

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr. LB140044-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter
Dr. P. Higi und Ersatzrichterin Prof. Dr. I. Jent-Sørensen sowie
Gerichtsschreiber lic. iur. M. Hinden

Urteil vom 4. September 2014

in Sachen

NVB - Nationales Versicherungsbüro Schweiz,
Beklagter und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

Eidgenössische Invalidenversicherung,
Klägerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **Forderung / Rückweisung**

Berufung gegen ein Urteil der 10. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich vom 1. Februar 2013; Proz. CG120020

Urteil der II. Zivilkammer des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 12. Dezember 2013; Proz. LB130015

Urteil Bundesgericht vom 20. Mai 2014; Proz. 4A_62/2014

Rechtsbegehren (act. 3 S. 2):

- "1. Der Beklagte sei zu verurteilen, der Klägerin Fr. 112'529.00 zuzüglich Zins zu 5 %
 - ausmachend für die Zeit vom 26. Mai 2003 bis 31. August 2011 Fr. 29'173.00
 - und auf Fr. 112'529.00 ab dem 1. September 2011 zu bezahlen.
2. Unter o/e Kostenfolgen zulasten des Beklagten".

Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 10. Abteilung, vom 1. Februar 2013 (act. 39 = act. 46/1 = act. 47):

- "1. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin Fr. 112'529.– zuzüglich Zins zu 5% für die Zeit vom 26. Mai 2003 bis zum 31. August 2011 in der Höhe von Fr. 29'173.– nebst Zins zu 5 % auf Fr. 112'529.– seit 1. September 2011 zu bezahlen.
2. Die Entscheidegebühr wird auf Fr. 9'251.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten werden der beklagten Partei auferlegt und mit den geleisteten Vorschüssen der Parteien verrechnet.
4. Die beklagte Partei wird verpflichtet, der klagenden Partei eine Parteient-schädigung von Fr. 11'652.– zu bezahlen. Zudem hat sie der klagenden Par-
tei den Kostenvorschuss von Fr. 9'251.– zu ersetzen.
- 5./6. Mitteilung/Rechtsmittel"

Berufungsanträge:

des Beklagten/Appellanten (act. 45 S. 2):

"Unter Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils sei die Klage abzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge (inkl. MWST) zu Lasten der Klägerin/Appellatin".

der Klägerin/Appellatin (act. 53 S. 2):

1. Die Berufung sei abzuweisen und das Urteil der 10. Abteilung des Bezirksgerichts Zürich vom 1. Februar 2013, Proz.CG120020, sei zu bestätigen.
2. Unter o/e-Kostenfolge zulasten des Beklagten und Berufungsklägers".

Erwägungen:

I.

1. Die Klägerin hat der Geschädigten A. _____ aus einem Auffahrunfall, verursacht durch B. _____ (Lenker und Halter des VW Passat, Kennzeichen ...), insgesamt Fr. 140'661.-- geleistet. Sie fordert im vorliegenden Verfahren vom Beklagten, der gemäss Art. 74 Abs. 2 lit. a SVG die Schäden ausländischer Motorfahrzeugführer zu decken hat, die regressweise Erstattung von 80 % dieser Leistungen, d.h. Fr. 112'529.-- (vgl. act. 47 S. 4 f.) zurück. Die Regressforderung betrifft unbestrittenermassen den Zeitraum vom 1. Februar 2003 bis 10. August 2005. Der Beklagte bestreitet seine Leistungspflicht, weil die Geschädigte im genannten Zeitraum in ihrer angestammten Berufstätigkeit im haftpflichtrechtlichen Sinne nicht arbeits-/erwerbsunfähig gewesen sei. Die Vorinstanz hat die Klage gutgeheissen und den Beklagten im Sinne des eingangs genannten Dispositivs verpflichtet.

2. Gegen diesen Entscheid reichte der Beklagte innert Frist Berufung bei der Kammer ein (act. 45). Beim Beklagten wurde ein Kostenvorschuss von Fr. 9'250.-- erhoben (act. 48), der rechtzeitig geleistet wurde (act. 50). Die Klägerin hat eine Berufungsantwort erstattet (act. 53), welche dem Beklagten samt Beilage (act. 54) zugestellt wurde (act. 55). Dieser hat dazu keine Stellung genommen.

3. Mit Urteil der Kammer vom 12. Dezember 2013 (Geschäft LB130015) wurde die Berufung gutgeheissen und die Klage abgewiesen (act. 70). Dagegen führte die Klägerin beim Bundesgericht Beschwerde (4A_62/2014). Diese wurde gutgeheissen und das Urteil aufgehoben und die Sache zur neuen Entscheidung an die Kammer zurückgewiesen (act. 71). Das Bundesgericht begründete seinen Entscheid damit, dass es ausgewiesen sei, dass der heutige Bürokollege und Bruder des Ehemannes der Korreferentin, der in der Zeit von 1985 bis 2008 Mitglied der Direktion bei der C._____ war, im Jahr 2006 an der vergleichweisen Erledigung des Direktschadens mit der Geschädigten und Versicherten A._____ beteiligt war. Der Bruder des Ehemannes und Schwager der Korreferentin, der gemäss Webseite des Anwaltsbüros Fachspezialist im Haftpflichtrecht sowie für Sozialversicherungsleistungen und Regresse ist, sei zwar nicht am vorliegenden Prozess beteiligt, doch sei er massgeblich für Leistungen verantwortlich, welche auf dem gleichen Lebenssachverhalt und zum Teil den gleichen Leistungsvoraussetzungen beruhten (act. 71 E. 5.2.3). Insgesamt bestehe über den Ehemann und den Schwager eine derartige Nähe der mitwirkenden Oberrichterin, dass sie wegen des Anscheins der Befangenheit in den Ausstand hätte treten müssen. Die Kammer werde in einem verfassungs- und gesetzmässig zusammengesetzten Spruchkörper einen neuen Entscheid zu erlassen haben (act. 71 E. 5.2.4).

4. Die Sache ist spruchreif und auf die Ausführungen der Parteien wird, soweit erforderlich, im jeweiligen Zusammenhang Bezug genommen.

II.

1. a) Zu beantworten ist zunächst die Frage, inwieweit im Regressprozess die vom Sozialversicherer ausgerichteten Leistungen überprüft werden können und müssen. Aus dem von der Klägerin erwähnten Bundesgerichtsentscheid 4C.374/2005 ergibt sich, dass das Kantonsgericht St. Gallen (in jenem Verfahren als Vorinstanz) unter Hinweis auf BGE 110 V 176 E. 2a (wo es um die Frage der Wiedererwägung von Verwaltungsverfügungen geht) der Ansicht ist, es seien

Leistungen der Invalidenversicherung, die in einer Verfügung, die weder nichtig noch mit einem schwerwiegenden Mangel behaftet ist, auch für den Haftpflichtversicherer rechtskräftig festgesetzt worden. Insbesondere aus Gründen der Rechtssicherheit und aus prozessökonomischen Gründen war das Kantonsgericht zum Schluss gelangt, dass das Sachgericht in einem Regressprozess zur – vorfrageweisen – Feststellung der Leistungsansprüche nach IVG nicht noch einmal denselben Aufwand zu treiben habe wie die zuständige Behörde der Sozialversicherung. Wie sich das Bundesgericht zur Ansicht des Kantonsgerichts stellt, blieb letztlich aus verfahrensrechtlichen Gründen offen, worauf der Beklagte (act. 13 Rz 70) hinweist.

b) Zu klären ist damit die Bedeutung rechtskräftiger Verwaltungsverfügungen im zivilgerichtlichen Verfahren. Nach der Vorfragendoktrin hat der Zivilrichter rechtskräftige Verwaltungsverfügungen seinem Entscheid zu Grunde zu legen; solange nicht rechtskräftig entschieden ist, kann er sein Verfahren entweder aussetzen, um den Ausgang des Verwaltungsverfahrens abzuwarten, oder er kann die Vorfrage aus dem Bereich des öffentlichen Rechts, allerdings nur mit Wirkung für sein eigenes Verfahren, entscheiden (Walther J. Habscheid, Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, 2. Auflage, Basel/Frankfurt a.M. 1990, Rz 562; Max Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Auflage, Zürich 1979, S. 155 Anm. 4). Liegt der öffentlichrechtliche Entscheid bereits vor oder wartet der Zivilrichter den öffentlichrechtlichen Entscheid ab, so ist er ohne Weiteres daran gebunden. Eine allfällige Einwendung einer der Parteien, der öffentlichrechtliche Entscheid unrichtig sei, hat der Zivilrichter mit Blick auf dessen Rechtskraft zurückzuweisen. Aus der Vorfragendoktrin ergibt sich allerdings nicht, wie es sich dann verhält, wenn am öffentlichrechtlichen Verfahren nicht die gleichen Parteien beteiligt sind bzw. waren wie am Zivilprozess. Hier muss grundsätzlich die allgemeine Regel gelten, dass die Bindungswirkung nur für die Parteien und ihre Rechtsnachfolger besteht.

