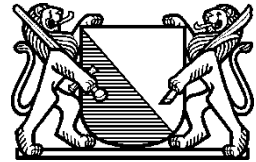


Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB220001-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. D. Scherrer, Vorsitzende, Oberrichterin
Dr. L. Hunziker Schnider und Oberrichter lic. iur. M. Spahn
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. R. Blesi Keller

Beschluss vom 16. Juni 2022

in Sachen

A._____,

Kläger und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

B._____ **AG,**

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur., LL.M. Y._____

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Winterthur im ordentlichen
Verfahren vom 6. Dezember 2021 (CG170014-K)**

Rechtsbegehren:

(Urk. 42 S. 2)

- "1. Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger den zwischen dem 24.9.2001 und 31.12.2016 aufgelaufenen Erwerbsschaden im Teilbetrag von Fr. 100'000.– zu ersetzen.
 2. Eventualiter sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger den zwischen dem 15.8.2006 und 31.12.2016 aufgelaufenen Erwerbsschaden im Teilbetrag von Fr. 100'000.– zu ersetzen.
- Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge, zuzüglich MWST, zulasten der Beklagten."

Urteil des Bezirksgerichtes Winterthur vom 6. Dezember 2021:

(Urk. 113 S. 9 f. = Urk. 121 S. 9 f.)

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 11'700.– festgesetzt. Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
3. Die Entscheidgebühr samt der weiteren Kosten werden dem Kläger auferlegt und aus den durch ihn geleisteten Kostenvorschüssen bezogen. Der Restbetrag wird vom Kläger nachgefordert.
Der von der Beklagten geleistete Kostenvorschuss wird dieser von der Gerichtskasse zurückerstattet.
4. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von Fr. 16'350.– zu bezahlen.
5. (Schriftliche Mitteilung)
6. (Rechtsmittelbelehrung: Berufung, Frist 30 Tage)
7. (Rechtsmittelbelehrung: Kostenbeschwerde, Frist 30 Tage)

Berufungsanträge:

des Klägers und Berufungsklägers (Urk. 120 S. 2):

- "1. Es sei der Entscheid des Bezirksgerichts Winterthur vom 6.12.2021 im Verfahren CG170014 aufzuheben.
2. Es sei die Berufungsbeklagte zu verpflichten, dem Berufungskläger den zwischen dem 24.9.2001 und 31.12.2016 aufgelaufenen Erwerbsschaden im Teilbetrag von Fr. 100'000.– zu ersetzen.
3. Eventualiter sei die Beklagte zu verpflichten, dem Berufungskläger den zwischen dem 15.8.2006 und 31.12.2016 aufgelaufenen Erwerbsschaden im Teilbetrag von Fr. 100'000.– zu ersetzen.
4. Subeventualiter sei die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MwSt.) zu Lasten der Berufungsbeklagten.

der Beklagten und Berufungsbeklagten (Urk. 125 S. 2):

- "1. Die Berufung sei abzuweisen und das erstinstanzliche Urteil in allen Teilen zu bestätigen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zulasten des Berufungsklägers."

Verfahrensanträge (Urk. 125 S. 2):

(Eventualiter, für den Fall, dass das erstinstanzliche Urteil aufgehoben und das Verfahren entweder an die Vorinstanz zurückgewiesen oder durch die Berufungsinstanz weitergeführt wird)

- "1. Der Berufungskläger sei zu verpflichten, sämtliche medizinischen Unterlagen betreffend die vom Berufungskläger neu vorgebrachte Aortenklappenstenose (act. 109) zu edieren und den medizinischen Sachverständigen zur Verfügung zu stellen.
Namentlich seien insbesondere folgende medizinischen Dokumente zu edieren:
 - sämtliche Eintritts-, Zwischen- und Austrittsberichte über die Spitalaufenthalte vom 6. Juni 2021 bis 9. Juni 2021, vom 13. Juni 2021 bis 14. Juni 2021 sowie vom 13. Juli 2021 bis zum 22. Juli 2021;
 - sämtliche Befunde, Diagnosen, Berichte (inklusive Operationsberichte) über die ambulante Behandlung vom 9. Juli 2021, die Untersuchung vom 13. Juli 2021 sowie den Aortenklappenersatz vom 14. Juli 2021;
 - sämtliche weiteren Zeugnisse, Befunde, Diagnosen und Berichte über medizinischen Untersuchungen, Behandlungen sowie (ambulant)

oder stationären) Spitalaufenthalt ab dem 6. Juni 2021 in Zusammenhang mit der Aortenklappenstenose.

2. Die gerichtlich bestellten Sachverständigen seien zu instruieren, bei der Erstellung des Gutachtens die Aortenklappenstenose und deren Auswirkungen auf die Gesundheit des Klägers als unfallfremd zu berücksichtigen, d.h. beim heute zu begutachtenden Gesundheitszustand des Klägers diejenigen Beschwerden, welche kausal auf die unfallfremde Aortenklappenstenose zurückgeführt werden müssen, von allfälligen Beschwerden zu unterscheiden, die kausal auf den Unfall vom 24. September 2001 zurückzuführen sind.
3. Die Experteninstruktion und der Fragekatalog seien entsprechend anzupassen, wobei den Parteien Gelegenheit zur Stellungnahme einzuräumen sei."

