

# Handelsgericht des Kantons Zürich



---

Geschäfts-Nr. HG080106/U

Mitwirkend: Der Obergerichter Peter Helm, Präsident, und die Obergerichterin Dr. Franziska Grob, die Handelsrichter Dr. Thomas Lörtscher, Dr. Stephan Weber und Dr. Albert Ganz sowie der Gerichtsschreiber Roger Büchi

## Urteil vom 22. Oktober 2012

in Sachen

**A.**\_\_\_\_\_,  
Kläger

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

gegen

**B.**\_\_\_\_\_ **Gesellschaft,**  
Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic.iur. Y. \_\_\_\_\_

betreffend **Forderung**

**Rechtsbegehren:**

(act. 1 S. 2)

"Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger CHF 120'000.-- zuzüglich 5 % Zins seit 28.12.2005 sowie die Kosten des Friedensrichteramtes in der Höhe von CHF 750.-- zu bezahlen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten."

**Erwägungen:**

**I.**

**Prozessverlauf**

1. Mit Eingabe vom 28. April 2008 (Datum Poststempel) gelangte der Kläger unter Beilage der Weisung des Friedensrichteramtes C.\_\_\_\_\_ vom 29. Januar 2008 an das Bezirksgericht Zürich (act. 1 und 3). Nach Rücksprache mit dem klägerischen Rechtsvertreter übermittelte dieses die Klage an das Handelsgericht des Kantons Zürich (act. 1A). Der Kläger wurde kationiert (Prot. S. 2 und 5). Die Klageantwortschrift datiert vom 10. November 2008 (act. 18). Mit Beschluss vom 3. März 2009 wurden die klägerischen Gesuche um Verzicht auf Kautionsaufgabe resp. um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung abgewiesen (act. 28 und Prot. S. 13; act. 13). Hierauf leistete der Kläger die Kautionsaufgabe fristgerecht (act. 30). Da die Beklagte dem Gericht bereits in ihrer Eingabe vom 10. November 2008 mitgeteilt hatte, sie sei in Anbetracht der gegenüber der eingeklagten Forderung bestehenden Einwände nicht bereit, einen Vergleich abzuschliessen (act. 17), wurde das Verfahren schriftlich fortgesetzt (Prot. S. 15). Die Replik datiert vom 22. Juni 2009 und die Duplik vom 26. Oktober 2009 (act. 33 und act. 39). Dabei teilte die Beklagte dem Gericht erneut mit, dass sie keine Vergleichsbereitschaft habe (act. 38). Die Durchführung einer Referentenaudienz mit anschließenden Vergleichsgesprächen erschien daher nicht angezeigt.

2. Nach dem Hauptverfahren wurde mit Beweisaufgabebeschluss vom 8. April 2010 das Beweisverfahren eröffnet (act. 42). Die Beweisantretungsschriften der

Parteien datieren vom 20. (act. 46) und 25. Mai 2010 (act. 48). Nachdem der Kläger eine zusätzliche Kautionsleistung fristgerecht geleistet hatte (act. 52), wurde die Beweisabnahme mit Beweisabnahmebeschluss vom 11. August 2010 vorerst auf die Beweisführung zum Unfallereignis beschränkt; die Parteien wurden aufgefordert, Barvorschüsse zu leisten und Expertenvorschläge für ein Gutachten zu unterbreiten (act. 53). Die Barvorschüsse gingen fristgerecht ein (act. 55A und 55B). Der Kläger unterbreitete innert Frist keinen Expertenvorschlag, während die Beklagte mit Eingabe vom 28. September 2010 Dr. sc. techn. D.\_\_\_\_\_, dipl. Ing. ETH, von der E.\_\_\_\_\_ als Experten vorschlug (act. 57). Mit Verfügung vom 29. September 2010 wurde die Beweisabnahme berichtigt und dem Kläger Frist angesetzt, um begründete Einwendungen gegen D.\_\_\_\_\_ als Experten zu erheben (Prot. S. 38 f.). Der Kläger erhob mit Eingabe vom 21. Oktober 2010 Einwendungen (act. 60), welche sich nach Stellungnahme der Beklagten vom 4. November 2010 (act. 62) als unbegründet erwiesen; D.\_\_\_\_\_ wurde mit Beschluss vom 16. November 2010 als Sachverständiger ernannt (act. 65). Nachdem die Beklagte mit Eingabe vom 8. Dezember 2010 weitere Urkunden eingereicht hatte (act. 67), erfolgte am 26. Januar 2011 die Experteninstruktion (act. 70). Das Gutachten datiert vom 16. Februar 2011 (act. 74).

3. Mit Eingabe vom 8. März 2011 teilte das Konkursamt F.\_\_\_\_\_ dem Gericht mit, dass über den Kläger mit Urteil vom 23. Februar 2011 der Konkurs eröffnet worden sei (act. 76). Mit Verfügung vom 14. März 2011 wurde Vormerkung davon genommen und das Konkursamt eingeladen, mitzuteilen, ob der Prozess von der Konkursmasse oder von einzelnen Gläubigern fortgesetzt werde (Prot. S. 45 f.). Das Konkursamt teilte mit Schreiben vom 13. April 2011 mit, dass das Konkursverfahren über den Kläger mit Urteil des Bezirksgerichts Dietikon vom 24. März 2011 mangels Aktiven eingestellt worden sei und das Verfahren nach den entsprechenden Publikationen, auf welche hin kein Gläubiger die Durchführung des Verfahrens verlangt und den entsprechenden Kostenvorschuss geleistet habe, seit dem 12. April 2011 als geschlossen gelte (act. 79). Mit Eingabe vom 9. Mai 2011 erklärte der Kläger innert Frist (Prot. S. 48), den Prozess – welcher aufgrund der Mitteilung des Konkursamtes nicht eingestellt worden war – weiterführen zu wollen (act. 81).

4. Daraufhin wurde den Parteien mit Verfügung vom 11. Mai 2011 Frist angesetzt, um zum Gutachten vom 16. Februar 2011 Stellung zu nehmen und allfällige Ergänzungsfragen zu formulieren (Prot. S. 49). Die Stellungnahmen der Parteien datieren vom 23. Mai (act. 83) und 21. Juni 2011 (act. 85). Auf übereinstimmenden Antrag beider Parteien wurde mit Beschluss vom 11. Juli 2011 eine ergänzende biomechanische Begutachtung zur Ursächlichkeit angeordnet (act. 87). Nachdem der Kläger mit Eingabe vom 9. September 2011 innert Frist die medizinischen Akten des Unfalles im Jahre 2002 eingereicht hatte (act. 89), erfolgte am 6. Oktober 2011 unter Beilage sämtlicher Akten die Experteninstruktion (act. 91). Das ergänzte Gutachten datiert vom 20. Dezember 2011 (act. 94). Mit Verfügung vom 3. Januar 2012 wurde den Parteien Frist zur Stellungnahme angesetzt (Prot. S. 54). Die Beklagte äusserte sich mit Eingabe vom 11. Januar 2012 (act. 97), während der Kläger mit Eingabe vom 20. Februar 2012 Stellung nahm und eine Erläuterung bzw. Ergänzung des Gutachtens beantragte (act. 99). Nach der Stellungnahme der Beklagten zum klägerischen Antrag vom 7. März 2012 (act. 101) ist die Sache nunmehr spruchreif. Weitere beweismässige Abklärungen erübrigen sich, wie nachfolgend gezeigt wird.

## II. Sachverhalt und Parteistandpunkte

1. Am 28. Dezember 2005, ca. 12.00 Uhr, befand sich der Kläger mit seinem Fahrzeug, einem Opel Vectra, Kontrollschild Nr. ..., im Mittagsverkehr in einer Fahrzeugkolonne mit gebremstem Fahrzeug im Stand, als er von hinten von G.\_\_\_\_\_ (nachfolgend "Unfallverursacher") mit dessen Auto, einem Honda Accord 202i, Kontrollschild Nr. ..., angefahren wurde. Bei der Beklagten handelt es sich um die obligatorische Motorfahrzeughaftpflichtversicherung des Unfallverursachers. Auf den Beizug der Polizei haben die Unfallbeteiligten verzichtet (act. 4/3). Am darauffolgenden Tag, dem 29. Dezember 2005, meldete der Kläger den Schaden beim ... und begab sich anschliessend ins Stadtspital H.\_\_\_\_\_, wo er sich bis 10. Januar 2006 ambulant behandeln liess (act. 4/4). Danach begab er sich zur Weiterbehandlung zu seinem Hausarzt Dr. med. I.\_\_\_\_\_ (act. 4/5). Auf

dessen Anraten hin suchte der Kläger sodann die Klinik für Ohren-, Nasen-, Hals- und Gesichtschirurgie des Universitätsspitals Zürich auf, wo er am 12. und 18. Mai 2006 von Dr. med. J.\_\_\_\_\_ untersucht wurde. Dieser erstellte am 15. August 2006 einen Bericht (act. 4/6). Ein hausärztliches Zeugnis von Dr. I.\_\_\_\_\_ datiert vom 30. Juni 2006 (act. 4/7). Vom 10. Januar bis zum 29. Januar 2007 liess sich der Kläger sodann im Rehabilitationszentrum Klinik ... untersuchen und therapieren. Der Austrittsbericht datiert vom 5. Februar 2007 (act. 4/8). Dr. I.\_\_\_\_\_ erstellte am 16. Februar 2007 ein weiteres Zwischenzeugnis (act. 4/9) und am 21. Mai 2007 das Abschlusszeugnis (act. 4/10).