Die Klägerin ist kraft gesetzlicher Vorschrift in die Rechtsstellung der Geschädigten subrogiert, was sie zur (Einzel-)Rechtsnachfolgerin macht (vgl. z.B. ZK ZPO-Schwander, N 38 zu Art. 83). Allerdings gilt es zu bedenken, dass dem

Beklagten die IV-Verfügungen nicht eröffnet wurden, woraus die Vorinstanz gefolgert hat, dass diese einer gerichtlichen Prüfung unterzogen werden können und müssen (act. 39 S. 51). Dem ist zuzustimmen. Die Verfügungen der IV (act. 4/73 bis 75, 4/76 bis 79 und 4/86) wurden der Geschädigten sowie anderen Versicherern ("D. _____" bzw. "E. _____") zugestellt und den "Betroffenen" eine Rechtsmittelfrist eröffnet. Dem Beklagten gingen diese Verfügungen jedoch nicht zu, so dass er kein Rechtsmittel ergreifen konnte. Würde es nach den üblichen Regeln der Rechtsnachfolge gehen, so wäre die Invalidenversicherung faktisch frei, den Geschädigten zu Lasten des Haftpflichtversicherers Leistungen zuzusprechen, ohne sich um deren Gesetzmässigkeit zu kümmern. Träfe die Argumentation des Kantonsgerichts St. Gallen zu, so wäre eine solche Verfügung im Regressprozess (an dem die Invalidenversicherung als Partei teilnimmt) stets verbindlich, ausser sie wäre geradezu qualifiziert falsch. Dass sich die Geschädigten im Rahmen des sozialversicherungsrechtlichen Rechtsmittelzuges einerseits zu Gunsten des Haftpflichtversicherers ihres Unfallgegners und andererseits zu ihren eigenen Ungunsten um richtige Rechtsanwendung bemühen, ist nicht zu erwarten, sind doch die Interessen von Geschädigten und Haftpflichtversicherern gegenläufig. Eine uneingeschränkte Bindung wäre auch deshalb problematisch, weil – wie im Verfahren verschiedentlich erwähnt – die Ziele von Sozialversicherungsrecht und Haftpflichtrecht nicht identisch sind (vgl. Alexandra Rumo-Jungo, Haftpflicht und Sozialversicherung, Arbeiten aus dem iuristischen Seminar der Universität Freiburg, Freiburg 1998, Rz 765 f. mit Hinweisen und Kritik an der Unterscheidung [vgl. Rz 775 ff.]). Überzeugend führt in diesem Zusammenhang Alfred Keller (Haftpflicht im Privatrecht, Band II, 2. Auflage, Bern 1998, S. 217) aus: "Die Sozialversicherung tritt nur im Umfange ihrer Leistungen, genauer gesagt der von ihr geschuldeten, gesetzlichen Leistungen ein. Zusatzzahlungen, die sie aus irgendeinem Grunde, freiwillig oder aus Irrtum, erbringt, fallen ausser Betracht, denn der Rückgriff, welchen das Gesetz gewährt, bezieht sich auf die Leistungen, die es vorsieht. Dadurch wird verhindert, dass die Sozialversicherung, ihres Rückgriffs gewiss, mit dem Geld der Haftpflichtigen die edle Spenderin spielt ...". Und das Bundesgericht hat im Entscheid 4C.374/2005 E. 4 festgehalten, dass die Legalzession (nach Art. 52 aIVG und Art. 48ter aAHVG und in Übereinstimmung mit

der Lehre, z.B. Rumo-Jungo, a.a.O., Rz 1008) nur Leistungen umfasst, zu deren Ausrichtung der Sozialversicherer verpflichtet gewesen war. Nicht ersetzt werden müssen Leistungen, "welche darüber hinausgehen und insbesondere freiwillig oder aus Irrtum erfolgen".

Berechtigten demnach nur die "gesetzlich geschuldeten Leistungen" zum Regress, folgt daraus zwingend, dass Verfügungen im Rahmen des Regressprozesses unter diesem Gesichtspunkt überprüft werden dürfen. Letztlich weist dies auch den richtigen (prozessualen) Weg. Im Prozess des Haftpflichtversicherers besteht eine Bindung an die Verfügungen der Invalidenversicherung insofern, als es sich unbestrittenermaßen um "gesetzliche Leistungen" handelt. Ob die Leistungen "gesetzlich" sind, muss der Haftpflichtige beim Zivilrichter zur Diskussion stellen können.

c) Subrogation erfolgt lediglich in kongruente Leistungen, was dem Grundsatz nach unbestritten ist. Aus der Sicht der Vorinstanz entsprechen sich die Leistungen der Klägerin und die Schuld des Beklagten als Haftpflichtigem in zeitlicher, sachlicher, personeller und ereignisbezogener Hinsicht (act. 39 S. 57). Das zeitliche Moment ist unproblematisch, ebenso das ereignisbezogene und das personelle. Zu untersuchen wird sein, ob die Umschulung und die damit verbundenen Kosten kongruent sind. Der Beklagte bestreitet zum einen, dass die Umschulung nach sozialversicherungsrechtlichen Grundsätzen finanziert werden musste, was die Frage der gesetzlichen Leistung betrifft. Er ist zudem der Meinung, dass er als Haftpflichtversicherer die Umschulung auch nicht direkt – auf Grund der privatrechtlichen Regeln – hätte finanzieren müssen. Das trifft insofern zu, als er indirekt nur für das aufkommen muss, was er aus Haftpflichtrecht der Geschädigten auch direkt hätte bezahlen müssen. Er kann nur dann in Anspruch genommen werden, wenn die Voraussetzungen für die Umschulung der Geschädigten sowohl sozialversicherungsrechtlich als auch haftpflichtrechtlich gegeben sind.

2. a) Zwischen den Parteien ist weiter umstritten, ob der Beklagte die Regressforderung noch in Frage stellen kann, wenn er der Geschädigten seinerseits Direktleistungen und anderen Versicherern Regresszahlungen aus dem gleichen

Unfallereignis vom 23. Januar 2001 erbracht hat. Die Klägerin fasst ihre Kritik wie folgt zusammen: "Es ist in hohem Masse unglaublich, dass der Beklagte gegenüber dem UVG-Versicherer und der geschädigten Person Leistungen erbracht hat, welche in Tat und Wahrheit nicht geschuldet gewesen sein sollen. Was der Beklagte schon im erstinstanzlichen Verfahren und auch nunmehr im Berufungsverfahren vorbringt, steht im Widerspruch zu seiner eigenen Handlungsweise, und verstösst somit gegen das Verbot widersprüchlichen und somit rechtsmissbräuchlichen Verhaltens" (act. 53 S. 4). Die Klägerin weist darauf hin, dass auch im Prozess der Grundsatz von Treu und Glauben gelte, und dass Einwendungen, die mit der früheren Prozessführung derselben Partei mit demselben Gegner unvereinbar seien und auf die Erlangung eines nicht zu rechtfertigenden Vorteils abzielen, unzulässig seien (act. 53 S. 3). Anzumerken ist, dass es sich hier nicht um den prozessualen Rechtsmissbrauch handeln kann, weil in der vorliegenden Frage bis anhin nicht prozessiert wurde, weder von der Geschädigten noch vom Beklagten.

Nach BGer 4C.274/2006 ist die Geltendmachung eines Rechts missbräuchlich, wenn sie im Widerspruch zu einem früheren Verhalten steht und dadurch erweckte berechnete Erwartungen enttäuscht (BGE 129 III 493 E. 5.1 S. 497; 125 III 257 E. 2a S. 259). Widersprüchliches Verhalten und damit Rechtsmissbrauch kann sodann auch ohne Enttäuschung berechtigter Erwartungen in einer gegenwärtigen, in sich völlig unvereinbaren und darum widersprüchlichen Verhaltensweise gesehen werden (Merz, Berner Kommentar, N 403 zu Art. 2 ZGB). Dass berechnete Erwartungen enttäuscht worden sind, ist nicht geltend gemacht und auch nicht ersichtlich, so dass die Einwendung des völlig unvereinbaren und darum widersprüchlichen Verhaltens bleibt.

Im vorliegenden Fall betrifft der Widerstand des Beklagten die Kosten im Zusammenhang mit der Umschulung, die bei den Zahlungen an die "E. _____" und an die Geschädigte keine Rolle gespielt haben (act. 26 S. 8). Zwar könne der Klägerin – so der Beklagte – zugestimmt werden, es sei widersprüchlich, beim Regress des Sozialversicherers einen haftpflichtrechtlichen Schadenersatzanspruch zu bestreiten, nachdem er bei der Regulierung des Direktschadens anerkannt worden sei. Hier sei bei der Regulierung des Direktschadens aber keine Er-

satzpflicht für Erwerbsausfall anerkannt worden, weil es ihn weder gegeben habe noch er durch die Geschädigte geltend gemacht worden sei. Und ausserdem erfolge die Direktschadensregulierung regelmässig ohne Anerkennung einer Rechtspflicht bzw. unter Offenlassung der Haftpflichtfrage (act. 26 S. 13 f.). Konkret sei es zudem hauptsächlich um die Positionen Haushaltschaden und Genugtuung gegangen (act. 26 S. 14). Der Beklagte weist auch darauf hin, dass die E. _____ im Verhältnis zur Klägerin ein Dritter ist und die Klägerin daher aus diesem Rechtsverhältnis nichts ableiten könne. Ausserdem könne es dem Beklagten nicht verwehrt sein, in einem Prozess die Aktenlage eingehender zu prüfen und sein bisheriges Verhalten zu korrigieren (act. 26 S. 14).

