

**Art. 221 Abs. 1 lit. e ZPO und Art. 56 ZPO, Zuordnung der Beweisangebote.** *Das Gericht kann allenfalls bei einer nicht klaren Zuordnung zu klärender Frage verpflichtet sein (E. III/2).* **Art. 168 ZPO, Art. 169 ZPO, Privatgutachten.** *Das Privatgutachten ist (nur) Urkunde, der Privatgutachter kann aber Zeuge sein (E. III/3.)*

Gegenstand des Verfahrens sind Forderungen, welche die Klägerin gegenüber der Beklagten aus einem Unfallereignis vom 25. Februar 2005 erhebt. Die Klägerin war beim Unfallereignis Beifahrerin in dem von ihrem Ehemann gelenkten Fahrzeug. Unfallverursacherin war die bei der Beklagten haftpflichtversicherte Y. Das Unfallereignis ist in seinen Grundzügen unbestritten.

(aus den Erwägungen des Obergerichts:)

### III. Rechtsverletzungen

#### 1. Vorbemerkung

Die Klägerin rügt im Berufungsverfahren Rechtsverletzungen durch die Vorinstanz. Zu Recht nicht beanstandet blieben die Erwägungen zu den Haftungsvoraussetzungen, die allgemeinen Ausführungen zur Kausalität sowie zur Beweislast und zum Beweismass. Unter Verweis auf diese Erwägungen ist zusammenfassend festzuhalten, dass die Klägerin den Nachweis zu erbringen hat, dass die einzelnen Haftungsvoraussetzungen mit der erforderlichen Sicherheit als gegeben betrachtet werden können. Die einzelnen Haftungsvoraussetzungen sind der (hier unbestrittene) Betrieb des Fahrzeuges (1), der Schaden, konkret die gesundheitliche Beeinträchtigung und der sich daraus ergebende Schaden in der behaupteten Höhe (2), sowie der Kausalzusammenhang zwischen dem Unfallereignis und dem geltend gemachten Schaden (3). Der natürliche Kausalzusammenhang ist gegeben, wenn das schadensstiftende Verhalten eine notwendige Bedingung (condicio 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 in gleicher bzw. zur gleichen Zeit als eingetreten gedacht werden könnte (BGer. 4A\_710/2012, Urteil vom 20. März 2013 mit Hinweis auf BGE 132 III 715 E. 2.2; 128 III 180 E. 2d und dortigen weiteren Verweisen). Zum Nachweis stehen die in der ZPO zugelassenen Beweismittel zur Verfügung.

## 2. Art. 221 Abs. 1 lit. e ZPO und Art. 56 ZPO

2.1. Die Vorinstanz geht davon aus, die Klägerin habe es versäumt, rechtzeitig zulässige Beweismittel zur Frage der natürlichen Kausalität der von ihr behaupteten Beschwerden zu nennen.

2.2. Die Klägerin rügt zunächst, die Vorinstanz habe Art. 221 Abs. 1 lit. e ZPO unrichtig angewandt. Sie verweist generell auf ihre Vorbringen vor Vorinstanz und erachtet es insbesondere angesichts ihrer Behauptungen in der vorinstanzlichen Replik als willkürlich, wenn die Vorinstanz annehme, das von ihr im Beweismittelverzeichnis aufgeführte medizinische polydisziplinäre Gutachten sei einzig dem bestrittenen Bewegungsablauf während des Unfalls, nicht hingegen der Frage der Kausalität zugeordnet. Das Vorgehen sei überspitzt formalistisch und stelle eine Rechtsverweigerung dar. Wegen Missachtung eines Formmangels hätte die Vorinstanz gegebenenfalls Nachfrist ansetzen müssen für dessen Behebung. Weder in der Lehre noch in der Rechtsprechung zur ZPO werde zudem festgehalten, wie ein Beweisantrag in der Rechtschrift zu formulieren und die Beweismittel formgerecht zu bezeichnen seien. So könnten sie auch im Text selber aufgeführt werden, ohne separate Absätze und ohne "BO (Beweisofferte)". Unter Hinweis auf verschiedene Kommentatoren zu Art. 221 Abs. 1 lit. e ZPO geht die Klägerin davon aus, es genüge, wenn sie auf Seite 15 der Replik im Text selber darauf hingewiesen habe, dass letztlich nur eine umfassende medizinische Begutachtung die Folgen eines Unfallereignisses genügend abklären könne. Die Vorinstanz habe gegen Art. 56 ZPO (Gerichtliche Fragepflicht) und Art. 52 ZPO (Handeln nach Treu und Glauben) verstossen, wenn sie in Kenntnis der Replikenschrift mit Verfügung vom 19. September 2012 die Parteien angefragt habe, ob sie auf eine Hauptverhandlung verzichten, ohne gleichzeitig mitzuteilen, dass ihrer Ansicht nach die Klägerin die Beweismittel mangelhaft bezeichnet habe.