Erwägungen:

I.

1. Der Kläger erlitt am 24. September 2001 als Lenker eines Personewagens und am 15. August 2006 als Lenker eines Motorrades je einen Verkehrsunfall. Bei beiden Unfällen wurde er verletzt. Bei der Beklagten handelt es sich um die Motorfahrzeughaftpflichtversicherung der anderen am Unfall beteiligten Fahrzeuge des ersten Unfalls. Motorfahrzeughaftpflichtversicherung des am zweiten Unfall beteiligten Autolenkers war die C._____ AG. Der Kläger fordert mit seiner Teilklage im Hauptstandpunkt, dass die Beklagte ihm den infolge des ersten Verkehrsunfalls zwischen dem 24. September 2001 und dem 31. Dezember 2016 erlittenen Erwerbsschaden im Teilbetrag von Fr. 100'000.– zu ersetzen habe. Eventualiter sei die Beklagte zu verpflichten, ihm den erlittenen Erwerbsschaden zwischen dem 15. August 2006 (zweiter Unfall) und dem 31. Dezember 2016 im Teilbetrag von Fr. 100'000.– zu ersetzen.

2. Am 15. September 2017 reichte der Kläger bei der Vorinstanz Klage gegen die beiden Motorfahrzeugversicherungen ein (Urk. 1, Urk. 4). Hinsichtlich der C._____ AG (vormalige Beklagte 2) trat die Vorinstanz mangels örtlicher Zuständigkeit mit Beschluss vom 2. August 2018 auf die Klage nicht ein (Urk. 29). Eine dagegen erhobene Berufung wurde mit Urteil des Obergerichts des Kantons

Zürich vom 20. September 2019 abgewiesen (Urk. 34). Alsdann wurde das Verfahren gegen die Beklagte fortgesetzt (Urk. 37 S. 2). Hinsichtlich der weiteren Prozessgeschichte kann auf die Erwägungen der Vorinstanz im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Urk. 121 S. 2 f.). Nach eingeleitetem, aber nur teilweise durchgeführtem Beweisverfahren wies die Vorinstanz die Klage mit Urteil vom 6. Dezember 2021 ab (Urk. 121).

3. Dagegen hat der Kläger mit Eingabe vom 3. Januar 2022 innert Frist (Urk. 114) Berufung erhoben (Urk. 120). Den Kostenvorschuss von Fr. 8'750.– hat er rechtzeitig geleistet (Urk. 122 und 123). Die Berufungsantwort datiert vom 28. Februar 2022 (Urk. 125). Der Kläger hat dazu mit Eingabe vom 10. März 2022 Stellung genommen (Urk. 127). Sie wurde der Beklagten am 16. März 2022 zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 128). Weitere Eingaben sind nicht erfolgt.

Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 1-119).

II.

1. Die Rechtsmittelvoraussetzungen sind erfüllt. Die Berufung richtet sich gegen einen erstinstanzlichen Entscheid 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 Ausnahmetatbestand gemäss

Art. 309 ZPO fällt. Sie wurde form- und fristgerecht erhoben (Art. 311 Abs. 1 und Art. 142 f. ZPO; Urk. 114 und 120), und der vor Vorinstanz unterlegene Kläger ist zu deren Erhebung legitimiert. Unter dem Vorbehalt rechtsgenügender Begründung (dazu nachstehend, E. II./2.) ist auf die Berufung einzutreten. Der Berufungsentscheid kann aufgrund der Akten ergehen.

2. Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). In der schriftlichen Berufungsbegründung ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem der genannten Mängel leidet (vgl. BGE 142 I 93 E. 8.2,

S. 94; BGE 138 III 374 E. 4.3.1, S. 375; BGer 5A_751/2014 vom 28. Mai 2015, E. 2.1). Der Berufungskläger hat mittels klarer Verweisungen auf die Ausführungen vor der Vorinstanz zu zeigen, wo er die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben hat. Er hat die von ihm kritisierten Erwägungen des angefochtenen Entscheids wie auch die Aktenstücke, auf die er seine Kritik stützt, genau zu bezeichnen (vgl. BGer 5A_127/2018 vom 28. Februar 2019, E. 3; *OGer ZH LB160044 vom 23.12.2016, E. I.4.; je mit Hinweisen*). Die Berufungsschrift darf weder eine pauschale Verweisung auf die bei der Vorinstanz eingereichten Rechtsschriften noch eine neuerliche Darstellung der Sach- oder Rechtslage enthalten, welche nicht darauf eingeht, was vor der Vorinstanz vorgebracht worden ist. Pauschale Verweisungen auf die vor der Vorinstanz eingebrachten Rechtsschriften sind namentlich dann unzulässig, wenn sich die Vorinstanz mit den Ausführungen des Berufungsklägers auseinandergesetzt hat. Die Berufungsinstanz hat sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der Beanstandungen zu beschränken, die in der Berufungsschrift in rechtsgenügender Weise erhoben und begründet werden (vgl. BGE 144 III 394 E. 4.1.4, S. 398, BGE 142 III 413 E. 2.2.4, S. 417). Im Berufungsverfahren neu vorgebrachte Tatsachen und Beweismittel können sodann grundsätzlich nur noch berücksichtigt werden, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). In diesem Rahmen ist insoweit auf die Parteivorbringen einzugehen, als dies für die Entscheidungsfindung erforderlich ist (vgl. BGE 134 I 83 E. 4.1, S. 88).