2. Der Kläger macht geltend, er habe beim Auffahrunfall vom 28. Dezember 2005 eine Halswirbelsäulendistorsion erlitten bzw. er habe seit dem Unfall ein cervikozepales und lumbovertebrales Syndrom aufgewiesen. Er macht für die Zeit seiner Arbeitsunfähigkeit, nämlich vom 28. Dezember 2005 bis und mit dem 31. Januar 2007 zu 100% und vom 1. Februar 2007 bis und mit dem 30. April 2007 zu 50%, einen Erwerbsausfallschaden von CHF 114'550.-- und einen Haushaltsschaden von CHF 39'150.-- geltend, welchen er zufolge vorbestandener körperlicher Beeinträchtigung (Halswirbeldistorsionsstrauma rezidivierend) um 33.3% auf zusammen CHF 102'518.-- reduziert. Weiter verlangt er eine Genugtuung von CHF 12'000.-- und die Erstattung der vorprozessualen Anwaltskosten von CHF 5'808.75. Den Schaden beziffert er auf total CHF 120'327.--, wobei ein Betrag von CHF 120'000.-- eingeklagt wurde. Schliesslich fordert der Kläger auf dem Klagebetrag Zins von 5% seit dem 28. Dezember 2005. Die Beklagte bestreitet insbesondere unfallkausale Verletzungen und Beschwerden und beantragt die Abweisung der Klage. Auf die weiteren Parteivorbringen wird in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen, soweit sich dies als zur Entscheidungsfindung notwendig erweisen sollte.

### **III. Prozessuales**

1. Am 1. Januar 2011 ist die eidgenössische Zivilprozessordnung (ZPO) in Kraft getreten. Nach Art. 404 Abs. 1 ZPO gilt für Verfahren, die bei Inkrafttreten

dieses Gesetzes rechtshängig sind, das bisherige Verfahrensrecht bis zum Abschluss vor der betroffenen Instanz. Auf das vorliegende Verfahren ist demnach das frühere kantonale Prozessrecht, mithin die Zivilprozessordnung des Kantons Zürich (ZPO/ZH) und das Gerichtsverfassungsgesetz des Kantons Zürich (GVG), anwendbar. Für die Rechtsmittel gilt hingegen das Recht, das bei der Eröffnung des Entscheides in Kraft ist (Art. 405 Abs. 1 ZPO). Für die Rechtsmittel ist vorliegend somit das neue Prozessrecht massgebend (Art. 308 ff. ZPO). Die örtliche Zuständigkeit bestimmt sich nach dem neuen Recht, wobei eine bestehende Zuständigkeit nach dem alten Recht erhalten bleibt (Art. 404 Abs. 2 ZPO).

2. Der Kläger hat seinen Wohnsitz in K.\_\_\_\_ und die Beklagte hat ihren Sitz in N.\_\_\_\_. Es ist von einem Sachverhalt ohne Auslandsbezug auszugehen. Die örtliche und sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts des Kantons Zürich ist gegeben (Art. 65 SVG i.V.m. Art. 38 Abs. 1 ZPO bzw. Art. 26 Abs. 1 aGestG; § 63 Ziff. 1 i.V.m. § 62 GVG) und überdies unbestritten (act. 1 Rz. 3.; act. 18 S. 2).

3. Die Klage ist gehörig eingeleitet worden (§§ 102, 108 und 112 ZPO/ZH), was ebenfalls unbestritten ist (act. 1 Rz. 5; act. 18 S. 2 f.).

#### **IV. Materielles**

##### **1. Anspruchsvoraussetzungen und Beweislast**

1.1. Wird durch den Betrieb eines Motorfahrzeuges ein Mensch verletzt, so haftet der Halter für den Schaden (Art. 58 Abs. 1 SVG). Der Halter wird von der Haftpflicht nur befreit, wenn er beweist, dass der Unfall durch höhere Gewalt oder grobes Verschulden des Geschädigten oder eines Dritten verursacht wurde, ohne dass ihn selbst oder Personen, für die er verantwortlich ist, ein Verschulden trifft und ohne dass fehlerhafte Beschaffenheit des Fahrzeuges zum Unfall beigetragen hat. Beweist der Halter, der nicht nach Absatz 1 befreit wird, dass ein Verschulden des Geschädigten beim Unfall mitgewirkt hat, so bestimmt der Richter die Ersatzpflicht unter Würdigung aller Umstände (Art. 59 Abs. 1 und 2 SVG). Art

und Umfang des Schadenersatzes sowie die Zusprechung einer Genugtuung richten sich nach den Grundsätzen des Obligationenrechtes über unerlaubte Handlungen (Art. 62 Abs. 1 SVG). Eine Körperverletzung gibt dem Geschädigten Anspruch auf Ersatz der Kosten sowie auf Entschädigung für die Nachteile gänzlicher oder teilweiser Arbeitsunfähigkeit (Art. 46 Abs. 1 OR). Art und Grösse des Ersatzes für den eingetretenen Schaden bestimmt der Richter, der hierbei sowohl die Umstände als auch die Grösse des Verschuldens zu würdigen hat (Art. 43 Abs. 1 OR). Haben Umstände, für die der Geschädigte einstehen muss, auf die Entstehung oder Verschlimmerung des Schadens eingewirkt, so kann der Richter die Ersatzpflicht ermässigen oder gänzlich von ihr entbinden (Art. 44 Abs. 1 OR). Bei Körperverletzung kann der Richter unter Würdigung der besonderen Umstände dem Geschädigten eine angemessene Geldsumme als Genugtuung zusprechen (Art. 47 OR). Wie bereits erwähnt, steht dem Geschädigten im Rahmen seines Anspruchs ein Forderungsrecht unmittelbar gegen den Versicherer zu (Art. 65 Abs. 1 SVG).

1.2. Nach Art. 8 ZGB hat, wo es das Gesetz nicht anders bestimmt, jene Partei das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, die aus ihr Rechte ableitet. Der Kläger hat demnach zunächst in rechtsgenügender Weise zu behaupten und dann im Bestreitungsfall zu beweisen, dass ein Unfallereignis zu Verletzungen bzw. Beschwerden geführt hat, dass die Verletzungen bzw. Beschwerden einen Schaden bewirkt haben (Ursächlichkeit), dass der Unfall für die Körperverletzung und diese wiederum für den Schaden adäquat kausal erscheinen (Adäquanz) und dass es sich beim Unfallverursacher um den Halter des aufgefahrenen Fahrzeuges (Haltereigenschaft) und bei der Beklagten um dessen Motorfahrzeughaftpflichtversicherung gehandelt hat (Versicherungsverhältnis). Sodann ist der geltend gemachte Schaden im Einzelnen darzutun (Schadensberechnung). Ein Verschulden des Unfallverursachers ist nur dann nachzuweisen, wenn dieser bei der Schadenersatzbemessung Herabsetzungsgründe darzutun vermag (Neutralisation von Herabsetzungsgründen).

1.3. Die Beklagte hat demgegenüber in rechtsgenügender Weise zu behaupten und im Bestreitungsfall zu beweisen, dass der Unfall durch höhere Ge-

walt, durch grobes Verschulden des Klägers selber oder durch grobes Drittverschulden verursacht wurde (Wegfall der Adäquanz), dass eine konstitutionelle Prädisposition als "Reserveursache" vorliegt und/oder dass die Ersatzpflicht aus dem Kläger zurechenbaren Umständen, insbesondere wegen konstitutioneller Prädisposition oder Selbstverschulden im Zusammenhang mit der Entstehung oder Verschlimmerung des Schadens herabzusetzen ist (Herabsetzungsgründe).

1.4. Unbestritten sind im vorliegenden Fall grundsätzlich nur die Haltereigenschaft des Unfallverursachers und dessen Versicherungsverhältnis zur Beklagten. Dass der Unfall durch höhere Gewalt, durch grobes Verschulden des Klägers selber oder durch grobes Drittverschulden verursacht worden wäre (Wegfall der Adäquanz), behauptet die Beklagte nicht. Eine konstitutionelle Prädisposition als Reserveursache und/oder als Herabsetzungsgrund anerkennt der Kläger lediglich im Umfang von 33.3%. Die übrigen Anspruchsvoraussetzungen liegen im Streit. Die Beklagte bestreitet – wie bereits erwähnt – insbesondere unfallkausale Verletzungen und Beschwerden des Klägers.