Die Klägerin hält dem auch in der Berufung entgegen, der Beklagte sei unbestrittenermassen für einen Direktschaden von Fr. 130'230.-- aufgekommen, was kein Prozessrisikoauskauf gewesen sein könne (act. 53 Rz 1.2). Aus dem Schreiben vom 12. Juli 2006 an die Rechtsvertretung der Geschädigten (act. 28/2) ergebe sich, dass der Betrag von Fr. 80'000.-- insbesondere die Position Haushaltschaden, Genugtuung und das Honorar der Rechtsvertretung abgedeckt hat, wenn auch "ohne Anerkennung einer Rechtspflicht und ohne Präjudiz". Doch sei in medizinischer Hinsicht unbestrittenermassen der gleiche Sachverhalt zur Diskussion gestanden. Das jetzige diametral widersprechende Verhalten sei rechtsmissbräuchlich und treuwidrig. Zwar seien die Gegner in den anderen Fällen nicht die gleichen gewesen, einmal der UVG-Versicherer, das andere Mal die Geschädigte. Weil im Zusammenhang mit der Subrogation kein neuer Anspruch entstehe, sondern lediglich der Anspruch der Geschädigten übergehe, sei das Verhalten des Beklagten dennoch treuwidrig, weil es in allen Fällen stets um Ansprüche der Geschädigten gegangen sei (act. 53 Rz 1.2).

b) Wenn es denn im vorliegenden Fall eine Pflicht zu konsistentem Verhalten gibt, bedeutet das nicht, dass zwingend alle Leistungen, die auf das an sich nicht bestrittene Schadensereignis zurückgehen, unbestritten sind und damit ungeprüft bleiben müssen. Die Klägerin hat nicht geltend gemacht, beim Regress der "E. _____" und bei der Regelung des Direktschadens mit der Geschädigten sei es um Kosten im Zusammenhang mit der Umschulung gegangen. Dass im

Rahmen des Regresses über bestrittene Umschulungskosten dann auch spezifisch die in diesem Punkt einschlägigen Haftungsvoraussetzungen, wozu z.B. auch die Frage der Arbeits- bzw. Erwerbsunfähigkeit gehört, in Frage gestellt werden, ist nicht missbräuchlich.

III.

1. Im Berufungsverfahren sind neue Behauptungen und neue Beweismittel nur noch zulässig, wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt vor erster Instanz nicht vorgebracht werden konnten und wenn sie ausserdem im Rahmen der Berufung unverzüglich vorgebracht werden (Art. 317 ZPO). Der Beklagte verweist auf den (unbestrittenen) Sachverhalt des angefochtenen Urteils (act. 45 S. 2 unten) und fährt dann fort: "Zu ergänzen ist im Hinblick auf die Anpassungsstörung/depressive Episode nach dem Verlust der Arbeitsstelle bei der F. _____ GmbH Folgendes ...".

Der Sachverhalt kann auf Grund der Novenregelung im Berufungsverfahren nicht ohne weiteres ergänzt werden. Bei Ergänzungen mit "Neuem" wäre zu begründen, warum das nachträglich Ergänzte "trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnte", was nicht geschehen ist. Die Klägerin weist in der Berufungsantwort darauf hin, dass erstmals in der Berufung behauptet wurde, der Geschädigten sei im Rahmen des Praktikums eine hohe Belastbarkeit attestiert worden. Gleiches gelte für das der Geschädigten durch die Firma G. _____ im Arbeitszeugnis attestierte Verhalten (act. 53 S. 5). Anzumerken ist, dass es die Klägerin war, die die beiden Arbeitszeugnisse als act. 4/50 und 4/52 im vorinstanzlichen Verfahren eingereicht hat und dass sie in der Klageschrift selber darauf Bezug genommen hat (act. 3 S. 43). Jedenfalls soweit dies geschehen ist, (erfolgreiche Umsetzung von angeeignetem Fachwissen, Initiative, überdurchschnittliche Einsatzbereitschaft), handelt es sich nicht um neuen Prozessstoff und der Beklagte kann sich auf die Ausführungen der Klägerin berufen. Im Übrigen spielen diese Details, wie noch zu zeigen sein wird, keine Rolle.

2. a) Der Beklagte beanstandet, das J. _____-Gutachten erfülle die erhöhten Anforderungen hinsichtlich natürlichem Kausalzusammenhang nicht, wie sie durch den bundesgerichtlichen Leitentscheid BGE 134 V 109 vorgegeben worden seien. Dieser sozialversicherungsrechtliche Entscheid sei nach BGer 4A_494/2009 auch im Haftpflichtrecht beachtlich. Bei Anwendung der genannten Rechtsprechung hätten die Gutachter die geltend gemachten cervicocephalen Beschwerden höchstens noch als möglich eingeschätzt. Hinsichtlich der Adäquanz einer allfälligen natürlichen Kausalität sei eine Auffahrkollision mit 4 bis 7 km/h nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung nicht geeignet, einen anhaltenden (invalidisierenden) Gesundheitsschaden zu bewirken (act. 45 Rz 7).

b) Dem hält die Klägerin entgegen, eine bundesgerichtliche Praxisänderung (BGE 134 V 109 E. 9.4) könne – viele Jahre nach dem Unfallgeschehen – nicht massgeblich sein, was auch das Bundesgericht sowie das Luzerner Obergericht bereits festgestellt hätten (act. 53 S. 9). Die natürliche Kausalität zwischen dem Unfall und der Arbeitsunfähigkeit sei damit erstellt (act. 53 S. 10). Der Beklagte behaupte ausserdem zu Unrecht, dass eine Auffahrkollision mit einer Geschwindigkeitsänderung von 4-7 km/h könne keinen invalidisierenden Gesundheitsschaden bewirken (act. 53 S. 10). Der Beklagte ignoriere den Beweiswert der biomechanischen Unterlagen, der bereits in der Klagebegründung (act. 3 Rz 29-34) hervorgehoben worden sei, und tue diese damit ab, dass die vom Beklagten selbst erstellte Unfallanalyse samt biomechanischer Beurteilung bloss als Parteibehauptung gelten könnten und keinen Beweiswert hätten (act. 22 Rz 11). Der Unfallanalytiker der "C. _____" stehe – anders als der Beklagte in der Duplik (act. 26 Rz 7) geltend machen wolle – dem Beklagten, der die "C. _____" zu seinem geschäftsführenden Versicherer ernannt habe, nahe.

c) Die Vorinstanz hat die in BGE 134 V 109 ff. im Jahre 2008 festgelegten Kriterien zu Recht nicht angewendet (act. 39 S. 40 oben). Die Kammer hat in ihrem Beschluss vom 2. November 2012 (LB120005) zu dieser Problematik ausgeführt: "Diese Verschärfung der Anforderungen an den Nachweis der natürlichen Kausalität bei Schleudertrauma-Fällen wurde mit dem erwähnten Urteil BGE 134

V 109 ff. vom Bundesgericht am 19. Februar 2008 entschieden. Da der von der Berufungsklägerin behauptete Vorfall ... also bereits mehrere Jahre zurückliegt und bis Februar 2008 diese ... Praxis des Bundesgerichts noch gar nicht bekannt war, können die erforderlichen Abklärungen nicht mehr nachgeholt werden. Dies kann jedoch nicht der Berufungsklägerin angelastet werden (vgl. Urteil des Bundesgerichts ... 8C_987/2008; vgl. Urteil des Obergerichts des Kantons Luzern vom 24. Februar 2011 in plädoyer 5/2012 S. 44)". Das, was der Beklagte gegen die Bejahung der natürlichen Kausalität durch die Vorinstanz vorbringt, ist demnach auch gemäss der Praxis der Kammer nicht stichhaltig.

d) Was die Adäquanz des Kausalzusammenhangs anbelangt, bleibt der Beklagte in der Berufung dabei, dass die (Geringfügigkeit der) Geschwindigkeitsänderung (4 bis 7 km/h) keinen anhaltenden (invalidisierenden) Gesundheitsschaden herbeiführe (act. 45 Rz 7). Die Vorinstanz hatte in diesem Zusammenhang festgehalten, dass das Parteigutachten von Dr. H._____, basierend auf einer kollisionsbedingten Geschwindigkeitsänderung von 4 bis 7 km/h, sei nicht geeignet, das Beschwerdebild insgesamt, wie es sich (aus verschiedenen im Einzelnen genannten Faktoren) präsentierte, in Frage zu stellen (act. 39 S. 48). Ausserdem komme der Schwere des Unfallereignisses im Haftpflichtrecht gemäss BGer 4A_171/2012 E. 2.4 keine entscheidende Bedeutung zu. In diesem Bundesgerichtsentscheid wird in E. 2.3 und E. 2.4 ausgeführt: "Sowohl im Haftpflicht- als auch im Sozialversicherungsrecht ist von derselben Umschreibung der Adäquanz auszugehen. Danach hat ein Ereignis als adäquate Ursache eines Erfolgs zu gelten, wenn es nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und nach der allgemeinen Lebenserfahrung an sich geeignet ist, einen Erfolg von der Art des eingetretenen herbeizuführen, der Eintritt des Erfolges also durch das Ereignis allgemein als begünstigt erscheint (BGE 123 III 110 E. 3a). Die Beurteilung des adäquaten Kausalzusammenhangs bedarf richterlicher Wertung, die gemäss Art. 4 ZGB nach Recht und Billigkeit vorzunehmen ist. Dabei ist auch der rechtspolitischen Zielsetzung der im konkreten Fall anwendbaren Normen Rechnung zu tragen. Eine schematische Übernahme sozialversicherungsrechtlicher Kriterien in das Haftpflichtrecht unbesehen der Unterschiede würde dem Zweck, im Einzelfall eine billige, eben «adäquate» Zurechnungsentscheidung zu fällen, zuwiderlaufen.

