

ZH_OBERGERICHT LB170043 vom 20. April 2018

ZH Obergericht, 2018-04-20, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LB170043

FR: ZH_OBERGERICHT LB170043 du 20 avril 2018

IT: ZH_OBERGERICHT LB170043 del 20 aprile 2018

Erwägungen

E. 1

Der für einige Tage als Tourist in der Schweiz weilende Kläger wurde am tt. Oktober 2013 als Mitfahrer eines BMW 328i mit dem Kennzeichen SG ... auf der Autobahn A1 bei einem Unfall schwer verletzt. Der Lenker des Fahrzeugs, D._____, erlitt tödliche Verletzungen und war bei der Beklagten haftpflichtverschert. Für den Unfallhergang kann auf das angefochtene Urteil (Urk. 64 S. 3 f.) und den Rapport der Kantonspolizei St. Gallen vom 19. Dezember 2013 verwiesen werden (Urk. 4/3). Als Wohnort des Klägers ist im Rapport seine heutige Adresse in Serbien vermerkt (Urk. 4/3 S. 2).

E. 1.1

Die Berufung wurde form- und fristgerecht erhoben. Sie richtet sich gegen einen erstinstanzlichen Endentscheid vermögensrechtlicher Natur. Die

- 8 - Streitwertgrenze von CHF 10'000 wird erreicht. Auf die Berufung ist – unter Vorbehalt hinreichender Begründung – einzutreten (Art. 308 und Art. 311 ZPO).

E. 1.2

Für die Beklagte ist fraglich, ob Berufungsantrag Ziffer 1 ("Die Klage sei gutzuheissen.") den gesetzlichen Anforderungen an die Bestimmtheit genügt. Sie ist aber selbst der Auffassung, dass ein Anwendungsfall des "ausnahmsweisen Eintretens bei formell mangelhaftem Rechtsbegehren vorliegen [dürfte]" (Urk. 75 S. 3 Ziff. 6 f.). Der Antrag, die Klage sei gutzuheissen, kann vorliegend nicht anders verstanden werden, als dass der Kläger die Gutheissung seines modifizierten Rechtsbegehrens gemäss Replik vom 22. Dezember 2016 verlangt, d.h. eine von 1. November 2013 bis zum Urteilstag kapitalisierte Rente von RSD 90'500 und ab Urteilstag eine monatliche (indexierte) Rente von RSD 90'500. Damit ist auch der Berufungsantrag, die Klage sei gutzuheissen, genügend beziffert.

E. 1.3

Der Kläger stellt im Berufungsverfahren ein neues Eventualbegehren. Dabei handelt es sich um eine Klageänderung, die nur unter den Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 2 ZPO zulässig ist. Er begründet die Zulässigkeit mit einer Verletzung des rechtlichen Gehörs und der richterlichen Fragepflicht (Urk. 63 S. 14). Darauf wird bei der materiellen Behandlung dieser Rügen zurückzukommen sein (E. 4.1 bis 4.4).

E. 1.4

Die Beklagte beantragt, die Berufung sei gutzuheissen und die Klage abzuweisen; eventualiter sei die Angelegenheit zur materiellen Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen (Urk. 75 S. 2). Wie sich der Begründung entnehmen lässt, zielt ihr Antrag darauf ab, die vom Kläger erhobene Eventualbehauptung eines monatlichen Valideneinkommens in Serbien von RSD 50'000 (welche die Beklagte freilich für

unsubstantiiert hält) einer materiellen Beurteilung durch die Berufungsinstanz, eventualiter durch die Vorinstanz zuzuführen (Urk. 75 S. 10). Auch der Kläger hält in der Berufung an seinem Eventualstandpunkt fest (Urk. 63 S. 11). Die Vorinstanz hat sich dazu nicht geäußert, weshalb darauf einzugehen sein wird (E. 3.2.1 und 3.2.5 bis 3.2.8).

- 9 -

E. 1.5

Das Berufungsverfahren ist ein eigenständiges Verfahren. Es dient nicht etwa der Vervollständigung des vorinstanzlichen Verfahrens, sondern vielmehr der Überprüfung und Korrektur des erstinstanzlichen Entscheides im Lichte konkreter dagegen vorgebrachter Beanstandungen. In der Berufungsschrift sind die Behauptungen bestimmt und vollständig aufzustellen. Die Beanstandungen am angefochtenen Entscheid haben die Parteien innert der Berufungs- bzw. Berufungsantwortfrist vollständig vorzutragen (BGE 142 III 413 E. 2.2.1 und E. 2.2.4 S. 414 und S. 417 mit Hinweisen). Der Berufungskläger hat mittels klarer und sauberer Verweisungen auf die Ausführungen vor der Vorinstanz zu zeigen, wo er die massgeblichen Tatsachen bzw. Bestreitungen und Beweismittel vorgebracht hat. Es ist nicht Sache der Rechtsmittelinstanz, die Akten und die Rechtsschriften der Vorinstanz zu durchforsten, um festzustellen, was welche Partei wo ausgeführt hat. Damit ist gesagt, dass die Berufungsschrift weder eine pauschale Verweisung auf die bei der Vorinstanz eingereichten Rechtsschriften noch eine neu-erliche Darstellung der Sach- oder Rechtslage enthalten darf, welche nicht darauf eingeht, was vor der Vorinstanz vorgebracht worden ist. Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über eine umfassende Überprüfungsbefugnis der Streitsache, d.h. über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung (BGer 5A_184/2013 vom 26. April 2013, E. 3.1). In der schriftlichen Berufungsbegründung (Art. 311 ZPO) ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem der genannten Mängel leidet (BGE 138 III 374 E. 4.3.1 S. 375; BGer 5A_751/2014 vom 28. Mai 2015, E. 2.1). Was nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, braucht die Rechtsmittelinstanz nicht zu überprüfen. Das gilt zumindest solange, als ein Mangel nicht geradezu ins Auge springt (BGer 4A_258/2015 vom 21. Oktober 2015, E. 2.4.3; BGer 4A_290/2014 vom 1. September 2014, E. 5). Die Anforderungen an die Begründung einer Berufung gelten sinngemäss auch für die Begründung der Berufungsantwort (BGer 4A_580/2015 vom 11. April 2016, E. 2.2. mit Hinweis auf den zur Beschwerdeantwort im bun-

- 10 - desgerichtlichen Verfahren ergangenen BGE 140 III 115 E. 2 S. 116). Ein Berufungsbeklagter, der die Ausführungen der Vorinstanz im angefochtenen Urteil nicht gelten lassen will, hat sich ebenso mit den vorinstanzlichen Erwägungen auseinanderzusetzen, wie das ein Berufungskläger tun muss, der mit der Berufung ein erstinstanzliches Urteil anfechtet. 2. Der Kläger macht zunächst geltend, die Vorinstanz habe den Dispositionsgrundsatz (Art. 58 Abs. 1 ZPO), eventuell Art. 84 OR verletzt. In diesem Zusammenhang rügt er auch die Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren (Art. 6 EMRK) und des rechtlichen Gehörs (Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 53 Abs. 1 ZPO). 2.1.1 Der Kläger weist darauf hin, dass er in der Replik Ersatz in serbischen Dinar gefordert habe, nachdem von der Beklagten in der Klageantwort eingewendet worden sei, das auf die

Bezahlung in Schweizer Franken lautende Rechtsbegehren sei nicht statthaft. Die Beklagte habe in der Folge nicht geltend gemacht, es seien nicht serbische Dinar sondern Euro geschuldet. Vielmehr habe die Beklagte in der Duplik selber ausgeführt, dass angesichts des aktuellen Wohnsitzes des Klägers in Serbien von der Leistung in serbischer Landeswährung auszugehen sei. Damit sei zwischen den Parteien im Prozess ausdrücklich vereinbart bzw. anerkannt worden, "dass die Regelung der sich allenfalls ergebenden beklagtschen Schuld in RSD zu erfolgen habe". Es könne nicht nachvollzogen werden, weshalb die Vorinstanz diesen Sachverhalt ausser Betracht gelassen habe. Im Ergebnis habe sie der Beklagten bezogen auf die Währungsfrage mehr zugesprochen, als diese anerkannt habe, und damit ohne Grund die Dispositionsmassnahme durchbrochen, was unzulässig sei. Nachdem die Beklagte bestritten habe, dass der Kläger eine reguläre Erwerbstätigkeit aufgenommen und bis zum 65. Altersjahr ausgeübt hätte, könne eine lebenslange Tätigkeit des Klägers im Kosovo bereits aufgrund der Sachvorbringen der Parteien nicht angenommen werden (Urk. 63 S. 4 ff.).

