

# ZH\_OBERGERICHT LB160009 vom 17. Juni 2016

ZH Obergericht, 2016-06-17, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LB160009](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LB160009)

FR: ZH\_OBERGERICHT LB160009 du 17 juin 2016

IT: ZH\_OBERGERICHT LB160009 del 17 giugno 2016

## Erwägungen

### E. 1

Sachverhalt

#### E. 1.1

Am Dienstag, 14. Juni 2005, ca. 15.10 Uhr, fuhr die Klägerin mit ihrem Personenwagen Ford Fiesta, 1.4 l (ZH ...; erste Inverkehrsetzung August 1991) auf der ...strasse in C.\_\_\_\_\_ Richtung Zürich. Bei der sog. ...kreuzung (d.h. der Kreuzung zwischen der ...strasse einerseits und der ...strasse bzw. ...strasse andererseits) musste sie wegen Rotlichts an der dortigen Ampelanlage anhalten. In

- 4 - der Wartekolonnen kam sie dabei mit ihrem Fahrzeug hinter dem von D.\_\_\_\_\_ gesteuerten Geländewagen Opel D, Monterey 3.2i 4x4 (ZH ..., erste Inverkehrsetzung September 1993) zu stehen. Halter dieses Fahrzeugs war der Vater von D.\_\_\_\_\_, E.\_\_\_\_\_. Haftpflichtversichert war E.\_\_\_\_\_'s Fahrzeug bei der Beklagten (vgl. dazu auch Polizeirapport Urk. 3/7a).

#### E. 1.2

Während der Wartezeit vor der Ampel "setzte" D.\_\_\_\_\_ ihr Fahrzeug auf der kein Gefälle aufweisenden Strasse unvermittelt "aktiv zurück" (so die Parteien übereinstimmend in Urk. 31 Rz 5.1.2 und Urk. 47 Rz 28, Urk. 62 Rz 8), so dass es mit dem Fahrzeug der Klägerin kollidierte. E.\_\_\_\_\_'s Opel Monterey war nach der Kollision hinten links leicht beschädigt, während der Ford Fiesta der Klägerin vorne rechts einen erheblichen Schaden erlitt (Polizeirapport, Urk. 3/7a: "Fahrzeug- front rechts eingedrückt, Beleuchtung beschädigt"). Die Parteien stimmen darin überein, dass die Aufprallgeschwindigkeit (Delta v) zwischen 3,6 und 8,6 km/h betrug (Urk. 11 S. 4, Urk. 47 Rz 81, Urk. 62 S. 19). Im Zeitpunkt der Kollision war die Klägerin angegurtet (Urk. 48 S. 4, Urk. 62 S. 5).

#### E. 1.3

Die Klägerin macht geltend, sie habe sich nach dem Unfall benommen gefühlt und habe bis drei Stunden nach dem Unfall Nackenschmerzen sowie "rechtsbetonte Hinterkopfschmerzen" verspürt. Nach zwei bis drei Tagen sei Schwindel aufgetreten, der bis heute andauere (vgl. Urk. 1 S. 11). Die Klägerin konsultierte jedenfalls nach dem Unfall Dr. med. F.\_\_\_\_\_, C.\_\_\_\_\_, worauf es in den Tagen nach dem Unfall zu weiteren Abklärungen im Spital Uster sowie im Universitätsspital Zürich kam (vgl. Urk. 3/8-10).

#### E. 1.4

Die Klägerin setzt sich auf den Standpunkt, dass ihre Erwerbsfähigkeit und ihr Lebensgenuss durch die Unfallfolgen erheblich reduziert worden seien. Fest steht, dass sich die Klägerin am 28. September 2006 im Zusammenhang mit dem erwähnten Unfall bei der Invalidenversicherung zum Leistungsbezug anmeldete. Die Sozialversicherungsanstalt des

Kantons Zürich ging nach Abklärungen von einem Invaliditätsgrad von 19% aus und wies das Leistungsbegehren am 29. Juni 2007 ab, weil der Invaliditätsgrad die entscheidende Schwelle von 40% nicht erreichte. Eine gegen diesen Entscheid erhobene Beschwerde wurde in der Folge vom Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich mit Urteil vom 30. April 2009

- 5 - abgewiesen. Das Gericht stufte den Gesamtinvaliditätsgrad der Klägerin auf 37% ein, weshalb die Verweigerung der Invalidenrente bestätigt wurde (Urk. 3/44).

### **E. 1.5**

Die Klägerin nimmt die Beklagte als Versicherer des Unfall verursachenden Fahrzeuges gestützt auf Art. 65 Abs. 1 SVG in Anspruch.

### **E. 2**

Prozessverlauf

#### **E. 2.1**

Im Sinne von Art. 199 ZPO haben die Parteien auf die Durchführung eines Schlichtungsverfahrens verzichtet (Urk. 1 S. 4; Urk. 3/2). Die Klage wurde daher mit der Klageschrift vom 27. August 2013 rechtshängig gemacht. Das mit der Klage gestellte Rechtsbegehren wurde in der Folge mit der Replik nur marginal modifiziert (vgl. dazu Urk. 1 S. 2 und Urk. 20 S. 2), indem die Verzinsung nicht ab dem "mittleren Verfall", sondern ab dem "jeweiligen Verfall" verlangt wurde.

##### **E. 2.1.1**

Mit der Replik reduzierte die Klägerin ihre Klage um Fr. 5'543.00. Gemäss Replik macht die Klägerin die folgenden Positionen (zuzüglich Zinsen) geltend: - Erwerbsausfall 14. Juni 2005 bis 31. Juli 2013: Fr. 193'313.00 (Urk. 20 S.

##### **E. 2.2**

Im vorinstanzlichen Verfahren fanden die folgenden wesentlichen Prozesshandlungen statt: - Klageschrift der Klägerin vom 27. August 2013 (Urk. 1). - Klageantwortschrift der Beklagten vom 15. November 2013 (Urk. 11). - 18. Juni 2013 (recte: 2014): Anordnung eines zweiten Schriftenwechsels durch die Vorinstanz (Prot. I S. 6). - Replikschrift der Klägerin im Sinne von Art. 225 ZPO vom 22. September 2014 (Urk. 20). - Duplikatschrift der Beklagten im Sinne von Art. 225 ZPO vom 23. Januar 2015 (Urk. 31).

- 6 - - 4. September 2015: Fristansetzung durch Vorinstanz zur Stellungnahme der Klägerin "zu allfälligen Duplikaten" (Prot. I S. 8). - Stellungnahme der Klägerin "zu Duplikaten und Stellungnahme im Rahmen des generellen / unbedingten Replikrechts" vom 1. Oktober 2015 (Urk. 41). - 16. Dezember 2015: Erlass des angefochtenen Urteils; gleichzeitig Zustellung der klägerischen Eingabe vom 1. Oktober 2015 (Urk. 41) an die Beklagte. Eine Beweisverfügung im Sinne von Art. 154 ZPO ist im vorinstanzlichen Verfahren nicht ergangen.

