

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LB140062-O/U.doc;

damit vereinigt Geschäfts-Nr.: LB140063

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichterin Dr. M. Schaffitz und Oberrichter lic. iur. M. Spahn sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. G. Ramer Jenny

## **Beschluss vom 6. Mai 2015**

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Klägerin, Widerbeklagte, Erstberufungsklägerin und Zweitberufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. \_\_\_\_\_

gegen

**B.** \_\_\_\_\_ **AG,**

Beklagte, Widerklägerin, Erstberufungsbeklagte und Zweitberufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Y1. \_\_\_\_\_

und / oder Rechtsanwältin MLaw Y2. \_\_\_\_\_

betreffend **Forderung**

**Berufungen gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 1. Abteilung, vom 4. Juni 2014 (CG110002-L)**

## **Erwägungen:**

### I.

1. Am 4. Mai 2000 erlitt die Klägerin einen Autounfall (Auffahrkollision). Für den Unfallhergang kann auf den Polizeirapport vom 21. Mai 2000 verwiesen werden (Urk. 4/23 S. 6). Der Lenker, der den Unfall verursachte, war bei der Beklagten haftpflichtversichert. Die Klägerin hatte per 31. März 2000 ihre Anstellung bei der C.\_\_\_\_\_ AG als Projektmanagerin beendet (Urk. 4/15), um per 1. Juni 2000 bei der D.\_\_\_\_\_ eine neue Arbeitsstelle als Senior Consultant anzutreten (Urk. 4/21, Urk. 35/48a). Der Stellenantritt wurde auf den 19. Juli 2000 verschoben (Urk. 41/4, Urk. 33 Rz 28, Urk. 49 Rz 56). Am 19. Juli 2002 wurde der Klägerin seitens ihrer Arbeitgeberin per 31. Oktober 2002 gekündigt (Urk. 35/55).

2. Mit Klageschrift vom 31. Dezember 2010, gleichentags zur Post gegeben und bei der Vorinstanz eingegangen am 4. Januar 2011, gelangte die Klägerin unter Beilage der Weisung des Friedensrichteramtes der Stadt Zürich vom 15. Dezember 2010 an die Vorinstanz mit folgendem Rechtsbegehren (Urk. 1, Urk. 2, Urk. 35/42).

"Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin einen Schaden von CHF 191'210.00, vorbehältlich der Nachklage für den restlichen Schaden aus dem Verkehrsunfall vom 4. Mai 2000, zu ersetzen;

unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beklagten."

Am 11. Juli 2011 erstattete die Beklagte die Klageantwort, mit welcher sie die vollumfängliche Klageabweisung beantragte; gleichzeitig erhob sie Widerklage mit folgendem Rechtsbegehren (Urk. 16):

"1. [...]

2. Es sei widerklageweise festzustellen, dass die Klägerin [recte: Beklagte; Urk. 49 S. 2] der Beklagten [recte: Klägerin; Urk. 49 S. 2] aus dem Verkehrsunfall vom 4. Mai 2000 nichts mehr schulde.

3. Die Klägerin sei widerklageweise zu verurteilen, der Beklagten den Betrag von CHF 69'854.40, nebst Zins von 5% seit wann rechtens, zu bezahlen.

4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Klägerin."

Ein am 16. Februar 2012 abgeschlossener Vergleich wurde von der Klägerin am 23. Februar 2012 fristgerecht widerrufen (Urk. 22, Urk. 23). Am 11. Juni 2012 ging die Replik und Widerklageantwort bei der Vorinstanz ein (Urk. 33). Die Duplik und Widerklagereplik datiert vom 2. Oktober 2012 (Urk. 49). Mit der Widerklageduplik vom 15. Februar 2013 reichte die Klägerin die letzte Rechtsschrift ein (Urk. 62). Mit Verfügung vom 16. August 2013 erging die Anfrage, ob die Parteien auf die Durchführung einer Hauptverhandlung im Sinne von Art. 233 ZPO verzichten (Urk. 66). Nachdem beide Parteien auf die Durchführung einer Hauptverhandlung verzichtet hatten (Urk. 68, Urk. 69), wies die Vorinstanz Haupt- und Widerklage mit Urteil vom 4. Juni 2014 ab (Urk. 71 = Urk. 77). Die Gerichtskosten wurden zu zwei Dritteln der Klägerin und zu einem Drittel der Beklagten auferlegt. Entsprechend wurde die Klägerin verpflichtet, der Beklagten eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 6'480.– zu bezahlen (Urk. 77 S. 15).

3. Die Abredeversicherung gemäss UVG, die E.\_\_\_\_\_ AG, hatte bereits mit Einspracheentscheid vom 2. Oktober 2009 ihre Leistungen an die Klägerin per 31. Juli 2009 eingestellt (Urk. 4/3). Eine dagegen erhobene Beschwerde der Klägerin wies das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich mit Urteil vom 7. März 2011 ab (Urk. 17/1). Dieser Entscheid blieb unangefochten. Am 2. September 2013 erstattete die Beklagte gegen die Klägerin eine Strafanzeige wegen Betrugs gemäss Art. 146 StGB und Erwirkung unrechtmässiger Leistungen gemäss Art. 87 AHVG in Verbindung mit Art. 70 IVG (Urk. 102/79/3). Mit Verfügung vom 11. Juli 2014 verfügte die Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich die sofortige Sistierung der bisherigen Rentenleistung (Urk. 102/90/1).

4. Gegen das ihr am 23. Juni 2014 zugestellte Urteil vom 4. Juni 2014 führt die Klägerin mit Eingabe vom 25. August 2014 Berufung mit folgenden Anträgen (Urk. 76 S. 2):

- "1. Ziffer 1 des Urteils des Bezirksgerichts Zürich vom 4. Juni 2014 sei insofern aufzuheben, als dass die Klage teilweise gutzuheissen ist: Die Klage auf Ersatz des Erwerbsschadens für das Jahr 2008 (Teilklage) sei im Umfang von CHF 27'266 gutzuheissen.
2. Ziffer 3 des Urteils des Bezirksgerichts Zürich vom 4. Juni 2014 sei insofern aufzuheben, als dass die Gerichtskosten halbiert werden.

3. Ziffer 4 des Urteils des Bezirksgerichts Zürich vom 4. Juni 2014 sei insofern aufzuheben, als dass die Klägerin von einer Bezahlung einer Parteientschädigung an die Beklagte zu befreien sei.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beklagten."

Den ihr auferlegten Kostenvorschuss von Fr. 3'750.– leistete die Klägerin rechtzeitig (Urk. 80). Die Berufungsantwort der Beklagten datiert vom 20. November 2014 (Urk. 83). Weitere Stellungnahmen der Parteien erfolgten am 19. und 27. Februar 2015 (Urk. 89, Urk. 94). Am 27. Februar 2015 erstattete die Klägerin unter Beilage eines neuropsychologischen Gutachtens vom 18. Februar 2015 eine Noveneingabe, die sie am 4. März 2015 begründete (Urk. 91, Urk. 96). Die Beklagte liess sich dazu am 10. April 2015 vernehmen (Urk. 100).

5. Gegen das ihr am 23. Juni 2014 zugestellte Urteil vom 4. Juni 2014 führt die Beklagte mit Eingabe vom 22. August 2014 ebenfalls Berufung mit folgenden Anträgen (Urk. 102/76 S. 2):

- "1. Es sei das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 4. Juni 2014 hinsichtlich der Abweisung der Widerklage gemäss Ziff. 1 des Dispositivs aufzuheben.
2. Es sei festzustellen, dass die Beklagte der Klägerin aus dem Verkehrsunfall vom 4. Mai 2000 nichts mehr schuldet.
3. Die Klägerin sei zu verurteilen, der Beklagten den Betrag von CHF 69'854.40 nebst Zins zu 5% seit wann rechtens zu bezahlen.
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zzgl. MWST zu Lasten der Klägerin."

Dieses Verfahren wurde unter der Geschäfts-Nr. LB140063 angelegt. Den ihr auferlegten Kostenvorschuss von Fr. 66'000.– leistete die Beklagte rechtzeitig (Urk. 102/80). Die Berufungsantwort der Klägerin datiert vom 24. November 2014 (Urk. 102/87). Diese erfolgte rechtzeitig, wie die Zeugen F.\_\_\_\_\_ und G.\_\_\_\_\_ bestätigten (Urk. 102/88, Urk. 102/96+97). Weitere Stellungnahmen erfolgten am 12. Februar und 4. März 2015 (Urk. 102/102, Urk. 102/110 S. 5). Auch in diesem Verfahren erstattete die Klägerin am 27. Februar 2015 unter Beilage eines neuropsychologischen Gutachtens vom 18. Februar 2015 eine Noveneingabe, die sie am 4. März 2015 begründete (Urk. 102/106, Urk. 102/110). Die Beklagte liess sich dazu am 10. April 2015 vernehmen (Urk. 102/114).

II.

1. Mit der vorliegenden Teilklage macht die Klägerin einen Erwerbsschaden (Lohnausfall) für das Jahr 2008 geltend. Sie behauptet, durch den Unfall verschiedene gesundheitliche Beeinträchtigungen (hirnorganische Schäden, allenfalls eine HWS-Distorsion, Lendenwirbelbeschwerden/Diskushernie) erlitten zu haben, welche für erhebliche Dauerschmerzen (Kopf- und Nackenschmerzen, Schmerzen in der Lendenwirbelsäule), Konzentrationsschwäche und andere neuropsychologische Funktionsstörungen verantwortlich seien (Urk. 2 Rz 24, Urk. 33 Rz 55 f.). Als Folge davon sei sie in ihrer bisherigen Tätigkeit vollumfänglich erwerbsunfähig und habe im Jahre 2008 kein Einkommen erzielt. Die Klägerin ist weiter der Auffassung, dass sie ohne Unfall und gesundheitliche Beeinträchtigungen in der Lage gewesen wäre, per 1. Januar 2008 ein Einkommen von Fr. 223'642.– zu erzielen, woraus – nach Abzug von Versicherungsleistungen von Fr. 32'432.– – ein Direktschaden für das Jahr 2008 von Fr. 191'210.– resultiere.

2. Die Beklagte hält eine Hirnschädigung, ein HWS-Schleudertrauma und/oder neuropsychologische Defizite für nicht nachgewiesen. Unfallkausale Beschwerden an der Lendenwirbelsäule (LWS) und/oder unfallkausale psychische Beschwerden stellt sie in Abrede. Zudem beruft sie sich auf ein Selbstverschulden der Klägerin am Unfall infolge Fahrens mit ungenügendem Abstand. Mit ihrer Widerklage verlangt die Beklagte den Ersatz von Observationskosten von Fr. 69'854.40 und die Feststellung, dass sie der Klägerin aus dem Unfall vom 4. Mai 2000 nichts mehr schulde (Urk. 16 S. 2).

3. Die Vorinstanz führte das Verfahren nach der am 1. Januar 2011 in Kraft getretenen schweizerischen Zivilprozessordnung, auch wenn sie im angefochtenen Urteil dafürhielt, nach der Praxis des Bezirksgerichts sei auf den Poststempel auf der Weisung abzustellen, was an sich zur Anwendbarkeit des alten Prozessrechts führe. Zu Gunsten des neuen Prozessrechts führte sie an, es dürfe nicht ausser Acht gelassen werden, dass nach Einreichung der Klage beim Gericht am 4. Januar 2011 schon im Delegationsbeschluss vom 8. März 2011 ausdrücklich von der Anwendbarkeit des neuen Prozessrechts ausgegangen worden sei. Es

verstosse gegen Treu und Glauben, wenn die Klägerin dagegen nicht sofort protestiert und sich erst wieder im Rahmen der Replik vom 11. Juni 2011 (recte: 11. Juni 2012) für die Anwendbarkeit des zürcherischen Prozessrechts ausgesprochen habe. Abgesehen davon, dass am 31. Dezember 2010 noch nicht von einem laufenden Gerichtsverfahren habe gesprochen werden können, sei es kaum praktikabel, nach vollständig durchgeführtem Schriftenwechsel bzw. Durchführung des gesamten Verfahrens wieder auf das alte Prozessrecht zurück zu schwenken (Urk. 77 S. 5 f.).

