

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LB160059-O/U.doc

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter Dr. H.A. Müller und Oberrichter lic. iur. M. Spahn sowie Gerichtsschreiber lic. iur. M. Kirchheimer

## Beschluss vom 8. Februar 2017

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Klägerin und Berufungsklägerin

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

gegen

**B.** \_\_\_\_\_ AG,

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Fürsprecher Y. \_\_\_\_\_

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Dietikon vom 11. August 2016 (CG140015-M)**

## **Erwägungen:**

### I.

1. Am 28. Januar 2008 wurde die Klägerin, die ihre dreijährige Tochter C.\_\_\_\_\_ auf dem Arm trug und ihren einjährigen Sohn D.\_\_\_\_\_ im Kinderwagen vor sich herschob, bei der Überquerung eines Fussgängerstreifens auf der ...strasse in E.\_\_\_\_\_ von einem Fahrzeug angefahren (Urk. 4/6). Mutter und Tochter erlitten ein schweres Schädel-Hirn-Trauma, an deren Folgen die Tochter am nächsten Tag erlag. Bei der Klägerin wurde zudem ein Kniestorsionsstrauma diagnostiziert. Der Sohn D.\_\_\_\_\_ blieb unverletzt. Die Lenkerin des Fahrzeugs, die bei der Beklagten haftpflichtversichert war, wurde vom Obergericht des Kantons Zürich, II. Strafkammer, nach einem Rückweisungsentscheid des Bundesgerichts mit Urteil vom 19. März 2013 der fahrlässigen Tötung, der fahrlässigen schweren Körperverletzung und der groben Verletzung der Verkehrsregeln schuldig gesprochen (Urk. 4/5, Urk. 4/8, Urk. 22/17).

2. Zuhanden der SVA Zürich wurde die Klägerin am Universitätsspital Basel (Academy of Swiss Insurance Medicine; fortan asim) medizinisch interdisziplinär abgeklärt. Ein erstes Gutachten wurde von der asim am 31. Dezember 2010 erstattet (Urk. 12/5; fortan asim-Gutachten 2010). Ein zweites (Verlaufs-) Gutachten datiert vom 7. Mai 2013 (Urk. 4/9 = Urk. 12/6; fortan asim-Gutachten 2013). Die SVA Zürich ermittelte einen Invaliditätsgrad von 29.5% (bis 31. Januar 2012) bzw. 34.5% ab 1. Februar 2012 und verneinte mit Verfügung vom 19. November 2013 einen Rentenanspruch (Urk. 4/10). Die Beklagte beauftragte ihrerseits Dr. F.\_\_\_\_\_, Facharzt für Neurologie FMH, ein neurologisches Aktengutachten zu verfassen, das am 30. April 2014 vorgelegt wurde (Urk. 4/11; fortan Gutachten F.\_\_\_\_\_).

3. Am 18. August 2014 reichte die Klägerin Klageschrift und Klagebewilligung bei der Vorinstanz ein (Urk. 1, Urk. 2). Darin stellte sie folgendes Rechtsbegehren:

- "1. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin CHF 50'000.00, zuzüglich Zins zu 5% seit 28. Januar 2008, zu bezahlen;
2. unter dem ausdrücklichen Vorbehalt des Nachklagerechtes;
3. sowie unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, zuzüglich Mehrwertsteuer, zulasten der Beklagten."

In der Klageantwort vom 10. Oktober 2014 hielt die Beklagte auf Abweisung der Klage (Urk. 11). Die Instruktionsverhandlung vom 6. Februar 2015 führte zu keiner Einigung (Prot. I S. 5). Die Klägerin erstattete die Replik mit Eingabe vom 27. April 2015 (Urk. 21). Die Duplik datiert vom 11. Juni 2015 (Urk. 26). Die Parteien erklärten ihren Verzicht auf eine Hauptverhandlung im Sinne von Art. 233 ZPO (Urk. 28, Urk. 29). Mit Urteil vom 11. August 2016 hiess die Vorinstanz die Klage teilweise gut und verpflichtete die Beklagte, der Klägerin eine Genugtuung von Fr. 19'000.– zuzüglich 5% Zins auf Fr. 29'000.– vom 28. Januar 2008 bis 8. Mai 2008, 5% Zins auf Fr. 24'000.– vom 9. Mai 2008 bis 20. Dezember 2010 und 5% Zins auf Fr. 19'000.– ab 21. Dezember 2010 zu bezahlen. Im Mehrbetrag wies sie die Klage ab (Urk. 34 = Urk. 37).

4. Mit Eingabe vom 13. September 2016 erhob die Klägerin Berufung gegen das ihr am 15. August 2016 zugestellte Urteil und stellte folgende Berufungsanträge (Urk. 36, Urk. 35/1):

- "1. Das Urteil des Bezirksgerichtes Dietikon vom 11. August 2016 sei aufzuheben;
2. Der Prozess sei zur Durchführung eines Beweisverfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen;
3. **Eventuell:** Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin CHF 50'000.00, zuzüglich Zins zu 5% seit 28. Januar 2008 zu bezahlen;
4. unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, zuzüglich 8% Mehrwertsteuer, zulasten der Beklagten."

Gleichzeitig stellte die Klägerin ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege. Die Beklagte beantragte in ihrer Berufungsantwort vom 14. November 2016 die Abweisung der Berufung (Urk. 42; der Klägerin zugestellt am 21. November 2016; Urk. 44). Seither sind keine weiteren Eingaben erfolgt.

II.

1. Mit der vorliegenden Klage verlangt die Klägerin Fr. 50'000.– als Genugtuung für die durch den Unfall erlittenen, bleibenden bzw. irreversiblen körperlichen Schädigungen (Art. 47 OR), nämlich (Urk. 2 S. 10 f., S. 13):

- Okulomotoriusparese (Augenmuskellähmung mit Beeinträchtigungen der Augenbeweglichkeit und Wahrnehmungsfähigkeit sowie dem Auftreten von Doppelsichtigkeit)
- beidseitige Opticuserkrankung
- schwere feinmotorische Defizite
- schwere posttraumatische Kopfschmerzen
- Einschränkung der Beweglichkeit (Beugen) der Knie mit Einfluss auf das Heben von Gewichten und Stehen, das Auf- und Absteigen sowie das Niederkauern
- Schmerzen und Gefühlsstörungen in Beinen und Füssen
- schwere posttraumatische Belastungsstörung
- unfallbedingtes organisches Psychosyndrom
- unfallbedingte depressive Erkrankung
- schwere neuropsychologische Defizite mit Konzentrationsschwierigkeiten und Vergesslichkeit sowie Antriebslosigkeit
- neurokognitive Einschränkungen
- schwerer Tinnitus

Dabei behielt sich die Klägerin vor, den Genugtuungsanspruch für den Verlust ihrer dreijährigen Tochter anderweitig geltend zu machen (Urk. 2 S.13).

2. Die Beklagte verneinte einen Anspruch auf Genugtuung mit der Begründung, ein invaliditätsrelevanter, unfallkausaler Gesundheitsschaden liege nicht vor bzw. sei nicht nachgewiesen (Urk. 11 S. 19, Urk. 26 S. 28). Es bestünden lediglich noch Restbeschwerden (Urk. 11 S. 8, Urk. 26 S. 31). Die medizinischen Akten einschliesslich der asym-Gutachten zeigten ein Bild erheblicher Selbstlimitierung und Aggravation (Urk. 11 S. 10, Urk. 26 S. 41). Eine neuerliche Begutachtung der Klägerin mache angesichts zweimaliger Begutachtung und dabei erfolgter Aggravation keinen Sinn (Urk. 26 S. 30 f.). Für den Fall, dass die Klägerin infolge der erlittenen Knieverletzung und des erlittenen Schädelhirntraumas noch unter unfallkausalen Restbeschwerden leiden sollte, anerkannte die Beklagte eine Genugtu-

ungssumme von Fr. 20'000.–, die aufgrund der von ihr geleisteten Akontozahlung bereits im Umfange von Fr. 10'000.– getilgt worden sei (Urk. 11 S. 21, Urk. 26 S. 41).

3.1 Die Vorinstanz vermochte keine stichhaltigen Gründe für die Einholung eines weiteren (von der Klägerin beantragten) Gutachtens auszumachen. Sie hielt die beiden von der asim erstellten Gutachten unter Verweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung für ohne weiteres verwertbar. Das Gutachten F.\_\_\_\_\_ taxierte die Vorinstanz zwar als Parteigutachten. Da es von der Beklagten in Auftrag gegeben, jedoch von der Klägerin eingereicht wurde, kann es laut Vorinstanz ebenfalls in die Beweiswürdigung einbezogen werden. Die Vorinstanz taxierte die bei den Akten liegenden Gutachten als ausführlich, nachvollziehbar und in sich schlüssig. Sie hielt dafür, die im Gutachten F.\_\_\_\_\_ an den asim-Gutachten geäußerte Kritik (nicht nachvollziehbare Diagnose eines chronisch posttraumatischen Kopfschmerzes, fehlende Bezugnahme auf die letzte MR-Bildgebung des Schädels, Übergehen eines störungsimmanenten Kooperationsmangels) rechtfertige es nicht, ein neues Gutachten in Auftrag zu geben, zumal bei Annahme eines störungsimmanenten Kooperationsmangels bei einer erneuten Begutachtung kein kooperativeres Verhalten der Klägerin zu erwarten sei. Zudem stehe die lange, seit dem Unfallereignis verflossene Zeit zuverlässigen Auskünften der Klägerin und einer Beurteilung der Unfallkausalität von neu gewonnenen Erkenntnissen durch einen Gutachter entgegen (Urk. 37 S. 8 ff. E. 5).

3.2 Die Vorinstanz ging von folgenden bleibenden unfallkausalen Schädigungen aus (Urk. 37 S. 16 f. E. 6.3):

- Okulomotoriusparese (Augenmuskellähmung mit Beeinträchtigungen der Augenbeweglichkeit und Wahrnehmungsfähigkeit sowie dem Auftreten von Doppelsichtigkeit)
- Opticusläsion (Läsion der Sehbahnen)
- Einschränkung der Beweglichkeit (Beugen der Knie mit Einfluss auf das Heben von Gewichten, das Gehen und Stehen, das Auf- und Absteigen sowie das Niederkauern) in einem geringen Ausmass

Weitere Verletzungsfolgen wies die Vorinstanz zurück: Schwere feinmotorische Defizite taxierte die Vorinstanz als ungenügend substantiiert und nicht be-

wiesen (Urk. 37 S. 12). Die geltend gemachten Kopfschmerzen basierten – so die Vorinstanz – im Wesentlichen auf Angaben der Klägerin, könnten laut asim-Gutachten auf andere Ursachen als den Unfall zurückzuführen und überdies behandelbar sein (Urk. 37 S. 13). Die zum Nachweis von Schmerzen und Gefühlsstörungen in Beinen und Füssen erfolgten Beweisofferten seien nicht aussagekräftig bzw. zu allgemein (Urk. 37 S. 14). Die geltend gemachten psychischen Probleme seien entweder nicht bleibender Natur oder nicht zuverlässig erstellbar (Urk. 37 S. 14 ff.). Ein störender schwerer Tinnitus lasse sich mit den angerufenen Urkunden nicht nachweisen; die im asim-Gutachten 2013 gemachten Ausführungen betreffend Tinnitus beruhten überdies auf der (aggravierenden) Sachdarstellung der Klägerin, ohne objektivierbar zu sein (Urk. 37 S. 16).