2.3. Die Beklagte wendet ein, die von der Klägerin zitierten Passagen aus ihrer vorinstanzlichen Replik befänden sich im Kapitel mit dem Titel "Schaden am Fahrzeug der unfallverursachenden Lenkerin", wogegen sie im Kapitel "Unfallkausalität der bei der Klägerin vorhandenen Beschwerden" – auch nach den Hinweisen der Beklagten in der Klageantwort – am Parteigutachten des ZENTRUM

B. festgehalten und auf die Beantragung eines medizinischen Gutachtens ebenso verzichtet habe wie im Kapitel "Zu den von der Klägerin anlässlich des Unfalles erlittenen Verletzungen". Der Beweisantrag auf S. 16 der Replik beziehe sich auf den Bewegungsablauf. Die Ausführungen in der Berufungsbegründung machten zudem deutlich, dass die Klägerin ihre Beweisanträge in ihren Rechtsschriften stets zu den einzelnen Absätzen stelle, weshalb sich derjenige auf S. 16 der Replik nicht auf Absätze auf Seite 15 beziehe. Ihre Vorbringen auf S. 15 seien überdies viel zu allgemein und unbestimmt, als darüber Beweis abgenommen werden könnte. Die Schlüsse der Vorinstanz seien deshalb nachvollziehbar. Die Beklagte geht sodann davon aus, dass die richterliche Fragepflicht nicht greife, weil einerseits bereits sie als Gegenpartei auf den Mangel hingewiesen habe und andererseits diese nur der Klärung und Vervollständigung diene und nicht Hilfestellung beim Beweisen sei.

2.4. Vorab festzuhalten ist, dass die Klägerin im Berufungsverfahren nicht geltend macht, sie hätte Beweismittel vor Vorinstanz noch nach ihrer Replikschrift oder gar im Berufungsverfahren bezeichnen können. Es gelangt vorliegend der Grundsatz zur Anwendung, wonach sämtliche Beweismittel spätestens in der zweiten Rechtsschrift oder an der Instruktionsverhandlung bzw. – sofern weder das eine noch das andere stattgefunden hat – zu Beginn der Hauptverhandlung zu bezeichnen sind (Art. 229 Abs. 2 ZPO; Pahud, DIKE-Komm-ZPO, Art. 221 Abs. 1 lit. e, N 14).

Wie die Bezeichnung der Beweismittel im Sinne von Art. 221 Abs. 1 lit. e ZPO im Einzelnen zu erfolgen hat, führt das Gesetz nicht näher aus. Die Literatur, auf welche auch die Klägerin in der Berufungsbegründung verweist, verlangt aber einheitlich die Zuordnung von Beweismitteln zu behaupteten Tatsachen. Verlangt wird eine Verknüpfung von Behauptungen und Beweismitteln. Es muss bei den einzelnen Beweisanträgen ersichtlich sein, welche Tatsachen damit bewiesen werden sollen. Für das Gericht und die Gegenpartei muss ersichtlich sein, welche Beweismittel zu welchen Tatsachen angerufen werden (Leuenberger, ZK ZPO, 2. Aufl., Art. 221 N 51; Pahud, a.a.O., N 14; Naegeli, KuKo ZPO, Art. 221 N 30). Frei/Willisegger fordern, dass jede einzelne Behauptung unmittelbar mit dem zu-

gehörigen Beweisantrag zu versehen sei (Frei/Willisegger, BSK ZPO, Art. 221 N 22; Staehelin/Staehelin/Grolimund, Zivilprozessrecht, 2. Aufl., § 18 Rz 101).

Ob im Einzelfall eine letztlich hinreichende Zuordnung von einzelnen Beweismitteln zu den behaupteten Tatsachen vorliegt, ist durch Auslegung der Vorbringen zu ermitteln, welche nach allgemeinen Grundsätzen und unter Berücksichtigung von Treu und Glauben zu erfolgen hat, wie dies auch für die Rechtsbegehren gilt (BGE 105 II 149 E. 2a). Erklärungen sind vom Gericht so auszulegen, wie sie das Gericht nach Treu und Glauben verstehen durfte und musste (Sutter-Somm/von Arx, ZK ZPO, Art. 56 N 21).