In ihrer "Einschätzung der Sach- und Rechtslage" fasste die Vorinstanz zunächst das Urteil des Sozialversicherungsgerichts vom 7. März 2011 (Urk. 17/1) zusammen. Dieses habe einen natürlichen Kausalzusammenhang zwischen der Diskushernie und dem Unfall verneint. Bei der Prüfung der Frage, ob zwischen der Kopf- bzw. Hirnverletzung und dem Unfallereignis ein Kausalzusammenhang bestehe, sei das Sozialversicherungsgericht nicht von einer Bewusstlosigkeit, sondern von einer kurzen Amnesie ausgegangen. Dabei habe es mit Bezug auf die Hirnverletzung abschliessend festgestellt, dass bei der Klägerin keine objektifizierbaren strukturellen Läsionen nachgewiesen werden könnten. Schliesslich habe das Sozialversicherungsgericht aufgrund der vom Bundesgericht herausgearbeiteten Kriterien die Adäquanz zwischen dem (im mittelschweren Bereich anzusiedelnden) Unfallereignis und psychischen Unfallfolgen bzw. den im Juli 2007 noch bestehenden Beschwerden verneint, auch wenn das Gericht das Kriterium der (eventuell psychisch überlagerten) Dauerschmerzen "allenfalls" und "mit Vorbehalten" als erfüllt betrachtet habe (Urk. 77 S. 9 f.).

Die Vorinstanz stellte sich sodann die Frage, inwieweit das Urteil des Sozialversicherungsgerichts präjudizielle Wirkungen für den Zivilprozess gegen die Haftpflichtversicherung entfaltet. Sie kam zum Schluss, dass eine eigentliche Bindung an den Entscheid des Sozialversicherungsgerichts im vorliegenden Fall nicht bestehe, da seitens des Zivilrichters keine Vorfrage aus einem anderen Rechtsgebiet zu beurteilen sei, die eine kompetente Verwaltungsbehörde bereits rechtskräftig entschieden habe (unter Hinweis auf BGE 108 II 456). Aber auch wenn – so die Vorinstanz weiter – die Adäquanz im Sozialversicherungsrecht und

im Haftpflichtrecht leicht unterschiedlich umschrieben werde, dürfe nicht aus den Augen verloren werden, dass die Feststellungen des Sozialversicherungsgerichts betreffend die heutige Klägerin und damalige Beschwerdeführerin an Eindeutigkeit nichts zu wünschen übrig liessen. Das Sozialversicherungsgericht habe nämlich in Abwägung sämtlicher ärztlicher Gutachten und Berichte, die grossenteils auch im vorliegenden Prozess zum Beweis offeriert worden seien, einen natürlichen bzw. adäquaten Kausalzusammenhang zwischen den Beschwerden der Klägerin und dem Unfallereignis vom Mai 2000 klar und deutlich verneint. Zwingende Gründe, die gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung eine Abweichung von diesem Befund rechtfertigen würden, seien vorliegend nicht ersichtlich. Das Sozialversicherungsgericht sei ständig mit Fällen wie dem vorliegenden beauftragt und entsprechend routiniert, weshalb für den Zivilrichter – auch im Interesse einer einheitlichen Rechtsprechung – grösste Zurückhaltung geboten sei, von diesem Gericht vorgenommene Einschätzungen ohne Not umzustossen. Dass im sozialversicherungsrechtlichen Verfahren der Unfallversicherer als beklagte Partei aufgetreten sei, ändere daran nichts. Hauptthema bleibe die Beantwortung der Frage, ob sich die Beschwerden der Klägerin auf das Unfallereignis vom 4. Mai 2000 zurückführen liessen. Dies sei vom Sozialversicherungsgericht bei nahezu identischer Aktenlage klar verneint worden. Es bestehe damit für das Zivilgericht kein Grund, von den nach sorgfältig vorgenommener Abwägung sämtlicher Beweismittel gemachten Feststellungen des Sozialversicherungsgerichts abzuweichen. Auch zu den von der Klägerin immer wieder zum Beweis offerierten Unterlagen betreffend eine von Professor H. \_\_\_\_\_ aus Paris durchgeführten DTI-MRI-Untersuchung habe das Sozialversicherungsgericht Stellung bezogen und deren Beweiswert verneint. Die Klage sei somit "mangels adäquaten Kausalzusammenhangs" abzuweisen (Urk. 77 S. 10 bis S. 12).

Die Vorinstanz hielt weiter dafür, dass "bei diesem Ergebnis" auch das Rechtsschutzinteresse der Beklagten an der widerklageweise erhobenen negativen Feststellungsklage (Rechtsbegehren Ziffer 2) entfalle (Urk. 77 S. 11). Die mit der Widerklage (Rechtsbegehren Ziffer 3) geltend gemachten Kosten aus der Observation hielt die Vorinstanz für nicht ersatzfähig. Im Dispositiv wies die Vorinstanz die Widerklage vollumfänglich ab.

### III.

1.1 Das zweitinstanzliche Verfahren richtet sich nach der schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (Art. 404 f. ZPO). Ob auf das erstinstanzliche Verfahren zürcherisches oder eidgenössisches Prozessrecht zur Anwendung gelangt, ist zwischen den Parteien umstritten (Erw. III/2).

1.2 An den Berufungsverfahren mit den Nummern LB140062 und LB140063 sind die gleichen Parteien beteiligt. Den Berufungen liegen Haupt- und Widerklage und der gleiche Sachverhalt zugrunde. Es rechtfertigt sich daher, die beiden Geschäfte zu vereinigen (Art. 125 lit. c ZPO analog). Die Akten des Verfahrens LB140063 sind als Urk. 102/76-116 zu den Akten des Verfahrens LB140062 zu nehmen.

1.3 Die Berufungen wurden form- und fristgerecht erhoben. Sie richten sich gegen einen erstinstanzlichen Endentscheid. Da auch die Streitwertgrenze erreicht wird, ist auf die Berufungen – unter Vorbehalt hinreichender Begründung – einzutreten (Art. 308 und Art. 311 ZPO).

1.4 Soweit die Hauptklage im Fr. 27'266.– übersteigendem Umfange abgewiesen wurde, ist das angefochtene Urteil mit Ablauf der Berufungsfrist am 26. August 2014 in Rechtskraft erwachsen (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Dies ist vorzumerken.

2.1 Die Klägerin wirft der Vorinstanz vor, das falsche Prozessrecht zur Anwendung gebracht zu haben. Es sei ziemlich unverfroren, wenn die Vorinstanz der Klägerin ein Verhalten wider Treu und Glauben vorwerfe, weil sie nicht gegen den Delegationsbeschluss vom 8. März 2011 protestiert habe. Es sei Sache des Gerichts, das richtige Recht anzuwenden. Die im Delegationsbeschluss zitierte Gesetzesbestimmung habe die Klägerin als kleine Fehlleistung eines Gerichtsschreibers werten dürfen. Es sei schon unter Geltung des zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetzes zulässig gewesen, die Sache an einen Richter zu delegieren. Ein unter neuem Prozessrecht vorgesehener Kostenvorschuss sei nicht verlangt worden. Die Klage sei – wie in der Klageschrift erwähnt – unter altem

Prozessrecht begründet worden. Falls die Vorinstanz anderer Auffassung gewesen wäre, hätte sie die Parteien zur Stellungnahme zur Frage des anwendbaren Rechts auffordern müssen. Eine prozessleitende Erklärung zum anwendbaren Recht sei auch nach der Replik (mit Verweis auf Urk. 33 Rz 11) nicht ergangen. Die Anwendung des neuen Prozessrechts habe schwerwiegende Konsequenzen für die Klägerin, zumal unter neuem Prozessrecht die Beweismittel schon mit der Klage genannt werden müssten, während unter zürcherischem Prozessrecht mit der Nennung bis zum Beweisbeschluss zugewartet werden könne. Bei Anwendung des alten Rechts erscheine eine Rückweisung an die Vorinstanz zur korrekten Durchführung des Verfahrens angezeigt (Urk. 76 Rz 8 ff., Rz 39).

2.2 Die Beklagte ist der Auffassung, auf das erstinstanzliche Verfahren sei zu Recht die eidgenössische ZPO angewendet worden. Da die Klägerin den Delegationsbeschluss vom 8. März 2011 nicht angefochten habe, dürfe – so die Beklagte – eine spätere Bestreitung des anwendbaren Prozessrechts aber ohnehin nicht zugelassen werden. Das Vorgehen der Klägerin verletze den Grundsatz von Treu und Glauben nach Art. 52 ZPO. Die Vorinstanz sei gestützt auf Art. 98 ZPO nicht verpflichtet gewesen, einen Prozesskostenvorschuss zu verlangen. Die Klägerin bzw. ihr Rechtsvertreter wären nach Erhalt des Delegationsbeschlusses, der dreimal auf die eidgenössische ZPO verwiesen habe, aufgrund der anwaltlichen Sorgfaltspflicht verpflichtet gewesen, alle nach der eidgenössischen ZPO erforderlichen Handlungen vorzunehmen (Urk. 83 Rz 16 ff., Rz 39).

2.3 Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist der in Art. 404 Abs. 1 ZPO verwendete Rechtsbegriff der Rechtshängigkeit neurechtlich nach Art. 62 ZPO festzulegen. Nach dieser Bestimmung wird die Rechtshängigkeit bereits mit der Einreichung des Schlichtungsgesuchs begründet (BGE 140 II 298 E. 5.2, S. 301; BGer 4A\_306/2013 E. 2.2, 5A\_671/2013 E. 2.2). Das Sühnbegehren ist vorliegend am 3. Dezember 2010 beim Friedensrichteramt der Stadt Zürich eingegangen (Urk. 1). Damit war auf das am 1. Januar 2011 bereits rechtshängige Verfahren bis zum Abschluss vor dem erstinstanzlichen Gericht das zürcherische Prozessrecht (ZPO/ZH) anwendbar (BGE 138 III 792 E. 2.6.1, S. 794 f.). Zum gleichen Ergebnis führte die von der Vorinstanz angeführte "Praxis des Bezirksge-

richts", die auf den "Poststempel auf der Weisung" abstellen will. Diese wurde am 31. Dezember 2010 der Post übergeben (Urk. 35/42). Die Vorinstanz hat es dennoch mit Hinweis auf die bereits im Delegationsbeschluss vorgenommene Weichenstellung und den fehlenden Widerspruch der Klägerin abgelehnt, eine "Änderung in der Anwendung des Prozessrechts im laufenden Verfahren" vorzunehmen (Urk. 77 S. 5).

2.4 Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung können formelle Rügen nach Treu und Glauben in einem späteren Prozessstadium nicht mehr vorgebracht werden, soweit sie früher hätten geltend gemacht werden können. Der Grundsatz der Verwirkung bei nicht sofortiger Geltendmachung gilt für Verfahrensmängel generell. Insbesondere sind gerichtsorganisatorische Fragen frühestmöglich zu bereinigen (BGer 5A\_837/2012 E. 5 und dort zitierte Entscheide).

2.5 Der Klägerin kann mit Bezug auf das anwendbare Prozessrecht kein rechtsmissbräuchliches Verhalten vorgeworfen und damit eine Verwirkung der entsprechenden Rüge entgegengehalten werden:

- In der Klageschrift vom 31. Dezember 2010 wies die Klägerin darauf hin, dass die dreimonatige Einschreibefrist gemäss § 102 Abs. 1 in Verbindung mit § 101 ZPO/ZH gewahrt sei (Urk. 2 Rz 3). Die Zuständigkeit des Bezirksgerichts Zürich stützte sie auf Art. 26 Abs. 1 GestG i.V.m. Art. 65 Abs. 1 SVG (Urk. 2 Rz 2). Sie ging also implizit von der Anwendbarkeit der zürcherischen Zivilprozessordnung aus.
- Mit Beschluss vom 8. März 2011 erfolgte die Delegation der Prozessleitung an Bezirksrichter Dr. iur. Ch. Lehner. In den Erwägungen wurde auf Art. 124 Abs. 2 ZPO verwiesen und präzisiert, Beweisverfügungen im Sinne von Art. 154 ZPO erfolgten durch das Gericht. Zudem wurde festgehalten, gegen die Delegation bestehe kein Rechtsmittel im Sinne von Art. 319 lit. b ZPO (Urk. 5). Im Beschluss vom 8. März 2011 ging die Vorinstanz somit von der Anwendbarkeit der schweizerischen Zivilprozessordnung aus.