3.3 Die Vorinstanz knüpfte für die Bemessung der Genugtuung bzw. zur Bewertung der objektiven Schwere der Beeinträchtigung als Richtwert (Basiswert) an der Integritätsentschädigung an, die nach der Skala über die Integritätseinbussen im Anhang 3 zur Verordnung vom 20. Dezember 1982 über die Unfallversicherung (UVV; SR 832.202) bemessen wird und im Regelfall dem angegebenen Prozentsatz des Höchstbetrags des versicherten Verdienstes von aktuell Fr. 148'200.– im Jahr (Art. 22 Abs. 1 UVV) entspricht. Die Vorinstanz legte den Integritätsschaden für die Augenverletzungen auf 15% und für die Beweglichkeitseinschränkung auf 5% fest, was einen Basisbetrag von Fr. 29'640.– (20% von Fr. 148'200.–) ergab. Einen Zuschlag von 7% (Fr. 2'074.80) gewährte die Vorinstanz für das jugendliche Alter der Klägerin; einen Abzug von 10% (Fr. 2'964.–) nahm sie für das Verhalten der Klägerin anlässlich des Unfalls vom 28. Januar 2008 vor. Den daraus resultierenden Betrag von Fr. 28'750.50 rundete die Vorinstanz auf Fr. 29'000.– auf. Nach Abzug der von der Beklagten bereits geleisteten Fr. 10'000.– verblieb ein Betrag von Fr. 19'000.–, den die Vorinstanz der Klägerin als Genugtuung zusprach (Urk. 37 S. 17 ff.).

III.

1.1 Die Berufung wurde form- und fristgerecht erhoben. Sie richtet sich gegen einen erstinstanzlichen Endentscheid. Da auch die Streitwertgrenze erreicht wird (Art. 308 und Art. 311 ZPO), ist auf die Berufung – unter Vorbehalt hinreichender Begründung – einzutreten. Mit der Berufung kann unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden.

1.2 Die Berufungsanträge der Klägerin sind dahingehend zu interpretieren, dass die Klägerin die vollständige Gutheissung der Klage erreichen will und den vorinstanzlichen Entscheid nur insofern anfechtet, als die Klage im Mehrbetrag abgewiesen wurde, wobei der Antrag auf Zahlung als Hauptantrag und der Antrag auf Rückweisung an die Vorinstanz als Eventualantrag zu qualifizieren ist. Soweit die Klage gutgeheissen wurde, ist das Urteil der Vorinstanz vom 11. August 2016 mit Ablauf der Anschlussfrist, das heisst am 21. November 2016, in Rechtskraft erwachsen. Dies ist vorzumerken.

2.1 Die Klägerin hält berufsungsweise am Ausmass der durch den Unfall erlittenen gesundheitlichen Beeinträchtigungen fest (Urk. 36 S. 8 f. Ziff. 10). Sie rügt insbesondere, dass die Vorinstanz zwecks Nachweises der – von ihr hinreichend konkret behaupteten – Unfallfolgen das beantragte Gutachten nicht eingeholt und eine unzulässige antizipierte Beweiswürdigung vorgenommen habe. Dadurch habe die Vorinstanz die Art. 152 und 183 ZPO verletzt (Urk. 36 S. 9 Ziff. 11, S. 10 Ziff. 3, S. 11 Ziff. 7, S. 12 Ziff. 9, S. 13 Ziff. 12, S. 14 Ziff. 15, S. 16 Ziff. 20, S. 17 Ziff. 22, S. 18 Ziff. 25, S. 19 Ziff. 26 f., S. 20 Ziff. 1 und S. 21 Ziff. 5). In diesem Zusammenhang sei relevant, dass der Vertrauensarzt der Beklagten, Dr. F.\_\_\_\_\_, gravierende Mängel der asim-Gutachten festgestellt, die mangelnde Kooperation der Klägerin als störungsimmanent bezeichnet und weitere Untersuchungen empfohlen habe (Urk. 36 S. 7 f. Ziff. 7 f., S. 10 Ziff. 2, S. 11 f. Ziff. 6 ff., S. 21 Ziff. 4). Für überspitzt formalistisch hält die Klägerin die vorinstanzliche Erwägung, sie lege nicht dar, was mit welchen IV-Akten, auf die sie sich ebenfalls berufen habe, bewiesen werden solle (Urk. 36 S. 10 Ziff. 4). Weiter wirft die Klägerin der Vorinstanz eine unrichtige und willkürliche Sachverhaltsfeststellung vor,

indem diese – ohne über entsprechende Fachkenntnisse zu verfügen – feinmotorische Defizite verneine, die Auswirkungen der Knieverletzungen im Alltag als nicht allzu gross bezeichne, die psychischen Schädigungen als nicht bleibender Natur taxiere und den Integritätsschaden auf 20% bemesse (Urk. 36 S. 14 Ziff. 15, S. 16 Ziff. 19, S. 17 f. Ziff. 22, S. 19 Ziff. 27 und S. 21 Ziff. 5). Schliesslich verortet die Klägerin eine Verletzung der Begründungspflicht (Art. 238 ZPO), wenn die Vorinstanz nicht weiter darlege, aus welchen Gründen die von Dr. F. \_\_\_\_\_ mit Gutachten vom 30. April 2014 verlangte abschliessende neuropsychologische Begutachtung aus zeitlichen Gründen nicht mehr möglich sei (Urk. 36 S. 12 Ziff. 10). Schliesslich beziffert die Klägerin den Integritätsschaden auf mindestens 30% und die Basisgenugtuung auf Fr. 44'460.–. Die von der Vorinstanz vorgenommene Erhöhung (um 7%) und Reduktion (um 10%) der Genugtuung ficht sie nicht an (Urk. 36 S. 19 f. Ziff. 28 ff.).

2.2 Die Beklagte hält im Wesentlichen dafür, die Vorinstanz habe angesichts der Tatsachenbehauptungen der Klägerin, der Erkenntnis aus den beweistauglichen asim-Gutachten sowie der Einwände der Beklagten zu Recht und in zulässiger antizipierter Beweiswürdigung auf die Abnahme des beantragten medizinischen Gutachtens verzichtet (Urk. 42 S. 19 Ziff. 50). Die asim-Gutachten seien ohne weiteres verwertbar und schlüssig (Urk. 42 S. 8 Ziff. 18). Eine neuerliche, dritte Begutachtung mache angesichts des aktenkundigen Verhaltens der Klägerin gegenüber medizinischen Gutachtern mit Aggravation und widersprüchlichen Angaben wenig Sinn (Urk. 42 S. 5 Ziff. 9). Aus einer neuerlichen gutachterlichen Abklärung könnten keine weitergehenden und insbesondere keine neuen Erkenntnisse erwartet werden (Urk. 42 S. 8 Ziff. 16). Wenn die Klägerin nunmehr eine neue Exploration fordere, komme dies einem verpönten "Gutachtershopping" gleich, was keinen Schutz verdiene (Urk. 42 S. 5 f. Ziff. 9 ff.).

3.1 Das medizinische (polydisziplinäre) Gutachten stellt ein taugliches und zentrales Beweismittel dar, um die gesundheitlichen Folgen eines Unfalls mit Mehrfachverletzungen in einem Haftpflichtprozess zu erfassen. Dies hat das Bundesgericht unlängst in zwei Fällen festgehalten, in denen die Kläger durch Auto-

unfälle verletzt worden waren (BGE 140 III 16 E. 2.5 S. 24, 140 III 24 E. 3.3.3 S. 28 f.).

3.2 Wie bereits die Vorinstanz dargelegt hat, darf der Zivilrichter ein von einer anderen Behörde in Auftrag gegebenes und in einem anderen Verfahren erstattetes Gutachten als gerichtliches Gutachten beiziehen. Bei einem solchen Beizug eines Fremdgutachtens muss den Parteien im Hauptprozess freilich das rechtliche Gehör gewährt werden. Den Parteien ist Gelegenheit zu geben, sich zur Person des Gutachters und zum Inhalt des Gutachtens zu äussern und Ergänzungsfragen zu stellen. Auch kann ein neues Gutachten zu denselben Gutachterfragen angeordnet werden, wenn die Feststellungen und Schlussfolgerungen eines Fremdgutachtens einer kritischen Beweiswürdigung (Art. 157 ZPO) nicht standhalten (BGE 140 III 24 E. 3.3.1.3 S. 27). Es versteht sich von selbst, dass von Beweistauglichkeit nur insoweit die Rede sein kann, als das beigezogene Fremdgutachten auch wirklich diejenigen Fragen beantwortet, die sich im Hauptprozess stellen. Demgegenüber handelt es sich bei von den Parteien eingeholten ärztlichen Berichten um sog. Privatgutachten, die nicht als Beweismittel sondern als Parteivorbringen gelten (BGE 140 III 24 E. 3.3.3 S. 29). Ein als Reaktion auf ein Gerichtsgutachten vorgelegtes Privatgutachten kann aber für die Beweiswürdigung durchaus relevant sein. Wird durch Äusserungen fachkundiger Personen auf Mängel oder Unzulänglichkeiten im Gerichtsgutachten hingewiesen, stellt sich die Frage, ob dieses damit dermassen erschüttert wird, dass von ihm abzuweichen ist oder wenigstens beweismässige Weiterungen zur Abklärung der aufgeworfenen Fragen in die Wege zu leiten sind (Heinrich Andreas Müller, DIKE-Komm-ZPO, Art. 188 N 16; BGer 6B\_215/2013 vom 27. Januar 2014, E. 1.2). Vor diesem Hintergrund sind die einzelnen gesundheitlichen Beschwerden der Klägerin zu beurteilen.

3.3 Vorab ist festzuhalten, dass die Vorinstanz weder eine Beweisverfügung im Sinne von Art. 154 ZPO erliess, noch den Parteien anderweitig anzeigte, dass die asim-Gutachten als gerichtliche Gutachten beigezogen würden. Insbesondere wurde den Parteien keine Gelegenheit geboten, Ergänzungsfragen zu stellen. Darin ist ein Verfahrensmangel zu sehen, auch wenn dies von keiner Partei explizit

gerügt wurde. Der Verzicht der Parteien auf die Durchführung einer Hauptverhandlung ändert daran nichts.