## **2. Unfallereignis vom 28. Dezember 2005**

2.1. Der Kläger führt zum Unfallereignis vom 28. Dezember 2005 Folgendes aus: Er habe sich mit seinem Fahrzeug, einem Opel Vectra, im Mittagsverkehr in einer Fahrzeugkolonne mit gebremstem Fahrzeug im Stand befunden, als er von hinten vom Unfallverursacher mit dessen Auto, einem Honda Accord 202i, angefahren worden sei, ohne dass dieser gebremst hätte (act. 1 Rz. 2 und 6 i.V.m. act. 4/3). Es werde behauptet, dass das tatsächliche Delta-v mehr als 10 km/h betragen habe (act. 33 S. 6). Die Befragung des Unfallverursachers durch den Schadeninspektor sei erst am 4. Januar 2007 und damit über ein Jahr nach dem Unfallereignis erfolgt, weshalb auf die entsprechenden Sachverhaltsschilderungen nicht abgestellt werden könne. Sie würden bestritten (act. 33 S. 5 i.V.m. act. 19/5). Die Feststellung in der beklagtischen Unfallanalyse vom 23. Januar 2006, wonach am Heck des Opels des Klägers keine Berührungsspuren oder Beschädigungen hätten festgestellt werden können, die sich eindeutig dem Unfall zuordnen liessen, sei inkonsistent. Immerhin seien Schäden festgestellt worden

und sei der Sachschaden entschädigt worden. Ohnehin handle es sich um eine "hausinterne" Analyse. Die Sachdarstellung und Schlussfolgerungen in der Analyse würden bestritten. Es sei ein unfalltechnisches Gutachten einzuholen (act. 33 S. 6 i.V.m. act. 19/6). Es sei keineswegs von einem Bagatellunfall auszugehen, wie die gravierenden Folgen gezeigt hätten (act. 33 S. 3).

2.2. Die Beklagte verweist zunächst auf die Befragung des Unfallverursachers durch ihren Schadeninspektor. Der Unfallverursacher habe angegeben, der Unfall habe sich im rollenden Kolonnenverkehr ("Stop-and-Go-Verkehr") ereignet, bei sehr geringen Geschwindigkeiten. Er sei einen Moment unachtsam gewesen. Als er realisiert habe, dass der Kläger abgebremst habe, habe er ebenfalls die Bremsung eingeleitet. Die Kollision habe er gleichwohl nicht mehr verhindern können. Er und der Kläger seien dann sofort ausgestiegen und hätten die Fahrzeuge begutachtet. Man habe jedoch vor Ort an keinem der Wagen etwas feststellen können. Er habe seine Adresse hinterlegt. Ein Unfallprotokoll hätten sie nicht aufgenommen. Man habe sich ca. 5 Minuten auf dem Unfallplatz aufgehalten. Der Kläger und er seien dann wieder eingestiegen und weggefahren. Seiner Einschätzung nach habe es sich um einen absoluten Bagatellunfall gehandelt (act. 18 S. 7 i.V.m. act. 19/5). Demnach werde bestritten, dass der Unfallverursacher ungebremst auf den Kläger aufgefahren sei. Gemäss beklagtischer Unfallanalyse hätten sich denn auch weder an der Front des auffahrenden Honda noch am Heck des Opel des Klägers Berührungspunkte oder Beschädigungen feststellen lassen, die sich eindeutig dem Unfall hätten zuordnen lassen. Selbst wenn die – aller Wahrscheinlichkeit nach bereits vorbestehenden und ohnehin bloss geringfügigen – Schäden an beiden Fahrzeugen gleichwohl als Grundlage für die Festsetzung der Deformationsenergie genommen würden, so liesse sich eine kollisionsbedingte Geschwindigkeitsänderung (Delta-v) des Autos des Klägers von 0.8 km/h bis allerhöchstens 6 km/h errechnen. Diese Werte würden auf den eben ausgeführten "schlimmstmöglichen und unwahrscheinlichen Annahmen" basieren. Aufgrund der getroffenen Annahmen müsse das tatsächliche Delta-v daher realistischlicherweise sehr viel geringer gewesen sein, wahrscheinlich im Bereich von 0.8 km/h bis allerhöchstens 2.5 km/h (act. 18 S. 7 f. und act. 39 S. 5 f. i.V.m. act. 19/6). Der Kläger sei zudem mit aufrechtem Oberkörper und gerader Kopfhalt-

tung dagesessen, habe beide Hände am Lenkrad gehabt und habe die Sicherheitsgurte getragen. Er habe sich als Folge des Stosses, relativ zu seinem Fahrzeug, annähernd gerade nach hinten bewegt (act. 18 S. 8 i.V.m. act. 4/3 S. 1 und act. 19/6). Aufgrund der geringen Höhe des Sachschadens, der nur gerade CHF 1'321.20 betragen habe, habe sie, die Beklagte, auf weitere Nachforschungen zu den vorbestandenen Sachschäden verzichtet (act. 39 S. 6).

2.3. Demnach ist unbestritten, dass sich der Kläger am 28. Dezember 2005 mit seinem Fahrzeug, einem Opel Vectra, im Mittagsverkehr in einer Fahrzeugkolonne mit gebremstem Fahrzeug im Stand befand, als er von hinten vom Unfallverursacher mit dessen Auto, einem Honda Accord, angefahren wurde. Unbestritten ist auch, dass der Kläger im Zeitpunkt des Aufpralls mit aufrechtem Oberkörper und gerader Kopfhaltung dagesessen ist, beide Hände am Lenkrad gehabt hat, die Sicherheitsgurte getragen hat und sich als Folge des Stosses, relativ zu seinem Fahrzeug, annähernd gerade nach hinten bewegt hat. Strittig ist hingegen, ob der Unfallverursacher ungebremst oder bei eingeleiteter Bremsung auf den Kläger aufgefahren ist, ob die kollisionsbedingte Geschwindigkeitsänderung des Fahrzeuges des Klägers durch den Heckanstoß des Fahrzeuges des Unfallverursachers tatsächlich mehr als 10 km/h oder aber 0.8 km/h bis allerhöchstens 2.5 km/h betragen hat und ob die im unfallanalytischen Parteigutachten der Beklagten vom 23. Januar 2006 (act. 19/6) am Heck des Fahrzeuges des Klägers und an der Front des Fahrzeuges des Unfallverursachers festgestellten und fotografisch festgehaltenen Schäden allesamt vom Auffahrunfall herrühren.

2.4. Beim Unfallereignis, insbesondere bei der Unfallschwere, handelt es sich um ein relevantes Beurteilungskriterium für die Ursächlichkeit; denn ein Unfallereignis muss so, wie es sich gemäss erstelltem Sachverhalt ereignet hat, im konkreten Fall tatsächlich geeignet sein, die behaupteten Beschwerden und Befunde, welche im Bestreitungsfall durch zuverlässige ärztliche Angaben gesichert sein müssen, zu verursachen (ZR 102 [2003] Nr. 36).

2.5. Zum Unfallereignis vom 28. Dezember 2005 wurde auf übereinstimmenden Antrag der Parteien ein gerichtliches Gutachten eingeholt, welches vom 16. Februar 2011 datiert (act. 74). Dr. sc. techn. D.\_\_\_\_\_, dipl. Ing. ETH, und die

von ihm beigezogenen Hilfspersonen L.\_\_\_\_\_, dipl. Automobil-Ing. HTL, und Dr. med. M.\_\_\_\_\_, Facharzt für Rechtsmedizin, hielten darin fest, es seien weder Anhaltspunkte vorhanden, aufgrund derer eindeutig davon ausgegangen werden müsse, dass das Fahrzeug des Unfallverursachers (Honda) ungebremst auf das klägerische Fahrzeug (Opel) geprallt sei, noch solche, aufgrund derer eindeutig davon ausgegangen werden müsse, dass der Honda bei eingeleiteter Bremsung auf den Opel geprallt sei (act. 74 S. 2). Sofern der Stossfänger des Opel links durch den Anprall des Honda nach vorne geschoben worden sei, sei eher davon auszugehen, dass der Honda nicht oder nur leicht gebremst aufgefahren sei (act. 74 S. 2). Zur kollisionsbedingten Geschwindigkeitsänderung des klägerischen Fahrzeuges (sog. Delta-v) hielten die Experten weiter fest, sofern beide Fahrzeuge während der Kollision nicht gebremst worden seien, habe der Opel durch den Heckanprall des Honda eine kollisionsbedingte Geschwindigkeitsänderung im Sinne einer Fahrzeugbeschleunigung nach vorne von 2.1 - 6.2 km/h erfahren. Wenn bei den Berechnungen davon ausgegangen werde, dass der Opel während des Heckanpralles des Honda normal mit der Betriebsbremse gebremst worden sei, so errechne sich eine kollisionsbedingte Geschwindigkeitsänderung von rund 1.3 - 5.5 km/h. Dabei müssten die Geschwindigkeitswerte nahe an den Toleranzgrenzen aufgrund der Berechnungen mit Extremwerten als wenig wahrscheinlich bezeichnet werden (act. 74 S. 10). Demnach würden die Berechnungen im unfalltechnischen Privatgutachten der Beklagten vom 23. Januar 2006 (act. 19/6) als plausibel angesehen; bei den Berechnungen des unteren Grenzwertes hätten sich geringfügige Toleranzen ergeben. Wenn der Opel während des Anpralles stark gebremst worden sei, könne aus technischer Sicht nicht ausgeschlossen werden, dass die kollisionsbedingte Geschwindigkeitsänderung etwas tiefer als 1.3 km/h gewesen sei, auch wenn dies als eher unwahrscheinlich angesehen werde (act. 74 S. 3). Dementsprechend sei eine kollisionsbedingte Geschwindigkeitsänderung des Opel von mindestens 0.8 km/h möglich. Aufgrund der vorliegenden Unterlagen könne die kollisionsbedingte Geschwindigkeitsänderung auch mehr als 2.5 km/h betragen haben (act. 74 S. 3). Es könne aber mit genügender Sicherheit ausgeschlossen werden, dass die kollisionsbedingte Geschwindigkeitsänderung des klägerischen Fahrzeuges mehr als 10 km/h betragen habe (act. 74

S. 3). Das gerichtliche Gutachten, welches in erster Linie ein unfalltechnisches Gutachten darstellt, ist nachvollziehbar und schlüssig. Die Parteien wendeten denn auch nichts dagegen ein, sondern beantragten übereinstimmend eine ergänzende biomechanische Begutachtung.

