

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB210002-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. D. Scherrer, Vorsitzende, Oberrichterin
Dr. L. Hunziker Schnider und Oberrichter Dr. M. Kriech sowie
Gerichtsschreiber MLaw M. Wild

Urteil vom 21. Januar 2022

in Sachen

Stadt A._____, B._____ (B'._____),

Beklagte, Berufungsklägerin und Anschlussberufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____,

gegen

C._____ AG,

Klägerin, Berufungsbeklagte und Anschlussberufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Prof. Dr. iur. Y._____,

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen ein Teilurteil des Bezirksgerichtes Zürich im ordentlichen
Verfahren, 3. Abteilung, vom 24. November 2020 (CG180017-L)**

Rechtsbegehren:

(Urk. 2 S. 2)

- "1. Die Beklagte habe der Klägerin CHF 1'861'237.00 nebst Zins zu 5 % von CHF 53'400.00 seit 17. Dezember 2009, von CHF 1'098'013.00 seit 1. Oktober 2011 und von CHF 709'824.00 ab 1. Januar 2018 zu bezahlen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Beklagten."

Teilurteil des Bezirksgerichtes Zürich, 3. Abteilung, vom 24. November 2020:

(Urk. 50 S. 25 f. = Urk. 54 S. 25 f.)

1. Die Haftungsquote der Beklagten wird auf 60% festgesetzt.
2. Die Entscheidegebühr wird auf Fr. 20'000.00 festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten werden zu 60% der Beklagten und zu 40% der Klägerin auferlegt und mit dem geleisteten Vorschuss der Klägerin verrechnet.
4. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 4'310.– (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen. Zudem hat sie der klagenden Partei den Kostenvorschuss im Umfang von Fr. 1'700.– zu ersetzen.
5. (Schriftliche Mitteilung)
6. (Rechtsmittelbelehrung: Berufung und Beschwerde, Frist je 30 Tage)

Berufungsanträge:

der Beklagten, Berufungsklägerin und Anschlussberufungsbeklagten (Urk. 53 S. 2 und Urk. 65 S. 2):

- "1. Das angefochtene Teilurteil vom 24.11.20 sei aufzuheben;
2. die Klage sei abzuweisen;

3. unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (incl. MWST) für beide Instanzen zu Lasten der Klägerin.

Die Anschlussberufung sei abzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerin und Anschlussappellantin."

der Klägerin, Berufungsbeklagten und Anschlussberufungsklägerin (Urk. 60 S. 2 und Urk. 69 S. 2):

Zur Berufung:

- "1. Die Berufung der Beklagten sei abzuweisen und Ziff. 1 und Ziff. 2 des Teilurteils des Bezirksgerichts Zürich vom 24. November 2020 (CG180017-L) seien zu bestätigen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beklagten und Berufungsklägerin."

Zur Anschlussberufung:

- "1. a) Ziff. 3 und Ziff. 4 des Teilurteils des Bezirksgerichts Zürich vom 24. November 2020 (CG180017-L) seien aufzuheben und die Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens seien entsprechend Art. 107 Abs. 1 lit. a ZPO, eventuell nach Art. 106 Abs. 2 ZPO neu zu verteilen.

b) Die Beklagte habe der Klägerin im vorinstanzlichen Verfahren eine Parteienschädigung von mindestens CHF 7'325.80 zu bezahlen und ihr den Kostenvorschuss mindestens im Umfang von CHF 3'100.00 zurückzuerstatten.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beklagten und Berufungsklägerin."

Erwägungen:

I.

Am 11. Juni 2005 ereignete sich an der Verzweigung D.____-strasse/E.____-strasse, A.____, eine Kollision zwischen einem Tram der B.____ der A.____ (B'.____) und dem Versicherten der Klägerin und Berufungsbeklagten (fortan Klägerin), F.____. Bei der Klägerin handelt es sich um die

obligatorische Unfallversicherung des Geschädigten F._____. Sie erbrachte im Zusammenhang mit dem Unfallereignis vom 11. Juni 2005 diverse Leistungen gestützt auf das UVG und das IVG. Die B'._____ stellen als (unselbständige) öffentliche Anstalt eine Verwaltungsabteilung der A._____ (Beklagte und Berufungsklägerin, fortan Beklagte) dar. Die Klägerin macht gegenüber der Beklagten eine Regressforderung geltend. Sie hält dafür, die B'._____ hafte in Anbetracht der hohen Betriebsgefahr und der strengen Kausalhaftung nach Art. 1 Abs. 1 EHG für den entstandenen Schaden, und fordert die Zahlung des eingangs erwähnten Betrages gestützt auf Art. 72 Abs. 1 ATSG. Die Beklagte legt dem Verletzten F._____ ein haftungsausschliessendes grobes Selbstverschulden zur Last und verweigert eine Zahlung.

II.

Die Klage wurde am 21. März 2018 bei der Vorinstanz anhängig gemacht (Urk. 1 und 2). Der bisherige Prozessverlauf vor Vorinstanz kann dem angefochtenen Entscheid entnommen werden (Urk. 54 S. 4 f.). Am 24. November 2020 erliess die Vorinstanz das eingangs im Dispositiv wiedergegebene Teilurteil (Urk. 54). Die Beklagte hat gegen dieses mit Eingabe vom 6. Januar 2021 rechtzeitig Berufung erhoben (Urk. 53, Urk. 52) und einen Kostenvorschuss von Fr. 39'000.– geleistet (Urk. 58). Die Berufungsantwort und Anschlussberufung datiert vom 3. März 2021 (Urk. 60), die Anschlussberufungsantwort sowie Stellungnahme zur Berufungsantwort vom 10. Mai 2021 (Urk. 65). Mit Eingabe vom 27. Mai 2021 hat die Klägerin vom Replikrecht Gebrauch gemacht (Urk. 69), mit Eingabe vom 14. Juni 2021 die Beklagte (Urk. 71). Weitere Eingaben sind nicht erfolgt.

III.

1. Die Rechtsmittelvoraussetzungen sind erfüllt. Die Berufung richtet sich gegen einen erstinstanzlichen berufungsfähigen Sachzwischenentscheid (sog. Vorurteil; vgl. ZK ZPO-Reetz/Theiler, Art. 308 N 27) im Sinne von Art. 308 Abs. 1 lit. a ZPO in einer vermögensrechtlichen Angelegenheit, deren Streitwert Fr. 10'000.– übersteigt (Art. 308 Abs. 2 ZPO) und die nicht unter einen Ausnah-

metatbestand gemäss Art. 309 ZPO fällt. Sie wurde form- und fristgerecht erhoben (Art. 311 Abs. 1 und Art. 142 f. ZPO, Urk. 52), und die vor Vorinstanz (teilweise) unterlegene Beklagte ist zu deren Erhebung legitimiert. Unter dem Vorbehalt rechtsgenügender Begründung (dazu nachstehend, E. III./2.) ist auf die Berufung einzutreten. Der Berufungsentscheid kann aufgrund der Akten ergehen.

2. Die Berufung ist gemäss Art. 311 ZPO zu begründen. Sie muss – im Gegensatz zur Klageschrift – nicht nur eine tatsächliche, sondern auch eine rechtliche Begründung enthalten (ZK ZPO-Reetz/Theiler, Art. 311 N 36). Es ist darzulegen, weshalb der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten fehlerhaft sein soll. Dazu sind in der Berufungsschrift die zur Begründung der Berufungsanträge wesentlichen Argumente vorzutragen. Dies setzt voraus, dass – unter Vorbehalt des Novenrechts – mittels klarer Verweisungen auf die Ausführungen vor Vorinstanz aufgezeigt wird, wo die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben wurden, und die Aktenstücke bezeichnet werden, auf denen die Kritik beruht. Es ist nicht Sache der Rechtsmittelinstanz, die Akten und Rechtsschriften des vorinstanzlichen Verfahrens zu durchforsten, um festzustellen, was welche Partei wo ausgeführt hat. Den gesetzlichen Begründungsanforderungen ist weder durch eine pauschale Verweisung auf die bei der Vorinstanz eingereichten Rechtsschriften noch durch eine neuerliche Darstellung der Sach- und Rechtslage Genüge getan, welche nicht darauf eingeht, was vor Vorinstanz vorgebracht und von dieser erwogen worden ist (BGE 138 III 374

E. 4.3.1; BGer 4A_580/2015 vom 11. April 2016, E. 2.2; BGer 4A_382/2015 vom 4. Januar 2016, E. 11.3.1; BGer 4A_263/2015 vom 29. September 2015, E. 5.2.2). Die Ausübung des sog. Replikrechts dient nicht dazu, die bisherige Kritik zu vervollständigen oder zu ergänzen (BGE 142 III 413 E. 2.2.4). In diesem Sinne sind die unverlangten Replikschriften der Parteien entgegenzunehmen. Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über eine umfassende Überprüfungsbefugnis der Streitsache, d.h. über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung (BGer 5A_184/2013 vom 26. April 2013,

E. 3.1). Aufgrund der umfassenden Überprüfungsbefugnis ist die Berufungsinstanz nicht an die mit den Rügen vorgebrachten Argumente oder an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden, sie kann die Rügen auch mit abweichenden Erwägungen gutheissen oder abweisen (BGer 2C_124/2013 vom 25. September 2013, E. 2.2.2; ZK ZPO-Reetz/Theiler, Art. 310 N 6). Wird eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts gerügt, ist aufzuzeigen, dass die Korrektur der Sachverhaltsfeststellung für den Ausgang des Verfahrens entscheidend ist. Hat die Vorinstanz tatsächliches Vorbringen oder zu berücksichtigende aktenkundige Tatsachen übersehen, ist in der Berufungsbegründung explizit darauf hinzuweisen, dass und wo die entsprechenden Umstände bereits vor Vorinstanz vorgebracht wurden (Hungerbühler/Bucher, DIKE-Komm-ZPO, Art. 311 N 36 ff.). Die Rügen der Parteien in ihren Rechtsschriften vor Obergericht geben mithin das Prüfungsprogramm der Berufungsinstanz vor. Diese hat den angefochtenen Entscheid daher nur bezüglich der gerügten Punkte zu überprüfen (BGE 144 III 394 E. 4.1.4). Das gilt zumindest solange, als ein Mangel nicht geradezu ins Auge springt (BGer 4A_258/2015 vom 21. Oktober 2015, E. 2.4.3; BGer 4A_290/2014 vom 1. September 2014, E. 5.).