2.1.2 Die Beklagte ist der Ansicht, dass es sich bei der Frage, in welcher Währung eine Schuld zu bezahlen sei, um eine Rechtsfrage handelt, die der Parteidisposition entzogen sei. Die Beantwortung habe ausschliesslich aufgrund - 11 - des vom Kläger vorgetragenen Sachverhalts zu erfolgen. Angesichts der Behauptungen des Klägers sei nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz von einem Valideneinkommen aus Erwerbstätigkeit im Kosovo ausgegangen sei. Es bedeute keine Anerkennung, wenn sie in der Klageantwort die eingeklagte Währung (Schweizer Franken) beanstandet und in der Duplik nicht mehr darauf zurückgekommen sei. Sie habe keinerlei Ausführungen zum Validenverlauf in Serbien gemacht (Urk. 75 S. 5 ff.).

2.1.3 Das Gericht darf einer Partei nicht mehr und nichts anderes zusprechen, als sie verlangt, und nicht weniger, als die Gegenpartei anerkannt hat (Art. 58 Abs. 1 ZPO). Aufgrund dieser Bestimmung ist das Gericht an die von den Parteien gestellten Rechtsbegehren gebunden. Die Beklagte hat vor Vorinstanz sowohl in der Klageantwort als auch in der Duplik die Abweisung der Klage beantragt (Urk. 12 S. 2, Urk. 43 S. 2). Die Vorinstanz hat die Klage abgewiesen. Sie hat folglich dem Kläger nicht weniger zugesprochen, als die Beklagte anerkannt hat. Ebenso wenig hat sie der Beklagten mehr zugesprochen, als diese verlangt hat. Die Beklagte schloss auf Abweisung der Klage. Dem hat die Vorinstanz entsprochen. Eine Verletzung des Dispositionsgrundsatzes liegt nicht vor. Nicht ersichtlich ist, dass die Vorinstanz der Beklagten mehr als verlangt zugesprochen hätte, weil sie auf Abweisung der Klage erkannte, ohne eine umfassende Anspruchsprüfung vorgenommen zu haben (Urk. 63 S. 13). Die Beklagte hat sehr wohl einen "massgebenden Antrag" gestellt (Urk. 63 S. 14), nämlich, die Klage sei abzuweisen (Urk. 12 S. 2, Urk. 43 S. 2).

2.1.4 Wie bereits die Vorinstanz zutreffend erwogen hat, regelt das Schuldstatut – vorliegend das schweizerische Recht – in welcher Währung ein Anspruch geschuldet wird. Wie auch der Kläger anerkennt (Urk. 63 S. 7), handelt es sich bei der Frage nach der geschuldeten Währung um eine Rechtsfrage, die vom Gericht aufgrund der Tatsachenvorbringen von Amtes wegen zu beantworten ist. Das Gericht hat das Recht von Amtes wegen anzuwenden (Art. 57 ZPO) und ist in der rechtlichen Würdigung der Tatsachen frei bzw. nicht an die Begründung der Anträge der Parteien gebunden (BSK ZPO-Gehri, Art. 57 N 4). Selbst an übereinstimmende Rechtsauffassungen der Parteien ist das Gericht nicht gebunden. Die

- 12 - Rechtsanwendung ist allein Sache des Gerichts (Glasl, in: Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], Kommentar, Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], 2016, Art. 55 N

14). Als Rechtsfrage kann die Frage der geschuldeten Währung daher auch nicht anerkannt werden. Der Einwand des Klägers, unter den Parteien herrsche Konsens, dass er berechtigt sei, serbische Dinar einzufordern (Urk. 63 S. 3), geht daher an der Sache vorbei. Es ist nicht relevant, ob die Beklagte in der Duplik ihrerseits davon ausging, der Kläger habe seine Forderung in der Landeswährung seines aktuellen Wohnsitzes in Serbien einzuklagen (Urk. 43 S. 5 Ziff. 151). Davon abgesehen hat der Kläger in der Replik selber festgehalten, die Beklagte berufe sich auf BGE 137 III 158 und mache weiter geltend, geforderte Renten seien "entsprechend dem Validenverlauf" einzuklagen (Urk. 32 S. 5 mit Verweis auf Urk. 12 S. 6 Ziff. 16 f.). In der Klageantwort hat die Beklagte aber keinen Zweifel daran gelassen, dass zur Beurteilung der Validenkarriere des Klägers angesichts von dessen Wohnort zum Unfallzeitpunkt im Kosovo und bei beabsichtigtem Verbleib im Kosovo serbische Verhältnisse nicht massgebend seien (Urk. 12 S. 30 ff. Ziff. 81 ff., S. 32 Ziff. 89).

2.1.5 Der Kläger hat vor Vorinstanz gestützt auf einen mit einer kosovarischen Firma abgeschlossenen Arbeitsvertrag ein Valideneinkommen (Erwerbsschaden) von EUR 740 netto "bis auf weiteres" geltend gemacht, was RSD 91'000 entspreche (Urk. 2 S. 26 Ziff. 14, S. 29 Ziff. 17; Urk. 32 S. 4 Ziff. 2). Er hat mit dem modifizierten Rechtsbegehren die Zusprechung einer Rente von RSD 90'500 "bis und mit dem vollendeten 65. Altersjahr" beantragt. Mit anderen Worten möchte der Kläger den Erwerbsschaden während der gesamten Erwerbsdauer gestützt auf den erwähnten Arbeitsvertrag berechnet haben. Wenn der Kläger mit der Berufung vorbringt, aufgrund der Bestreitung der Beklagten, dass der Kläger eine reguläre Erwerbstätigkeit aufgenommen und bis zum 65. Altersjahr ausgeübt hätte, sei erstellt, dass eine lebenslange Tätigkeit des Klägers im Kosovo aufgrund der Sachvorbringen der Parteien nicht angenommen werden könne, setzt er sich in Widerspruch zu seinen eigenen Behauptungen bzw. zu dem von ihm vorgetragenen Klagefundament. Der Kläger, der ein Valideneinkommen in EUR behauptet, aber RSD einklagt, kann sich nicht darauf berufen, seine Sachdarstellung sei von der beklagten Partei bestritten worden, weshalb zur Bestim-

- 13 - mung der massgeblichen Schuldwährung nicht auf seinen eigenen sondern auf den gegnerischen Sachvortrag abzustellen sei. Es liegt vielmehr am Kläger, das Klagefundament vorzutragen und ein mit diesem Klagefundament in Einklang stehendes Rechtsbegehren zu formulieren, wobei allenfalls auch Eventualbegehren gestellt werden können. Der Sachvortrag einer Partei ist unteilbar, ob er der Partei rechtlich nützt oder schadet. Deshalb schaden eigene ungünstige Behauptungen der Partei. Streitige Behauptungen des Gegners nützen ihr auch dann nicht, wenn sie ihr rechtlich günstig sind (Kurt Schellhammer, Zivilprozess, 15. Aufl., 2016, Rz 364). Dass sich ein Kläger nicht auf den gegnerischen Standpunkt berufen kann, um ein im Widerspruch zu seinen eigenen Ausführungen stehendes Rechtsbegehren zu stützen, scheint augenfällig und entgegen der Auffassung des Klägers nicht paradox (vgl. Urk. 63 S. 13). Indem die Vorinstanz die Schlüssigkeit der Klage aufgrund des klägerischen Sachvortrags prüfte, kann ihr weder eine unrichtige Rechtsanwendung noch eine unrichtige Feststellung des Sachverhaltes vorgeworfen werden. Entgegen der Auffassung des Klägers war die Vorinstanz nach dem Gesagten nicht verpflichtet, die Ansprüche des Klägers "[a]ngesichts der klaren Zugaben der Beklagten" "wie im Rahmen der Replik eingeklagt" zu prüfen (Urk. 63 S. 8).