##### **E. 2.3**

Gegen das am 6. Januar 2016 zugestellte vorinstanzliche Urteil erhob die Klägerin rechtzeitig, d.h. mit Berufungsschrift vom 4. Februar 2016 (Urk. 47), Berufung. In der Folge beantwortete die Beklagte die Berufung mit Schriftsatz vom 14. April 2016 (Urk. 62). Mit Verfügung vom 18. April 2016 wurde festgehalten, dass weder ein zweiter

Schriftenwechsel im Sinne von Art. 316 Abs. 2 ZPO angeordnet noch im Sinne von Art. 316 Abs. 1 ZPO eine Berufungsverhandlung in Aussicht genommen werde (Urk. 64). In der Folge erstattete die Klägerin im Sinne der Verfügung vom 3. Mai 2016 (Urk. 67) unterm 30. Mai 2016 aus eigenem Antriebe eine unverlangte Replikeingabe (Urk. 68). Diese wurde der Beklagten mit Verfügung vom 31. Mai 2016 zugestellt (Urk. 70), worauf die Beklagte mit Eingabe vom 7. Juni 2016 mitteilte, dass sie ihrerseits auf eine sog. "Replikeingabe" verzichte (Urk. 71).

### **E. 3**

Prozessuales

#### **E. 3.1**

Begründung der Berufung. Die Berufung ist gemäss Art. 311 ZPO zu begründen. Begründen im Sinne dieser genannten Vorschrift bedeutet aufzeigen, inwiefern der angefochtene Entscheid als fehlerhaft erachtet wird. Dies setzt voraus, dass der Berufungskläger im Einzelnen die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnet, die er anführt, sich mit diesen argumentativ auseinandersetzt und die Aktenstücke nennt, auf denen seine Kritik beruht. Das vorinstanzliche Verfahren wird nicht einfach fortgeführt oder gar wiederholt, sondern es geht um die Überprüfung des vom Erstgericht getroffenen Entscheides aufgrund von erhobenen Beanstandungen. Unzulässig sind Verweisungen auf die erstinstanzlichen Rechtschriften (BGE 138 III 374 E. 4.3.1 S. 375; BGer 4A\_580/2015 vom 11. April

- 7 - 2016, zur Publikation bestimmt, E. 2.2; BGer 4A\_263/2015 vom 29.9.2015, E. 5.2.2 mit Hinweisen und BGer 4A\_382/2015 vom 4.1.2016, E. 11.3.1.). Die Klägerin stellt mit ihrer Berufung über Seiten und Seiten den Sachverhalt aus ihrer Sicht dar, als ob sie vor einer ersten Instanz plädieren würde. In gleicher Weise stellt sie im obergerichtlichen Verfahren unzählige Beweisanträge, ohne sich mit der Frage auseinanderzusetzen, ob diese Beweisanträge vor erster Instanz überhaupt prozessrechtskonform in das Verfahren eingebracht wurden. Entscheidend ist demgegenüber einzig, ob rechtserhebliche Tatsachenbehauptungen und Beweisanträge dazu vor Aktenschluss aufgestellt worden sind (vgl. Art. 221 Abs. 1 lit. d und e ZPO) und ob die Vorinstanz solche Vorbringen zu Unrecht übergegangen hat. Das Berufungsverfahren dient nicht der Vervollständigung des erstinstanzlichen Verfahrens, sondern der Überprüfung und Korrektur des erstinstanzlichen Entscheides im Lichte konkret dargelegter Beanstandungen. Diese Beanstandungen sind entweder mit der Berufungsbegründung oder mit der Berufungsantwort vorzutragen; namentlich dient die Ausübung des sog. Replikrechts nicht dazu, die bisherige Kritik zu vervollständigen oder gar neu vorzutragen (BGer 4A\_619/2015 vom 25.5.2016, E. 2.2.2. und 2.2.4., zur Publikation bestimmt). Soweit sich die Klägerin mit der Berufung auf neue Tatsachenbehauptungen bzw. Beweisanträge stützen möchte, hätte sie mit der Berufung darzutun, dass sie sich auf das Novenrecht im Sinne von Art. 317 Abs. 1 ZPO stützen kann. Unter diesem prozessualen Blickwinkel werden die umfangreichen Berufungsvorbringen der Klägerin zu prüfen sein. Vorab zu erwähnen ist ein von der Klägerin mit der Berufung eingereichtes Privatgutachten von Prof. Dr. med. G.\_\_\_\_\_ vom 19. Januar 2016 (Urk. 51/2). Die Klägerin tut mit keinem Wort dar, weshalb es zulässig sein soll, diese neue Urkunde erst im Berufungsverfahren – und damit längst nach Aktenschluss – zu produzieren (vgl. Urk. 47 Rz 11, 44, 50, 54, 55, 60, 62, 66, 76, 81, 92, 114, 120, 121, 147). Zu Unrecht wirft die Beklagte mit der Berufungsantwort

der Klägerin allerdings vor, sie übe am angefochtenen Urteil "appellatorische Kritik" (Urk. 62 S. 3). In einem Appellationsverfahren ist das selbstredend erlaubt.

- 8 -

### **E. 3.2**

Begründung der Berufungsantwort. Was für die Begründung der Berufungsbegründung gilt, gilt auch für die Berufungsantwort (BGer 4A\_580/2015 vom 11. April 2016, zur Publikation bestimmt, E. 2.2).

### **E. 3.3**

Unbeziffertes Rechtsbegehren. Die Klägerin verlangt mit ihrer Klage und der Berufung die Zusprechung eines Betrages von "mindestens" Fr. 402'374.00. Damit stellt die Beklagte ein nicht abschliessend beziffertes Rechtsbegehren, was gemäss Art. 85 ZPO nur unter sehr eingeschränkten Bedingungen zulässig ist (vgl. dazu auch den zur Publikation bestimmten Entscheid BGer 4A\_375/2015 vom 26.1.2016). Mit der Formulierung ihres Rechtsbegehrens geht es der Klägerin offensichtlich darum, dass der bisherige Rechnungstag (31. Juli 2013) angepasst werden soll, indem als neuer Rechnungstag der Urteilstag zu nehmen sei (Urk. 47 Rz 179). Auch wenn das ein theoretisches Ziel ist, kann das Gericht nur solche Anträge zum Dispositiv erheben, die zuvor von der Klägerin in diesem Sinne bestimmt formuliert worden sind (ZK ZPO-LEUENBERGER, Art. 221, N 28; PA-HUD, DIKE-Komm-ZPO, Art. 221 N 7; BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 221 N 12). So wie sich die Parteien im Sinne des allgemeinen sog. Replikrechts selbst zu solchen Eingaben der Gegenpartei äussern können, die für den weiteren Verfahrensverlauf ohne jeden Belang sind, müssen sie das erst recht tun, wenn das Gericht ein anderes Rechtsbegehren als das ursprünglich formulierte beurteilen soll. Das Gericht kann jedenfalls nicht von sich aus ein einmal gestelltes Rechtsbegehren abändern, ohne dass dies von der klägerischen Partei zuvor ausdrücklich verlangt und formuliert worden wäre und die beklagte Partei sich dazu hat äussern können. Ein anderes Vorgehen würde die Dispositionsmaxime gemäss Art. 58 Abs. 1 ZPO verletzen. Sollte sich im weiteren Verfahrensverlauf ergeben, dass die Klage auf der ganzen Linie gutzuheissen ist, könnte die Klage bestenfalls im Umfange von Fr. 402'374.00 nebst den von der Klägerin verlangten Zinsen gutgeheissen werden.