Die Begründungsanforderungen gelten auch für die Berufungsantwort, wenn darin Erwägungen der Vorinstanz beanstandet werden, die sich für die im kantonalen Verfahren obsiegende Partei ungünstig auswirken können (BGer 4A_258/2015 vom 21. Oktober 2015, E. 2.4.2; 4A_580/2015 vom 11. April 2016, E. 2.2; 4A_496/2016 vom 08. Dezember 2016, E. 2.2.2; ZK ZPO-Reetz/Theiler, Art. 312 N 11).

3. Gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO können im Berufungsverfahren neue Tatsachen und Beweismittel (Noven) nur noch berücksichtigt werden, wenn sie kumulativ ohne Verzug vorgebracht werden (lit. a) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (lit. b). Dabei hat, wer sich auf (unechte) Noven beruft, deren Zulässigkeit darzutun und ihre Voraussetzungen notwendigenfalls zu beweisen (BGE 143 III 42 E. 4.1; BGer 5A_86/2016 vom 5. September 2016, E. 2.1, je m.H.). Werden Tatsachenbehauptungen oder Be-

weisanträge im Berufungsverfahren bloss erneuert, ist unter Hinweis auf konkrete Aktenstellen aufzuzeigen, dass und wo sie bereits vor Vorinstanz eingebracht wurden; andernfalls gelten sie als neu.

IV.

1. Die Vorinstanz hat das Verfahren vorläufig auf die Haftungsfrage beschränkt. Die Beklagte beruft sich auf den Entlastungsgrund von Art. 1 Abs. 1 EHG, nach welchem der Inhaber der Eisenbahnunternehmung nicht für den Schaden haftet, wenn er beweist, dass der Unfall durch Verschulden des Verletzten verursacht worden ist. Das haftungsausschliessende grobe Selbstverschulden des Verletzten F._____ sei vorliegend zu bejahen, was die Klägerin bestreitet.

2. Zur Anwendung der Bestimmungen des (alten) Bundesgesetzes vom 28. März 1905 über die Haftpflicht der Eisenbahn und Dampfschiffahrtsunternehmungen und der Schweizer Post (EHG) sowie zu den Voraussetzungen gemäss Art. 1 Abs. 1 EHG kann auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 54 S. 9 E. 2.1.). Sie blieben unangefochten.

3. Parteistandpunkte

3.1 Die Klägerin geht von folgendem Sachverhalt aus: F._____ sei auf seinem Fahrrad auf dem linken Trottoir der E._____ -strasse in Richtung G._____ -Brücke gefahren. Vor der Verzweigung mit der D._____ -strasse habe er brüsk bremsen müssen, da sich von links ein vortrittberechtigtes Tram der Linie ... genähert habe. Er habe das Gleichgewicht verloren, sei kopfüber vor das Tram gestürzt und sei von diesem einige Meter mitgeschleift worden. Dabei sei der Versicherte am Kopf schwer verletzt worden. Die Klägerin ist mit Bezug auf die Aussagen im Polizeirapport der Ansicht, dass der Versicherte sein Fahrrad rechtzeitig habe abbremsen können, jedoch das Gleichgewicht verloren habe und deshalb kopfüber vor das Tram gestürzt sei. Dem Versicherten könne nicht grobes Selbstverschulden angelastet werden, nur weil er beim Bremsen das Gleichgewicht verloren habe. Der Versicherte habe das Tram gesehen und entsprechend auch gebremst, was die Bremsspuren am Hinterrad seines Fahrrads belegen würden.

Gestützt auf die Aussagen der Trampilotin und des Zeugen H._____ habe der Versicherte auch angehalten. Der Versicherte habe das Fahrrad vor der Kollision zum Stillstand gebracht und daraufhin das Gleichgewicht verloren. Mit einer allenfalls schnellen Fahrt habe der Sturz nichts zu tun gehabt. Dass der Versicherte vor dem Unfallereignis auf dem Trottoir gefahren sei, sei nicht unfallkausal und juristisch nicht relevant (Urk. 2 S. 5, 8 und 50, Urk. 30 S. 5 ff., 9). Der Sturz auf die Tramgeleise sei ein unglücklicher Umstand gewesen, der dem Versicherten nicht als grobes Verschulden angerechnet werden könne. Er sei denn auch nur wegen verbotenen Befahrens des Trottoirs mit einem Fahrrad und wegen Nichtbeherrschens des Fahrrads beim Überqueren der D._____ -strasse mit einer Busse von Fr. 100.– bestraft worden, was zeige, dass nicht von einer groben Verkehrsregelverletzung ausgegangen worden sei. Ihn treffe höchstens ein leichtes Verschulden (Urk. 2 S. 8 und 50 f.). Die Klägerin geht von einer erhöhten Betriebsgefahr aus, da die Tramlinie durch die D._____ -strasse führe, welche sowohl von Fussgängern wie auch von Velofahrern oft und überall überquert werde. Eine erhöhte Betriebsgefahr stelle erhöhte Anforderungen an die Sorgfaltspflicht (Urk. 2 S. 52). Eine Geschwindigkeit von 27 km/h, mit welcher das Tram vor Einleitung der Vollbremsung unterwegs gewesen sei, sei den damaligen Verhältnissen nicht angemessen gewesen. Die Beklagte habe damit auch ein Verschulden zu vertreten und könne sich aus diesem Grund nicht von der Haftpflicht befreien (Urk. 2 S. 53).

3.2 Nach Sicht der Beklagten ist der Versicherte mit seinem Fahrrad auf dem Trottoir unterwegs gewesen und im Begriff, die D._____ -strasse zu überqueren. Dies sei mit einer Geschwindigkeit erfolgt, die es ihm nicht erlaubt habe, bei der Wahrnehmung des vortrittberechtigten Trams rechtzeitig und sicher anzuhalten, um eine Kollision vermeiden zu können. Die verschiedenen Zeugenaussagen würden einzig den Schluss zulassen, dass der Versicherte recht schnell gefahren sei. Es sei für ihn jedoch klar gewesen, dass auf der D._____ -strasse jederzeit ein Tram vorbeifahren könne. Gemäss der von der Klägerin erstellten Unfallanalyse sei der Versicherte mit einer mittleren Geschwindigkeit von mindestens 15.2 km/h auf die Kollisionsstelle zugefahren, was bei den örtlichen Verhältnissen weit übersetzt gewesen sei (Urk. 21 S. 4 ff., 8). Die Tatsache, dass der Versicherte kopfüber vor das Tram gefallen sei, lasse sich durch die starke Bremsung in Verbin-

dung mit einer hohen Geschwindigkeit erklären. Aufgrund der Aussagen sei der Versicherte zum Zeitpunkt der Kollision eben gerade nicht still gestanden (Urk. 34 S. 4). Nach Ansicht der Beklagten hat der Versicherte durch seine Fahrweise elementarste Vorsichtspflichten, die jedem vernünftigen Menschen einleuchten würden, in unentschuldbarer Weise verletzt und eine Kollision mit einem Tram oder sonstigen Verkehrsteilnehmern mindestens grobfahrlässig, wenn nicht eventualvorsätzlich in Kauf genommen. Er sei so schnell gefahren, dass er nicht rechtzeitig habe anhalten können. Ob er direkt ins Tram hineingefahren oder bereits davor kopfüber gestürzt sei, sei irrelevant (Urk. 21 S. 12). Die Trampilotin I. _____ sei korrekt gefahren und habe richtig reagiert, weshalb sie kein Verschulden treffe (Urk. 21 S. 9 und 17). Das Strafverfahren gegen sie sei eingestellt worden (Urk. 21 S. 10). Eine erhöhte Betriebsgefahr habe ferner nicht bestanden (Urk. 21 S. 16). Das Verhalten des Versicherten sei in höchstem Masse grobfahrlässig gewesen. Die Beklagte sei deshalb gemäss Art. 1 Abs. 1 EHG von der Haftung befreit (Urk. 21 S. 10). Sollte man keine Befreiung annehmen, sei aufgrund des groben Selbstverschuldens des Versicherten der Klägerin von einer um 3/4 reduzierten Haftung, d.h. maximal 25%, auszugehen (Urk. 21 S. 17).

4. Sachverhalt

4.1 Die Vorinstanz erwog, die Parteien seien sich betreffend den Sachverhalt im Wesentlichen dahingehend uneinig, als die Klägerin der Ansicht sei, dass der Versicherte vor der Kollision stillgestanden sei und im Anschluss lediglich das Gleichgewicht verloren habe, während die Beklagte ausführe, der Versicherte sei derart schnell auf die Tramgeleise zugefahren, dass es ihm nicht möglich gewesen sei, rechtzeitig zu bremsen, weshalb er kopfüber ins bzw. vors Tram gefallen sei. Dieses Verhalten des Velofahrers F. _____ habe die Beklagte zu beweisen. Unter Würdigung der im Recht liegenden Beweismittel kam die Vorinstanz zum Schluss, dass der Versicherte nicht bereits stillgestanden habe, als er kopfüber vom Fahrrad gefallen sei. Vielmehr sei der Sturz die Folge des brusken Bremsens in Kombination mit der zuvor gefahrenen Geschwindigkeit bzw. insgesamt Folge der Fahrweise des Versicherten gewesen. Bei diesem Ergebnis sei es nicht mehr wesentlich, welchen Anteil die Bremsen am Sturz des Versicherten gehabt hätten.