- In der Klageantwort vom 11. Juli 2011 plädierte die Beklagte für die Anwendbarkeit der schweizerischen Zivilprozessordnung in der (falschen) Annahme, Klageschrift und Weisung seien erst am 3. Januar 2011 der Post übergeben worden (Urk. 16 Rz 7 ff.).
- Am 24. Februar 2012 erging die Fristansetzung für die schriftliche Replik und Widerklageantwort "[i]n Anwendung von Art. 224 Abs. 3 und 225 der Zivilprozessordnung (Urk. 24).
- In der Replik und Widerklageantwort vom 11. Juni 2012 führte die Klägerin aus, da die alte ZPO für die Klage massgebend sei, werde sie es auch für die Widerklagebegehren sein. Für den Fall, dass das Gericht das anders sehen sollte, bitte sie um einen Beschluss in dieser Sache (Urk. 33 Rz 7). Die Klage sei am 31. Dezember 2010 in St. Gallen der Post übergeben worden. Es sei für dieses Verfahren die alte zürcherische ZPO massgebend (Urk. 33 Rz 11).
- Mit Verfügung vom 15. Juni 2012 wurde der Beklagten in Anwendung von Art. 225 der Zivilprozessordnung Frist zur Erstattung der Duplik und Widerklagereplik angesetzt (Urk. 36).
- In der Duplik und Widerklagereplik vom 2. Oktober 2012 taxierte die Beklagte die Vorlage eines Belegs, der die Anwendbarkeit der alten zürcherischen Zivilprozessordnung belegen solle (Urk. 35/42), als verspätet und rechtsmissbräuchlich. Es obliege aber – so die Beklagte weiter – dem Gericht, die Anwendbarkeit der zürcherischen oder der eidgenössischen Zivilprozessordnung festzulegen (Urk. 49 Rz 9). Der Prozess sei bisher immer aufgrund der neuen ZPO geführt worden. Der Klägerin habe dies bewusst sein müssen, da sich das Gericht stets auf die neue ZPO gestützt habe. Eine Zwischenverfügung sei für die Beklagte in diesem Punkt nicht notwendig (Urk. 49 Rz 25).
- Die Fristansetzung zur Widerklageduplik nahm die Vorinstanz ebenfalls auf der Grundlage der eidgenössischen ZPO vor (Urk. 51, Urk. 59).

- In der Widerklageduplik vom 15. Dezember 2013 ging die Klägerin nach wie vor davon aus, dass das alte Zivilprozessrecht anwendbar sei, was bedeute, dass die Beweismittel nach dem Beweisaufgabebeschluss genannt würden (Urk. 62 Rz 8, Rz 13). Die Beweise (zu den HWS-Beschwerden und zur traumatischen Hirnverletzung) würden im Rahmen der Beweisantretung eingereicht werden (Urk. 62 Rz 148). Im alten zürcherischen Prozessrecht gebe es keine Beweismittelbeschränkung, weshalb die DTI-MRI-Bilder und deren Auswertung zuzulassen und allenfalls einem gerichtlichen Gutachter als Beurteilungsgrundlage zu überreichen seien (Urk. 62 Rz 150).
- Mit Verfügung vom 16. August 2013 erging die Anfrage an die Parteien, ob sie im Sinne von Art. 233 ZPO auf die Durchführung einer Hauptverhandlung verzichten würden (Urk. 66). Mit Schreiben vom 30. August 2013 teilten die Parteien den entsprechenden Verzicht mit (Urk. 68, Urk. 69), worauf am 4. Juni 2014 ohne weitere Beweisverfügungen das angefochtene Urteil gefällt wurde.

2.6 Das Gericht wendet das Recht von Amtes wegen an. Der Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen gilt auch für Rechtssätze, die dem Prozessrecht angehören (BSK ZPO-Gehri, N 8 zu Art. 57 ZPO, mit Verweis auf Staehelin/Staehelin/Grolimund, Zivilprozessrecht, 2. Aufl., Zürich 2013, § 10 Rz 18). Dies bedeutet, dass die Parteien von der Kenntnis und der Darlegung des Rechts dispensiert sind (BSK ZPO-Gehri, N 6 zu Art. 57 ZPO). Von da her ist von vornherein fraglich, ob das Schweigen einer Partei zu den anwendbaren (prozessualen) Rechtsnormen eine Verwirkung nach sich ziehen kann. Diese Frage braucht aber nicht abschliessend beantwortet zu werden.

2.7 Der oben geschilderte Ablauf kann dahingehend zusammengefasst werden, dass die Vorinstanz zwar immer von der Anwendbarkeit des neuen Prozessrechts ausging. Indes hat die Klägerin in sämtlichen Rechtsschriften zu verstehen gegeben, dass das bisherige Prozessrecht zur Anwendung gelangen müsse. Der Umstand, dass die Klägerin auf den Delegationsbeschluss nicht umgehend reagierte, kann ihr nicht zum Nachteil gereichen. Erstens wurde sie durch die Delegation der Prozessleitung nicht beschwert bzw. durch einen nicht leicht wieder-

gutzumachenden Nachteil bedroht. Und zweitens hatte sie in ihrer zuvor eingereichten Klageschrift bereits ihren Standpunkt zum anwendbaren Prozessrecht klargemacht, den sie in ihrer darauffolgenden Rechtsschrift – der Replik und Widerklageantwort – bekräftigte. Auch kann es der Klägerin nicht schaden, dass sie ihren Verzicht auf die Durchführung einer Hauptverhandlung im Sinne von Art. 233 ZPO erklärte. Wäre mangels Verzichts eine Hauptverhandlung mit Beteiligung der Parteien abgehalten worden, hätte sich die Klägerin der Gefahr ausgesetzt, dass ihre Beteiligung an der Hauptverhandlung als stillschweigende Zustimmung zur neuen Verfahrensordnung gedeutet würde. Die Klägerin hat nie den Eindruck erweckt, sie habe sich mit der Anwendbarkeit des neuen Verfahrensrechts abgefunden. Demzufolge kann die Rüge, die Vorinstanz habe das falsche Prozessrecht angewandt, nicht als verwirkt gelten, zumal sie – trotz strittiger tatsächlicher Parteivorbringen – auch keine Beweisverfügung im Sinne von Art. 154 ZPO erlassen hat. Es stellt daher auch keinen Verstoss gegen die anwaltliche Sorgfaltspflicht dar, wenn die Klägerin nicht sämtliche Beweismittel mit der Replik einreichte, wie die Beklagte geltend macht (Urk. 83 Rz 30, Rz 147, Rz 149 und Rz 199).

2.8 Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Vorinstanz das Verfahren zu Unrecht nach der eidgenössischen Zivilprozessordnung durchführte. Die Verletzung von Art. 404 Abs. 1 ZPO bzw. die Nichtanwendung der zürcherischen Zivilprozessordnung stellt eine unrichtige Rechtsanwendung im Sinne von Art. 310 lit. a ZPO dar.

3.1 Die Klägerin bemängelt weiter, die Vorinstanz habe letztlich gar keinen Zivilprozess durchgeführt, sondern unter Vorwegnahme des Beweisergebnisses einen Entscheid des Sozialversicherungsgerichts in gleicher Sache kopiert (Urk. 76 Rz 37). Die Klägerin habe aus dem Unfall einen Hirnschaden bzw. ein HWS-Trauma mit Schmerzstörung und LWS-Beschwerden davongetragen, weshalb sie in ihrer Leistungsfähigkeit eingeschränkt und im Jahre 2008 keine verwertbare Arbeitsleistung möglich gewesen sei. Die vorgeschlagenen Beweise, darunter das in der Replik zum Nachweis der gesundheitliche Defizite angebotene gerichtliche Gutachten, seien nicht abgenommen worden, wodurch das Recht der

Klägerin auf Beweisführung massiv verletzt worden sei (Urk. 76 Rz 20). Ohnehin habe sie davon ausgehen können, sie könne ihre Beweismittel abschliessend mit der Beweisantragungsschrift bezeichnen (Urk. 76 Rz 39).

Die Klägerin rügt weitere Fehler in der Sachverhaltsermittlung und Rechtsanwendung der Vorinstanz, die wie folgt zusammengefasst werden können: Die Vorinstanz habe das sozialversicherungsgerichtliche Urteil falsch wiedergegeben. Entgegen der Vorinstanz habe sich das Sozialversicherungsgericht zum natürlichen Kausalzusammenhang zwischen Kopf- bzw. Hirnverletzung und Unfallereignis nicht geäussert, sondern seine Prüfung auf die Unfallkausalität der Diskushernie beschränkt (Urk. 76 Rz 22 ff.). Dabei habe das Sozialversicherungsgericht den Sachverhalt aber willkürlich verkürzt, weshalb auch die Unfallkausalität der LWS-Beschwerden und ihre Auswirkungen auf die Arbeitsleistung der Klägerin durch ein medizinisches Gutachten geklärt werden müssten, was der Klägerin durch die Vorinstanz indes verwehrt worden sei (Urk. 76 Rz 28 ff.). Hinzu komme, dass das Sozialversicherungsgericht von einer zu tiefen Aufprallenergie ausgegangen sei. Beruhe das ganze sozialversicherungsrechtliche Verfahren auf einem teilweise anderen Sachverhalt als die Klage, sei es willkürlich, die dortige Entscheidung im Zivilprozess *tel quel* zu übernehmen (Urk. 76 Rz 34 ff.). Auch wenn die psychischen Unfallfolgen auf ihre sozialversicherungsrechtliche Adäquanz hin geprüft worden seien (Urk. 76 Rz 24), habe das Sozialversicherungsgericht nirgends festgehalten, dass der Unfall, den die Klägerin erlitten habe, erfahrungsgemäss nicht geeignet erscheine, psychische Fehlentwicklungen auszulösen (Urk. 76 Rz 26). Die Frage des adäquaten Kausalzusammenhangs werde im Haftpflicht- und Sozialversicherungsrecht im Übrigen unterschiedlich beantwortet. Dies habe die Vorinstanz zwar ansatzweise erkannt, aber nicht danach gehandelt, ansonsten sie die angebotenen Beweise hätte abnehmen müssen (Urk. 76 Rz 50 ff.). Die Klägerin hielt an "ihren Beweismitteln" fest, reichte mit der Berufungsschrift (und den Noveneingaben) weitere Beweismittel ein und stellte weitere Beweisangebote (Edition, Gutachten), alles in der Erwartung, dass die Rechtsmittelinstanz die angebotenen Beweise nun abnehme (Urk. 76 Rz 14, Rz 31, Rz 41, Rz 61 und Rz 198 f.).