2.2.1 Der Kläger verweist auf die juristischen Kommentare zu Art. 84 OR. Darin werde ausgeführt, die Praxis nehme bei Vertragsverhältnissen zur Frage der einklagbaren Währung eine tolerante Haltung ein, und diskutiert, ob bzw. dass der Richter dem Kläger mitzuteilen habe, wenn er das Rechtsbegehren als un begründet erachte, um ihm Gelegenheit zur

Klageänderung zu geben. Aus dem vor- instanzlichen Entscheid gehe nicht hervor, weshalb diese tolerante Haltung im vorliegenden Fall, in dem ein vertragliches Grundverhältnis fehle und bezüglich der einklagbaren Währung im Prozess Einigkeit herrsche, nicht eingenommen werden sollte. Vor diesem Hintergrund mache der Kläger geltend, dass die Vor- instanz ihm Gelegenheit hätte geben müssen, sich mit der Auffassung, es seien Euro geschuldet, auseinanderzusetzen und die Klage entsprechend abzuändern. Dies gelte umso mehr, als kein vertragliches Verhältnis sondern eine ausserver- tragliche Schädigung mit dauernder Erwerbsunfähigkeit Gegenstand der Klage bilde und er in der Replik vorgebracht habe, die in BGE 137 III 158 publizierte

- 14 - Rechtsprechung könne nicht auf seinen Fall übertragen werden, weil vorliegend der Schaden noch nicht abschliessend eingetreten und ein hypothetischer Verlauf anzunehmen sei. Indem sich die Vorinstanz "um diesen Sachverhalt nicht weiter gekümmert habe", seien die Grundsätze eines fairen Verfahrens und der An- spruch auf rechtliches Gehörs verletzt worden (Urk. 63 S. 6 f.). 2.2.2 Die Vorinstanz hat unter Hinweis auf die bundesgerichtliche Recht- sprechung (BGE 137 III 158, 134 III 151) dafürgehalten, die Klage müsse abge- wiesen werden, wenn der Kläger die Bezahlung in einer anderen Währung als in der Schuldwährung verlange (Urk. 64 S. 8). In seinem Urteil vom 15. Dezember 2010 (teilweise publiziert in BGE 137 III 158) hat das Bundesgericht ausdrücklich erwähnt, dass es der toleranten Praxis der kantonalen und eidgenössischen Ge- richte in dieser Frage bereits mit seinem amtlichen publizierten Entscheid vom 14. Januar 2008 (BGE 134 III 151) ein Ende gesetzt habe (nicht amtlich publizier- te E. 4.1.1 und 4.1.2 von BGER 4A_206/2010 vom 15. Dezember 2010; Pra 100 Nr. 95 S. 680). Es kann daher kein Rede davon sein, die Vorinstanz habe nicht begründet, weshalb sie "diese tolerante Haltung im vorliegenden Fall" nicht ein- genommen hat. 2.2.3 Der Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst das Recht der Parteien, vorgängig angehört zu werden, wenn ein Gericht seinen Entscheid mit einem Rechtsgrund zu begründen beabsichtigt, auf den sich die beteiligten Parteien nicht berufen haben und mit dessen Erheblichkeit sie vernünftigerweise nicht rechnen mussten (BGER 4A_206/2010 vom 15. Dezember 2010 E. 5.2.2.1 [nicht publiziert in BGE 137 III 158]; BGE 130 III 35 E. 5 S. 39; 126 I 19 E. 2c/aa S. 22; 114 Ia 97 E. 2a S. 99, mit weiteren Hinweisen). 2.2.4 Der Kläger räumt in seiner Berufung ausdrücklich ein, dass er sich in der Replik mit BGE 137 III 158 auseinandersetze und dabei geltend mache, die fragliche Rechtsprechung sei nicht auf seinen Fall übertragbar (Urk. 63 S. 7 mit Verweis auf Urk. 32 S. 7). In der Klageantwort hatte die Beklagte den Kläger da- rauf hingewiesen, dass eine Fremdwährungsschuld im Streite liege und der Klä- ger gemäss BGE 137 III 158 sein Rechtsbegehren in ausländischer Währung zu stellen habe (Urk. 12 S. 6 Ziff. 16 f.). In der Replik brachte der Kläger vor,

- 15 - BGE 137 III 158 sei – wie sich aus dem ungekürzten Urteilstext gemäss Ent- scheidendatenbank des Bundesgerichts ergebe – in seinem Fall nicht einschlägig, weil es vorliegend hauptsächlich um einen zukünftigen Schaden und einen hypo- thetischen Kausalverlauf gehe. Demzufolge musste dem Kläger bewusst sein, dass die Vorinstanz seine Überlegungen allenfalls nicht teilen, sondern der bun- desgerichtlichen Rechtsprechung folgen wird. Zudem warf der Kläger der Beklag- ten vor, sie stelle zu Unrecht auf den "Validenverlauf" ab, womit sie offensichtlich meine, der Kläger sei aufgrund seines Aufenthaltes im Kosovo lebenslang bezüg- lich der einklagbaren Währung an diesen Standort gebunden (Urk. 32 S. 5). Auch dieser Vorwurf zeigt, dass sich der Kläger zur Rechtsfrage der Schuldwährung äussern konnte und er sich aufgrund des

"unfallkausal" nach Serbien verlegten Wohnsitzes (Urk. 32 S. 5) bewusst für die Umrechnung des in Euro eintretenden Lohnausfalls in serbische Dinar entschied. Weshalb die Vorinstanz dem Kläger nochmals hätte Gelegenheit geben müssen, seinen Standpunkt hinsichtlich der Währung zu überdenken und seine Klage anzupassen, nachdem er selber die Zusprechung eines in serbische Dinar umgerechneten Lohnausfalls von EUR 740 bis zum 65. Altersjahr beantragte, leuchtet nicht ein. 2.2.5 Der Kläger behauptet aufgrund des Ausgeführten zu Recht nicht, er habe vernünftigerweise nicht voraussehen können, dass die Frage der Währung für den Ausgang des Verfahrens eine Rolle spiele. Mit Blick auf die Frage der ein- zuklagenden Währung kann von einer geradezu überraschenden bzw. gehörsver- letzenden Rechtsanwendung durch die Vorinstanz nicht gesprochen werden. Eine Verletzung von Art. 6 EMRK, Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 53 Abs. 1 ZPO ist nicht ersichtlich.

E. 2

Am 8. März 2016 reichte der Kläger Klagebewilligung und Klageschrift mit erstgenanntem Rechtsbegehren bei der Vorinstanz ein (Urk. 1, Urk. 2). Die Klageantwort datiert vom 6. Juni 2016 (Urk. 12). Am 29. September 2016 fand eine Instruktionsverhandlung statt (Prot. I S. 6 f.). In der Replik vom 22. Dezember 2016 modifizierte der Kläger sein Rechtsbegehren (Urk. 32). Die Beklagte erstattete die Duplik am 13. März 2017 (Urk. 43). Am 3. April 2017 nahm der Kläger zu neu eingereichten Urkunden Stellung (Urk. 49). Die Parteien verzichteten auf die Durchführung einer Hauptverhandlung (Urk. 50, Urk. 52). Am 5. September 2017 wies die Vorinstanz die Klage ab (Urk. 59, Urk. 64).

E. 3

Der Kläger erhebt Eventualrügen für den Fall, "dass auch das Obergericht davon ausgehen sollte, es sei zwischen den Parteien keine Einigung bezüglich der geschuldeten Währung erfolgt" (Urk. 63 S. 8 ff.). 3.1.1 Der Kläger macht zunächst eine Verletzung von Art. 43 Abs. 1 OR geltend. Gemäss dieser Bestimmung bestimmt der Richter Art und Grösse des Ersatzes für den eingetretenen Schaden. Der Kläger beruft sich auf einen Aufsatz von Koller (Haftung für Fremdwährungsschulden: Die massgebliche Währung,

- 16 - Anwaltsrevue 6/7/2017, S. 263 ff.), in dem die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Zahlung von Fremdwährungsschulden kritisiert und daran erinnert wird, dass gemäss Art. 43 Abs. 1 OR der Richter nach seinem Ermessen über die Art des Schadenersatzes entscheidet, ohne an die Anträge der Parteien gebunden zu sein. Nach unbestrittener Ansicht der Lehre und Praxis könne das Gericht deshalb – so der Kläger – Kapitalersatz zusprechen, auch wenn die klagende Partei eine Rente beantragt habe. Analoges müsse auch für die Frage gelten, nach welcher Währung die Zahlung erfolgen solle. Auch in dieser Beziehung könne das Gericht nicht an die Parteianträge gebunden sein. Wenn das Gericht eine bestimmte Währung für massgebend erachte, könne und müsse das Gericht diese Währung zusprechen, auch wenn die klagende Partei eine andere Währung beantragt habe. Die Praxis des Bundesgerichts lasse unbeachtet, welche Schadensregulierung den Umständen (Art. 4 ZGB) angemessen sei, und habe äusserst unbefriedigende Konsequenzen. Sie stehe dem Grundsatz der Prozessökonomie diametral entgegen. Selbst wenn das Gericht wie im vorliegenden Fall die Klage in der als massgeblich erkannten Währung ohne zusätzliche Abklärungen zusprechen könnte, müsse gemäss Auffassung der Vorinstanz die Klage abgewiesen werden. Die klagende Partei sei damit gezwungen, die Klage mit hohen zusätzlichen Kosten erneut einzureichen. Dies führe zuletzt auch für die