Aus der Aussage F.____s gegenüber der Stadtpolizei Zürich, wonach seine Bremsen sehr gut funktionieren würden, könne die Klägerin nichts zu ihren Gunsten ableiten. Denn hätte der Versicherte seine Bremsung mit "schlechteren" bzw. "normalen" Bremsen vollzogen, so wäre er womöglich nicht kopfüber vom Fahrrad gefallen, jedoch hätte sich sein Bremsweg unweigerlich verlängert, wodurch er aber trotzdem mit dem Tram kollidiert wäre. Im Ergebnis könnten die Bremsen am Fahrrad des Versicherten zwar mit ein Grund dafür gewesen sein, dass der Versicherte überhaupt kopfüber vom Fahrrad gestürzt sei. Es sei jedoch davon auszugehen, dass der Versicherte auch ohne die nach eigenen Angaben sehr guten Bremsen eine Kollision nicht hätte vermeiden können. In beiden Fällen hätte sich ein Unfall ereignet, weshalb der Zusammenstoss nicht ausschliesslich durch die Bremsen, sondern eben durch die Fahrweise von F.____ begünstigt worden sei. Unstrittig sei schliesslich, dass der Versicherte vor der Kollision verbotenerweise auf dem Trottoir der E.____-strasse gefahren sei. Zusammenfassend sei in tatsächlicher Hinsicht davon auszugehen, dass der Versicherte F.____ sein Fahrrad in zügigem Tempo auf dem linken Trottoir der E.____-strasse in Richtung G.____-Brücke gelenkt habe. Als er von links ein sich näherndes vortrittsberechtigtes Tram der Linie ... wahrgenommen habe, habe er brüsk abgebremst, um einen Zusammenstoss mit dem Tram zu verhindern. Dabei habe er das Gleichgewicht verloren und sei vor den Tramzug gestürzt, von welchem er einige Meter weit mitgeschleift worden sei. Dabei sei er schwer verletzt worden (Urk. 54 S. 14 ff. Ziff. 2.4.2. ff.).

4.2 Dieses Ergebnis wird von der Beklagten nicht beanstandet. Sie hält einzig ergänzend fest, dass der Versicherte F.____ ortskundig gewesen und entgegen der auf der E.____-strasse als Einbahnstrasse zulässigen Richtung gefahren sei (Urk. 53 S. 4 Ziff. 2.1).

4.3 Die Klägerin bestreitet nicht, dass der Versicherte F.____ ortskundig ist und es sich bei der E.____-strasse um eine Einbahnstrasse handelt, was aber irrelevant sei, da F.____ nicht auf der E.____-strasse, sondern verbotenerweise auf dem linken Trottoir dieser Strasse gefahren und dafür gebüsst worden sei (Urk. 60 S. 5 f. Zu 2.1 d und e). Unklar erscheint, ob die Klägerin die Fest-

stellung beanstanden will, dass der Versicherte F._____ nicht bereits stillgestanden ist, als er kopfüber vom Fahrrad gefallen ist (vgl. Urk. 60 S. 5 Zu Ziff. 2.1 c). Darin könnte ihr nicht gefolgt werden. Eine allfällige Beanstandung der Darstellung der Vorinstanz durch die Klägerin, wonach die Schlussfolgerung, dass F._____ angehalten habe, sich höchstens und einzig auf die Aussage von H._____ stützen könnte, verkennt, dass sich die Vorinstanz bei ihrer Würdigung sehr wohl auch mit der Aussage der Tramführerin I._____, wonach der Versicherte angehalten habe, auseinandergesetzt hat (Urk. 54 S. 17 f.). Auf die diesbezüglichen zutreffenden Erwägungen geht die Klägerin überhaupt nicht ein. Es bleibt daher beim festgestellten Sachverhalt der Vorinstanz.

5. Erhöhte Betriebsgefahr

5.1 Die Vorinstanz erwog, habe eine Bahn eine erhöhte Betriebsgefahr oder ein Verschulden zu vertreten, so genüge nur noch aussergewöhnlich grobes Selbstverschulden zum Ausschluss der Haftung. Ob ein derart aussergewöhnlich grobes Selbstverschulden gegeben sei, sei also erst dann zu prüfen, wenn eine erhöhte Betriebsgefahr bzw. ein Verschulden im konkreten Fall vorliege (Urk. 54 S. 10 f.).

5.2 Ein Verschulden, welches die Beklagte zu vertreten hätte, verneint die Vorinstanz. Die Trampilotin I._____ habe die im betreffenden Streckenabschnitt zulässige Geschwindigkeitslimite eingehalten und im Moment, als sie die Gefahrensituation erkannt habe, sofort abgebremst (Urk. 54 S. 12 f. E. 2.3.). Dies blieb unbeanstandet.

5.3 Die Vorinstanz bejahte hingegen das Vorliegen einer erhöhten Betriebsgefahr. Der Trambetrieb berge an sich bereits eine gewisse Gefahr. Die Ebene der erhöhten Betriebsgefahr sei hingegen erst dann erreicht, wenn zusätzlich besondere Umstände den üblichen Rahmen sprengten. Die erhöhte Betriebsgefahr sei ein Umstand, welcher Gefährdungshaftpflichtige ähnlich wie ein zusätzliches Verschulden belaste (Urk. 54 S. 10 E. 2.2.1.). Es treffe, entgegen der Ansicht der Beklagten, nicht zu, dass es an einer "Häufung von Gefahrenmomenten" oder einer "wesentlichen Erhöhung der normalerweise mit dem Eisenbahnbetrieb

verbundenen Gefahren" mangle. Fussgänger auf dem Trottoir vermöchten in der Stadt zwar übliche Begleitumstände des Trambetriebs sein. Es sei jedoch nicht so, dass die Situation überall in der Stadt mit jener der D.____-strasse vergleichbar wäre. So verkehrten die Trams in der Stadt an den allermeisten Orten auf Strassen, welche auch von Autos befahren würden. An solchen Orten seien die Bereiche für Fussgänger und diejenigen für den fahrenden Verkehr klar voneinander abgegrenzt. Dies geschehe durch Trottoirs oder sonstige Sicherheitsvorkehrungen. Wolle der Fussgänger eine Strasse überqueren, so sei er sich der Gefahr des Verkehrs bewusst. Der Fussgängerverkehr über eine befahrene Strasse werde deshalb auch kanalisiert durch Fussgängerstreifen oder Unter- und Überführungen. Diese Situation sei vergleichbar mit derjenigen von unbewachten Bahnübergängen, wo der Fussgänger vor der Überquerung wisse, dass er sich besonders versichern müsse, ob kein Auto oder eben Tram (oder Zug) von links und rechts nahe. An der D.____-strasse in A.____ jedoch fehle eine solche Kanalisierung für Fussgänger vollständig. Wer die D.____-strasse überqueren wolle, könne dies überall auf der ganzen Länge der Strasse tun. Dies allein führe bereits zu einer erhöhten Betriebsgefahr, da der Tramführer jederzeit und überall mit querenden Fussgängern rechnen müsse. Zur Zeit des Unfalls, an einem späteren Samstagnachmittag, habe überdies ein erhöhtes Fussgängeraufkommen geherrscht. Zu dieser Zeit müsse besonders mit Passanten gerechnet werden, welche einander auswichen und hierzu auch mal die Strasse beträten, oder mit Familien mit Kindern, welche an einem Samstagnachmittag an der D.____-strasse flanierten. Dass an einer solchen Strasse gelegentlich Fussgänger auf die Strasse träten oder in momentaner Unachtsamkeit, unerwartet, kurz vor dem Herannahen eines Tramzuges die Geleise überquerten, damit müsse gerechnet werden. In einer solchen Situation liege eine Häufung von Gefahrenmomenten, welche zu einer Erhöhung der Betriebsgefahr führe (Urk. 54 S. 11 f. E. 2.2.3).

5.4.1 Die Beklagte beanstandet, es sei nicht richtig, dass die Vorinstanz eine erhöhte Betriebsgefahr des Trams annehme, weil Fussgänger, um die D.____-strasse zu überqueren, vom Trottoir auf das Tramtrasse gehen könnten (Urk. 53 S. 7 Ziff. 3.1.3.4). Die von der Vorinstanz erwähnten Fälle, wo eine erhöhte Betriebsgefahr angenommen worden sei (BGE 57 II 428; 53 II 84; 69 II 324, 328;

61 II 135), seien hier nicht vergleichbar. Die Unfallstelle befinde sich an einer sehr übersichtlichen Stelle, wo das Tramgeleise über eine grössere Strecke vom J._____ her geradlinig verlaufe. Der Fussgängerbereich sei als breites und ebenfalls übersichtliches Trottoir ausgestaltet und nicht nur optisch durch eine Markierung, sondern noch durch den Trottoir-Rand mit Randstein und Niveau-Unterschied abgegrenzt (Urk. 53 S. 5 Ziff. 3.1.1). Die Bereiche für Fussgänger und Tramverkehr seien an der D._____ -strasse klar getrennt. Eine Tramlinie, die nicht vom Trottoir durch eine Fahrbahn für den Strassenverkehr getrennt sei, bedeute keine Erhöhung der Betriebsgefahr. Auch ein unbewachter Bahnübergang bedeute nicht per se eine Erhöhung der Betriebsgefahr. In den bekannten Entscheidungen sei dies nur der Fall, wenn weitere Momente dazukämen, etwa mangelnde Übersichtlichkeit. Das sei hier nicht der Fall. Wer sich auf dem Trottoir bestimmungsgemäss bewege und die übliche Vorsicht oder auch nur Aufmerksamkeit anwende, merke rechtzeitig noch vor dem Verlassen des Trottoirs, wenn sich ein Tram nähere, und könne ohne weiteres noch ausserhalb der Gefahrenzone stehen bleiben. Die Betriebsgefahr sei auch nicht erhöht gewesen wegen Sichtbehinderungen durch Pflanzen oder Gebäude, die dem Strassenbenutzer die Sicht erst spät freigegeben hätten (Urk. 53 S. 6 Ziff. 3.1.3.1).