Die Folgen mangelhafter Zuordnung werden in der Lehre nicht eigens erörtert. Pahud vertritt die Auffassung, dass bei mangelhafter Bezeichnung die richterliche Fragepflicht greife und der Partei Gelegenheit zur Behebung des Mangels zu geben sei (Pahud, a.a.O., N 17). Frei/Willisegger (a.a.O., N 23) gehen davon aus, dass bei einer nicht anwaltlich vertretenen und rechtsunkundigen Partei Nachfrist angesetzt werden müsse, wenn z.B. nicht klar werde, welches Beweismittel gemeint sei. Generell kann davon ausgegangen werden, dass die richterliche Fragepflicht zum Tragen kommt, wenn die in Art. 56 ZPO genannten Voraussetzungen erfüllt sind, das Vorbringen der Partei mithin unklar, widersprüchlich, unbestimmt oder offensichtlich unvollständig ist. Nicht entscheidend kann sein, ob eine Partei – hätte sie die Rechtsauffassung des Gerichts gekannt, andere oder zusätzliche Tatsachenbehauptungen oder Beweisanträge gestellt hätte (Sutter-Somm/von Arx, ZK ZPO, 2. Aufl., Art. 56 N 12 unter Hinweis auf BGE 135 III 38 E. 5). Die gerichtliche Fragepflicht darf sodann nicht dazu dienen, prozessuale Nachlässigkeit auszugleichen oder Auswirkungen bewussten Handelns einer Partei rückgängig zu machen, wo es sich nachträglich als nachteilig erweist. Unsorgfalt einer Partei löst daher die Fragepflicht des Gerichts nicht aus (Sutter-Somm/von Arx, a.a.O., N 16 unter Hinweis BGer. 5P.147/2001 E. 2a/cc). Unklar sind Vorbringen, wenn sie nicht eindeutig, ungenau oder zweifelhaft sind oder aber dann, wenn das Gericht mittels Auslegung nach dem Vertrauensprinzip deren Sinn nicht ermitteln kann (Sutter-Somm/von Arx, a.a.O., Art. 56 N 22).

2.5. Vorliegend hat die Vorinstanz zutreffend festgestellt, dass es die Klägerin auch nach dem Hinweis der Beklagten, einem Parteigutachten komme nach Lehre und Rechtsprechung kein Beweiswert zu, unterlassen hat, in ihren Ausführungen "1.2.7. Zur Unfallkausalität der bei der Klägerin vorhandenen Beschwerden" ein vom Gericht einzuholendes umfassendes medizinisches Gutachten als Beweismittel zu bezeichnen. Die Klägerin erklärte in der Replik, die rein rechtlichen Ausführungen der Beklagten betreffend Beweiswert eines Parteigutachtens seien lediglich zur Kenntnis zu nehmen. Das Gericht habe sich im Rahmen des Grundsatzes *iura novit curia* zu äussern. Gestützt auf das Parteigutachten ZENTRUM B. listete die Klägerin alsdann die durch die Gutachter ZENTRUM B. als unfallkausal betrachteten Diagnosen und Beschwerden im Einzelnen auf und berief sich zum Nachweis auf eben dieses Gutachten sowie die daran beteiligten Ärzte als Zeugen. Sie hielt endlich fest: "Was die Ausführungen der Beklagten auf Seite 23 ff. betreffend die Aussagekraft des Gutachtens ZENTRUM B. anbelangt, ist davon auszugehen, dass das angerufene Gericht von sich aus gestützt auf den Grundsatz *iura novit curia* wohl selber wird feststellen können, dass bei einem derart komplexen medizinischen Beschwerdebild der Unterzeichnete als medizinischer Laie selbstverständlich selbst für die Aufstellung der notwendigen Behauptungen betreffend den medizinischen Sachverhalt auf die Einholung eines medizinischen polydisziplinären Gutachtens angewiesen war. Es ist selbstverständlich dem Unterzeichneten bekannt, dass ein Parteigutachten primär die Aufgabe erfüllt, die notwendigen Tatsachenbehauptungen zu liefern. Dies wurde auch getan. Es bleibt somit dem Gericht vorbehalten, über den Beweiswert des Gutachtens ZENTRUM B. zu befinden". Ob die Klägerin bewusst auf die Anrufung eines vom Gericht einzuholenden polydisziplinären medizinischen Gutachtens verzichtete oder nicht, kann offen bleiben. Angesichts des klaren Hinweises der Beklagten und einzig deshalb, weil die Vorinstanz hinsichtlich des Beweiswertes von Parteigutachten eine andere Rechtsauffassung vertrat als die Klägerin, wie sich dann im Urteil herausstellte, bestand seitens der Vorinstanz nach dem Gesagten keine Fragepflicht.