Beklagte und das Gericht zu unnötigem Aufwand. Zusätzlich könne die klagende Partei aufgrund der bundesgerichtlichen Praxis "zwischen Stuhl und Bank fallen". Bei einer neuen Klage sei nicht ausgeschlossen, dass das zweite Gericht zum Schluss komme, dass die zuvor abgelehnte Währung doch die richtige sei. In diesem Falle müsste auch das neu mit der Sache befasste Gericht die Klage abweisen, da die Klage nach dieser Währung eine abgeurteilte Sache sei. Die Vorinstanz sei nicht weiter auf Sinn und Zweck von Art. 43 Abs. 1 OR, wie er von Koller umschrieben worden sei, eingegangen und habe sich mit den Ausführungen von Koller nicht auseinandergesetzt (Urk. 63 S. 8 ff.). 3.1.2 Nach der bundesgerichtliche Rechtsprechung geht eine Fremdwährungsforderung – sei sie vertraglicher oder deliktischer Natur – ausschliesslich auf Zahlung in Fremdwährung. Der Gläubiger kann gemäss Art. 84 Abs. 1 OR nur die Leistung in der geschuldeten Auslandswährung fordern; entsprechend darf das

- 17 - Gericht im Erkenntnis nur eine Zahlung in der geschuldeten Fremdwährung zusprechen (BGE 134 III 151 E. 2.2 und E. 2.4 S. 154 ff.; BGer 4A_206/2010 vom 15. Dezember 2010 E. 3.1 [publiziert in BGE 137 III 158] und E. 4.1.2). Art. 58 ZPO verbietet es, dass das Gericht eine in Fremdwährung geschuldete Geldleistung in dieser Währung zuspricht, wenn das klägerische Rechtsbegehren (fälschlicherweise) auf Leistung in Schweizer Franken lautet (BGer 4A_341/2016 vom 10. Februar 2017 E. 2.2 und dort zitierte Entscheide; BGer 4A_206/2010 vom 15. Dezember 2010 E. 4.2). Gleiches muss gelten, wenn das klägerische Rechtsbegehren auf eine nicht geschuldete Fremdwährung lautet. 3.1.3 Als Arten des Ersatzes (vgl. Art. 43 Abs. 1 OR) für die erlittene Vermögensverminderung kommen Geldersatz oder Naturalersatz (Ersatzbeschaffung, Reparatur) in Frage. Das Gesetz überlässt den Entscheid über die Art des Schadenersatzes dem Richter, der ohne Bindung an die Parteianträge entscheidet (BGE 117 II 609 E. 10c S. 626). Nach Ermessen des Richters ist auch die Frage zu beantworten, ob Geldersatz in Kapitalform oder als Rente zuzusprechen ist, wobei das Bundesgericht dem Geschädigten in dieser Hinsicht ein Wahlrecht einräumt (Oftinger/Stark, Schweizerisches Haftpflichtrecht I, Zürich 1995, § 2 Rz 88 und 91 f., § 6 Rz 214 f.; BGE 125 III 312 E. 6c S. 320 f.). Der Kläger geht noch einen Schritt weiter und stellt sich auf den Standpunkt, die Bindung an die Parteianträge entfalle auch bei der Frage, in welcher Währung Geldersatz zuzusprechen sei. 3.1.4 Vorliegend geht es nicht darum, ob dem Kläger Geld- oder Naturalersatz zuzusprechen ist. Auch hat der Kläger sein Wahlrecht insofern ausgeübt, als er für die Zeit bis zum Urteilsdatum eine kapitalisierte Rente (Kapitalersatz) und für die Zukunft bis zum vollendeten 65. Altersjahr eine Rente (beides in serbischen Dinar) verlangt. Der Kläger kritisiert auch nicht die Auffassung der Vorinstanz, dass im Bereich des Erwerbsschadens danach zu fragen sei, wieviel der Geschädigte ohne den Unfall verdient hätte, und dass der vom Kläger behauptete Vermögensverlust damit klarerweise in Euro und nicht in serbischen Dinar eingetreten sei (Urk. 64 S. 9 f.). Umstritten ist, ob sich das richterliche Ermessen auch auf die geschuldete Währung erstreckt bzw. ob das Gericht an die eingeklagte

- 18 - Währung (RSD) gebunden ist, obwohl von einer Fremdwährungsschuld in Euro auszugehen ist. 3.1.5 Zwischen der Art des Ersatzes (Geld- oder Naturalersatz) bzw. der Form des Geldersatzes (Kapital oder Rente) einerseits und der geschuldeten Währung andererseits besteht indes ein grundlegender Unterschied. Die Entscheidung über die Art des Ersatzes erfolgt nach freiem richterlichem Ermessen, wobei der Richter alle konkreten Umstände des Einzelfalles sowie die subjektiven Eigenschaften der Beteiligten zu würdigen

hat (BSK OR I-Kessler, Art. 43 N 1 OR). Auch die Frage, ob dem Geschädigten Schadenersatz in Gestalt einer Rente oder eines Kapitals zuzusprechen sei, hat der Richter nach freiem Ermessen unter Abwägung aller konkreten Umstände zu beantworten (Oftinger/Stark, a.a.O., § 6 Rz 214). Der Richter hat in dieser Hinsicht gestützt auf Art. 43 Abs. 1 OR also einen Spielraum bei der Beurteilung des Einzelfalles. Die Beurteilung der Fremdwährungsfrage stellt das Gesetz demgegenüber nicht in das Ermessen des Gerichts. Art. 84 Abs. 1 OR ist keine Billigkeitsnorm (Art. 4 ZGB). Bei einer Schadenersatzklage ist die Währung des Staates zu berücksichtigen, in dem der Vermögensverlust eingetreten ist; mit anderen Worten hat die Wiedergutmachung in der Währung zu erfolgen, in welcher die Verminderung des Vermögens eingetreten ist (BGE 137 III 157 E. 3.2.2 S. 161 = Pra 100 [2011] Nr. 95). Sind die geltend gemachten Schadenspositionen in einem ausländischen Staat eingetreten und können diese Schadenpositionen in der betreffenden Währung bestimmt werden, muss sodann gestützt auf Art. 84 Abs. 1 OR die Bezahlung in dieser Währung verlangt werden. Daran ist der Richter gebunden. Beantragt der Kläger stattdessen die Bezahlung in Schweizer Franken, muss die Klage abgewiesen werden. Denn auch Art. 58 Abs. 1 ZPO ermächtigt den Richter nicht, nach seinem freien Ermessen oder nach Billigkeit zu entscheiden. Der Richter kann nicht unter Hinweis auf das freie richterliche Ermessen für eine Forderung in ausländischer Währung eine Klage in Schweizer Franken (oder in einer anderen ausländischen Währung) zulassen und umgekehrt. Anders zu entscheiden hiesse, die vom Bundesgericht mit BGE 134 III 151 für vertragliche Ansprüche eingeleitete und später auch für Forderungen aus unerlaubter Handlung voll-

- 19 - zogene Abkehr von der toleranten Praxis zu Art. 84 OR (BGer 4A_206/2010 vom 15. Dezember 2010 [auszugsweise publiziert in BGE 137 III 158] E. 4.1.2 "prassi tollerante" und E. 4.1.1: "una certa indulgenza nell'applicazione dell'art. 84 CO") wieder rückgängig zu machen. Und zwar auch für die Erfüllung vertraglicher Verpflichtungen: Aufgrund des Verweises von Art. 99 Abs. 3 OR findet Art. 43 Abs. 1 OR nicht nur auf ausservertragliche sondern auch auf vertragliche Schadenersatzansprüche Anwendung (Gauch/Schluep/Emmenegger, OR/AT, 10. Aufl., Zürich 2014, N 2911; BSK OR I-Wiegand, Art. 99 N 18; BGE 116 II 441 E. 3.b S. 446; BGer 4C.89/2005 vom 13. Juli 2005 E. 4.2). 3.1.6 Für den Kläger liegt bei dauernder Erwerbsunfähigkeit infolge Invalidität, zukünftigem Lohnausfall und einem hypothetischen Kausalverlauf (Urk. 63 S. 7, Urk. 32 S. 5) eine Konstellation vor, die eine Abweichung von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung rechtfertigt (Urk. 63 S. 7: "komplexes Verhältnis, das nicht einfach in ein Schema gepresst werden kann"). Dem kann nicht gefolgt werden. Ausgehend von den konkreten Verhältnissen im Urteilszeitpunkt hat die richterliche Schadensschätzung des künftigen Lohnausfalls mit Rücksicht auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erfolgen (ZK-Landolt, Art. 46 OR N 575 f.). Soweit möglich und zumutbar ist es Sache des Geschädigten, sämtliche Tatsachen darzulegen und zu beweisen, welche für die Existenz eines Schadens sprechen und eine Schadensschätzung ermöglichen oder erleichtern (BSK OR I-Kessler, Art. 42 N 10b, mit Verweis auf BGE 128 III 271, 276 f.). Der Kläger behauptete im Hauptstandpunkt einen Erwerbsschaden in der Höhe eines Gehalts von Euro 780 bzw. eines "massgebenden Nettomonatslohnes" von Euro 740 basierend auf einem mit der E._____ abgeschlossenen Arbeitsvertrag, für die er noch heute als Carchauffeur arbeiten würde. Bei der E._____ handle es sich um ein im Kosovo (...) domiziliertes und "im Transportgewerbe des Kosovo gut verankertes" Unternehmen. Er habe beabsichtigt, an seinen damaligen Wohnsitz im Kosovo zurückzukehren, und zwar deshalb, weil es ihm gelungen sei, eine Arbeitsstelle als Carchauffeur zu finden (Urk. 2 S. 26 ff. Ziff.