2.6. Da sich der Kläger während des Unfallereignisses unstrittig mit gebremstem Fahrzeug im Stand befunden hat, ist nach dem Gutachten von einer maximalen kollisionsbedingten Geschwindigkeitsänderung des klägerischen Fahrzeuges von rund 1.3 - 5.5 km/h mit einem wahrscheinlichsten Mittelwert von 3.4 km/h auszugehen. Die zum Beweis anbotene persönliche Befragung des Klägers erübrigt sich vor dem Hintergrund des Gutachtens. Auch eine klägerische Beweisaussage zum Unfallereignis erscheint nicht mehr als geboten (vgl. § 150 Abs. 1 ZPO/ZH). Der Kläger vermag mithin nicht nachzuweisen, dass die kollisionsbedingte Geschwindigkeitsänderung seines Fahrzeuges mehr als 10 km/h betragen hat. Auf die Unfallschwere wird bei der Beurteilung der Ursächlichkeit zurückzukommen sein.

2.7. Die gutachterliche Ermittlung der Kollisionseinwirkung erfolgte unter der Annahme, dass sämtliche Beschädigungen am Heck des Fahrzeuges des Klägers, insbesondere auch diejenigen am Stossfänger und an der linken Heckleuchte, und an der Front des Fahrzeuges des Unfallverursachers, insbesondere auch diejenigen am Kennzeichen, vom Auffahrunfall herrühren (act. 74 S. 7 f.). Wenn dem Kläger sogar unter dieser Annahme, welche zu einer höheren kollisionsbedingten Geschwindigkeitsänderung führte, der Nachweis von unfallkausalen Verletzungen und Beschwerden nicht gelingen würde, könnte die umstrittene Frage, ob tatsächlich sämtliche Beschädigungen an den Fahrzeugen vom Unfall vom 28. Dezember 2005 herrühren (act. 42 S. 2), offen gelassen werden.

### **3. Verletzungen und Beschwerden**

3.1. Der Kläger führt zu seinen Verletzungen und Beschwerden Folgendes aus: Er habe beim Auffahrunfall vom 28. Dezember 2005 eine Halswirbelsäulendistorsion erlitten. Er habe sich den Kopf am Nackenschutzpolster angestossen.

Er sei erschrocken und habe ein unangenehmes Gefühl im Nackenbereich rechts verspürt, so dass er fast eine Minute vorerst im Fahrzeug habe sitzen bleiben müssen. Er sei dann nach Hause gefahren und habe gegen Abend immer stärkere Schmerzen im Nackenbereich rechts verspürt. Auch die Einnahme von Schmerzmitteln habe nichts geholfen (act. 4/3). Am nächsten Tag habe er sich in die Notfallabteilung des H.\_\_\_\_\_ Spitals begeben, weil er seit der Kollision immer stärkere Schmerzen im Nacken und in der Kreuzgegend verspürt habe. Im Kurzbericht vom 10. Januar 2006 seien als Symptome immer stärker werdende Schmerzen im Nacken und in der Kreuzgegend, welche auch mit Ponstan nicht zu lindern gewesen seien, angegeben. Sodann sei eine HWS-Distorsion mit/bei degenerativen Bandscheibenveränderungen C3-C6, dorsaler Diskusprotrusion, ohne Einengung des Spinalkanals C4/C5, und St. nach HWS-Distorsionstrauma 2002, nach 1 Jahr ohne Beschwerden, sowie eine LWS-Distorsion mit/bei degenerativen Veränderungen L2-L4 diagnostiziert worden. Die ambulante Behandlung habe bis zum 10. Januar 2006 gedauert (act. 4/3 und 4/4). Danach habe er sich zur Weiterbehandlung zu seinem Hausarzt, Dr. I.\_\_\_\_\_, begeben, welcher am 16. Januar 2006 bestätigt habe, dass er durch eine Verletzung, die er sich bei einer Auffahrkollision am 28. Dezember 2005 zugezogen habe, wegen eines Schleudertraumas in seiner Behandlung stehe (act. 4/5). Nach dem Schleudertrauma habe der Kläger einen Tinnitus beidseits, aber rechts betont, festgestellt. Das Rauschen im Ohr sei nicht erst im April/Mai 2006 aufgetreten (act. 33 S. 15 i.V.m. act. 4/6 S. 3 oben). Auf Anraten von Dr. I.\_\_\_\_\_ habe er sich in die Klinik für Ohren-, Nasen-, Hals- und Gesichtschirurgie des Universitätsspitals Zürich begeben, wo er am 12. und 18. Mai 2006 von Dr. med. J.\_\_\_\_\_ untersucht worden sei. Dieser habe gemäss seinem Bericht vom 15. August 2006 einen dekompenzierten Tinnitus aurium nach wiederholtem Halswirbelsäulen-Schleudertrauma bei psychosozialer Überlagerung mit depressiver Entwicklung diagnostiziert (act. 4/6 S. 2 f.). Der Verlauf der Verletzungen sei ungünstig gewesen. Bis Mitte des Jahres 2006 habe keine Besserung stattgefunden. Dr. I.\_\_\_\_\_ habe in seinem hausärztlichen Zeugnis vom 30. Juni 2006 bestätigt, dass er am 28. Dezember 2005 ein Schleudertrauma erlitten habe, durch welches die Symptomatik eines vorangegangenen Schleuderschädeltraumas reaktiviert worden sei.

Er leide unter Anfällen von Schwitzen bei der geringsten Anstrengung, Attacken von starken Schmerzen in der Halswirbelsäule und im Lendenbereich, Tinnitus, Konzentrationsstörungen und psychischer Labilität (act. 4/7). In der Folge sei er von Dr. I. \_\_\_\_\_ im Rehabilitationszentrum Klinik ... zur Untersuchung und Therapie angemeldet worden. Der Klinikaufenthalt habe vom 10. Januar bis zum 29. Januar 2007 gedauert. Der Austrittsbericht bestätige die Symptome und die Anfangsdiagnose.

3.2. Alle untersuchenden und behandelnden Ärzte hätten somit im Zusammenhang mit dem Unfall vom 28. Dezember 2005 die Diagnose einer Halswirbelsäulendistorsion bzw. eines Schleudertraumas gestellt (act. 33 S. 15 i.V.m. act. 4/4-8). Somit stehe fest, dass er durch den Auffahrunfall vom 28. Dezember 2005 ein cervikozepales und lumbovertebrales Syndrom aufgewiesen habe (act. 1 Rz. 6-15). Wegen vorbestandener körperlicher Beeinträchtigung (Halswirbeldistorsionsstrauma rezidivierend) sei eine Herabsetzung des Schadens um 33.3% gerechtfertigt (act. 1 Rz. 26).

3.3. Die Beklagte bestreitet, dass der Kläger beim Auffahrunfall ein Schleudertrauma erlitten habe (act. 39 S. 11). Es treffe nicht zu, dass er nach dem Unfall ein unangenehmes Gefühl im Nackenbereich rechts gehabt habe und deshalb vorerst fast eine Minute im Auto habe sitzen bleiben müssen. Der Unfallverursacher, welcher vom beklagtischen Schadeninspektor befragt worden sei, habe ausgesagt, dass er und der Kläger nach der Kollision sofort ausgestiegen seien und die Fahrzeuge begutachtet hätten. Der Kläger habe sich am Unfallplatz in keiner Weise über Beschwerden geäußert und er habe auch nicht den Eindruck gemacht, solche zu haben oder unter Schock zu stehen (act. 18 S. 7 und 12 i.V.m. act. 19/5). Auch habe der Kläger nach dem Unfall unbestrittenermassen nach Hause und am darauffolgenden Tag zum ... im ... in N. \_\_\_\_\_ fahren können. Es werde bestritten, dass die Nackenschmerzen gegen Abend immer stärker geworden seien (act. 18 S. 8 und 12).