2.6. Obwohl am spezifischen Ort ausdrücklich nicht als Beweismittel bezeichnet, wird – wie die Vorinstanz zu Recht feststellt – im Beweismittelverzeichnis ein vom

Gericht einzuholendes medizinisches polydisziplinäres Gutachten aufgeführt. In der Rechtsschrift selbst ist dieses Beweismittel in der Form offeriert wie die weiteren Beweismittel der Klägerin, nämlich mit "BO: .....", ausdrücklich und ausschliesslich unter dem Kapitel "1.2.5. Zum Schaden am Fahrzeug". Unter Ziff. 1.2.5. der Replik setzt sich die Klägerin mit den Vorbringen der Beklagten in der Klageantwort auseinander, in denen diese die Bedeutung von unfallanalytischen und biomechanischen Gutachten zur Kausalitätsbeurteilung eines Unfalls für geltend gemachte Beschwerden hervorhebt, was die Klägerin bestreitet. Sie hält in dieser in den Rechtsschriften geführten grundsätzlichen Diskussion unter Hinweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung dafür, dass unfalltechnische Analysen zwar in die gesamte Beweiswürdigung einbezogen werden könnten, letztlich aber alleine für sich nie betreffend des Vorliegens eines natürlichen Kausalzusammenhanges und betreffend die Schwere des Unfallereignis entscheidend sein könnten. Letztlich sei immer entscheidend, was in medizinischer Hinsicht aus einem Unfallereignis an Personenschaden resultiere. Sie nimmt dann konkret Bezug auf das von der Beklagten eingeholte Gutachten von Felix Buchenberger (welches sie ablehnt) und insbesondere auch auf die von der Beklagten vertretene, sich darauf stützende, "Harmlosigkeitsgrenze", welche weder in der Medizin noch in der Rechtsprechung je bestätigt worden sei. Die Klägerin weist darauf hin, dass unfallanalytische Gutachten nicht berücksichtigten, dass – wie bei ihr – in medizinischer Hinsicht Vorzustände vorgelegen hätten, welche durch das Unfallereignis per se – unabhängig von der Schwere des Unfallereignisses – verschlimmert worden seien. Und sie hängt hieran den auch in der Berufungsbegründung erwähnten Satz an: "Dies zeigt einmal mehr mit der gewünschten Deutlichkeit auf, dass letztlich nur eine umfassende medizinische Begutachtung die Folgen eines Unfallereignisses genügend abklären kann". Sie fährt dann weiter, dass *auch* die Behauptung der Beklagten zu bestreiten sei, wonach die durch die Kollision hervorgerufene initiale Oberkörperverlagerung der Insassen des Fahrzeuges ... etwa parallel zur Fahrzeuglängsachse nach vorne erfolgte. Sie habe durch die Vollbremsung des Herrn ... eine Oberkörperverlagerung nach vorne erlitten; sodann sei bei ihr durch den Aufprall mit dem Fahrzeug der Frau ... eine zusätzliche Oberkörperverlagerung und Bewegung der Halswirbelsäule und des Kopfes nach

rechts erfolgt. Diesem Absatz folgt dann auf S. 16 oben die Beweisofferte "vom Gericht einzuholendes medizinisches polydisziplinäres Gutachten". Die nachfolgenden Ausführungen der Klägerin betreffen wiederum die Notwendigkeit der medizinischen Begutachtung zur Beurteilung der Kausalität, und zwar sowohl im konkreten Fall wie auch allgemein.