14 ff., Urk. 32 S. 4; Urk. 4/11+12). Durch das Unfallereignis habe er die gemäss Vertrag vereinbarte Stelle nicht antreten können, wobei der Schaden aufgrund des weggefallenen Lohnanspruches ausgewiesen sei (Urk. 32 S. 32 Ziff. 22). Im modifizierten Rechtsbegehren gemäss Replik for-

- 20 - derte der Kläger indes die Verpflichtung der Beklagten zur Bezahlung des Gegenwerts dieses in EUR geschuldeten Nettomonatslohnes in serbischen Dinar (in Kapital- und in Rentenform), wobei der Gegenwert im Rechtsbegehren mit RSD 90'500 und in der Begründung mit RSD 91'000 angegeben wurde (Urk. 32 S. 3 f.). Für die Vergangenheit errechnete der Kläger ab November 2013 anhand des Nettomonatslohnes von Euro 740 einen Kapitalbetrag von RSD 3'276'000 (36 x RSD 91'000); für die Zukunft veranschlagt der Kläger bei einer Aktivitätszeit von noch rund 37 Jahren (ohne Berücksichtigung von Abzinsung und Reallohnsteigerungen) den Erwerbsschaden auf rund RSD 39'960'000 (Urk. 32 S. 4; 37 x RSD 1'080'000). Damit geht der Kläger von einer Vermögensverminderung (und damit von einem Schaden) in Euro aus, klagt aber auf Ausgleich in serbischen Dinar, wohl in der irrigen Auffassung, es müsse in der serbischen Landeswährung abgerechnet werden, weil es sich beim Schadenersatz um eine Bringschuld handle (Urk. 32 S. 32 Ziff. 22). Nach dem zuvor Ausgeführten hätte der Kläger Schadenersatz in Euro verlangen müssen, was ihm auch ohne weiteres möglich gewesen wäre. Eine Anpassung des Rechtsbegehrens ist dem Richter verwehrt. 3.1.7 Der Vorinstanz ist daher keine Verletzung von Art. 43 OR, Art. 84 Abs. 1 OR oder Art. 58 ZPO vorzuwerfen, wenn sie die Klage abgewiesen hat. Die Berufung ist insoweit unbegründet. Die Abweisung der Klage hindert den Kläger nicht daran, die Klage ein zweites Mal einzureichen und dieses Mal ein den gesetzlichen Anforderungen entsprechendes Rechtsbegehren zu formulieren (BGer 4A_206/2010 vom 15. Dezember 2010 E. 5.2.2.1). Es mag sein, dass der Kläger diesen Weg als wenig prozessökonomisch empfindet. Er ist jedoch direkte Folge der bundesgerichtlichen Rechtsprechung. Dass der Kläger dabei "zwischen Stuhl und Bank fällt", wenn das dannzumal angerufene Gericht "zum Schluss kommt, dass die vorhin abgelehnte Währung doch die richtige ist", erscheint theoretisch möglich, ist aber unwahrscheinlich. Jedenfalls lässt sich eine erneute Abweisung durch Eventualbegehren – wie sie der Kläger nun im Berufungsverfahren gestellt hat – vermeiden. 3.2.1 Der Kläger rügt weiter eine Verletzung von Art. 46 Abs. 1 OR. Gemäss dieser Bestimmung hat der Geschädigte bei Körperverletzung Anspruch auf Er-

- 21 - satz der Kosten, sowie auf Entschädigung für die Nachteile gänzlicher oder teilweiser Arbeitsunfähigkeit, unter Berücksichtigung der Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens. Der Kläger hält dazu fest, um die Verdienstmöglichkeiten insgesamt abzuschätzen, könne nicht nur auf eine mögliche Stelle abgestellt werden. Vielmehr seien alle Verdienstmöglichkeiten des Geschädigten in Betracht zu ziehen. Die Vorinstanz habe sich aber nur mit dem begrenzten Zeitraum ab möglichem Stellenantritt "bis heute" (Datum der Klageeinleitung) befasst und weitere Faktoren wie Invalidität und eine lebenslängliche Arbeitsunfähigkeit ausser Acht gelassen. In Tat und Wahrheit habe er vor Vorinstanz auch behauptet, dass er aufgrund der unfallkausalen Schädigungen in der freien Wirtschaft nicht mehr vermittelbar sei und als Folge des Unfallereignisses jetzt darauf angewiesen sei, bei seinen Eltern in Serbien wohnen zu können. Damit werde klar, dass der massgebende Lebenssachverhalt (Art. 4 ZGB in Verbindung mit Art. 43 Abs. 1 OR) nicht einfach ein vertragliches zugesichertes Arbeitsverhältnis sein könne; vielmehr sei auch die durch das Unfallereignis bewirkte Folge einer notwendigen Wohnsitzänderung zu berücksichtigen.

Ein von ihm trotz Pflegebedürftigkeit allenfalls erzielbares Rest- einkommen würde in Serbien in serbischer Währung erzielt. Nach der Logik der Vorinstanz müsste dann ein solches Einkommen von einem angenommenen Va- lidenlohn in Euro abgezogen werden, "was bereits von der Praktikabilität her eher nicht zu begrüssen" wäre. Jedenfalls habe die Vorinstanz die in der Replik aufge- stellte Behauptung ignoriert, dass er wenigstens und mindestens einen Verdienst von RSD 50'000 pro Monat hätte erzielen können, selbst wenn er die Stelle bei E._____ nicht erhalten hätte. Übergangen habe die Vorinstanz auch die Behaup- tung, dass er (vor dem Unfallereignis) "in Abhängigkeit der spezifischen Verhält- nisse" sowohl im Kosovo als auch in Serbien im Rahmen einer grossen Schat- tenwirtschaft durchaus ein Einkommen habe erzielen können. In der Replik habe er zudem ausgeführt, dass er nie geltend gemacht habe, er würde seine ganze Aktivitätszeit im Kosovo verbringen. Mit Bezug auf die hypothetische Entwicklung zur EU sei vielmehr aufgrund ihrer spezifischen Lage von einer Art Gleichlauf zwi- schen den beiden Ländern Serbien und Kosovo auszugehen. Vor diesem Hinter- grund erweise sich die von der Vorinstanz getroffene Annahme einer Schuld in