### **E. 3.4**

Aktenschluss. Die folgenden Parteivorträge des vorinstanzlichen Verfahrens sind bezüglich der von den Parteien aufgestellten Behauptungen und der gestellten Beweisanträge (vgl. Art. 221 Abs. 1 lit. d und lit. e und Art. 222 Abs. 2 ZPO) von Belang: - Klageschrift der Klägerin vom 27. August 2013 (Urk. 1);

- 9 - - Klageantwortschrift der Beklagten vom 15. November 2013 (Urk. 11); - Replikschrift gemäss Art. 225 ZPO der Klägerin vom 22. September 2014 (Urk. 20); - Duplikatschrift gemäss Art. 225 ZPO der Beklagten vom 23. Januar 2015 (Urk. 31). Vorliegend ist der Aktenschluss nach dem Gesagten mit dem Abschluss des zweiten Schriftenwechsels eingetreten. Neue Tatsachen und Beweisanträge können nach diesem Zeitpunkt nur noch unter den Voraussetzungen des Art. 229 Abs. 1 ZPO in den Prozess eingebracht werden (BGE 140 III 312), wobei diejenige Partei, die sich auf Noven beruft, darzutun hat, dass die Voraussetzungen dazu gegeben sind. Liegen zulässige Noven vor, so hat das Gericht der Gegenpartei durch entsprechende Fristansetzung Gelegenheit zu geben, dazu Stellung

zu nehmen. Das sog. "Replikrecht" stellt keine Obliegenheit dar, sondern dient einzig der Wahrung des rechtlichen Gehörs; der Verzicht auf das Replikrecht kann daher nicht zu prozessualen Nachteilen führen, die vom Gericht gemäss Art. 147 Abs. 3 ZPO ohnehin zuvor ausdrücklich anzudrohen wären. Oder mit andern Worten: Durch Verzicht auf das sog. Replikrecht werden Tatsachenvorbringen der Gegenpartei nicht anerkannt (vgl. für den analogen Fall eines neuen Rechtsbegehrens: BGE 142 III 48 E. 4.1.1. und 4.1.2.; in diesem Sinne auch BGer 4A\_61/2015 vom 25.5.2016, E. 2.2.4. zur Publikation bestimmt).

### **E. 3.5**

Beweisverfahren. Ein Beweisverfahren hat stattzufinden, wenn rechtserhebliche streitige Tatsachen vorliegen und die beweisbelastete Partei form- und fristgerecht taugliche Beweismittel angeboten hat (Art. 150 Abs. 1 und Art. 152 Abs. 1 ZPO). Keine streitigen Tatsachen liegen vor, wenn sich die Parteien im Prozess auf Urkunden berufen, deren Inhalt unbestritten ist. Ist aber im Sinne von Art. 150 Abs. 1 und 152 Abs. 1 ZPO ein Beweisverfahren durchzuführen, so hat vor der Beweisabnahme die von Art. 154 ZPO obligatorisch vorgesehene Beweisverfügung des Gerichts zu ergehen (ISAAK MEIER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich 2010, S. 312 f., 351, 358; CHRISTOPH LEUENBERGER/BEATRICE UFFER-TOBLER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Bern 2010, Rz 9.41): Das Gericht hat dort die zugelassenen Beweismittel zu bezeichnen und darüber zu bestimmen, "welcher Partei zu welchen Tatsachen der Haupt- oder der Gegenbeweis obliegt". Da die Beweisverfügung mithin sowohl den Beweisgegenstand als auch die Be-

- 10 - weismittel festlegt, steckt sie damit gleichzeitig auch die Thematik der Schlussvorträge der Parteien gemäss Art. 232 ZPO ab, jedenfalls soweit die Parteien dort "zum Beweisergebnis" Stellung zu nehmen haben. Dort, wo das Gericht prozessrechtskonform gestellte Beweisanträge übergeht, hat es die Begründung für sein Vorgehen mit dem Endentscheid zu liefern. Grundsätzlich sind aber (unter dem Vorbehalt zulässiger antizipierter Beweiswürdigung) alle prozesskonform beantragten Beweismittel zu berücksichtigen, sofern nicht aufgrund späterer Ausführungen der Parteien von ihrem Verzicht auf die Abnahme bestimmter Beweismittel auszugehen ist (BGer 4A\_145/2015 vom 6.7.2015). Mit dem angefochtenen Urteil hat die Vorinstanz Beweise gewürdigt, ohne zuvor eine Beweisverfügung erlassen zu haben. Das ist im ordentlichen und im vereinfachten Verfahren grundsätzlich unzulässig.

### **E. 3.6**

Beweismittel

#### **E. 3.6.1**

Privatgutachten. Beide Parteien stützen sich auf von ihnen eingeholte Privatgutachten, deren Inhalte sie, soweit es sich um Privatgutachten der Gegenpartei handelt, weitestgehend bestreiten. Zu erwähnen sind die folgenden Privatgutachten: - Privatgutachten der Klägerin: Polydisziplinäres Gutachten des Begutachtungszentrums "H.\_\_\_\_\_" in ... vom 5. Mai 2011 (Urk. 3/6). Die Beklagte bestreitet die Schlussfolgerungen dieses Privatgutachtens (Urk. 11 Rz 18.3.1 f., 19.1 f., 23.2, Rz 45 ff.). - Privatgutachten der Klägerin: Ergänzungsgutachten zum Polydisziplinären Gutachten des Begutachtungszentrums "H.\_\_\_\_\_" in ... vom 28. März 2012 (Urk. 3/48). Die Beklagte bestreitet die Schlussfolgerungen dieses Privatgutachtens (Urk. 11 Rz 50). - Privatgutachten der Klägerin: Verkehrstechnisches Gutachten von Dipl.-Ing. I.\_\_\_\_\_ vom 18. September

2014 (Urk. 21/5). Von der Beklagten anerkannt werden die Ausführungen betreffend die Kollisionsgeschwindigkeit (Urk. 31 Rz 8.1). Im Übrigen werden die Schlussfolgerungen dieses Privatgutachtens von der Beklagten bestritten (Urk. 31 Rz 8.2, 12, 13.2 ff.). - Privatgutachten der Klägerin: Gutachten von Prof. Dr. med. G. \_\_\_\_\_ vom 19. Januar 2016 (Urk. 51/2). Die Beklagte bestreitet die Schlussfolgerungen dieses Privatgutachtens (Urk. 62 S. 13-15). - Privatgutachten der Beklagten: Hauseigener Schlussbericht mit Expertise betreffend Restwertermittlung vom 15. Juni 2005 (Urk. 21/6). Von der

- 11 - Klägerin eingereicht; die Schlussfolgerungen werden von der Klägerin anerkannt (Urk. 20 Rz 18). - Privatgutachten der Beklagten: Biomechanische Beurteilung der J. \_\_\_\_\_ vom 11. Dezember 2006 (Urk. 12/1). Die Klägerin anerkennt einzig die Annahme der Privatgutachter, wonach "die kollisionsbedingte Geschwindigkeitsänderung" (vgl. Urk. 12/1 S. 2) 3,6 - 8,6 km/h betragen habe (Urk. 47 Rz 81). Im Übrigen bestreitet die Klägerin aber die Schlussfolgerungen dieses Privatgutachtens (Urk. 20 Rz 9). - Privatgutachten der Beklagten: Hauseigene Unfallanalyse vom 27. Juli 2006 (Urk. 12/8). Die Klägerin bestreitet die Schlussfolgerungen dieses Privatgutachtens (Urk. 20 Rz 9).