Aus den Vorbringen der Klägerin ergibt sich mit aller Deutlichkeit, dass sie die umfassende medizinische Begutachtung für die Beurteilung der Unfallkausalität als notwendig erachtet. Sie behauptet und begründet dies sowohl grundsätzlich, theoretisch, wie auch für ihren Fall, in welchem Vorzustände mit zu berücksichtigen seien. Dass sie das gerichtlich einzuholende medizinische Gutachten nur gerade dem umstrittenen Bewegungsablauf zuordnet, welche konkrete Behauptung unmittelbar vor der Beweisofferte formuliert ist, wie dies die Vorinstanz annimmt, erscheint allerdings bei der dargestellten Behauptungslage mindestens fraglich. Die Bestreitung des von der Beklagten dargestellten Bewegungsablaufes steht ausdrücklich "in diesem Zusammenhang", d.h. im Zusammenhang mit der gesamten sich über mehrere Seiten unmittelbar vor und nach der Beweisofferte hinziehenden Diskussion, welche Gutachten für die Kausalitätsbeurteilung der Unfallfolgen relevant sein sollen, ob ein polydisziplinäres medizinisches Gutachten, wie die Klägerin behauptet, oder unfallanalytische und/oder biomechanische Gutachten. Entgegen der Auffassung der Klägerin kann die Auffassung der Vorinstanz, die Beweisofferte beziehe sich nur auf den Bewegungsablauf der Klägerin während des Unfallgeschehens, zwar nicht als willkürlich bezeichnet werden, zumal mindestens erstaunt, wenn die Klägerin (wie gesehen) die vom Gericht einzuholende umfassende polydisziplinäre medizinische Begutachtung für die Kausalitätsbeurteilung in ihren spezifischen Ausführungen zur Kausalität nicht wiederholt und statt dessen das – ebenfalls polydisziplinäre – medizinische *Parteigutachten* als Beweis offeriert. Dies ändert aber nichts daran, dass die Beweisofferte des gerichtlich einzuholenden polydisziplinären Gutachtens in anderem Zusammenhang gemacht wurde und die Auslegung ergibt, dass diese Beweisofferte jedenfalls nicht ohne weitere Klärung nur der isolierten Behauptung des Bewegungsablaufes der Klägerin während des Unfalls zugeordnet werden kann, zumal diese Behauptung im Zusammenhang mit der Thematik der Kausalzusammenhangsbe-

urteilung stand. Worauf sich die Beweisofferte bezieht, bleibt vielmehr unklar. Auch bei einer grundsätzlich zurückhaltenderen Ausübung der richterlichen Fragepflicht bei anwaltlich vertretenen Personen erschien die Klärung der Frage durch Ausübung der gerichtlichen Fragepflicht insoweit geboten. Der Hinweis der Beklagten betr. das Parteigutachten bezog sich nicht hierauf und vermag die Fragepflicht nicht zu ersetzen.

Ob letztlich eine Verletzung von Art. 221 Abs. 1 lit. e ZPO durch die Vorinstanz vorliegt, kann nicht geklärt werden. Die Berufung erweist sich indes insoweit begründet, als von einer Verletzung der richterlichen Fragepflicht ausgegangen werden muss und damit auch das von der Klägerin gerügte Recht auf Beweis im Sinne von Art. 152 ZPO tangiert scheint.

### 3. Parteigutachten / Recht auf Beweis

3.1. Die Klägerin rügt des Weiteren, die Vorinstanz habe die massgebenden Bestimmungen der ZPO betreffend den beweisrechtlichen Stellenwert eines Parteigutachtens unrichtig angewendet. Sie macht geltend, es fehle eine höchstrichterliche Stellungnahme zu dieser Frage und die in der Lehre vertretene Auffassung, das Parteigutachten sei auch unter der Geltung der ZPO als Parteivorbringen anzusehen, setze sich nicht im Detail mit der Bedeutung eines Parteigutachtens auseinander. Selbst wenn mit der Lehre davon ausgegangen würde, dass ein Parteigutachten nicht als Gutachten im Sinne von Art. 183 Abs. 1 ZPO eingestuft werden könne, habe der Gesetzgeber in Art. 177 ZPO die gesetzliche Grundlage dafür geschaffen, dieses als Urkunde und damit auch als Beweismittel gelten lassen zu können. Als Urkunde sei das Parteigutachten ZENTRUM B. denn auch im Beweismittelverzeichnis der Klägerin aufgeführt. Das ZENTRUM B. sei eine vom Bundesamt für Sozialversicherungen anerkannte Gutachterstelle und damit als unabhängig und neutral anzusehen. Die Klägerin hält sodann dafür, dass die von ihr als sachverständige Zeugen angebotenen Ärzte des ZENTRUM B., welche das Parteigutachten verfasst haben, von der Vorinstanz nicht hätten als Zeugen ausgeschlossen werden dürfen, da sie letztlich nicht beweisgeeignet seien. Die als sachverständige Zeugen angerufenen Ärzte hätten sie, die Klägerin, umfassend untersucht und hätten umfassende Kenntnis der vollständigen