Dass es in Einkaufsstrassen ohne motorisierten Verkehr keine Fussgängerstreifen habe, bedeute keine Erhöhung der Betriebsgefahr. Erst recht sei dies keine Begründung für eine Erhöhung der Betriebsgefahr des Trams gegenüber einem Velofahrer, der verbotenerweise auf dem Trottoir komme und zudem seine Geschwindigkeit, Fahrweise und/oder Aufmerksamkeit in keiner Weise den Verhältnissen anpasse, so dass er nicht mehr rechtzeitig kontrolliert anhalten könne, wenn ein vortrittsberechtigtes Tram sich nähere. Zudem hätte der Velofahrer auch einen Fussgängerstreifen nicht befahren dürfen, sondern hätte vorher anhalten, absteigen und das Velo über den Streifen stossen müssen. Dass das Tram parallel zum Trottoir verlaufe, sei keine besondere Gefahr und unterscheide das Tram auch nicht von Motorfahrzeugen. Und selbst wenn es einen Fussgängerstreifen hätte, hätte der Velofahrer auch keinen Vortritt, denn er sei kein Fussgänger. In einem solchen Fall sei der Trottoirrand einem "Stopp" gleichzustellen. Einem Fahrzeuglenker, der aufgrund seiner Geschwindigkeit oder sonstigen Fahrweise

nicht in der Lage sei, vor einem gut sichtbaren "Stop" oder "kein Vortritt" kontrolliert und sicher anzuhalten, wenn ein vortrittsberechtigtes Fahrzeug daherkomme, werfe man zu Recht auch grobes Verschulden vor; der aktuelle Fall sei diesbezüglich gleichzustellen (Urk. 53 S. 6 Ziff. 3.1.3.2).

Tramlinien in Strassen auch ohne Motorfahrzeugverkehr seien seit Jahren verbreitet, dies gelte insbesondere für gediegene Einkaufsstrassen. Trams in Fussgängerzonen gehörten zum gewohnten Bild, was man aus allgemeiner Lebenserfahrung wisse. Dies sei in anderen Städten noch stärker verbreitet, vor allem in K._____, L._____ und M._____. Das Nebeneinander von Trams und Fussgängern in diesen Einkaufsstrassen verlaufe weitestgehend reibungslos; man höre äusserst selten von Unfällen. In anderen Städten seien die Abgrenzungen zwischen Trottoir und Tramgleis teils weniger klar als an der D._____-strasse in A._____. An der D._____-strasse in A._____ könne man auch als Velofahrer nur bewusst und damit nicht versehentlich vom Fussgängerbereich auf dem Trottoir auf den Bereich wechseln, wo Trams verkehrten. Auch mit einem Mountain Bike müsse man den Randstein mit dem klaren Niveau-Unterschied bewusst vom Trottoir aus passieren und das recht langsam. Das sei insbesondere auch einem ortskundigen Velofahrer wie dem verunfallten F._____ bekannt. Auch wenn die absichtliche Missachtung von Verkehrsregeln durch Velofahrer in der A._____ von der Vorinstanz sinngemäss offenbar als normales Geschehen taxiert werde, könne es rechtlich nicht als Norm betrachtet, toleriert und der B'._____ als Erhöhung des Betriebsrisikos des Trams angelastet werden (Urk. 53 S. 7 Ziff. 3.1.3.3).

5.4.2 Die Klägerin hält dafür, dass die von der Vorinstanz erwähnten Fälle erhöhter Betriebsgefahr sehr wohl mit dem vorliegenden Fall vergleichbar seien, insbesondere BGE 53 II 84. Solches müsse auch vorliegend gelten, wo die Beklagte ihre Trams durch eine autofreie Fussgängerzone fahren lasse, wo sich keine Fussgängerstreifen finden liessen und jederzeit und überall mit querenden Fussgängern gerechnet werden müsse. Ebenfalls bekannt sei, dass Fussgänger in einer Einkaufsstrasse zuweilen unaufmerksam seien, was zu einer erhöhten Betriebsgefahr führe. Die Unfallstelle befinde sich, entgegen den Ausführungen der Beklagten, nicht an einer übersichtlichen Stelle, und von einem Trottoir könne

nicht die Rede sein (unter Verweis auf Urk. 4/8, recte wohl Urk. 4/6). Vielmehr gehe der Fussgängerbereich nahtlos in die Strasse über, abgegrenzt lediglich von einer Reihe andersfarbiger Pflastersteine. Es gebe weder einen "Trottoir-Rand" noch gar einen "Randstein" oder einen "Niveau-Unterschied". Das Tramgeleise führe vielmehr mitten durch die Fussgängerzone. Von einem übersichtlichen Trottoir könne ebenfalls nicht die Rede sein. Die Sicht rechts Richtung E.____-strasse sei vielmehr verstellt und verdeckt durch Sitzbänke, Bäume, Strassenschilder, einen Abfalleimer, eine Telefonkabine und mannshohe Tierskulpturen (Urk. 60 S. 7 Zu 3.1.1 und S. 8 Zu 3.1.3.1).

Die Klägerin hält mit der Vorinstanz dafür, dass die Trambetreiberin aufgrund der besonderen Umstände in der D.____-strasse in A.____ eine erhöhte Betriebsgefahr zu vertreten habe. Es liege eine ganz andere Gefahrensituation vor als in einer "normalen" Strasse, wo nebst dem Tram auch Autos fahren würden und die Bereiche für Fussgänger und den fahrenden Verkehr klar voneinander abgegrenzt seien und Fussgänger zum Überqueren der Strasse grundsätzlich die Fussgängerstreifen zu benützen hätten und sich der Gefahr des Verkehrs bewusst seien. Irrelevant sei, was gewesen wäre, wenn es an der Unfallstelle zum Überqueren der D.____-strasse einen Fussgängerstreifen gehabt hätte. Tatsache sei, dass es an besagter Stelle weder einem Fussgänger noch einem Velofahrer untersagt gewesen sei, die D.____-strasse zu überqueren. Unbestritten sei, dass das Tram vortrittsberechtigt gewesen sei. Der Verunfallte habe denn auch nicht den Vortritt erzwungen, sondern habe sein Fahrrad abgebremst, als er das Tram gesehen habe. Er sei weder vor das Tram gefahren noch gelaufen, sondern kopfüber gestürzt, weil er auf seinem Velo das Gleichgewicht verloren habe (Urk. 60 S. 8 f. Zu 3.1.3.2).

Die Behauptungen der Beklagten zu den Tramlinien in Einkaufsstrassen (Urk. 53 Ziff. 3.1.3.3) und die dazu eingereichte Beilage Urk. 56/2 erachtet die Klägerin als neu und unbeachtlich. Es sei aber auch nicht ersichtlich, weshalb die neuen Vorbringen an der Beurteilung des vorliegenden Falles etwas ändern sollten (Urk. 60 S. 9 Zu 3.1.3.3).

5.5.1 Anhand welcher Kriterien zu beurteilen ist, ob eine über das normale Mass hinausgehende erhöhte Betriebsgefahr den Unfall mitverursacht hat, kann nicht allgemein beantwortet werden (Oftinger/Stark, Schweiz. Haftpflichtrecht II/3, § 27 N 108 Fn 201 a.E.). Als erhöhte Betriebsgefahr gelten beeinflussbare Umstände, die das charakteristische Risiko des Transportunternehmens erhöhen oder vergrössern und für die es einzustehen hat. Als derartiger Umstand in Frage kommt namentlich eine besonders gefährliche Infrastruktur oder die fehlerhafte Beschaffenheit der Eisenbahnfahrzeuge (Roger König, Die Gefährdungshaftung nach Eisenbahngesetz, 2012, Rz 206; Oftinger/Stark, a.a.O., § 27 N 138).

5.5.2 Im Bereich der Unfallstelle fährt das Tram an der D.____-strasse in A.____ durch eine autofreie Fussgängerzone (vgl. die Fotodokumentation der Stadtpolizei Zürich vom 11. Juni 2005, Urk. 4/6, Blatt 1 + 2). Der Beklagten ist zuzustimmen, dass eine Tramlinie, die nicht vom Trottoir durch eine Fahrbahn für den Strassenverkehr (oder sonstige Sicherheitsvorkehrungen) getrennt ist, nicht per se eine Erhöhung der Betriebsgefahr bedeutet. Es trifft auch zu, dass das Tramgeleise an der D.____-strasse in A.____ über eine grössere Strecke vom J.____ her Richtung N.____ geradlinig verläuft, die Unfallstelle insofern für die Trampiloten übersichtlich ist und der Fussgängerbereich breit und übersichtlich ausgestaltet ist. Zwar befinden sich bei der Kreuzung D.____-strasse/E.____-strasse im Fussgängerbereich Sitzbänke, Bäume, Strassenschilder, ein Abfalleimer, eine Telefonkabine und einige Tierskulpturen, welche jedoch die Sicht rechts Richtung E.____-strasse - entgegen der Ansicht der Klägerin - nicht massgeblich verdecken (vgl. Fotodokumentation Urk. 4/6, Blatt 1 + 2). Der Trampilotin I.____ wird denn auch nicht vorgeworfen, die Gefahrensituation zu spät erkannt zu haben (vgl. auch das unfallanalytische Kurzgutachten Urk. 4/69 S. 12). Nicht ganz zutreffend ist hingegen, dass der Fussgängerbereich als breites und übersichtliches Trottoir ausgestaltet ist, das nicht nur optisch durch eine Markierung, sondern noch durch den Trottoir-Rand mit Randstein und Niveau-Unterschied abgegrenzt ist. Ein eigentliches Trottoir besteht zumindest im Unfallbereich nicht. Der Fussgängerbereich geht in diesem Teil der D.____-strasse nahtlos in den Bereich des Tramtrassees über, abgegrenzt lediglich durch eine Reihe andersfarbiger Pflastersteine; ein eigentlicher Trottoir-Rand, ein Randstein oder ein Niveau-