III.

1. Mit Beweisbeschluss vom 21. April 2021 beauftragte die Vorinstanz die D._____ Klinik Zürich hinsichtlich der behaupteten Erwerbsunfähigkeit des Klägers mit der Erstellung eines polydisziplinären Gutachtens (Urk. 75 S. 9 Disp.-Ziff. III.). Die Experteninstruktion erfolgte am 3./6. September 2021 (Urk. 104 und 105), worauf die Gutachterstelle am 6. September 2021 (ohne Absprache) einen Begutachtungstermin für den 15. September 2021 ansetzte (Urk. 106). Am 8.

September 2021 orientierte die Gutachterstelle (Dr. med. E._____) das Gericht darüber, dass der Kläger sich am 14. Juli 2021 einer Aorta-Operation unterzogen habe und eine Begutachtung zum jetzigen Zeitpunkt nicht als sinnvoll erachtet werde und bis zur Rekonvaleszenz zugewartet werden sollte (Prot. I S. 36). Der Kläger wurde mit Verfügung vom 9. September 2021 aufgefordert, mit einem Arztzeugnis und weiteren Unterlagen zu belegen, worum es sich bei dieser Aorta-Operation handle, insbesondere deren Grund, deren zeitliche Dringlichkeit und Planung und die daraus resultierende Dauer der Rehabilitation und deren Auswirkung auf die gerichtliche Beurteilung zu nennen (Urk. 107), welcher Aufforderung er nachkam. Er führte aus (Urk. 109 S. 1 f.), dass es sich bei dieser Diagnose um einen der häufigsten behandlungsbedürftigen Herzklappenfehler handle, der oft unerkannt bleibe. Aufgrund plötzlichen Unwohlseins habe er sich selbst in spitalärztliche Behandlung begeben, wobei in der Folge eine rasche Operation angezeigt gewesen sei. Es habe jederzeit das Risiko eines Herzinfarkts bestanden. Da der Gutachtensauftrag erst am 6. September 2021 versandt worden sei, hätte es ohnehin für die Verschiebung der Operation keinen Anlass gegeben.

In der Folge wies die Vorinstanz die Klage ohne weitere verfahrensrechtliche Handlungen ab. Sie erwog, der Kläger habe sich am 6. Juni 2021 wegen einer Aortenklappenstenose selbst ins Spital eingeliefert und sei am 14. Juli 2021 am Herzen operiert worden. Den Begutachtungstermin vom 15. September habe er nicht wahrgenommen. Das Gericht sei von der Operation nicht in Kenntnis gesetzt worden, sondern habe erst durch Dr. E._____ davon erfahren (Urk. 121 S. 3). Sie erwog weiter, Art. 229 ZPO regle die Berücksichtigung von neuen Tatsachen und Beweismitteln ("Noven") im Prozess und sei Ausfluss der Eventualmaxime. Die Bestimmung besage, dass sämtliche Parteivorbringen innerhalb eines bestimmten Verfahrensabschnittes erfolgen müssten und im späteren Verlauf nicht mehr vorgebracht werden könnten. Die Eventualmaxime enthalte zwei Aspekte: Einerseits müssten Tatsachen konzentriert vorgebracht werden und andererseits könnten sie – im Interesse der materiellen Wahrheit – unter gewissen Umständen noch nachgeschoben werden. Es widerspreche dem ersten Aspekt der Eventualmaxime, wenn nachträglich von einer Partei geschaffene Noven, die – abhängig vom

Entscheid dieser Partei – bereits vor Aktenschluss hätten existieren können (sog. Potestativ-Novén) als echte Novén qualifiziert würden (BGE 146 III 416 E. 5.3). Bei nach der Hauptverhandlung entstandener oder entdeckter Novén habe unverzüglich, in der Regel innert 10 Tagen, eine separate Novéneingabe zu erfolgen (Urk. 121 S. 4). Selbst wenn der Kläger erstmals am 6. Juni 2021 von seiner akuten Herzkrankheit erfahren habe, was nicht feststehe, habe er diese dem Gericht nie angezeigt. Dazu wäre er nicht nur aufgrund des bestehenden Prozessrechtsverhältnisses gehalten gewesen, zumal gerade sein Gesundheitszustand im Streit stehe. Auch medizinisch hätten gemäss den vorliegenden Akten keine nachvollziehbaren Gründe für eine Verzögerung über die erwähnte zehntägige Frist bestanden. Offenbar sei der Eingriff zwar verhältnismässig bald erfolgt, sei aber geplant gewesen und habe namentlich keine Notfalloperation dargestellt. Der Kläger sei nach der Diagnose am 6. Juni 2021 nämlich erst rund einen Monat später, genauer am 13. Juli 2021, stationär ins Inselspital Bern eingetreten. Demnach hätte er zwischenzeitlich ohne Weiteres seine Herzerkrankung mittels separater Eingabe in den Prozess einbringen können und auch müssen (Urk. 121 S. 5). Es erscheine sodann widersprüchlich, wenn der Kläger ausführe, er habe nicht mit einem schnellen Begutachtungstermin rechnen müssen. Denn er halte gleichzeitig fest, dass die *gesamte* Begutachtung – also unabhängig eines konkreten, vermeintlich "schnellen" Termins – bis auf Weiteres nicht durchgeführt werden könne. Ausserdem sei den Parteien seit dem Entwurf der Experteninstruktion bekannt gewesen, dass die Begutachtung unmittelbar bevorstehe. Der Kläger habe nur dem Begutachtungsteam mitgeteilt, er könne den zuvor vereinbarten Termin nicht mehr wahrnehmen, womit er Art. 229 ZPO verletzt habe, weshalb der diesbezügliche Sachverhalt mangels unverzüglichen Vorbringens nicht mehr berücksichtigt werden dürfe (Urk. 121 S. 5 f.). Zusammenfassend erwiesen sich die Vorbringen des Klägers hinsichtlich seiner Aortenklappenstenose und der daraus resultierenden Operation als verspätet, da sie – entgegen Art. 229 ZPO – nicht ohne Verzug vorgebracht worden seien (i.S. echter, ggf. unechter, Novén) und ausserdem, was nicht abschliessend geklärt werden könne, bereits vorgängig bestanden hätten und trotz zumutbarer Sorgfalt dannzumal nicht vorgebracht worden seien (i.S. unechter Novén; Urk. 121 S. 6).

Die verspätete Einbringung des Sachverhalts rund um die Aortenklappenstenose und Operation des Klägers führe dazu, dass dieser Sachverhalt in Anwendung der Eventualmaxime zwingend unberücksichtigt bleiben müsse. Damit verbunden müsse gleichzeitig die Feststellung sein, dass der Kläger *unentschuldigt* und *ohne zulässigen Grund* nicht zum vereinbarten Begutachtungstermin am 15. September 2021 erschienen sei. Der Kläger sei damit säumig und habe die Mitwirkung verweigert. Etwas anderes anzunehmen, würde dem in Art. 229 ZPO geregelten Novenrecht widersprechen. Ansonsten könnte durch die Hintertür des Beweisverfahrens ein neuer Sachverhalt in den Prozess eingeführt werden, wozu dieses aber gemäss Bundesgericht gerade nicht diene (BGE 144 III 67 S. 69). Der Kläger führe im Übrigen selbst aus, dass er auch in naher Zukunft keine anderen Begutachtungstermine werde wahrnehmen können. Auch das gehe nicht an. Er habe im Sinne einer beförderlichen Prozessführung keinen Anspruch darauf, dass das Gericht mit seinem Entscheid bis zu einem unbestimmten Datum zuwarte, zumal er diesbezüglich nicht einmal einen konkreten Sachverhalt behaupte. Ein Sistierungsantrag sei explizit nicht gestellt worden. Daher könne seine Mitwirkungsverweigerung bei der Begutachtung androhungsgemäss nur zu seinem Nachteil im Sinne von Art. 164 ZPO gewürdigt werden (Urk. 121 S. 6 f.). Beim fraglichen polydisziplinären Gutachten handele es sich um das Hauptbeweismittel des Klägers, das er zur kausalen Begründung seiner Arbeitsunfähigkeit aus zwei Unfallereignissen anrufe. Nur dieses Gutachten ermögliche es dem Gericht, die medizinischen Zusammenhänge, Vorakten und eingereichten Urkunden zu interpretieren, da es nicht über das notwendige Fachwissen verfüge. Das Gutachten stelle insofern Dreh- und Angelpunkt des Beweisverfahrens dar. Ohne dessen Unterstützung könne den eingereichten Urkunden der Parteien schlicht nichts Beweisrelevantes entnommen werden, da eine fachliche Einschätzung durch Experten fehle. Das gelte auch für die beiden bestehenden MEDAS-Gutachten, zumal die Parteien deren Beweiswert unterschiedlich und sehr kontrovers beurteilten. Sie vermöchten gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung auch nicht die gerichtliche Begutachtung zu ersetzen. Nach dem Gesagten misslinge dem Kläger gestützt auf die vorliegenden Akten – und ohne polydisziplinäres Gutachten – der Beweis, dass seine Beschwerden und die daraus resultierende,

geltend gemachte Arbeitsunfähigkeit samt Erwerbsschaden kausal auf die Unfälle von 2001 und 2006 zurückzuführen seien. Die Klage sei damit abzuweisen (Urk. 121 S. 7 f.).

2. Der Kläger macht geltend, die Vorinstanz habe sich zu Unrecht auf die Eventualmaxime berufen und deshalb Art. 229 ZPO unrichtig angewendet. Ebenso habe die Vorinstanz Art. 164 ZPO verletzt sowie die Beweise unrichtig gewürdigt (Urk. 120 Rz 10).

2.1 Dem Kläger ist beizupflichten, dass die vorliegende Problematik nicht das Novenrecht gemäss Art. 229 ZPO betrifft (Urk. 120 Rz 15). Der Begriff der Noven umfasst erstmalige Sachvorbringen (neue Tatsachen oder Beweismittel), die nach Eintritt der Novenrechtsschranke vorgebracht werden und dazu dienen, die gestellten Sachanträge in Form von Rechtsbehauptungen zu begründen und notfalls zu beweisen. Keine Noven sind hingegen rechtliche Ausführungen oder prozessuale Vorbringen (BK ZPO-Killias, Art. 229 N 7; BSK ZPO-Willisegger, Art. 229 N 14 und 17; Pahud, Dike-Komm-ZPO, Art. 229 N 3). Bei Tatsachen im Sinne von Art. 229 ZPO handelt es sich somit ausschliesslich um Sachvorbringen zum Streitverhältnis. Mit anderen Worten betrifft die prozessuale Einschränkung des Parteihandelns, wonach Tatsachen nach dem Aktenschluss grundsätzlich nicht mehr vorgebracht werden können und nur noch unter besonderen Voraussetzungen zu berücksichtigen sind, nur Tatsachenvorbringen, die den eingeklagten materiellen Anspruch betreffen (Sébastien Moret, Aktenschluss und Novenrecht nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürcher Studien zum Verfahrensrecht, Bd. 177, Zürich 2014, Rz 461). In der Literatur werden Noven denn auch oftmals mit dem Begriffspaar "neue Angriffs- und Verteidigungsmittel" in Verbindung gebracht (vgl. BK ZPO-Killias, Art. 229 N 7; BSK ZPO-Willisegger, Art. 229 N 12 und 19; ZK ZPO-Leuenberger, Art. 229 N 1; Seiler Benedikt, Die Berufung nach ZPO, 2013, Rz 1235; Klingler Rafael, Die Eventualmaxime in der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss. Basel 2010, Rz 160 ff.; Sébastien Moret, a.a.O., Rz 421 ff.)

Der Kläger hat keine Sachvorbringen zum Streitverhältnis und damit keine Noven ins vorliegende Verfahren eingeführt. Vielmehr unterzog er sich am 14. Juli

2021 aufgrund einer (unfallfremden) Krankheit einer unumgänglichen, medizinisch indizierten Operation am Herzen (vgl. Urk. 111 Blatt 5). Dies führte aufgrund einer längerdauernden Heilphase dazu, dass der aufgrund der Experteninstruktion vom 3./6. September 2021 ohne Rücksprache mit dem Kläger anberaumte Begutachtungstermin vom 15. September 2021 nicht durchgeführt werden konnte, da der Gutachter Dr. E._____ (unbestrittenermassen) aktuell von einer Begutachtung abriet, weil eine Begutachtung während der Heilphase das Resultat verfälschen könnte (Urk. 109 S. 1, Prot. I S. 36). Die Geschehnisse rund um den Eingriff am Herzen betreffen nicht Tatsachenbehauptungen und Beweismittel, die der Kläger nachträglich eingebracht hat, um den von ihm verfolgten Rechtsstandpunkt zu stützen. Das unbestrittenermassen unfallfremde Herzleiden ist kein Behauptungs- und Beweisthema des Klägers. Er war nicht gehalten, von sich aus auf unfallfremde Faktoren hinzuweisen. Vielmehr wäre es Sache der Beklagten, solche Faktoren als schadenausschliessende oder -reduzierende Umstände ins Verfahren einzubringen. Der Kläger hat im Verfahren selber keine neuen Tatsachen behauptet. Die notwendig gewordene Operation am Herzen führte vielmehr einzig dazu, dass die Begutachtung am (nach der Operation) von der Gutachterstelle festgesetzten Termin nicht durchgeführt werden konnte (und ggf. auf später verschoben werden muss). Der Kläger war daher nicht gestützt auf das Novenrecht gehalten, das Gericht unverzüglich über Änderungen an seinem Gesundheitszustand zu informieren. Entsprechend ist der diesbezügliche Sachverhalt, entgegen der Ansicht der Vorinstanz, zu berücksichtigen.

Es mag allenfalls zutreffen, wie die Beklagte geltend macht (Urk. 125 Rz 24 ff., insb. Rz 27), dass die Aortenklappenstenose und deren Operation sich auf den gegenwärtigen Gesundheitszustand des Klägers auswirkt und bei der Begutachtung des im Streit liegenden Gesundheitszustands des Klägers in den Jahren 2001-2016 als unfallfremder Faktor bei der Beurteilung der Kausalität ausgeschlossen werden muss. Allfällige zurückbleibende Gesundheitsbeeinträchtigungen werden in die Beurteilung der klägerischen Beschwerdeschilderungen für die vorliegend relevanten Jahre 2001-2016 miteinfließen müssen. Soweit die Beklagte diesbezügliche prozessuale Anträge gestellt hat, wird darauf zurückzukommen sein (hinten E. IV.).

2.2 Dem Kläger ist auch beizupflichten, dass sich selbst dann nichts an der Beurteilung ändern würde, wenn das Novenrecht auf die vorliegende Problematik anwendbar wäre (Urk. 120 Rz 20 ff.). Er hat nach eigenen Angaben am 6. Juni 2021 von seiner Herzkrankheit erfahren und trat am 13. Juli 2021 stationär (zur Operation) ins Spital ein. Gemäss den ärztlichen Zeugnissen war er vom 6. - 9. Juni 2021, 13. - 14. Juni 2021 und vom 13. - 22. Juli 2021 hospitalisiert (Urk. 110 und 111) und wurde am 14. Juli 2021 am Herzen operiert. Zwar wurde die D._____ Klinik Zürich bereits mit Beweisbeschluss vom 21. April 2021 mit dem Gutachten beauftragt (Urk. 75 Disp.-Ziff. III). Die Experteninstruktion erfolgte aber erst am 3./6. September 2021 (Urk. 104). Im Zeitpunkt der Hospitalisationen und der Operation war für den Kläger indes unbestrittenermassen nicht voraussehbar, wann die definitive Experteninstruktion erfolgen würde und wann die Gutachterstelle alsdann dem Kläger einen Termin zur Begutachtung würde vorschlagen können. Ebenso wenig war für den Kläger unbestrittenermassen voraussehbar, wie lange die Heilungsphase dauern und ob diese überhaupt einen Einfluss auf die Durchführung der Begutachtung haben würde. Es bestand daher keine Veranlassung, das Gericht vorgängig über den - nicht mit dem im Beweisverfahren abzuklärenden Sachverhalt in Zusammenhang stehenden - medizinischen Eingriff in Kenntnis zu setzen. Mit Schreiben vom 6. September 2021 wurde dem Kläger als Termin für die Begutachtung der 15. September 2021 bekannt gegeben (Urk. 106). Darin wurde er ersucht, sich im Falle einer Verhinderung bei der Gutachterstelle zu melden. Nach Erhalt des Aufgebots informierte der Kläger den Gutachter unverzüglich über seinen gesundheitlichen Zustand. Der Gutachter Dr. E._____ leitete die Information am 8. September 2021 unverzüglich an das Gericht weiter (Prot. I S. 36). Dass sich der Kläger an die Gutachterstelle und nicht an das Gericht wandte, kann ihm nicht zum Vorwurf gemacht werden, wurde er im Aufgebot doch dazu aufgefordert, sich ggf. bei der Gutachterstelle zu melden. Selbst wenn das Telefongespräch des Gerichts vom 1. September 2021 mit dem Rechtsvertreter des Klägers für die Rechtzeitigkeit der Mitteilung der Operation von Bedeutung wäre, was offen bleiben kann, wurde das Gericht durch den Gutachter am 8. September 2021 - und damit rechtzeitig - orientiert und erging am 9. September 2021 die Verfügung, welche den Kläger zur Stellungnahme aufforderte. Gestützt auf

diese Umstände könnte nicht von einem verspäteten und damit unzulässigen Novum ausgegangen werden.

Die Beklagte hält dafür, die eventualiter vorgebrachten Rügen des Klägers zur Rechtzeitigkeit des Novums könnten schon deshalb nicht gehört werden, weil nicht dargetan werde, was an den Erwägungen III./4.1-4.3 der Vorinstanz rechtsverletzend bzw. willkürlich sein solle (Urk. 125 Rz 31 ff.). Vielmehr wiederhole der Kläger, was er bereits in seiner Eingabe vom 15. September 2021 erklärt habe. Ihr kann nicht gefolgt werden. Der Kläger macht mit seinen Darlegungen geltend, dass aus den gesamten aufgeführten Umständen andere (und welche) Schlüsse gezogen werden müssen, als die Vorinstanz dies tut, und macht damit eine Verletzung von Art. 229 ZPO geltend (Urk. 120 Rz 20 ff, insb. Rz 25). Er beanstandet damit die Würdigung der Umstände durch die Vorinstanz und stellt dieser eine eigene Würdigung entgegen. Es ist von einer rechtsgenügenden Berufungsbegründung auszugehen.

2.3 Dem Kläger ist schliesslich auch beizupflichten, dass er nicht unberechtigtweise die Mitwirkung bei der Beweiserhebung verweigert hat (Urk. 120 Rz 26 ff.). Die unberechtigte Verweigerung der Mitwirkung muss - entgegen dem Dafürhalten der Beklagten (Urk. 125 Rz 39 ff.) - stets als gewollt erscheinen (BK ZPO-Rüetschi, Art. 164 N 1; Higi, Dike-Komm-ZPO, Art. 164 N 3). Bei einer bloss (un-)verschuldeten Säumnis der Partei liegt daher nicht zwingend zugleich eine Verweigerung vor (Higi, Dike-Komm-ZPO, Art. 164 N 3 m.w.H.; Staehelin/Staehelin/Grolimund, Zivilprozessrecht, 3. Aufl., § 18 N 64). Mit dem Begriff Säumnis wird jedes (un-)verschuldete Fernbleiben einer Partei von Beweiserhebungen und jedes (un-)verschuldete Nichtbefolgen von gerichtlichen Anordnungen zur Beweiserhebung durch Parteien bezeichnet, das nicht zugleich (auch noch) eine bewusste bzw. gewollte Nichtmitwirkung darstellt. In die Kategorie der Säumnis fallen etwa die Verhinderung wegen Krankheit oder Unfall. Art. 164 ZPO kann bei der unverschuldeten Säumnis einer Partei bei der Beweiserhebung keine sinnvolle Anwendung finden. Eine Regelung dieser Säumnisfolgen fehlt in der ZPO. Die primär wesentliche Folge versäumter Beweiserhebung, nämlich deren Nachholung, wird bloss stillschweigend vorausgesetzt. Das Gebot der Verhält-

nismässigkeit kann vom Gericht verlangen, dass die Beweisabnahme nicht oder in angepasster Form erfolgen soll, so etwa bei Krankheit der mitwirkungsverpflichteten Person (Higi, Dike-Komm-ZPO, Art. 161 N 14 f.; BSK ZPO-Schmid, Art. 160 N 13 m.H.).

Der Kläger hat den Begutachtungstermin nicht absichtlich (gewollt) nicht wahrgenommen. Er wollte den Termin nach eigenen unbestrittenen Angaben wahrnehmen, orientierte die Gutachterstelle nach Erhalt des Aufgebots indes über seinen Gesundheitszustand nach der Herzoperation (Prot. I. S. 36, Urk. 109), worauf der Gutachter ihm mitgeteilt habe, dass die Begutachtung aktuell nicht durchgeführt werden sollte (Urk. 120 Rz 26). Der Gutachter Dr. E._____ teilte dem Gericht denn auch telefonisch mit, er erachtete eine Begutachtung im jetzigen Zeitpunkt nicht für sinnvoll. Die Erholung des Klägers werde ca. neun bis zwölf Monate in Anspruch nehmen (Prot. I S. 36). Die dem Kläger in der Folge mit Verfügung vom 9. September 2021 angesetzte Frist zur Stellungnahme betrug 10 Tage und dauerte über den auf den 15. September 2021 angesetzten Begutachtungstermin hinaus bis zum 20. September 2021 (Urk. 107 und 108). Der Kläger erstattete seine Stellungnahme innert 5 Tagen mit Eingabe vom 15. September 2021, die beim Gericht am 16. September 2021 einging (Urk. 109). Darin wies er auch darauf hin, dass er nicht genau wisse, wann er sich vollständig vom Eingriff erholen werden werde, und die Erholungsphase könne mehrere Monate dauern. Dass der Kläger unter den gegebenen Umständen den Begutachtungstermin vom 15. September 2021 nicht wahrnahm und der Gutachter die nach seinem Dafürhalten nicht sinnvolle Begutachtung nicht durchführte, kann dem Kläger nicht als unberechtigte Verweigerung der Beweiserhebung angelastet werden. Er durfte davon ausgehen, dass am 15. September 2021 keine Begutachtung stattfinden würde. Zu Recht hält der Kläger auch fest, dass er nicht verpflichtet war, einen Sistierungsantrag zu stellen (Urk. 120 Rz 30); das Gericht hätte falls erforderlich von Amtes wegen eine Sistierung anordnen können. Unverschuldete Säumnis zufolge Krankheit bei der Beweiserhebung führt auch dann nicht zum Verlust des Beweisführungsanspruchs, wenn im Voraus nicht genau feststeht, wie lange die Rehabilitationsphase dauern wird. Nicht gefolgt werden kann der Beklagten, dass aufgrund der Tatsache, dass die

gesundheitlichen Auswirkungen der Aortenklappenstenose unfallfremd sind, eine Beurteilung der Unfallkausalität betreffend die mannigfaltigen Beschwerdeschilderungen des Klägers im Rahmen eines medizinischen Gutachtens nicht mehr ziel führend möglich sei (Urk. 125 Rz 41). Allenfalls wird die Beweiserhebung (Gutachten) in angepasster Form zu erfolgen haben; entsprechende Verfahrensanträge hat die Beklagte denn auch bereits gestellt.

2.4 Der Kläger macht sodann geltend, dass zwar gemäss Art. 164 ZPO das Gericht bei der Beweiswürdigung berücksichtige, wenn eine Partei die Mitwirkung unberechtigt verweigere, der Nachteil für die verweigernde Person aber nicht weitergehen dürfe als notwendig, und die unverzügliche vollumfängliche Abweisung der Klage vorliegend nicht als verhältnismässig qualifiziert werden könne. So sei etwa zu beachten, dass das Gutachten mehrere Disziplinen umfasst hätte und es sich beim besagten Gutachtertermin um die (kurze) neurologische Abklärung durch Dr. med. E._____ gehandelt hätte, zusätzlich aber Abklärungen in den zentralen Disziplinen Neuropsychologie und Psychiatrie bevoorgestanden hätten und zuzugestehen gewesen wären. Kumulativ oder alternativ hätte das Gericht auch lediglich ein Aktengutachten in Auftrag geben können (Urk. 120 Rz 34 ff.). Wie es sich damit verhält, kann offenbleiben. Liegt entgegen der Auffassung der Vorinstanz keine Novenproblematik vor und hat der Kläger auch nicht unberechtigtweise die Mitwirkung bei der Beweiserhebung verweigert, braucht nicht weiter auf die Beweiswürdigung durch die Vorinstanz eingegangen zu werden. Vielmehr ist der angefochtene Entscheid aufzuheben und das Beweisverfahren fortzuführen.

3. Zusammenfassend ist die Berufung gutzuheissen und der angefochtene Entscheid aufzuheben. Es ist grundsätzlich nicht Aufgabe der Berufungsinstanz, den Sachverhalt anstelle der ersten Instanz zu erstellen (ZK ZPO-Reetz/Hilber, Art. 318 N 35). Ob ein reformatorisches oder ein kassatorisches Urteil zu fällen ist, entscheidet die Berufungsinstanz nach ihrem Ermessen (BGE 144 III 394 E. 3.2.2). Da kein Gutachten erstattet wurde und zu den weiteren Punkten (Beschwerden, Kausalität, Erwerbsschaden) keine Erwägungen vorliegen sowie un-

ter dem Gesichtspunkt des drohenden Instanzenverlusts erscheint es angebracht, die Sache zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

IV.

Die Beklagte stellt eventualiter, für den Fall, dass das erstinstanzliche Urteil aufgehoben und das Verfahren entweder an die Vorinstanz zurückgewiesen oder durch die Berufungsinstanz weitergeführt wird, Verfahrensanhträge (Urk. 125 S. 2 und Rz 43 f.). Der Kläger beantragt deren Abweisung (Urk. 127 Rz 1-5). Über diese Anträge wird die Vorinstanz im fortzuführenden Beweisverfahren zu entscheiden haben.

V.

1. Im Falle eines Rückweisungsentscheids kann sich die Rechtsmittelinstanz damit begnügen, lediglich die Gerichtskosten festzusetzen und deren Verteilung sowie den Entscheid über die Parteientschädigung der Vorinstanz zu überlassen, d.h. vom definitiven Ausgang des Verfahrens abhängig zu machen (Art. 104 Abs. 4 ZPO; KUKO ZPO-Schmid, Art. 104 N 7; BSK ZPO-Rüegg/Rüegg, Art. 104 N 7; BK ZPO-Sterchi, Art. 104 N 2). In Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 i.V.m.

§ 4 Abs. 1 und 2 GebV OG ist eine pauschale Entscheidgebühr von Fr. 6'000.– festzusetzen. Es ist vorzumerken, dass der Kläger einen Kostenvorschuss von Fr. 8'750.– geleistet hat.

2. Der Entscheid über die Kostentragung und eine allfällige Parteientschädigung ist dem neuen Entscheid der Vorinstanz zu überlassen.

Es wird beschlossen:

1. Das Urteil des Bezirksgerichtes Winterthur im ordentlichen Verfahren vom 6. Dezember 2021 wird aufgehoben und die Sache zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 6'000.– festgesetzt.
3. Die Regelung der Prozesskosten des vorliegenden Berufungsverfahrens wird dem neuen Entscheid des Bezirksgerichtes vorbehalten.
4. Es wird vorgemerkt, dass der Kläger einen Kostenvorschuss von Fr. 8'750.– geleistet hat.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Die erst- und zweitinstanzlichen Akten werden der Vorinstanz nach unbe-
nutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist zugestellt.

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

Dies ist ein Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 100'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 16. Juni 2022

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. R. Blesi Keller

versandt am:
jo