medizinischen Akten, weshalb sie darüber Zeugnis ablegen könnten, wie der Gesundheitszustand der Klägerin sich präsentiert habe. Damit wiederum könnten sie durch ihre Aussagen auch klar einen Beitrag zur Frage der Unfallkausalität der nach wie vor bestehenden Beschwerden leisten. Überdies könne das Parteigutachten, wenn es nicht als Gutachtensbeweis zu berücksichtigen wäre, als Urkunde und damit als Beweismittel berücksichtigt werden. Schliesslich rügt die Klägerin, die Vorinstanz habe ihr Recht auf Beweis im Sinne von Art. 152 ZPO verletzt, indem sie im Zusammenhang mit der Kausalitätsfrage einzig die Ausführungen in der Klage unter Ziff. 1.2.7 berücksichtigt habe, nicht hingegen die Ausführungen zu den von der Klägerin anlässlich des Unfalles erlittenen Verletzungen. Es seien dort verschiedene Ärzte und Therapeuten als Zeugen offeriert worden, die zur Frage der Unfallkausalität der bei der Klägerin noch vorhandenen Restbeschwerden aus dem Unfallereignis vom 25. Februar 2005 auch befragt werden könnten. Indem die Vorinstanz dies nicht berücksichtigt habe, habe sie Art. 152 ZPO und Art. 52 ZPO verletzt. In unrichtiger Anwendung des Grundsatzes der antizipierten Beweismittelwürdigung und des (durch Revisionsentscheid aufgehobenen) Urteils des Bundesgerichts (*BGer 4A\_494/2009*) habe schliesslich die Vorinstanz zu Unrecht angenommen, dass bei der Beurteilung des natürlichen Kausalzusammenhangs nach einem HWS-Distorsionstrauma nur ein polydisziplinäres Gutachten beweisbildend sein könne.

3.2. Die Beklagte teilt die vorinstanzliche Auffassung der fehlenden Beweismittelqualität eines Parteigutachtens und weist darauf hin, dass das Bundesgericht dies auch unter der Geltung der Schweizerischen ZPO festgestellt habe. Die Berücksichtigung als Urkunde liefe auf eine Umgehung des vom Gesetzgeber gewollten Ausschlusses hinaus. Auch eine freie Würdigung des Parteigutachtens ergäbe im Übrigen, dass dessen Gehalt nicht aussagekräftig wäre und da die Gutachter zwar als Zeugen zum damaligen Gesundheitszustand befragt werden könnten, würde auch deren Einvernahme die Frage des Kausalzusammenhangs nicht klären. Hiefür bräuchte es ein medizinisches Gutachten, das die Klägerin aber auch im Zusammenhang mit den von der Klägerin anlässlich des Unfalles erlittenen Verletzungen nicht beantragt habe.

3.3. Unter Hinweis insbesondere auf die Entstehungsgeschichte der Schweizerischen ZPO kam die Vorinstanz im angefochtenen Urteil zum Schluss, dass diese dem Parteigutachten bewusst nicht die Stellung eines Beweismittels einräumen wollte, es sich dabei vielmehr entsprechend der bundesgerichtlichen Rechtsprechung unter der Ägide der kantonalen Prozessgesetze um eine Parteibehauptung handle. Das Bundesgericht hat dies nunmehr im Entscheid 4A\_286/2011 vom 30. August 2011 unter Hinweis auf die Botschaft und den unter der Geltung der kantonalen Prozessgesetze massgeblichen Entscheid BGE 132 III 83 ausdrücklich, wenn auch ohne nähere Begründung, bestätigt. Die Lehre geht ebenfalls davon aus (Dolge, BSK ZPO, Art. 183 N 17; Müller, DIKE-Komm-ZPO, Art. 183 N 9, Art. 168 N 2; Schmid, KuKo ZPO, Art. 183 N 18; a.M., Weibel, ZK ZPO, 2. Aufl., Art. 177 N 4). Die Klägerin setzt dem in der Berufung einzig entgegen, dass das Gutachten ZENTRUM B., wenn auch nicht als Parteigutachten, so doch als Urkunde im Sinne von Art. 177 ZPO zu berücksichtigen sei, als welche sie es denn auch in den Prozess eingebracht habe.

