesetzeswortlaut zum Ausdruck, so z.B. in Art. 26 Abs. 1 OR (vgl. dazu BGE 109

- 12 - II 433 E. 2 S. 434-435; BGer 5A\_563/2009 vom 29. Januar 2010 E. 4.1; KGer JU CC 43/2011 vom 31. Januar 2012 E. 2, verfügbar in Swisslex), Art. 29 Abs. 2 OR, Art. 39 Abs.

1 OR und Art. 3 Abs. 2 ZGB. Namentlich Art. 9 PrHG lässt für den Beginn der Verjährungsfrist das Kennenmüssen genügen, sieht dagegen eine längere Verjährungsfrist von drei Jahren vor (KGer VS vom 28. September 2009, RVJ 2010, 183, E. 4.1.1; HESS, Produkthaftungspflichtgesetz [PrHG], Handkommen- tar, 3. Aufl. 2016, N. 1 zu Art. 9 PrHG). Diese für das schweizerische Privatrecht spezielle Bestimmung stammt aus der Verjährungsregelung der einschlägigen eu- ropäischen Richtlinie (Art. 10 Abs. 1 der Richtlinie 85/374/EWG des Rates vom 25. Juli 1985 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mit- gliedstaaten über die Haftung für fehlerhafte Produkte, ABl. EG L 210 vom

### **E. 2.1.1.2**

Die Feststellung der Kenntnis des Anspruchs i.S.v. Art. 60 Abs. 1 OR und Art. 83 Abs. 1 Satz 1 SVG stellt demgegenüber eine Tatfrage dar (BGE 33 II 251 E. 4 S. 257-258; BGer vom 11. Februar 1986, JdT 1986 I 425, E. 3b S. 426-427; zu Art. 67 Abs. 1 OR: BGer 4A\_254/2016 vom 10. Juli 2017 E. 3.1.3.1). Sie betrifft eine innere Tatsache, welche sich unmittelbar nur durch Parteiaussage, darüber hinaus jedoch lediglich indirekt durch Würdigung äusserer Indizien in der Person und in den Umständen beweisen lässt (BGE 140 III 193 E. 2.2.1 S. 197; BGE 135 III 513 E. 5.1 S. 523; BGE 134 III 452 E. 4.1 S. 456; BGer 5A\_404/2018 vom

- 16 - 6. November 2018 E. 3.3 [zur Publikation vorgesehen]; 5A\_629/2015 vom 27. März 2017 E. 8.2.1; 5F\_11/2015 vom 2. Februar 2016 E. 4.2). Die Kenntnis des Schadens verlangt nicht das Vorliegen von Beweismitteln (BGE 131 III 61 E. 3.1 S. 68-69 im Zusammenhang mit der Person des Schädigers). Die Rechtsprechung knüpft für den Zeitpunkt der Kenntnis allerdings meistens an das Vor- liegen einer Urkunde (Rechnung, Arztbericht, Rentenentscheid) an: Bei Sachschäden wird die Kenntnis mit Vorliegen einer Reparaturrechnung ange- nommen (BGE 111 II 55 E. 3a S. 58-59 = Pra 74 [1985] Nr. 129; BGE 82 II 43 E. 1b S. 45), wenn der Schaden nicht bereits nach Abschluss der Reparatur oder mit Vorliegen einer Reparaturkostenschätzung bekannt ist (STARK, a.a.O., N 1082). Die Kenntnis von Personenschäden gestaltet sich dagegen vielschichtiger und er- fordert eine fallbezogene Differenzierung. Die Rechtsprechung lehnt ein schema- tisches Vorgehen ab (BGer 4C.151/1999 vom 1. September 1999 E. 2 und 3c). Eine Kasuistik kann folglich lediglich exemplarischer Natur sein. Bei überschaubaren Heilungskosten können das Vorliegen der letzten Rechnung (BREHM, a.a.O., N. 36 zu Art. 60 OR; REY/WILDHABER, Aussservertragliches Haft- pflichtrecht, 5. Aufl. 2018, N 1841) oder u.U. eines Kostenvoranschlags (KGer SG vom 15./19. September 1983, SVA XV Nr. 81 E. b S. 435-436) massgebend sein. Der Lohnausfall eines Angestellten mit festem Lohn lässt sich in der Regel an- hand der blossen Dauer der Arbeitsunfähigkeit bestimmen (BREHM, a.a.O., N. 37 zu Art. 60 OR; REY/WILDHABER, a.a.O., N 1842). Geht es hingegen um die Folgen einer Invalidität, so ist ein Gutachten (BGE 112 II 118 E. 4 S. 123; BGer 4A\_647/2010 vom 4. April 2011 E. 3.2; 4A\_580/2008 vom 17. März 2009 E. 3; KGer NE vom 09.06.1980, RJN 1968 I 388 E. 4 S. 391; KGer GR ZF 58/86 vom 9. Juni 1987, PKG 1987 Nr. 6 E. 4a S. 39; AppHof BE vom 02.12.1987, SG 1987 Nr. 545 E. 2 S. 5; KGer VS vom 15./23.11.1989, ZWR 1990, 265, E. 4 S. 271; s. auch BGer 4A\_280/2013 vom 20. September 2013 zu Art. 46 Abs. 1 VVG; 4A\_289/2008 vom 1. Oktober 2008 E. 4, nicht in BGE 134 III

- 17 - 591 publ.) oder ein ausführlicher medizinischer Bericht erforderlich (BGE 112 II 118 E. 4 S. 123; BGE 93 II 498 E. 2 S. 503; BGer 4C.151/1999 vom 1. September 1999 E. 2, 3a

und 3b; 4C.64/1992 vom 12. Mai 1992 E. 4b; KGer JU CC 43/2011 vom 31. Januar 2012 E. 3.2, verfügbar in Swisslex; OFTINGER/STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht II/1, 4. Aufl. 1987, § 16 N 352). Allerdings ist zu beachten, dass der Erwerbsschaden neben der medizinischen auch eine wirtschaftliche Komponente umfasst (VerwGer BE vom 1. Oktober 2001, SG 2004 Nr. 1564 E. 3d S. 11-12; KGer NE CDP.2009.275 vom 3. Juni 2013 E. 3c S. 412). Die medizinisch-theoretische Einschränkung der Arbeitsfähigkeit alleine vermittelt deshalb noch keine hinreichende Kenntnis, um den Schaden abschätzen zu können (KGer NE CDP.2009.275 vom 3. Juni 2013 E. 3c S. 412; anders wohl BGer 4C.64/1992 vom 12. Mai 1992 E. 4b). Jedoch ist spätestens bei Vorliegen eines Rentenentscheids (BGE 123 III 204 E. 1 S. 205-206; BGer 4A\_136/2012 vom 18. Juli 2012 E. 4.2; 2C\_707 vom 15. April 2011 E. 4.4; 4A\_489/2008 vom 23. Dezember 2008 E. 3; KGer GR vom 18. Oktober 2012, JAR 2012, 485, E. 5a S. 491-492 und E. 5c S. 492-493; OGer ZH vom

### **E. 2.1.1.3**

Der erstellte Sachverhalt ist folgendermassen unter das Tatbestandsmerkmal der Kenntnis i.S.v. Art. 83 Abs. 1 Satz 1 SVG zu subsumieren: Vorab ist in Erinnerung zu rufen, dass der Begriff der Kenntnis i.S.v. in Art. 83 Abs. 1 Satz 1 SVG einen Rechtsbegriff darstellt, dessen Auslegung bei der Subsumtion des Sachverhalts Rechnung zu tragen ist (Ziffer 2.1.1.1 oben).

- 30 - Der Klägerin war sich bewusst, dass Dr. med. L.\_\_\_\_\_ ein Gutachten über ihren Gesundheitszustand erstattete, jedoch nahm sie den darin angegebenen Grad der Arbeitsunfähigkeit nicht wahr. Bis zum Antritt der Stelle als Rental Sales Agent im Juli 2015 vermochte die Klägerin ihre Einschränkung der Erwerbstätigkeit weder zu quantifizieren, noch konnte sie erklären, inwieweit diese auf die Art der Tätigkeit oder auf das Arbeitspensum zurückzuführen war. Die Anforderungen an die Kenntnis des Schadens i.S.v. Art. 83 Abs. 1 Satz 1 SVG verlangen, dass dem Geschädigten die wesentlichen Elemente des Schadens bekannt sind. Da die Klägerin selber lediglich über eine vage Vorstellung ihrer Einschränkung der Arbeitsfähigkeit verfügte, war diese Voraussetzung bei ihr im Februar 2014 nicht erfüllt. Die fehlende Kenntnis der Klägerin war massgeblich darauf zurückzuführen, dass sie der Kenntnisnahme der ihr durch das Gutachten von Dr. med. L.\_\_\_\_\_ vom 22. Februar 2014 attestierten verminderten Arbeitsfähigkeit auswich. Auch wenn Art. 83 Abs. 1 Satz 1 SVG ein Kennenmüssen nicht genügen lässt, kann sich der Geschädigte der Kenntnis nicht entziehen. Es obliegt dem Geschädigten, sich die für eine Klageerhebung wesentlichen Informationen zu beschaffen und für die Schadensberechnung oder -schätzung allenfalls eine Drittperson herbeizuziehen. Das bewusste Verdrängen der verminderten Arbeitsfähigkeit seitens der Klägerin (vgl. Prot. S. 32-33 zu Frage 82 und zu Frage 83) ist ihr deshalb anzurechnen. Auch wenn sich nicht erstellen lässt, dass sie selber tatsächlich Ende Februar 2014 Kenntnis von dem Gutachten erhielt, wäre sie gehalten gewesen, sich nach dessen Ergebnis zu erkundigen. Unter den gegebenen Voraussetzungen konnte die Klägerin nicht gutgläubig mit der Verfolgung ihres Anspruchs zuwarten. Die Klägerin wich der Kenntnisnahme des Ergebnisses des Gutachtens vom 22. Februar 2014 möglicherweise aus, weil ihr dieses unerträglich erschien. In der subjektiven Befindlichkeit begründete Zweifel oder Fehlvorstellungen über die rechtliche Bedeutung stehen der Kenntnis des Schadens jedoch nicht entgegen. Bei der Klägerin allenfalls bestehende subjektive Gründe sind deshalb nicht zu berücksichtigen.