3.2 Die Beklagte ist der Auffassung, die Beweiswürdigung der Vorinstanz bzw. des Sozialversicherungsgerichts sei mit Bezug auf die Kopf- bzw. Hirnverletzung und die LWS-Beschwerden (Diskushernie) nicht zu beanstanden (Urk. 83 Rz 68, Rz 127, Rz 130 und Rz 140). Der Klägerin gelinge der Nachweis einer natürlichen Kausalität zwischen dem Unfall und dem angeblichen Dauerschaden mit Invalidität bzw. unfallbedingter Erwerbsunfähigkeit nicht (Urk. 83 Rz 93, Rz 114). Weder (unfallkausale) Kopf- und Hirnverletzungen noch ein (unfallkausales) HWS-Schleudertrauma seien bewiesen (Urk. 83 Rz 97, Rz 104, Rz 108 und Rz 142). Auch zwischen der erst anfangs 2004 diagnostizierten Diskushernie und dem Unfall sei aufgrund der Aktenlage ein natürlicher Kausalzusammenhang zu verneinen (Urk. 83 Rz 127, Rz 141). Aufgrund der Beweislage könne in antizipierter Beweiswürdigung auf ein weiteres medizinisches Gutachten und die Edition der Original-MRI-Bilder aus den Jahren 2000 und 2004 verzichtet werden (Urk. 83 Rz 98, Rz 173). Die Einholung eines Gutachtens sei im erstinstanzlichen Verfahren kein Thema gewesen (Urk. 83 Rz 39). Das Verfahren sei aufgrund der Aktenlage und der bundesgerichtlichen Rechtsprechung spruchreif und eine Rückweisung ausgeschlossen (Urk. 83 Rz 73, Rz 97, Rz 131 und Rz 226). Die nach Aktenschluss eingereichten Beweismittel (DTI-MRI Ausdrücke, MRI-Bögen) fielen unter das Novenverbot und seien teilweise (DTI-Befunde) ohne Beweiswert (Urk. 83 Rz 148 ff., Rz 156 ff.). Dies gelte auch für das neuropsychologische Privatgutachten vom 18. Februar 2015 (Urk. 100 S. 5 ff., Urk. 102/114 S. 5 ff.).

Die Beklagte hält die Berufung auch "mangels bewiesenen Direktschadens" für unbegründet. Die Klägerin habe es versäumt, die exakte Höhe der sozialversicherungsrechtlichen Abzüge für das Jahr 2008 darzulegen, weshalb es nicht möglich sei, ein Nettoeinkommen bzw. einen Erwerbsschaden zu ermitteln. Sei für das Jahr 2008 anstelle der behaupteten Fr. 223'642.– von einem (auf dem Durchschnitt der Jahre 1998 und 1999 basierenden) Bruttoeinkommen von Fr. 181'988.– auszugehen, verbleibe nach Abzug von Sozialversicherungsbeiträgen von Fr. 20'910.40 (11.49%) und Versicherungsleistungen von insgesamt Fr. 175'197.– auch kein Direktschaden, der ersetzt werden könne (Urk. 83 Rz 44 ff.).

4.1 Zu beurteilen ist die Haftung der Beklagten gegenüber der Klägerin aus dem Verkehrsunfall vom 4. Mai 2000. Diese Gefährdungshaftung des Motorfahrzeughalters (Art. 58 ff. SVG) setzt einen Personen- oder Sachschaden und einen natürlichen Kausalzusammenhang zwischen dem Betrieb eines Motorfahrzeugs und dem Schaden voraus (Fellmann, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band II, Bern 2013, N 113 ff., N 331). Die Klägerin verfügt über ein direktes Forderungsrecht gegenüber der Beklagten (Art. 65 Abs. 1 SVG). Art und Umfang des Schadenersatzes richten sich nach den Grundsätzen des Obligationenrechts über unerlaubte Handlungen (Art. 62 Abs. 1 SVG).

4.2 Die Prüfung der Kausalität erfolgt nach Lehre und Rechtsprechung in zwei Etappen. In einem ersten Schritt wird untersucht, ob ein natürlicher Kausalzusammenhang besteht. Das zu beurteilende Ereignis muss eine notwendige Ursache (Bedingung) für den Schaden darstellen. In einem zweiten Schritt wird geprüft, ob der natürliche Kausalzusammenhang auch rechtlich relevant ist (Fellmann/Kottmann, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band I, Bern 2012, N 406; BK-Brehm, N 104 und N 120 zu Art. 41 OR). Ob ein natürlicher Kausalzusammenhang besteht, ist eine Tatfrage und vom Geschädigten zu beweisen. Ob ein natürlicher Kausalzusammenhang adäquat – also rechtlich relevant – ist, stellt eine Rechtsfrage dar (Fellmann, a.a.O., N 391 ff.; BK-Brehm, N 110 und N 122 zu Art. 41 OR).

4.3 Die Vorinstanz vermischt in ihren Erwägungen diese Tat- und Rechtsfragen in nicht mehr zu durchschauender Weise. Einerseits hält sie dafür, die Hauptfrage sei nach wie vor, ob sich die Beschwerden der Klägerin auf das Unfallereignis zurückführen liessen, was das Sozialversicherungsgericht bei nahezu identischer Aktenlage nach sorgfältig vorgenommener Abwägung sämtlicher Beweismittel klar verneint habe, wovon abzuweichen für das Zivilgericht kein Grund bestehe (Urk. 77 S. 11 f.). Andererseits weist sie die Klage ausdrücklich "mangels adäquatem Kausalzusammenhang" ab (Urk. 77 S. 12), ohne aber überhaupt (eigene) rechtliche Überlegungen zur Adäquanz der einzelnen behaupteten Gesundheitsbeeinträchtigungen angestellt, sondern lediglich vermerkt zu haben, das Sozialversicherungsgericht habe in Abwägung sämtlicher ärztlicher Gutachten

und Berichte (welche grossenteils auch im vorliegenden Prozess zum Beweis offeriert worden seien) einen natürlichen bzw. adäquaten Kausalzusammenhang zwischen den Beschwerden der Klägerin und dem Unfallereignis klar und deutlich verneint (Urk. 77 S. 11). Am ehesten ist zu vermuten, dass sich die Vorinstanz an das Urteil des Sozialversicherungsgerichts anlehnen wollte, welche gewisse Beschwerden mangels natürlichen Kausalzusammenhangs (Diskushernie) und andere Beschwerden wegen mangelnder Adäquanz (psychische Unfallfolgen) abwies.

4.4 Schwerer aber wiegt, dass sich die Vorinstanz mit einem Verweis auf das Urteil des Sozialversicherungsgerichts begnügte und keinerlei eigene Beurteilung des Sachverhalts und der sich stellenden Rechtsfragen vorgenommen hat, obwohl sie zutreffend davon ausging (Urk. 77 S. 10 f.), dass keine Bindung des Zivilrichters an den Entscheid des Sozialversicherungsgerichts besteht (BGE 134 V 306 E. 4.2, S. 313) und die Adäquanzbeurteilung im Haftpflicht- und Sozialversicherungsrecht unterschiedlich erfolgt (BGE 123 III 110 E. 3, S. 113 ff.). Dies ist auch den Parteien nicht entgangen, weshalb sich insbesondere die Beklagte veranlasst sah, praktisch den gesamten erstinstanzlichen Prozessstoff vor der Berufungsinstanz zu wiederholen. Die Klägerin spricht zu Recht davon, die Vorinstanz habe keinen Zivilprozess durchgeführt, sondern ein Urteil des Sozialversicherungsgerichts kopiert (Urk. 76 Rz 37). Auch nach Auffassung der Beklagten ist das Urteil der Vorinstanz gestützt auf das Urteil des Sozialversicherungsgerichts ergangen (Urk. 83 Rz 68; Urk. 102/76 Rz 104, Rz 106), weshalb sie denn auch davon sprach, "die Beweiswürdigung des Sozialversicherungsgerichts" sei nicht zu beanstanden (Urk. 83 Rz 130).

4.5 Die Klägerin behauptete verschiedene Gesundheitsbeeinträchtigungen (Urk. 33 Rz 66: "Beschwerdenkonglomerat"), die auf den Unfall zurückzuführen und für ihre Befindlichkeitsbeeinträchtigungen und – daraus folgend – für ihre Erwerbsunfähigkeit im Jahre 2008 und damit für den Erwerbsschaden verantwortlich seien:

- Lendenwirbelbeschwerden/Diskushernie (Urk. 2 Rz 18 f., Urk. 33 Rz 66), zunächst in Form von sog. Brückensymptomen (Urk. 33 Rz 83, Rz 88)

- Hirnverletzung bzw. nicht reversibler hirnerkranklicher Schaden in Form einer "mild traumatic brain injury" bzw. eines Schädelhirntraumas (Urk. 2 Rz 21 f., Rz 29; Urk. 33 Rz 89 ff., Rz 97 ff.), was zur Schrumpfung der Hirnmasse (sog. Atrophie) und zur partiellen Anosognosie führe (Urk. 33 Rz 91, Rz 98, Rz 100, Urk. 62 Rz 159)
- HWS-Distorsion (Urk. 2 Rz 25; Urk. 33 Rz 51, Rz 90)
- Dauerschmerzen (Urk. 2 Rz 24), insbesondere Kopf- und Nackenschmerzen (Urk. 33 Rz 55)
- neuropsychologische Funktionsstörungen und -ausfälle (Urk. 2 Rz 24, Urk. 33 Rz 91), insbesondere Konzentrationsstörungen (Urk. 33 Rz 55) und deutlich verminderte Belastbarkeit (Urk. 33 Rz 104)

Die Klägerin räumte ein, nicht genau zu wissen, welcher Geschehensablauf sie verletzt habe, glaubt aber zu wissen, dass sie durch den Unfall bleibend verletzt wurde (Urk. 62 Rz 52). Zum Beweis bot die Klägerin neben verschiedenen medizinischen Untersuchungsakten ein (interdisziplinäres) medizinisches Gerichtsgutachten an (Urk. 33 Rz 87 f., Rz 90 f., Rz 95, Rz 97 ff. ). In der Widerklageduplik beantragte die Klägerin ein psychiatrisches Gutachten, da auch eine allenfalls im Vordergrund stehende psychische Überlagerung als Folge des Unfalls zu betrachten wäre (Urk. 62 Rz 186, Rz 127).

4.6 Die Beklagte bestritt sämtliche Gesundheitsbeeinträchtigungen mit Ausnahme einer im Jahre 2004 festgestellten Diskushernie, die sie für krankheitsbedingt hält (Urk. 2 Rz 69, Rz 80; Urk. 49 Rz 123, Rz 126, Rz 147 f., Rz 174, Rz 191, Rz 229, Rz 234; Urk. 83 Rz 69, Rz 127). Sie stellte auch in Abrede, dass das von der Klägerin behauptete "bunte Beschwerdebild" vorliegt (Urk. 16 Rz 121, Rz 126) und die behaupteten Gesundheitsbeeinträchtigungen und Beschwerden durch den Unfall verursacht wurden (Urk. 16 Rz 162, Urk. 49 Rz 238 ff., Rz 261, Rz 288, Rz 307). Sie bestritt zudem, dass die Klägerin im Jahre 2008 und heute kein Einkommen erzielen konnte bzw. kann (Urk. 49 Rz 266).

4.7 Die Parteien haben auch unterschiedliche Angaben zu Unfallablauf und Unfallschwere gemacht: Die Klägerin ging von einem Delta-v (kollisionsbedingte Geschwindigkeitsänderung) von mehr als 35 km/h aus (Urk. 33 Rz 112), während die Beklagte unter Verweis auf ein verkehrstechnisches Gutachten des Centrums für Dynamische Tests mit einem Delta-v von 29 bis 30 km/h rechnet (Urk. 16 Rz 58; Urk. 17/5). Demgegenüber erwähnte das Sozialversicherungsgericht eine biomechanische Beurteilung, die gestützt auf ein unfallanalytisches Gutachten der

E.\_\_\_\_\_ ein Delta-v zwischen 17.7 und 24.6 km/h annahm (Urk. 17/1 S. 19 f., Urk. 17/6 S. 2). Bei der Kollision will die Klägerin ihren Kopf an der linken Seitenscheibe respektive an der Kopfstütze und dem Airbag angeschlagen und eine kurze Bewusstlosigkeit mit Erinnerungslücke erlitten haben (Urk. 2 Rz 15, Urk. 33 Rz 57, Rz 96). Die Beklagte bestritt einen Kopfanprall an einer harten Struktur, eine Bewusstlosigkeit und eine Erinnerungslücke (Urk. 16 Rz 66, Urk. 49 Rz 105, Rz 116 f., Rz 176).