- 22 - Euro als willkürlich und jedenfalls nicht zwingend. Auch die eingereichten Ausbil- dungsausweise (Urk. 4/16-21) würden die enge Bindung des Klägers an sein Herkunftsland Serbien belegen, was die Annahme erleichtere, dass die in Aus- sicht genommene Anstellung im Kosovo nur temporärer Natur gewesen sei und eine Rückkehr ins Heimatland zu Erwerbszwecken als überwiegend wahrschein- lich erscheine. Entsprechend habe der Kläger darauf hingewiesen, die Beklagte gehe fehl, wenn sie annehme, der Kläger sei aufgrund seines Aufenthaltes im Ko- sovo lebenslang an diesen Standort gebunden. Schliesslich sei der Vorinstanz entgangen, dass der eingereichte Arbeitsvertrag keine Adresse des Klägers auf- weise und in serbischer (und nicht etwa in albanischer) Sprache abgefasst sei. Insbesondere wäre von Amtes wegen zu prüfen gewesen, ob der Kläger seinen zivilrechtlichen Wohnsitz effektiv im Kosovo gehabt habe (Urk. 63 S. 10 ff.). 3.2.2 Für die Bestimmung des Erwerbsschadens (Verdienstaussfall infolge von Arbeitsunfähigkeit) ist das Invalideneinkommen dem (hypothetischen) Vali- deneinkommen gegenüberzustellen. Die Differenz zwischen dem Invaliden- und dem Valideneinkommen stellt den Erwerbsschaden dar. Das Valideneinkommen ist das Einkommen, das der Geschädigte ohne Schädigung tatsächlich erzielt hät- te und nicht etwa das bei vollständiger Ausschöpfung des wirtschaftlichen Poten- tials theoretisch erzielbare Einkommen (BSK OR I-Kessler, Art. 46 N 7, mit Ver- weis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung). Unerheblich ist daher, wo der Kläger heute als Pflegebedürftiger seinen Wohnsitz hat und ob er in Serbien al- lenfalls ein Valideneinkommen erzielen könnte. Irrelevant ist ferner, woher die Ausbildungsnachweise des Klägers stammen und in welcher Sprache der Ar- beitsvertrag abgefasst ist. 3.2.3 Der Kläger räumte ein, vor dem Unfallereignis im Kosovo gewohnt, dort durch Schwarzarbeit seinen Lebensunterhalt bestritten und auch beabsichtigt zu haben, weiterhin im Kosovo zu wohnen (Urk. 2 S. 27 Ziff. 17, S. 30 Ziff. 20; Urk. 32 S. 5). Seine Klage begründete er im Hauptstandpunkt dahingehend, dass er ab dem 1. November 2013 als Carchauffeur eines kosovarischen Transportun- ternehmens "bis auf weiteres" monatlich Euro 780 brutto bzw. abzüglich der für Kosovo geltenden Lohnnebenkosten Euro 740 netto verdient hätte (Urk. 2 S. 27

- 23 - Ziff. 15, S. 29 Ziff. 17; Urk. 32 S. 4 Ziff. 2). Aufgrund dieser Sachdarstellung muss- te die Vorinstanz die Wohnsitzverhältnisse des Klägers vor dem Unfall nicht über- prüfen. Der Umstand, dass auf dem eingereichten Arbeitsvertrag (Urk. 4/11) der Wohnsitz des

Klägers nicht erwähnt wird, lässt den Schluss nicht zu, der Kläger hätte irgendeinmal eine Erwerbstätigkeit in Serbien aufgenommen. Die Arbeitsmöglichkeit gemäss Arbeitsvertrag vom 27. September 2013 bezeichnete der Kläger selber als einen "Glücksfall" (Urk. 32 S. 24 Ziff. 15), der es ihm erlaubt hätte, sein Einkommen nach einer kurzen Einarbeitungszeit auf etwas über Euro 1'000 zu steigern (Urk. 32 S. 27 Ziff. 15). Eine andere Arbeitsstelle, die er ausserhalb des Kosovo ohne das Unfallereignis irgendeinmal angetreten hätte, erwähnte der Kläger nicht, auch wenn er aufgrund seines heutigen Wohnsitzes in Serbien die eingeklagte Rente an den serbischen Nominallohnindex koppelte (Urk. 2 S. 28 Ziff. 17, Urk. 32 S. 5 Ziff. 1). Vielmehr beanspruchte er als zukünftigen Schaden für die Zeit ab dem Urteilsdatum bis und mit dem vollendeten 65. Altersjahr eine Rente, die sich ihrer Höhe nach (RSD 90'500) am "massgebenden Nettomonatslohn von Euro 740" bzw. RSD 91'000 orientierte. Seine in der Berufung geäusserte Ansicht, dass die in Aussicht genommene Anstellung im Kosovo nur temporärer Natur gewesen sei und eine Rückkehr ins Heimatland zu Erwerbszwecken als überwiegend wahrscheinlich erscheine, erweist sich als neu und damit als unzulässig (Art. 317 Abs. 1 ZPO).

3.2.4 Zum Invalideneinkommen ist zu sagen, dass der Kläger vor Vorinstanz die Auffassung vertrat, er sei in der freien Wirtschaft bzw. auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt nicht mehr vermittelbar (Urk. 2 S. 25 f. Ziff. 12 f.). Mit anderen Worten war der Kläger der Ansicht, er könne als Geschädigter überhaupt kein relevantes Invalideneinkommen mehr erzielen, das vom Valideneinkommen in Abzug zu bringen wäre (Urk. 32 S. 29 f. Ziff. 18 f.). Die Beklagte hat diese Sachdarstellung des Klägers zwar bestritten; sie hat aber keineswegs ein Invalideneinkommen in Serbien bzw. in serbischer Währung behauptet (Urk. 12 S. 22 f. Ziff. 57). Die vom Kläger aufgeworfene Frage, ob die Währung des erzielten Invalideneinkommens Auswirkungen auf die geschuldete Schuldwährung haben kann, stellte sich der Vorinstanz daher von vornherein nicht. Aber selbst wenn von der Möglichkeit der Erzielung eines Invalideneinkommens in Serbien und in serbischer

- 24 - Währung ausgegangen werden müsste, änderte dies nichts daran, dass ein (bisheriger und zukünftiger) Verdienstausschlag (Erwerbsschaden) im Kosovo und in kosovarischer Währung (Euro) entstanden wäre. Denn die geschuldete Fremdwährung kann vorliegend nicht davon abhängen, ob dem Geschädigten noch ein Invalideneinkommen anzurechnen ist oder nicht.

3.2.5 Wenn die Vorinstanz aufgrund des vom Kläger im Hauptstandpunkt selbst geschilderten Geschehensablaufes von einem Valideneinkommen und einem Erwerbsaufschlag in kosovarischer Währung ausgegangen ist, kann dies somit nicht beanstandet werden. Fraglich ist einzig, ob der vom Kläger vertretene Eventualstandpunkt daran etwas ändert. Zutreffend ist, dass der Kläger in der Replik vorbrachte, er hätte jedenfalls RSD 50'000 verdienen können, falls er die Stelle bei E._____ nicht erhalten hätte (Urk. 32 S. 29 Ziff. 17). Bereits in der Klageschrift hatte der Kläger im Sinne eines Eventualstandpunktes geltend gemacht, er sei vor dem Unfallereignis bei bester Gesundheit und voll leistungsfähig gewesen und würde jedenfalls den in Serbien erzielten Durchschnittslohn verdienen. Diesen bezifferte er aufgrund der Broschüre Lohn- und Lohnnebenkosten Serbien (Urk. 4/15) auf Euro 507 brutto bzw. Euro 416 netto (Urk. 2 S. 29 Ziffer 18). Müsste davon ausgegangen werden, dass der Kläger ein Valideneinkommen von RSD 50'000 erzielt hätte, könnte die Klage zumindest nicht aufgrund der falschen Währung abgewiesen werden. Die Beklagte hielt freilich den behaupteten Durchschnittslohn für Serbien von Euro 507 für die Beurteilung des Validenverlaufs und des Valideneinkommens des Klägers für nicht einschlägig und nicht beachtlich (Urk. 12 S. 33 Ziff. 91). Das behauptete Einkommen von RSD 50'000 bestritt sie als unsubstantiiert und

unbewiesen (Urk. 43 S. 30 Ziff. 221). 3.2.6 Der Argumentation des Klägers kann aus zwei Gründen nicht gefolgt werden. Ein Eventualstandpunkt wird eingenommen und geprüft für den Fall, dass der Hauptstandpunkt zu verwerfen ist und nicht zum Tragen kommt. In der vorliegenden Konstellation schliessen sich Haupt- und Eventualbegründung in dem Sinne aus, als der Kläger einen Verdienst in serbischen Dinar behauptete, "wenn er die Stelle bei E._____ nicht erhalten hätte" (Urk. 32 S. 20 Ziff. 17). Dies macht den klägerischen Eventualstandpunkt zwar nicht unzulässig. Jedoch hat die Vo-