- 31 - Im Februar 2014 hatte die Klägerin bereits ihre Rechtsvertreterin mit der Schadenserledigung betraut. Das an die Rechtsvertreterin adressierte Gutachten von Dr. med. L.\_\_\_\_\_ vom 22. Februar 2014 war dieser denn auch Ende Februar 2014 bekannt. Das Wissen der mit der Schadenserledigung betrauten Rechtsvertreterin muss sich die Klägerin zurechnen lassen. Im Zeitpunkt der Erstattung des Gutachtens von Dr. med. L.\_\_\_\_\_ vom 22. Februar 2014 hatte die Klägerin ihre Berufsausbildung bereits absolviert. Das Gutachten äusserte sich deshalb auch nicht nur zu einer medizinisch-theoretischen Einschränkung der Arbeitsfähigkeit, sondern bezog sich konkret auf die Tätigkeit als kaufmännische Angestellte. Anhand des der Klägerin bisher bezahlten Gehalts bzw. allgemeiner Statistiken liesse sich damit der Erwerbsausfall abschätzen. Zusammen mit dem Gutachten von Dr. med. L.\_\_\_\_\_ vom 22. Februar 2014 verfügte die Klägerin über Kenntnis sämtlicher für die Geltendmachung des Schadens erforderlichen Elemente. Die unter dem Anstellungsvertrag vom 24. Juni 2015 als "Rental Sales Agent" bei der I.\_\_\_\_\_ Budget K.\_\_\_\_\_ -Vermietung AG im Juli 2015 begonnene Arbeitstätigkeit der Klägerin vermag dieses Ergebnis nicht zu erschüttern. Der noch jungen Klägerin ist grundsätzlich zuzubilligen, zunächst im Berufsleben versuchsweise Fuss zu fassen, um die konkrete Erwerbseinbusse abschätzen zu können. Wie sich solche Arbeitsversuche zur hinreichenden Kenntnis des Erwerbsschadens verhalten, ist unter Berücksichtigung der konkreten Verhältnisse des Einzelfalls zu beurteilen. Vorliegend hat das Beweisverfahren nicht mit der erforderlichen Deutlichkeit ergeben, dass diese Arbeitstätigkeit als 100 %-Stelle konzipiert war. Vielmehr scheinen arbeitgeber- wie arbeitnehmerseitig unterschiedliche Motive zu diesem atypischen Beschäftigungsverhältnis geführt zu haben. Ein Aufschub des Beginns der relativen Verjährungsfrist rechtfertigt sich jedoch nur, wenn konkrete Anhaltspunkte vorliegen, dass die Klägerin noch ernsthaft mit einer Ausweitung der Erwerbstätigkeit rechnen konnte. An diesen fehlt es im vorliegenden Fall. Im Ergebnis erhielt die Klägerin Ende Februar 2014 Kenntnis des Schadens i.S.v. Art. 83 Abs. 1 Satz 1 SVG. Die relative Verjährungsfrist fing entsprechend am 28. Februar 2014 zu laufen an.

- 32 -

### **E. 2.1.2**

Dauer der Verjährungsfrist Die Dauer der relativen Verjährungsfrist beträgt nach Art. 83 Abs. 1 Satz 1 SVG zwei Jahre.

### **E. 2.1.3**

Zwischenergebnis Die relative Verjährungsfrist lief am 28. Februar 2016 ab. Allfällige Unterbrechungsgründe zwischen dem 28. Februar 2014 und dem 28. Februar 2016 sind weder behauptet noch ersichtlich. Bei Klageanhebung am 23. August 2016 war die relative Verjährungsfrist deshalb bereits eingetreten. Der Anspruch der Klägerin ist zivilrechtlich verjährt.

### **E. 2.2**

Strafrechtliche Verjährung Gemäss Art. 83 Abs. 1 Satz 2 SVG gilt die strafrechtliche Verjährung, wenn die Klage aus einer strafbaren Handlung hergeleitet wird, für die das Strafrecht eine längere Verjährung vorsieht. Der Zweck dieser Regelung (wie auch der analogen Regelung von Art. 60 Abs. 2 OR) ist die Harmonisierung der zivilrechtlichen mit der strafrechtlichen Verjährung, da es unbefriedigend wäre, wenn der Schädiger noch strafrechtlich belangt werden, der Geschädigte dagegen seinen Zivilanspruch nicht mehr geltend machen könnte (BGE 137 III 481 E. 2.3 S. 484 = Pra 100 [2011] Nr. 39; BGE 136

III 502 E. 6.1 S. 503 = Pra 100 [2011] Nr. 39; BGE 127 III 538 E. 4c S. 541-542; BGE 122 III 5 E. 2b S. 7). Am 1. Januar 2007 ist der Allgemeine Teil des Strafgesetzbuchs in der durch das Bundesgesetz vom 13. Dezember 2002 geänderten Fassung in Kraft getreten (AS 2006 3459). Da sich der Verkehrsunfall am tt. Mai 2003 ereignet hat, gelangt un- ter Vorbehalt des für den Täter milderen Rechts (Art. 2 Abs. 2 StGB) noch das Strafgesetzbuch in der zuletzt durch das Bundesgesetz vom 4. Oktober 2002 (AS 2003 463) geänderten Fassung (aStGB) zur Anwendung (zur Anwendung des strafrechtlichen Intertemporalrechts vgl. BGE 137 III 481 E. 2.6 S. 486 = Pra 100 [2011] Nr. 39). Für die Verjährungsfrage ist dies insofern von untergeordneter Be- deutung, als die strafrechtliche Verfolgungsverjährung bereits mit dem Bundesge- setz vom 5. Oktober 2001 (AS 2002 2993; AS 2002 3146 [Berichtigung]) auf den

- 33 - 1. Oktober 2002 einer grundlegenden Neuregelung unterworfen worden ist und die Änderung vom 13. Dezember 2002 das Verfolgungsverjährungsrecht lediglich an die neue Systematik des Sanktionenrechts angepasst hat (zum Ganzen: HGer ZH HG150169-O vom 30. Januar 2017 E. 2.4 lit. c, abrufbar unter <<http://www.gerichte-zh.ch/entscheide>>). Die Dauer der Verfolgungsverjährung beträgt bei einfacher Körperverletzung i.S.v. Art. 125 aStGB sieben Jahre (Art. 70 Abs. 1 lit. c i.V.m. Art. 125 Abs. 1 und Art. 36 aStGB; ebenso Art. 125 Abs. 1 i.V.m. Art. 97 Abs. 1 lit. a StGB). Sie beginnt mit dem Tag zu laufen, an welchem der Täter die strafbare Handlung ausführt (Art. 71 lit. a aStGB; ebenso Art. 98 lit. a StGB), was die Rechtsprechung als den auf die Tatausführung folgenden Tag auslegt (BGE 107 Ib 74 E. 3a S. 75-76). Vorliegend ereignete sich der Unfall am tt. Mai 2003, womit die strafrechtliche Verjährungs- frist am 25. Mai 2003 zu laufen begonnen hätte und die strafrechtliche Verjährung am 25. Mai 2010 eingetreten wäre. Die Unterbrechung der strafrechtlichen Verjährungsfrist ist möglich und folgt den zivilrechtlichen Regeln (BGE 137 III 481 E. 2.5 S. 484-485 = Pra 101 [2012] Nr. 29; BGE 100 II 339 E. 1b S. 342; BGE 97 II 136 E. 2 S. 138-139). Akontozahlungen stellen in der Regel verjährungsunterbrechende Anerkennungs- handlungen i.S.v. Art. 135 Ziff. 1 OR dar (BGE 134 III 591 E. 5.2.3 S. 595; BGer 4A\_404/2013 vom 29. Januar 2014 E. 4.1). Beziehen sich Anerkennungshand- lungen jedoch erkennbar lediglich auf eine einzelne Schadensposition, kommt diesen nicht ohne weiteres eine verjährungsunterbrechende Wirkung für den Ge- samtschaden zu (BGer 4A\_299/2014 vom 17. September 2014 E. 2.5). Letztlich kann jedoch dahingestellt bleiben, ob die Zahlung der Schulkosten vom 8. August 2008 und die Zahlung der Anwaltskosten vom 11. Februar 2011 den Lauf der Ver- jährungsfrist mit Wirkung für den Gesamtschaden unterbrochen haben könnten. Da durch die Unterbrechung wiederum eine neue strafrechtliche Verjährungsfrist zu laufen begonnen hätte (BGE 137 III 481 E. 2.5 S. 485 = Pra 100 [2011] Nr. 39; BGE 131 III 430 E. 1.2 S. 434-435; BGE 127 III 538 E. 4c-d S. 541-542; BGE 111 III 429 E. 2d S. 440-442; BGE 97 II 136 E. 3a S. 140-141; BGer 4A\_499/2014 vom 28. Januar 2015 E. 4.2), hätte die Zahlung vom 8. August 2008 die straf-

