

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB120111-O/U

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, und Dr. G. Pfister,
Oberrichterin Dr. M. Schaffitz sowie Gerichtsschreiberin lic. iur.
E. Iseli

Beschluss vom 4. Februar 2013

in Sachen

A. _____,

Kläger und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____ [Versicherung],

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. _____

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Winterthur vom
23. Oktober 2012 (CG090056)**

Erwägungen:

1. Am 30. Juni 2003 kam es zu einer Kollision zwischen dem Kläger, der als Rol-lerfahrer unterwegs war, und einer Automobilistin. Der Kläger wurde dabei ver-letzt. Die Schuld am Unfall trug unbestrittenermassen allein die Autolenkerin. Die Eidgenössische Invalidenversicherung, die C. _____ Versicherungen als Pensi-onskasse des Klägers und die D. _____ Versicherungen AG als Unfallversiche-rung des Klägers richteten diesem gestützt auf dieses Unfallereignis Invalidenren-ten aus, basierend auf einer Invalidität von 92%.

Am 23. September 2009 machte der Kläger die vorliegende Klage gegen die B. _____ [Versicherung] als Haftpflichtversicherung der fehlbaren Autolenkerin beim Bezirksgericht Winterthur rechtshängig mit dem Rechtsbegehren:

"1. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger zu zahlen Fr. 454'901.- Schadenersatz und Genugtuung zuzüglich 5% Zins sei 25.6.2009.

2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten."

Den Schadenersatz begründete er mit 6 einzeln bezifferten Teilbeträgen für den durch die vorgenannten Versicherungen noch ungedeckt gebliebenen bisherigen und künftigen Erwerbsschaden, bisherigen und künftigen Haushaltschaden, künf-tig geschuldete Nichterwerbstätigenbeiträge und vorprozessuale Anwaltskosten; die (Rest-)Genugtuung bezifferte er auf Fr. 40'638.-.

2. Nach durchgeführtem doppeltem Schriftenwechsel erliess die Vorinstanz nach den Regeln der erstinstanzlich noch anwendbaren Zürcherischen Zivilprozess-ordnung am 16. Februar 2011 einen umfassenden Beweisauflegebeschluss über die bestrittenen Behauptungen einerseits zum Unfallhergang, zu den erlittenen Verletzungen und zur Kausalität des Unfalls mit den heutigen Beschwerden bzw. der Arbeitsunfähigkeit des Klägers, und andererseits auch zum Schadens quanti-tativ. Die Parteien wurden dabei ausdrücklich darauf hingewiesen, dass auch all-fällige bereits im Hauptverfahren offerierte Beweismittel erneut aufzuführen seien (Urk. 40). Mit dem Beweisabnahmebeschluss vom 6. Juni 2011 wurde die Ab-nahme aller in den Beweisantretungsschriften der Parteien offerierten Beweismit-tel beschlossen (Urk. 52). Der Beweisabnahmebeschluss blieb unangefochten.

Nach Durchführung der offerierten Beweismassnahmen erliess die Vorinstanz am 23. Oktober 2012 das Urteil. Darin kam sie zum Schluss, dass nicht erwiesen sei, dass der Kläger beim Unfall mit dem Kopf auf dem Boden aufgeprallt sei, dabei ein Schädelhirntrauma erlitten habe und die heute geltend gemachte Arbeitsunfähigkeit allein auf das Unfallereignis zurückzuführen sei. Sie wies daher die Klage ab, ohne sich betragsmässig mit den einzelnen Forderungen des Klägers und dem Ergebnis des auch dazu durchgeführten Beweisverfahrens zu befassen (Urk. 91).

3. Gegen das vorinstanzliche Urteil erhob der Kläger am 28. November 2012 schriftlich und begründet Berufung (Urk. 90). Den Prozesskostenvorschuss hat er am 13. Dezember 2012 rechtzeitig geleistet (Urk. 93).

Der Kläger beantragt :

- "1. In Gutheissung der Berufung sei das Urteil des Bezirksgerichts Winterthur vom 23.10.2012 (Geschäfts-Nr. CG090056) aufzuheben und die Sache an die erste Instanz zurückzuweisen.
2. Die Gerichtskosten seien der Beklagten/Appellatin aufzuerlegen.
3. Die Beklagte/Appellatin sei zu verpflichten, dem Kläger eine angemessene Parteientschädigung, zzgl. 8% MwSt, zu bezahlen."