- 25 - rinstanz den Hauptstandpunkt des Klägers, er hätte im Kosovo als Carchauffeur bei E._____ ein Einkommen von Euro 740 erzielt, weder geprüft noch verworfen. Vielmehr hat sie dafürgehalten, der Kläger habe für diesen Fall in der falschen Währung geklagt. Die Tatbestandsvoraussetzung für die Prüfung des klägerischen Eventualstandpunktes (Valideneinkommen in serbischen Dinar), der (nur) dann zum Tragen kommen soll, "wenn [der Kläger] die Stelle bei E._____ nicht erhalten hätte" (Urk. 32 S. 29 Ziff. 17), ist somit nicht erfüllt. Die Vorinstanz hätte auf die Eventualbegründung des Klägers nur eingehen müssen, wenn sie zum Ergebnis gekommen wäre, ein Valideneinkommen gestützt auf den mit der E._____ abgeschlossenen Arbeitsvertrag lasse sich nicht erstellen. Durch ein Eintreten auf den Eventualstandpunkt wäre dem Kläger im Falle teilweiser Gutheissung der Klage überdies verwehrt, seinen Hauptstandpunkt mit einem korrekt formulierten Rechtsbegehren erneut zur Beurteilung zu stellen. 3.2.7 Unabhängig davon kann die Klage auch aufgrund des klägerischen Eventualstandpunktes nicht gutgeheissen werden. Die Substantiierungspflicht gilt auch für die Eventualbegründung. Dabei fällt zunächst auf, dass sich der Kläger in seiner Berufung für den Eventualfall gar nicht festlegen will, in welcher Währung der Erwerbsschaden eingetreten wäre. So führte er aus, falls der Arbeitsvertrag lediglich eine Gefälligkeit darstelle und gar nicht rechtsgültig sei, stelle sich die Situation so dar, dass er einzig aufgrund von Schwarzarbeit, sei es in Serbien, sei es im Kosovo, ein Einkommen verdienen könnte. Er habe geltend gemacht, dass er ohne Unfall auch in Serbien die Möglichkeit gehabt hätte zu arbeiten, dies schon früher getan habe und auch zukünftig getan hätte. Er erwähnt in diesem Zusammenhang auch den Fall des Wanderarbeiters, dessen Validenverlauf bei zeitlich befristeten Anstellungen nicht auf sein Heimatland beschränkt werden könne, weshalb es sich aufdränge, die Klage in der Währung des Heimatlandes zuzulassen (Urk. 63 S. 12). Vor Vorinstanz hat sich der Kläger freilich nie darauf berufen, er wäre als Wanderarbeiter mit zeitlich befristeten Anstellungen in verschiedenen Ländern erwerbstätig gewesen. Dieses Vorbringen ist neu und damit unzulässig (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Ähnlich unbestimmt hinsichtlich des Eintritts des Vermögensschadens äusserte sich der Kläger bereits vor Vorinstanz, wo er eventualiter lediglich ausführte, er hätte den serbischen Durchschnittslohn von

- 26 - Euro 507 erzielen bzw. aufgrund der Schattenwirtschaft einen Verdienst von RSD 50'000 verdienen können. 3.2.8 Hinzu kommt, dass der Erwerbsschaden im Eventualstandpunkt (in welcher Währung auch immer) mit Bezug auf das Ausmass bzw. die Höhe völlig unsubstantiiert und unbelegt geblieben ist. Die richterliche Schadensschätzung gemäss Art. 42 Abs. 2 OR entbindet den Kläger nicht davon, sämtliche Tatsachen darzulegen und zu beweisen, welche für die Existenz eines Schadens sprechen und eine Schadensschätzung ermöglichen oder erleichtern. Die Existenz eines Schadens muss sich mit einer gewissen Überzeugungskraft aufdrängen und die Grössenordnung des Schadens "hinreichend fassbar" werden (BSK OR I-Kessler, Art. 42 N 10b, mit Verweis auf die Rechtsprechung). Das für die Bestimmung des Erwerbsschadens relevante

(hypothetische) Valideneinkommen ist das Einkommen, das der Kläger ohne Schädigung tatsächlich erzielt hätte (BSK OR I- Kessler, Art. 46 OR N 7). Der Geschädigte hat auch im Anwendungsbereich von Art. 42 Abs. 2 OR substantiierte Angaben zur Lohnhöhe zu machen. Der blosser Hinweis auf Salärempfehlungen genügt nicht (ZK-Landolt, Art. 46 OR N 581). Der Kläger will ohne weitere Begründung auf einen serbischen Durchschnittslohn von Euro 507 bzw. Euro 416 respektive auf einen Minimalverdienst von RSD 50'000 abstellen. Er ist der Auffassung, es sei zu seinen Gunsten zu berücksichtigen, dass ihm eine konkretere Bezifferung der Schadensforderung aufgrund der spezifischen Verhältnisse mit einer hohen Schattenwirtschaft und einer nicht beweisbaren bisherigen ordentlichen Berufskarriere infolge einer sattsam bekannten Arbeitslosigkeit gar nicht möglich sei. Er habe allermindestens Anspruch darauf, dass im Rahmen des richterlichen Ermessens aufgrund der konkreten Gegebenheiten der Schadenersatz gerichtlich geregelt werde. Nachweisen könne er indessen, dass er bei der Firma E._____ eine Anstellung gefunden habe, die er wegen des Unfallereignisses dann aber nicht antreten können (Urk. 32 S. 32 f. Ziff. 24). In seiner Berufung ergänzte der Kläger, dass sich die Situation bei Ungültigkeit des Arbeitsvertrags so darstelle, dass er einzig aufgrund von Schwarzarbeit, sei es in Serbien, sei es in Kosovo, ein Einkommen generieren könnte (Urk. 63 S. 12).

- 27 - Eine solche pauschale, undifferenzierte Betrachtung ist auch im Falle des Klägers trotz der behaupteten Schattenwirtschaft und weitverbreiteten Arbeitslosigkeit nicht zugänglich. Der Kläger räumte ein, bereits vor dem Unfall mit seiner Freundin im Kosovo gelebt und durch Schwarzarbeit seinen Lebensunterhalt bestreiten zu haben (Urk. 2 S. 30 Ziff. 20, Urk. 32 Ziff. 24). Er machte keinerlei Ausführungen dazu, mit welcher Tätigkeit er welche Einnahmen erzielte. Auch machte er keinerlei Angaben zu seinen Lebenshaltungskosten, die er mit seinen Einnahmen bestreiten musste. Mit welcher mutmasslichen Tätigkeit der Kläger ein Valideneinkommen erzielte und weiterhin erzielen würde, blieb vollständig im Dunkeln. Jedenfalls behauptete der Kläger nicht, er hätte als Autoelektriker oder Elektrotechniker Karriere gemacht, obwohl er dazu ausgebildet worden sei (Urk. 2 S. 29 f.). Dass der Kläger ohne Unfall (theoretisch) auch die Möglichkeit gehabt hätte, in Serbien zu arbeiten (Urk. 63 S. 12), liegt auf der Hand, stellt aber keine rechtsgenügende Behauptung eines hypothetischen Kausalverlaufs dar. Bei dieser Sachlage kann der Richter nicht in Ermangelung von weiteren Darlegungen des Geschädigten unbesehen auf den Durchschnittslohn eines ganzen Landes abstellen. Es ist nicht so, dass die Vorinstanz entscheiden und darlegen muss, welche Faktoren sie für die Bestimmung des Schadens aus Erwerbsausfall massgebend erachtet, dazu "nötigenfalls" Beweise abzunehmen und erst bei Spruchreife die massgebliche Währung zu bestimmen hat (Urk. 63 S. 13 f.). Die Klage kann daher auch hinsichtlich der Eventualbegründung, d.h. bezüglich eines behaupteten Erwerbsschadens von RSD 50'000, nicht gutgeheissen werden. Bei diesem Ergebnis kann offen bleiben, ob das "im Rahmen einer grossen Schattenwirtschaft" und mittels Schwarzarbeit generierte Valideneinkommen überhaupt als ersatzfähiger Schaden zu taxieren ist, wie die Beklagte geltend machte (Urk. 12 S. 29 Ziff. 74, Urk. 34 S. 30 Ziff. 221). Nicht ersatzpflichtig ist nämlich der Einkommensausfall, der entsteht, weil der Geschädigte nicht mehr einer widerrechtlichen Tätigkeit nachgehen kann (BSK OR I-Kessler, Art. 46 N 7, und ZK-Landolt, Art. 46 OR N 517, je mit Verweis BGE 111 II 295). 3.3.1 Der Kläger rügt "in diesem Zusammenhang" auch eine Verletzung von Art. 152 ZPO (Recht auf Beweis). Die Vorinstanz habe seine – nicht einmal sub-