- 34 - rechtliche Verjährungsfrist bis zum 8. August 2015 verlängert. Hingegen hätte die Unterbrechung der Verjährung durch die Zahlung vom 11. Februar 2011 nicht mehr zu einer weiteren Verlängerung um die Dauer der strafrechtlichen Verjäh- rungsfrist führen können, da die strafrechtlich bestimmte Verjährungsfrist bereits am 25. Mai 2010 abgelaufen wäre, denn "[v]erjährungsunterbrechende Handlun- gen im Sinne von Art. 135 oder 138 OR, welche nach Eintritt der strafrechtlichen Verfolgungsverjährung erfolgen, vermögen lediglich die zivilrechtliche Verjäh- rungsfrist nach Art. 60 Abs. 1 OR (bzw. Art.

83 Abs. 1 Satz 1 SVG) auszulösen" (BGE 131 III 430 E. 1.4 S. 435; bestätigt in BGE 137 III 481 E. 2.5 S. 485 = Pra 100 [2011] Nr. 39; BGer 4A\_499/2014 vom 28. Januar 2015 E. 4.2). Die strafrechtliche Verjährung wäre somit bereits am 9. August 2015 und somit noch vor der zivilrechtlichen Verjährung eingetreten. Die Klägerin könnte aus der strafrechtlichen Verjährung nichts zu ihren Gunsten ableiten. Offen bleiben kann deshalb auch, ob der Unfallgegner G.\_\_\_\_\_ sich beim streitgegenständlichen Verkehrsunfall überhaupt eine strafbare Handlung vorwerfen lassen muss, was Voraussetzung der Anwendung der strafrechtlichen Verjährungsfristen wäre (BGE 122 III 5 E. 2c S. 8). Die Berufung der Klägerin auf Art. 60 Abs. 2 OR bleibt ohne Erfolg.

### **E. 2.3**

Verjährungsverzichtserklärungen Soweit Art. 83 SVG keine speziellen Verjährungsbestimmungen enthält, gelten die Vorschriften des OR (Art. 83 Abs. 4 SVG). Die Verjährungsfristen von Art. 83 Abs. 1 SVG sind verlängerbar (Art. 129 OR e contrario; BGE 99 II 185 E. 2a S. 188-189). Zudem ist ein nachträglicher Verzicht auf die Verjährungseinrede sowohl während laufender als auch nach abgelaufener Verjährungsfrist möglich (Art. 141 Abs. 1 OR e contrario; BGE 132 III 226 E. 3.3.7 S. 239-240). Der Verzicht auf die Verjährungseinrede ist gleich wie eine Verlängerung der Verjährungsfrist zu behandeln (BGE 112 II 231 E. 3e/bb S. 233; BGE 99 II 185 E. 3a S. 192-194).

- 35 - Letztmals verzichtete die Beklagte mit Schreiben vom 20. April 2015 auf die Einrede der Verjährung bis zum 24. Mai 2016. Die vorliegende Teilklage wurde am 23. August 2016 anhängig gemacht. In Übereinstimmung mit den Auffassungen der Parteien (act. 20 Rz. 10; act. 36 Rz. 9; act. 40 Rz. 12, 534) ergibt sich daraus, dass die Klage nach Ablauf der Dauer des Verjährungsverzichts erhoben worden ist, womit sich die Klägerin nicht auf die Einredevorverzichtserklärungen der Beklagten berufen kann.

### **E. 2.4**

Ergebnis Die Verjährungseinrede der Beklagten ist begründet. Damit erübrigt sich eine Prüfung der Anspruchsvoraussetzungen. Die Klage ist abzuweisen. 3. Kosten- und Entschädigungsfolgen 3.1. Die Höhe der Gerichtsgebühr bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (Art. 96 ZPO i.V.m. § 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). Vorliegend beträgt der Streitwert CHF 35'000.00. Dies ergibt eine Grundgebühr von CHF 5'550.00 (§ 4 Abs. 1 GebV OG). Diese ist lediglich leicht zu reduzieren, da zwar einerseits im Wesentlichen nur die Frage der Verjährung zu behandeln war, andererseits der Streitwert im Verhältnis zum Aufwand nicht besonderes hoch erscheint. Die Gerichtsgebühr ist auf CHF 5'000.00 festzusetzen. Ausgangsgemäss sind die Kosten der Klägerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 Satz 1 ZPO) und aus dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss zu beziehen (Art. 111 Abs. 1 Satz 1 ZPO). 3.2. Bei berufsmässig vertretenen Parteien bestimmt sich die Höhe der Parteientschädigung nach der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 (AnwGebV; Art. 95 Abs. 3 lit. b und 96 ZPO i.V.m. § 48 Abs. 1 lit. c und Abs. 2 des Anwaltsgesetzes vom 17. November 2003) und richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV). Dies ergibt eine Grundgebühr von CHF 4'350.00 (§ 4 Abs. 1 AnwGebV). Für die Vergleichsverhandlung, die zweite Rechtsschrift, die Beweisverhandlung und die Stellungnah-

- 36 - me zum Beweisergebnis ist diese um rund 60 % zu erhöhen (§ 11 Abs. 2 Anw-GebV). Ausgangsgemäss wird die Klägerin entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Die Klägerin ist zu verpflichten, der Beklagten eine Parteient-schädigung in der Höhe von CHF 7'000.00 zu bezahlen. Der von den Beklagten beantragte Mehrwertsteuerzusatz ist dieser nicht zuzusprechen, da die fehlende Berechtigung zum Vorsteuerabzug nicht nachgewiesen ist (Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts vom 17. Mai 2006 Ziffer 2.1.1 S. 3 unten; abrufbar unter <<http://www.gerichte-zh.ch/kreisschreiben/kreisschreiben.html>>; BGer 4A\_552/2015 vom 25. Mai 2016 E. 4.5; KassGer ZH vom 19. Juli 2005, ZR 104 [2005] Nr. 76, E. III.2.g S. 293-294 = SJZ 101 [2005] 531). Das Handelsgericht erkennt:

## **E. 7**

August 1985 S. 29 ff.; Botschaft I über die Anpassung des Bundesrechts an das EWR-Recht [Zusatzbotschaft I zur EWR-Botschaft] vom 27. Mai 1992, BBl 1992 V 1, S. 428; HESS, a.a.O., N. 1 zu Art. 9 PrHG). Ausserhalb ihres Anwendungsbereichs ist sie deshalb weder direkt noch analog anwendbar. Jedoch darf der Gegensatz zwischen positiver Kenntnis und fahrlässiger Unkenntnis bzw. Kennenmüssen nicht überbewertet werden, denn auch wenn positive Kenntnis vorausgesetzt ist, kann der Geschädigte die Erlangung der Schadenskenntnis nicht durch bewusstes Wegschauen beliebig hinauszögern. Entscheidend sind deshalb die Anforderungen an den Begriff der Kenntnis i.S.v. Art. 60 Abs. 1 OR und Art. 83 Abs. 1 Satz 1 SVG, welche die Rechtsprechung herausgearbeitet hat. Angesichts der Kürze der relativen Verjährungsfrist von Art. 60 Abs. 1 OR werden an die Kenntnis des Schadens hohe Anforderungen gestellt (BGE 111 II 55 E. 3a S. 57-58 = Pra 74 [1985] Nr. 129; BGE 74 II 30 E. 1a S. 34-35; BGer 5A\_86/2017 vom 13. Juni 2018 E. 2.3; BGer 4A\_689/2015 vom 16. Juni 2016 E. 3.1). Der Geschädigte soll nicht gezwungen sein, Klage zu erheben, bevor er die wesentlichen Elemente seines Schadens kennt, und einen Maximalbetrag verlangen müssen (BGE 92 II 1 E. 3 S. 4-5; BGE 74 II 30 E. 1a S. 34-35; BGer 4A\_689/2015 vom 16. Juni 2016 E. 3.1; 4A\_454/2010 vom 6. Januar 2011, JdT 2011 I 343 E. 3.1). Eine hinreichende Kenntnis des Schadens setzt jedoch nicht die ziffernmässig exakte Kenntnis des Schadens voraus (BGE 131 III 61 E. 3.1.1; BGE 111 II 55 E. 3a S. 57-58 = Pra 74 [1985] Nr. 129; BGE 108 Ib 97 E. 1c S. 99-100; BGer