Die Abgrenzung adäquater Unfallfolgen von inadäquaten kann deshalb im Haftpflicht- und im Sozialversicherungsrecht unterschiedlich ausfallen (BGE 127 V 102 E. 5b/aa; 123 III 110 E. 3a und 3b). Haftpflichtrechtlich genügt es, dass der Schädiger eine Schadensursache gesetzt hat, ohne die es nicht zum Schaden gekommen wäre, während Mitursachen wie etwa die konstitutionelle Prädisposition des Geschädigten den adäquaten Kausalzusammenhang in der Regel weder zu unterbrechen noch auszuschliessen vermögen (BGE 123 III 110 E. 3c; 113 II 86 E. 1b). Mit Blick auf diese Rechtsprechung, die das Bundesgericht ständig anwendet (vgl. etwa Urteile 4A_45/2009 vom 25. März 2009 E. 3.3.1 und 3.3.2; 4C.402/2006 vom 27. Februar 2007 E. 4.1), beanstandet der Beklagte zu Recht, dass die Vorinstanz den adäquaten Kausalzusammenhang ausgehend von der Schwere des Unfallereignisses anhand der sozialversicherungsrechtlichen Kriterien beurteilte. Aus haftpflichtrechtlicher Sicht ist richtigerweise zu fragen, ob das Unfallereignis ... nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und nach der allgemeinen Lebenserfahrung an sich geeignet ist, die eingetretenen Beschwerden der Geschädigten herbeizuführen".

Im Zusammenhang mit der Klärung des «Gesundheitsschadens» hat die Vorinstanz zum Gutachten von Prof. H. _____ (act. 15/2a) zu Recht festgehalten, diesem komme – als bestrittener Parteibehauptung – kein Beweiswert zu (act. 39 S. 37).

Anzumerken ist schliesslich, dass sich das Bundesgericht konstant gegen die Annahme einer Bagatell- oder Harmlosigkeitsgrenze ausgesprochen hat und die unfallanalytische und biomechanische Beurteilung für sich allein genommen nicht als hinreichende Grundlage für die Kausalitätsbeurteilung erachtet (vgl. die Analyse von Hans-Jakob Mosimann, Der Stellenwert von Unfallanalyse und Biomechanik in der Rechtsprechung, SZS 2011 S. 548 ff., S. 558 mit weiteren Hinweisen).

Der Beklagte bringt im Übrigen in der Berufung nichts Substantiiertes vor, das die Kausalität in Frage stellen könnte. Der schlichte Verweis "zur Problematik der Annahme von Unfallkausalität bei organisch nicht nachweisbaren Gesundheitsstörungen" werde im Übrigen auf die Abhandlung von V. Roberto/S. Reichle,

Haftung für «Phantom-Beschwerden»? in HAVE 1/2013, S. 3 - 11" verwiesen (act. 45 Rz 7 S. 7), wäre schon in einem erstinstanzlichen Verfahren ungenügend, im Berufungsverfahren jedoch erst recht. Ein globaler Hinweis auf eine Abhandlung ist keine ausreichende Auseinandersetzung mit dem vorinstanzlichen Entscheid, so dass darauf nicht weiter einzugehen ist.

3. a) Der Beklagte weist darauf hin, dass die Vorinstanz die erbrachten Eingliederungskosten nur aus IV-rechtlicher Sicht untersucht habe. Die entscheidende Frage, nämlich ob auch der Beklagte aus Haftpflichtrecht Umschulungskosten schulde, sei nicht geprüft worden. Wolle die Klägerin den Beklagten aufgrund der Subrogation in die Stellung der Geschädigten in Anspruch nehmen, so sei entscheidend, ob der Beklagte aus Haftpflichtrecht Umschulungskosten schulde (act. 45 Rz 4 bis 6). Die Vorinstanz habe lediglich allgemein festgehalten, die Klägerin habe den Nachweis eines Gesundheitsschadens erbracht, ohne dass sie sich zu den Gesundheitsbeeinträchtigungen im massgeblichen Zeitpunkt, nämlich vom 1. Februar 2003 bis 10. August 2005, äussere (act. 45 Rz 6).

b) Wegen des Übergangs der Rechte der geschädigten Person auf den Sozialversicherer kann sich dieser gegen jedwelchen Haftpflichtigen wenden, allerdings nur insoweit, als überhaupt ein haftpflichtrechtlicher Grund besteht (Alfred Keller, a.a.O., S. 216). Wie bereits erwähnt (E. II./1./b) umfasst der Regress nur die von der Sozialversicherung geschuldeten gesetzlichen Leistungen und nicht das, was sie freiwillig oder aus Irrtum erbracht hat. Das Rückgriffsrecht geht nicht weiter als der Haftpflichtanspruch; Eintritt in die Stellung des Geschädigten bedeutet Bindung an die Haftpflicht, die durch den Haftpflichtigen überhaupt in Frage gestellt werden kann (Keller, a.a.O., S. 217 f.). Davon geht auch die Klägerin aus, die in den vorinstanzlichen Plädoyernotizen (act. 38 S. 6) ausführte: "Nachdem die Klägerin in die Haftpflichtansprüche der geschädigten Person gegenüber dem Beklagten subrogierte, unternimmt sie im Hinblick auf die Durchsetzung ihrer Regressansprüche gegen den Haftpflichtigen alles aus der Rechtsposition des Geschädigten heraus: sie tritt gleichermassen in dessen Fussstapfen und verfolgt ihren Rückgriff mit der Brille des Geschädigten ...".

c) Für die Voraussetzungen der Haftpflicht trägt die Klägerin die Beweislast. Es stellt sich die Frage, ob das vorinstanzliche Verfahren mangelhaft ist, weil – obwohl (u.a.) die Tatsache der Arbeitsunfähigkeit, jedenfalls im hier massgeblichen Zeitraum, bestritten ist – keine Beweisverfügung erlassen wurde. Die Vorinstanz hat im Rahmen der Hauptverhandlung erwähnt, dass sie "kein eigentliches Beweisverfahren" durchgeführt habe (Prot. VI S. 9). Der Vorsitzende wies "auf Art. 232 Abs. 1 ZPO hin, wonach die Parteien nach Abschluss der Beweisabnahme zum Beweisergebnis und zur Sache Stellung nehmen könnten, wobei vorliegend mangels Beweisverfahrens die Stellungnahme zum Beweisergebnis entfalle und die Urkunden bereits im Rahmen der Rechtsschrift zu würdigen gewesen seien" (Prot. VI S. 9). Im vorinstanzlichen Urteil (act. 39 S. 3) wird auf dieses Vorgehen Bezug genommen: "Mit Beschluss vom 1. November 2012 wurde den Parteien Frist angesetzt, um zu erklären, ob sie auf die Durchführung der Hauptverhandlung sowie auf Beweisabnahme und Schlussvorträge verzichten (act. 33). Während der Beklagte auf die Durchführung einer Hauptverhandlung verzichtete (act. 35), verlangte die Klägerin deren Vornahme (act. 36), weshalb die Parteien zur Hauptverhandlung vom 30. Januar 2013 vorgeladen wurden (act. 37/1-4)". Dazu führte die Vorinstanz im genannten Beschluss (act. 33 S. 2) aus, "dass im vorliegenden Verfahren keine weiteren Beweise als die in den Rechtsschriften bezeichneten Urkunden abzunehmen sind, weshalb keine Beweisverfügung erforderlich ist (vgl. BSK ZPO-Guyan, N 12 f. zu Art. 154) und mithin von einem Beweisverfahren im Rahmen der Hauptverhandlung abzusehen ist (vgl. Pahud, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich/St. Gallen 2001, N 3 zu Art. 233)".

Die Vorinstanz hat sich für die unterlassene Beweisverfügung auf BSK ZPO-Guyan, N 12 f. zu Art. 154 berufen: "Grundsätzlich ist eine Beweisverfügung zu erlassen, damit die Parteien insbes. von der gerichtlichen Sicht der streitigen oder sonst feststellungsbedürftigen Tatsache, der entsprechenden Beweisführungslast und von den zugelassenen Beweismitteln Kenntnis nehmen können ... Art. 154 bildet indes mit dem Wortlaut, wonach nur die «erforderlichen» Beweisverfügungen zu treffen sind, der Entstehungsgeschichte und dem Zweck der Beweisverfügung Ansatzpunkt für eine Auslegung, welche das Gericht davor befreit, Beweis-

verfügungen (in jedem Verfahren) vor jeder Abnahme zu erlassen. Als Besonderheit ist bspw. in verschiedenen Verfahren die Möglichkeit zu verzeichnen, von Seiten der Parteien (Art. 233) oder des Gerichts (Art. 256 Abs. 1, Art. 273 Abs. 1) auf die Durchführung einer Hauptverhandlung zu verzichten. ... Entfällt die Hauptverhandlung, so kann in deren Rahmen keine eigene Beweisverfügung erlassen werden. Vielmehr ist im Entscheid auf einzelne Aspekte wie unzulässige Beweismittel o.ä. einzugehen. ... Im Einzelfall ist daher jeweils die Erforderlichkeit einer Beweisverfügung zu prüfen". In der Literatur wird soweit ersichtlich auch nicht von einem Obligatorium der Beweisverfügung ausgegangen (z.B. Adrian Staehelin/Daniel Staehelin/Pascal Grolimund, Zivilprozessrecht, 2. Auflage, Zürich 2013, Rz 140a zu § 18; Isaak Meier, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich 2010, S. 312).