### **E. 3.6.1.1**

Das Gesetz enthält in Art. 168 ZPO einen numerus clausus der zulässigen Beweismittel. Nachdem der Vorentwurf zur ZPO das Privatgutachten als Beweismittel noch vorgesehen hatte, wurde im weiteren Gesetzgebungsprozess bewusst auf dieses Beweismittel verzichtet (BGE 141 III 433 E. 2.5.1 mit Hinweis auf die Botschaft in BBl 2006 7325). Damit kann einem Privatgutachten die Qualität eines Beweismittels ganz grundsätzlich nicht zukommen. Privatgutachten haben demgegenüber lediglich den Stellenwert einer blossen Parteibehauptung (BGE 141 III 433 E. 2.6). Allerdings ist die Gegenpartei gehalten, Tatsachenbehauptungen, die auf Grund eines Parteigutachtens aufgestellt werden, substantiiert zu bestreiten, widrigenfalls nicht von einer streitigen Tatsache im Sinne von Art. 150 ZPO auszugehen ist (vgl. BGE 141 III 433 E. 2.6).

### **E. 3.6.1.2**

Im vorliegenden Falle werden die von den Parteien ins Recht gelegten Privatgutachten von der jeweiligen Gegenpartei mit wenigen Ausnahmen (Fahrzeugschaden gemäss Urk. 21/6; Kollisionsgeschwindigkeit gemäss Urk. 12/1) substantiiert bestritten. Es bleibt damit bei streitigen Tatsachen, die, soweit sie rechtserheblich sind, durch die vom Gesetz vorgesehenen Beweismittel abzuklären sind, sofern allerdings taugliche Beweismittel form- und fristgerecht angeboten worden sind (vgl. Art. 152 Abs. 1 ZPO). Die Auffassung der Klägerin, wonach dem H. \_\_\_\_\_-Gutachten eine "qualifizierte Stellung als Beweismittel" zuerkannt werden soll (Urk. 47 Rz 111), ist angesichts der klaren bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht haltbar. Wenn im weiteren Prozessverlauf Gerichtsgutachten anzuordnen sein werden, wird es den Parteien allerdings unbenommen sein, die Gerichtsgutachter im Sinne von Ergänzungsfragen gemäss Art. 187 Abs. 4

- 12 - ZPO mit den Thesen ihrer Privatgutachter zu konfrontieren, sofern dies nicht bereits vom Gericht getan wird.

### **E. 3.6.2**

Privatgutachter als Zeugen; sachverständige Zeugen. Die Klägerin verlangte im vorinstanzlichen Verfahren die Vernehmung ihrer Privatgutachter als sog. sachverständige Zeugen (vgl. Urk. 20 Rz 7 mit Hinweis auf Urk. 21/4, Rz 30 und passim). Dem widersetzt

sich die Beklagte zu Recht, verlangt aber "rein vorsorglich und nur im Sinne der Waffengleichheit" die Vernehmung ihrer Privatgutachter als sachverständige Zeugen (vgl. Urk. 31 Rz 28). Gemäss Art. 169 Abs. 1 ZPO sind Zeugen über Tatsachen zu befragen, die sie selber unmittelbar wahrgenommen haben. In diesem Sinne macht der Zeuge Aussagen über eigene in der Vergangenheit liegende Sinneswahrnehmungen. Demgegenüber gibt der Sachverständige gestützt auf seine Fachkenntnisse über allgemeine und jederzeit zugängliche Erfahrungstatsachen Auskunft. Im Gegensatz zum Zeugen ist der Sachverständige ersetzbar und auswechselbar. Er wird daher vom Gericht ernannt; demgegenüber wird der Zeuge von den Parteien bezeichnet und kann daher auch nicht ersetzt werden (Heinrich Andreas Müller, DIKE-Komm-ZPO, Art. 183 N 11 und Art. 175 N 4 f.). Es kann daher nicht in Frage kommen, dass Privatgutachter ihre Fachmeinung, die sie in einem Privatgutachten geäussert haben, als Zeugen bestätigen. Vorbehalten bleiben muss einzig, dass ein Privatgutachter zu einer unmittelbaren Wahrnehmung befragt wird, die er im Zusammenhang mit seiner Gutachtensarbeit gemacht hat, wenn das konkrete Wahrnehmungen sind, die ein später eingesetzter Experte nicht mehr machen kann. Gegenstand einer solchen Befragung könnte z.B. der konkrete gesundheitliche Zustand der Klägerin im Zeitpunkt der Befundaufnahme durch den Privatgutachter sein, wenn dies von Belang sein sollte. Von vornherein ausscheiden muss allerdings die Befragung der Privatgutachter als sachverständige Zeugen im Sinne von Art. 175 ZPO. Soweit die Aussage eines sachverständigen Zeugen ein Gutachten ersetzen soll, kommt das nur in ausgesprochenen Bagatellfällen in Frage (vgl. ZK ZPO-WEIBEL/WALZ, Art. 175 N 8; BSK ZPO-GUYAN, Art. 175 N 2; Müller, DIKE-Komm-ZPO, Art. 175 N 11). Im vorliegenden Fall, stellt sich die Vernehmung sachverständiger Zeugen schon deshalb nicht, weil die Parteien sich in den entscheidenden Punkten auf die Einholung eines gerichtlichen Gutachtens

- 13 - berufen. Es ist daran zu erinnern, dass gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung für die Abklärung von HWS-Distorsionen ein polydisziplinäres Gutachten das zentrale Beweismittel darstellt (BGE 140 III 16 E. 2.5).

#### **E. 4**

Materielles: Überblick über die vorinstanzliche Argumentation Die Vorinstanz ist mit drei selbständigen und an und für sich tragenden Begründungen zur Abweisung der Klage gelangt. In diesem Sinne führte die Vorinstanz mit dem angefochtenen Urteil aus, - dass der natürliche Kausalzusammenhang zu verneinen sei, weil keine überwiegende Wahrscheinlichkeit dafür bestehe, dass der Unfall vom 14. Juni 2005 zu den von der Klägerin geltend gemachten Gesundheitsstörungen geführt habe (Hauptbegründung: Urk. 48 S. 7-31); - dass selbst dann, wenn der natürliche Kausalzusammenhang gegeben wäre, der adäquate Kausalzusammenhang verneint werden müsste, weil eine Frontalkollision mit einer kollisionsbedingten Geschwindigkeitsänderung zwischen 3,6 und 8,6 km/h nicht geeignet sei, bei einer gesunden Person langdauernde chronische Beschwerde auszulösen (erste Eventualbegründung: Urk. 48 S. 31 f.). - dass selbst dann, wenn sowohl der natürliche als auch der adäquate Kausalzusammenhang zu bejahen wären, die Klage unbegründet sei, weil die Klägerin nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit beweisen könne, dass sie ohne Unfall "irgendwo im Niedriglohnbereich wieder einen Job" gefunden hätte (zweite Eventualbegründung: Urk. 48 S. 32-34).