Unterschied existiert praktisch nicht (vgl. Fotodokumentation Urk. 4/6 Blatt 1 + 2). Die Tramgeleise zwischen dem rechten und dem linken Fussgängerbereich können frei überquert werden; einen Fussgängerstreifen gibt es hier nicht. Richtig ist sodann zwar, dass keine Sichtbehinderungen durch Pflanzen oder Gebäude vorhanden sind, die dem korrekten Benutzer der E.____-strasse Richtung O.____ (Einbahnstrasse) die Sicht erst spät freigeben würden. Der Strassenverkehr wird an dieser Stelle zudem durch ein Lichtsignal gesteuert. Der Versicherte F.____ lenkte sein Fahrrad jedoch unerlaubt auf dem linken Trottoir der E.____-strasse in Richtung G.____-Brücke, d.h. in Richtung D.____-strasse (vgl. Polizeirapport Urk. 4/2 S. 5). Das von links nahende vortrittsberechtigige Tram konnte F.____, der mit einer Geschwindigkeit von 15-18 km/h unterwegs war, wegen des P.____-Gebäudes erst spät erkennen. Gemäss dem unfallanalytischen Kurzgutachten konnte die Trampilotin den Fahrradfahrer aufgrund der Situation an der Unfallstelle frühestens erkennen, als dieser ca. 13,1 m vor der Kollisionsstelle war (Urk. 4/69 S. 12). Das muss umgekehrt auch für den Verunfallten F.____ gelten. Allerdings ist festzuhalten, dass bei korrekter Benützung des linken Trottoirs durch Fussgänger dieser Umstand nicht ins Gewicht fällt. Fussgänger können bei dieser Distanz ohne weiteres ausserhalb der Gefahrenzone stehen bleiben, wenn sich ein vortrittsberechtigiges Tram nähert.

Trotzdem ist der Vorinstanz beizupflichten, dass der Umstand, dass an der D.____-strasse jedenfalls im Unfallbereich eine Kanalisierung für Fussgänger vollständig fehlt und die D.____-strasse überall auf der ganzen Länge der Strasse überquert werden kann, zu einer erhöhten Betriebsgefahr führt, da der Tramführer jederzeit und überall mit querenden Fussgängern rechnen muss. Fehlt es in Fussgängerzonen mit Trambetrieb an einer Abgrenzung der Bereiche für Fussgänger oder sonstigen Sicherheitsvorkehrungen wie Fussgängerstreifen, ist sich der Fussgänger der Gefahr durch nahende Tramfahrzeuge weniger bewusst. Die Situation wird verschärft bei erhöhtem Fussgängeraufkommen, wie es an der D.____-strasse regelmässig vorkommt, wenn Fussgänger gezwungen sind, einander auszuweichen, oder Familien mit Kindern unterwegs sind. Zu Recht hat die Vorinstanz festgehalten, dass unter diesen Umständen damit gerechnet werden muss, dass Fussgänger gelegentlich unverhofft aufs Trasse ausweichen

oder in momentaner Unachtsamkeit unerwartet kurz vor dem Herannahen eines Tramzuges die Geleise überqueren. Diese Gefahr besteht, selbst wenn der Fussgängerbereich bestimmungsgemäss benutzt und die übliche Vorsicht oder Aufmerksamkeit angewendet wird. Wenn die Vorinstanz in einer solchen Situation eine Häufung von Gefahrenmomenten erblickt, welche zu einer Erhöhung der Betriebsgefahr führt, ist das nicht zu beanstanden.

Die Vorinstanz hat das Vorliegen einer erhöhten Betriebsgefahr nicht spezifisch mit dem Fehlen von Fussgängerstreifen begründet. Die entsprechende Rüge der Beklagten geht daher ins Leere. Im Übrigen stellt sich die Frage des Vorliegens einer erhöhten Betriebsgefahr im Bereich der Unfallstelle an der D.____-strasse auch nicht nur mit Bezug auf den Verunfallten F.____, sondern generell an dieser Örtlichkeit. Es braucht daher nicht weiter darauf eingegangen zu werden, wie es sich verhalten hätte, wenn es an der Unfallstelle einen Fussgängerstreifen zum Überqueren der D.____-strasse gehabt hätte.

Offengelassen werden kann auch, ob es sich bei den Vorbringen der Beklagten zu den Tramlinien in Einkaufsstrassen und der dazu eingereichten Beilage

(Urk. 56/2) um neue und daher unbeachtliche Behauptungen handelt. Es ist, wie die Klägerin geltend macht, nicht ersichtlich, inwiefern diese Behauptungen vorliegend relevant sein könnten. Entgegen dem Dafürhalten der Beklagten könnte zudem jedenfalls nicht von einer allgemein-notorischen Tatsache (Allgemeinwissen) bezüglich der Situation in Einkaufsstrassen anderer Städte gesprochen werden (Urk. 65 S. 5 Ziff. 3.1.3.3), die gemäss Art. 151 ZPO keines Beweises bedürfte.

5.6 Zusammenfassend ist von einer erhöhten Betriebsgefahr für den Trambetrieb an der D.____-strasse im Bereich der Unfallstelle auszugehen. Trotzdem erscheint eine Entlastung der Beklagten nicht ausgeschlossen, nämlich wenn den Geschädigten ein derart grobes Selbstverschulden trifft, dass das Selbstverschulden die einzige adäquate Ursache des Schadens darstellt (Roger König, a.a.O., Rz 206; Oftinger/Stark. a.a.O., § 27 N 139).

6. Selbstverschulden des Versicherten F. _____

6.1 Die Vorinstanz erwog, bei erhöhter Betriebsgefahr genüge nur noch aussergewöhnlich grobes Selbstverschulden zum Ausschluss der Haftung. Dabei komme es nicht auf die Schwere des Selbstverschuldens an sich an, sondern einzig darauf, ob dieses nach der Lehre vom adäquaten Kausalzusammenhang als einzige Unfallursache erscheine. Praktisch dürfte dies aber nur bei grobem Selbstverschulden der Fall sein, welches in einer Absicht oder in einer Fahrlässigkeit gründen könne. Bei erhöhter Betriebsgefahr sei diese Anforderung noch erhöht; da müsse das unsachgemässe Verhalten des betreffenden Verunfallten auf besonders grobe Unachtsamkeit bzw. Leichtsinn zurückzuführen sein. Grobe Fahrlässigkeit liege vor, wenn elementarste Vorsichtsgebote ausser Acht gelassen würden und das Verhalten des Fehlbaren damit schlechterdings unverständlich erscheine. Grobfahrlässig handle, wer Massnahmen nicht ergreife, die jedem verständigen Menschen in der gleichen Lage und unter den gleichen Umständen hätten einleuchten müssen (Urk. 54 S. 14 E. 2.4.1). Für die Behauptung, dass der Versicherte grob schuldhaft das Vortrittsrecht des Trams missachtet und die Beherrschung über sein Fahrrad verloren habe, trage die Beklagte die Beweislast (Urk. 54 S. 14 f. Ziff. 2.4.2.1.).

Die Vorinstanz führte weiter aus, vorliegend stünden sich die erhöhte Betriebsgefahr des Trams und das Selbstverschulden des Geschädigten gegenüber. Die Frage sei deshalb, ob das Verhalten des Geschädigten - verbotenes Befahren des Trottoirs mit zügiger Geschwindigkeit, sodass er zwar bremste, als er das Tram sah, jedoch aufgrund des Bremsmanövers infolge Nichtbeherrschens des Velos kopfüber vor das Tram stürzte - gegenüber der - erhöhten - Betriebsgefahr der Bahn so sehr überwiege, dass die letztere als adäquate Unfallursache ausser Betracht falle (Urk. 54 S. 21 Ziff. 2.4.3.2. a.E.). Sie kam zum Schluss, dass sich die Beklagte nicht von ihrer Kausalhaftpflicht gemäss Art. 1 Abs. 1 EHG befreien könne. Die zügige Fahrt mit dem Fahrrad auf dem Trottoir habe dazu geführt, dass der Versicherte F. _____, wohl auch abgelenkt durch die Fussgänger, auf

welche er auch noch habe achten müssen, und aufgrund der Unübersichtlichkeit der D.____-strasse aus seinem Blickwinkel das Tram erst zu einem Zeitpunkt bemerkt habe, welcher ihm ein rechtzeitiges sicheres Abbremsen verunmöglicht habe. Die zügige Fahrt auf dem Trottoir sei damit zumindest mitursächlich für den späteren Zusammenstoss. Ein Fehlverhalten des Versicherten F.____ liege damit zweifellos vor. Die erheblichen Verletzungen, die der Geschädigte erlitten habe, als er vom Tram erfasst und mitgeschleift worden sei, seien jedoch ganz erheblich auf die charakteristischen Risiken zurückzuführen, die mit dem Betrieb der Eisenbahn verbunden seien. Das Nichtbeherrschen des Fahrzeuges bzw. das nicht rechtzeitige sichere Abbremsen aufgrund zügiger Geschwindigkeit hätte in kaum einer anderen denkbaren Situation derart schwerwiegende Folgen gehabt, wie sie durch das fahrende Tram verursacht worden seien. So hätte beispielsweise ein Auto ausweichen oder gar abbremsen können in derselben Situation. Die verschuldensunabhängige Haftung der Eisenbahn wolle gerade für diese typischerweise mit dem Betrieb der Eisenbahn verbundenen Risiken einen Ausgleich schaffen. Zu berücksichtigen sei ausserdem, dass der Versicherte F.____ durchaus auf das nahende Tram reagiert habe. Er habe sein Fahrrad, sobald er das Tram wahrgenommen habe, abgebremst. Aufgrund seiner vorangegangenen Fahrweise (zügig) und seiner verbotenen Fahrt auf dem Trottoir, wodurch er seine Aufmerksamkeit einerseits auch auf die dort anwesenden Fussgänger zu richten gehabt habe und andererseits das Tram für ihn optisch erst später erkennbar gewesen sei, als wenn er korrekt auf der rechten Strassenseite gefahren wäre, sei dies allerdings in einer Weise geschehen, die es ihm verunmöglicht habe, sicher anzuhalten. Es könne ihm jedoch nicht vorgeworfen werden, "blindlings, sich um nichts kümmernd" über die Geleise gefahren zu sein. Seine Aufmerksamkeit sei nicht vollständig ausgeschaltet gewesen. Das Überschreiten der Geleise sei an dieser Stelle sodann auch nicht generell verboten, etwa im Gegensatz zum Auf- oder Abspringen auf oder von einem fahrenden Zug. In letztgenannten Fällen erfolge der Regelverstoss mit Absicht. Im vorliegenden Fall sei der Geschädigte zwar in voller Absicht und verbotenerweise auf dem Trottoir gefahren, er habe jedoch nie die Tramgeleise trotz herannahendem Tramzug überqueren wollen oder noch versucht, die Tramgeleise vor dem Tram zu überqueren. Vielmehr habe er