3.4. Den vom Kläger geltend gemachten Schmerzen im Nacken und in der Kreuzgegend hätten keine objektivierbaren Befunde zugrunde gelegen (act. 18 S. 16 und act. 39 S. 14). Der Unfall habe weder zu ossären Läsionen, noch zu

neurologischen Ausfällen, noch zu Weichteilläsionen geführt (act. 18 S. 12 und act. 39 S. 14 i.V.m. act. 4/4). Vielmehr habe der Kläger bereits vor dem Unfall an erheblichen psychischen und somatischen Beeinträchtigungen gelitten, die ihn daran gehindert hätten, einer Erwerbstätigkeit nachzugehen und einen Haushalt zu führen (act. 18 S. 9). Die erheblichen psychosozialen Belastungen im Zeitpunkt des Unfalls würden daher rühren, dass der Kläger eine schwierige Vergangenheit habe (Herkunftsland O.\_\_\_\_\_, fehlende Berufsausbildung, als Flüchtlingsfamilie in die Schweiz, Probleme, hier Tritt zu fassen), dass er mit finanziellen Problemen zu kämpfen gehabt habe (Schulden, Privatkonkurs im Jahre 2001, Verurteilung zur Bezahlung von CHF 550'000.-- im Jahre 2005, viermonatige Arbeitslosigkeit, Mittellosigkeit, vollumfängliche Abhängigkeit von der Sozialfürsorge seit anfangs Dezember 2005) und dass er sich in einer schwierigen familiären Situation befunden habe (fehlende Versorgungsmöglichkeit, belastete Beziehung, familiäre Spannungen, Trennung anfangs Dezember 2005 und Auszug aus der Familienwohnung allein in eine kleine Einzimmerwohnung). In den Arztberichten werde zahlreiche Male auf diese Probleme hingewiesen (act. 18 S. 9 f.). Diese belastende psychosoziale Situation habe schon vor dem Unfall diverse gesundheitliche Auswirkungen gehabt. So habe der Kläger bereits seit mehreren Jahren an depressiver Verstimmung (act. 4/8, Zusammenfassung Krankengeschichte, persönliche Anamnese) und schon vor dem Auffahrunfall an ausgeprägten Schweisssekretionen (act. 4/7 S. 1 und act. 4/8, Zusammenfassung Krankengeschichte) sowie gemäss eigenen Angaben an Kopfschmerzen und Migräne (act. 4/3 S. 3 unten) gelitten. Zudem habe er auch an einem Magengeschwür gelitten, welches zu chronischen Schmerzen und dazu geführt habe, dass er sich andauernden Behandlungen mit Protonenpumpenhemmer habe unterziehen müssen (act. 4/7, Diagnose). Vor allem aber habe der Kläger im Jahre 2002, also nur drei Jahre vor dem Auffahrunfall, als Folge eines Sturzes auf den Hinterkopf ein ganz schweres Schädel-Hirn-Trauma erlitten, das zu komplexen und langandauernden Beschwerden geführt habe mit Schmerzen in der ganzen Wirbelsäule, Schwitzen, Schwindel und Kopfweg (act. 4/7 S. 1 und act. 4/8, Diagnose). Es sei davon auszugehen, dass der Kläger im Zeitpunkt des Unfallereignisses vom 28. Dezember 2005 nach wie vor an den Folgen dieses Schädel-Hirn-Traumas gelitten habe.

Hinzu komme, dass er im Frühjahr 2004, d.h. eineinhalb Jahre vor dem Autounfall, von der Treppe gestürzt sei und sich einen Meniskus- und Kreuzbandriss zugezogen habe (act. 4/7). Das am 10. Januar 2006, also kurz nach dem Unfall erstellte MRI habe ergeben, dass beim Kläger bereits vor dem Unfall sowohl an der Hals- als auch an der Lendenwirbelsäule zahlreiche degenerative Veränderungen sowie alte Diskusprotrusionen vorgelegen hätten (act. 4/4, Diagnose; act. 18 S. 10 f.). Die Nackenschmerzen bzw. die diesbezüglichen Untersuchungsergebnisse, nämlich der Muskelhartspann und die muskuläre Dysbalance, würden eng mit der vorbestehenden und unfallunabhängigen belastenden psychosozialen und finanziellen Situation des Klägers zusammenhängen (act. 18 S. 13 i.V.m. act. 4/8 S. 2, 4/6 und 4/7, Diagnose). Ohnehin habe der Kläger trotz der geltend gemachten Beschwerden drei bis vier Mal pro Woche im Schwimmbad Crawlen gehen können (act. 18 S. 13 i.V.m. act. 4/3 S. 3 oben). An der für den Kläger im Vordergrund stehenden Beeinträchtigung, nämlich die ausgeprägte Schweißsekretion (Hyperhidrosis), habe er schon vor dem Unfall gelitten (act. 39 S. 10 i.V.m. act. 4/7 S. 1 und act. 4/8, Zusammenfassung Krankengeschichte). Zudem sei diese für ein Schleudertrauma auch gänzlich untypisch (act. 18 S. 12 i.V.m. act. 4/8 S. 1). Der Tinnitus schliesslich sei nicht unfallkausal gewesen, habe anscheinend nur vorübergehend bestanden und sei ohnehin nicht störend gewesen (act. 18 S. 14 und act. 39 S. 12 f. i.V.m. act. 4/3 S. 2 und act. 4/6).

3.5. Das Unfallereignis vom 28. Dezember 2005 habe somit weder zu einer nachweisbaren Verschlimmerung des bereits beeinträchtigten Gesundheitszustandes noch zu einer Vergrösserung der bereits bestehenden Arbeitsunfähigkeit geführt (act. 18 S. 11 und 14).

3.6. Zusammenfassend behauptet der Kläger demnach, er habe beim Auf- fahrnfall vom 28. Dezember 2005 ein Akzelerationstrauma (HWS- Schleudertrauma) erlitten und nachfolgend an einem rezidivierenden zervikozephalen und lumbovertebralen Syndrom gelitten. Konkret macht er die folgenden, nicht-vorbestandenen Beschwerden geltend:

- (i) Schmerzen bzw. Schmerzattacken im Nacken und in der Kreuzgend bzw. im Lendenbereich seit dem Unfall,

- (ii) Schwitзанfälle (Hyperdrosis) bei geringster Anstrengung seit dem Unfall,
- (iii) Tinnitus beidseits, aber rechts betont, seit kurz bzw. drei Wochen nach dem Unfall und
- (iv) Konzentrationsstörungen sowie psychische Labilität, seit dem Unfall (sinngemäss).

3.7. Die Beklagte bestreitet, dass der Kläger beim Auffahrunfall vom 28. Dezember 2005 ein HWS-Schleudertrauma mit nachfolgendem rezidivierenden zervikozephalen und lumbovertebralen Syndrom erlitten habe. Das Vorliegen der vorstehend genannten, konkret geltend gemachten Beschwerden (i) - (iv) *nach* dem Unfallereignis bestreitet sie hingegen grundsätzlich nicht, sondern macht vielmehr geltend, diese hätten bereits *vor* dem Unfallereignis vorgelegen. Bei dem gesundheitlichen Vorzustand des Klägers, der Diagnose eines HWS-Schleudertraumas und dem Beschwerdebild nach dem Unfall handelt es sich um relevante Beurteilungskriterien für die Ursächlichkeit (BGE 134 V 109 E. 9.1 S. 122; BGE 119 V 335 E. 2b/aa S. 340; ZR 102 [2003] Nr. 36).

#### **4. Ursächlichkeit**

4.1. Der Kläger ist der Ansicht, dass aufgrund mehrerer ärztlicher Zeugnisse feststehe, dass er durch den Auffahrunfall vom 28. Dezember 2005 ein cervikozephalales und lumbovertebrales Syndrom aufgewiesen habe und infolgedessen bis zum 31. Januar 2007 zu 100% und sodann bis zum 31. (recte: 30.) April 2007 zu 50% arbeitsunfähig gewesen sei. Hierdurch habe er einen Erwerbsausfall- und Haushaltsschaden erlitten (act. 1 Rz. 15, 22 und 24 f.). Wegen vorbestandener körperlicher Beeinträchtigungen (Halswirbeldistorsionstrauma rezidivierend) rechtfertige sich eine Herabsetzung dieses Schadens gestützt auf Art. 44 Abs. 1 OR um 33,3% (act. 1 Rz. 26).

4.2. Der Kläger bestreitet, dass er im Zeitpunkt des Auffahrunfalls vom 28. Dezember 2005 an erheblichen psychischen und somatischen Beeinträchtigungen gelitten habe, die ihn daran gehindert hätten, einer Erwerbstätigkeit nach-

zugehen und einen Haushalt zu führen. Demnach treffe es auch nicht zu, dass schon vor dem Unfall keine verwertbare Arbeitsfähigkeit mehr bestanden habe (act. 33 S. 4, 7 und 12). Ebenfalls bestritten werde, dass der Unfall zu keinen nachweisbaren Verschlimmerungen seines Gesundheitszustandes geführt habe, dass nach dem Unfall die vorher bestehenden Beeinträchtigungen im Vordergrund gestanden hätten und dass infolge des Unfalls keine zusätzliche Arbeitsunfähigkeit eingetreten sei (act. 33 S. 12). Er bestreite auch, dass er vor dem Unfall an einer extremen psychosozialen Belastung gelitten habe, die sich in verschiedenen psychischen und somatischen Symptomen niedergeschlagen habe (act. 33 S. 7 f.). So hätten der Muskelhartspann und die muskuläre Disbalance keinen engen Zusammenhang mit seiner sozialen und finanziellen Situation gehabt (act. 33 S. 14). Auch habe die depressive Verstimmung keinen Krankheitswert gehabt und die Arbeitsfähigkeit nicht beeinflusst (act. 33 S. 14).