Das Bundesgericht hält im Urteil 4A\_286/2011 E. 4 ausdrücklich fest, dem Parteigutachten "kommt im Übrigen (...) gleich wie nunmehr unter der Geltung der ZPO nicht die Qualität von Beweismitteln zu (vgl. Art. 183 ff. ZPO), sondern von blossen Parteivorbringen (STAEHELIN/SUTTER, Zivilprozessrecht, 1992, S. 171, § 14 Rz. 70; Botschaft zur ZPO, BBl 2006 7325, Ziff. 5.10.3 zu Art. 180-185 E-ZPO; vgl. auch BGE 132 III 83 E. 3.6 S. 88 f. mit Hinweisen). Es spricht ihm damit einerseits generell die Beweismittelqualität ab, womit es auch nicht als Urkunde berücksichtigt werden könnte, verweist dabei aber auf Art. 183 ff. ZPO, mithin auf die Bestimmungen zum Gutachten. Die Lehre geht damit unterschiedlich um: Weibel (ZK ZPO, 2. Aufl., Art. 177 N 4) geht davon aus, dass angesichts des nunmehr in der ZPO definierten Urkundenbegriffs (Art. 177 ZPO) die bundesgerichtliche Auffassung, Parteigutachten stellten blosser Parteibehauptungen dar, nicht mehr aufrecht zu erhalten sei. Müller (DIKE-Komm-ZPO, Art. 177 N 11) hält dafür, dass Privatgutachten nur in Ausnahmefällen als Urkunde gelten können, weil der Gesetzgeber sie bewusst nicht auf die Liste der Beweismittel genommen habe. Als Urkunden kämen sie in Betracht, soweit sie sich zu Fakten äussern würden und keine gutachterlichen Wertungen vorlägen. Im Rahmen der Beweis-

würdigung eines gerichtlichen Gutachtens könne ihnen aber durchaus gewichtige Bedeutung zukommen. Nach Schmid (KuKo ZPO, Art. 183 N 18) ist das Privatgutachten eine Urkunde, welche im Rahmen der freien Beweiswürdigung Beachtung findet. Rüetschi (Das Parteigutachten unter der neuen ZPO unter Berücksichtigung der geografischen Marke, in: Festschrift für J. David Meisser, Bern 2012, S. 16) erachtet es dagegen als nicht gesetzeskonform, das Privatgutachten als Urkunde in den Prozess einzuführen. Dieser letzteren Auffassung hat sich auch die Vorinstanz angeschlossen.

Einigkeit besteht in Lehre und Rechtsprechung darin, dass den Parteigutachten im Rahmen der Beweiswürdigung durchaus eine beachtliche Bedeutung zukommen kann. Wenn auch selbst nicht Beweismittel, verpflichtet es – wie jede substantiiert vorgetragene Behauptung – das Gericht, den von der Rechtsprechung aufgestellten Richtlinien für die Beweiswürdigung folgend zu prüfen, ob es in rechtserheblichen Fragen die Auffassungen und Schlussfolgerungen eines vom Gericht förmlich bestellten Gutachters so zu erschüttern vermag, dass davon abzuweichen ist (BGE 125 V 351, E. 3c; Weibel, a.a.O., Art. 177 N 4; Müller, a.a.O., Art. 177 N 11; Schmid, a.a.O., Art. 183 N 18). Dem wird Rechnung zu tragen sein, wenn – nach Ausübung der Fragepflicht – davon auszugehen sein wird, dass zum natürlichen Kausalzusammenhang zwischen dem Unfallereignis und den bei der Klägerin vorhandenen Restbeschwerden vom Gericht ein polydisziplinäres, medizinisches Gutachten einzuholen sein wird. Nur wenn dies nicht der Fall ist, ist darüber zu befinden, ob das Parteigutachten als Urkunde in die Beweiswürdigung einbezogen werden kann. Angesichts des klaren Willens des Gesetzgebers darf dies nicht geschehen, soweit es gutachterliche Wertungen zum Inhalt hat. Im Übrigen ist das Parteigutachten Schriftstück und damit Urkunde im Sinne von Art. 177 ZPO und insofern der Beweiswürdigung zugänglich.

3.5. Die Vorinstanz hält dafür, dass eine mündliche Darlegung der Experten des nicht zulässigen Parteigutachtens letztlich nicht beweisgeeignet sei und eine Umgehung des vom Gesetzgeber vorgesehenen Ausschlusses des Parteigutachtens und des numerus clausus der Beweismittel darstelle. Dem kann in dieser generellen Form nicht zugestimmt werden. Sachverständige Zeugen sind in Art. 175 ZPO