Für das Berufungsverfahren gelangen die Bestimmungen der Schweizerischen Zivilprozessordnung zur Anwendung (Art. 405 Abs. 1 ZPO/CH). Da sich die Berufung sofort als unbegründet erweist, konnte auf die Einholung einer Berufungsantwort verzichtet werden (Art. 312 Abs. 1 ZPO/CH).

4.1. Gemäss Art. 311 Abs. 1 ZPO ist die Berufung bei der Rechtsmittelinstanz schriftlich und begründet einzureichen. Aus der Rechtsmittelschrift muss hervorgehen, dass und weshalb der Rechtsuchende einen Entscheid anfechtet und inwieweit dieser geändert oder aufgehoben werden soll (BGE 134 II 248 E. 2.4.2). In der Berufungseingabe sind somit konkrete und klare Rechtsmittelanträge bzw. Rechtsbegehren zur Sache zu stellen. Die Berufungsanträge sind so zu formulieren, dass sie bei Gutheissung zum Urteil erhoben werden können. Geldforderungen sind genau zu beziffern. Dieses Erfordernis ergibt sich daraus, dass das Be-

rufungsgericht einen reformatorischen Entscheid soll fällen können, insbesondere wenn die Sache spruchreif ist (Hungerbühler, DIKE-Komm-ZPO, Art. 311 N 14, 17f; BK-Sterchi, Art. 311 N 14f ZPO; ZPO-Rechtsmittel-Kunz, Art. 311 N 63, 71). Dies gilt selbst dann, wenn die Vorinstanz den Sachverhalt (noch) nicht vollständig festgestellt hat (Reetz/Theiler, in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., 2. A. 2013, Art. 311 N 34). Ein blosser Antrag auf Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheides oder Rückweisung an die Vorinstanz ist in einem reformatorischen Rechtsmittelverfahren in der Regel unzureichend; eine Rückweisung an die erste Instanz hat die Ausnahme zu bleiben (BGer. 4A_252/2012 (27.09.2012); BGE 137 III 617 Erw. 4.3.).

4.2. Vorliegend hat die Vorinstanz sich in ihrem Urteil zwar nur zum Haftungsgrundsatz bzw. zur Kausalität zwischen dem Unfall und der geltend gemachten Arbeitsunfähigkeit geäußert. Sie hat zuvor ein umfassendes Beweisverfahren durchgeführt und die vollständigen Beweise zur Kausalität und teilweise auch bereits zum umstrittenen Quantitativ des Schadens abgenommen. Unter diesen Umständen genügt es nach der vorstehend zitierten Lehre und höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht, wenn der Berufungskläger lediglich die Rückweisung des Verfahrens an die Vorinstanz beantragt. Vielmehr hat er sich in einer gehörigen Berufungsschrift auch mit dem Quantitativ der Forderung auseinander zu setzen, wie sich dieses nach dem aktuellen Verfahrensstand darstellt, und entsprechende, bezifferte Anträge zu stellen. Dazu wäre er im jetzigen Verfahrensstadium noch besser als bei Einleitung des vorinstanzlichen Verfahrens in der Lage. In diesem Sinne sind die Berufungsanträge des Klägers und Berufungsklägers ungenügend. Sodann kritisiert der Kläger und Berufungskläger das durchgeführte Beweisverfahren unter verschiedenen Aspekten. In welchem Sinne dieser Kritik bei einer allfälligen Rückweisung bzw. einem Rückkommen auf das Beweisverfahren im Einzelnen Rechnung zu tragen wäre, ergibt sich aus der Berufungsschrift und -anträgen ebenfalls nicht mit hinreichender Bestimmtheit. Auf die Berufung ist daher mangels gehöriger Rechtsmittelanträge nicht einzutreten.

5. Lediglich ergänzend sei doch noch zu gewissen formellen Einwänden des Klägers und Berufungsklägers gegen das Beweisverfahren der Vorinstanz Stellung genommen.

5.1. Unnötiges Beweisverfahren wegen vorprozessualer Anerkennung

Auch im Berufungsverfahren macht der Kläger und Berufungskläger (nachfolgend nur noch Kläger) geltend, die Beklagte und Berufungsbeklagte (nachfolgend nur noch Beklagte) habe vorprozessual ihre Haftung für den gesamten geltend gemachten Schaden grundsätzlich anerkannt.