#### **E. 5**

## Materielles: Natürlicher Kausalzusammenhang

### E. 5.1

Ein natürlicher Kausalzusammenhang ist gegeben, wenn das schadensstiftende Verhalten eine notwendige Bedingung (*conditio sine qua non*) für den eingetretenen Schaden ist, d.h. das fragliche Verhalten nicht weggedacht werden kann, ohne dass auch der eingetretene Erfolg entfiel bzw. nicht als in gleicher Weise bzw. zur gleichen Zeit als eingetreten gedacht werden könnte. Entsprechend dieser Umschreibung ist für die Bejahung des natürlichen Kausalzusammenhangs nicht erforderlich, dass ein Unfall die alleinige oder unmittelbare Ursache gesundheitlicher Störungen ist; es genügt vielmehr, dass das schädigende Ereignis zusammen mit anderen Bedingungen die körperliche oder geistige Integrität der geschädigten Person beeinträchtigt hat, der Unfall mit andern Worten nicht weggedacht werden kann, ohne dass auch die eingetretene gesundheitliche Störung entfiel. Soweit der Kausalzusammenhang nicht mit wissenschaftlicher

- 14 - Genauigkeit nachgewiesen werden kann, genügt es, dass er als überwiegend wahrscheinlich erscheint. Dies ist zu verneinen, wenn nach den besonderen Umständen des Falles neben den behaupteten weiteren Ursachen ebenso in Frage kommen oder sogar näher liegen (BGE 132 III 715 E. 2.2 S. 718; BGer 4A\_275/2013 vom 30.10.2013, E. 2 mit Hinweisen).

### E. 5.2

Die Vorinstanz führt aus, dass die Klägerin die Beweislast "für die Ursächlichkeit" trage (Urk. 48 S. 7 E. 5.2). Die Klägerin beanstandet diese vorinstanzliche Sichtweise vor Obergericht und trägt vor, dass die "initiale Ursächlichkeit" und die damit verbundenen gesundheitlichen Störungen bis Ende Juni 2006 von der Beklagten anerkannt sei, weshalb es Sache der Beklagten sei, das "Wegfallen von Gesundheitsbeschwerden" im Zeitraum nach dem 30. Juni 2006 zu beweisen (Urk. 47 Rz 34, 38). In diesem Zusammenhang weist die Klägerin auf die vorinstanzlichen Vorbringen der Beklagten in der Klageantwort und in der Duplik hin, mit denen das Vorliegen "einer unfallbedingten HWS-Distorsion" anerkannt worden sei (Urk. 47 Rz 35). An den von der Klägerin genannten Stellen führte die Beklagte Folgendes aus: Klageantwort Urk. 11 Rz 47.2: "Die Beklagte bestreitet mit Ausnahme der HWS-Distorsion und den degenerativen HWS-Veränderungen die Richtigkeit und den Bestand der vom H. \_\_\_\_\_ [= Privatgutachter der Klägerin] gestellten Diagnosen. Insbesondere ist es am 14.06.2005 weder zu einer Kontusionsblutung noch zu einer zerebralen Mitbeteiligung gekommen. Das diagnostizierte chronische cervicocephale Schmerzsyndrom mit den weiter beschriebenen neuropsychologischen und psychologischen Begleit- und Ausfallerscheinungen sind jedenfalls nicht unfallkausal Natur." Duplik Urk. 31 Rz 25: "Die Beklagte hält daran fest dass die Klägerin anlässlich des Verkehrsunfalles vom 14.06.2005 ausschliesslich eine HWS-Distorsion (und zwar eine solche in der geringsten Ausprägung, nämlich ersten Grades) erlitten hat. Die klägerische Argumentation, wonach das Verletzungsbild tatsächlich viel komplexer sei, wird bestritten." Mit der Klageantwort gestand die Beklagte zu, "dass die Unfallfolgen erst Ende Juni 2006 ... vollständig abgeklungen" seien. Für den Zeitpunkt danach bestritt sie aber ausdrücklich den natürlichen und den adäquaten Kausalzusammenhang (Urk. 11 Rz 7.1). In diesem Zusammenhang geht die Beklagte – entgegen der Klägerin – von "nur sehr geringfügigen biomechanischen Einwirkungen auf den Körper der Klägerin" aus (Urk. 11 Rz 9).

### **E. 5.2.1**

Anerkannt wird von der Beklagten in der Tat, dass die Klägerin anlässlich des Unfalles eine HWS-Distorsion ersten Grades erlitten hat. Es fragt sich daher, welche Bedeutung diesem Zugeständnis zuzumessen ist. In dem in der Rechts- praxis oft herangezogenen Klinischen Wörterbuch von PSCHYREMBEL (266. Aufla- ge, Berlin/Boston 2014) wird die HWS-Distorsion wie folgt beschrieben (S. 942): "Auslenkung der Halswirbelsäule über das physiologische Mass hinausge- hend mit Überdehnung von Bändern und Bandscheiben durch plötzlich un- kontrollierte Beschleunigung des Kopfes (Kombination von abrupter Retro- und Anteflexionsbewegung) gegenüber dem Rumpf nach Einwirkung von axi- alen oder von Scherkräften; Vorkommen: fast ausschliesslich nach Verkehrs- unfall mit Heckaufprall." PSCHYREMBEL (S. 942) beschreibt fünf Grade der Störung: Grad der Störung: klinisches Erscheinungsbild: 0 • keine Nackenbeschwerden, keine objektivierbaren Ausfälle I • Nackenbeschwerden (Schmerzen, Steifigkeitsgefühl, Druck- empfindlichkeit) • keine objektivierbaren Ausfälle II • Nackenbeschwerden wie unter I • muskuloskeletale Befunde (Bewegungseinschränkung, pal- patorische Überempfindlichkeit) III • Nackenbeschwerden wie unter I • neurologische Befunde (abgeschwächte oder aufgehobene Muskeleigenreflexe, Paresen [= unvollständige Lähmun- gen], sensible Defizite) IV • Nackenbeschwerden wie unter I • Fraktur oder Dislokation im Bereich der Halswirbelsäule Bei dieser Ausgangslage kann keine Rede davon sein, dass die Beklagte mit ihren Vorträgen vor Vorinstanz zugestanden hätte, dass der Unfall vom 14. Juni 2005 die Klägerin invalidisiert habe, wie diese das im Ergebnis geltend macht. Die Beklagte anerkennt zwar, dass die Klägerin eine HWS-Distorsion erlit- ten hat, aber nur eine solche mit Bagatellfolgen. Die von der Klägerin im Ergebnis anvisierte Umkehrung der Beweislast kann unter diesen Umständen nicht ernst- haft zur Diskussion stehen. Wäre das richtig, dann müsste jeder, der anerkennt, für einen Bagatellunfall verantwortlich zu sein, die Beweislast dafür tragen, dass die vom Ansprecher behaupteten viel ernsthafteren gesundheitlichen Störungen nicht vorliegen. Das ist mit Art. 8 ZGB nicht zu vereinbaren.

### **E. 5.2.2**

In rechtlicher Hinsicht weist die Klägerin einzig auf zwei nicht amtlich publi- zierte Bundesgerichtsentscheide hin, nämlich auf BGer 4A\_65/2009 vom 17. Feb- ruar 2010 sowie auf BGer 4A\_45/2009 vom 25. März 2009 (Urk. 47 Rz 34; so

- 16 - auch schon vor Vorinstanz in Urk. 20 Rz 4). Diese Entscheide vermögen ihre These aber nicht zu stützen: In beiden Fällen wurden kantonale Entscheide ge- schützt, mit denen im Rahmen eines Beweisverfahrens auf Grund von medizini- schen Gutachten festgestellt wurde, dass ein Unfall die geltend gemachten Be- schwerden ausgelöst habe (BGer 4A\_45/2009 E. 2.3.1 "rôle déclencheur de l'ac- cident"; BGer 4A\_65/2009 E. 5.4 "la collisione ... ha funto da elemento scatenan- te per i danni alla salute"). Ein solches Beweisverfahren hat im vorliegenden Pro- zess bis heute nicht stattgefunden, so dass sich jedenfalls derzeit eine solche Feststellung ohnehin verbietet. Und im vorliegenden Fall hat die Beklagte nament- lich nicht anerkannt, dass der Unfall vom 14. Juni 2005 auslösendes Element für die geltend gemachten invalidisierenden Gesundheitsschäden sei.