4.8 Schliesslich liegen auch zur Höhe eines Erwerbsschadens konträre Parteistandpunkte vor: Die Klägerin hielt dafür, dass sie ohne das schädigende Ereignis ausgehend von einem Einkommen von Fr. 198'000.– im Jahre 2001 in den nächsten sieben Jahre eine Einkommenssteigerung von mindestens 15% erreicht und im Jahre 2008 ein "Validen-Einkommen" von Fr. 223'642.– erzielt hätte (Urk. 2 Rz 38 S. 13, Urk. 33 Rz 31 ff., Urk. 76 Rz 17). Davon brachte die Klägerin in ihrer Berufungsschrift basierend auf dem Lohnausweis 1999 (erstmalig) Sozialversicherungsbeiträge von 9.47% in Abzug (Urk. 76 Rz 17). Demgegenüber bestritt die Beklagte, dass die Klägerin innerhalb von sieben Jahren eine Einkommenssteigerung von 15% erreicht hätte (Urk. 49 Rz 58). Nach Darstellung der Beklagten in der Berufungsantwort verbleibt nach Erhöhung der Sozialversicherungsbeiträge auf mindestens 11.49% und nach Anrechnung der Invalidenleistungen der 2. Säule (Urk. 79/3+4) ausgehend von einem durchschnittlichen Bruttoeinkommen der Jahre 1998 und 1999 von Fr. 181'988.– überhaupt kein ersatzfähiger Direktschaden mehr (Urk. 83 Rz 57).

4.9 Gemäss § 133 ZPO/ZH ist über erhebliche streitige Tatsachen Beweis zu erheben. Das Beweisverfahren wird gemäss § 136 Abs. 1 ZPO/ZH durch einen Beweisaufgabebeschluss eröffnet. Dieser enthält die einzelnen zu beweisenden Tatsachen und regelt die Beweislastverteilung. Darauf haben die Parteien in der Beweisantwortungsschrift sämtliche Beweismittel unter genauer Bezugnahme auf den Beweisaufgabebeschluss zu bezeichnen (§ 137 ZPO). Hernach erlässt das Gericht den Beweisabnahmebeschluss, der die zugelassenen Beweismittel bezeichnet, und schreitet zur Beweisabnahme (§ 140 ZPO/ZH). Die Vorinstanz hat die Klage unter Verweis auf die "nahezu identische Aktenlage" im sozialversiche-

rungsrechtlichen Verfahren und die grossenteils auch im vorliegenden Prozess zum Beweis offerierten ärztlichen Gutachten und Berichte ohne Beweisverfahren abgewiesen. Weder wurden die Parteien zur abschliessenden Nennung ihrer Beweismittel aufgefordert, noch wurden angebotene Beweismittel (Zeugen, Gutachten) in einer Beweisverfügung (Art. 154 ZPO) abgenommen. Damit hat die Vorinstanz den Beweisführungsanspruch der Klägerin verletzt. Angesichts der widersprechenden Sachvorbringen hätte die Vorinstanz nach dem hier anwendbaren kantonalen Verfahrensrecht einen Beweisauflegebeschluss erlassen müssen. Sie hätte nur davon absehen können, wenn sie sämtliche von der Klägerin geltend gemachten Körperverletzungen und Gesundheitsbeeinträchtigungen als zutreffend unterstellt und diese im Einzelnen nach einer Adäquanzprüfung im haftpflichtrechtlichen Sinn selbst bei Bejahung der natürlichen Kausalität als rechtlich nicht erheblich taxiert hätte. Eine solche Prüfung der einzelnen Beschwerden ist indes ebenfalls nicht erfolgt und vom Sozialversicherungsgericht nach sozialversicherungsrechtlichen Grundsätzen auch nur hinsichtlich der psychischen Unfallfolgen vorgenommen worden (Urk. 17/1). Dabei wäre auch noch zu beachten (gewesen), dass die Rechtsprechung auch singuläre und aussergewöhnliche Kausalzusammenhänge als adäquat erklärt (Fellmann/Kottmann, a.a.O., N 437; BK-Brehm, N 124 ff. zu Art. 41 OR) und die Adäquanzprüfung im Haftpflichtrecht und im Sozialversicherungsrecht nach unterschiedlichen Kriterien erfolgt. So kann im Haftpflichtrecht der geringen Intensität einer Unfallursache im Zusammenspiel mit andern Schadensursachen im Rahmen der Ersatzbemessung Rechnung getragen werden (BGE 127 V 102 E. 5.b/aa, S. 102 f.; 123 III 110 E. 3, S. 113 ff.). Insbesondere mit Bezug auf psychische Fehlentwicklungen nach einem Unfall werden dadurch im Sozialversicherungsrecht gegenwärtig höhere Anforderungen gestellt als im Haftpflichtrecht (BSK OR I-Heierli/Schnyder, N 16b zu Art. 41 OR, mit Verweis auf BGer 8C\_209/2007 E. 4 und 4A\_45/2009 E. 3.3.1).

Es wendet sich selbst die Beklagte in ihrer eigenen Berufung gegen eine rein rechtliche Beurteilung der Streitsache und macht geltend, die Vorinstanz hätte sich zunächst zum natürlichen Kausalzusammenhang äussern und die Adäquanzprüfung nicht nach sozialversicherungsrechtlichen Grundsätzen vornehmen dürfen (Urk. 102/76 Rz 106). Im erst- und zweitinstanzlichen Verfahren bestritt die

Beklagte denn auch in erster Linie einen Schaden und die natürliche Kausalität zwischen Unfall und Beschwerden (Urk. 16 Rz 162 f.; Urk. 49 Rz 236, Rz 288, Rz 293; Urk. 102/76 Rz 130). Zur Adäquanz äusserte sie sich nur ganz am Rande (Urk. 49 Rz 261 f.). Der Hinweis, im vorliegenden Fall liege die Frontalkollision im Harmlosigkeitsbereich (Urk. 49 Rz 92, Rz 264), genügt jedenfalls nicht, um den adäquaten Kausalzusammenhang zu verneinen, zumal die Ansichten der Parteien zur Unfallschwere divergieren.

4.10 Die Beklagte wirft der Klägerin in der Berufungsantwort vor, sie habe vor Vorinstanz die Beiträge für die Nichtberufsunfallversicherung und die berufliche Vorsorge nicht konkret behauptet, weshalb sich der Direktschaden gar nicht berechnen lasse, auch wenn sich die Abzüge für AHV, IV, EO und ALV aus Gesetz und Verordnung ergäben (Urk. 83 Rz 49, Rz 54, Rz 57). Die Klägerin behauptete als Grundlage der Schadensberechnung vor Vorinstanz ein hypothetisches Einkommen im Jahre 2008 von Fr. 223'642.– (Urk. 33 Rz 34). Die Beklagte bestritt eine hypothetische Einkommenssteigerung von 15% und die Höhe des geltend gemachten Erwerbsschadens (Urk. 16 Rz 168, Urk. 49 Rz 59), machte aber keinen Abzug für Arbeitnehmerbeiträge geltend. In der Berufungsschrift reduzierte die Klägerin die genannten Fr. 223'642.– basierend auf dem Lohnausweis 1999 um Sozialversicherungsbeiträge von 9.47% auf Fr. 202'463.– netto (Urk. 76 Rz 17), was grundsätzlich im Einklang mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung steht (BGE 136 III 222 E. 4.1.1, S. 223; 129 III 135 E. 2.2, S. 141). Die Beklagte stellte sich auf den Standpunkt, es sei von einem tieferen Bruttoeinkommen von Fr. 181'988.– und bei Anwendung der Nettolohnmethode von Sozialversicherungsbeiträgen von mindestens 11.49% auszugehen (Urk. 83 Rz 56 f.). In ihrer Stellungnahme vom 19. Februar 2015 entgegnete die Klägerin, Prämien für die Unfallversicherung und berufliche Vorsorge seien vom Vorsorgeplan und der Versicherungsdeckung abhängig; die Abzüge seien abhängig vom jeweiligen Arbeitgeber, das Gericht müsse den Schaden anhand der vorhandenen Fakten schätzen, da er ziffernmässig nicht nachweisbar sei (Urk. 89 Rz 15 und Rz 18).

Die Sätze von AHV, IV, EO und ALV ergeben sich aus Gesetz oder Verordnung. Die Beiträge für die obligatorische Nichtberufsunfallversicherung sind nicht zu berücksichtigen. Die Arbeitnehmer-Beiträge an die Vorsorgeeinrichtung ergeben sich aus den Statuten oder dem Reglement der Pensionskasse (Fellmann/Kottmann, a.a.O., N 1568, mit Verweis auf BGer 4C.303/2004 E. 5.4). In der Lehre wird zur Vereinfachung ein Pauschalabzug von 10 bis 13% vorgeschlagen, es sei denn, es würden im konkreten Fall abweichende Beitragssätze nachgewiesen (Fellmann/Kottmann, a.a.O., N 1569). Damit der ungedeckte Erwerbsschaden (Direktschaden) bei einem behaupteten Bruttolohn von Fr. 223'642.– und anrechenbaren Versicherungsleistungen von Fr. 175'197.– (Urk. 76 Rz 18) negativ wird, müssten die Sozialversicherungsbeiträge überdies Fr. 48'445.– oder 21.66% betragen. Eine solche Höhe der Beitragssätze ist aber selbst nach Darstellung der Beklagten ausgeschlossen, die inkl. NBU-Beitrag von maximal 18.49% ausgeht (Urk. 83 Rz 56). Bei dieser Sachlage wird die Klägerin aufgrund der von ihr behaupteten mutmasslichen Lohnentwicklung ein Valideneinkommen von Fr. 223'642.– brutto bzw. Fr. 202'463.– netto nachzuweisen haben (ZK-Landolt, N 553 zu Art. 46 OR). Der Beklagten steht es offen, im Beweisverfahren Beweismittel, insbesondere auch zur Höhe der Sozialversicherungsbeiträge, zu bezeichnen. Die Klage kann im heutigen Zeitpunkt weder wegen mangelnder Substantiierung noch wegen fehlendem Schadensnachweis (Lohnausfall) abgewiesen werden.

4.11 Zusammenfassend ergibt sich, dass die Klägerin die von ihr behauptete Kausalkette (Unfallschwere und Unfallablauf, Gesundheitsbeeinträchtigung/Verletzung, Befindlichkeitsbeeinträchtigung/Beschwerden, Erwerbsunfähigkeit, Einbusse/Schaden) zu beweisen haben wird, soweit sie von der Beklagten bestritten worden ist (BK-Walter, N 520 ff. zu Art. 8 ZGB; BSK ZGB I-Lardelli, N 45 zu Art. 8 ZGB). Dies ist – wie in Erw. III/4.5 bis 4.7 skizziert wurde – der Fall. Auch zum Schadensquantitativ liegen beweisbedürftige konträre Parteistandpunkte vor (Erw. III/4.8 und 4.10). Eine sorgfältige Beweisaufgabe muss sowohl die einzelnen Umstände innerhalb der Kausalkette als auch die Kausalität zwischen denselben umfassen. Demgegenüber wird die Beklagte das von ihr behauptete und von der Klägerin bestrittene Selbstverschulden zu beweisen haben (Urk. 16 Rz 53 f., Rz 63, Urk. 49 Rz 89; Urk. 33 Rz 45, Rz 50 f., Rz 159, Urk. 62 Rz 112), falls ei-

ne Kürzung in Erwägung zu ziehen ist (BK-Brehm, N 22b zu Art. 44 OR; BK-Walter, N 528 zu Art. 8 ZGB). Die Formulierung der Beweissätze wird Sache der Vorinstanz sein (Erw. III/6).