- 13 - 2C\_245/2018 vom 21. November 2018 E. 7.3; 2C\_372/2018 vom 25. Juli 2018 E. 3.1; 5A\_86/2017 vom 13. Juni 2018 E. 2.3; 4A\_693/2014 vom 4. Februar 2016 E. 5; 4A\_707/2012 vom 28. Mai 2013 E. 7.3.2; 4A\_576/2010 vom 7. Juni 2011 nicht in BGE 137 III 352 publ. E. 3.2; 2C\_707 vom 15. April 2011 E. 4.4; 4A\_647/2010 vom 4. April 2011 E. 3.1; 4C.151/1999 vom 1. September 1999 E. 2; 4C.64/1992 vom 12. Mai 1992 E. 4a). Die Rechtsprechung begründet dies mit der Möglichkeit der Schätzung des ziffernmässig nicht exakt nachweisbaren Schadens nach Art. 42 Abs. 2 OR (BGE 131 III 61 E. 3.1.1; BGE 111 II 55 E. 3a S. 57-58 = Pra 74 [1985] Nr. 129; BGE 108 Ib 97 E. 1c S. 99-100; BGer 2C\_245/2018 vom 21. November 2018 E. 7.3; 2C\_372/2018 vom 25. Juli 2018 E. 3.1; 4A\_707/2012 vom 28. Mai 2013 E. 7.3.2; 4A\_576/2010 vom 7. Juni 2011 nicht in BGE 137 III 352 publ. E. 3.2; 2C\_707 vom 15. April 2011 E. 4.4; 4A\_647/2010 vom 4. April 2011 E. 3.1; 4A\_454/2010 vom 6. Januar 2011, JdT 2011 I 343 E. 3.1; 4C.151/1999 vom 1. September 1999 E. 2; 4C.64/1992 vom

## **E. 12**

Mai 1992 E. 4a), sonst setzte er sich dem Vorwurf des bösgläubigen Handelns aus (BGer 2C\_245/2018 vom 21. November 2018 E. 7.3; 5A\_86/2017 vom

### **E. 13**

Juni 2018 E. 2.3; 4A\_454/2010 vom 6. Januar 2011, JdT 2011 I 343 E. 3.1). Der Schadensumfang ist hinreichend bekannt, wenn der Geschädigte die wesentlichen Elemente seines Schadens kennt (BGE 111 II 55 E. 3a S. 57-58 = Pra 74 [1985] Nr. 129; BGer 2C\_245/2018 vom 21. November 2018 E. 7.3; 4A\_707/2012 vom 28. Mai 2013 E. 7.3.2; 4A\_647/2010 vom 4. April 2011 E. 3.1; 4C.151/1999 vom 1. September 1999 E. 2; 4C.64/1992 vom 12. Mai 1992 E. 4a). Vom Geschädigten kann dann erwartet werden, dass er sich die für die Klageerhebung wesentlichen Informationen beschafft (BGer 2C\_245/2018 vom 21. November 2018 E. 7.3; 4A\_707/2012 vom 28. Mai 2013 E. 7.3.2 und 2C.3/2005 vom 10. Januar 2007 E. 5.1 je mit Hinweis auf BGE 109 II 433 E. 2 S. 435; 4A\_454/2010 vom 6. Januar 2011, JdT 2011 I 343 E. 3.1; vom 11. Februar 1986, - 14 - JdT 1986 I 425, E. 3c S. 427). Allenfalls muss er zur Schadensberechnung oder -schätzung eine Drittperson herbeiziehen (BGE 111 II 55 E. 3a S. 57-58 = Pra 74 [1985] Nr. 129; BGE 96 II 39 E. 2a S. 41; BGer 2C.3/2005 vom 10. Januar 2007 E. 5.1). Die Kenntnis bezieht sich lediglich auf die tatsächlichen Umstände, nicht auch auf die rechtliche Würdigung (BGE 131 III 61 E. 3.1.2 S. 68; BGE 92 II 1 E. 1a S. 3; BGE 82 II 43 E. 1a S. 44-45; STARK, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, Skriptum, 2. Aufl. 1988, N 1088). Ein allfälliger Rechtsirrtum ist ebenso unbeachtlich (BGE 82 II 43 E. 1a S. 44-45; BGer 2C\_296/2013 vom 12. August 2013 E. 4.3.3) wie in der subjektiven Befindlichkeit begründete Zweifel (BGer vom 11. Februar 1986, JdT 1986 I 425, E. 3b S. 426-427). Die Kenntnis des für die Regelung des Schadensfalls mandatierten Rechtsvertreters steht der Kenntnis des Geschädigten gleich (BGE 45 II 322 E. 4 S. 330-331; BGer 4A\_136/2012 vom 18. Juli 2012 E. 4.3; 4A\_647/2010 vom 4. April 2011 E. 3.1; 4A\_454/2010 vom 6. Januar 2011, JdT 2011 I 343 E. 3.1; 4C.64/1992 vom 12. Mai 1992 E. 4b; BREHM, in: Berner Kommentar, 4. Aufl. 2013, N. 23, 25 zu Art. 60 OR; zum Stellvertretungsrecht: BGer 4A\_303/2007 vom 29. November 2007 E. 3.4.3; 4C. 296/1995 vom 26. März 1996, SJ 1996, 554, E. 6a S. 560). Die Verjährungsfrist beginnt einheitlich für sämtliche Schadenspositionen erst mit Kenntnis des Gesamtschadens zu laufen (BGE 109 II 418 E. 4 S. 422-423; BGE 92 II 1 E. 3 S. 4; BGE 89 II 402 E. 2a S. 403; BGE 89 II 415 E. 1a S. 417; BGE 74 II 30 E. 1d S. 37-38). Befindet sich das Ausmass des Schadens in Entwicklung, beginnt die Verjährungsfrist nicht vor deren Abschluss zu laufen; dies gilt besonders für die Kosten der medizinischen Behandlung oder für einen länger andauernden Erwerbsausfall aufgrund vorübergehender oder dauernder Erwerbsunfähigkeit (BGE 112 II 118 E. 4 S. 123; BGE 108 Ib 97 E. 1c S. 99-100; BGE 93 II 498 E. 2 S. 502-503; BGE 92 II 1 E. 3 S. 4; BGE 89 II 402 E. 2b S. 404; BGer 5A\_86/2017 vom 13. Juni 2018 E. 2.4; 4A\_689/2015 vom 16. Juni 2016 E. 3.1; 4A\_499/2014 vom 28. Januar 2015 E. 3.2; 4A\_136/2012 vom 18. Juli 2012 E. 4.2; 4A\_647/2010 vom 4. April 2011 E. 3.1; 4C.151/1999 vom 1. September 1999 E. 2).

- 15 - Der Schaden aus einer dauernden Erwerbsunfähigkeit setzt voraus, dass sich nach Auffassung eines Experten der medizinische Sachverhalt stabilisiert hat, der Grad der verbleibenden Arbeitsunfähigkeit mindestens annäherungsweise bestimmt ist und der Geschädigte aufgrund der medizinischen Berichte weiss, welchen weiteren Verlauf sein Zustand nehmen kann (BGer 4A\_499/2014 vom 28. Januar 2015 E. 3.2; 4A\_647/2010 vom 4. April 2011 E. 3.1; 4A\_289/2008 vom 1. Oktober 2008 E. 4, nicht in BGE 134 III 591

publ.; 4C.151/1999 vom 1. September 1999 E. 2). Je nach den Umständen benötigt der Geschädigte eine gewisse Zeit, um die Entwicklung und den Stand der Schadensentwicklung abschätzen zu können (BGE 114 II 253 E. 2a S. 256; BGE 111 II 55 E. 3a S. 57-58 = Pra 74 [1985] Nr. 129; BGE 96 II 41 E. 2a S. 41; BGE 89 II 402 E. 2b S. 404; BGer 2C.3/2005 vom 10. Januar 2007 E. 5.1; 4C.64/1992 vom 12. Mai 1992 E. 4b). Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Kenntnis des Schadens i.S.v. Art. 83 Abs. 1 Satz 1 SVG nicht voraussetzt, dass der Geschädigte den Schaden ziffernmässig exakt kennt, sondern es genügt, wenn ihm die wesentlichen Elemente seines Schadens bekannt sind. Dem Geschädigten obliegt es dann, sich die für eine Klageerhebung wesentlichen Informationen zu beschaffen und allenfalls für die Schadensberechnung oder -schätzung eine Drittperson beizuziehen. In der subjektiven Befindlichkeit begründete Zweifel oder Fehlvorstellungen über die rechtliche Bedeutung stehen der Kenntnis des Schadens nicht entgegen. Das Wissen des mit der Regelung des Schadensfalls mandatierten Rechtsvertreters muss sich der Geschädigte zurechnen lassen.