### **E. 5.2.3**

Damit muss die Klägerin gemäss Art. 8 ZGB beweisen, dass die von ihr geltend gemachten gesundheitlichen Störungen Folgen des Unfalls vom 14. Juni 2005 sind. Dabei genügt, wie

bereits erwähnt, das Beweismass der überwiegen- den Wahrscheinlichkeit (vgl. dazu auch BGE 141 III 241 E. 3.1, 133 III 153 E. 3.3; BK-WALTER, Art. 8 ZGB N 146).

### **E. 5.3**

Unter dem Titel "Natürliche Kausalität" setzt sich die Vorinstanz ausführlich mit der sog. "Harmlosigkeitsgrenze" auseinander. Unter Hinweis auf verschiedene Entscheide der sozialrechtlichen Abteilungen des Bundesgerichts weist sie darauf hin, dass bei Heckkollisionen ein Delta V unter 10 bis 15 km/h und bei Frontalkol- lisionen unter 20 bis 30 km/h im Normalfall als leicht einzustufen seien (Urk. 48 S. 9). In der Folge würdigt sie – notabene ausserhalb eines eigentlichen Beweis- verfahrens – namentlich die Privatgutachten und weitere Aktenstücke. Sie kommt zum Schluss, dass vorliegend die kollisionsbedingte Geschwindigkeitsverände- rung "bei weitem unter" der sog. Harmlosigkeitsgrenze liege (Urk. 48 S. 18). Der Nachweis des natürlichen Kausalzusammenhanges scheitere daher "bereits auf- grund der Harmlosigkeit der Frontalkollision" (Urk. 48 S. 31).

#### **E. 5.3.1**

Die Klägerin beanstandet vor Obergericht diese vorinstanzliche Argumenta- tion (Urk. 47 Rz 82, 103, 148). Angesichts ihres Vorzustandes sei in ihrem Fall insbesondere nicht von einem "Normalfall" auszugehen (Urk. 47 Rz 50). Weiter beanstandet die Klägerin, dass die Vorinstanz ihre Behauptung übergangen und kein Beweisverfahren darüber durchgeführt habe, dass sie beim Unfall den Kopf

- 17 - am Fahrzeug angeprallt habe, was zu seiner Kontusionsblutung im Hirn geführt habe (Urk. 47 Rz 4, 12, 44, 49, 54, 62 ff., 89, 90, 94).

#### **E. 5.3.2**

Die von der Vorinstanz angeführten Bundesgerichtsentscheide (Urk. 48 S. 9) betreffen nicht den hier interessierenden natürlichen Kausalzusammenhang, sondern unter sozialversicherungsrechtlichen Gesichtspunkten den adäquaten Kausalzusammenhang, mithin eine Rechtsfrage. Beim natürlichen Kausalzusam- menhang geht es allerdings nicht um eine Rechtsfrage, sondern um eine Tatfra- ge. In dieser Hinsicht hat sich die Klägerin unter Bezeichnung von Beweismitteln in beiden massgeblichen vorinstanzlichen Parteivorträgen stets auf den Stand- punkt gestellt, ihre gesundheitlichen Beschwerden seien Folge des Unfalls vom 14. Juni 2005, bei dem sie mit dem Kopf aufgeschlagen sei, worauf sie eine Kon- tusionsblutung im Hirn erlitten habe. Die Vorinstanz hat die entsprechenden Be- weisanträge der Parteien nicht übersehen (vgl. dazu Urk. 48 S. 11), sondern hat sie übergangen. Beide Parteien haben vor Aktenschluss zu den entscheidenden Fragen eine Reihe von Beweisanträgen gestellt; namentlich haben sie auch die Einholung von Gerichtsgutachten verlangt (vgl. z.B. Urk. 20 Rz 18, 30, 31, 34, 35, 36, 39, 41, 42, 45, 46, 55, 56, 63, 66, 78, 79, 80, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 99, 100, 101, 117, 123, 124 und passim; Urk. 11 Rz 11, 18.2, 18.3.3, 19.3, 21, 23.2, 27, 30.2 und passim). Den rechtzeitig und prozessrechtskonform gestellten tauglichen Beweisanträgen wird im weiteren Verfahrensverlauf Rechnung zu tragen sein. Verfehlt ist allerdings die Anschauung der Klägerin, dass bereits auf Grund der Akten bewiesen sei, dass sie ihren Kopf beim Unfall tatsächlich angeschlagen habe (Urk. 47 Rz 49, 99). Solange die Beklagte den von der Klägerin behaupteten Aufprall des Kopfes und die damit verbundene Kontusionsblutung bestreitet, han- delt es sich dabei um eine rechtserhebliche streitige Tatsache, über die mit den Beweismitteln der Prozessordnung Beweis zu führen ist. Eine Grundlage, um den

beantragten Gutachtensbeweis antizipiert ausschliessen zu können, bieten die Akten klarerweise nicht. Die zu prüfenden Vorgänge sind komplex.

#### **E. 5.4**

Die Klägerin trägt mit der Berufung vor, dass an ihrer Halswirbelsäule vor dem Unfall "mittelgradige degenerative Veränderungen" bestanden hätten, die aber bis zum 16. Juni 2005 "klinisch stumm" gewesen seien (Urk. 47 Rz 110). Die Beklagte stellt sich mit der Berufungsantwort auf den Standpunkt, es sei dies ein

- 18 - unzulässiges Novum, mit dem die Klägerin eine Abweichung vom sog. "Normalfall" begründen wolle (Urk. 62 Rz 60). Die Beklagte irrt, hat sie doch selber mit ihrer Klageantwort "die degenerativen HWS-Veränderungen" bestritten (vgl. oben E. 5.2. mit Hinweis auf Urk. 11 Rz 47.2). Die Klägerin hat demgegenüber mit Klagebegründung und Replik unter Bezeichnung von Beweismitteln auf diese degenerative Veränderung hingewiesen (Urk. 1 S. 31 f., 38; Urk. 20 Rz 89, 91 und 162). Damit wird auch darüber Beweis geführt werden müssen.

#### **E. 6**

Materielles: Adäquater Kausalzusammenhang

##### **E. 6.1**

Die Vorinstanz verneint auch den adäquaten Kausalzusammenhang, und zwar mit dem Argument, dass eine Frontalkollision mit einer kollisionsbedingten Geschwindigkeitsänderung zwischen 3,6 und 8,6 km/h bei einer gesunden Person nicht dazu geeignet sei, langandauernde chronische Beschwerden auszulösen. Und selbst wenn die Beschwerden anfänglich unfallbedingt gewesen wären, müsste die Frage gestellt werden, ob diese Beschwerden nicht nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge nicht längst hätten ausgeheilt sein müssen (Urk. 48 S. 31 f.). Auch diese vorinstanzliche Sichtweise wird mit der Berufung beanstandet (Urk. 47 Rz 149 f.).