Erst nach Abnahme der zu den einzelnen Beweisthemen angerufenen und zugelassenen Beweismittel wird sich die von der Beklagten immer wieder angeführte "Beweislage" (Urk. 83 Rz 73, Rz 93, Rz 98 und Rz 173) bzw. "Aktenlage" (Urk. 83 Rz 131, Rz 141) ergeben, von deren Würdigung abhängt, ob die Klägerin "die Folgen der Beweislosigkeit" (Urk. 83 Rz 97, Rz 117) zu tragen hat oder der Nachweis der Kausalkette und des Schadens gelingt. Es muss daher auch gar nicht auf die Frage eingegangen werden, ob die in den Berufungsverfahren neu eingereichten oder genannten Beweismittel verspätet sind, hat doch die Klägerin die Möglichkeit, sämtliche Beweismittel in einer Beweisantrittungsschrift zu bezeichnen (§ 137 ZPO/ZH).

5.1 Die Beklagte rügt mit ihrer Berufung, ein Interesse an der negativen Feststellungsklage sei trotz Abweisung der Teilklage zu bejahen. Die Vorinstanz habe Bundesrecht verletzt, indem sie der Beklagten das Feststellungsinteresse abgesprochen habe. Im Urteil der Vorinstanz fehle eine nachvollziehbare Begründung für den angeblichen Wegfall des Feststellungsinteresses. Die Vorinstanz habe dadurch auch den Anspruch der Beklagten auf rechtliches Gehör nach Art. 29 Abs. 2 BV verletzt (Urk. 102/76 Rz 127 ff.). Da es der Klägerin nicht gelinge, einen unfallkausalen Personenschaden zu substantiieren und nachzuweisen, sei die negative Feststellungswiderklage gutzuheissen (Urk. 102/76 Rz 170, Rz 175). Die Beklagte beanstandet ferner, die Vorinstanz habe die Observationskosten von Fr. 69'854.40 zu Unrecht nicht als notwendige Auslagen im Sinne von Art. 95 Abs. 3 lit. a ZPO qualifiziert. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts stelle die Observation im Zivilprozess ein geeignetes und verwertbares Beweismittel hinsichtlich der Arbeitsfähigkeit dar (Urk. 102/76 Rz 177 ff.). Im Eventualstandpunkt plädiert die Beklagte mit Bezug auf die Observationskosten für eine Haftung aus unerlaubter Handlung im Sinne von Art. 41 OR (Urk. 102/76 Rz 197 ff.). Schliesslich ficht die Beklagte die Kosten- und Entschädigungsfolgen an. Die Vorinstanz habe übersehen, dass die negative Feststellungsklage geldwerter Natur und bei

der Streitwertfestsetzung zu berücksichtigen sei, womit Art. 94 Abs. 2 ZPO verletzt worden sei. Aufgrund des von der Klägerin vorprozessual behaupteten Direktschadens von Fr. 4'533'537.– (ohne Genugtuung und vorprozessuale Anwaltskosten) sei für die Festlegung von Gerichtsgebühr und Parteientschädigung von einem Streitwert von Fr. 4'600'000.– auszugehen. Der Beklagten sei eine Parteientschädigung von 150% der ordentlichen Grundgebühr in der Höhe von Fr. 98'850.– zuzusprechen. Hinzu kämen die Observationskosten als notwendige Auslagen im Betrag von Fr. 69'854.40 (Urk. 102/76 Rz 204 ff.). Ihren Ausführungen zur negativen Feststellungswiderklage stellt die Beklagte ausführliche Bemerkungen zum Sachverhalt und zur rechtlichen Würdigung voran (Urk. 102/76 Rz 5 bis 122).

5.2 Die Klägerin hält dafür, der Beklagten sei zuzumuten, dass sie den gerichtlichen Entscheid über die Teilklage abwarte (Urk. 102/87 Rz 43). Demgegenüber könne der Klägerin nicht zugemutet werden, ihren Gesamtschaden heute zu begründen, da sie bis zum Vorliegen einer (weiteren) Begutachtung nicht wisse, wie hoch der Gesundheitsschaden heute sei und wo sie heute leistungsmässig stehe (Urk. 102/87 Rz 93 ff.). Da die Beklagte zudem eine Leistungsklage auf Ersatz der Überwachungskosten erhoben habe, könne sie nicht gleichzeitig auf negative Feststellung klagen. Die Leistungsklage betreffe den gleichen Sachverhalt wie die negative Feststellungsklage, nämlich weitere Forderungen zwischen den Parteien. Da die Beklagte bereits auf Leistung geklagt habe, entfalle das Rechtsschutzinteresse an der negativen Feststellungsklage (Urk. 102/87 Rz 44 ff.). Mit der Strafanzeige vom 2. September 2013 habe sich die Beklagte ausserdem dafür entschieden, ihr Feststellungsinteresse auf strafrechtlichem Wege durchzusetzen, zumal die Strafanzeige nicht mehr zurückgezogen werden könne. Dort könne die Beklagte adhäsionsweise Zivilansprüche stellen, was sie in der Strafanzeige auch angekündigt habe. Zusage eingeleiteter Strafklage bestehe kein Feststellungsinteresse mehr, weil im Falle einer Verurteilung eine zivilrechtliche Durchsetzung weiteren Schadens gar nicht mehr möglich wäre. Auf die negative Feststellungsklage sei daher nicht einzutreten. Es könne nicht zwei Mal in der gleichen Sache verhandelt werden (Urk. 102/87 Rz 6, Rz 47 ff., Rz 101). Es stelle

sich auch die Frage, ob die Widerklage bis zum rechtskräftigen Entscheid in der Strafsache zu sistieren sei (Urk. 102/87 Rz 40, Rz 91).

Gleichzeitig moniert die Klägerin, die Vorinstanz habe es versäumt, das nach alter zürcherischer ZPO vorgesehene Beweisverfahren mit Beweisantretungsschrift und Nennung der Beweismittel durchzuführen. Es sei daher ein sinnvoller Weg, dass die Berufungsinstanz die Sache nochmals mit Hinweisen zur korrekten Beurteilung der Sache an die Vorinstanz zurückweise (Urk. 102/87 Rz 8). Die Feststellungen des Sozialversicherungsgerichts hätten keine Bindungswirkung (Urk. 102/87 Rz 38). Die Klägerin ergänzt ihre Ausführungen mit Vorbringen zum Sachverhalt und zum noch offenen haftpflichtrechtlich geschuldeten Schaden im Falle eines Eintretens auf die Widerklage (Urk. 102/87 Rz 53 ff., Rz 102 ff.).

Die Überwachung taxiert die Klägerin als unzulässig. Ihrer Auffassung nach hätten die wesentlichen, aus der Überwachung gewonnenen Informationen mit einer Internet-Recherche innerhalb einer halben Stunde zu Tage gefördert werden können. Die (horrend teure) Überwachung habe keine verwertbaren Resultate gebracht, zumal die Klägerin weder beim Sport noch bei der Arbeit gesehen worden sei. Es fehle an einem Kausalzusammenhang zwischen einem Verhalten der Klägerin und den Ausgaben für die Überwachung. Die Widerklage sei in diesem Punkte abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei (Urk. 102/87 Rz 37, Rz 116 ff.).

5.3 Die Vorinstanz erwog, bei Abweisung der Hauptklage "entfalle bei der Beklagten auch das Rechtsschutzinteresse der widerklageweise angestregten negativen Feststellungsklage" (Urk. 77 S. 13). Die Widerklage wurde vollumfänglich abgewiesen. Das Rechtsschutzinteresse stellt eine Prozessvoraussetzung dar. Bei fehlendem Rechtsschutzinteresse wäre auf die negative Feststellungswiderklage nicht einzutreten gewesen (§ 51 Abs. 1 ZPO/ZH, Art. 59 Art. 1 und Abs. 2 lit. b ZPO). Dies hat die Vorinstanz übersehen.

5.4 Sowohl nach zürcherischem Verfahrensrecht als auch nach der eidgenössischen Zivilprozessordnung ist – allenfalls erst auf Verlangen – ein Endentscheid zu begründen (§ 157 lit. b Ziff. 9 GVG/ZH, Art. 238 lit. g ZPO). Ein An-

spruch auf schriftliche Begründung des Entscheids fliesst auch aus dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs (§ 56 Abs. 1 ZPO/ZH, Art. 53 ZPO, Art. 29 Abs. 2 BV). Aus dem Gehörsanspruch ergibt sich nicht, dass sich die Behörde mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzen und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegen muss. Vielmehr kann sie sich auf diejenigen Gesichtspunkte beschränken, die für den Entscheid wesentlich sind und es der vom Entscheid betroffenen Person ermöglichen, sich über die Tragweite des Entscheids Rechenschaft zu geben und ihn in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weiterzuziehen. In diesem Sinn müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sich ihr Entscheid stützt (zum Ganzen BGE 138 I 232 E. 5.1 S. 237; 136 I 229 E. 5.2 S. 236).

Die Vorinstanz legt mit keinem Wort näher dar, aus welchem Grund das Feststellungsinteresse "bei diesem Ergebnis" entfällt. Mit der Begründung der Beklagten zur Zulässigkeit der Widerklage und zum Feststellungsinteresse (Urk. 16 Rz 22 ff.) setzt sie sich nicht ansatzweise auseinander. Der vorinstanzliche Entscheid vermag den obgenannten Begründungsanforderungen kaum zu genügen. Das rechtliche Interesse, durch Widerklage den Nichtbestand des ganzen behaupteten Anspruchs einschliesslich des eingeklagten Teilanspruchs feststellen zu lassen und dadurch weitere Teilklagen zu vermeiden (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. N 24a zu § 59 ZPO/ZH; BK-Markus, N 45 zu Art. 88 ZPO), fällt durch Abweisung der Teilklage nicht dahin. Insofern ist nicht nachvollziehbar, dass die Widerklage keiner materiellen Prüfung unterzogen wurde.

5.5 Die Beklagte hat unter Verweis auf Lehre und Rechtsprechung ihr Feststellungsinteresse begründet (Urk. 16 Rz 29 f.). Die Klägerin hat in der Widerklageantwort "[d]as Feststellungsinteresse der Widerklägerin nicht bestritten" (Urk. 33 Rz 16), jedoch "die Höhe des Feststellungsinteresses" in Frage gestellt (Urk. 33 Rz 17). Demzufolge beantragte sie, es sei das Widerklagebegehren 2 (Feststellungsklage) abzuweisen (Urk. 33 S. 2), und zwar auch dann, wenn zwischenzeitlich eine leichte Besserung ihrer Problematik zu verzeichnen wäre (Urk. 33 Rz

234). In der Widerklageduplik nahm die Klägerin – bei unveränderten Rechtsbegehren (Urk. 62 S. 2) – "[z]um Klagewert des Feststellungsinteresses" erneut Stellung (Urk. 62 Rz 59 ff.). Wenn die Klägerin in der Berufungsantwort erstmalig im Eventualstandpunkt "Nichteintreten auf die Widerklage" beantragt (Urk. 102/87 S. 2 und Rz 39, Rz 51) und neu geltend macht, es sei ihr nicht zuzumuten, den (heutigen) Gesundheitsschaden zu begründen, weil sie heute noch nicht wisse, wo sie leistungsmässig stehe (Urk. 102/87 Rz 94 und Rz 97), kann darauf bereits aus novenrechtlichen Gründen nicht eingetreten werden (Art. 317 ZPO). Daran ändert nichts, dass das Feststellungsinteresse von Amtes wegen zu prüfen ist.