#### **E. 18**

Oktober 1955, ZR 57 [1958] Nr. 45 E. 4 S. 111; OGer LU 1936 Nr. 475 vom

#### **E. 22**

Dezember 1936, SJZ 34 [1937/1938], 360; OFTINGER/STARK, a.a.O., § 16 N 352; STARK, a.a.O., N 1083) oder der Leistung einer Kapitalzahlung (BGer 4C.64/1992 vom 12. Mai 1992 E. 4b) der Sozial- oder privaten Unfallversicherer von hinreichender Kenntnis des Schadens auszugehen. Der Schaden kann auch bereits zu einem früheren Zeitpunkt hinreichend bekannt sein (BGer 4A\_454/2010 vom 6. Januar 2011, JdT 2011 I 343 E. 3.3.3; 4A\_289/2008 vom 1. Oktober 2008 E. 4, nicht in BGE 134 III 591 publ.; 4C.151/1999 vom 1. September 1999 E. 2 und 3c; 4C.64/1992 vom 12. Mai 1992 E. 4b). Folglich kann sich der Geschädigte nicht darauf verlassen, mit der Geltendmachung seines Schadenersatzanspruchs bis zum Renten- bzw. Kapitalentscheid zuzuwarten (BGer 4A\_329/2009, 4A\_369/2009 vom 1. Dezember 2010 E. 3.2). Lediglich vereinzelt stellt die Rechtsprechung auf einen Arbeitsversuch ab (VerwGer BE vom 1. Oktober 2001, SG 2004 Nr. 1564 E. 3d S. 11-12). Das Beweisergebnis beschränkt sich dann auf die Feststellung, dass am Stichtag, welcher sich

- 18 - durch Rückrechnung aus der ersten verzögerungsunterbrechenden Handlung ergibt, noch keine Kenntnis des Schadens vorlag (VerwGer BE vom 1. Oktober 2001, SG 2004 Nr. 1564 E. 3a S. 8 und E. 3d S. 11-12). 2.1.1.2.1. Die Beklagte behauptet, nachdem der Parteigutachter der Klägerin, Dr. med. L.\_\_\_\_\_, in seinem Gutachten von einem "stationären Zustand" spreche, habe die Klägerin davon ausgehen müssen, dass mit der attestierten Arbeitsunfähigkeit von 40-50 % der Endzustand eingetreten und der Schaden bekannt sei (act. 40 Rz. 7, 530). Mit Beweisbeschluss vom 27. August 2018 wurde der Beklagten der Hauptbeweis auferlegt, dass die Klägerin im Februar 2014 von einer bleibenden 50 %-igen Arbeitsunfähigkeit in der Tätigkeit als kaufmännische Angestellte ausgegangen sei, und das durch Dr. med. L.\_\_\_\_\_ [im Auftrag der Klägerin] erstellte Parteigutachten vom 22. Februar 2014 (act. 3/19), der Arbeitsvertrag der Klägerin mit der I.\_\_\_\_\_ Budget K.\_\_\_\_\_ -Vermietung AG vom 24. Juni 2015 (act. 37/21), der Arbeitsvertrag der Klägerin mit der J.\_\_\_\_\_ Express (Schweiz) AG vom 20. Februar 2014 (act. 37/49) und der Ausdruck "Tätigkeitsdetail" der Anstellung bei der I.\_\_\_\_\_ Budget K.\_\_\_\_\_ -Vermietung AG (act. 37/50) als Hauptbeweismittel abgenommen. 2.1.1.2.1.1. Im

durch Dr. med. L. \_\_\_\_\_ [im Auftrag der Klägerin] erstellten Partei- gutachten vom 22. Februar 2014 wird der Klägerin eine Arbeitsunfähigkeit von 40- 50 % im bisherigen Beruf als kaufmännische Angestellte und eine solche von ca. 25-40 % in einer angepassten Tätigkeit attestiert (act. 3/19 S. 9-10). Die medizi- nisch-theoretische Invalidität wird entsprechend den SUVA-Tabellen mit 40-45 % veranschlagt (35 % für die leichten bis mittelschweren neuropsychologischen Funktionsstörungen und 5-10 % für die chronischen posttraumatischen Kopf- schmerzen; act. 3/19 S. 10). Zur Prognose wird festgehalten: "Im Prinzip muss heute, über 10 Jahre nach dem Hirntrauma bei der nun erwachsenen Explorandin von einer stationären Situation ausgegangen werden." (act. 3/19 S. 8). Da das Gutachten von Dr. med. L. \_\_\_\_\_ einseitig durch die Klägerin in Auftrag gegeben worden ist (act. 1 Rz. 7, 30, 52), stellt dieses ein Parteigutachten dar,

- 19 - welchem prozessual lediglich die Qualität einer Parteibehauptung zukommt (BGE 141 III 433 E. 2.6 S. 437-438; BGE 140 III 16 E. 2.5 S. 24; BGE 132 III 83 E. 3.4 S. 88, E. 3.6 S. 88-89; BGE 95 II 364 E. 2 S. 368; BGer 4A\_9/2018 vom 31. Oktober 2018 E. 5.2.2; 4A\_309/2017 vom 26. März 2018 E. 2.3.6.; 5D\_56/2017 vom 30. November 2017 E. 3.1.3). Dies steht jedoch dem Schluss nicht entgegen, die Klägerin habe durch dieses hinreichende Kenntnis des Scha- dens erhalten (BGE 93 II 498 E. 2 S. 503; BGer 4C.151/1999 vom 1. September 1999 E. 3b). Naturgemäss liegt zum Zeitpunkt der Kenntnisnahme kein gerichtli- ches Gutachten vor, da sich ansonsten die Verjährungsfrage in der Regel nicht mehr stellen würde, nachdem der Lauf der Verjährungsfrist durch Klageerhebung unterbrochen worden ist (Art. 135 Ziff. 2 OR). Das Gutachten von Dr. med. L. \_\_\_\_\_ ist an die Rechtsvertreterin der Klägerin adressiert und trägt das Datum des 22. Februar 2014. Die Beklagte thematisiert nicht eingehend, wann das Gutachten der Rechtsvertreterin der Klägerin zuge- gangen sein soll (vgl. act. 40 Rz. 7, 8, 530). Allerdings ist zwischen den Parteien nicht umstritten, dass das Gutachten an die Rechtsvertreterin der Klägerin zuge- stellt worden ist (vgl. immerhin die Behauptung der Klägerin, wonach Gespräche über ein gemeinsames medizinisches Gutachten zwischen der Rechtsvertreterin der Klägerin und der Beklagten geführt wurden; act. 1 Rz. 7). Für eine schlüssige Tatsachenbehauptung genügt es, wenn diese von der be- hauptungsbelasteten Partei "in einer den Gewohnheiten des Lebens entspre- chenden Weise in ihren wesentlichen Zügen oder Umrissen behauptet" wird (BGE 136 III 322 E. 3.4.2 S. 327-328; BGer 4A\_9/2018 vom 31. Oktober 2018 E. 2.1; 4A\_281/2017 vom 22. Januar 2018 E. 4.1; 4A\_591/2012 vom 20. Februar 2013 E. 2.1). Eine weitergehende Substantiierungslast greift erst, wenn die Gegenpar- tei den Tatsachenvortrag der behauptungsbelasteten Partei bestreitet (BGE 127 III 365 E. 2b S. 368; BGer 4A\_9/2018 vom 31. Oktober 2018 E. 2.2; BGer 4A\_11/2018 vom 8. Oktober 2018 E. 5.2.1.1 [zur Publikation vorgesehen]; 4A\_281/2017 vom 22. Januar 2018 E. 4.2; 4A\_591/2012 vom 20. Februar 2013 E. 2.1 m.Nw.).

- 20 - Die Beklagte durfte es vorliegend bei der schlichten Behauptung belassen, da nach den Gewohnheiten des Lebens davon auszugehen ist, dass die Rechtsver- treterin das Gutachten Ende Februar 2014, einige Tage nach dessen Verfassung, erhielt. Hingegen lassen sich aufgrund des urkundlichen Gutachtens nach den Gewohnheiten des Lebens nicht unbesehen Schlüsse ziehen, wann und ob die Klägerin selber eine Kopie des schriftlichen Gutachtens erhalten hat. 2.1.1.2.1.2. Den Arbeitsvertrag der Klägerin mit der J. \_\_\_\_\_ Express (Schweiz) AG vom 20. Februar 2014 (act. 37/49) unterzeichnete die Klägerin zwei Tage vor der Erstattung des Gutachtens durch Dr. med. L. \_\_\_\_\_, dessen Schlussfolgerun- gen ihr deshalb noch nicht bekannt sein konnten. Selbst wenn die Klägerin aus

gesundheitlichen Gründen ein Pensum von 50 % vereinbarte, wie dies die Beklagte geltend macht (act. 40 Rz. 10, 534), lässt sich daraus noch nicht schliessen, dass sie über eine eingeschränkte Arbeitsfähigkeit im Bilde war. Der Arbeitsvertrag der Klägerin mit der J. \_\_\_\_\_ Express (Schweiz) AG vom 20. Februar 2014 liefert zu wenig stichhaltige Anhaltspunkte, als dass die Beklagte etwas zu Gunsten ihres Standpunkts ableiten könnte.