4. Die Vorinstanz hat folgende Verletzungen nicht anerkannt, wobei die von ihr als psychische Probleme zusammengefassten Beschwerden (schwere posttraumatische Belastungsstörung, unfallbedingtes organisches Psychosyndrom, unfallbedingte depressive Erkrankung, schwere neuropsychologische Defizite mit Konzentrationsschwierigkeiten, Vergesslichkeit sowie Antriebslosigkeit und neurokognitive Einschränkungen) im Vordergrund stehen:

4.1.1 Die Vorinstanz kam zum Schluss, die geltend gemachten psychischen Defizite seien entweder nicht bleibender Natur oder nicht zuverlässig erstellbar. Laut asim-Gutachten 2013 sei die posttraumatische Belastungsstörung am Abklingen. Diesbezüglich sei von einem leichten Leiden nicht bleibender Natur auszugehen. Eine depressive Störung liege nicht vor. Es sei nur von einer Trauerreaktion mit milden ängstlichen und depressiven Anteilen auszugehen. Beschwerden, die auf ein organisches Psychosyndrom hindeuteten, seien nicht zu beobachten. Ein neuropsychologischer Nachweis von hirnorganischen Defiziten bestehe nicht. Befunde, die schwere Defizite attestierten (wie z.B. das neuropsychologische Fachgutachten vom 23. November 2010), beruhten entweder auf Schilderungen der Klägerin oder würden durch widersprüchliches Verhalten der Klägerin und den Verdacht auf Aggravation erschüttert (Urk. 37 S. 14 ff.).

4.1.2 Hinsichtlich der psychischen Leiden der Klägerin lassen sich aufgrund der asim-Gutachten unter Berücksichtigung des Gutachtens F.\_\_\_\_\_ keine eindeutigen Schlüsse ziehen:

Im asim-Gutachten 2010 wurden zwar eine posttraumatische Belastungsstörung, ein organisches Psychosyndrom, eine formal schwere kognitive Störung und eine leichte depressive Episode (alles mit Einfluss auf die Arbeitsfähigkeit) diagnostiziert. Zugleich wurde aber der Verdacht auf Beschwerdeaggravation geäußert (Urk. 12/5 S. 24). Der Gesamtbeurteilung des asim-Gutachtens 2010 lassen sich folgende Aussagen entnehmen:

- Aufgrund der neuropsychologischen Begutachtung müsse gesamthaft von formal schweren kognitiven Störungen multifaktorieller Ätiologie ausgegangen werden; eine Beurteilung der Arbeitsfähigkeit könne aber aus neuropsychologischer Sicht nicht abgegeben werden, da der Symptomvalidierungstest zur Überprüfung der Leistungsmotivation ein klar auffälliges Ergebnis zeige und der Eindruck entstehe, die Klägerin habe nach dem Zufallsprinzip gearbeitet (Urk. 12/5 S. 27).
- Die psychiatrische und neuropsychologische Beurteilung stelle sich aufgrund der erheblichen Diskrepanzen ausserordentlich schwierig dar. Die posttraumatische Belastungsstörung und das organische Psychosyndrom könnten kaum ausschliesslich willentlich dargestellt werden. Es sei jedoch davon auszugehen, dass die Einschränkungen im Alltag unter Berücksichtigung der Fremdanamnese keinesfalls so stark seien wie sie dargestellt würden. Insgesamt lasse sich eine Einschränkung der Arbeitsfähigkeit unter den aktuellen Umständen nicht bestimmen (Urk. 12/5 S. 28).
- Eine Aussage hinsichtlich neurokognitiver und psychiatrischer Einschränkungen könne im Rahmen der aktuellen Begutachtung nicht getroffen werden, da eine Beschwerdeaggravation zusätzlich zu möglicherweise vorhandenen Defiziten vermutet werden müsse. Es werde ein Arbeitsversuch über eine Dauer von zwei bis drei Monaten empfohlen, um Einschränkungen wie auch Motivation näher zu untersuchen (Urk. 12/5 S. 28).
- Diese Frage (nach einem arbeitsfähigkeitsrelevanten Gesundheitsschaden auf den neurologischen, neuropsychologischen und psychiatrischen Fachgebieten) könne aufgrund einer ausgeprägten Diskrepanz zwischen Angaben der Klägerin und Angaben des behandelnden Psychiaters nicht schlüssig und abschliessend beantwortet werden. Aktuell werde davon ausgegangen, dass ein organisches Psychosyndrom, eine posttraumatische Belastungsstörung und eine leichte depressive Episode vorliege, allerdings bestehe der dringende Verdacht auf eine bedeutende Beschwerdeaggravation. Ein abgeschlossener Gesundheitszustand liege aus neuropsychologischer Sicht wahrscheinlich nicht vor (Urk. 12/5 S. 30).
- Unfallfremde Diagnosen seien den Gutachtern nicht bekannt; es liege aber der Verdacht auf eine bedeutsame Aggravation vor (Urk. 12/5 S. 30).

Im asim-Gutachten 2013 wurden ein organisches Psychosyndrom, eine abklingende posttraumatische Belastungsstörung, eine Trauerreaktion als Anpassungsstörung (mit milder Angst und depressiver Reaktion gemischt) und eine fragliche neuropsychologische Störung aufgrund einer wahrscheinlichen Aggravation (alles ohne Einfluss auf die Arbeitsfähigkeit) diagnostiziert (Urk. 12/6 S. 27). Es wurde einleitend daran erinnert, dass die Arbeitsfähigkeit im asim-Gutachten 2010 aus psychiatrischer/neuropsychologischer Sicht bei fehlender Validität der neuropsychologischen Befunde und Verdacht auf Beschwerdeaggravation nicht habe ermittelt werden können (Urk. 12/6 S. 1). In der Gesamtbeurteilung wurde wiederum auf die Probleme bei der (erneuten) Diagnosestellung eingegangen:

- Von neuropsychologischer und psychiatrischer Seite her sei der Verdacht auf eine Beschwerde-Aggravation gestellt worden, die Validität der neuropsychologischen Testbefunde sei teilweise nicht gegeben gewesen, es seien Motivationsschwierigkeiten und Diskrepanzen beobachtet worden, so dass die dort erfassten – formell schweren – kognitiven Störungen nicht hinsichtlich ihrer Auswirkung auf die Arbeitsfähigkeit hätten bewertet werden können. Ebenfalls habe von psychiatrischer Seite her keine klare Aussage zu möglicherweise vorhandenen Einschränkungen getroffen werden können, da es zu ausgeprägten Widersprüchen zwischen den Angaben der Klägerin und der eingeholten Fremdanamnese des behandelnden Psychiaters gekommen sei (Urk. 12/6 S. 28).
- Das psychiatrische Krankheitsbild habe sich im Vergleich zur letzten Untersuchung verbessert. Es liege weiterhin eine Trauerreaktion um den Verlust des Kindes vor, was als Anpassungsstörung mit milder Angst und depressiver Reaktion bewertet werde. Die Kriterien für eine manifeste depressive Erkrankung würden nicht erfüllt. Es bestehe der Verdacht auf ein organisches Psychosyndrom als Unfallfolge, diese Diagnose könne jedoch nicht mit Sicherheit gestellt werden, da entsprechende Beschwerden psychiatrisch nicht erfasst und neuropsychologisch bei erneutem Verdacht auf Aggravation nicht gewertet werden könnten. Neuropsychologisch lägen die Testergebnisse der Explorandin im Beschwerdevalidierungstest im Bereich des Zufalls, die Leistungsbereitschaft erweise sich als deutlich eingeschränkt. Die grösstenteils als schwer erfassten Defizite seien nicht mit der Alltagsfunktionalität zu vereinbaren, so dass neuropsychologisch wie bereits im Vorgutachten von einer Aggravation auszugehen sei. Dies müsse nicht bedeuten, dass keinerlei neuropsy-

chologischen Defizite vorliegen würden, bei einer bewusstseinsnahen Verdeutlichung sei es aber nicht möglich, diese näher zu differenzieren und hinsichtlich ihres Schweregrads und Auswirkung auf die Funktionalität einzuordnen (Urk. 12/6 S. 29 f.).

- Von psychiatrischer Seite her lasse sich eine Verbesserung im Vergleich zum psychiatrischen Vorgutachten und in Übereinstimmung mit dem behandelnden Psychiater attestieren. Neuropsychologisch werde der Verdacht auf eine wahrscheinlich vorliegende Beschwerdeaggravation aufgeführt. Es sei nicht auszuschliessen, dass neurokognitive Einschränkungen vorliegen würden, diese könnten aber nicht erfasst werden, da davon auszugehen sei, dass die Beschwerdesymptomatik von der Klägerin deutlich ausgeprägter als vorhanden dargestellt werde (Urk. 12/6 S. 30).
  
- Da im asim-Gutachten 2010 die Einschränkungen im Rahmen der neuropsychologischen Begutachtung nicht in ausreichendem Umfang hätten objektiviert werden können – es sei der Eindruck entstanden, dass die Antworten nach dem Zufallsprinzip gegeben worden seien – und sich auch in den anderen, vor allem psychiatrischen Fachgutachten, erhebliche Diskrepanzen ergeben hätten, sei die Arbeitsfähigkeit mit 80% veranschlagt worden. Möglicherweise hätten neurokognitive Einschränkungen vorgelegen, welche die Arbeitsunfähigkeit in geringem Masse gesteigert hätten; diese hätten sich jedoch bei Verdacht auf eine Beschwerdeaggravation nicht regelrecht medizinisch abbilden lassen. Ein Arbeitsversuch habe leider nicht stattgefunden. In der aktuellen Begutachtung sei ebenfalls eine Arbeitsfähigkeit von 80% zu attestieren, wobei sich erneut erhebliche Diskrepanzen ergeben hätten und im Rahmen der neuropsychologischen Begutachtung erneut von einer wahrscheinlichen Beschwerdeaggravation auszugehen sei (Urk. 12/6 S. 33).

4.1.3 Das Gutachten F.\_\_\_\_\_ weist darauf hin, dass das tatsächliche Ausmass allfälliger neuropsychologischer Defizite bis dato unklar geblieben sei, da die Klägerin bei der Erstellung der asim-Gutachten keine ausreichende Anstrengungsbereitschaft gezeigt habe und die Beschwerdevalidierungsverfahren entsprechend auffällig gewesen seien (Urk. 4/11 S. 9). Für einen objektiven Befund sei aus neurologischer Sicht insbesondere der nachträglich angeforderte MRI-Befund des Schädels vom 7. Juni 2011, der ausgeprägte posttraumatische Hirnsubstanzdefekte (Kontusionen) temporal rechts und frontal links zeige, von Bedeutung. Mit diesen Befunden wären neuropsychologische Defizite in den exeku-

tiven, mnestischen und Aufmerksamkeitsfunktionen sowie assoziierte Verhaltensauffälligkeiten durchaus vorstellbar. Aufgrund der mangelnden Kooperation der Klägerin, die aufgrund der Lokalisation der Läsionen auch ein Teil des hirnorganischen Störungsbildes sein könnte, bleibe die Quantifizierung der zu vermutenden neuropsychologischen Defizite weiterhin offen. Gerade frontale Hirnläsionen würden aufgrund ihrer subtilen und teilweise im affektiven Bereich angesiedelten Symptomatik oft verkannt und unterschätzt (Urk. 4/11 S. 9 f.).