4.3. Richtig sei hingegen, dass er im Jahre 2002 ein Schädel-Hirntrauma erlitten habe. Die ausgeprägten Schweisssekretionen hätten auch bei diesem ersten Schleudertrauma eine Rolle gespielt. Von diesem Unfall habe er sich aber nach etwa zwei Jahren erholt gehabt, was im hausärztlichen Bericht festgehalten sei (act. 33 S. 3 und 11 i.V.m. act. 4/7). Sämtliche Beschwerden seien ausgeheilt gewesen und hätten im Zeitpunkt des Auffahrunfalls vom 28. Dezember 2005 überhaupt nicht mehr bestanden. Er sei vor diesem Unfall wieder zu hundert Prozent arbeitsfähig gewesen (act. 33 S. 11 und 13). Die Schweisssekretionen seien erst danach wieder aufgetreten (act. 33 S. 10 f. i.V.m. act. 4/4, act. 4/7 S. 2 Abs. 2 und act. 4/8 S. 3 Mitte).

4.4. Beim Auffahrunfall vom 28. Dezember 2005 handle es sich keineswegs um einen Bagatellunfall, wie die gravierenden Folgen gezeigt hätten (act. 33 S. 3). Grundsätzlich sei festzustellen, dass die Grösse des Delta-v's bzw. die Schwere des (zweiten) Unfalls bei Rezidiven (gem. Klinischem Wörterbuch : Pschyrembel: Wiederauftreten, Rückfall) eines Halswirbelsäulendistorsionsstraumas für die Frage der Kausalität keine entscheidende bzw. kausalitätsausschliessende Rolle spielen könne, da die Tatsache des Rezidivs als solches kausalitätsbegründend sei. Dies sei gerichtsnotorisch und könnte auch mit einem ärztlichen Gutachten

bestätigt werden (act. 33 S. 7 und 11 f.). Die Beeinträchtigungen und die Arbeitsunfähigkeit könnten ohne Weiteres mehr als überwiegend wahrscheinlich auf das Unfallereignis vom 28. Dezember 2005 zurückgeführt werden (act. 33 S. 12).

4.5. Wegen seiner Beschwerden sei er auch nicht mehr in der Lage gewesen, seinen Haushalt zu führen. Ein Halswirbeldistorsionstrauma sei die klassische gesundheitliche Beeinträchtigung, die zu einer vollständigen Einschränkung in der Haushaltsführung führe. Es könnten keine, auch nicht leichte Lasten getragen werden. Die Rotation der Halswirbelsäule sei absolut eingeschränkt und selbst die einfachsten Verrichtungen könnten nicht gemacht werden (act. 1 Rz. 25 und act. 33 S. 25).

4.6. Sowohl der natürliche als auch der adäquate Kausalzusammenhang seien somit gegeben (act. 33 S. 4, 17 und 26). Die Unfallkausalität sei von den behandelnden Ärzten denn auch ohne Weiteres bestätigt oder zumindest nicht in Frage gestellt worden. Es werde ausdrücklich die Einholung einer gerichtlichen Expertise beantragt (act. 33 S. 15 ff. i.V.m. act. 4/4, 4/5 und 4/8, aber auch act. 4/6 und 4/7). Richtig sei hingegen, dass die medizinischen Akten Hinweise auf Vorzustände und unfallfremde Faktoren enthalten würden. Diese seien in der Klage mit einer Reduktion um einen Drittel angemessen berücksichtigt worden. Bestritten werde jedoch, dass die medizinischen Akten das Bestehen eines Kausalzusammenhangs mit dem Unfall widerlegen würden (act. 33 S. 4 und 26).

4.7. Die Beklagte ist hingegen der Meinung, es läge ein Bagatellunfall vor, der die geltend gemachte Beeinträchtigung und Arbeitsunfähigkeit nicht erklären könne, auch nicht bei Vorliegen eines Rezidivs, und schon gar nicht deren Dauer von fast eineinhalb Jahren. Sowohl der natürliche Kausalzusammenhang als auch die Adäquanz seien zu verneinen. Die medizinischen Akten würden viele Hinweise auf Vorzustände und unfallfremde Faktoren enthalten, zahlreiche Fragen aufwerfen und das Bestehen eines Kausalzusammenhangs widerlegen. Die blosser Reduktion des Schadens bzw. Schadenersatzes um einen Drittel, wie es der Kläger tue, vermöge dem Fall nicht gerecht zu werden (act. 18 S. 5, 7, 12 und 28). Die Ärzte hätten sich zum Kausalzusammenhang nicht explizit geäußert. Dies sei auch nicht ihre Aufgabe gewesen. Einzig Dr. I. \_\_\_\_\_ habe zwar zum Kausalzu-

sammenhang salopp Stellung genommen, jedoch seine Annahme einer Unfallkausalität nicht begründet (act. 18 S. 15 und act. 39 S. 11 und 13 f. i.V.m. act. 4/7). Der vorliegende Fall sei mit demjenigen vergleichbar, welcher dem handelsgerichtlichen Urteil vom 16. Juni 2008 (Geschäfts-Nr. HG040046) zugrunde gelegen habe. Auch vorliegend gehe es um ein banales Ereignis und sei der Geschädigte im Zeitpunkt des Unfalls einem enormen Druck und einer sehr grossen Belastung ausgesetzt gewesen. Nach allgemeiner Lebenserfahrung sei es sehr wahrscheinlich, dass diese Belastung und nicht das banale Auffahreignis die Ursache der geltend gemachten Beeinträchtigungen des Klägers gewesen sei. Die Adäquanz sei daher auch im vorliegenden Fall zu verneinen (act. 39 S. 14).

4.8. Wie bereits erwähnt, habe der Kläger schon vor dem Unfall an erheblichen psychischen und somatischen Beeinträchtigungen gelitten, die ihn daran gehindert hätten, einer Erwerbstätigkeit nachzugehen und einen Haushalt zu führen. Die geltend gemachte Beeinträchtigung und Arbeitsunfähigkeit im Erwerb und im Haushalt sei nicht auf den Unfall zurückzuführen. Schon vor dem Unfall habe keine verwertbare Arbeitsfähigkeit mehr bestanden (act. 18 S. 9). Der Unfall habe weder zu einer nachweisbaren Verschlimmerung des Gesundheitszustandes noch zu einer Vergrösserung der bereits bestehenden Arbeitsunfähigkeit geführt (act. 18 S. 11 und 14).

4.9. Gegen die Ursächlichkeit und die Adäquanz würden schliesslich auch die bereits erwähnten Umstände sprechen, dass der Kläger auf der Unfallstelle keinerlei Beschwerden angegeben und mit dem Auto problemlos nach Hause und am darauffolgenden Tag zum ... im ... in N.\_\_\_\_\_ habe fahren können (act. 18 S. 12), dass der Unfall zu keinen ossären Läsionen, neurologischen Ausfällen oder Weichteilläsionen geführt habe (act. 18 S. 12 i.V.m. act. 4/4) und den geltend gemachten Nacken- und Kreuzschmerzen keine objektivierbaren Befunde zugrunde gelegen hätten (act. 18 S. 16), dass der zeitliche Abstand zwischen dem Unfall und dem ersten Auftreten des vorübergehenden Tinnitus, welcher ohnehin keine Auswirkungen auf die Arbeitsfähigkeit gehabt habe, viel zu gross gewesen sei, egal ob er drei Wochen nach dem Unfall oder erst im April/Mai 2006 aufgetreten sei (act. 18 S. 14 und act. 39 S. 12 f. i.V.m. act. 4/3 S. 2 und act. 4/6), und

dass die ausgeprägte Schweisssekretion (Hyperhidrosis) für ein Schleudertrauma gänzlich untypisch sei (act. 18 S. 12 i.V.m. act. 4/8 S. 1). Es falle zudem auch auf, dass eine Arbeitsunfähigkeit erstmals ein halbes Jahr nach dem Unfall bestätigt worden sei, und zwar durch den Hausarzt Dr. I.\_\_\_\_\_ auf Verlangen des Klägers rückwirkend per Unfalldatum (act. 4/7). Laut Ärzten der Klinik ... wäre nach dem Klinikaufenthalt sodann bloss noch eine maximal vier- bis sechswöchige Arbeitsunfähigkeit gerechtfertigt gewesen (act. 4/8 S. 3), wogegen der Hausarzt Dr. I.\_\_\_\_\_ ohne Grund die Arbeitsunfähigkeit noch während vollen drei Monaten habe weiterlaufen lassen (act. 18 S. 15).