Der klägerische Einwand ist aber auch inhaltlich unberechtigt, weil das Bundesgericht "das rechtliche Interesse der beklagten Partei, gegen die eine Teilklage erhoben wurde, durch Widerklage den Nichtbestand des ganzen behaupteten Anspruchs bzw. des Schuldverhältnisses feststellen zu lassen" in ständiger Rechtsprechung grundsätzlich bejaht (BGer 4A\_80/2013 E. 6.4, 4A\_255/2010 E. 5.5, 5C.252/2006 E. 5.1; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 24a zu § 59 ZPO/ZH; BK-Markus, N 9 zu Art. 86 ZPO und N 45 zu Art. 88 ZPO). Aber selbst wenn die Interessen einer Teilleistungsklägerin nicht von vornherein unbeachtlich wären (vgl. BGE 131 III 319 E. 3.5, S. 325), ist nicht erkennbar, inwiefern die Klägerin durch Zulassung einer negative Feststellungswiderklage übermässig benachteiligt wird. In der Berufungsantwort hält sie nämlich ausdrücklich fest, es sei ihr zuzumuten, sich heute nochmals einer Begutachtung zu stellen, und benennt Zeugen bzw. Sachverständige für ihr mutmassliches Valideneinkommen (Urk. 102/87 Rz 93, Rz 98 f.; vgl. bereits Urk. 62 Rz 354 f.). Am 27. Februar 2015 reichte die Klägerin auch noch ein weiteres neuropsychologisches Privatgutachten vom 18. Februar 2015 zu den Akten, das "detailliert zu den heute noch bestehenden Einschränkungen [...] Stellung" nimmt (Urk. 102/106 Rz 2, Urk. 102/108/2). Wenn die Klägerin anführt, es sei bis zur Begutachtung nicht klar, wie gross der Gesundheitsschaden heute sei, weil sie ihre heutige Leistungsfähigkeit nicht einschätzen und ein Invalideneinkommen nicht beziffern könne (Urk. 102/87 Rz 94 f., Rz 97), ist ihr auch entgegenzuhalten, dass es in dieser Konstellation möglich sein muss – in Analogie zur unbezifferten Forderungsklage (§ 61 Abs. 2 ZPO/ZH, Art. 85

ZPO) – mit der definitiven Bezifferung ihres Anspruchs bis zum Abschluss des Beweisverfahrens zuzuwarten.

5.6 Als novenrechtlich zulässig ist der Nichteintretensantrag insofern zu werten, als er mit der am 2. September 2013 erstatteten Strafanzeige bzw. mit dem rechtlichen Grundsatz "ne bis in idem" (Urk. 102/87 Rz 47 ff.; 102/79/3) begründet wird. Tatsache ist aber, dass bis heute kein rechtskräftiges Urteil im Adhäsionsverfahren über den Gesamtanspruch der Klägerin vorliegt. Die (nach Einleitung des Zivilverfahrens deponierte) Strafanzeige begründet weder hinsichtlich der negativen Feststellungswiderklage noch hinsichtlich der Hauptklage Rechtshängigkeit im Sinne des Zivilprozessrechts. Entgegen der Auffassung der Klägerin (Urk. 102/87 Rz 48) wäre die negative Feststellungswiderklage selbst im Falle ihrer strafrechtlichen Verurteilung materiell zu beurteilen und über den Gesamtanspruch zu befinden, da sich adhäsionsweise nur zivilrechtliche Ansprüche der geschädigten Person in das Strafverfahren einbringen lassen (Art. 122 Abs. 1 StPO) und das Zivilgericht an die Beurteilung des Strafgerichts überdies nicht gebunden ist (BGE 135 III 127 E. 3.4, S. 134; BK-Brehm, N 17 ff. zu Art. 53 OR). Mangels präjudizieller Bedeutung rechtfertigt das später angehobene Strafverfahren, über dessen Verfahrensstand im Übrigen nichts weiter bekannt ist, auch keine Sistierung des vorliegenden Prozesses.

5.7 In rechtlicher – und damit ebenfalls zulässiger – Weise wendet die Klägerin sodann ein, die Leistungsklage auf Ersatz der Observationskosten beschlage den gleichen Sachverhalt und lasse das Rechtsschutzinteresse an der negativen Feststellungsklage entfallen (Urk. 102/87 Rz 44 ff.).

Es trifft zu, dass die Feststellungsklage subsidiär ist, d.h. unzulässig ist, falls die Unsicherheit über die Rechtslage mit einer Leistungs- oder Gestaltungsklage beseitigt werden kann (BGE 135 III 378 E. 2.2, S. 380). Zur Verneinung des Rechtsschutzinteresses genügt indes nicht, dass die negative Feststellungsklage und die Leistungswiderklage in einem Sachzusammenhang steht. Die Feststellungsklage ist nur unzulässig, wenn der Gläubiger *denselben Anspruch* mit einer zulässigen Leistungs- oder Leistungswiderklage verfolgen kann. Dies ist hier nicht der Fall. Die negative Feststellungsklage zielt auf die Negierung der Ansprüche

der Klägerin, während mit der Leistungsklage ein Schadenersatzanspruch der Beklagten verfolgt wird. Die negative Feststellungsklage wird von der Leistungsklage der Beklagten nicht – jedenfalls nicht voll – umfasst. Die Zurückweisung der Observationskosten hat nicht zwingend die Abweisung der negativen Feststellungsklage zur Folge. Umgekehrt steht selbst bei Gutheissung der Klage auf Ersatz der Observationskosten nicht fest, ob die Beklagte der Klägerin aus dem Unfallereignis im Jahre 2000 nichts mehr schuldet. Nach der Rechtsprechung ist die Erhebung einer Feststellungsklage neben einer Leistungsklage u.a. zulässig, wenn nicht nur die fällige Leistung verlangt, sondern die Gültigkeit des ihr zugrundeliegenden Rechtsverhältnisses auch für dessen zukünftige Abwicklung festgestellt werden soll, oder wenn der Kläger Gefahr läuft, mit einer Leistungsklage abgewiesen zu werden, die Feststellungsklage aber gutgeheissen werden könnte (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 19 zu § 59 ZPO/ZH, mit Verweis auf die Rechtsprechung). Die Klage auf Ersatz der Observationskosten macht die negative Feststellungsklage damit nicht unzulässig (vgl. zur Feststellungs- und Leistungsklage: Schellhammer, Zivilprozess, 14. Aufl., 2012, Rz 184 ff.).

5.8 Schliesslich ist das angefochtene Urteil mit Bezug auf die negative Feststellungsklage auch deshalb aufzuheben, weil die Abweisung der Hauptklage keinen Bestand hat. Im Falle einer neuerlichen Abweisung der Hauptklage wird sich die Vorinstanz nicht mehr mit dem Hinweis begnügen können, es fehle der Beklagten am Rechtsschutzinteresse. Vielmehr wird die Vorinstanz auf die Widerklage einzutreten haben.

5.9 Die Beklagte liess die Klägerin – u.a. vom 18. April bis zum 4. Mai 2011 – von der I. \_\_\_\_\_ AG observieren (Urk. 17/18). Die I. \_\_\_\_\_ AG stellte der Beklagten für vom 3. Juli 2009 bis 4. April 2011 und vom 18. April bis 26. Mai 2011 erbrachte Dienstleistungen Fr. 46'888.– und Fr. 22'966.40 in Rechnung (Urk. 17/23+24). Die Vorinstanz hielt diese Kosten für nicht ersatzfähig. Sie hat dabei zwischen vorprozessualen und prozessualen Auslagen für die Überwachung unterschieden und ausgeführt, soweit es sich vom Zeitraum her um prozessuale Aufwendungen handle, seien diese mit der zuzusprechenden Parteientschädigung abgegolten. Zudem sei nicht substantiiert worden, inwiefern die Aus-

lagen notwendig im Sinne von Art. 95 Abs. 3 lit. a ZPO gewesen seien. Soweit die Kosten für die Überwachung vor Einleitung des Prozesses und damit vorprozessual angefallen seien, könnten sie nicht unter Art. 95 ZPO subsumiert werden (Urk. 77 S. 14).

Auslagen für die Beschaffung von entscheidendem Beweismaterial, z.B. die Kosten eines Privatdetektivs, stellen aussergerichtliche Kosten und Umtriebe im Sinne von § 68 ZPO/ZH bzw. notwendige Auslagen im Sinne von Art. 95 Abs. 3 lit. a ZPO dar (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 12 zu § 68 ZPO/ZH; BSK ZPO-Rüegg, N 17 zu Art. 95 ZPO; Suter/von Holzen, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich 2013, N 31 zu Art. 95 ZPO). Zu Recht rügt die Beklagte, beim Ersatz notwendiger Auslagen sei nicht zwischen vorprozessualen und prozessualen Auslagen zu unterscheiden (Urk. 102/76 Rz 180). Grundsätzlich können alle Auslagen, die im Zusammenhang mit einem gerichtlichen Entscheidverfahren anfallen, als Parteient-schädigung geltend gemacht werden (Urwyler, in: DIKE-Komm. ZPO, N 18 zu Art. 95 ZPO). Dazu gehören auch vorprozessuale Auslagen, die unmittelbar der Vorbereitung des Prozesses dienen (KUKO-Schmid, N 17 zu Art. 95 ZPO). Dabei vertrat die Klägerin selber die Auffassung, die Beklagte habe die Überwachung erst im Zusammenhang mit der Beweisführung im Prozess angeordnet (Urk. 62 Rz 12).

Die Beklagte wehrt sich auch mit Recht gegen den Vorwurf, die Notwendigkeit der Observationskosten sei nicht ausreichend substantiiert worden (Urk. 102/76 Rz 195). Die Beklagte behauptete vor Vorinstanz, ihre Ausführungen würden aufzeigen, dass es für sie ohne Observation nicht möglich gewesen wäre, die Ungereimtheiten in der klägerischen Darstellung aufzudecken (Urk. 16 Rz 170). Den Angaben der Klägerin und des orthopädischen Gutachtens von Prof. Dr. J.\_\_\_\_\_ stellte sie die Ergebnisse der Überwachung gegenüber (Urk. 16 Rz 125). Zudem äusserte sie sich zum Beweiswert und zur Zulässigkeit von Überwachungsakten (Urk. 49 Rz 11 ff., Rz 38). In zeitlicher Hinsicht fällt in Betracht, dass die Klägerin der Beklagten mit Schreiben vom 1. April 2009 die "K.\_\_\_\_\_-Schadenberechnung" zustellte (Urk. 17/3), worin sie ihren Direktschaden mit

Fr. 4'533'437.– und ihr bisheriges und zukünftiges Invalideneinkommen ab 4. Mai 2000 mit Fr. 0.– bezifferte (Urk. 17/4). Ab dem 3. Juli 2009 erbrachte die I. \_\_\_\_\_ AG Dienstleistungen für die Beklagte; die erste Observation datiert vom 13. August 2010 (Urk. 17/23). Die erhobenen Daten wurden dem Privatgutachter L. \_\_\_\_\_ zur Verfügung gestellt, der am 1. Juni 2011 sein Aktengutachten abliefern (Urk. 17/16), das wiederum in die Klageantwort/Widerklagebegründung einfluss (Urk. 16 Rz 106, Rz 140 ff.). Bei dieser Sachlage kann der Beklagten nicht vorgeworfen werden, die *Notwendigkeit* der (betragsmässig ausgewiesenen) Auslagen sei nicht genügend substantiiert worden. Die Vorinstanz legt denn auch nicht näher dar, *inwiefern* der Sachvortrag der Beklagten mangelhaft ist. Daher wird über den Umfang der notwendigen Auslagen anhand der konkreten Umstände und unter Beachtung der seitens der Klägerin erhobenen Einwände (Urk. 33 Rz 3 f., Rz 215 ff., Urk. 62 Rz 11 ff. ) zu befinden sein (Urwyler, a.a.O., N 19 zu Art. 95 ZPO).

6. Die Rechtsmittelinstanz kann die Sache an die Vorinstanz zurückweisen, wenn ein wesentlicher Teil der Klage nicht beurteilt wurde oder der Sachverhalt in wesentlichen Teilen zu vervollständigen ist (Art. 318 Abs. 1 lit. c ZPO). Vorliegend sind beide (alternativen) Voraussetzungen erfüllt: Mit Bezug auf die Hauptklage wird die Vorinstanz ein Beweisverfahren nach bisherigem Prozessrecht (BGer 4A\_471/2011 E. 3.3), d.h. im Sinne von § 136 ZPO/ZH, einzuleiten und damit den Sachverhalt in wesentlichen Teilen zu vervollständigen haben. Die nicht behandelte Widerklage (negative Feststellungsklage) wird die Vorinstanz materiell prüfen müssen. Diese Prüfung schliesst die Frage mit ein, ob der Sachvortrag der Klägerin, welche die Behauptungs- und Beweislast für die rechtsbegründenden Tatsachen trifft (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 24 zu § 59 ZPO/ZH; Bessenich/Bopp, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O., N 9 zu Art. 88 ZPO), schlüssig ist, was seitens der Beklagten in Frage gestellt wird (Urk. 102/76 Rz 89). Nachdem die Vorinstanz das Feststellungsinteresse zu Unrecht verneinte und die negative Feststellungswiderklage fälschlicherweise gar nicht prüfen zu müssen glaubte (Erw. III/5.4), ist an dieser Stelle auch noch festzuhalten, dass die Auffassung der Klägerin, wonach ein einziger offener Franken für die (gänzliche) Abweisung der negativen Feststellungswiderklage genüge (Urk. 102/87 Rz 102),

nicht zutrifft. Auch aus der Gutheissung der Teilklage folgt nicht ohne weiteres die gänzliche Abweisung der Widerklage; vielmehr ist der über "den offenen Franken" bzw. über die Teilklage hinaus maximal geschuldete Betrag festzustellen (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 24a zu § 59 ZPO/ZH, mit Verweis auf SJZ 44 [1948] S. 192 Nr. 55). Es ist also zu prüfen, in welchem Betrag die ganze Forderung zu Recht besteht, da das Begehren um Feststellung, dass nichts geschuldet sei, als minus ohne weiteres auch das Begehren um Feststellung des maximal geschuldeten Betrags enthält. Schliesslich wird die Vorinstanz im Kostenfestsetzungsentscheid über die mit dem Widerklagebegehren Ziffer 3 separat eingeklagten Observationskosten zu befinden haben. Das angefochtene Urteil ist somit aufzuheben und die Sache zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen. Bei der neuerlichen Beurteilung wird die Vorinstanz auch die zweitinstanzlichen Vorbringen zu berücksichtigen haben, soweit sie gestützt auf Art. 317 ZPO zulässig erscheinen.

#### IV.

1. Der Streitwert der Hauptklage beträgt vor der Berufungsinstanz noch Fr. 27'266.–. Der Streitwert der Widerklage beziffert die Beklagte in ihrer Berufungsschrift (Urk. 102/76 Rz 208 f.) basierend auf vorprozessual angemeldete Ansprüche auf Fr. 4'600'000.– (Direktschaden von Fr. 4'533'437.– zuzüglich geschätzte Genugtuung und vorprozessuale Anwaltskosten von rund Fr. 66'000.–). Die Klägerin äusserte sich in der Berufungsantwort nicht dazu (Urk. 102/87), korrigiert ihre erstinstanzliche Berechnung des bisherigen Direktschadens aber um die ab 1. August 2007 gesprochenen und mit Schreiben vom 6. November 2013 angezeigten Invalidenleistungen der 2. Säule (Urk. 76 Rz 18, Urk. 102/87 Rz 104, Urk. 79/3+4). Diese betragen ab 1. August 2007 Fr. 142'765.– und ab 1. Januar 2009 Fr. 143'345.– pro Jahr (Urk. 79/3+4). Gleichzeitig hielt die Klägerin unwidersprochen fest, die UVG-Rente (gemeint wohl: UVG-Renten) sei per 31. Juli 2009 eingestellt worden (Urk. 76 Rz 16). In der Verfügung betreffend Kostenvorschuss vom 17. September 2014 wurde für die Berufung der Beklagten einstweilen von

einem Streitwert von Fr. 4'533'437.– ausgegangen. Dieser Wert basiert auf dem von der Klägerin per 1. April 2009 in den "Schadendetails" berechneten "Direktschaden total" (inkl. Genugtuung, Anwaltskosten, Schadenszinsen und Zins ab Rechnungstag; Urk. 17/3 S. 3). Nicht zielführend ist es, wenn die Klägerin auf die internen Rückstellungen der Beklagten für den Fall abstellen will oder eine genaue Streitwertbezifferung im heutigen Zeitpunkt für unmöglich – weil "nur von Jahr zu Jahr möglich" – hält (Urk. 33 Rz 17, Urk. 62 Rz 59 f.).

2. Die Festsetzung des Streitwerts hat von Amtes wegen zu erfolgen. Der Streitwert von Feststellungsbegehren entspricht dem Wert des Rechts oder Rechtsverhältnisses, dessen Bestehen oder Nichtbestehen festgestellt werden soll (BK-Sterchi, N 5 zu Art. 91 ZPO). Aufgrund der Invalidenleistungen der 2. Säule (Urk. 79/3+4) *vermindert* sich der bisherige Direktschaden gemäss "Schadendetails" vom 1. April 2009 von 1. August 2007 bis 31. Dezember 2008 um Fr. 11'897.10 und von 1. Januar 2009 bis 12. Mai 2031 (Ende Aktivität) um Fr. 11'945.45 pro Monat; er *erhöht* sich um die per Ende 31. Juli 2009 eingestellten Leistungen der Unfallversicherung in der Höhe von Fr. 1'120.– bzw. 1'048.– pro Monat (Urk. 33 Rz 20, Urk. 49 Rz 49: UVG- und UVG-Z-Rente; Urk. 17/4 S. 7). Kapitalisiert per Ende August 2014 (Eingang der Berufungen) mit einem Zinsfuss von 3.5% ergibt sich eine *Verminderung* um Fr. 3'717'766.– und eine *Erhöhung* von Fr. 622'862.–. Der Direktschaden reduziert sich damit auf Fr. 1'438'533.–. Die Kosten der Observation wurden zwar als Schadensposten separat eingeklagt; im Hauptstandpunkt wurden sie von der Beklagten im Berufungsverfahren indes als Teil der Parteientschädigung und damit als Teil der Kosten des laufenden Verfahrens (Art. 91 Abs. 1 ZPO) qualifiziert. Sie sind daher nicht streitwertrelevant (Seiler, Die Berufung, Zürich 2013, Rz 683; Stein-Wigger, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/ Leuenberger, a.a.O., N 34 zu Art. 91 ZPO). Weil sich Haupt- und negative Feststellungswiderklage gegenseitig ausschliessen, ist vom höheren Streitwert, also von Fr. 1'438'533.–, auszugehen (KUKO-van de Graaf, N 3 zu Art. 94 ZPO). Die Gerichtsgebühr für den Rückweisungsentscheid ist auf rund 2/3 einer ordentlichen Gerichtsgebühr von Fr. 35'135.– und damit auf Fr. 23'500.– festzusetzen (§ 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 4 Abs. 1 und 2 GebV OG). Diese Gebühr ist für das Beweisverfahren, das zwecks Abklärung der

Rechtzeitigkeit der Berufungsantwort durchgeführt werden musste, um Fr. 1'000.– zu erhöhen.

3. Die Kosten und Auslagen des Gerichts, die durch die Prüfung der Rechtzeitigkeit der Berufungsantwort der Klägerin verursacht wurden, sind Rechtsanwalt X.\_\_\_\_\_ persönlich aufzuerlegen. Wer die Fristwahrung durch Einwurf einer Rechtsschrift in den Briefkasten der Post mittels Zeugen beweist, verursacht unnötige Kosten (ZR 108 [2009] Nr. 51; Frank/Sträuli/Messmer, Ergänzungsband, Zürich 2000, N 1 zu § 66 ZPO; Jenny, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O., N 8 zu Art. 108 ZPO; Kantonsgericht St. Gallen, Einzelrichter im Familienrecht, 23. August 2013, KES.2013.5). Dies hat unbekümmert darum zu gelten, dass der Postschalter in St. Gallen um 19.30 Uhr schliesst und der Einwurf um 19.45 Uhr erfolgte (Urk. 88, Urk. 92), zumal für die Übermittlung auch der elektronische Weg zur Verfügung steht (Art. 130 Abs. 2 ZPO). Unnötige Kosten hat zu bezahlen, wer sie verursacht hat (Art. 108 ZPO). Von Amtes wegen ist der Beklagten, die sich bei den Zeugeneinvernahmen vom 6. Januar 2015 vertreten liess, gestützt auf Art. 108 ZPO keine Parteientschädigung zulasten von Rechtsanwalt X.\_\_\_\_\_ zuzusprechen.

Die Klägerin hat für die Beweiserhebungen einen Vorschuss von Fr. 400.– geleistet (Urk. 91, Urk. 93). Dieser Vorschuss ist ihr zurückzuerstatten, auch wenn er von Rechtsanwalt X.\_\_\_\_\_ für die Klägerin einbezahlt wurde (Urk. 93).

4. Infolge der Rückweisung ist die Verteilung der restlichen Gerichtskosten (Fr. 23'500.–) und der Entscheid über die Parteientschädigungen dem neuen Entscheid der Vorinstanz vorzubehalten (Art. 104 Abs. 4 ZPO; KUKO-Schmid, N 7 zu Art. 104 ZPO).

5. Die Vorinstanz hat den Streitwert der Widerklage mit lediglich Fr. 70'000.– und den Gesamtstreitwert mit Fr. 260'000.– beziffert (Urk. 77 S. 14). Offensichtlich mass die Vorinstanz lediglich der Leistungswiderklage (Rechtsbegehren Ziffer 3) einen Streitwert zu und addierte diesen zum Streitwert der Hauptklage. Die Beklagte kritisiert diese Streitwertberechnung mit Recht. Bei der erneuten Kostenfestsetzung wird die Vorinstanz den Streitwert der negativen Feststellungswider-

klage nicht mehr übergehen können. Hauptklage und negative Feststellungswiderklage schliessen sich zwar gegenseitig aus. In diesem Fall ist jedoch das höhere Rechtsbegehren, also der Streitwert der Widerklage, massgebend.

**Es wird beschlossen:**

1. Geschäft Nr. LB140063 wird mit Geschäft Nr. LB140062 vereinigt und unter dieser Nummer weitergeführt. Geschäft Nr. LB140063 wird als dadurch erledigt abgeschrieben.
2. Es wird vorgemerkt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 1. Abteilung, vom 4. Juni 2014 am 26. August 2014 insoweit in Rechtskraft erwachsen ist, als die Klage der Klägerin im Fr. 27'266.– übersteigendem Umfange abgewiesen wurde.
3. Im Übrigen wird das Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 1. Abteilung, vom 4. Juni 2014, aufgehoben und die Sache zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
4. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 24'500.– festgesetzt. Die weiteren Kosten für die Zeugenentschädigungen betragen Fr. 103.–.
5. Die Kosten werden im Umfange von Fr. 1'103.– Rechtsanwalt Dr. X. \_\_\_\_\_, ... [Adresse], auferlegt.
6. Für die Verhandlung vom 6. Januar 2015 werden keine Parteienschädigungen zugesprochen.
7. Im Übrigen wird die Regelung der Prozesskosten des vorliegenden Berufungsverfahrens dem neuen Entscheid des Bezirksgerichtes vorbehalten.
8. Der Beklagten wird der im Geschäft Nr. LB140063 geleistete Kostenvorschuss im Fr. 23'500.– übersteigenden Umfang, d.h. im Umfange von Fr. 42'500.–, zurückerstattet.

Der Klägerin wird der im Geschäft Nr. LB140063 für die Beweiserhebungen geleistete Vorschuss von Fr. 400.– zurückerstattet.

9. Es wird vorgemerkt, dass nach den Rückerstattungen gemäss Dispositiv Ziffer 8 die Klägerin im Geschäft Nr. LB140062 einen Kostenvorschuss von Fr. 3'750.– und die Beklagte im Geschäft Nr. LB140063 einen Kostenvorschuss von Fr. 23'500.– geleistet haben.
10. Schriftliche Mitteilung an die Parteien (an Rechtsanwalt Dr. X. \_\_\_\_\_ im Doppel für sich und die Klägerin) sowie an das Bezirksgericht Zürich, 1. Abteilung, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erst- und zweitinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

11. 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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG und mit Bezug auf Dispositiv Ziffern 5 ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert der Hauptklage beträgt Fr. 27'266.–. Der Streitwert der Widerklage beträgt Fr. 1'438'533.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 6. Mai 2015

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. G. Ramer Jenny

versandt am:  
mc