Das Gutachten F.\_\_\_\_\_ taxiert die gänzlich fehlende Bezugnahme auf die letzte MR-Bildgebung des Schädels als gravierenden Mangel der asim-Gutachten. In der Diagnosenliste sei von den asim-Gutachtern lediglich die Verletzungen aus dem Austrittsbericht der Akutbehandlung am Unispital Zürich ohne eigene Reflexion wiederholt worden, aber keinerlei Korrelation zu den in der letzten MRI dokumentierten posttraumatischen Residuen hergestellt worden. So seien die persistierenden Kontusionsdefekte links frontal völlig unerwähnt geblieben. Mit diesem Befund seien zusammen mit den rechts temporalen Läsionen neuropsychologische Defizite in den exekutiven, mnestischen und Aufmerksamkeitsfunktionen sowie assoziierte Verhaltensauffälligkeiten durchaus vorstellbar. Aufgrund der mangelnden Kooperation der Klägerin, die aufgrund der Lokalisation der Läsionen auch ein Teil des hirnorganischen Störungsbildes sein könne, bleibe die Quantifizierung der zu vermutenden neuropsychologischen Defizite jedoch weiterhin offen. Der Aspekt des störungsimmanenten Kooperationsmangels sei bisher weder von neurologischer noch von neuropsychologischer oder psychiatrischer Seite aufgegriffen worden. Gerade frontale Hirnläsionen würden aufgrund ihrer subtilen und teilweise im affektiven Bereich angesiedelten Problematik oft verkannt oder unterschätzt. Im Ergebnis bleibe die Beurteilung der zumutbaren Arbeitsfähigkeit im asim-Gutachten rein spekulativ, nicht zuletzt solange das tatsächliche Leistungsvermögen nicht anhand einer validen neuropsychologischen Untersuchung festgestellt sei (Urk. 4/11 S. 11 f.).

Abschliessend empfahl Dr. F.\_\_\_\_\_, "[u]m in diesem Fall weiterzukommen", nochmals eine ausführliche neuropsychologische Untersuchung in einem ausgewiesenen Zentrum mit neurotraumatologischer Expertise wie am INDB des

Schweizerischen Epilepsie-Zentrums unter der Leitung von Prof. Dr. G.\_\_\_\_\_. Möglicherweise könne man hier mit viel Geduld und Empathie sowie einer differenzierten Testauswahl zu einem verwertbaren Ergebnis kommen (Urk. 4/11 S. 12).

4.1.4 Aufgrund der asim-Gutachten können unfallkausale psychische Leiden weder als bewiesen noch als widerlegt gelten. Es verbleibt eine erhebliche Unsicherheit hinsichtlich psychischer Beeinträchtigungen. Die formal schweren kognitiven Störungen sind laut asim-Gutachten multifaktorieller Ätiologie, d.h. auf verschiedene Ursachen zurückzuführen. Gemäss dem Gutachten F.\_\_\_\_ lag den asim-Gutachtern ein MRI des Schädels nicht vor, was die Beweislage in einem völlig neuen Licht erscheinen lassen könnte. Bereits das neuropsychologische Fachgutachten vom 23. November 2010 äusserte sich dahingehend, für die formal schweren kognitiven Störungen multifaktorieller Ätiologie kämen posttraumatische himnorganische Läsionen in Frage, die – orientierend an den objektivierten Defiziten in den Bereichen verbales und visuelles Gedächtnis, Aufmerksamkeit, konstruktive Praxis und Exekutivfunktionen bei einem verminderten Antrieb und einer Verlangsamung – in frontotemporalen aber auch parietalen Regionen zu suchen wären, jedoch *anhand einer Bildgebung des Schädels* verifiziert werden müssten (Urk. 12/5/4 S. 11).

Es kann daher nicht gesagt werden, die vorliegenden Gutachten würden die sich stellenden Sachverhaltsfragen bereits beantworten. Zudem steht im Raum, dass die vermutete Aggravation selbst Folge des Schädel-Hirn-Traumas ist. Bereits aus diesem Grund kann der Klägerin im heutigen Zeitpunkt mangelnde Kooperationsbereitschaft bei der Erstellung der asim-Gutachten nicht vorgeworfen werden. Davon abgesehen können Beweisanträge nicht durch vorprozessuales Verhalten verwirkt werden, es sei denn, die Beweisführung werde dadurch geradezu verunmöglicht. Gemäss dem von der Beklagten eingeholten Gutachten F.\_\_\_\_ ist dies aber gerade nicht der Fall.

Liegt kein beweistaugliches Fremdgutachten vor, hätten die von der Klägerin genannten Beweismittel, insbesondere ein Gutachten, nicht übergangen werden dürfen. Psychische Integritätsbeeinträchtigungen, insbesondere posttraumatische

Störungen, können Anspruch auf eine Genugtuung begründen (Hütte/Landolt, Genugtuungsrecht, Band 2, Zürich/St. Gallen 2013, § 5 N 207 ff.). Es ist Aufgabe des medizinischen Gutachters, den Schweregrad einer (unfallkausalen) psychischen Beeinträchtigung zu bestimmen, um dem Gericht die Festsetzung der Genugtuung zu ermöglichen (Kieser/Landolt, Unfall – Haftung – Versicherung, 2011, Rz 452). Dabei werden auch die zum Beweis offerierten IV-Akten als Beweismittel abzunehmen sein (vgl. dazu auch E. 6), zumal ein Antrag auf Einholung einer medizinischen Expertise die umfassende Prüfung der vorhandenen medizinischen Unterlagen durch den Experten stets einschliesst (ZR 107 [2008] Nr. 48 S. 177). Dabei erscheint zweitrangig, ob die Klägerin bzw. die IV-Stelle vorgängig zur Edition aufgefordert werden (Art. 160 Abs. 1 ZPO) oder aber der Experte ermächtigt wird, die IV-Akten beizuziehen (Art. 186 Abs. 1 ZPO). Indem die Vorinstanz nur von leichten psychischen Leiden nicht bleibender Natur ausging und im Übrigen psychische Beschwerden verneinte, hat sie das Recht der Klägerin auf Beweis verletzt und den Sachverhalt unrichtig festgestellt.

Bei der Neuurteilung wird auch dem Umstand Rechnung zu tragen sein, dass das Gesetz den Angehörigen einer getöteten Person einen Anspruch auf Genugtuung zuerkennt (Art. 47 OR) und davon ausgeht, dass die widerrechtliche Tötung einer Person für die Angehörigen mit einer Verletzung ihrer *psychischen Integrität* verbunden ist (ZK-Landolt, Art. 47 OR N 407). Nachdem sich die Klägerin vorbehält, den Genugtuungsanspruch für den Verlust ihrer Tochter anderweitig geltend zu machen (Urk. 2 S. 13 Ziff. 36), ist die durch den Todesfall der Tochter bewirkte Verletzung der psychischen Integrität (Elterngenugtuung, mittelbare Körperverletzung) von den übrigen psychischen Unfallfolgen (aus eigener Verletzung) zu unterscheiden, wobei beide Formen Anspruch auf Genugtuung geben können (BK-Brehm, Art. 47 OR N 130a). Ob und wie eine solche Abgrenzung psychischer Störungen erfolgen kann, lässt sich lediglich aus fachmedizinischer Sicht sagen.

4.2.1 Die Vorinstanz wirft der Klägerin vor, sie habe nicht substantiiert vorgebracht, worin die geltend gemachten schweren feinmotorischen Defizite im Einzelnen bestehen sollen und wie sie sich auf das Wohlbefinden auswirken würden.

Genauerer ergebe sich auch nicht aus den hierzu offerierten Urkunden. Mit Bezug auf das über 30 Seiten starke asim-Gutachten 2013 sei ein ungenügender pauschaler Verweis erfolgt. Es könne daher nicht als bewiesen erachtet werden, dass solche Defizite vorlägen (Urk. 37 S. 12).

4.2.2 Die Klägerin trägt in der Berufung vor, unter "Feinmotorik" verstehe man die gezielte und koordinierte Bewegung, die vor allem in der Handgeschicklichkeit zum Ausdruck komme, wobei auch all jene Koordinationsprozesse dazu gehörten, die die Muskeln des Mundes, der Augen und des Gesichtes einbezögen, was als gerichtsnotorisch bekannt vorausgesetzt werden dürfe. Der Bericht des Universitätsspitals, das asim-Gutachten 2013 und das Gutachten F.\_\_\_\_\_ würden schwere feinmotorische Defizite belegen. In Missachtung dieser Unterlagen und ihrer Beweisanträge (IV-Akten, Gutachten) gehe die Vorinstanz von Beweislosigkeit aus, was eine willkürliche Beweiswürdigung und eine Verletzung des Rechts auf Beweis darstelle (Urk. 36 S. 14 Ziff. 15).

4.2.3 Die Beklagte weist darauf hin, dass sie im Zusammenhang mit feinmotorischen Defiziten eine neuropsychologische Störung gestützt auf die asim-Gutachten bei Aggravation der Klägerin bestritten habe. Die Vorinstanz habe sich völlig zu Recht diesen gutachterlichen Erkenntnissen angeschlossen und (nur pauschal und nicht substantiiert behauptete) feinmotorische Störungen als Ausfluss der behaupteten neuropsychologischen Störung als nicht bewiesen erachtet (Urk. 42 S. 12 Ziff. 28).

4.2.4 Ob die Vorinstanz die hier interessierende Verletzung mangels Substantiierung oder mangels Beweisen zurückwies, geht aus dem angefochtenen Urteil nicht klar hervor. Tatsache ist, dass die feinmotorischen Defizite in den medizinischen Akten durchaus Erwähnung finden, auch wenn sie nicht im Zentrum der Beurteilung standen. Im asim-Gutachten 2010 wird in der neurologischen Beurteilung ausgeführt, dass aufgrund der sensiblen Hemisymptomatik *feinmotorische Tätigkeiten*, insbesondere bimanuell, beeinträchtigt seien, wobei das Mass der Beeinträchtigung von der entsprechenden Tätigkeit abhängt (Urk. 12/5/3 S. 5). In der aktuell erhobenen neurologischen Untersuchung zeige sich residuell eine inkomplette Oculomotoriusparese links mit bei fehlender Konvergenzreaktion

auch funktionell reduziertem Visus auf dem linken Auge sowie ein residuelles inkomplettes sensibles Hemisyndrom rechts (Urk. 12/5 S. 18). Laut dem Gutachten F.\_\_\_\_\_ wurde im asim-Gutachten 2010 die aus neurologischer Sicht attestierte Arbeitsunfähigkeit von 20% mit der Okulomotoriusparese, *feinmotorischen Defiziten* im Rahmen der sensiblen Hemisyndromatik rechts und posttraumatischen Kopfschmerzen begründet (Urk. 4/11 S. 4). Unklar ist, ob es sich bei der im asim-Gutachten 2013 (im Rahmen der neurologischen Untersuchung und neuropsychologischen Beurteilung) erwähnten Sensibilitätsstörung (Urk. 12/6/3 S. 4, Urk. 12/6/4 S. 17, Urk. 6/12 S. 21; vgl. auch Urk. 4/11 S. 7: "sensible Halbseitensyndromatik") um das gleiche Problem handelt.