2.1.1.2.1.3. Aus dem Arbeitsvertrag der Klägerin mit der I. \_\_\_\_\_ Budget K. \_\_\_\_\_ - Vermietung AG vom 24. Juni 2015 (act. 3/21) ergibt sich, dass die Klägerin der Firma auf Abruf zur Verfügung stehe; ihre Arbeitszeit betrage maximal 41.00 Stunden pro Woche und werde mit dem verantwortlichen Vorgesetzten monatlich im Voraus festgelegt; es bestehe kein Anspruch auf Einsatz (vgl. auch act. 1 Rz. 42; act. 20 Rz. 206). Der Arbeitsvertrag trägt die Überschrift "Anstellungsvertrag für Teilzeitangestellte". Ein Beschäftigungsgrad lässt sich ihm gleichwohl nicht entnehmen. Angesichts der maximalen Arbeitszeit von 41.00 Stunden pro Woche ermöglicht er auch eine Arbeitstätigkeit im Umfang eines Vollpensums. Gemäss dem Ausdruck "Tätigkeitsdetail" der Anstellung bei der I. \_\_\_\_\_ Budget K. \_\_\_\_\_ - Vermietung AG (act. 37/50) war die Klägerin "Teilzeit" mit "Beschäftigungsgrad 60.00 %" angestellt. Dies indiziert, dass der Arbeitsvertrag vom

#### **E. 24**

Juni 2015 im Sinne einer Teilzeitbeschäftigung im Umfang von 60 % gelebt wurde. Die feste Prozentangabe kontrastiert allerdings mit der Vertragsbestim-

- 21 - mung, wonach kein Anspruch auf Einsatz bestehe. Es könnte sich auch um einen pro forma eingesetzten Durchschnittswert für ein nicht näher bestimmbares Teilzeitpensum handeln. Der Arbeitsvertrag der Klägerin mit der I. \_\_\_\_\_ Budget K. \_\_\_\_\_ - Vermietung AG vom 24. Juni 2015 (act. 3/21) und der Ausdruck "Tätigkeitsdetail" der Anstellung bei der I. \_\_\_\_\_ Budget K. \_\_\_\_\_ - Vermietung AG (act. 37/50) ergeben kein eindeutiges Bild des Beschäftigungsgrads der Klägerin. In Anlehnung an die im Auftrag des Staatssekretariats für Wirtschaft erstellte Ecoplan-Studie ist ein solches Arbeitsverhältnis als nichttraditionelles oder atypisches, vom Leitbild des traditionellen Lohnarbeitsverhältnisses abweichendes Arbeitsverhältnis zu bezeichnen (ECOPLAN, Die Entwicklung atypisch-prekärer Arbeitsverhältnisse in der Schweiz, SECO Publikation Arbeitsmarktpolitik No 48 [11.2017], Bern, 10.10.2017, abrufbar unter <<https://www.seco.admin.ch>>, S. 21-22). Es führt zu einer Risikoverlagerung vom Arbeitgeber zum Arbeitnehmer (ECOPLAN, a.a.O., S. 22-25). Der Arbeitgeber kann damit Belastungsspitzen oder Randzeiten flexibel abdecken, ohne die Verpflichtung zu einer festen Entlohnung eingehen zu müssen. Die damit verbundene ökonomische Unsicherheit für den Arbeitnehmer muss für diesen jedoch nicht zwingend negativ sein. Die Ecoplan-Studie spricht erst dann von einem atypisch-prekären Arbeitsverhältnis, wenn diese Unsicherheit unfreiwillig in Kauf genommen wird (ECOPLAN, a.a.O., S. 25-27). Mit den als Beweismittel angebotenen Urkunden bleibt unklar, ob die Klägerin aus gesundheitlichen oder anderen Gründen ein Interesse an einem solchen Arbeitsverhältnis hatte, sich in absehbarer Zeit einen Arbeitsvertrag mit einem festen Pensum erhoffte oder mangels Alternativen auf das Vertragsangebot angewiesen war. Entsprechend lässt sich aus diesen Beweismitteln nicht herleiten, welchen Beschäftigungsgrad sich die Klägerin zugetraut hätte.

2.1.1.2.2. Die Klägerin behauptet, das Ausmass des Verdienstausfalls sei noch nicht bekannt; die relative Verjährungsfrist gemäss Art. 83 SVG habe frühestens beim zweiten Versuch einer 100 %-igen Arbeitstätigkeit bei der I. \_\_\_\_\_ im Juli 2015 zu laufen begonnen, als (vorläufig) klar geworden sei, dass eine 100 %-ige

- 22 - Arbeitsfähigkeit aus gesundheitlichen Gründen auch im zweiten Arbeitsversuch nicht mehr möglich sei (act. 1 Rz. 11; act. 36 Rz. 244, 344). Mit Beweisbeschluss vom 27. August 2018 wurde der Klägerin der Gegenbeweis insbesondere dazu auferlegt, dass die Klägerin im Juli 2015 eine Stelle als kauf- männische Angestellte bei der I. \_\_\_\_\_ Budget K. \_\_\_\_\_-Vermietung AG mit einem Pensum von 100 % angetreten habe, und dass die Klägerin ihr Pensum nach Juli 2015 aus gesundheitlichen Gründen auf 50 % habe reduzieren müssen. Als Gegenbeweismittel wurden die Parteibefragung der Klägerin, der Anstellungsvertrag der Klägerin mit der I. \_\_\_\_\_ Budget K. \_\_\_\_\_-Vermietung AG vom 24. Juni 2015 (act. 3/21) und der Ausdruck "Tätigkeitsdetail" der Anstellung bei der I. \_\_\_\_\_ Budget K. \_\_\_\_\_-Vermietung AG (act. 37/50) abgenommen. Als Gegengegenbeweismittel wurden der Anstellungsvertrag der Klägerin mit der I. \_\_\_\_\_ Budget K. \_\_\_\_\_-Vermietung AG vom 24. Juli 2015 (act. 3/21), der Arbeitsvertrag der Klägerin mit der J. \_\_\_\_\_ Express (Schweiz) AG vom 20. Februar 2014 (act. 37/49) und der Ausdruck "Tätigkeitsdetail" der Anstellung bei der I. \_\_\_\_\_ Budget K. \_\_\_\_\_-Vermietung AG (act. 37/50) abgenommen. Sind Beweismittel erst einmal abgenommen, so kann sich jede Partei auf diese berufen, unabhängig davon, wer sie beantragt hat (BGer 5A\_723/2017 vom 17. Dezember 2018 E. 6.6.1), und etwa Ergänzungsfragen an einen Zeugen (Art. 173 ZPO) stellen (BAUMGARTNER ET AL., Schweizerisches Zivilprozessrecht, 10. Aufl. 2018, 10. Kapitel N 153). Mit der Stellungnahme zum Beweisergebnis vom 14. Januar 2019 reichte die Klägerin die sie betreffenden "Kumulativjournale Mitarbeiter" der I. \_\_\_\_\_ Budget K. \_\_\_\_\_-Vermietung AG für die Jahre 2017 und 2018 ein (act. 52 Rz. 8; act. 53/56-57). Die Beklagte macht mit Eingabe vom 17. Mai 2019 geltend, die Behauptungen der Klägerin seien unter dem Novenrecht nicht zulässig, da die Klägerin diese nicht ohne Verzug vorgebracht habe (act. 62). Findet ein zweiter Schriftenwechsel statt, tritt der Aktenschluss mit der zweiten Rechtschrift ein (BGE 144 III 67 E. 2.1 S. 69; BGE 140 III 312 E. 6.3.2.3 S. 314- 315), worauf die Parteien mit Verfügung vom 27. November 2017 hingewiesen

- 23 - wurden (act. 42). Danach werden gemäss Art. 229 Abs. 1 ZPO neue Tatsachen und Beweismittel nur noch berücksichtigt, wenn sie sowohl ohne Verzug vorgebracht werden als auch entweder erst nach Abschluss des Schriftenwechsel oder nach der letzten Instruktionsverhandlung entstanden sind (echte Noven) oder bereits vor Abschluss des Schriftenwechsel oder vor der letzten Instruktionsverhandlung vorhanden waren, aber trotz zumutbarer Sorgfalt nicht vorher vorgebracht werden konnten (unechte Noven). Die bis am 31. Dezember 2017 in Kraft stehende Fassung von Art. 229 Abs. 1 lit. a ZPO gab aufgrund eines offensichtlichen Versehens den Sinn der Bestimmung unzutreffend wieder (Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs [Gewerbsmässige Vertretung im Zwangsvollstreckungsverfahren] vom 29. Oktober 2014, BBl 2014 8669, S. 8677), weshalb ungeachtet des eigentlich intertemporalrechtlichen Tatbestands auf den neuen Wortlaut abgestellt werden kann. Die beiden Voraussetzungen sind kumulativ (BGer 5A\_790/2016 vom 9. August 2018 E. 3.1; 4A\_508/2016 vom 16. Juni 2017 nicht in BGE 143 III 348 publ. E. 4.1; 5A\_478/2016 vom 10. März 2017 E. 4.2.1; 5A\_456/2016 vom 28. Oktober 2016 E. 4.1.1 zu Art. 317 Abs. 1 lit. a ZPO je m.w.Nw.). Nicht ohne Verzug eingebrachte Noven sind präkludiert. Sie gelten als verspätet und sind nicht mehr zu berücksichtigen (OGer ZH PP180007-O vom 27. September 2018 E. III.3.3, abrufbar unter <<http://www.gerichte-zh.ch/entscheide>>; BGer 4A\_707/2016 vom 29. Mai 2017 E. 3.3.2 zu Art. 317 Abs. 1 lit. a ZPO), auch wenn zu einem späteren Zeitpunkt noch eine Hauptverhandlung stattfindet (HGer ZH HG110039 vom 14. April 2014, ZR 113 [2014] Nr. 54 E. 3 S. 176; HGer ZH HG110011 vom 22. April 2013, ZR 112 [2013] Nr. 35

E. III.3 S. 141; DAETWYLER/STALDER, Allgemeiner Verfahrensgang und Zuständigkeit des Handelsgerichts, in: Handelsgericht Zürich 1866– 2016, Festschrift zum 150. Jubiläum, hrsg. von Alexander Brunner/Peter Nobel, 2016, 141, S. 211-212; LEUENBERGER, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], hrsg. von Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger, 3. Aufl. 2016, N. 9-10 zu Art. 229 ZPO; SCHMID, Das Verfahren vor Handelsgericht: aktuelle prozessuale Probleme, ZZZ 2017/2018, 129, S. 156-157).