Die Vorinstanz verwies in ihrem Urteil darauf, dass die Beklagte vorprozessual ihre Haftung (nur) dem Grundsatz nach und eine Arbeitsunfähigkeit bis Juni 2004 wegen der erlittenen Hand- und Armverletzungen anerkannt habe, nicht aber die Kausalität des geltend gemachten Schadens aus Arbeitsunfähigkeit ab dem 1. Juli 2004 mit dem Unfall. Unter diesem Vorbehalt habe die Beklagte Akontozahlungen geleistet (Urk. 91 S. 20 i.V.m. Urk. 10 S. 6, Urk. 3/8, Urk. 23/2).

Der Kläger verkennt die Vorbehalte der Beklagten bei der vorläufigen Anerkennung ihrer Haftpflicht (Urk. 90 S. 21ff). An der zitierten Stelle der Klageantwort anerkannte die Beklagte ausdrücklich die Haftung des unfallbeteiligten Halters dem Grundsatz nach für die akuten Unfallfolgen nach dem 30. Juni 2003 (Urk. 10 S. 7 Rz 14); damit ist aber nichts gesagt über den Kausalzusammenhang des Unfalls mit den ab Juli 2004 beklagten gravierenden Beschwerden, was die Beklagte anschliessend sogleich näher ausführte (Urk. 10 S. 8 Rz 16). Die Ausführungen ab Seite 9 der vorinstanzlichen Klageantwort (Urk. 10) erfolgten im Sinne eines Eventualantrages und damit auch die entsprechende Zusammenfassung auf Seite 23; eine vorbehaltlose Anerkennung lässt sich aus Letzterer nicht ableiten. Die Verjährungseinredeverzichte erfolgten ausdrücklich "unter Wahrung aller übrigen Rechte und Einreden" (Urk. 3/9, Urk. 23/1). Sie enthalten keinerlei weitergehenden Anerkennungen oder Einredeverzichte als eben jener auf die Verjährung. Die Beklagte hat sodann ihre Haftung bzw. Zahlungspflicht nur für den bis Juni 2004 erlittenen Schaden anerkannt. Die teilweise aktenkundigen Akontozahlungen erfolgten im Oktober 2003, Februar und August 2004 sowie im Juni 2005 (Urk. 3/8, Urk. 23/1+2). Weitere Akontozahlungen wurden vom Ergebnis des von der

D._____ Versicherungen AG in Auftrag gegebenen Gutachtens abhängig gemacht (Urk. 23/1). Dass Akontozahlungen nach dem Vorliegen des Gutachtens noch erbracht worden wären und dass die erfolgten Akontozahlungen über den anerkannten Teilschaden hinausgegangen wären bzw. dafür bestimmt waren, hat der Kläger vor Vorinstanz nicht substantiiert. Das Beschwerdeverfahren vor dem Sozialversicherungsgericht wurde durch Anerkennung seitens der daran als Partei beteiligten D._____ Versicherungen AG erledigt (Urk. 23/15+16). Für die am Verfahren nicht als Partei beteiligte Beklagte erlangte diese Anerkennung keine materielle Rechtskraft und kann schon gar nicht als vorprozessuale Anerkennung der Kausalität durch die Beklagte gelten (Urk. 90 S. 22).

Auch bei einem Eintreten auf die Berufung wäre daher der Einwand der vorprozessualen Anerkennung der Kausalität des vorliegend umstrittenen Schadens aus anhaltender Arbeitsunfähigkeit zum Unfallereignis unbegründet.

5.2. Unvollständiges Beweisverfahren

Der Kläger macht in seiner Berufungsbegründung u.a. geltend, die Vorinstanz habe das Beweisverfahren nicht vollständig durchgeführt, indem sie nicht alle von ihm offerierten Beweise abgenommen habe.

Die Vorinstanz hat in Anwendung der damals geltenden Zürcherischen Zivilprozessordnung am 16. Februar 2011 einen ausführlichen Beweisaufgabebeschluss mit 14 Beweissätzen erlassen, gegliedert nach den Themen A. Kausalität (der heutigen Beschwerden zum Unfallereignis), B. Erwerbsausfall, C. Haushaltschaden, D. Mitursachen. Sie hat die Parteien dazu aufgefordert, ihre Beweismittel unter genauer Bezugnahme auf die einzelnen Beweissätze zu nennen und insbesondere auch jene Beweismittel erneut zu bezeichnen, die allenfalls bereits im Hauptverfahren offeriert worden waren (Urk. 40).