4.2.5 Der Klägerin kann nicht zum Vorwurf gemacht werden, dass sie die feinmotorischen Defizite nicht näher umschrieb, sondern diese lediglich als "schwer" bezeichnete, gehen doch auch die Gutachten hinsichtlich der Auswirkungen und der Schwere der Beeinträchtigung nicht in die Details. Da bei der neurologischen und neuropsychologischen Begutachtung eine Aggravierung nicht ausgeschlossen werden konnte, die Beurteilung damit letztlich spekulativ blieb und das Ausmass der feinmotorischen Probleme im Übrigen nicht bekannt ist, ist der Vorinstanz zwar beizustimmen, dass feinmotorische Defizite nicht bewiesen sind. Aufgrund der asim-Gutachten können sie aber auch nicht als widerlegt gelten. Vielmehr liegen diesbezüglich keine gesicherten Erkenntnisse vor. Folglich hat die Klägerin Anspruch darauf, dass die von ihr zum Nachweis unfallkausaler, irreversibler und schwerer feinmotorischer Defizite angerufenen Beweismittel (Urk. 2 S. 11) abgenommen werden. Indem die Vorinstanz davon absah, verletzte sie das Recht der Klägerin auf Beweis und stellte den Sachverhalt willkürlich fest.

4.3.1 Bezüglich der behaupteten schweren posttraumatischen Kopfschmerzen hielt die Vorinstanz für entscheidend, dass bereits im asim-Gutachten 2010 festgehalten worden sei, dass eine analgetika-induzierte Kopfschmerzkomponente bei regelmässigem Konsum nicht auszuschliessen sei. Damit liege kein Nachweis vor, dass allenfalls vorhandene Kopfschmerzen unfallkausal seien, und wenn doch, in welchem Ausmass. Insofern sei auch nicht nachvollziehbar, weshalb und gegebenenfalls in welchem Masse das asim-Gutachten 2013 einen post-

traumatischen Kopfschmerz attestiere. Unklar sei diesbezüglich schliesslich, wie gut behandelbar ein allfälliger Kopfschmerz sei und mithin, ob eine dauerhafte Schädigung vorliege; dies insbesondere auf Grund des Verhaltens der Klägerin selber, die angegeben habe, auf Medikamente nicht anzusprechen, wobei in ihrem Blut keine entsprechenden Medikamente hätten nachgewiesen werden können. Mithin seien keine für das Verfahren relevanten Kopfschmerzen rechtsgenügend erstellt, was durch das Gutachten F.\_\_\_\_\_ untermauert werde (Urk. 37 S. 13).

4.3.2 Zu Recht rügt die Klägerin auch hier, sie habe Anspruch auf Abnahme der von ihr angebotenen Beweise, namentlich eines abschliessenden Gutachtens (Urk. 36 S. 14 f. Ziff. 15 und 16). Wenn die Vorinstanz den Nachweis vermisst, "dass allenfalls vorhandene Kopfschmerzen unfallkausal sind, und wenn doch, in welchem Ausmass" (Urk. 37 S. 13), räumt sie ein, dass sie hinsichtlich dieser Beschwerden im Dunkeln tappt. Ihr Schluss, mit den vorliegenden ärztlichen Gutachten seien unfallkausale persistierende Kopfschmerzen nicht nachgewiesen, mag aus den von ihr angeführten Gründen zutreffen und wird von der Klägerin nicht in Frage gestellt (Urk. 36 S. 15 Ziff. 17). Dies ändert jedoch nichts daran, dass daraus gegenteilig nicht gefolgert werden kann, es bestünden keine unfallkausalen Kopfschmerzen, ohne in eine unzulässige antizipierte Beweiswürdigung zu verfallen.

4.3.3 Im asim-Gutachten 2010 wurde u.a. ein posttraumatischer Kopfschmerz (mit Einfluss auf die Arbeitsfähigkeit) diagnostiziert und (generell) der Verdacht auf Beschwerdeaggravation geäussert (Urk. 12/5 S. 24). Eine *zusätzliche* analgetikainduzierte Kopfschmerzkomponente konnte nicht ausgeschlossen werden (Urk. 12/5 S. 27). Im asim-Gutachten 2013 wurde "aktuell" ein chronischer posttraumatischer Kopfschmerz (mit Einfluss auf die Arbeitsfähigkeit) diagnostiziert und die weitere Diagnose einer fraglichen neuropsychologischen Störung auf Grund einer wahrscheinlichen Aggravation gestellt (Urk. 12/6 S. 27). In der Gesamtbeurteilung wurde "[v]on neurologischer Seite her" das Vorhandensein eines posttraumatischen Kopfschmerzes bestätigt, wobei sich trotz berichteter Medikamenteneinnahme am Morgen des Untersuchungstages keine Schmerzmittel im

Blut der Klägerin nachweisen liessen (Urk. 12/6 S. 30). Das Gutachten F.\_\_\_\_\_ stellte die Diagnose eines posttraumatischen Kopfschmerzes in Frage (Urk. 4/11 S. 11: "V.a. nicht authentische Kopfschmerzpräsentation"). Zur Begründung wurde angeführt, von Kopfschmerzen sei erstmals in einem unfallchirurgischen Bericht an die Staatsanwaltschaft Zürich vom 27. Januar 2010 (Urk. 4/8) die Rede. Einschränkend sei jedoch zu bemerken, dass weder in der stationären Akutbehandlung am Universitätsspital Zürich noch in der Rehaklinik Bellikon Kopfschmerzen erwähnt worden seien. Insoweit seien die zeitlichen Kriterien eines posttraumatischen Kopfschmerzes der Internationalen Kopfschmerzklassifikation ICHD-II bzw. 3-beta der IHS nicht erfüllt. Die Diagnose eines posttraumatischen Kopfschmerzes sei retrospektiv sehr kritisch zu hinterfragen und sei aus neurologischer Hinsicht formal nicht zulässig. Da anlässlich der Begutachtungen durch die asim jeweils negative Analgetikaspiegel bestimmt worden seien, sei auch ein Kopfschmerz bei Medikamentenübergebrauch wenig wahrscheinlich. Vielmehr sei die Authentizität der von der Klägerin geklagten Kopfschmerzen bei diesbezüglich zur Aktenlage diskrepanten Angaben zum Beginn, zur aktuellen Medikation, zu deren Wirkung und zur Einnahmehäufigkeit infrage zu stellen. Insoweit könne in Bezug auf die geklagten Kopfschmerzen fraglicher Authentizität aus heutiger Sicht auch keine überwiegend wahrscheinliche Unfallkausalität formuliert werden (Urk. 4/11 S. 9).

4.3.4 Zutreffend ist, dass die Krankengeschichte des Universitätsspitals Zürich vom 22. Februar 2008 und der Austrittsbericht der Rehaklinik Bellikon vom 18. März 2008 Kopfschmerzen nicht erwähnen (Urk. 12a/4, Urk. 12a/6). Indes ist zu berücksichtigen, dass die Klägerin damals Schmerzmittel einnahm und die Kommunikation mit der nur arabisch sprechenden Klägerin sehr erschwert war (Urk. 12a/4 S. 2 f., Urk. 12a/5). Die Diagnose im asim-Gutachten 2013 stützt sich wiederum massgeblich auf Angaben der Klägerin: "Frau A.\_\_\_\_\_ berichtet, dass sie vor dem Unfallereignis gesund gewesen sei. Seit dem Unfallereignis leide sie unter kontinuierlichen Kopfschmerzen. Gemäss Kriterien der International Headache Society ist diese Diagnose gegeben, wenn ein schweres Schädelhirntrauma vorlag [...], wenn der Kopfschmerz unmittelbar nach dem Trauma auftritt und län-

ger als 3 Monate nach dem Unfall noch anhält. Damit erfüllt sie alle Kriterien eines posttraumatischen Kopfschmerzes" (Urk. 12/6/3 S. 5).

4.3.5 Entgegen der Ansicht der Beklagten (Urk. 42 S. 12 Ziff. 29) äussern sich die asim-Gutachten nicht schlüssig in dem Sinne, dass sich posttraumatische Kopfschmerzen nicht rechtsgenügend erstellen oder gar widerlegen lassen (vgl. auch Urk. 11 S. 12 Ziff. 35: "kaum valable Aussagen"). Im asim-Gutachten 2013 wird ein chronischer posttraumatischer Kopfschmerz vielmehr vorbehaltlos bejaht. Das Gutachten F.\_\_\_\_\_ verneint zwar die Authentizität und die überwiegend wahrscheinliche Unfallkausalität, vermag aber als Privatgutachten mangels Beweistauglichkeit den negativen Beweis nicht zu leisten und die Behauptung der Klägerin damit nicht zu widerlegen. Es ist lediglich geeignet, die asim-Gutachten in Frage zu stellen. Damit wurde auch bezüglich der Kopfschmerzen der Sachverhalt unrichtig festgestellt und das Recht der Klägerin auf Beweis verletzt.

4.4.1 Aufgrund des erlittenen Knie-distorsions-traumas und der stets konsistenten Klagen der Klägerin hielt die Vorinstanz die geltend gemachten Beeinträchtigungen – Einschränkungen der Beweglichkeit (Beugen) der Knie mit Einfluss auf das Heben von Gewichten, das Gehen und Stehen, das Auf- und Absteigen sowie das Niederkauern – im Wesentlichen für erstellt, bleibend und unfallkausal. Allerdings sei – mit Verweis auf den Bericht des Universitätsspitals Zürich vom 27. Juli 2010 (Urk. 12a/15 S. 2) – von einer im Alltag nicht allzu grossen Beeinträchtigung auszugehen (Urk. 37 S. 14). Mit Rücksicht auf die Einschränkung der Beweglichkeit setzte die Vorinstanz auf "Grund der Geringfügigkeit der noch relevanten Einschränkungen" den Integritätsschaden auf 5% fest (Urk. 37 S. 19).

4.4.2 Die Klägerin beanstandet, die Erwägung der Vorinstanz, wonach sich die Knieverletzungen nicht allzu gross im Alltag auswirken würden, sei aktenwidrig, weshalb die Vorinstanz den Sachverhalt unrichtig festgestellt habe. Unklar sei, ob die Vorinstanz mit "Alltag" nur den Haushaltsbereich meine, wobei die asim-Gutachten zuhanden der Invalidenversicherung (IV) erstellt worden seien mit dem Hinweis, asim habe selber keine Haushaltsabklärungen vorgenommen. Im asim-Gutachten 2010 sei zu den Einschränkungen der Klägerin im Haushalt (Alltag) Folgendes festgehalten worden: "Arbeiten mit der Notwendigkeit Gewichte über 5

kg zu tragen, längere Strecken zu gehen, auf Leitern zu steigen oder auf unebenem Boden zu laufen sind nicht durchführbar (AUF 100%/0)". Diese Einschränkungen würden sich für eine Mutter mit zwei Kleinkindern (die herumgetragen werden müssten und rasch über 5 kg wögen) stark auswirken. Kinderbetreuung, grössere Einkäufe, Spaziergänge in der Natur etc. seien nur sehr eingeschränkt oder gar nicht möglich. Die asim und die IV würden selber von einer Einschränkung/Invalidität im Haushalt von 20 bis 30% ausgehen, womit nicht mehr unbesehen davon ausgegangen werden könne, dass sich die Knieverletzungen "nicht allzu gross im Alltag auswirken" würden (Urk. 36 S. 15 f. Ziff. 18 f.). Indem die Vorinstanz Intensität und Dauer der Schädigungen selber beurteile und einen Integritätsschaden von lediglich 20% annehme, ohne dafür ein Gutachten einzuholen, werde der Sachverhalt unrichtig festgestellt und der Beweisanspruch der Klägerin verletzt (Urk. 36 S. 19 Ziff. 26 f.).