##### **E. 6.2**

Ein Ereignis gilt als adäquate Ursache eines Erfolgs, wenn es nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung an sich geeignet ist, einen Erfolg von der Art des eingetretenen herbeizuführen, der Eintritt des Erfolgs also durch das Ereignis als allgemein begünstigt erscheint. Rechtspolitischer Zweck der Adäquanz bildet die Begrenzung der Haftung; es soll aufgrund sämtlicher Umstände im Einzelfall (Art. 4 ZGB) entschieden werden, ob eine Schädigung billigerweise noch dem Haftpflichtigen zugerechnet werden kann. Dabei genügt haftpflichtrechtlich, dass der Schädiger eine Ursache gesetzt hat, die nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge geeignet war, den Schaden herbeizuführen, und ohne die es nicht zum Schaden gekommen wäre. Demgegenüber vermögen Mitursachen, wie etwa die konstitutionelle Prädisposition der geschädigten Person, den adäquaten Kausalzusammenhang in der Regel weder zu unterbrechen noch auszuschliessen. Ob zwischen der Ursache und dem Schadenseintritt ein adäquater Kausalzusammenhang besteht, ist eine Wertungsgeschichts-

- 19 - punkten unterliegende Rechtsfrage (BGer 4A\_275/2013 vom 30.10.2013, E. 5 und 5.1 mit Hinweisen). Die von der Vorinstanz erwähnte sog. Harmlosigkeitsgrenze und die von ihr in diesem Zusammenhang zitierten Entscheide der sozialrechtlichen Abteilungen des Bundesgerichts (vgl. Urk. 48 S. 9 f.) könnten bestenfalls unter dem Gesichtspunkt der Adäquanz eine Rolle spielen. Auch dazu hat sich das Bundesgericht indessen geäußert:

Es hält dafür, dass "eine schematische Übernahme sozialversicherungsrechtlicher Kriterien in das Haftpflichtrecht unbesehen der Unterschiede ... dem Zweck, im Einzelfall eine billige, eben 'adäquate' Zurechnungsscheidung zu fällen", zuwiderliefe. Die Abgrenzung adäquater Unfallfolgen von inadäquaten Unfallfolgen könne im Haftpflichtrecht und im Sozialversicherungsrecht durchaus unterschiedlich ausfallen. Im Zusammenhang mit dem adäquaten Kausalzusammenhang spiele die Schwere des Unfallereignisses keine Rolle. Aus haftpflichtrechtlicher Sicht sei nämlich einzig zu fragen, ob das in Frage stehende Unfallereignis nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und nach der allgemeinen Lebenserfahrung dazu geeignet ist, die eingetretenen Beschwerden des Geschädigten herbeizuführen (BGer 4A\_171/2012 vom 26.6.2012, E. 2.3 und 2.4). Von dieser Rechtsprechung ist auch hier auszugehen.

### **E. 6.3**

Die Adäquanz wird erst zu beurteilen sein, wenn einmal der natürliche Kausalzusammenhang feststehen sollte. In rechtlicher Hinsicht lässt sich die Adäquanz jedenfalls nicht einfach mit dem Hinweis auf die sog. Harmlosigkeitsgrenze verneinen, wie das die Vorinstanz im Ergebnis getan hat. Das Bestehen einer Harmlosigkeitsgrenze hat unter dem Gesichtspunkt der sozialversicherungsrechtlichen Adäquanz Bedeutung (vgl. BGer 8C\_682/2013 vom 14.2.2014, E. 10). Für den Bereich des privatrechtlichen Haftpflichtrechts hat das Bundesgericht noch nie für eine solche Grenze entschieden. Die konkrete Geschwindigkeitsänderung kann allerdings bei der Adäquanzprüfung ein Faktor unter mehreren sein.

### **E. 7**

Materielles: Schaden

#### **E. 7.1**

Die Vorinstanz verneint sodann, dass der Klägerin überhaupt ein Schaden entstanden sei. Ohne ein Beweisverfahren durchgeführt zu haben, kommt sie zum Schluss, dass die Klägerin ihre Behauptung, wonach sie nach dem Unfall "ir-

- 20 - gendwo im Niedriglohnbereich wieder einen Job gefunden" hätte, nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit bewiesen habe (Urk. 48 E. 8 S. 33 f.). Auch diese vorinstanzliche Anschauung wird mit der Berufung angefochten (Urk. 47 Rz 151- 180).

#### **E. 7.2**

Fest steht, dass die Klägerin schon zwei Jahre vor dem Unfall, d.h. seit dem Jahre 2003, arbeitslos war (vgl. dazu Urk. 48 E. 8.4 mit Hinweis auf Urk. 20 Rz 193 f.). Entgegen der Meinung der Klägerin (vgl. Urk. 47 Rz 33, 153) spielt das durchaus eine Rolle. Macht eine arbeitslose Person geltend, dass sie ohne das fragliche Unfallereignis nach dem Unfall eine Erwerbstätigkeit ausgeübt hätte, dann hat sie die überwiegende Wahrscheinlichkeit für eine derartige Annahme nachzuweisen. In diesem Sinne kommt der Klägerin gemäss Art. 8 ZGB (allerdings mit dem reduzierten Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit) die Beweislast zu, dass sie in der Zeit nach dem Unfall erwerbstätig gewesen wäre, wenn sich der Unfall nicht ereignet hätte (in diesem Sinne: BGE 141 III 241 E. 3.1). Da die Klägerin im Zeitpunkt des Unfalles arbeitslos war, besteht die Vermutung, dass sie auch in der Zeit nach dem Unfall arbeitslos geblieben wäre, wenn sich der Unfall nicht ereignet hätte. Diese Vermutung kann namentlich mit dem Nachweis widerlegt werden, dass sie ohne Unfall mit überwiegender Wahrscheinlichkeit eine konkrete Stelle angetreten hätte (in diesem Sinne:

BGE 141 III 241 E. 3.2.1-3.2.3).

### **E. 7.3**

Im Zusammenhang mit der Ermittlung des Valideneinkommens wirft die Klägerin der Vorinstanz vor, sie habe es unterlassen, den entstandenen Schaden gestützt auf Art. 42 Abs. 2 OR abzuschätzen. Wenn sie die von ihr genannten Beweismittel, wie Dokumente, Parteibefragung, Zeugenaussagen und das beantragte gerichtliche Gutachten berücksichtigt hätte, wäre es ihr möglich gewesen, den entstandenen Schaden abzuschätzen (Urk. 47 Rz 173). Die Klägerin bezeichnet mit ihrer Berufung die Stelle ihrer Replik (Urk. 20 Rz 188-190), wo sie vor Vorinstanz diese Beweisanträge formuliert hatte. Die Vorinstanz erwähnt zwar die Behauptung der Klägerin, wonach sie – ohne Unfall – von ihrer Schwester per 1. August 2005 in deren Restaurant als Servicemitarbeiterin angestellt worden wäre und dort im Jahre 2005 ein Monatseinkommen von Fr. 3'600.00 erzielt hätte (Urk. 48 S. 33 mit Hinweis auf Urk. 1 S. 44). Auch in diesem Zusammenhang stellte die - 21 - Klägerin eine Reihe von Beweisanträgen (Urk. 1 S. 46; vgl. auch Urk. 1 S. 9 f. und S. 56; vgl. dazu auch Urk. 20 Rz 178, 183, 186, 187, 204, 205).