4.10. In Bezug auf den Haushaltsschaden werde schliesslich bestritten, dass ein Schleudertrauma generell zu einer vollständigen Einschränkung in der Haushaltsführung führe. Dies dürfe eher die Ausnahme sein. In den meisten Fällen liege keine oder allenfalls eine bloss geringfügige vorübergehende Einschränkung vor. Ohnehin habe der Kläger nicht ausgeführt, aufgrund welcher unfallbedingter gesundheitlicher Beeinträchtigungen eine Einschränkung in der Haushaltsführung bestanden haben soll. Eine Arbeitsunfähigkeit führe in den wenigsten Fällen auch zu einer entsprechenden Einschränkung bei der Haushaltsführung (act. 39 S. 22).

4.11. Bei der Beurteilung der Unfallkausalität geht es vorerst um die Beantwortung der Frage, ob das Unfallereignis vom 28. Dezember 2005 so, wie es sich gemäss erstelltem Sachverhalt ereignet hat, die gesundheitlichen Beeinträchtigungen des Klägers tatsächlich verursachte (Ursächlichkeit; natürlicher Kausalzusammenhang). Im Falle der Verneinung eines natürlichen Kausalzusammenhanges zwischen diesen beiden Gliedern der Kausalkette wäre die Klage ohne Weiteres abzuweisen.

4.12. Ein natürlicher Kausalzusammenhang ist zu bejahen, wenn das in Frage stehende Unfallereignis eine notwendige Bedingung für die Körperverletzung darstellt, wenn es also nicht weggedacht werden kann, ohne dass damit auch der eingetretene "Erfolg" entfiele ("conditio-sine-qua-non"-Formel). Die Ursächlichkeit setzt keinen absoluten Beweis im naturwissenschaftlichen Sinne voraus. Zumindest wenn nach der Natur der Sache kein direkter Beweis geführt werden kann, muss genügen, wenn der Richter die Überzeugung gewinnt, dass

die überwiegende Wahrscheinlichkeit für einen bestimmten Kausalverlauf spricht. Die blossе Möglichkeit eines natürlichen Kausalzusammenhangs genügt hingegen nicht. Weiter ist nicht erforderlich, dass der Unfall die alleinige und/oder unmittelbare Ursache der Verletzung darstellt. Es genügt vielmehr, dass das schädigende Ereignis zusammen mit anderen Einflüssen die körperliche und/oder geistige Integrität des Geschädigten beeinträchtigt hat (Teil- und/oder Folgeursachen). Entsprechendes gilt für die Ursächlichkeit der Verletzungen und Beschwerden in Bezug auf den eingetretenen Schaden. Die Beweislast für die Ursächlichkeit trägt der Kläger (REY, a.a.O., N 518 ff.).

4.13. Der Kläger führt mit dem Unfallereignis vom 28. Dezember 2005 eine mechanische Einwirkung als Ursache für seine Verletzungen bzw. Beschwerden an. Je höher das Mass der biomechanischen Einwirkungen auf den Körper eines Menschen, desto grösser ist die Wahrscheinlichkeit, dass eine Verletzung eingetreten ist; je geringer das Mass der Einwirkung, desto geringer wird diese Wahrscheinlichkeit. Zur Bestimmung der Belastung der Fahrzeuginsassen wird im Allgemeinen auf die kollisionsbedingte Geschwindigkeitsänderung (sog. Delta-v) zurückgegriffen, welche das betroffene Fahrzeug im Rahmen des Unfalles erfährt. Prof. Dr. med. P.\_\_\_\_\_, Facharzt für Rechtsmedizin, und Dr. sc. techn. D.\_\_\_\_\_, dipl. Ing. ETH, von der E.\_\_\_\_\_, gehen unter Verweis auf einschlägige Studien bei einer Heckkollision von einer für den Normalfall geltenden Harmlosigkeitsgrenze von Delta-v 10 bis 15 km/h aus. Der Normalfall besteht darin, dass die betroffene Person nicht älter als ca. 50 Jahre ist, nicht in einer ungünstigen Körperposition von der Kollision getroffen wird, keine relevanten medizinischen Vorschäden aufweist und keine weiteren Besonderheiten hat, die sich biomechanisch ungünstig auswirken (WALZ/MUSER, Bemessung der Verletzungsschwelle der HWS bei Heckkollisionen, S. 6 f., online verfügbar <http://www.agu.ch> [zuletzt besucht am 22. Oktober 2012]; FLORIN/MUSER/VOISARD/WALZ, Das Bermudadreieck HWS-Beschleunigungstrauma im Spannungsfeld zwischen Medizin, Technik und Recht, in: HAVE 2010, S. 377).

4.14. D.\_\_\_\_\_, erstattete vorliegend unter Beizug von Hilfspersonen das – in erster Linie unfalltechnische – Gutachten vom 16. November 2011 (act. 74). Darin

hielt er für den vorliegenden Fall einer Heckkollision dem Vorstehenden entsprechend fest, dass von der HWS ausgehende Beschwerden und Befunde durch eine kollisionsbedingte Geschwindigkeitsänderung zwischen 1.3 - 6.2 km/h *im Normalfall* bei einer 49-jährigen Person nicht erklärbar seien. Es sei abzuklären, ob eine Abweichung vom Normalfall vorliege (act. 74 S. 4).

4.15. Der Kläger war im Zeitpunkt der Kollision 49 – also unter 50 – Jahre alt. Er wurde nicht in einer ungünstigen Körperposition von der Kollision getroffen, da er im Zeitpunkt der Heckkollision mit aufrechtem Oberkörper und gerader Kopfhaltung dagesessen ist, beide Hände am Lenkrad gehabt, die Sicherheitsgurte getragen und sich als Folge des Stosses, relativ zu seinem Fahrzeug, annähernd gerade nach hinten bewegt hat. Der Kläger führt auch keine weiteren Besonderheiten an, welche sich auf die mit der Relativbewegung zwischen Kopf und Rumpf verbundene Rückwärtsbewegung der HWS negativ hätten auswirken können. Er macht aber eine *relevante* gesundheitliche Vorschädigung (Halswirbelsäulendistorsionstrauma 2002, Erholung von dieser Verletzung etwa zwei Jahre nach dem damaligen Unfall) geltend, indem er sich auf den Standpunkt stellt, das Delta-v bzw. die Schwere des Unfalls könne bei Rezidiven eines Halswirbelsäulendistorsionstraumas für die Frage der Kausalität keine entscheidende bzw. kausalitätsausschliessende Rolle spielen, da die Tatsache des Rezidivs als solche kausalitätsbegründend sei. Die Beklagte bestreitet dies und stellt sich auf den Standpunkt, es liege ein Bagatellunfall vor, der die geltend gemachte gesundheitliche Beeinträchtigung auch bei Vorliegen eines Rezidivs nicht erklären könne. Umstritten ist demnach, ob eine relevante gesundheitliche Vorschädigung und damit eine *Abweichung vom Normalfall* vorliegt, welche eine Verletzung der HWS als möglich erscheinen lässt.

4.16. Zur Beantwortung dieser Frage wurde auf Antrag beider Parteien eine – das Gutachten vom 16. Februar 2011 ergänzende – biomechanische Begutachtung eingeholt. Diese datiert vom 20. Dezember 2011 (act. 94). D.\_\_\_\_ und Q.\_\_\_\_, die zur Erstattung des Gutachtens beigezogene Fachärztin für Rechtsmedizin, kamen darin unter Berücksichtigung von sämtlichen medizinischen Unterlagen zum gesundheitlichen Zustand des Klägers vor und nach dem Unfall-

eignis vom 28. Dezember 2005 zusammenfassend zum Schluss, dass die von der HWS und LWS ausgehenden Beschwerden und Befunde des Klägers durch die Kollisionseinwirkung vom 28. Dezember 2005 *im Normalfall, wie im vorliegenden Fall*, bei einer 49-jährigen Person nicht erklärbar seien; die Belastung der Kollision vom 28. Dezember 2005 sei als niedrig einzustufen und ungeeignet, diese gesundheitlichen Beeinträchtigungen zu bewirken. Zu beachten ist, dass sie dabei sogar von einem maximalen Belastungswert von 6.2 km/h anstatt dem erstellten Wert von 5.5 km/h ausgingen (act. 94 S. 6).