4.4.3 Die Beklagte hält in der Berufungsantwort mit Bezug auf die Kniebeschwerden an einer maximalen medizinisch-theoretischen Invalidität von 5% fest und kritisiert, eine Eingrenzung der Formulierung "im Alltag" auf den Haushaltsbereich sei lebensfremd (Urk. 42 S. 13 Ziff. 31 f.). Nicht relevant sei, wenn die asim-Gutachter keine Haushaltsabklärung vorgenommen hätten, nachdem die Klägerin keine Forderungen aus Einschränkungen in der Verrichtung von Haushaltstätigkeiten geltend gemacht habe und für die Beurteilung der Genugtuung aus Körperverletzung solche Einschränkungen von wenig Relevanz seien. Neu und unzulässig seien die Ausführungen, wonach aus dem asim-Gutachten 2010 die von der Klägerin behaupteten Einschränkungen hervorgehen sollen und wonach Haushalt und Alltag gleichzusetzen seien. Ebenfalls unter das Novenverbot von Art. 317 ZPO würden die weiteren Behauptungen der Klägerin fallen, wonach sie beim Tragen von Gewichten über 5 kg, bei der Kinderbetreuung, bei grösseren Einkäufen und Spaziergängen in der Natur eingeschränkt sei. Es sei mangels substantiierter Ausführungen von der Vorinstanz zu Recht nicht beurteilt worden, ob und wie sich solche (allfällige) Einschränkungen bei Kinderbetreuung und Haushaltstätigkeiten auswirkten. Daher sei nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz gestützt auf die Ausführungen der Parteien sowie die beweistauglichen asim-Gutachten davon ausgegangen sei, die Klägerin sei durch die Knieverletzung im

Alltag nicht allzu gross eingeschränkt, und bei der Bemessung der Genugtuung darauf abgestellt habe (Urk. 42 S. 14 Ziff. 33 ff.).

4.4.4 Die vorinstanzliche Erwägung, Einschränkungen der Beweglichkeit der Knie (mit Einfluss auf das Heben von Gewichten, das Gehen und Stehen, das Auf- und Absteigen sowie das Niederkauern) seien erstellt, bleibend, unfallkausal aber nicht allzu gross, sagt über den Schweregrad der Verletzung und das Ausmass der Auswirkungen und Schmerzen letztlich nichts aus, was eine zuverlässige, nachvollziehbare Schätzung der Höhe der Basisgenugtuung – von der Vorinstanz mit Verweis auf die Geringfügigkeit auf 5% veranschlagt – erlauben würde. Der vorinstanzliche Entscheid erscheint insofern nicht ausreichend begründet.

4.4.5 Für ihre Einschätzung, die Beeinträchtigungen durch die Knieverletzung seien "allerdings" nicht allzu gross, verwies die Vorinstanz auf den (zuhanden der SVA Zürich erstellten) Arztbericht des Universitätsspitals Zürich, Klinik für Unfallchirurgie, vom 27. Juli 2010 (Urk. 12a/15 S. 2). Unklar bleibt dabei, gestützt auf welche Äusserungen im Bericht die Vorinstanz ihre Bewertung vornimmt. Der Bericht basiert auf der ambulanten Behandlung vom 28. Januar 2008 bis 18. Februar 2009. Demzufolge hat sich die Klägerin bei der letzten Konsultation vom 18. Februar 2009 wegen persistierender Schmerzen im Bereiche des linken Kniegelenkes sowie lateralen Oberschenkels links in der Sprechstunde vorgestellt. Eine Prognose konnte im Juli 2010 nicht abgegeben werden, da die Klägerin nicht mehr in Behandlung war. Im Bericht werden "Einschränkungen bei längerem Gehen" erwähnt und Tätigkeiten im Haushalt als "in eingeschränktem Masse weiter möglich" bezeichnet. Aufgrund der genannten Beschwerden im rechten Kniegelenk bestehe – so der Bericht weiter – sicherlich eine eingeschränkte körperliche Leistungsfähigkeit. Eine Wiederaufnahme der beruflichen Tätigkeit bzw. die Erhöhung der Einsatzfähigkeit seien heute nicht abschätzbar, da die Klägerin seit ein- einhalb Jahren nicht in der Sprechstunde erschienen sei. Zwecks Verminderung der Einschränkungen bestehe die Möglichkeit einer operativen Abtragung der am Kniegelenk mediallyseits gelegenen Exostose (Urk. 12a/15 S. 2 f.). Allein aufgrund dieses zeitlich weit zurückliegenden und nicht abschliessenden Berichts kann nicht zuverlässig gesagt werden, die Beeinträchtigungen seien im heutigen Zeit-

punkt im Alltag nicht allzu gross und der Integritätsschaden betrage 5% (Fr. 7'410.-).

4.4.6 Im Rahmen der Erstellung des asim-Gutachtens 2010 wurde die Klägerin auch orthopädisch untersucht (Urk. 12/5/6). Die Klägerin klagte über nicht genau verifizierbare Schmerzen im Knie und im Unterschenkel, die immer etwas anders seien, "mal stechend, mal brennend, mal hell, mal dumpf", und den Schlaf beeinträchtigten. Die Beurteilung ergab, dass die von der Klägerin berichtete Beschwerdesymptomatik vollumfänglich bei Status Polytrauma mit neurologischem Folgezustand und nach ligamentärem Bandausriss links medial nachvollziehbar sei. Gegebenenfalls könne hier die vom Universitätsspital Zürich empfohlene Exostosenabtragung zu einer Linderung der Beschwerdesymptomatik führen, wobei hierdurch aus Sicht des Fachgutachters keine Besserung der aus rein orthopädischer Sicht bestehenden Arbeitsfähigkeit resultieren würde. Der Problembereich einer posttraumatischen, postoperativen allgemeinen Irritation des Kniegelenkes würde hierdurch sicherlich zu einer Linderung, aber nicht zu einer allgemeinen Beschwerdebesserung führen. Aus rein orthopädischer Sicht wurde die Klägerin für ihre angestammte Tätigkeit und für Verweistätigkeiten (sitzende und teilweise stehende leichte körperliche Tätigkeit) als vollumfänglich arbeitsfähig taxiert. Arbeiten mit der Notwendigkeit, Gewichte über 5 kg zu tragen, längere Strecken zu gehen, auf Leitern zu steigen oder auf unebenem Boden zu laufen, seien nicht durchführbar (AUF 100%; Urk. 12/5 S. 17). Wenn die Klägerin in ihrer Berufungsschrift aus der orthopädischen Beurteilung zitiert, welche die Beklagte bei der Vorinstanz als Beweismittel zur medizinischen Situation einreichte (Urk. 11 S. 10 ff., Urk. 26 S. 28 ff.), kann ihr Art. 317 ZPO nicht entgegengehalten werden, zumal die Vorinstanz keine Beweisverfügung erliess und keine Stellungnahme zum Beweisergebnis gestattete.

In der Gesamtbeurteilung fasste das asim-Gutachten 2010 zusammen, es zeige sich in der klinischen Untersuchung im Bereich des linken Kniegelenkes eine deutliche Schmerzprovokation bei der Bewegungsprüfung, das Genu varum sei links deutlich ausgeprägter als rechts. Eine Prüfung der Bandstabilität sowie eine Untersuchung der Patella seien aufgrund der Schmerzprovokation nicht

möglich, ebenso sei das Meniskuszeichen nicht verwertbar und aufgrund der Bewegungslimitierung auf 90° nicht aussagekräftig. Die orthopädischen Beschwerden seien vollumfänglich nachvollziehbar. Für die erlernte Tätigkeit sowie für körperlich leichte, sitzende sowie teilweise stehende Tätigkeiten sei die Klägerin vollumfänglich arbeitsfähig. Mittelschwere oder körperlich schwere Tätigkeiten oder Arbeiten mit längeren Gehstrecken oder unter erschwerten Ausführungsbedingungen seien nicht möglich (Urk. 12/5 S. 26).

4.4.7 Im Rahmen der Ausarbeitung des asim-Gutachtens 2013 wurde auf eine neuerliche orthopädische Untersuchung und Beurteilung verzichtet. Zur Begründung wurde ausgeführt, die Klägerin habe Kniebeschwerden erst auf Nachfrage hin erwähnt, diese seien im Vorgutachten als Diagnose ohne Einfluss auf die Arbeitsfähigkeit gewertet worden, es seien weiterhin keine rheumatologischen oder orthopädischen Untersuchungsbefunde vorgelegt und es sei über keine Verschlimmerung berichtet worden. Falls von dieser Seite her eine ärztlich bestätigte Verschlechterung der Symptomatik geltend gemacht werde, wären sie gerne bereit, eine orthopädische Begutachtung durchzuführen (Urk. 12/6 S. 30).

4.4.8 Der im asim-Gutachten 2010 enthaltene orthopädische Befund ist bereits sechs Jahre alt. Zur medizinisch-theoretischen Beeinträchtigung, die eine Tatfrage darstellt (Walter, Tat- und Rechtsfragen, in: Fellmann/Weber [Hrsg.], Der Haftpflichtprozess, Zürich 2006, S. 20), und damit zur Schwere des Integritätschadens (vgl. Locher/Gächter, Grundriss des Sozialversicherungsrechts, 4. Aufl., Bern 2014, § 55 N 11) äussert er sich nicht. Im asim-Gutachten 2013 wurde auf eine erneute orthopädische Begutachtung verzichtet. Die Beklagte ist ganz generell der Auffassung, dass "die von der Klägerin beigebrachten asim-Gutachten für die zu beurteilende Genugtuung kaum eine taugliche Grundlage darstellen, nachdem die Gutachter infolge Selbstlimitierung, Aggravation sowie erheblicher Inkonsistenzen kaum valable Aussagen machen konnten und ausserdem zivilrechtlich relevante Fragen, wie die Festlegung einer allenfalls medizinisch-theoretischen Invalidität sowie der Kausalität geltend gemachter Gesundheitsbeschwerden verfahrensbedingt im IV-Gutachten nicht beantwortet werden" (Urk. 11 S. 12 Ziff. 35, S. 10 Ziff. 25). Sie ist der Auffassung, es sei in einem ersten Schritt die medizi-

nisch-theoretische Invalidität von einem Facharzt festzulegen (Urk. 11 S. 19 Ziff. 25). Die Beklagte hat Restbeschwerden aufgrund der erlittenen Knieverletzung zwar nicht in Abrede gestellt (Urk. 11 S. 14 Ziff. 2), aber zugleich geltend gemacht, das Ausmass einer medizinisch-theoretischen Invalidität werde kaum erreicht bzw. sei durch die Klägerin zumindest nicht rechtsgenügend nachgewiesen worden (Urk. 11 S. 19 Ziff. 26). Damit liegen auch bezüglich der Kniebeschwerden konträre Parteistandpunkte vor. Indem die Vorinstanz von einer geringfügigen Einschränkung der Beweglichkeit ausging und gestützt darauf einen Integritätschaden von 5% berücksichtigte, ohne das von der Klägerin beantragte Gutachten einzuholen, hat sie den Sachverhalt willkürlich festgestellt und den Beweisführungsanspruch der Klägerin verletzt. Eine erneute Abklärung drängt sich zudem auf, weil auch die Schmerzen und Gefühlsstörungen in Beinen und Füßen medizinisch abgeklärt werden müssen (vgl. dazu sogleich E. 4.5) und sich diese beiden Verletzungen kaum isoliert betrachten lassen.