Mit den Beweissätzen I/11-13 unter dem Kapitel "C. Haushaltschaden" wurde dem Kläger der Beweis dafür auferlegt, dass er vor dem Unfallereignis bestimmte, konkret aufgelistete Haushaltarbeiten erledigt hat, dafür 66 Stunden pro Monat aufgewendet hat und nach dem Unfall diese Arbeiten nur noch in einem prozentual reduzierten Umfang übernehmen konnte. Der Kläger hat dazu eine "Expertise über die Frage, welche Haus- und Familienarbeiten der Kläger vor dem Unfall erledigt hatte, wie hoch der monatliche Aufwand in Stunden und wie gross die Ein-

schränkung in der Zeit seit dem Unfall war und bleibt" offeriert (Urk. 50 S. 11). Damit hat er aber mitnichten ein Gutachten zur Kausalität seiner heutigen gesundheitlichen Beschwerden und der anhaltenden Arbeitsunfähigkeit mit dem Unfallereignis vom 30. Juni 2003 gemäss Kapitel A des Beweisauftragsbeschlusses offeriert. Die Rüge im Berufungsverfahren, die Vorinstanz habe kein Gutachten zur Kausalität zwischen dem Unfall der heutigen Arbeitsunfähigkeit eingeholt und damit das Beweisverfahren nicht vollständig durchgeführt (Urk. 90 S. 4, 31f), geht daher fehl.

Nach dem Konzept der Zürcherischen Zivilprozessordnung wurde das Beweisverfahren erst nach Abschluss des Hauptverfahrens durchgeführt und - im Gegensatz zur Schweizerischen Zivilprozessordnung - mit einem förmlichen Beweisauftragsbeschluss eröffnet, in dem die Beweisthemen detailliert aufzuführen und die Beweislast zu verteilen waren. Die Parteien waren nicht verpflichtet, bereits im Hauptverfahren ihre Beweismittel zu nennen; § 113 ZPO/ZH galt im ordentlichen Verfahren als blosse Ordnungsvorschrift und ersetzte die förmliche Beweisantretung nach ergangenem Beweisauftragsbeschluss nicht (Frank/Sträuli/Messmer, ZPO § 113 N 18, § 136 N 1). Der Wortlaut von § 137 ZPO/ZH statuierte sodann ausdrücklich, dass in der Beweisantretungsschrift sämtliche Beweismittel zu nennen waren. Die Einleitung des Beweisverfahrens erst nach Abschluss des Hauptverfahrens erlaubte einerseits die Beschränkung des Beweisverfahrens auf die wesentlichen, umstrittenen Parteibehauptungen sowie die klare Zuordnung der Beweismittel zu bestimmten Behauptungen. Solches war anhand der oft nur pauschal und zu ganzen Sachverhaltskomplexen im Hauptverfahren offerierten Beweismittel mitunter nicht möglich, zumal die Parteien nicht zu einer vollständigen und abschliessenden Beweismittelbezeichnung angehalten waren (§ 141 ZPO/ZH e contrario). Andererseits diente die abschliessende Zuordnung von Beweisthemen und Beweismitteln im Beweisabnahmebeschluss der Klarheit und Übersichtlichkeit der abzunehmenden Beweise und erlaubte den Parteien allenfalls auch, auf früher bezeichnete, durch den weiteren Verfahrensablauf oder bessere Erkenntnisse aber als überholt oder als kontraproduktiv erkannte Beweismittel zu verzichten. In diesem Sinne war es ständige und unangefochtene Praxis der Gerichte, nur die in der Beweisantretung genannten Beweismittel abzuneh-

men, und nicht in den Schriftsätzen des Hauptverfahrens noch nach allfälligen weiteren, früher offerierten Beweismitteln und deren Relevanz für die späteren, konkreten Beweissätzen zu forschen. Darauf wurden die Parteien stets hingewiesen und auch die Vorinstanz hat dies vorliegend konkret getan (Urk. 40 Ziff. III). Zwar kennt die heutige Schweizerische Zivilprozessordnung hinsichtlich des zeitlichen Verhältnisses von Haupt- und Beweisverfahren ein anderes System bzw. eine andere Chronologie. Allein deswegen geraten die bewährten Regeln der Zürcherischen Zivilprozessordnung nicht nachträglich zum überspitzten Formalismus. Der Kläger hat es selber zu vertreten, wenn er Beweisofferten aus seinen Rechtsschriften im Hauptverfahren in der Beweisantretungsschrift nicht mehr aufgeführt hat. Insbesondere hat er auch den Beweisabnahmebeschluss vom 6. Juni 2011 nicht angefochten, als er klar erkennen konnte, dass die Vorinstanz seine früher genannten Beweismittel nicht aufgeführt hat.

Die Rüge des Klägers im Berufungsverfahren, die Vorinstanz habe die in der Replik von ihm offerierte Edition des Helms und ein umfassendes medizinisches Gerichtsgutachten zur Kausalität nicht angeordnet (Urk. 90 S. 4, 12-14, 26f, 29), müsste daher auch bei einem Eintreten auf die Berufung als unbegründet zurückgewiesen werden.

5.3. Beweiswert Zeugenaussage E. _____

5.3.1. Die D. _____ Versicherungen AG als mitbeteiligte Unfallversicherung liess für ihr Schadensverfahren bei Dr. E. _____ ein Gutachten über die überdauernden gesundheitlichen Beschwerden des Klägers und den Kausalzusammenhang mit dem Unfallereignis vom 30. Juni 2003 erstellen (Urk. 23/13). Nach Abschluss der Begutachtung am 7.11.2005/26.1.2006 bzw. ab Mai 2007 entstand zwischen Dr. E. _____ und dem Kläger auch ein Behandlungsverhältnis. Im vorliegenden Verfahren berief sich der Kläger als Beweismittel zum Unfallablauf, den dabei erlittenen Verletzungen und des Kausalzusammenhangs der Verletzungen zur geltend gemachten, dauerhaften Arbeitsunfähigkeit auf dieses Gutachten sowie auf Dr. E. _____ als Zeugen (Urk. 50).

Die Vorinstanz befragte den Gutachter als Zeugen zu seinen konkreten Wahrnehmungen und Feststellungen im Zusammenhang mit dem Unfallablauf und dem Gesundheitszustand des Klägers, nicht aber zu fachlichen Schlussfolgerun-

gen und Wertungen, da er nicht als gerichtlicher Sachverständiger angerufen und bestellt worden sei. Dem Gutachten dieses Arztes für die D. _____ Versicherungen AG mass die Vorinstanz nur den Stellenwert einer Parteibehauptung zu, ging im Rahmen der Beweiswürdigung indessen trotzdem auf den Inhalt des Gutachtens ein (Urk. 70/2, Urk. 91 S. 7, 10f, 14ff). Mit seiner Berufung bemängelt der Kläger, dass Dr. E. _____ nicht als sachverständiger Zeuge bzw. nicht als gerichtlicher Sachverständiger befragt worden sei; auch sein unabhängiges und mit Kenntnis der Beklagten erstattetes Gutachten sei nicht als solches gewürdigt, sondern nur als Parteibehauptung bezeichnet worden (Urk. 90 S. 4, 12f, 15ff).

5.3.2. Bedarf die Feststellung oder Würdigung eines Sachverhaltes einer besonderen Fachkunde, so hat das Gericht dafür einen Sachverständigen zu bestellen. Es hat sich dabei über die spezielle Sachkunde des Beauftragten zu vergewissern; der Experte muss dieselbe Unabhängigkeit und Unvoreingenommenheit gegenüber den Parteien haben wie das Gericht selber; das Gericht hat den Experten über die massgeblichen Grundlagen seiner Begutachtung zu instruieren und die massgeblichen Expertenfragen in neutraler Form zu formulieren; schliesslich ist der Experte auf seine allgemeinen Sorgfaltspflichten und die strafrechtlichen Sanktionen eines unrichtigen Gutachtens hinzuweisen. Die Prozessparteien haben bei der Gutachtenerstellung massgebliche Mitwirkungsrechte. Sie können sich zur Person des Gutachters äussern und zu dessen Instruktion. Sodann haben sie das Recht zu einer Stellungnahme zum Gutachten, zur Klärung von Widersprüchen und Unklarheiten, bei grösseren Mängeln auch zur Beantragung eines neuen Gutachtens. Sind bei der Gutachtenerstellung alle diese Vorschriften eingehalten worden, so hat es einen erhöhten Beweiswert : Die Schlussfolgerungen des Experten sind für das Gericht in dem Sinne verbindlich, dass es von den fachkundigen Feststellungen des Gutachtens im Rahmen der Beweiswürdigung nur abweichen darf, wenn diese offensichtlich nicht schlüssig sind, d.h. die Schlussfolgerungen sich mit den Grundlagen des Gutachtens nicht vereinbaren lassen, oder wenn der Gutachter von offensichtlich falschen Grundlagen ausgegangen ist (Frank/Sträuli/Messmer, ZPO § 181 N 5; BGE 120 V 357). Ausserhalb eines gerichtlichen Verfahrens erstellte Parteigutachten oder private Arztberichte unterliegen diesen qualifizierenden Vorschriften nicht. Sie sind durch das Gericht