Wird keine Beweisverfügung erlassen, fehlt es an einer systematischen Auflistung der bestrittenen (relevanten) Tatsachenbehauptungen, der Verteilung der Beweislast (Haupt- und Gegenbeweis) und der Zulassung der von den Parteien zu den einzelnen Behauptungen angerufenen Beweismittel bzw. die Ablehnung unzulässiger oder rechtswidrig beschaffter Beweismittel (vgl. KuKo ZPO-Schmid, N. 2 zu Art. 154). Welche in den Rechtsschriften genannten und anbotenen Beweismittel die Vorinstanz bei der Entscheidungsfindung herangezogen hat und wie sie sie gewürdigt hat, muss sich demnach aus dem vorinstanzlichen Entscheid ergeben (act. 39 S. 36 E. f). Die Parteien beanstanden das Vorgehen der Vorinstanz nicht. Bei dieser Ausgangslage hat die Berufungsinstanz auf Grund der vorinstanzlich verwendeten Beweismittel die Beweiswürdigung, soweit diese bestritten ist, zu überprüfen. Mangels konkreter Rügen bleiben weitere bei den Akten liegende Beweismittel, welche die Parteien zwar eingereicht, die von der Vorinstanz aber bei der Entscheidungsfindung nicht berücksichtigt wurden, im Berufungsverfahren unbeachtlich.

d) Unter dem Titel "Gesundheitsschaden" (act. 39 S. 28 [1.2.2.]) erwähnt die Vorinstanz, dass die "Klägerin zwecks Dokumentation der behaupteten Gesundheitsschädigung zahlreiche ärztliche Berichte und Atteste ins Recht" gereicht habe. Genannt werden: act. 4/8, 9-11, 15-24, 34 und 69 (act. 39 S. 28). Erwähnt

sind im Entscheidtext ausserdem act. 4/30 (act. 39 S. 28), act. 4/22 (act. 39 S. 34), act. 4/29 (act. 39 S. 35) und die vom Beklagten eingereichten act. 15/2b (act. 39 S. 35) und 15/2a (act. 39 S. 36). Im Zusammenhang mit dem J. _____ - Gutachten führt die Vorinstanz aus, dass "Dr. I. _____ ... eine HWS-Distorsion diagnostiziert und eine Arbeitsunfähigkeit von 100 % bis 4. Februar 2001 und ab 23. Februar 2001 eine solche von 50 % attestiert habe". Im Gutachten werde auf die zahlreichen ärztlichen Atteste hinsichtlich ganzer oder teilweiser Arbeitsunfähigkeit verwiesen (act. 39 S. 30). Die Vorinstanz hat schergewichtig auf das J. _____ - Gutachten abgestellt (act. 39 S. 36 f.). Ausserdem zog die Vorinstanz den Austrittsbericht der Klinik K. _____ vom 23. August 2010 (recte: 2001), den Bericht von Dr. L. _____ vom 13. Juni 2002 und von Dr. M. _____ bei, welche die Schmerzsymptomatik und die eingeschränkte Beweglichkeit bestätigten, wobei der Bericht von Dr. M. _____ auch die psychische Dekompensation der Geschädigten beschreibt (act. 39 S. 37). Abschliessend hält die Vorinstanz fest, der Nachweis eines Gesundheitsschadens sei erbracht (act. 39 S. 37). Unter dem Titel "natürlicher Kausalzusammenhang" wies die Vorinstanz (act. 39 S. 42) wiederum auf das nach ihrem Dafürhalten nachgewiesene persistierende cervicocephale Syndrom hin und erwähnt zusätzlich die Anpassungsstörung als indirekte Traumafolge mit längerer depressiver Reaktion, welche gemäss J. _____ - Gutachten nach dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit auf den Unfall zurückzuführen sei. Das Gutachten überzeuge auch insofern, als die depressive Episode trotz vorbestehender erhöhter psychischer Vulnerabilität Folge des Unfalls sei (act. 39 S. 42). Was die Frage der Arbeitsfähigkeit der Geschädigten anbelangt, stellt die Vorinstanz zunächst auf das J. _____ - Gutachten vom 24. Februar 2004 ab, worin festgehalten werde, dass die Geschädigte für eine berufliche Massnahme eine Tagesschule besuche. Deshalb müsse davon ausgegangen werden, dass die Leistungsfähigkeit der Geschädigten wieder hergestellt sei, wobei es für die psychische Stabilität der Geschädigten wichtig sei, die Umschulung erfolgreich absolvieren zu können (act. 39 S. 42 E. 1.3.4). Zur Frage der Arbeitsunfähigkeit (AUF) hat die Vorinstanz folgende Urkunden erwähnt:

act. 4/8	24. Januar 2001 - 4. Februar 2001	100 % AUF
act. 4/8	ab 23. Februar 2001	50 % AUF
act. 4/15	12. März 2001 bis 21. März 2002	100 % AUF
act. 4/16	ab 25. Februar 2002 bis 31. März 2002	Arbeitsfähigkeit von 30 % bzw.

		30-50 % für leichte, wechselbelastete Bürotätigkeit
act. 4/17	vom 22. April 2002 bis 31. Mai 2002	70 % AUF
act. 4/17	ab 1. Juni 2002	50 % AUF
act. 4/19	ab 1. August 2002 für vorläufig 2 Wochen	50 % AUF wegen Unfall sowie 50 % (für vorläufig 2 Wochen) wegen Krankheit
act. 4/21	ab 6. Juli 2002 bis 30. September 2002	50 % AUF wegen Unfall und 50 % AUF wegen Krankheit
act. 4/21	ab 30. August 2002 bis 30. September 2002	unfallbedingte AUF von ? %
act. 4/22	Bericht vom 19. November 2002	50 % AUF wegen Unfalls und 50 % AUF wegen Krankheit
act. 4/24a, b, c	Unfallschein für "E. _____" vom 1. Juni 2002 bis 12. Dezember 2005	50 % AUF wegen Unfall
act. 15/4	Bericht vom 1. November 2001	40 % Büroarbeit ist obere Grenze; bei körperlicher Abwechslung ev. Steigerung auf 50 %

e) Das J. _____-Gutachten, wonach die Leistungsfähigkeit der Geschädigten hergestellt und sie in der ursprünglichen Tätigkeit wieder arbeitsfähig sei, datiert vom 24. Februar 2004. Anzumerken ist, dass es jedenfalls nicht auf den Zeitpunkt der Erstattung des Gutachtens ankommen kann, wie die Vorinstanz das annimmt (act. 39 S. 44), sondern auf die dafür erfolgten Untersuchungen der Geschädigten und auf die einschlägigen Abklärungen, welche in der Zeit vom 17. bis 20. November 2003 gemacht wurden (act. 4/34 S. 1).

Was die Arbeitsfähigkeit anbelangt, würdigt die Vorinstanz das J. _____-Gutachten wie folgt: Zusätzlich zur Feststellung, die Leistungsfähigkeit der Geschädigten sei wieder hergestellt und die Geschädigte sei auch in ihrer ursprünglichen Tätigkeit wieder arbeitsfähig, halte das Gutachten zugleich fest, "dass die für die psychische Stabilität der Geschädigten notwendigen Zukunftsperspektiven in engem Zusammenhang mit dem Umstand stünden, dass sie die Umschulung erfolgreich absolvieren könne" (act. 39 S. 42 f., S. 44). Die im Gang befindlichen Massnahmen seien geeignet, die Arbeitsfähigkeit verbessern zu können. Der Erhalt der Arbeitsfähigkeit sei damit mit der Weiterführung der Umschulung verknüpft (act. 39 S. 44). Sämtliche Berichte gingen von einer reduzierten Arbeitsfähigkeit der Geschädigten aus und die Wiederherstellung der Leistungsfähigkeit werde direkt mit der am 11. August 2003 begonnenen Umschulung begründet, welche auch für den Erhalt derselben angeführt werde. Die Vorinstanz schliesst den Abschnitt über die Arbeitsfähigkeit wie folgt ab: "Auch wenn somit im Gutachten des

J._____ keine prozentual gesicherten Angaben über den Grad der Arbeitsunfähigkeit der Geschädigten im Jahr 2003 bis zum Zeitpunkt des Gutachtens am 24. Februar 2004 vorliegen, kann festgehalten werden, dass erst die Umschulung zur Wiedererlangung der Leistungsfähigkeit geführt hat und diese vorher nur erheblich eingeschränkt bestand, weshalb gemäss dem Unfallschein von Dr. M._____ zuhanden der "E._____ " für den Zeitraum ab Anfang 2003 bis zum Vorliegen des Gutachtens des J._____ von einer Arbeitsunfähigkeit zufolge Unfall von 50 % auszugehen ist (act. 4/24a, b und c)".

Der Beklagte wirft der Vorinstanz vor, sie habe Bestrittenes als bewiesen angesehen (act. 45 Rz 6) und habe insbesondere nicht ausdrücklich festgestellt, dass die Geschädigte wegen der Unfallfolgen im fraglichen Zeitraum (1. Februar 2003 bis 10. August 2005) ihre angestammte Tätigkeit nicht wieder hätte ausüben können (act. 45 Rz 4, 6). Ausserdem würde das Gutachten – so der Beklagte – nicht sagen, wann die im Anschluss an die Kündigung durch die F._____ GmbH im Juni 2001 eingetretene depressive Episode remittent gewesen sei. Auf Grund der tatsächlichen Aktivitäten der Geschädigten müsse die Heilung von allfälligen psychischen Unfallfolgen bereits im September 2001 erfolgt gewesen sein und damit lange bevor sie sich am 13. Februar 2002 zur Umschulung und Arbeitsvermittlung angemeldet hatte und damit auch bevor ihr am 1. April 2003 durch die Klägerin berufliche Massnahmen in Aussicht gestellt worden seien. Es sei, weil die Geschädigte schon vor dem Unfall darauf tendiert habe, sich über die IV eine bessere berufliche Ausbildung zu verschaffen, durchaus nachvollziehbar, dass sich dies positiv auf ihre Befindlichkeit ausgewirkt habe. Es könne aber nicht gesagt werden, dass erst die von der IV gewährte Umschulung zur Wiedererlangung der Leistungsfähigkeit geführt habe (act. 45 S. 5 Rz 8). Die J._____ -Gutachter hielten ihre Leistungsfähigkeit in der angestammten Tätigkeit jedenfalls ab dem Zeitpunkt, als sie eine Tagesschule besuchte und die Hausaufgaben erledigen konnte, für wieder hergestellt (act. 45 S. 5 f. Rz 9). Die Umschulung sei nicht die Ursache der Gesundung und der Wiedererlangung der Leistungsfähigkeit gewesen, sondern deren Folge (act. 45 Rz 10).

f) Die Vorinstanz ist ab Anfang 2003 bis zum Vorliegen des Gutachtens des J. _____ (d.h. bis zum 24. Februar 2004) von einer Arbeitsunfähigkeit wegen Unfall von 50 % ausgegangen. Der bezügliche Nachweis sei erbracht, auch wenn der Grad der Arbeitsunfähigkeit mangels prozentual gesicherter Angaben im J. _____-Gutachten nicht feststehe. Für den Zeitraum zwischen Ende Mai 2002 und Ende Dezember 2005 wird von der Vorinstanz zusätzlich auf die Angaben von Dr. M. _____ verwiesen (act. 39 S. 43, 44 und 45), der von einer 50%igen unfallbedingten Arbeitsunfähigkeit von Ende Mai 2002 bis Dezember 2005 (und damit über das Ende des massgeblichen Zeitraums [August 2005] hinaus) ausgeht (act. 39 S. 44), ohne allerdings genau zu sagen, was daraus abgeleitet wird und für welchen Zeitraum.