sein Fahrrad - gemäss übereinstimmenden Aussagen aller Augenzeugen -, sobald er das Tram entdeckt habe, abgebremst. Dass ein Velofahrer die D.____-strasse überquere, weiche im Übrigen nicht derart vom normalen Geschehen in der A.____, an der D.____-strasse ab, als damit schlichtweg überhaupt nicht zu rechnen wäre. Ein derartiges Geschehen liege im Rahmen des - an diesem Ort erhöhten - Betriebsrisikos des Trambetriebs. Das charakteristische Risiko des Bahnbetriebs sei in dieser Situation und bei diesem Unfall nicht unbedeutend und zufällig gewesen. Es habe sich trotz aller Sorgfalt der Tramführerin die schwierig zu beherrschende Gefahr verwirklicht, welche der Inhaberin der Eisenbahn zuzuschreiben sei. Der Kausalzusammenhang werde erst unterbrochen, wenn die Verwirklichung der Betriebsgefahr im Verhältnis zum hinzukommenden Sachverhalt von derart untergeordneter Bedeutung sei, dass sie nur noch als eine zufällige, unbedeutende Teilursache des Schadens erscheine. Das sei vorliegend nicht der Fall. Das Verhalten des Radfahrers F.____ weise nicht einen Wirkungsgrad auf, der derart ausserhalb des normalen Geschehens liege, dass die von den B'.____ zu verantwortende charakteristische - in diesem Fall sogar erhöhte - Betriebsgefahr im Vergleich damit von solch untergeordneter Bedeutung sei, dass sie nur noch als eine zufällige, unbedeutende Teilursache des Schadens erscheine. Die schweren und bleibenden Verletzungen des Radfahrers seien durch den Zusammenstoss mit dem Tram und das Mitschleifen durch dieses entstanden. Der verkehrsregelverletzende Radfahrer, welcher abgebremst habe, sobald er das Tram erblickt habe, jedoch nicht mehr rechtzeitig und sicher habe abbremsen können, vermöge den adäquaten Kausalzusammenhang nicht zu unterbrechen. Zwar habe das Fehlverhalten des Versicherten F.____ mitursächlich zum Unfall beigetragen, ein besonders grobes Selbstverschulden, welches nötig wäre für den Haftungsausschluss der Bahn, könne ihm jedoch nicht vorgeworfen werden. Vielmehr habe sich im vorliegenden Fall das Betriebsrisiko der Eisenbahn - hier durch den Tramzug - verwirklicht (Urk. 54 S. 21 ff. Ziff. 2.4.3.3).

6.2.1 Die Beklagte hält dafür, zu Unrecht habe die Vorinstanz das Selbstverschulden des Velofahrers F.____ nicht als die Haftung ausschliessendes grobes Selbstverschulden qualifiziert (Urk. 53 S. 4 Ziff. 2.1). Die von der Vorinstanz herangezogenen Fälle, wo das Bundesgericht eine erhöhte Betriebsgefahr und ein

nicht haftungsausschliessendes Verschulden angenommen habe (BGE 53 II 84, *BGer 4A_479/2009 vom 23. Dezember 2009*) seien nicht vergleichbar. Wenn schon - wie im letztgenannten Entscheid - die parallele Situation Auto/Fussgänger herangezogen werde, seien auch die Entscheide *BGer 4A_140/2020 vom 09. Juli 2020* bzw. *BGer 4A_105/2020 vom 19. Mai 2020* zu berücksichtigen, wo die Klagen wegen Selbstverschulden der Fussgänger vollständig abgewiesen worden seien. Für die örtlichen Verhältnisse an den in den Entscheiden erwähnten Unfallorten verwies die Beklagte auf Auszüge aus Luftbildern der Landestopographie und Bilder aus "google street view" (Urk. 53 S. 8 f. Ziff. 3.2.2.1).

Die Beklagte macht geltend, das waghalsige Verhalten des Velofahrers F._____ bedeute ein ganz besonders grobes Selbstverschulden. F._____ sei auf dem Trottoir so schnell auf die ihm bekannte D._____ -strasse zugefahren, dass er beim Auftauchen des Trams, mit dem er jederzeit habe rechnen müssen, nicht rechtzeitig habe anhalten können. Schon diese Fahrweise sei grobfahrlässig. Im Strassenverkehr werde allgemein verlangt, dass man die Geschwindigkeit unter anderem den Verkehrs- und Sichtverhältnissen anpasse. Das Selbstverschulden F._____s werde verharmlost mit der Begründung, es könne ihm nicht vorgeworfen werden, er sei blindlings, sich um nichts kümmernd, über die Geleise gefahren. Hätte er sich um die Verkehrssituation und insbesondere darum gekümmert, dass auf der D._____ -strasse regelmässig Trams fahren, hätte er seine Geschwindigkeit diesen Verhältnissen wenigstens so anpassen müssen, dass er beim Auftauchen eines Trams einigermaßen kontrolliert hätte anhalten können. Ob der Verunfallte, der "in voller Absicht und verbotenerweise auf dem Trottoir gefahren" sei, auch noch habe "die Tramgeleise trotz herannahendem Tramzug überqueren wollen", könne offenbleiben. Es habe ihm im Voraus klar sein müssen, dass er nicht rechtzeitig kontrolliert würde anhalten können, wenn ein Tram aus Richtung J._____ (auf dem näheren Geleise) kommen sollte, und habe damit eine Kollision, einen Sturz oder eine andere sehr gefährliche Situation zumindest in Kauf genommen. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz zeigten die Fahrweise und der Unfallhergang, dass F._____ gerade wegen seiner unverantwortlichen Fahrweise erst so spät erkannt habe, dass ein Tram komme, weshalb er nicht mehr rechtzeitig habe anhalten können. Zutreffend halte die Vorinstanz fest,

dass der Verunfallte F._____ wohl auch abgelenkt gewesen sei durch die Fussgänger, auf die er habe achten müssen. Indem er dennoch so zügig gefahren sei, habe er sein eigenes Risiko erhöht und deshalb nicht rechtzeitig gemerkt, dass auf der D._____ -strasse ein Tram komme, so dass er viel zu spät habe reagieren können. Das habe allein der Verunfallte zu vertreten. Von einer "Unübersichtlichkeit der D._____ -strasse" könne zudem im Bereich der Unfallstelle jedenfalls für Fussgänger keine Rede sein. Wenn es sogar bei einem unbewachten Bahnübergang ausreiche, wenn ein Autolenker die Bahnlinie ungefähr 8 m vor dem näheren Geleisestrang nach links überblicken könne (vgl. *BGer 4A_453/2008 vom 22. Dezember 2008, E. 4.2.1*), dann seien die über 10 m Distanz von der D._____ -strasse, wo man vom Trottoir der E._____ -strasse ein nahendes Tram erkennen könne, sogar sehr übersichtlich. Zudem sei der Verunfallte mit den örtlichen Verhältnissen vertraut gewesen. Dass das Überschreiten der Geleise an sich gestattet sei, habe hier keine Bedeutung. Dass in A._____ regelmässig Velofahrer die D._____ -strasse überquerten, ändere nichts an den Vortrittsregeln und der Pflicht der Velofahrer, diese einzuhalten. Der von der Vorinstanz zitierte Entscheid *BGer 4A_602/2018 vom 28. Mai 2019* sei nicht relevant, da er einen völlig anderen Fall betreffe (Handlung eines "schuldunfähigen" Dritten). Hier gehe es jedoch um das unverantwortliche Verhalten des Verunfallten selbst, das ihm selbst anzulasten sei. Zusammenfassend trete die Betriebsgefahr der Bahn als Teilursache des Unfalls so weit in den Hintergrund, dass sie nicht mehr als adäquat kausale Ursache für den Schaden zu taxieren sei (Urk. 53 S. 9 ff. Ziff. 3.2.2.3).

6.2.2 Die Klägerin hält dafür, dass der Versicherte F._____ beim oder nach dem Bremsen das Gleichgewicht verloren und deshalb kopfüber gestürzt sei, könne jedem Velofahrer passieren und könne ihm mit Sicherheit nicht als grobes oder sogar aussergewöhnlich grobes Verschulden angelastet werden, das die Beklagte von der Haftpflicht zu befreien vermöchte (Urk. 60 S. 10 Zu 3.2.1). Sie wirft der Beklagten vor, sich ausschliesslich mit jenen von der Vorinstanz erwähnten Fällen zu befassen, in denen kein haftungsausschliessendes Selbstverschulden angenommen worden sei. Dass kein haftungsausschliessendes Selbstverschulden vorliegen könne, ergebe sich vorliegend aber vor allem aus jenen von

der Vorinstanz erwähnten Fällen, in denen das Bundesgericht ein haftungsaus-schliessendes Selbstverschulden bejaht habe (BGE 57 II 585, 74 II 59, 57 II 363, 71 II 117, 50 II 406, 102 II 363; *BGer 5C.213/2004 vom 13. Januar 2006*). Anders als in den erwähnten Fällen habe der Velofahrer F._____ eben das Tram gese-hen und gebremst (Urk. 60 S. 10 Zu 3.2.2.1 a). Im Entscheid BGE 53 II 84 habe das Bundesgericht festgehalten, dass auch bei grobem Verschulden des Verun-fallten die durch den Trambetrieb geschaffene erhöhte Betriebsgefahr als recht-lich relevante Mitursache nicht vollständig ausgeschlossen werden könne, solan-ge das unsachgemässe Verhalten des betreffenden Verunfallten nicht direkt auf besonders grobe Unachtsamkeit bzw. Leichtsinn zurückzuführen sei. Infolge des Gewichtes der Tramwagen und ihrer Anhänger sowie des Umstandes, dass diese auf Geleisen fahren (was die Reibung stark vermindere), erfolge ein Zusammen-stoss mit solchen Zügen naturgemäss mit ungleich stärkerer Wucht als ein Zu-sammenstoss mit irgendeinem gewöhnlichen auf der Strasse verkehrenden Fahr-zeug, ganz abgesehen davon, dass ein Tramzug, weil er auf Schienen fahre, nicht in der Lage sei, durch Änderung der Fahrtrichtung einem Zusammenstoss auszuweichen oder doch wenigstens den Anprall zu vermindern. Infolge dieser durch den Trambetrieb verursachten erhöhten Gefahr rechtfertige es sich, die Tramunternehmung auch dann haften zu lassen, wenn zwar den Verunfallten ein Selbstverschulden treffe, es sich hierbei aber nur um ein augenblickliches Verse-hen, eine momentane Unaufmerksamkeit handle, d.h. um eine Erscheinung, mit der nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge beim Strassenverkehr in der Stadt gerechnet werden müsse. Bei Unfällen dieser Art sei der Erfolg als durch die Ge-fährlichkeit des Betriebes begünstigt anzusehen und diese als rechtlich relevante Mitursache zu werten (Urk. 60 S. 11 Zu 3.2.2.1 b). Referenzierend auf den Ent-scheid *BGer 4A_479/2009* betreffend eine Kollision zwischen einem Auto und ei-ner Fussgängerin hält die Klägerin fest, auch im vorliegenden Fall habe die Be-klagte - wie dort - ohne jeden Zweifel damit rechnen müssen, dass Fussgänger oder auch Radfahrer bewusst oder unbewusst in den Bereich der Tramgeleise ge-langten, ganz besonders an einem Samstagnachmittag im Juni, wie die Vo-rinstanz zutreffend ausgeführt habe, zumal von einem "übersichtlichen" Trottoir nicht die Rede sein könne (Urk. 60 S. 12 Zu 3.2.2.1 c). Die Hinweise auf die Urtei-

le aus dem letzten Jahr (*BGer 4A_140/2020* und *4A_105/2020*) vermöchten der Beklagten nicht weiter zu helfen. Weil einem Tram eine viel grössere Betriebsgefahr zukomme als einem Auto, brauche es eine viel intensivere Mitursache, um die Adäquanz zu unterbrechen, zumal wo zusätzlich eine erhöhte Betriebsgefahr vorliege. Die Fälle seien auch sonst nicht mit dem vorliegenden vergleichbar, was die von der Beklagten aufgelegten Fotos der Unfallörtlichkeiten belegten. Dort hätten die Autofahrer nicht mit die Strasse überquerenden Fussgängern rechnen müssen, ganz anders als im vorliegenden Fall einer Fussgängerzone, wo gar keine Fussgängerstreifen vorhanden seien (Urk. 60 S. 13 Zu 3.2.2.1 d). Die Vorinstanz habe das Verhalten des Verunfallten F._____ keineswegs verharmlost. Vielmehr decke sich ihre Einschätzung des Verhaltens und die Qualifizierung des Selbstverschuldens mit der Beurteilung in anderen Fällen. Ein Widerspruch sei nicht ersichtlich. Entgegen der Behauptung der Beklagten habe F._____ weder eine Kollision noch einen Sturz in Kauf genommen. Bei einer Geschwindigkeit eines Radfahrers von maximal 15 km/h könne sicher keine Rede von Raserei und übersetzter Geschwindigkeit sein (Urk. 60 S. 14 Zu 3.2.2.3 c - e). Die Vorinstanz sei zutreffend zum Schluss gekommen, dass sich die Beklagte nicht von ihrer Haftpflicht nach Art. 1 EHG befreien könne. Die erheblichen Verletzungen, die der Geschädigte erlitten habe, seien ganz erheblich auf die charakteristischen Risiken zurückzuführen, die mit dem Betrieb des Trams verbunden seien. Der Verkehrsregel verletzende Radfahrer, welcher abgebremst habe, sobald er das Tram erblickt habe, jedoch nicht mehr rechtzeitig und sicher habe abbremsen können, vermöge den adäquaten Kausalzusammenhang nicht zu unterbrechen (Urk. 60 S. 15 f. Zu 3.2.2.3 i).

6.3 Dem Tram ist generell der Vortritt zu gewähren (Art. 38 Abs. 1 SVG). Der Rechtsvortritt ist somit beim Kreuzen einer Strassenbahn/eines Trams aufgehoben. Ein Verschulden der Trampilotin I._____ und damit der Beklagten liegt unbestrittenermassen nicht vor. Sie fuhr innerhalb der für diesen Streckenabschnitt zulässigen Geschwindigkeitsbegrenzung und hat den Vortritt nicht erzwungen, sondern sofort eine Vollbremsung eingeleitet, als sie den Velofahrer von rechts ziemlich schnell auf sich zukommen sah (Urk. 4/7 S. 1). Eine mangelnde Aufmerksamkeit oder Sorgfalt der Trampilotin liegt nicht vor (Urk. 54 S. 13 Ziff. 2.3.2).

Der Versicherte F._____ war unbestrittenermassen ortskundig. Waren ihm die örtlichen Verhältnisse und insbesondere die Kreuzung E.____-strasse/D.____-strasse vertraut, so hatte er nach entgegenkommenden Tramzügen Ausschau zu halten und so zu fahren, dass er, wenn ein Tram auftauchte und ein sicheres Passieren der Kreuzungsstelle vor ihm nicht mehr möglich war, vor dem Tramgeleise anhalten konnte, um dem Tram den ihm zukommenden Vortritt zu lassen (vgl. BGE 88 II 448 E. 2.b). Dies muss umso mehr gelten, als F._____ sein Velo verbotenerweise auf dem linken Trottoir der E.____-strasse und in der Einbahnstrasse entgegengesetzter Richtung fuhr, womit auch in der Stadt nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge im Strassenverkehr nicht zu rechnen war. Unter diesen Umständen hätte der Velofahrer F._____ besonders Acht geben müssen. Diese Pflicht, die sich jedem verständigen Menschen in derselben Lage hätte aufdrängen müssen, hat er gröblich verletzt. Zwar kann bei der von ihm gefahrenen Geschwindigkeit von etwa 15-18 km/h (vgl. Urk. 4/69 S. 12) noch nicht von einem Raser bzw. übersetzter Geschwindigkeit gesprochen werden. Die zügige Fahrweise auf dem linken Trottoir in entgegengesetzter Fahrtrichtung der Einbahnstrasse war aber den gegebenen Verhältnissen mit einem grösseren Fussgängeraufkommen an einem Samstagnachmittag an der D.____-strasse ganz offensichtlich nicht angemessen. F._____ liess es in dieser Situation an der Aufmerksamkeit, die das Überqueren der ihm bekannten Kreuzung mit dem Tram verlangte, vollständig fehlen, so dass er beim Auftauchen des Trams, mit dem er jederzeit rechnen musste (notorischerweise verkehren während des Tages im Unfallbereich an der D.____-strasse vier Tramlinien im 6 - 8-Minuten-Takt), trotz brüskem Bremsen nicht rechtzeitig kontrolliert anhalten konnte. Sein Verhalten war äusserst unvorsichtig. Zu Recht hält die Beklagte dafür, schon diese Fahrweise sei grobfahrlässig. Sie wird auch nicht durch eine angebliche "Unübersichtlichkeit der D.____-strasse" relativiert. Die Sicht des Velofahrers F._____, auf die es allein ankommt, der auf dem linken Trottoir der E.____-strasse in Richtung D.____-strasse fuhr, war weder durch Bäume und Sitzbänke noch durch eine Telefonkabine, einen Abfalleimer oder Strassenschilder beeinträchtigt; die beiden mannshohen Tierstatuen verdeckten die Sicht nicht massgeblich (vgl. Urk. 4/6 Blatt 3 und 4). Gemäss dem unfallanalytischen Kurzgutachten

muss der Velofahrer F._____ aufgrund der Situation an der Unfallstelle das - wegen seiner Grösse und Farbe zudem gut erkennbare (vgl. Urk. 4/6 Blatt 3 und 4) - Tram ca. in einer Entfernung von 13,1 m vor der Kollisionsstelle erblickt haben (vgl. vorn E. IV./5.6 und Urk. 4/69 S. 12). Daran vermöchte auch ein grösseres Fussgängeraufkommen nichts zu ändern. Mit der Beklagten ist insofern von einer ausreichenden Übersichtlichkeit auszugehen.

Die Argumentation der Vorinstanz und der Klägerin, es könne dem Velofahrer F._____ nicht vorgeworfen werden, er sei blindlings, sich um nichts kümmernd, über die Geleise gefahren, ist nicht stichhaltig. Ganz offensichtlich war er trotz brüskem Bremsmanöver, als er das Tram sah, nicht in der Lage, sein Velo kontrolliert zum Stillstand zu bringen, und stürzte bei diesem Bremsmanöver kopfüber vor das Tram. Die zügige Fahrweise und die fehlende Aufmerksamkeit ist im Stadtverkehr, der von allen Teilnehmern - zumal bei verbotener Fahrweise auf dem Trottoir - höchste Konzentration fordert, keinesfalls mehr entschuldbar. Dass der Velofahrer F._____ die Tramgeleise angesichts des herannahenden Tramzuges nicht überqueren wollte, sondern ein Bremsmanöver einleitete, vermag ihn nicht zu entschuldigen. Grobes Verschulden bedeutet nicht zwangsläufig ein waghalsiges oder mutwilliges Verhalten oder gar die Inkaufnahme von Unfällen im Strassenverkehr (BGer 4A_234/2021 vom 9. September 2021, E. 2.4.4 m.H.).

6.4 Eine Entlastung der Beklagten ist trotz erhöhter Betriebsgefahr nicht ausgeschlossen, nämlich wenn den Geschädigten ein derart grobes Verschulden trifft, dass das Selbstverschulden die einzige adäquate Ursache des Schadens darstellt (Roger König, a.a.O., Rz 206; Oftinger/Stark, a.a.O., § 27 N 139). Fraglich erscheint schon, ob sich der Versicherte F._____ überhaupt auf eine erhöhte Betriebsgefahr an der Unfallstelle berufen kann. Die erhöhte Betriebsgefahr des Trams an dieser Stelle liegt - im Hinblick auf Fussgänger - in der fehlenden Abgrenzung zwischen Tramtrasse und Fussgängerzone begründet (vgl. oben E. IV./5.2.2 S. 17). Der ortskundige Velofahrer F._____ hat den niveaulosen Übergang vom Trottoir in den Fussgängerbereich längs des Tramtrassees und auf dieses bewusst genutzt, als er mit 15-18 km/h auf die Kreuzung zufuhr. Diese Situa-

tion ist vergleichbar mit derjenigen eines unbewachten Bahnübergangs, die nicht per se eine erhöhte Betriebsgefahr darstellt (Bundesgerichtsurteil vom 27. Juni 1983 E. 3b, in: JdT 1984 I 419) und wo der Autofahrer oder Fussgänger vor der Überquerung weiss, dass er sich besonders versichern muss, ob kein Zug oder eben Tram von links und rechts naht. Der erhöhten Betriebsgefahr für den Tram-betrieb an der D.____-strasse im Bereich der Unfallstelle kann bei der Abwägung der von der Bahnunternehmung einerseits und vom Versicherten F.____ andererseits zu vertretenden Unfallursachen jedenfalls kein erhebliches Gewicht beigelegt werden. F.____ hätte als Ortskundiger den ihm bekannten Gefahren durch erhöhte Vorsicht Rechnung tragen sollen und wäre ihnen, wenn er dies getan hätte, mit Sicherheit entgangen. Dem Versicherten F.____ ist vorzuwerfen, dass er verbotenerweise auf dem linken Trottoir in Gegenrichtung des fahrenden, die D.____-strasse überquerenden Verkehrs gefahren ist und die D.____-strasse überqueren wollte. Dies hat er gemäss unfallanalytischem Kurzgutachten vom 11. März 2013 mit einer Geschwindigkeit von ca. 15-18 km/h getan. Damit hat er ein deutlich höheres Tempo aufgewiesen, als die an dieser Stelle sich aufhaltenden Fussgänger. Zudem ist es ihm nicht möglich gewesen, seine Aufmerksamkeit ungeteilt auf die Querung der D.____-strasse zu richten, hat er doch auch aufpassen müssen, dass er nicht mit einem Fussgänger zusammenstösst. Der Versicherte war mit den örtlichen Gegebenheiten vertraut, er wusste, dass sich an dieser Stelle jederzeit ein Tramzug von links oder rechts nähern konnte. Dies hätte ihn dazu veranlassen sollen, so zu fahren, dass es ihm jederzeit möglich war, rechtzeitig anzuhalten und einem Tram den Vortritt zu lassen, erst recht, wenn er unerlaubterweise und in der Gegenrichtung des Strassenverkehrs auf dem Trottoir fuhr. Durch seine Fahrweise hat er ein rechtzeitiges Ausweichen verunmöglicht. Unterlässt ein Velofahrer an einer übersichtlichen Stelle diese Vorsicht, kann er sich nachher nicht auf die besondere Gefährlichkeit des Bahnbetriebs berufen, wenn ihm ein Unfall zustösst. Das Selbstverschulden des Velofahrers F.____ ist daher als so schwerwiegend zu gewichten, dass dieses als alleinige adäquate Ursache des Unfalles gewertet werden muss.

7. Bei diesem Ergebnis ist die Berufung gutzuheissen und die Klage mangels Haftung der Beklagten abzuweisen. Es erübrigt sich damit, auf die weite-

ren Vorbringen der Beklagten zur Haftungsreduktion nach Art. 5 EHG einzugehen.

V.

1. Trifft die Rechtsmittelinstanz eine neue Entscheidung, so entscheidet sie auch über die Prozesskosten des erstinstanzlichen Verfahrens (Art. 318 Abs. 3 ZPO).

2. Den für die Kosten- und Entschädigungsfolgen massgeblichen Streitwert hat die Vorinstanz mit Fr. 1'861'237.– ermittelt und die Entscheidgebühr auf Fr. 20'000.– (rund die Hälfte der vollen Gebühr in der Höhe von Fr. 39'362.–) und die Parteientschädigung auf Fr. 21'550.– (rund die Hälfte der ordentlichen Gebühr in Höhe von Fr. 43'093.–, inkl. MwSt.) festgesetzt. Dies blieb unangefochten und ist zu bestätigen.

3. Die Klägerin hat im Kostenpunkt Anschlussberufung erhoben. Sie verlangt die Aufhebung der Ziff. 3 und 4 des angefochtenen Entscheids und eine Neuverteilung der Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens entsprechend Art. 107 Abs. 1 lit. a ZPO, eventuell nach Art. 106 Abs. 2 ZPO. Die Beklagte habe der Klägerin im vorinstanzlichen Verfahren eine Parteientschädigung von mindestens Fr. 7'325.80 zu bezahlen und ihr den Kostenvorschuss mindestens im Umfang von Fr. 3'100.00 zurückzuerstatten (Urk. 60 S. 17 f.).

4. Mit der Abweisung der Klage im Berufungsverfahren unterliegt die Klägerin vollumfänglich. Die Prozesskosten beider Verfahren sind damit grundsätzlich der gemäss Entscheid der Berufungsinstanz unterliegenden Partei aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Art. 106 Abs. 2 ZPO ist nicht anwendbar. Weil es mit der Abweisung der Klage auch an einem Obsiegen im Grundsatz fehlt, kommt auch Art. 107 Abs. 1 lit. a ZPO nicht zum Tragen. Die Anschlussberufung ist abzuweisen.

5. Ausgangsgemäss sind die Gerichtskosten des erstinstanzlichen Verfahrens in Höhe von Fr. 20'000.– damit der Klägerin aufzuerlegen und mit dem

von ihr geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen. Im Mehrbetrag wird die Gerichtskasse Rechnung stellen. Die Klägerin ist zudem zu verpflichten, der Beklagten für das erstinstanzliche Verfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 21'550.– (inkl. MwSt.) zu bezahlen.

VI.

Ausgangsgemäss wird die Klägerin auch für das Berufungsverfahren kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Im Hinblick auf den Rechtsmittelstreitwert ist zu berücksichtigen, dass der Streitwert der mit der Anschlussberufung separat angefochtenen Kosten- und Entschädigungsfolgen dazukommt, denn Art. 91 Abs. 1 ZPO nimmt nur die Kosten des laufenden Verfahrens vom Streitwert aus (vgl. Diggelmann, DIKE-Komm-ZPO, Art. 91 N 16). Der Streitwert der Anschlussberufung ergibt sich aus den Anschlussberufungsanträgen der Klägerin (Urk. 60 S. 2) und beträgt maximal rund Fr. 25'240.–. Der gesamte Rechtsmittelstreitwert stellt sich damit auf Fr. 1'886'477.– ein. Die Entscheidunggebühr ist in Anwendung der § 2 Abs. 1, § 4 Abs. 1 und 2 und § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG und unter Berücksichtigung des Umstandes, dass sich das vorliegende Urteil nur auf die Haftungsfrage bezieht, auf Fr. 20'000.– festzusetzen und der Klägerin aufzuerlegen. Sie ist mit den von den Parteien geleisteten Kostenvorschüssen (Klägerin Fr. 3'900.–, Beklagte Fr. 39'000.–; vgl. Urk. 57 f. und Urk. 62 f.) zu verrechnen. Die Klägerin ist zu verpflichten, der Beklagten den Kostenvorschuss in Höhe von Fr. 16'100.– zurückzuerstatten. Sie ist zudem zu verpflichten, der Beklagten in Anwendung von § 2 Abs. 1 und 2, § 4 Abs. 1 und 2, § 11 Abs. 1 und § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV und unter Berücksichtigung des Umstandes, dass sich das vorliegende Urteil nur auf die Haftungsfrage bezieht, eine Parteientschädigung von Fr. 13'400.– zuzüglich 7,7 % MwSt., d.h. Fr. 14'430.– zu bezahlen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Berufung wird die Klage abgewiesen.

2. Die Anschlussberufung wird abgewiesen.
3. Die Entscheidgebühr für das erstinstanzliche Verfahren wird auf Fr. 20'000.– festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten für das erstinstanzliche Verfahren werden der Klägerin auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet. Im Mehrbetrag stellt die Gerichtskasse Rechnung.
5. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 20'000.– festgesetzt.
6. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Klägerin auferlegt und mit den geleisteten Kostenvorschüssen verrechnet. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten den geleisteten Vorschuss von Fr. 16'100.– zu ersetzen.
7. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten für beide Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 35'980.– zu bezahlen.
8. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

9. Eine **Beschwerde** gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert **30 Tagen** von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 1'886'477.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 21. Januar 2022

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

Dr. D. Scherrer

MLaw M. Wild

versandt am:
sd