4.5.1 Die weiteren Schmerzen und Gefühlsstörungen in Beinen und Füßen taxierte die Vorinstanz als unspezifisch. Sie erwog, die Beweisofferten der Klägerin (insbesondere der Hinweis auf das asim-Gutachten) seien nicht aussagekräftig bzw. zu allgemein. In diesem Gutachten werde auf die Frage, inwiefern die Klägerin bei der Hausarbeit unfallbedingt eingeschränkt sei, lediglich auf die Kniebeschwerden verwiesen, nicht jedoch auf Schmerzen und Gefühlsstörungen in Beinen und Füßen (Urk. 37 S. 14).

4.5.2 Die Klägerin rügt, es sei zutreffend, dass das asim-Gutachten 2013 die geltend gemachten Schmerzen und Gefühlsstörungen nicht erwähne. Tatsache sei aber, dass sie wiederholt über Schmerzen in den Beinen geklagt habe (mit Verweis auf das asim-Gutachten 2010). Zum Beweis für das Vorhandensein der erwähnten Schädigung habe sie sich auf ein Gutachten berufen. Indem die Vorinstanz diesen Beweis nicht abnehme, verletze sie Art. 152 ZPO (Urk. 36 S. 16 Ziff. 20).

4.5.3 Die Beklagte stimmt der Vorinstanz zu, dass die Schmerz- und Gefühlsstörungen basierend auf den Ausführungen der Parteien und der medizinischen Gutachten als unspezifisch, nicht aussagekräftig und nicht wesentlich ein-

schränkend und damit für die Bemessung der Genugtuung kaum massgeblich bezeichnet werden müssten. Sie hält den klägerischen Sachvortrag insoweit auch für ungenügend substantiiert. Ein schlichtes Aufzählen von Beschwerden genüge den Anforderungen, die an die Behauptungslast gestellt würden, nicht, weshalb die Nichtabnahme von Beweismitteln auch keine Verletzung von Art. 152 ZPO darstelle (Urk. 42 S. 15 Ziff. 37 f.).

4.5.4 Die Klägerin hat vor Vorinstanz behauptet, sie habe durch den Unfall ein Polytrauma, namentlich ein schweres Schädel-Hirn-Trauma, sowie ein Kniedistorsionstrauma erlitten. Als Ausfluss davon leide sie irreversibel und bleibend unter Schmerzen und Gefühlsstörungen in Beinen und Füßen (Urk. 2 S. 10 f.). Dieses Vorbringen ist ausreichend substantiiert, so dass darüber Beweis geführt werden kann. Zum Nachweis berief sich die Klägerin auch hier auf den Bericht des Universitätsspitals vom 27. Januar 2010, auf das asim-Gutachten 2013, das Gutachten F.\_\_\_\_\_, sämtliche IV-Akten und ein (gerichtliches) Gutachten (Urk. 2 S. 11 f.). Die Beklagte hat ihrerseits eingeräumt, bereits anlässlich der Begutachtung durch die asim im Jahre 2010 hätten im Wesentlichen noch die nach dem Unfallereignis aufgetretenen Kopfschmerzen, Sehbeeinträchtigungen, Schmerzen am linken Bein sowie Konzentrations- und Merkfähigkeitsstörungen im Vordergrund gestanden (Urk. 11 S. 10 Ziff. 27). Wie bereits erwähnt, geht sie aber davon aus, der Anspruch auf Genugtuung scheitere daran, dass kein invaliditätsrelevanter Gesundheitsschaden vorliege (Urk. 11 S. 19 Ziff. 26). Wenn die Vorinstanz erwägt, die Beweisofferten der Klägerin seien zu allgemein bzw. nicht aussagekräftig, kann sich dies nur auf die eingereichten medizinischen Unterlagen beziehen. Für die nicht beigezogenen IV-Akten und das nicht eingeholte Gutachten kann dies selbstredend nicht gelten. Indem die Vorinstanz Schmerzen und Gefühlsstörungen in den Beinen bei der Festsetzung der Genugtuung ohne weitere gutachterliche Abklärungen übergang, wurde der Beweisführungsanspruch der Klägerin ein weiteres Mal verletzt.

4.6.1 Die Diagnose eines störenden schweren Tinnitus (konstant, intermittierend, anfallweise oder progredient auftretendes Ohrgeräusch) liess sich für die Vorinstanz mit den offerierten Urkunden nicht nachweisen, zumal seitens der Klä-

gerin nur ein pauschaler Verweis auf das über 30 Seiten starke asim-Gutachten 2013 erfolgt sei. Hiezu komme, dass die im asim-Gutachten 2013 gemachten Ausführungen betreffend Tinnitus auf der Sachdarstellung der Klägerin beruhen, ohne objektivierbar zu sein. Dies sei beispielhaft daran zu ersehen, dass im neurologischen Fachgutachten vom 22. November 2012 zwar ein Tinnitus diagnostiziert werde, indes nicht erkennbar sei, worauf sich die Diagnose stütze. Infolge Aggravation von objektiv nicht nachprüfbaren Symptomen könne auf die Schilderungen der Klägerin und damit einhergehend auf die entsprechenden Diagnosen nicht abgestellt werden (Urk. 37 S. 16).

4.6.2 Die Klägerin rügt auch diesbezüglich, die Vorinstanz habe ihren Beweisführungsanspruch verletzt, indem sie das beantragte Gutachten nicht eingeholt habe (Urk. 36 S. 23). Die Beklagte erhebt den Einwand der ungenügenden Substantiierung. Die Klägerin habe weder ausgeführt, wie sich die angebliche Gesundheitsschädigung genugtuungsrelevant auswirke, noch wie diese bei der Bemessung der Genugtuung beachtlich sei. Demnach sei der angebliche Tinnitus zur Festlegung und Bemessung der Genugtuung ohnehin unbeachtlich. Eine Verletzung von Art. 152 ZPO sei durch den Verzicht auf das beantragte medizinische Gutachten nicht ersichtlich (Urk. 42 S. 16 f. Ziff. 41).

4.6.3 Die Klägerin hat als Unfallfolge einen schweren Tinnitus behauptet, dazu unter anderem auf das asim-Gutachten 2013 verwiesen und im Übrigen ein Gutachten beantragt (Urk. 2 S. 11). Das muss genügen. Es ist Aufgabe des Gerichts, mit der Bestimmung der Gutachterfragen, der Fachdisziplinen und der Auswahl des Gutachters für die Beweistauglichkeit des Gutachtens zu sorgen, wobei der durch das Gericht definierte Prozessgegenstand gewahrt bleiben muss und nicht durch Ergänzungsfragen erweitert werden darf (BGE 140 III 24 E. 3.3.4 S. 29 f.). Letzteres ist aber nicht der Fall, wenn dem Gutachter die Frage gestellt wird, von welcher Art und Schwere die Ohrgeräusche sind, ob diese eine medizinisch-theoretische Invalidität begründen und die Annahme eines Integritätsschadens rechtfertigen.

4.6.4 Im asim-Gutachten 2013 wird im Rahmen der *neurologischen* Fachbegutachtung eine "Felsenbeinlängsfraktur mit Hämatotympanon [Blutansammlung

in der Paukenhöhle bei intaktem Trommelfell] links, Taubheit links und Tinnitus links" diagnostiziert (Urk. 12/6 S. 20). In der Gesamtbeurteilung wird nur noch die Diagnose "Felsenbeinlängsfraktur mit Hämatotympanon links" gestellt, ohne Taubheit oder Tinnitus zu erwähnen. Dafür wird eine *neuropsychologische* Störung infolge einer wahrscheinlichen Aggravation als fraglich bezeichnet (Urk. 12/6 S. 27). Die Ohrengeräusche im linken Ohr werden nur noch in der Eigenanamnese erwähnt (Urk. 12/6 S. 25). Eine Hörminderung links mit Tinnitus nach Felsenbeinlängsfraktur war bereits in der neurologischen Beurteilung von 2010 konstatiert worden, ohne Aufnahme in die Diagnosen zu finden (Urk. 12/5 S. 17 f., S. 23 f.). Es scheint, dass dieser Befund auf den Angaben der Klägerin beruhte; Verständigungsschwierigkeiten konnten nicht ausgemacht werden (Urk. 12/5 S. 27).

4.6.5 Im asim-Gutachten 2013 kann ein gewisser Widerspruch darin erblickt werden, dass aus neurologischer Sicht ein Tinnitus bejaht, in der Gesamtbetrachtung aber nur noch ein Hämatotympanon festgestellt wird. Eine Abklärung im Fachgebiet Otorhinolaryngologie (Hals-Nasen-Ohrenheilkunde) wurde offenbar weder 2010 noch 2013 vorgenommen. Ein Tinnitus kann als subjektives (nur vom Patienten) wahrgenommenes oder objektives, auch messtechnisch nachweisbares Ohrgeräusch auftreten (Pschyrembel, Klinisches Wörterbuch, 266. Aufl., 2014, S. 2122). Als widerlegt kann die klägerische Behauptung eines Tinnitus damit nicht gelten, wovon auch die Vorinstanz nicht ausgeht (Urk. 37 S. 16: "kann mithin nicht als erwiesen erachtet werden"). Insgesamt ist auch hinsichtlich eines Tinnitus die Beweislage nicht geklärt. Damit liegt auch hinsichtlich des behaupteten Tinnitus eine unrichtige Sachverhaltsfeststellung und eine Verletzung von Art. 152 ZPO vor.

5.1 Die Vorinstanz berief sich auch auf zeitliche Gründe, die einer neuen Expertise entgegenstehen würden. Zum einen sei davon auszugehen, dass die Klägerin über Ereignisse, über die sie bereits den asim-Gutachtern habe Auskunft geben müssen, nicht mehr zuverlässig berichten könnte. Zum anderen könnte sich ein Gutachten bei allfälligen neuen Erkenntnissen nicht über deren Unfallkausalität äussern (Urk. 37 S. 11). Diese Gründe stellen lediglich Vermutungen dar und sind nicht stichhaltig. Die Vorinstanz konkretisiert auch nicht weiter, wel-

che "Ereignisse" mangels erneuter, zeitnaher Schilderung eine medizinische Expertise von vornherein als untaugliches Beweismittel erscheinen lassen. Es obliegt dem Gutachter, sich mit der Eigenanamnese auseinanderzusetzen, die bereits vorhandenen medizinischen Stellungnahmen und seine eigenen Untersuchungsergebnisse zu verarbeiten und seine Schlüsse zu ziehen. Die Annahme, ein Gutachten könnte sich nicht zur Unfallkausalität äussern, steht aus gutachterlicher Sicht nicht fest. Ob ein neues Gutachten nicht zum Ziel führen kann, ist eine Frage, die von einem Sachverständigen und nicht vom Richter zu beantworten ist.