ausdrücklich vorgesehen und als solche kommen die Personen, welche an der Erstellung des Parteigutachtens mitgewirkt haben, grundsätzlich in Betracht. Der Einwand der Klägerin, die Tatsache allein, dass sie das Parteigutachten verfasst haben, schliesse sie nicht per se als Zeugen aus, trifft zu. Zutreffend ist sodann, dass auch die Lehre die Parteigutachter nicht per se als Zeugen ausschliesst (Müller, a.a.O. Art. 175 N 12; Schmid, a.a.O., Art. 175 N 3). Auch der sachverständige Zeuge ist primär aber Zeuge und nicht Gutachter. Vom Gutachter unterscheidet den Zeugen, dass er über *eigene Wahrnehmungen* auszusagen hat; er ist insoweit nicht ersetzbar. Der Gutachter hat über allgemeine und jederzeit zugängliche Erfahrungstatsachen Auskunft zu geben und ist in diesem Sinn ersetzbar. Mit der gesetzlichen Möglichkeit, dem sachverständigen Zeugen auch Fragen zur Würdigung des Sachverhaltes zu stellen, kann der Zeuge nicht nur über eigene Wahrnehmung berichten, sondern darüber hinaus den Sachverhalt wie ein Experte würdigen (Müller, a.a.O. N 3, 4 und 7; Weibel/ Naegeli, ZK ZPO, 2. Aufl., Art. 175 N 1 f.). Sachverständiger Zeuge ist nach der überzeugenden Definition von Schmid, wer vorprozessual Kenntnisse über einen bestimmten Sachverhalt erworben hat und dank seiner persönlichen Fachkunde in der Lage ist, daraus tatsächliche Schlussfolgerungen zu ziehen (a.a.O., Art. 175 N 3, so auch Müller, a.a.O., N 12).

Soweit vorliegend die eigenen Wahrnehmungen der als Zeugen angerufenen Privatgutachter ausschliesslich im Rahmen der Erstellung des Privatgutachtens erfolgten – und die Klägerin macht nichts anderes geltend –, steht allerdings nicht wie beim Zeugen dessen unersetzliche Wahrnehmung im Vordergrund, sondern die fachliche Beurteilung durch einen (auswechselbaren) Experten. Dies erscheint insofern problematisch, als diese Zeugen im Gegensatz zum Gutachter gemäss Art. 183 ff. ZPO keinen Ausstandsgründen unterworfen sind und auch nicht erst nach einem speziellen Ernennungsverfahren, sondern ausschliesslich auf Wunsch einer Partei tätig werden. Die Würdigung der Vorinstanz, es liege hierin eine Umgehung des vom Gesetzgebers ausgeschlossenen Beweismittels Parteigutachten erscheint in dieser Konstellation zumindest vertretbar. Eine Verletzung von Art. 175 ZPO ist nicht ersichtlich.

3.6. Im Rahmen eines Beweisverfahrens werden die von der Klägerin formgerecht bezeichneten Beweismittel aufgrund einer zuvor erlassenen Beweisverfügung abzunehmen sein, soweit sie für die Beweisführung der umstrittenen Tatsachen, zu denen sie angerufen wurden, geeignet erscheinen. Die von der Klägerin auf den Seiten 11-21 angerufenen Ärzte und Therapeuten könnten als Zeugen somit zur Frage der Unfallkausalität der bei der Berufungsklägerin vorhandenen Restbeschwerden aus dem Unfallereignis vom 25. Februar 2005 nur dann befragt werden, wenn sie hiezu auch angerufen worden sind. Dabei kann es indes nicht darauf ankommen, unter welchem Zwischentitel in den Rechtsschriften sie als Zeugen genannt wurden. Entscheidend ist, zu welchen konkreten, umstrittenen Tatsachen sie als Zeugen angerufen wurden. Handelt es sich dabei um solche, die zum Nachweis des umstrittenen Kausalzusammenhangs geeignet erscheinen, sind sie als Beweismittel abzunehmen. Für die von der Klägerin behaupteten und von der Beklagten bestrittenen unmittelbar nach dem Unfallereignis aufgetretenen Beeinträchtigungen ist dies jedenfalls teilweise der Fall. So hat die Klägerin beispielsweise behauptet, dass etwa zwei Stunden nach dem Unfallereignis Nackenbeschwerden begannen und nach 5-6 Stunden starke Kopfschmerzen auftraten. Für diese (bestrittene) Behauptung, die nicht zum vornherein als unwesentlich erscheint, berief sie sich mitunter auf die Einvernahme von Dr. med. ... als Zeugen.

3.7. Es ist nach dem Gesagten davon auszugehen, dass die Klage nicht ohne Durchführung eines Beweisverfahrens beurteilt werden kann. Damit erübrigen sich weitere Ausführungen zur von der Klägerin beanstandeten antizipierten Beweiswürdigung.

Obergericht, II. Zivilkammer  
Beschluss vom 19. August 2013  
Geschäfts-Nr.: LB130020-O/U