4.a) Die vorinstanzliche Beweiswürdigung mag aus folgenden Gründen nicht zu überzeugen: Im J. _____-Gutachten (act. 4/34) – ein Parteigutachten, auf das sich allerdings beide Parteien berufen und auf das auch die Vorinstanz ungerügt abgestellt hat (act. 39 S. 28), so dass die Kammer dies auch tut – wird auf S. 28 f. (6.3.1.) zur Arbeitsfähigkeit ausgeführt: "Die Explorandin steht zur Zeit in einer beruflichen Massnahme. Sie besucht eine Tagesschule, muss Hausaufgaben lösen. Das gelinge ihr gemäss ihren eigenen Auskünften gut. Von daher muss davon ausgegangen werden, dass die Leistungsfähigkeit der Explorandin wieder hergestellt ist und sie auch in ihrer ursprünglichen Tätigkeit arbeitsfähig wäre. Es ist allerdings zu beachten, dass die für die psychische Stabilität der Explorandin notwendigen Zukunftsperspektiven in engem Zusammenhang mit dem Umstand stehen, dass sie diese Umschulung erfolgreich absolvieren kann".

Fest steht damit, dass die Geschädigte gemäss J. _____-Gutachten mindestens ab dem Zeitpunkt der Begutachtung im November 2003 in ihrer ursprünglichen Tätigkeit nicht mehr arbeitsunfähig war. Das Gutachten stellt insbesondere darauf ab, dass die Geschädigte eine Tagesschule besuchen und Hausaufgaben lösen konnte und dass ihr dies gut gelang (act. 4/34 S. 19, S. 29). Die Einschätzung von Dr. M. _____, der die Geschädigte am 12. Dezember 2005 nach wie vor noch zu 50 % für arbeitsunfähig hielt (act. 4/24a), als sie im November 2005 bereits eine Vollzeitarbeitsstelle als gelernte kaufmännische Angestellte angetreten

hatte (act. 39 S. 56), erscheint daher nicht verlässlich und es ist sehr wahrscheinlich, dass die von ihm als behandelndem Arzt attestierte Arbeitsunfähigkeit bis Dezember 2005 aus Gefälligkeit erfolgte (act. 39 S. 7, S. 44), was die Verlässlichkeit seiner Einschätzungen insgesamt in Frage stellt. Inwiefern es unzulässig sein soll, die sozialversicherungsrechtliche Praxis (BGE 125 V 353 E. 3 b/cc), dass Hausärzte geneigt sind, wegen ihrer auftragsrechtlichen Vertrauensstellung im Zweifel eher zu Gunsten ihrer Patienten auszusagen, zu übernehmen, ist nicht ersichtlich, weil die Ausgangslage in beiden Fällen gleich ist. Auch muss es sich dabei nicht um einen Hausarzt im eigentlichen Sinn handeln, weil ein behandelnder Spezialarzt, der einen Patienten über Jahre hinweg regelmässig behandelt und betreut, in die gleiche "Zwickmühle" gerät wie dieser. Die Regelmässigkeit der Konsultationen bei Dr. M._____ (Facharzt für innere Medizin und Rheumatologe) ergibt sich nur schon aus der Menge seiner Berichte und Meldungen.

Die Arbeitsunfähigkeit bzw. Arbeitsfähigkeit und das Erfordernis der Umschulung der Geschädigten lassen sich nicht mit der erforderlichen Genauigkeit ermitteln, und zwar weder in zeitlicher noch in quantitativer Hinsicht. Da die anderen von der Vorinstanz gewürdigten Beweismittel – soweit sie nicht den Zustand aus der ersten Zeit nach dem Unfall betreffen – nichts zur Klärung beitragen, steht die Arbeitsfähigkeit bzw. -unfähigkeit damit nicht rechtsgenügend fest. Das wirkt sich zu Lasten der beweisbelasteten Partei – der Klägerin – aus. Anzumerken ist, dass die Frage der Arbeitsfähigkeit bzw. Arbeitsunfähigkeit sowohl für die sozialversicherungsrechtlichen als auch die haftpflichtrechtlichen Ansprüche von Bedeutung ist.

b) Aus dem psychiatrischen Status des J._____ -Gutachtens von Dr. N._____ (act. 4/34 S. 21) ist Folgendes ersichtlich: "Unter psychotherapeutischer und medikamentöser antidepressiver Behandlung und nach erfolgten beruflichen Massnahmen, die der Explorandin wieder Perspektiven eröffnen, hat sich diese Depression gelegt. Es ist allerdings zu berücksichtigen, dass die Explorandin immer noch unter hochdosierten antidepressiv wirkenden Medikamenten steht und wöchentlich eine Psychotherapie besucht. Die depressive Episode besteht also weiterhin, ist zur Zeit aber bei adäquater Behandlung kompensiert" (act. 4/34 S.

21 f.). Und weiter im Abschnitt der Beurteilung durch die Kommission für medizinische Begutachtung im J. _____ (act. 4/34 S. 26): "Bei der Explorandin persistieren seit dem Unfall cervicovertebrale und -cephale, teils auch cervicobrachiale Beschwerden. Dadurch war die Explorandin rückblickend gesehen zunächst auch psychisch verunsichert. Diese Verunsicherung akzentuierte sich in Form einer eigentlichen depressiven Entwicklung, als der Explorandin der Arbeitsplatz im Juni 2001 gekündigt wurde. Diagnostisch handelt es sich dabei um eine Anpassungsstörung als indirekte Traumafolge mit längerer depressiver Reaktion, respektive angesichts der stark ausgeprägten Depressivität um eine depressive Episode. Diese wurde mit psychotherapeutischen und pharmakologischen Mitteln behandelt, stabilisierte sich dann und remittierte phänomenologisch unter der Behandlung und vor allem infolge konkreter beruflicher und persönlicher Perspektiven nach Einleitung der beruflichen Massnahmen durch die IV im Verlaufe des Jahres 2003". Die Expertenfrage 6.2.3 ("Bei Bejahung von unfallfremden Faktoren: Hat der Unfall vom 23.01.2001 ihres Erachtens zu einer richtungsgebenden oder bloss zu einer vorübergehenden Verschlimmerung der unfallfremden Faktoren geführt?") wurde wie folgt beantwortet: "Wahrscheinlich handelte es sich bei der depressiven Dekompensation der Explorandin nach der Kündigung um eine vorübergehende Verschlimmerung. Immerhin hat sich die Explorandin von dieser Depressivität nach der psychosozialen Stabilisierung durch die Umschulung und unter entsprechender Behandlung erholen können" (act. 4/34 S. 28). Und die Expertenantwort auf Frage 6.3.1 ("Wie beurteilen Sie die heutige Beeinträchtigung der Arbeitsfähigkeit der Versicherten in ihrer Tätigkeit als Verkaufssachbearbeiterin bzw. Abteilungsleiterin?") lautet: "Die Explorandin steht zur Zeit in einer beruflichen Massnahme. Sie besucht eine Tagesschule, muss Hausaufgaben lösen. Das gelinge ihr gemäss ihren eigenen Auskünften gut. Von daher muss davon ausgegangen werden, dass die Leistungsfähigkeit der Explorandin wieder hergestellt ist und sie auch in ihrer ursprünglichen Tätigkeit wieder arbeitsfähig wäre. Es ist allerdings dabei zu beachten, dass die für die psychische Stabilität der Explorandin notwendigen Zukunftsperspektiven in engem Zusammenhang mit dem Umstand stehen, dass sie diese Umschulung erfolgreich absolvieren kann".

c) Die Würdigung dieser Einschätzung fällt schwer. Sie stammt aus der Zeit, als die Umschulung der Geschädigten bereits einige Monate im Gang war. Dass in jenem Zeitpunkt eine Beendigung der begonnenen Ausbildung die psychisch verletzliche Geschädigte erneut und einschneidend verunsichert hätte, liegt auf der Hand. Wie es gewesen wäre, wenn ihr die Umschulung nicht bewilligt worden wäre und sie bei ihrer angestammten Tätigkeit hätte bleiben müssen, ist auf Grund der Angaben im J. _____-Gutachten letztlich offen geblieben. In diesen Zusammenhang gehört auch der Einwand des Beklagten, der die Verbesserung des Gesundheitszustandes auf Grund der Umschulung nicht als Ursache der Gesundung und der Wiedererlangung der Leistungsfähigkeit sieht, sondern als deren Folge (act. 45 Rz 10). Es ist tatsächlich naheliegend, dass der Zustand der Geschädigten bereits im Zeitpunkt der Zusprechung der Massnahme so gewesen sein muss, dass davon ausgegangen wurde, sie werde diese meistern können.