- 24 - Die Kumulativjournale für die Jahre 2017 und 2018 tragen das Druckdatum des

### **E. 28**

September 2018 (act. 53/56-57), und jenes des Jahres 2018 enthält ab Juli 2018 keine Daten mehr (act. 53/57). Ihre Einreichung über drei Monate nach Ausdruck, wobei sie bereits zuvor in elektronischer Form bestanden haben dürfen (vgl. den weiten Urkundenbegriff von Art. 177 ZPO), kann nicht mehr als Vorbringen ohne Verzug bezeichnet werden. Zuzufolge Präklusion sind die Kumulativjournale nicht mehr zu berücksichtigen. Von einer Ergänzung des Beweisschlusses vom 27. August 2018 ist abzusehen. 2.1.1.2.2.1. Zum Anstellungsvertrag der Klägerin mit der I. \_\_\_\_\_ Budget K. \_\_\_\_\_ - Vermietung AG vom 24. Juni 2015 (act. 3/21) und dem Ausdruck "Tätigkeitsdetail" der Anstellung bei der I. \_\_\_\_\_ Budget K. \_\_\_\_\_ - Vermietung AG (act. 37/50) gelten die Ausführungen zum Hauptbeweis (Ziffer 2.1.1.2.1 oben) entsprechend auch im Rahmen des Gegenbeweises. Aus diesen ergibt sich, dass die Klägerin als "Rental Sales Agent" tätig war. Jedoch lässt sich nicht erstellen, mit welchem Pensum die Klägerin ab Juli 2015 bei der I. \_\_\_\_\_ Budget K. \_\_\_\_\_ - Vermietung AG gearbeitet habe bzw. ob sie zunächst ein 100 %-Pensum eingegangen sei. Die Angabe im Ausdruck "Tätigkeitsdetail" der Anstellung bei der I. \_\_\_\_\_ Budget K. \_\_\_\_\_ - Vermietung AG von 60 % spricht eher dagegen, doch könnte es sich auch um einen internen Wert handeln, der ein nicht weiter bestimmtes Tätigkeitspensum bezeichnet. 2.1.1.2.2.2. Hinsichtlich der Aussagen der Klägerin in der Parteibefragung vom

### **E. 30**

November 2018 wird auf das Protokoll (Prot. S. 20-53) Bezug genommen. 2.1.1.2.2.3. Die Aussagen der Klägerin ergeben folgende Würdigung: Die Anstellung der Klägerin bei der I. \_\_\_\_\_ Budget K. \_\_\_\_\_ - Vermietung nach dem Anstellungsvertrag vom 24. Juni 2015 erfolgte als "Rental Sales Agent" (Prot. S. 26-27 zu Frage 41, S. 28 zu Frage 51, S. 29 zu Frage 57, S. 49 zu Frage 190). Das Anstellungsverhältnis war als Arbeit auf Abruf ausgestaltet (Prot. S. 23-24 zu Frage 19, S. 25 zu Frage 30, S. 26 zu Frage 40, S. 28 zu Frage 47). Dieses ist als atypisches Arbeitsverhältnis zu qualifizieren. Es ist unklar geblieben, ob die im Ausdruck "Tätigkeitsdetail" der Anstellung bei der I. \_\_\_\_\_

- 25 - Budget K. \_\_\_\_\_ - Vermietung AG vermerkten 60 % ein garantiertes Mindestpensum darstellen (in diesem Sinne Prot. S. 27 zu Frage 42, S. 38-39 zu Frage 117) oder sich die Arbeitgeberin gerade nicht zu einer solchen Zusage hat verpflichten wollen (in diesem Sinne Prot. S. 26 zu Frage 40, S. 28 zu Frage 47 und zu Frage 49, S. 38-39 zu Frage 117). Die Einordnung dieses atypischen Arbeitsverhältnisses im Hinblick auf eine möglicherweise verminderte Erwerbsfähigkeit bereitet Schwierigkeiten. Die Schilderungen der Klägerin zu den Beweggründen bei der Eingehung des Beschäftigungsverhältnisses nach dem Anstellungsvertrag vom 24. Juni 2015 erweisen sich als ambivalent. Einerseits begründet sie das atypische Arbeitsverhältnis damit, die Arbeitgeberin habe ihr aufgrund

von Einschränkungen in der internen Stellenplanung keine 100 %-Stelle anbieten können (Prot. S. 26 zu Frage 40, S. 28 zu Frage 47). Andererseits will sie selber auf mögliche Einschränkungen ihrer Arbeitsfähigkeit hingewiesen haben (Prot. S. 25 zu Frage 28 und zu Frage 30, S. 27 zu Frage 42, S. 29 zu Frage 54 und zu Frage 56, S. 37 zu Frage 111, S. 38 zu Frage 112). Ein Thema im Rahmen der Einstellung war gemäss den Aussagen der Klägerin auch die Tätigkeit als "Rental Sales Agent", welche im Gegensatz ihrer Tätigkeit als "Sales Representative" eine sequentielle Arbeitsweise erlaubt, so dass nicht mehrere Dossiers über längere Zeit parallel zu betreuen sind (Prot. S. 29 zu Frage 57 und zu Frage 58, S. 30 zu Frage 60, S. 49-50 zu Frage 190), und bei welcher eine Teilzeittätigkeit möglich ist (Prot. S. 28 zu Frage 51, S. 29 zu Frage 59). Zudem war der Klägerin in Aussicht gestellt worden, sie müsse nicht neue Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter oder Auszubildende einarbeiten (Prot. S. 28 zu Frage 50, S. 34 zu Frage 90, S. 37 zu Frage 111, S. 49-50 zu Frage 190). Bei der vorherigen Stelle gemäss Arbeitsvertrag mit der J. \_\_\_\_\_ Express (Schweiz) AG vom 20. Februar 2014 scheinen dagegen betriebliche Restriktionen für das reduzierte Pensum ausschlaggebend gewesen zu sein (Prot. S. 34-35 zu Frage 91 und zu Frage 92) und die Art der Tätigkeit letztlich zur Aufgabe der Stelle geführt zu haben (Prot. S. 35 zu Frage 95, S. 36 zu Frage 101, zu Frage 102 und zu Frage 103). Für die Klägerin spielte somit eine Mischung aus der Möglichkeit einer reduzierten Erwerbstätigkeit, der Perspektive einer angepassten Art von Tätigkeit und den verfügbaren Stellen eine Rolle. Insgesamt

- 26 - scheinen die von der Klägerin ausgeübten Stellen und Pensen jedoch eher den beschränkten betrieblichen Möglichkeiten der jeweiligen Arbeitgeber und gewissen Schwierigkeiten der noch nicht besonderes berufserfahrenen Klägerin bei der Stellensuche geschuldet zu sein (vgl. Prot. S. 47-48 zu Frage 183 und zu Frage 184, S. 52-53 zu Frage 201 und zu Frage 202). Somit geben die ausgeübten Berufstätigkeiten wenig her für die Frage, ob die Klägerin im Juli 2015 von einer eingeschränkten Arbeitsfähigkeit ausgehen müssen. Es lässt sich somit weiterhin nicht feststellen, welchen Beschäftigungsgrad sich die Klägerin im Juli 2015 zugetraut hätte (Ziffer 2.1.1.2.1.3 oben). Für die Annahme eines Arbeitsversuchs zu einem Pensum von 100 % fehlt es dem Arbeitsverhältnis an einer hinreichend verbindlichen Zusage, dass der Klägerin dieses Pensum effektiv angeboten werde. Es lässt sich nämlich nicht erstellen, dass die Arbeitgeberin ein Pensum jenseits von 60 % zugesagt hat, und selbst die Frage, ob sich die Arbeitgeberin überhaupt auf ein Mindestpensum festlegen wollen, entbehrt einer eindeutigen Antwort. Das faktisch gelebte Arbeitsverhältnis wies nach den Aussagen der Klägerin ein schwankendes Pensum auf (Prot. S. 24 zu Frage 20, S. 39-40 zu Frage 124, S. 50 zu Frage 191 und zu Frage 192). Das effektiv geleistete Arbeitspensum hat die Klägerin zwischen 40 % und 100 % beziffert (Prot. S. 38 zu Frage 114, S. 39 zu Frage 120, zu Frage 122 und zu Frage 123, S. 50 zu Frage 191), wobei sie durchschnittlich 70 % gearbeitet haben will (Prot. S. 24 zu Frage 20, zu Frage 23 und zu Frage 24, S. 39 zu Frage 118 und zu Frage 119, S. 50 zu Frage 191). Die Zeiten hoher Belastung gingen nach der Schilderung der Klägerin mit Kopfschmerzen, Antriebslosigkeit und Müdigkeit in der Freizeit einher (Prot. S. 23 zu Frage 15 und zu Frage 17, S. 39-40 zu Frage 124 und zu Frage 125, S. 42 zu Frage 141). Deshalb will die Klägerin mehrmals erfolglos das Gespräch mit dem Chef gesucht haben (Prot. S. 27 zu Frage 44, S. 41 zu Frage 136 und zu Frage 137, S. 42-43 zu Frage 146) und sich Ende 2017 definitiv gewahr worden sein, dass sie die Tätigkeit nicht weiter ausüben vermag (Prot. S. 31 zu Frage 69, S. 42-43 zu Frage 146 und zu Frage 147, S. 43 zu Frage 151). Für die Annahme einer

Pensumsreduktion fehlt es wiederum an einer hinreichend verbindlichen Zusage durch die Arbeitgeberin. So- fern eine solche Ende 2017 stattgefunden haben soll, wäre dies zudem erst nach

- 27 - Erstattung der Replik vom 31. August 2017, in welcher die Klägerin eine Pensumsreduktion behaupten lässt, der Fall gewesen, weshalb ein echtes, jedoch nicht prozesskonform eingebrachtes Novum vorliegen würde. Demnach lassen sich die Gegenbeweissätze nicht erstellen. Die Aussagen der Klägerin sind jedoch im Sinne des allgemeinen Gegenbewei- ses zu würdigen. Auf das Gutachten von Dr. med. L.\_\_\_\_\_ vom 22. Februar 2014 angesprochen, konnte sich die Klägerin nicht an den Inhalt erinnern (Prot. S. 31 zu Frage 72), mutmasste allerdings, dass sich Dr. med. L.\_\_\_\_\_ zur Arbeitsfähigkeit geäußert habe (Prot. S. 32 zu Frage 80). An eine Besprechung mit ihrer Rechtsanwältin konnte sie sich ebenfalls nicht erinnern (Prot. S. 32 zu Frage 77, S. 33 zu Fra- ge 85). Mit hinreichender Sicherheit lässt sich weder erstellen, dass die Klägerin eine persönliche Kopie des Gutachtens erhalten habe (Ziffer 2.1.1.2.1.1 oben), noch wann ihr die Rechtsanwältin anlässlich einer Besprechung mitgeteilt habe, dass Dr. med. L.\_\_\_\_\_ von einer Arbeitsunfähigkeit von 40-50 % ausgehe. Auf diese Feststellung angesprochen, sagte die Klägerin, sie habe dies nicht wahrha- ben wollen (Prot. S. 32-33 zu Frage 82 und zu Frage 83). Im Zusammenhang mit den weiteren Aussagen der Klägerin ergibt sich immerhin, dass ihr eine mögliche Einschränkung der Arbeitsfähigkeit bewusst war (vgl. Prot. S. 33 zu Frage 86, S. 30 zu Frage 63). Darauf schloss sie insbesondere aus einem Vergleich mit an- deren Personen, die eine vergleichbare Ausbildung und ein ähnliches Alter auf- weisen (Prot. S. 34 zu Frage 88, S. 44 zu Frage 153). Die zeitlichen Angaben der Klägerin erscheinen inkonsistent. Während sie teilwei- se sagt, bereits bei der Eingehung des Beschäftigungsverhältnisses nach dem Anstellungsvertrag vom 24. Juni 2015 von einer möglicherweise eingeschränkten Arbeitsfähigkeit ausgegangen zu sein (Prot. S. 25 zu Frage 30, S. 27 zu Frage 42, S. 29 zu Frage 54, S. 38 zu Frage 112), will sie an anderer Stelle Anfang 2017 realisiert haben, dass sie nicht 100 % im angestammten Beruf arbeiten könne (Prot. S. 30 zu Frage 64 und zu Frage 66, S. 31 zu Frage 68). Im Mai 2017 nach der dreimonatigen Reise nach Panama sei es jedoch wieder gut gegangen (Prot. S. 30 zu Frage 64, S. 31 zu Frage 67), bis sie wieder eine Mitarbeiterin ein-

- 28 - arbeiten musste (Prot. S. 31 zu Frage 68). Definitiv will sie deshalb erst Anfang 2018 realisiert haben, dass sie die Tätigkeit nicht weiter ausüben können wird (Prot. S. 31 zu Frage 69 und zu Frage 70, S. 42-43 zu Frage 146 und zu Fra- ge 147). In den Aussagen der Klägerin erscheint die gesamte Tätigkeit als ein sich über fast drei Jahre hinziehender Arbeitsversuch. Dessen wenig stringente Darstellung durch die Klägerin ist möglicherweise eine Folge der Einschränkun- gen, deren Bestand und Kausalität gerade im vorliegenden Verfahren beurteilt werden sollte. Demnach ist davon auszugehen, dass sich die Klägerin beim Abschluss des An- stellungsvertrags vom 24. Juni 2015 ihrer beschränkten Leistungsfähigkeit be- wusst war, jedoch die Hoffnung hegte, in einer angepassten Tätigkeit in einem vollen Pensum arbeiten zu können. Für den Standpunkt der Klägerin spricht, dass das atypische Arbeitsverhältnis nicht gänzlich freiwillig gewählt war. Die Klägerin hätte von klareren Beschäftigungsverhältnissen profitiert, indem sie sich einerseits auf entsprechend gesicherte Einkommenswerte hätte verlassen können, anderer- seits ihre Situation für den vorliegenden Prozess verbessert hätte. Möglicherweise ist das tendenziell atypisch-prekäre Arbeitsverhältnis jedoch auch Ausfluss der bei der Klägerin bestehenden Unsicherheiten, welche im Prozess der Stellensuche kaum verborgen geblieben sein dürften

und die Klägerin anfälliger für Stellenangebote ohne die üblichen Sicherheiten machten. Die bei der Klägerin bestehenden Unsicherheiten manifestieren sich darin, dass die Klägerin nicht danach differenzieren kann, ob sie die Art der Tätigkeit oder das Pensum an einer vollzeitlichen Arbeitstätigkeit hindert (Prot. S. 46-47 zu Frage 176, S. 48 zu Frage 187). Die Klägerin konnte die Einschränkung deshalb auch nicht quantifizieren (Prot. S. 33 zu Frage 86). Diese Unsicherheit dauerte sodann bis Anfang 2017 an, wobei die Klägerin nach einer erneuten Auszeit nochmals bis Anfang 2018 durchhielt. Subjektiv konnte sich die Klägerin mit einer verminderten Arbeitsfähigkeit erst nach wiederholten Rückschlägen abfinden (vgl. Prot. S. 34 zu Frage 89). 2.1.1.2.2.4. Aus dem Arbeitsvertrag der Klägerin mit der J.\_\_\_\_\_ Express (Schweiz) AG vom 20. Februar 2014 (act. 37/49) ergeben sich auch im Rahmen

- 29 - des Gegengegenbeweises keine weiteren Erkenntnisse, weshalb auf die entsprechenden Ausführungen zum Hauptbeweis (Ziffer 2.1.1.2.1.2 oben) verwiesen werden kann. 2.1.1.2.3. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Rechtsvertreterin der Klägerin Ende Februar 2014 Kenntnis vom Gutachten von Dr. med. L.\_\_\_\_\_ vom 22. Februar 2014 erhielt. Dieses Gutachten bejahte eine Arbeitsunfähigkeit der Klägerin im Umfang von 40-50 % im bisherigen Beruf als kaufmännische Angestellte und von ca. 25-40 % in einer angepassten Tätigkeit, wobei allenfalls Tätigkeiten ohne mögliche Überstunden mit einer eingeschränkten Stresshaftigkeit (wenig Multitasking) geeignet wären. Die Klägerin war sich bewusst, dass sie im Vergleich zu Personen vergleichbarer Ausbildung und Alters schneller ermüdete und weniger belastbar war. Sie wich jedoch der Konfrontation mit den Feststellungen des Gutachtens vom 22. Februar 2014 über Vorliegen und Grad einer Arbeitsunfähigkeit aus. Am 1. Juli 2015 trat sie eine Stelle als Rental Sales Agent bei der I.\_\_\_\_\_ Budget K.\_\_\_\_\_ -Vermietung AG auf Abruf an, wobei nicht erstellbar ist, ob ihr dabei ein Mindestpensum von 60 % intern zugesichert wurde oder nicht. In dieser Tätigkeit bediente die Klägerin Kunden am Schalter, welche ein K.\_\_\_\_\_ mieteten oder zurückgaben. Da die Aufgaben bei dieser Tätigkeit nacheinander anfielen, musste die Klägerin keine Dossiers gleichzeitig handhaben oder Pendenzen in nachfolgende Arbeitstage mitnehmen. Das tatsächlich geleistete Arbeitspensum der Klägerin schwankte zwischen 40 % und 100 % und betrug durchschnittlich 70 %. Dieses Arbeitsverhältnis wurde durch einen dreimonatigen Aufenthalt in Panama in der ersten Jahreshälfte 2017 unterbrochen. Im ersten Quartal 2018 kündigte es die Klägerin.

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