5.2.1 Die Vorinstanz sprach der Klägerin für eine Okulomotoriusparese, eine Opticulusläsion und eine eingeschränkte Beweglichkeit eine Genugtuung von Fr. 29'000.– zu. Die Beklagte will durch den gerichtlichen Gutachter geprüft und beurteilt haben, ob es sich bei der Augenmuskellähmung und der Opticulusläsion tatsächlich um schwerwiegende, unfallkausale Schädigungen handelt, falls wider Erwarten dem Antrag der Klägerin auf Rückweisung zur medizinischen Begutachtung stattgegeben würde. Die Beklagte halte an sämtlichen Ausführungen in den Rechtsschriften vor Vorinstanz ausdrücklich fest (Urk. 42 S. 11 f. Ziff. 26 f.).

5.2.2 Der Berufungsbeklagte, der vor erster Instanz (teilweise) obsiegt hat und eine Gutheissung der Berufung befürchten muss, kann allfällige vor erster Instanz gestellte Eventualbegehren erneuern, Anträge im Beweispunkt stellen, nach Massgabe von Art. 317 ZPO neue Tatsachen und neue Beweismittel vortragen, ihm nachteilige Sachverhaltsfeststellungen rügen und auf eigene Eventualstandpunkte hinweisen. Dabei gelten die Anforderungen an die Berufungsbegründung sinngemäss auch für den Inhalt der Berufungsantwort (BGer 5A\_660/2014 vom 17. Juni 2015, E. 4.2).

Diesen Anforderungen genügt nicht, wer lediglich auf die vor erster Instanz vorgetragenen Vorbringen verweist, sich mit Hinweisen auf frühere Prozesshandlungen zufriedengibt oder den angefochtenen Entscheid in allgemeiner Weise kritisiert. Begründen im Sinn von Art. 311 Abs. 1 ZPO bedeutet vielmehr aufzeigen, inwiefern der angefochtene Entscheid fehlerhaft ist (BGE 138 III 374 E. 4.3.1 S. 375; BGer 4A\_580/2015 vom 11. April 2016, E. 2.2).

5.2.3 Indem die Beklagte für den Fall der Rückweisung lediglich auf der Einholung eines Gutachtens besteht und auf ihre erstinstanzlichen Ausführungen verweist, setzt sie sich mit den vorinstanzlichen Erwägungen nicht substantiiert auseinander. Ihre Vorbringen genügen den Begründungsanforderungen nicht.

5.2.4 Es kommt hinzu, dass die Beklagte keine Anschlussberufung erhoben hat. Folglich bleibt es in jedem Fall bei der von der Vorinstanz auf Fr. 29'000.– festgelegten Genugtuung, wovon Fr. 10'000.– bereits bezahlt wurden. Zwar nehmen die tatsächlichen Feststellungen und die rechtlichen Erwägungen an der materiellen Rechtskraft grundsätzlich nicht teil. Doch müssen, sofern eine Begründung erfolgte, die Motive und die ihnen zugrunde liegenden Tatsachen zur Bestimmung des Streitgegenstandes und damit zur Beantwortung der Frage, ob in einem späteren Prozess eine identische Klage vorliege, gleichwohl beigezogen werden (Zürcher, in Sutter-Somm et. al. [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 2016, Art. 59 N 42 mit weiteren Hinweisen; vgl. auch BGer 4A\_99/2016 vom 18. Oktober 2016, zur Publikation bestimmt). Dies hat auch für die Teilrechtskraft Auswirkungen. Es kommt daher von vornherein nicht in Frage, der Klägerin für den Fall, dass sie mit anderen Verletzungen und Integritätsschäden durchdringen sollte, eine Erhöhung der Genugtuung zu versagen mit dem Argument, für die Augenverletzung werde mangels Schwere oder Kausalität eine (bereits rechtskräftig zugesprochene) Genugtuung (teilweise) nicht geschuldet. Dadurch würde die für die Augenleiden und die Bewegungseinschränkung bereits rechtskräftig zugesprochene Genugtuung gleichsam für die Genugtuung aus anderen Gesundheitsschäden herangezogen, was eine Veränderung des Streitgegenstandes bezüglich der bereits rechtskräftig zugesprochenen Fr. 19'000.– bedeuten würde. Denn die Fr. 29'000.– (wovon Fr. 10'000.– bereits bezahlt) wurden der Klägerin spezifisch für die Augenleiden und die Einschränkungen in der Beweglichkeit zugesprochen. Eine solche "Kompensation" lässt sich mit der materiellen (Teil-) Rechtskraft nicht vereinbaren. Mit anderen Worten hätte die Beklagte die vorinstanzliche Gutheissung der Klage mittels eines Rechtsmittels anfechten müssen, um die Augenleiden erneut zur Beurteilung zu stellen.

5.3 Die Klägerin sieht eine fehlerhafte *Bemessung* der Genugtuung darin, dass die Vorinstanz die in vorstehend E. 4.1 bis 4.6 abgehandelten Verletzungen nicht berücksichtigte und Intensität und Dauer der Schädigungen selber beurteilte, ohne dafür ein Gutachten einzuholen. Da die zur Feststellung der Arbeitsfähigkeit eingeholten asim-Gutachten nur teilweise beachtlich seien, werde der Sachverhalt unrichtig festgestellt und ihr Beweisanspruch verletzt, wenn die Vorinstanz den Integritätsschaden willkürlich ("aus der Luft gegriffen") auf insgesamt nur 20% festlege. In der Folge beziffert die Klägerin den Integritätsschaden *unter Einschluss der weiteren geltend gemachten Verletzungen* auf mindestens 30% (Urk. 36 S. 18 ff. Ziff. 24 ff.). Mit diesen Vorbringen beanstandet die Klägerin die Erwägungen der Vorinstanz, die zur Festlegung eines Integritätsschadens von gesamthaft 15% *für die Augenverletzungen* führen (Urk. 37 S. 19 E. 7.2.1), nicht substantiiert. Insbesondere setzt sich die Klägerin mit den Überlegungen der Vorinstanz, die mit Rücksicht auf die Liste in Anhang 3 zur UVV und den sog. Feinraster der SUVA sowie unter genauer Angabe der Einschränkungen einen Integritätsschaden von gesamthaft 15% annimmt, nicht auseinander. Weder beruft sich die Klägerin für die Augenverletzungen auf eine höhere medizinisch-theoretische Invalidität bzw. einen höheren Integritätsschaden, noch stellt sie die vorinstanzlichen Feststellungen zur Sehkraft, zur Einschränkung zur Sehschärfe und zum stereoskopischen Sehen links in Frage. Sie nennt keine (Lebens-) Umstände, welche die Vorinstanz bei ihrem Ermessensentscheid (Art. 4 ZGB) unberücksichtigt gelassen hätte. Für den weiteren Verlauf des Verfahrens wird daher von einem Integritätsschaden von 15% bzw. von einer Basisgenugtuung von Fr. 22'230.– (15% von Fr. 148'200.–) für die Augenverletzungen auszugehen sein. Der Integritätsschaden und die Basisgenugtuung für die Einschränkung der Beweglichkeit müssen demgegenüber – allenfalls im Verbund mit weiteren Schmerzen und Gefühlsstörungen in Beinen und Füßen – neu festgelegt werden (E. 4.4.8).

6. Die Berufung erweist sich als begründet. Die Sache ist an die Vorinstanz zurückzuweisen, da der Sachverhalt in wesentlichen Teilen zu vervollständigen ist (Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 2 ZPO). Die Vorinstanz wird eine Beweisverfügung im Sinne von Art. 154 ZPO zu erlassen haben. Das von der Klägerin beantragte Gutachten ist abzunehmen bzw. einzuholen, wobei das Gericht – wie bereits er-

wähnt – mit der Bestimmung der Gutachterfragen, der Fachdisziplinen und der Auswahl der Gutachter die Beweistauglichkeit des Gutachtens zu gewährleisten hat (vgl. auch Urk. 36 S. 13 Ziff. 13 und 14). Ob für die Erstattung des Gutachtens nebst den asim-Gutachten weitere IV-Akten benötigt werden und gegebenenfalls welche, muss der Gutachter entscheiden. Auch dieses Beweismittel muss daher zugelassen werden. Gestützt auf das Beweisergebnis wird die Vorinstanz den konkreten Basisbetrag und die Genugtuung neu festzulegen haben. Der Zuschlag von 7% für das Alter der Klägerin im Unfallzeitpunkt und die Reduktion von 10% für ein "gewisses Selbstverschulden" sind unangefochten geblieben (Urk. 37 S. 19 ff., Urk. 36 S. 19 Ziff. 28, Urk. 42 S. 18 Ziff. 47).

#### IV.

1. Bei diesem Ausgang des Verfahrens ist lediglich eine Entscheidgebühr festzusetzen. Im Übrigen ist die Regelung der Prozesskosten dem neuen Entscheid der Vorinstanz vorzubehalten (Art. 104 Abs. 4 ZPO).

2. Da die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind (Art. 117 ZPO), kann dem Gesuch der Klägerin um unentgeltliche Rechtspflege entsprochen werden (zur Mittellosigkeit vgl. Urk. 39/2-4).

#### **Es wird beschlossen:**

1. Es wird vorgemerkt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Dietikon vom 11. August 2016 insoweit am 21. November 2016 in Rechtskraft erwachsen ist, als die Klage in Dispositiv Ziffer 1 teilweise gutgeheissen wurde.
2. Der Klägerin wird für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt und Rechtsanwalt X.\_\_\_\_\_ als unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt.
3. Das Urteil des Bezirksgerichts Dietikon vom 11. August 2016 wird – soweit es nicht in Rechtskraft erwachsen ist – aufgehoben. Die Sache wird zur Er-

gänzung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.

4. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt.
5. Die Regelung der Prozesskosten des vorliegenden Berufungsverfahrens wird dem neuen Entscheid des Bezirksgerichts vorbehalten.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an das Migrationsamt des Kantons Zürich sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erst- und zweitinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

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

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

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 31'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 8. Februar 2017

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. M. Kirchheimer

versandt am: jo

Urk. 4/11 S. 4, Urk. 12/5 S. 18, Urk. 12/5/3 (Neurologie) S. 6, Urk. 12/6 S. 21, Urk. 12/6/3 (Neurologie) S. 4, Urk. 12/6/4 (Neuropsychologie) S. 17 Hemihypästhesie: Hemihalbseitige Empfindungsstörung (Hypästhesie) auf der Gegenseite einer Schädigung der Zentren u. Bahnen des Berührungssinnes in Großhirn u. Hirnstamm.

Verletzung von Art. 152 und 183 ZPO (III/11), 152 ZPO (IV/7; uaB), 152 ZPO (IV/9; uaB), 238 ZPO (IV/10), 152 ZPO (IV/12), 9 BV und 152 ZPO (IV/15), unrichtige SV-Feststellung (IV/19), 152 ZPO (IV/20), 152 ZPO und 9 BV (IV/22), 152 ZPO (IV/25), 152, 168 und 183 ZPO (IV/26), 152 ZPO und unrichtige SV-Feststellung (IV/27), Substantiierung (VI/1), 9 BV, 150 ZPO, 152 ZPO und 168 ZPO und unrichtige SV-Feststellung (VI/5)