Aus dem J. _____-Gutachten ergibt sich, dass – hätte die Umschulung nicht erfolgreich absolviert werden können – die psychische Stabilität betroffen gewesen wäre. Was das genau bewirkt hätte und inwieweit sich der Faktor "psychische Stabilität" auf die Arbeits- bzw. Erwerbsfähigkeit der Geschädigten ausgewirkt hat bzw. hätte, ist damit allerdings nicht mit hinreichender Deutlichkeit gesagt. Und dass sich der Zustand der Geschädigten durch die neue berufliche und persönliche Perspektive nach Einleitung der beruflichen Massnahmen durch die IV verbesserte, ist kein Beleg dafür, dass die Geschädigte ohne diese Verbesserung in ihrer Arbeitsfähigkeit erheblich eingeschränkt gewesen wäre. Der Feststellung der Vorinstanz, dass die Wiederherstellung der Leistungsfähigkeit "direkt mit der am 11. August 2003 begonnenen Umschulung begründet" werde, ist insofern zu absolut, als nicht nur diese, sondern auch die psychotherapeutische und medikamentöse antidepressive Behandlung als Gründe für die Verbesserung genannt werden (act. 4/34 S. 21). Auch hier gilt, was bereits im Zusammenhang mit der Arbeitsfähigkeit erwähnt wurde: Dass das J. _____-Gutachten in der Frage, ob und in welchem Ausmass die Geschädigte ohne die Umschulung wegen psychischer Faktoren nicht mehr oder nur noch eingeschränkt im bisherigen Beruf hätte erwerbstätig sein können, nicht genügend aussagekräftig ist.

5. a) Der Beklagte rügt, dass die Vorinstanz die Voraussetzungen der Umschulung – jedenfalls aus der in der Regressfrage massgeblichen haftpflichtrechtlichen Sicht – zu Unrecht bejahe. Dabei führt er in der Berufung nicht aus, inwieweit die haftpflichtrechtlichen Voraussetzungen nicht gegeben sein sollen, was – weil die Rechtsanwendung Gerichtssache ist (Art. 57 ZPO) – dieser Rüge nicht entgegensteht. (Haftpflichtrechtliche) Voraussetzung für eine Umschulung ist die dauerhafte Einschränkung der Arbeitsfähigkeit bzw. Erwerbsfähigkeit im angestammten Beruf. Erwerbsfähigkeit ist die verbleibende medizinische Arbeitsfähigkeit, soweit sie noch wirtschaftlich eingesetzt werden kann (Karl Oftinger/Emil W. Stark, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 5. Auflage, Zürich 1987, Rz 120 zu § 6). Der Schaden aus der Erwerbsunfähigkeit besteht im Verdienstausschluss (Oftinger/Stark, a.a.O., Rz 115 zu § 6): Haftpflichtrechtlich sind die wirtschaftlichen Auswirkungen der Körperverletzung und nicht die medizinisch-theoretische Invalidität zu quantifizieren, indem der auf zumutbare Weise noch erzielbare Verdienst vom ohne Schädigung erzielbaren Verdienst abgezogen wird (Oftinger/Stark, a.a.O., Rz 122 zu § 6). Dabei sind die Reduktion der Chancen auf dem Arbeitsmarkt als Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens (Art. 46 Abs. 1 OR) zu berücksichtigen (vgl. Oftinger/Stark, a.a.O., Anm. 177 zu § 6, Anm. 196 zu § 6 sowie Rz 197 ff. zu § 6). Erst wenn die Minderung der Erwerbsfähigkeit im Rahmen des bisherigen Berufes feststeht und sie erheblich oder total ist, so stellt sich die Frage eines Berufswechsels oder der Umschulung auf einen neuen Beruf (Oftinger/Stark, a.a.O., N. 131 zu § 6). Die geschädigte Person hat ihrerseits alles Zumutbare zu tun, um ihre Restarbeitskraft gewinnbringend einzusetzen. Ein allfälliger Mehraufwand geht zu Lasten des Haftpflichtigen (Peter Beck, Zusammenwirken von Schadenausgleichssystemen [§ 6], in: Münch/Geiser (Hrsg.), Schaden - Haftung - Versicherung, Handbücher für die Anwaltspraxis V, Basel/Genf/München 1999, Rz 6.5). Das kann dazu führen, dass der Schädiger die Kosten einer Umschulung auch in einen qualifizierteren Beruf übernehmen muss (Beck, a.a.O., Rz 6.57). Allerdings muss hier gelten, was in sozialversicherungsrechtlicher Hinsicht gilt: Dass es sich um einen Sonderfall handeln muss und dass die erwerblichen Auswirkungen des Gesundheitsschadens nur auf diese Weise hinreichend behoben werden können (vgl. Silvia Bu-

cher, Eingliederungsrecht der Invalidenversicherung, Habilitationsschrift, Zürich 2011, S. 364).

b) Unter haftpflichtrechtlichen Gesichtspunkten wird die Umschulung bei der Schadenminderungspflicht behandelt. Sie ist keine Pflicht im Rechtssinn, sondern eine Obliegenheit; Obliegenheitsverletzungen wirken sich dahingehend aus, dass die Ersatzpflicht eingeschränkt werden kann (Oftinger/ Stark, S. 261 Anm. 54). Ergreift der Geschädigte sich aufdrängende Massnahmen zur Reduktion der Schädigung nicht bzw. verweigert er seine Zustimmung zur Behandlung aufgetretener Schäden, so wirkt sich dies insofern aus, als nur derjenige Schaden ersetzt werden muss, der nicht durch mögliche und zumutbare Massnahmen abgewendet werden kann (Oftinger/Stark, a.a.O., S. 262 Rz 40 f.). Als Beispiele werden genannt: gefahrlose Operation mit guten Heilungschancen, eine Kur, sofortiger Verkauf von Waren, die zu verfaulen drohen, Ablehnung zumutbarer Umschulung (bzw. Wiedereingliederungsmassnahmen nach IVG) etc. (Oftinger/Stark, a.a.O., S. 262 Rz 40, 42 sowie Anm. 64). Ist die Schadenminderung mit Kosten verbunden, so hat der Haftpflichtige grundsätzlich dafür einzustehen und entsprechende Vorschüsse zu leisten (Oftinger/Stark, a.a.O., S. 262 Rz 40, S. 291 Rz 132). Die Zumutbarkeit von Umschulungen und Berufswechseln wird bejaht, wenn die Erwerbsfähigkeit im angestammten Beruf erheblich eingeschränkt oder verunmöglicht wird (Oftinger/Stark, a.a.O., S. 291 Rz 131).

c) Die Frage der Zumutbarkeit der Umschulung stellt sich im vorliegenden Fall nicht, weil die ungelernte Geschädigte dadurch einen Beruf erlernen konnte und sich der Umschulung in keiner Weise widersetzt hat. Im Gegenteil hat sie diese einschränkungslos befürwortet und die Ausbildung zur kaufmännischen Angestellten auch mit viel Motivation, grossem Einsatz und sehr gutem Erfolg absolviert. Ginge es darum, die Leistungen der Geschädigten zu honorieren, so könnte der Ersatz nicht fraglich sein.

Eine Umschulung wird erforderlich, wenn das die Haftpflicht auslösende Ereignis die Erwerbstätigkeit im Rahmen der bisherigen Tätigkeit erheblich beeinträchtigt oder verunmöglicht. Im vorliegenden Fall hatte die Geschädigte vor dem Unfall ohne entsprechende Ausbildung Büroarbeiten erledigt. Mit Erlangung des

KV-Abschlusses hat sie die Voraussetzungen zur Ausübung besser qualifizierter Büroarbeiten erworben, wobei nicht gesagt werden kann, dass es sich dabei um eine grundsätzlich andere Arbeit mit merklich anderen Anforderungen handle. Es leuchtet nicht ein und wird von der Klägerin auch nicht behauptet, inwieweit die physischen Beanspruchungen für gelernte und ungelernte Büroarbeiten erheblich anders sind. Diesbezüglich muss davon ausgegangen werden, dass Arbeitsunfähigkeit für ungelernte Büroarbeiten auch Arbeitsunfähigkeit für gelernte Büroarbeiten bedeutet und umgekehrt. Insofern ist nicht ersichtlich und schon gar nicht nachgewiesen, warum eine Umschulung erforderlich war. Was die psychische Situation der Geschädigten anbelangt, ist bereits erwähnt worden, dass dieser Problempunkt im J. _____-Gutachten zwar angesprochen wurde, sich daraus jedoch nicht mit hinreichender Sicherheit ergibt, welche Auswirkungen es gehabt hätte, wenn die "psychische Stabilität" (act. 4/34 S. 29) durch die Umschulung nicht günstig beeinflusst worden wäre und ob und inwieweit anzunehmen gewesen wäre, dass die Geschädigte als ungelernte Büroangestellte erwerbsunfähig gewesen wäre. Damit kann zwar theoretisch nicht ausgeschlossen werden, dass der psychische Zustand der Geschädigten Anlass zu einer Umschulung hätte geben können, jedoch fehlt es an substantiierten Angaben und am Nachweis, dass sich die psychische Komponente derart gravierend ausgewirkt hätte, dass die Erwerbstätigkeit als ungelernte Angestellte verunmöglicht oder deutlich erschwert worden wäre.