wohl zu würdigen und können zur Beweisfindung beitragen. Sie haben aber nicht den erhöhten Beweiswert einer gerichtlichen Expertise im vorgenannten Sinne und das Gericht ist völlig frei in ihrer Würdigung und der Würdigung ihrer Beweiskraft (BGE 125 V 351).

Gerichtliche Gutachten konnten nach der Zürcherischen Zivilprozessordnung auch mündlich erstattet werden (§ 178 ZPO/ZH). Dabei waren aber dieselben Verfahrensgarantien zugunsten der Prozessparteien zu beachten; das mündliche Gutachten unterschied sich vom schriftlichen lediglich durch seine äussere Form. Die Form der mündlichen Expertise ist daher zu unterscheiden von der Befragung eines sachverständigen Zeugen, welche § 165 Ziff. 3 ZPO/ZH noch erwähnte. Der sachverständige Zeuge vermittelt dem Gericht wie jeder andere Zeuge grundsätzlich eigene, vorprozessuale Wahrnehmungen, die er dank seiner Fachkunde machen konnte, und verbindet damit allenfalls noch eine fachkundige Einschätzung. Der gerichtliche Experte vermittelt dem Gericht hingegen nur seine fachlichen Kenntnisse und die fachliche Würdigung eines vorgegebenen Sachverhalts, ohne dass er vorprozessuale Beziehungen zur Sache hat und darüber berichten könnte. Liegt das Hauptgewicht der Aussage auf der fachkundigen Einschätzung und Wertung eines bestimmten Sachverhaltes, so sind die Verfahrensvorschriften der Expertise einzuhalten (Frank/Sträuli/Messmer, ZPO § 165 N 3).

5.3.3. Das Gutachten von Dr. E. _____ wurde von der D. _____ Versicherungen AG veranlasst. Die Beklagte wusste zwar um die Erstellung dieses Gutachtens. Sie hatte in jenem Verfahren aber keine Parteistellung, konnte sich weder zur Person des Gutachters noch zum Ergebnis des Gutachtens, dessen Grundlagen und dessen Schlüssigkeit äussern oder weiterführende Anträge stellen. Allein die Kenntnis vom Inhalt des Gutachtens genügt nicht und stellt keine Anerkennung dar (Urk. 90 S. 8, 10 i.V.m. Urk. 22 S. 9). Das Gutachten wurde auch nicht im Sinne eines Schiedsgutachtens mit vertraglicher Bindungswirkung für die Beklagte erstellt. Wurden damit wesentliche Verfahrensgarantien zugunsten der Beklagten, wie sie für eine gerichtliche Expertise zu beachten sind, nicht erfüllt, kann diese Expertise im vorliegenden Verfahren keinen höheren Beweiswert als ein privater Arztbericht haben und unterliegt der freien richterlichen Beweiswürdigung. Die Vorinstanz hat den Inhalt des Gutachtens in diesem Sinne denn auch bei der

Würdigung der Beweislage berücksichtigt und im Vergleich mit den weiteren Beweismitteln (Beschädigung des Helmes) und Arztberichten (insbesondere den Berichten des Kantonsspitals F. _____ über die Eintritts- und Austrittsbefunde) gewürdigt. Dieses Vorgehen ist im Ergebnis nicht zu beanstanden.