4.17. Der Kläger ersuchte mit Eingabe vom 20. Februar 2012 um Erläuterung bzw. Ergänzung des ergänzten Gutachtens (act. 99 S. 2). Er wendete ein, seinen vorbestehenden gesundheitlichen Beeinträchtigungen der HWS und insbesondere dem Umstand, dass auch davon radiologische Befunde erstellt seien, werde im Gutachten zu wenig Beachtung geschenkt (act. 99 S. 3 f.). Dieser Einwand ist nicht nachzuvollziehen, haben doch die Experten der E.\_\_\_\_\_ auch die vom Kläger angeführten Arztberichte einschliesslich des von ihm besonders hervorgehobenen Berichtes der Privatklinik ... vom 27. Dezember 2002 einzeln und mit ihrem wesentlichen Inhalt rekapituliert, bevor sie ihre Schlüsse zogen. Die Experten hielten fest, dass der Kläger nach dem Unfall vom 20. Dezember 2002 primär unter lumbalen Schmerzen gelitten habe (act. 94 S. 2 ff.). Zwar seien in den Arztberichten auch immer wieder ein leichtes Cervikalsyndrom bzw. Schmerzen im Sitzen im cervicothoracalen Übergang erwähnt, jedoch seien die von der LWS ausgehenden Beschwerden klar im Vordergrund gestanden (act. 94 S. 5). Auch den nach Ansicht des Klägers zu wenig beachteten Umstand, dass von vorbestehenden gesundheitlichen Beeinträchtigungen der HWS radiologische Befunde erstellt seien, führten die Experten im Gutachten ausdrücklich an (act. 99 S. 3). Demnach kann keine Rede davon sein, dass im Gutachten ausser Acht gelassen worden ist, dass die HWS durch einen Vorunfall und eine degenerative Veränderung vorbelastet gewesen sei. Im Umkehrschluss hielten die Experten vielmehr fest, dass die von der HWS ausgehenden Beschwerden klar im Hintergrund gestanden seien, weshalb ein Normalfall vorliege, bei welchem die als niedrig einzustufende Belastung der Kollision vom 28. Dezember 2005 ungeeignet sei, die gesundheitlichen Beeinträchtigungen des Klägers zu bewirken.

Der Kläger wendete weiter ein, wenn der Gutachter ausführe, es wäre im vorliegenden Fall erstaunlich, wenn die von der HWS ausgehenden Beschwerden, die Beschwerden der LWS und die als niedrig einzustufende Belastung der Kollision vom 28. Dezember 2005 zu einem mehr als nur vorübergehenden Aufflammen von Beschwerden der HWS und LWS hätten führen sollen, schliesse er nicht aus, dass die Kollision zumindest als Teilursache in Frage komme (act. 99 S. 4). Dieser Einwand ist unbehelflich, da es für die Bejahung eines natürlichen Kausalzusammenhanges nicht ausreichen würde, wenn die Auffahrkollision als Teilursache lediglich *in Frage käme*. Die Kollision hätte die gesundheitlichen Beeinträchtigungen des Klägers vielmehr mit überwiegender Wahrscheinlichkeit mitverursachen müssen, wobei sie als Teilursache genügend bedeutsam hätte sein müssen, um für sich allein als notwendige Bedingung des Schadens zu gelten (BREHM, in: Berner Kommentar, 3. Aufl. 2006, N 109a zu Art. 41 OR). Dies stellen die Experten der E.\_\_\_\_\_ klar in Abrede. Der Kläger will weiter einen Widerspruch ausgemacht haben zwischen dem im Gutachten gezogenen Schluss, die Belastung durch die Kollision vom 28. Dezember 2005 sei ungeeignet, seine gesundheitlichen Beeinträchtigungen zu bewirken, und der vorangegangenen Feststellung, dass sie zumindest zu einem vorübergehenden Aufflammen der Beschwerden der HWS und LWS hätte führen können. Die Auswirkungen des Unfallereignisses vom 28. Dezember 2005 seien vorübergehend gewesen (act. 99 S. 5). Das bloss in Betracht ziehen der Möglichkeit, dass die Auffahrkollision zu einem Aufflammen von Beschwerden der HWS und LWS hätte führen können, steht nicht im Widerspruch zu der Schlussfolgerung der Experten der E.\_\_\_\_\_, dass die *vorliegenden* gesundheitlichen Beeinträchtigungen des Klägers durch die Kollision nicht erklärbar sind und die biomechanische Belastung ungeeignet ist, diese zu bewirken. Von einem vorübergehenden Aufflammen von Beschwerden kann im vorliegenden Fall keine Rede sein. Die ergänzende biomechanische Begutachtung ist demnach vollständig, schlüssig und nachvollziehbar, weshalb sich eine Erläuterung bzw. Ergänzung derselben erübrigt.

4.18. Aufgrund der ergänzenden biomechanischen Begutachtung vom 20. Dezember 2011 ist davon auszugehen, dass der Kläger im Zeitpunkt des Unfallereignisses vom 28. Dezember 2005 keine *relevanten* medizinischen Vorschä-

den aufwies; es liegt ein *Normalfall* vor, bei welchem eine Heckkollision mit einer kollisionsbedingten Geschwindigkeitsänderung von rund 1.3 - 5.5 km/h ungeeignet ist, die gesundheitlichen Beschwerden und Befunde des Klägers mitverursacht zu haben. Demnach ist ein natürlicher Kausalzusammenhang zwischen dem Unfallereignis vom 28. Dezember 2005 und den gesundheitlichen Beeinträchtigungen des Klägers zu verneinen; ein unfallbedingtes HWS-Schleudertrauma mit einem nachfolgenden rezidivierenden zervikozephalen und lumbovertebralen Syndrom erscheint nicht überwiegend wahrscheinlich. Worauf die Beschwerden und Befunde des Klägers nach dem Unfall zurückzuführen sind, kann offen gelassen werden. Die Klage ist demzufolge ohne Weiteres abzuweisen.

4.19. Weitere beweismässige Abklärungen erübrigen sich, da sie an der Klageabweisung nichts zu ändern vermöchten. Zu beachten ist einerseits, dass die Experten der E.\_\_\_\_\_ bei der biomechanischen Begutachtung nicht alleine auf das – in erster Linie unfalltechnische – Gutachten vom 16. Februar 2011 abstellten, sondern auch auf sämtliche medizinischen Unterlagen zum gesundheitlichen Zustand des Klägers vor und nach dem Unfall (act. 94 S. 2 und 5). Die Beurteilung der Kausalität erfolgte demnach unter Berücksichtigung des gesundheitlichen Vorzustandes des Klägers, der Schwere des Unfallereignisses vom 28. Dezember 2005 sowie der ärztlichen Angaben bezüglich Diagnose und Beschwerdebild des Klägers nach dem Unfall. Zweck des biomechanischen Gutachtens ist es denn auch, zwischen den mechanischen Einwirkungen durch das Unfallereignis und den medizinischen Beschwerden und Befunden des Fahrzeuginsassen eine Brücke zu schlagen (MAX BERGER, Unfalldynamik und Biomechanik - beweisrechtliche Bedeutung, in: SJZ 102 [2006] S. 28). Zu diesem Zweck zog D.\_\_\_\_\_ zu Recht Q.\_\_\_\_\_ bei, welche als Fachärztin für Rechtsmedizin über die nötigen medizinischen Kenntnisse verfügte. Andererseits ist zu beachten, dass die biomechanische Begutachtung nach Abschluss der ärztlichen Untersuchungen erfolgte. Es ist unbestritten, dass der Kläger heute wieder gesund ist, weshalb die Einholung eines weiteren ärztlichen Gutachtens nicht angezeigt ist.

4.20. Da die Klage abzuweisen ist, erübrigen sich Ausführungen zu den übrigen umstrittenen Anspruchsvoraussetzungen.

## **V. Kosten- und Entschädigungsfolgen**

1. Da der Kläger vollumfänglich unterliegt, sind ihm die Gerichtskosten aufzuerlegen (§ 64 Abs. 2 ZPO/ZH), welche nebst der Gerichtsgebühr die Auslagen für gerichtliche Gutachten beinhaltet (§ 201 GVG). Der Streitwert beträgt CHF 120'000.--. Die Gerichtsgebühr richtet sich nach dem Streitwert und ist in Anwendung von § 4 Abs. 1 und Abs. 2 und § 9 der Verordnung des Obergerichts über die Gerichtsgebühren vom 4. April 2007 auf drei Zweitel der Grundgebühr festzusetzen. Die Auslagen für das Gutachten vom 16. Februar 2011 und die Ergänzung desselben vom 20. Dezember 2011 betragen CHF 3'953.90.

2. Der Kläger wird, da er unterliegt, auch entschädigungspflichtig (§ 68 Abs. 1 ZPO/ZH). Die Prozessentschädigung ist in Anwendung von § 3 Abs. 1 und Abs. 2 und § 6 der Verordnung des Obergerichts über die Anwaltsgebühren vom 21. Juni 2006 auch auf drei Zweitel der Grundgebühr festzusetzen.

3. Der Kläger wurde in Anwendung von § 73 Ziff. 4 ZPO/ZH für die Gerichtskosten und die Prozessentschädigung kautionsiert (Prot. S. 13 und 31). Die Kautions in der Höhe von CHF 43'300.-- ist für die Prozessentschädigung und für die Gerichtskosten zu verwenden (§ 81 ZPO/ZH).

### **Es wird erkannt:**

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 15'000.--; die weiteren Kosten betragen:  
CHF 3'953.90 Kosten für Gerichtsgutachten.

3. Die Kosten werden dem Kläger auferlegt.
4. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten eine Prozessentschädigung von CHF 18'500.-- zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie nach Ablauf der Rechtsmittelfrist in elektronischer Form an die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA.
6. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen von dessen Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, nach Massgabe von Art. 72 ff. sowie Art. 90 ff. des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) Beschwerde, allenfalls nach Massgabe von Art. 113 ff. BGG subsidiäre Verfassungsbeschwerde erhoben werden.

---

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Oberrichter lic.iur. Peter Helm

lic.iur. Roger Büchi