#### **E. 7.3.1**

Wenn sich die Klägerin auf Art. 42 Abs. 2 OR beruft, so tut sie das im Rahmen dessen, was von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung abgesteckt wird: Die Abschätzung des Schadens durch das Gericht kann zum Zuge kommen, wenn die konkrete Berechnung des Schadens nicht möglich oder zumindest nicht zumutbar ist (vgl. BSK OR I-KESSLER, Art. 42 N 10). In diesem Sinne gewährt Art. 42 Abs. 2 OR dem Geschädigten eine Beweiserleichterung, entbindet ihn aber nicht davor, im Rahmen des Zumutbaren Beweismittel zu liefern (BGE 133 III 153 E. 3.7, 133 III 462 E. 4.4.2). Ein Ansprecher, der nicht die zumutbaren Beweisanträge stellt, kann sich nicht auf Art. 42 Abs. 2 OR berufen (BGer 4A\_154/2009 vom 8.9.2009, E. 6).

#### **E. 7.3.2**

Nach dem Gesagten hat die Klägerin in dem hier interessierenden Zusammenhang durchaus Beweisanträge gestellt, die von der Vorinstanz indessen durchwegs übergangen wurden. Auch in diesem Zusammenhang wird ein Beweisverfahren durchzuführen sein. Erst nach Abnahme der vorhandenen Beweismittel wird eine Abschätzung gemäss Art. 42 Abs. 2 OR erfolgen können.

### **E. 7.4**

Die Klägerin rügt vor Obergericht sodann, dass sich die Vorinstanz im angefochtenen Urteil nicht mit der Höhe des Invalideneinkommens auseinandergesetzt hat (Urk. 47 Rz 159). Die Unterlassung der Vorinstanz hängt wohl damit zusammen, dass sie die Haftung der Beklagten ganz grundsätzlich verneint hat. Sollte dies auf Grund des Ergebnisses des künftigen Beweisverfahrens nicht mehr möglich sein, dann hätte sie sich in ihrem neuen Entscheid (vgl. unten E. 9) auch mit der Höhe des Invalideneinkommens auseinanderzusetzen, und zwar auf Grund der Vorbringen und Beweisanträge, welche die Parteien bis Aktenschluss in den Prozess haben einfließen lassen.

### **E. 7.5**

Die Klägerin hat den Schaden mit dem Schadensberechnungsprogramm "Leonardo" ermittelt. Sie offeriert die Einsendung der entsprechenden "Leonardo"-Datei (Urk. 1 S. 6 f.

mit Hinweis auf Urk. 3/62, Urk. 20 Rz 205 mit Hinweis auf Urk. 21/1, Rz 207). Die Beklagte stellt dieses Vorgehen mit ihrer Klageantwort nicht grundsätzlich in Frage, indem sie vorträgt, dass "die Berechnung korrekt durchge-

- 22 - führt worden zu sein" scheine. Sie bestreitet einzig die von der Klägerin in diesem Zusammenhang getroffenen Annahmen und Zahlen (Urk. 11 Rz 65, 69). Mit ihrer Replik legte die Klägerin eine "korrigierte Schadenberechnung Leonardo" vor (Urk. 20 Rz 205 mit Hinweis auf Urk. 21/1). Auch dazu verzichtet die Beklagte ausdrücklich auf das Anbringen von Bemerkungen und verweist auf das in der Klageantwort Ausgeführte (Urk. 31 Rz 107). Sollte sich im weiteren Verfahrens- verlauf ergeben, dass die Beklagte für die Unfallfolgen haftet, wird sich das Ge- richt mit dieser Berechnung näher auseinandersetzen müssen.

## **E. 8**

Materielles: Genugtuung Die Klägerin verlangt eine Genugtuung von Fr. 30'000.00. Die Vorinstanz äussert sich dazu nicht. Auch das wird mit der Berufung beanstandet (Urk. 47 Rz 182 f.). Die Vorinstanz wird sich in ihrem neuen Urteil auch mit dieser Position auseinandersetzen müssen (vgl. sogleich E. 9).

## **E. 9**

Rückweisung; Kosten- und Entschädigungsfolgen

### **E. 9.1**

Ist das Beweisverfahren zu ergänzen, so liegt es im Ermessen der Beru- fungsinstanz, ob sie diese Ergänzung des Beweisverfahrens selber vornimmt oder ob sie die Sache zur Ergänzung des Verfahrens an die Vorinstanz zurück- weist. Entgegen der Meinung der Beklagten (Urk. 62 S. 6) gibt es in dieser Hin- sicht keinen Anspruch auf zwei Instanzen (BGer 4A\_619/2015 vom 25.5.2016, E. 2.2.1., zur Publikation bestimmt).

### **E. 9.2**

Nach dem Gesagten wird ein Beweisverfahren von Grund auf durchzufüh- ren sein. In diesem Sinne wird der Sachverhalt in wesentlichen Teilen zu vervoll- ständigen sein. Das führt in Anwendung von Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 2 ZPO zur Rückweisung der Sache an die Vorinstanz. Die Vorinstanz wird zunächst eine Beweisverfügung gemäss Art. 154 ZPO zu erlassen haben. Dort wird sie festzu- legen haben, welcher Partei zu welchen Tatsachen der Haupt- bzw. der Gegen- beweis obliegt und welche Beweismittel dazu zugelassen sind. Dabei hat sie auf alle vor Aktenschluss gestellte Beweisanträge der Parteien zu rechtserheblichen streitigen Tatsachen abzustellen, die den Anforderungen von Art. 221 Abs. 1 lit. e ZPO genügen. Bei der Frage, inwieweit die Parteien taugliche Beweismittel ge- nannt haben, wird sich die Vorinstanz im weiteren Prozessverlauf unter anderem

- 23 - an dem zu orientieren haben, was in diesem Rückweisungsentscheid unter "Pro- zessuales" ausgeführt wird. Nach Abschluss des Beweisverfahrens wird sie den Parteien sodann Gelegenheit geben müssen, im Sinne von Art. 232 ZPO zum Beweisergebnis Stellung zu nehmen. Sollte die Vorinstanz nicht alle von den Par- teien prozessrechtskonform genannten Beweismittel abnehmen (z.B. wegen anti- zipierter Beweiswürdigung), so hätte sie dies mit ihrem Endentscheid zu begrün- den.

### **E. 9.3**

Bei diesem Ausgang des Berufungsverfahrens rechtfertigt es sich, die Ver- teilung der Prozesskosten (Gerichtskosten und Parteientschädigungen) dem neu- en Endentscheid der

Vorinstanz zu überlassen (Art. 104 Abs. 4 ZPO). Es wird beschlossen: 1. In teilweiser Gutheissung der Berufung wird das Urteil des Bezirksgerichts Zürich (3. Abteilung) vom 16. Dezember 2015 aufgehoben, und die Sache wird zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuem Entscheid im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen. 2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 12'000.00 festgesetzt. 3. Die Verteilung der Prozesskosten dieses Berufungsverfahrens wird dem neuen Entscheid der Vorinstanz überlassen. 4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein, an die Klägerin unter Beilage des Doppels von Urk. 71. Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erst- und zweitinstanzlichen Akten an die Vorinstanz. 5. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

- 24 - Dies ist ein Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 402'374.00. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG. Zürich, 17. Juni 2016 Obergericht des Kantons Zürich I. Zivilkammer  
Die Vorsitzende: Die Gerichtsschreiberin: Dr. L. Hunziker Schnider lic. iur. P. Knoblauch  
versandt am: mc

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