Dr. E. _____ wurde vom Kläger in seiner vorinstanzlichen Beweisantragungsschrift weder als Sachverständiger für eine mündliche Expertise noch ausdrücklich als sachverständiger Zeuge angerufen. Die Vorinstanz befragte ihn als Zeugen zu seinen tatsächlichen Wahrnehmungen betreffend den tatsächlichen Unfallablauf und die damals eingetretenen Verletzungen, auf die er das Gutachten für die D. _____ konkret abgestützt hatte und die er Aussagen und anderweitigen ärztlichen Befunden entnommen hatte. Weiter liess sie den Zeugen seine fachkundige Diagnose zum Gesundheitszustand des Klägers im Begutachtungszeitpunkt darlegen. Hingegen liess sie keine Fragen und Aussagen zu medizinischen Rückschlüssen aus diesen Feststellungen auf eine unfallbedingte Ursache für die aktuell andauernde Arbeitsunfähigkeit zu (Urk. 70/1). In diesem Sinne hat die Vorinstanz den Zeugen faktisch durchaus im Sinne eines sachverständigen Zeugen befragt, hingegen prozessrelevante Bewertungsfragen, da gutachterliche Fragen, ausgeklammert. Es ist auch nicht Sache eines (sachverständigen) Zeugen, weitere Beweismittel zu kommentieren und ihr fachliche Schlüssigkeit zu würdigen (Urk. 90 S. 16 Rz 28). Aufgrund der blossen Anrufung dieses Arztes als Zeuge ist das konkrete prozessuale Vorgehen der Vorinstanz daher nicht zu beanstanden. Kommt dazu, dass der Zeuge im Zeitpunkt der Zeugenbefragung auch zum behandelnden Arzt des Klägers geworden war. Dies tangierte seine Unabhängigkeit und Neutralität, und er wäre als Experte nicht mehr in Frage gekommen. Im Vordergrund dürften für ihn damals die Befunde und die Therapierbarkeit gestanden haben, weniger ihre genaue Ursache. Dass die Vorinstanz weitere Fragen als auf Seite 12 des Zeugenprotokolls vermerkt nicht zugelassen hat und gegebenenfalls welche, tut der Kläger im Berufungsverfahren nicht substantiiert dar (Urk. 90 S. 12f). Anlässlich der Zeugenbefragung hätte er die Protokollierung abgelehnter Ergänzungsfragen verlangen können (§ 146 GVG/ZH); da er dies unterlassen hat, lassen sich seine Vorwürfe hinsichtlich Wesentlichkeit und prozessualer Zulässigkeit nicht zugelassener Fragen nicht überprüfen. Sodann hat er nie ein Protokoll-

berichtigungsbegehren hinsichtlich einer allenfalls unvollständigen Protokollierung gestellt. Die Art und Weise der Abnahme des Beweismittels "Zeuge : Dr. med. E._____" wäre auch bei einem Eintreten auf die Berufung daher nicht zu beanstanden.

6. Die Vorinstanz hat sich in ihrem Urteil grundsätzlich mit allen vom Kläger angeführten Beweismitteln zur Kausalität der geltend gemachten andauernden Arbeitsunfähigkeit mit dem Unfallereignis und dessen Ablauf auseinandergesetzt. Dabei hat sie das Schwergewicht auf die relative Unversehrtheit des getragenen Helmes und die Berichte der Notfallstation des Kantonsspitals F.____ gelegt, aus welchen sie ableitete, dass der Kläger keine erheblicheren Kopfverletzungen erlitten habe. Diesen Feststellungen ordnete sie die späteren ärztlichen Befunde und Feststellungen über später beklagte Beschwerden des Klägers unter. Da wie vorstehend erwähnt aus formellen Gründen auf die Berufung nicht einzutreten ist, kann auf eine einlässliche inhaltliche Auseinandersetzung mit dieser Beweiswürdigung verzichtet werden.

7. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird der Kläger für das Berufungsverfahren kostenpflichtig. Die Entscheidgebühr ist in Anwendung von §§ 4, 10 Abs. 1 und 12 GerGebVO festzusetzen. Mangels wesentlicher Umtriebe ist der Beklagten für das Berufungsverfahren keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

Es wird beschlossen:

1. Auf die Berufung des Klägers wird nicht eingetreten.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 10'000.-- festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das Berufungsverfahren werden dem Kläger und Berufungskläger auferlegt und mit seinem Kostenvorschuss verrechnet.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte und Berufungsbeklagte unter Beilage eines Doppels von Urk. 90, sowie an das Bezirksgericht Winterthur, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmitelfrist an die Vorinstanz zurück.

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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 454'900.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 4. Februar 2013

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. E. Iseli

versandt am:
mc