- 28 - stanziert bestrittene – Darstellung, dass der Validenverlauf bei Ungültigkeit des Vertrags auch in Serbien stattgefunden hätte, übergangen und paradoxerweise zu Gunsten des Klägers die Gültigkeit des Arbeitsvertrages angenommen, um dar- aus gleichzeitig zu dessen Ungunsten die hier angefochtene Entscheidung zu treffen. Der geltend gemachte Eventualstandpunkt des Klägers wie auch der Hauptstandpunkt, dass der Validenverlauf nicht im Kosovo angeknüpft werden dürfe, bleibe auf der Strecke. Verletzt werde der klägerische Anspruch auf Be- weisabnahme (Urk. 63 S. 13). 3.3.2 Es ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz die Schlüssigkeit der Klage einzig aufgrund des vom Kläger vorgetragenen Hauptstandpunktes geprüft hat. Schlüssiges, vollständiges Sachvorbringen bildet die Voraussetzung für die Zulassung zum Beweis (BK ZPO-Brönnimann, Art. 152 N 28). Entgegen seiner Auffassung hat der Kläger im Hauptstandpunkt gerade nicht vorgetragen, der Va- lidenverlauf dürfe nicht im Kosovo angeknüpft werden. Er hat vielmehr einen Er- werbsausfall in Euro behauptet, der auf einem Arbeitsvertrag mit einer im Kosovo domizilierten Firma und einem Verdienst von Euro 780 beruht. Eine Verletzung des Rechts auf Beweis liegt nicht vor. 3.3.3 Musste die Vorinstanz aus grundsätzlichen Überlegungen (vgl. E. 3.2.6) auf den Eventualstandpunkt nicht eingehen, liegt auch in dieser Hinsicht keine Verletzung des Beweisführungsanspruchs vor. Abgesehen davon setzt die Abnahme von Beweisen einen substantiierten Sachvortrag voraus. An einem sol- chen fehlt es vorliegend hinsichtlich der Eventualbegründung (vgl. E. 3.2.7 und 3.2.8). Im Übrigen legt der Kläger nicht dar, welche form- und fristgerecht offerier- ten Beweismittel die Vorinstanz nicht abgenommen hat. Eine Verletzung von Art. 152 ZPO ist auch hinsichtlich des Eventualstandpunktes zu verneinen. 4.1 Der Kläger stellt im Berufungsverfahren neu den Antrag (Urk. 63 S. 2): "Eventualiter sei festzustellen, dass der klägerische Anspruch auch in CHF bzw. subeventualiter in Euro zugesprochen werden kann."

- 29 - Die Beklagte betrachtet dieses Feststellungsbegehren als nicht zulässig (Urk. 75 S. 3 Ziff. 8). Gemäss Berufungsbegründung lautet der Antrag des Klä- gers indes wie folgt (Urk. 63 S. 15): "Es sei die geltend gemachte Forderung nicht nur in Form von RSD, sondern eventualiter in CHF und subeventuell in EUR in umgerechnetem Umfang zuzusprechen und es sei die entsprechende Änderung der Klage vorzumer- ken." Demnach ist davon auszugehen, dass der Kläger die monatlich nachschüs- sige Rente subeventualiter auch in CHF bzw. EUR zugesprochen haben will und er damit – ohne es freilich explizit zu sagen – eine Rente von monatlich EUR 740 pro Monat fordert. Eine alternative Klagenhäufung liegt entgegen der Auffassung der Beklagten (Urk. 75 S. 4 Ziff. 9) nicht vor. 4.2 Begründet wird die Klageänderung damit, dass die Verletzung des recht- lichen Gehörs bzw. der richterlichen Fragepflicht in der Rechtsmittelinstanz gerügt und entsprechend Noven nachgetragen werden könnten. Es liege vorliegend eine schwerwiegende Verletzung des Gehörsanspruchs (Art. 53 ZPO) vor. Zumindest hätte die Vorinstanz die Parteien im Rahmen der gerichtlichen Fragepflicht über ihre vorläufige Rechtsauffassung aufklären müssen, zumal sich die Beklagte ge- genüber der in RSD umgewandelten Klage passiv verhalten habe. Die Vorinstanz hätte den Parteien sodann vor Abweisung der Klage infolge falscher Währung Gelegenheit geben müssen, sich erneut zu äussern (unter Hinweis auf BGer 5A_295/2016 vom 23. Februar 2017) und ohne Bindung an die Schranken von Art. 229 f. ZPO neue Tatsachen und Beweismittel vorzutragen und neue Anträge zu stellen. Die Parteien seien sich zwar der Problematik der Fremdwährung be- wusst gewesen. Mit der (in der Replik vorgenommenen) Klageänderung hätten die Parteien und insbesondere der Kläger nach Treu und Glauben davon ausge- hen können, dass damit das Problem gelöst

sei. Der Kläger habe mit einer Abweisung keinesfalls rechnen müssen. Wäre dem Kläger bewusst gewesen, dass die Vorinstanz die eingeklagte Währung als falsch erachte, hätte er eventualiter auch die andere in Frage kommende Währung gefordert. Indem die Vorinstanz den Parteien keine erneute Möglichkeit zur Äusserung gegeben habe, habe sie

- 30 - die Grundsätze des rechtlichen Gehörs und der richterlichen Fragepflicht verletzt (Urk. 63 S. 13 ff.). 4.3 Es wurde bereits dargelegt, dass im hier interessierenden Zusammenhang keine Verletzung des rechtlichen Gehörs des Klägers ausgemacht werden kann (E. 2.2.3 bis 2.2.5). 4.4 Der Kläger bringt keine neuen Tatsachen und Beweismittel vor, sondern stellt im Berufungsverfahren ein erweitertes Rechtsbegehren (Klageänderung), was gemäss Art. 317 Abs. 2 lit. b ZPO nur dann zulässig ist, wenn die Klageänderung auf neuen Tatsachen und Beweismitteln beruht. Aus den nachfolgenden Überlegungen kann offen gelassen werden, ob eine Verletzung des rechtlichen Gehörs oder der richterlichen Fragepflicht eine Klageänderung in der Berufungsinstanz rechtfertigt, die nicht auf neuen Tatsachen oder Beweismitteln beruht. 4.5 Gemäss Art. 56 ZPO gibt das Gericht einer Partei durch entsprechende Fragen Gelegenheit zur Klarstellung und Ergänzung, wenn ihr Vorbringen unklar, widersprüchlich oder offensichtlich unvollständig ist. Die gerichtliche Fragepflicht dient nicht dazu, prozessuale Nachlässigkeiten der Parteien auszugleichen. Sie bezweckt vielmehr, dass eine Partei nicht wegen Unbeholfenheit ihres Rechts verlustig gehen soll, indem das Gericht bei klaren Mängeln der Parteivorbringen helfend eingreifen soll. Wie weit das Gericht eingreifen soll, hängt von den Umständen des Einzelfalles, namentlich von der Unbeholfenheit der betroffenen Partei ab. Die einseitige Bevorzugung einer Partei bzw. eine Ungleichbehandlung muss vermieden werden. Bei anwaltlich vertretenen Parteien hat die richterliche Fragepflicht nur eine sehr eingeschränkte Tragweite. Von unvollständigem Vorbringen kann nur gesprochen werden, wenn eine eigentliche Lücke vorliegt. Bei einem Rechtsbegehren kann dies etwa der Fall sein, wenn eine ursprünglich unbezifferte Forderungsklage nach Durchführung des Beweisverfahrens nicht beziffert wird (BGer 4A_375/2015 vom 26. Januar 2016 E. 7.1 und dort zitierte Entscheidung). 4.6 Das in der Replik geänderte Rechtsbegehren ist weder unklar, noch widersprüchlich, unbestimmt oder unvollständig. Vorliegend wies die Beklagte den

- 31 - Kläger unter Hinweis auf BGE 137 III 158 darauf hin, dass eine Fremdwährungsschuld zur Beurteilung ansteht, ohne konkret eine Währung zu nennen. Der Kläger setzte sich mit dem genannten Entscheid auseinander, hielt ihn aber für nicht einschlägig (Urk. 32 S. 5). In der Berufung bringt der Kläger vor, ein Präjudiz zum vorliegenden Fall gebe es nicht. Soweit ersichtlich habe sich noch kein Gericht mit der Frage der zu berücksichtigenden Währung bei einem anlässlich der Klageeinleitung noch offenen Dauerschaden mit der behaupteten Folge einer Invalidität auseinandersetzen müssen (Urk. 63 S. 3). In dieser Situation musste sich der Kläger bewusst sein, dass die Vorinstanz möglicherweise aufgrund der bisherigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung ein Begehren in der Währung der Vermögensverminderung bzw. in der Währung der arbeitsvertraglich geschuldeten Währung (EUR) verlangen wird und sein in RSD gestelltes Begehren ungenügend ist. Damit hätte aber auch Veranlassung dazu bestanden, die nun eingebrachten Eventualbegehren bereits vor Vorinstanz zu stellen. Eine Verletzung von Art. 56 ZPO liegt somit nicht vor. 4.7 Die Voraussetzungen für eine Klageänderung im Berufungsverfahren sind nicht erfüllt. Auf den Berufungsantrag Ziffer 1 Absatz 2 (Klageänderung) ist somit nicht einzutreten.

Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein. Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

E. 6

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). Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 375'000.–. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG. Zürich, 20. April 2018 Obergericht des Kantons Zürich I. Zivilkammer Die Vorsitzende:
Der Gerichtsschreiber: Dr. L. Hunziker Schnider lic. iur. Ch. Büchi versandt am: mc

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