In diesem Zusammenhang führt die Klägerin, unter Bezugnahme auf die Stellungnahme des Case Managers der "E. _____" vom 6. September 2001, aus, dass in jenem Segment, in dem die Geschädigte vor dem Unfall tätig gewesen sei, Stellen, bei denen seitens eines Arbeitgebers die Bereitschaft und Möglichkeit bestehe, auf gesundheitliche Beeinträchtigungen Rücksicht zu nehmen, nur schwer erhältlich seien (act. 22 S. 5 f.). Die Klägerin hatte zur Arbeitsmarktsituation im vorinstanzlichen Verfahren denn auch eine Beweisofferte (act. 22 S. S. 24) gemacht, die Vorinstanz hatte diesen Beweis allerdings nicht erhoben, was nicht gerügt worden ist.

Die Behauptungen der Klägerin zu den behinderungsbedingten Schwierigkeiten auf dem Arbeitsmarkt (act. 39 S. 17, S. 21) stellt die Vorinstanz im Zusammenhang mit den Parteivorbringen dar. In den Erwägungen weist sie wie folgt auf das Verlaufsprotokoll der IV-Stelle des Kantons ... hin (act. 4/72 S. 3): "Die Geschädigte (brauche), da sie keine Ausbildung habe und wegen ihrer Behinderung wahrscheinlich auf eine Teilzeitstelle angewiesen sei, aus berufsberaterischer Sicht unbedingt eine Büroausbildung ... So würde sie wegen ihrer Behinderung wahrscheinlich keine Stelle finden. Mit einem KV-Abschluss an einer Handelsschule ... hätte sie Chancen auf dem Arbeitsmarkt ...". Aus dieser Passage ergibt sich einzig, dass die Geschädigte "wegen ihrer Behinderung wahrscheinlich auf eine Teilzeitstelle angewiesen sei". Das gibt nicht die gesundheitliche Situation der Geschädigten wieder, sondern prognostiziert die Arbeitsmöglichkeiten als ungelernete Arbeitskraft in einem vermuteten Teilpensum, mit dem impliziten Ergebnis, dass es für ungelernete Bürokräfte praktisch keine Teilzeitstellen gebe, was letztlich nicht erstellt ist. Dass es bei der Geschädigten um andere Arten von behinderungsbedingten Einschränkungen gehen könnte, ist nicht ersichtlich. Unabhängig davon ist darauf hinzuweisen, dass gemäss Art. 46 OR die "Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens" besonders abzugelten ist. Dazu gehört auch, dass, namentlich bei wirtschaftlicher Flaute, anderen Bewerbern, die keiner besondere Rücksichtnahme bedürfen, der Vorzug gegeben wird (Oftinger/Stark, a.a.O., N. 197 zu § 6). Ist die Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens haftpflichtrechtlich als separater Schadensposten zu berücksichtigen (was vorliegend nicht zur Diskussion steht), so können die damit allenfalls im Zusammenhang stehenden Nachteile als (hauptsächliches) Kriterium für eine Umschulung nicht massgeblich berücksichtigt werden.

d) Den Hinweis des Beklagten auf die Meinung des Teamleiters der IV-Stelle des Kantons ..., O._____, hat die Vorinstanz zunächst bei den Parteibehauptungen wiedergegeben (act. 39 S. 17) und sich wie folgt damit auseinandergesetzt: "Auch wenn die Teamleitung der IV-Stelle Kanton ... am 25. August 2003 festhielt, dass die Zusprache einer Umschulung ein Fehlentscheid sei, da die Versicherte nach der abgebrochenen Lehre keine neue Ausbildung angetreten habe und sie jahrelang ohne Ausbildung im Büro gearbeitet habe (act. 15/5), ändert

dies nichts daran, dass die Voraussetzungen für eine Umschulung damals vorlagen" (act. 39 S. 55). Das kritisiert der Beklagte (act. 45 Rz 10). Anders als die Vorinstanz erachtet die Kammer diesen Hinweis im Gesamtkontext nicht als bedeutungslos. Angesichts dieser Äusserung wäre es an der Klägerin gewesen, die letztlich die Beweislast für die Notwendigkeit der Umschulungsmassnahmen und damit für den Bestand des Regressanspruchs trägt, zu erklären, warum es auf die Beurteilung von O. _____ nicht ankommen könne. Und sie wäre gehalten gewesen, den Anschein, der durch diese Urkunde, die in ihrem Einflussbereich ("Amt für AHV und IV, IV-Stelle Kanton ...") entstanden ist, mit tragfähigen Argumenten zu entkräften und allenfalls Beweisanerbieten zu machen. Der Beklagte hat das Problem schon in der Klageantwort und dann nochmals in der Duplik ausreichend deutlich angesprochen und es "auf den Tisch" gelegt. Der Klägerin musste klar sein, dass es hier Erklärungsbedarf gab. Wenn sie dem Beklagten vorwirft, er verweise "auf eine interne Beurteilung der IV ohne aufzuzeigen, welchen Inhalts diese interne Beurteilung war und weshalb diese interne Beurteilung und nicht die Auffassung der Vorinstanz zutreffend sein solle", so setzt sie sich in Widerspruch zu den prozessualen Regeln vom Behaupten und Beweisen.

e) Zusammenfassend ergibt sich Folgendes: Die Voraussetzungen für die Umschulung sind aus haftpflichtrechtlicher Sicht nicht nachgewiesen. Das ist insbesondere darauf zurückzuführen, dass letztlich unklar geblieben ist, ob die Geschädigte, als IV-rechtlich über die Absolvierung einer kaufmännischen Ausbildung entschieden wurde, ihre bisherige Arbeit nicht mehr hätte ausführen können. In physischer Hinsicht ist der Nachweis deshalb nicht erbracht, weil das J. _____ - Gutachten die Arbeitsfähigkeit im angestammten Beruf im Zeitpunkt der Begutachtung explizit bejahte. Für den etwas früheren Zeitpunkt, als zu Beginn des Jahres 2003 über das IV-Wartezeittaggeld und am 1. April 2003 über die Kostengutsprache für eine Umschulung (act. 4/73 f.) entschieden werden musste, gibt es keine verlässlichen Angaben zur Arbeitsunfähigkeit. Der Einschätzung von Dr. M. _____, der während der ganzen Ausbildungsdauer an der Tageschule und auch noch für die Zeit, als die Geschädigte bereits eine Vollzeitstelle angetreten hatte, eine 50 %ige Arbeitsunfähigkeit attestierte, fehlt die erforderliche Überzeugungskraft. Der unklare Hinweis im J. _____ -Gutachten auf die positi-

ve Wirkung der Umschulung auf die psychische Stabilität der Geschädigten ist zu wenig konkret, als dass damit nachgewiesen würde, die Geschädigte hätte ihre vor dem Unfall ausgeübte Tätigkeit gar nicht mehr oder doch nur noch erheblich eingeschränkt ausüben können. Und die bezüglich Art und Umfang nicht näher substantiierte Rücksichtnahme auf die beeinträchtigte Gesundheit der Geschädigten durch potentielle Arbeitgeber und die damit verbundenen Schwierigkeiten auf dem Arbeitsmarkt wären haftpflichtrechtlich nicht mit der Umschulung abzugelten. Kann Bestrittenes nicht beweismässig erhärtet werden, so wirkt sich dies zu Lasten des Beweisbelasteten aus. Dies ist im vorliegenden Fall die Klägerin, die – gleich wie die Geschädigte in einer direkten Auseinandersetzung mit dem Haftpflichtversicherer – die Beweislast und damit die Folgen der Beweislosigkeit trägt. Daher ist der vorinstanzliche Entscheid aufzuheben und die Klage abzuweisen.

IV.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Klägerin für beide Instanzen kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO; §§ 4 Abs. 1 und 12 Abs. 1 GerGebV; §§ 4 Abs. 1 und 13 Abs. 2 AnwGebV). Die Klägerin hat vor Vorinstanz (act. 5 und act. 7) und der Beklagte im Berufungsverfahren (act. 48 und 50) je einen Kostenvorschuss geleistet. Der erstinstanzliche Kostenvorschuss der Klägerin wird mit der ihr auferlegten Entscheidgebühr verrechnet. Da der Kostenvorschuss im Berufungsverfahren vom obsiegenden Beklagten stammt, hat ihm die Klägerin diesen zu ersetzen (Art. 111 Abs. 2 ZPO). Der Beklagte hat für das erstinstanzliche Verfahren keinen Antrag auf Ersatz der Mehrwehrsteuer gestellt; für das zweitinstanzliche Verfahren liegt ein solcher Antrag vor (act. 45 S. 1).

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird gutgeheissen und die Klage wird abgewiesen.
2. Die Entscheidegebühr des erstinstanzlichen Verfahrens (Dispositiv-Ziff. 2) in der Höhe von Fr. 9'251.-- wird bestätigt.
3. Die erstinstanzlichen Gerichtskosten werden der Klägerin auferlegt und mit dem von der Klägerin geleisteten Vorschuss verrechnet.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten für das erstinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 11'652.-- zu bezahlen.
5. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird auf Fr. 9'250.-- festgesetzt.
6. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Klägerin auferlegt und aus dem von dem Beklagten geleisteten Vorschuss bezogen.
7. Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten für das Berufungsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 6'000.-- zuzüglich Fr. 480.-- (8 % Mehrwertsteuer) zu bezahlen. Ausserdem wird die Klägerin verpflichtet, dem Beklagten den von ihm geleisteten Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 9'250.-- zu ersetzen.
8. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Zürich, 10. Abteilung, je gegen Empfangsschein.

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

9. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder

Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

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

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 112'529.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. A. Katzenstein

lic. iur. M. Hinden

versandt am: