



## **Urteil vom 12. Juli 2011**

### **I. zivilrechtliche Abteilung**

---

Besetzung

Bundesrichterin Klett, Präsidentin,  
Bundesrichterinnen Rottenberg Liatowitsch, Kiss,  
Gerichtsschreiberin Hotz.

---

Verfahrensbeteiligte

**A.** \_\_\_\_\_,  
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Max Sidler,  
Beschwerdeführerin,

**gegen**

**X.** \_\_\_\_\_ **Versicherungen AG**,  
vertreten durch Rechtsanwalt Prof. Dr. Walter Fellmann,  
Beschwerdegegnerin.

---

Gegenstand

Haftung des Motorfahrzeughalters,

Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des  
Kantons Zürich, II. Zivilkammer, vom 27. Oktober 2009  
und den Zirkulationsbeschluss des Kassationsgerichts  
des Kantons Zürich vom 24. Januar 2011.

## **Sachverhalt:**

### **A.**

A.\_\_\_\_\_ (Beschwerdeführerin) fuhr am 6. November 1993 mit ihrem Personenwagen auf der Y.\_\_\_\_\_strasse in Z.\_\_\_\_\_ von Q.\_\_\_\_\_ herkommend Richtung R.\_\_\_\_\_. Als sie bei der Einmündung in die S.\_\_\_\_\_strasse anhielt, fuhr ihr ein Versicherungsnehmer der X.\_\_\_\_\_ Versicherungen AG (Beschwerdegegnerin) mit seinem Fahrzeug auf. Die Beschwerdeführerin machte geltend, sich durch die Auffahrkollision eine Hirnerschütterung sowie ein mittelschweres bis schweres HWS-Distorsionstrauma der Halswirbelsäule zugezogen zu haben. Die Folgen seien – zusammengefasst – bis heute andauernde schwerste Nacken- und Kopfschmerzen, intellektuelle Ermüd- und Erschöpfbarkeit sowie Aufmerksamkeits- und Konzentrationsstörungen. Sie sei deshalb seit dem Unfall als Geschäftsführerin arbeits- und damit auch dauernd erwerbsunfähig.

Die Beschwerdegegnerin anerkannte die Unfallverursachung durch ihren Versicherungsnehmer, wobei dessen Verschulden nicht schwer wiege. Sie bestritt hingegen die von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Beschwerden und Verletzungen der HWS sowie einen allfälligen Kausalzusammenhang zwischen diesen und dem Unfall. Die Beschwerden der Beschwerdeführerin seien mindestens zur Hauptsache psychosomatischer und nicht organischer Natur. Allenfalls liege bei der Beschwerdeführerin eine konstitutionelle Prädisposition vor.

### **B.**

Am 11. August 2000 machte die Beschwerdeführerin am Bezirksgericht Horgen gegen die Beschwerdegegnerin eine Forderungsklage anhängig, welche sie nachträglich auf Fr. 4'338'853.85 nebst Zins bezifferte. Das Bezirksgericht hiess die Klage am 20. Dezember 2007 nach Durchführung eines Beweisverfahrens teilweise – im Umfang von Fr. 175'054.30 nebst Zins (bisheriger Erwerbsausfall), Fr. 198'324.-- nebst Zins (zukünftiger Erwerbsausfall) sowie Fr. 1'680.-- nebst Zins (Genugtuung) und Fr. 27'501.35 (Zins für die Zeit vom 6. November 1993 bis 6. Januar 2003) – gut und wies sie im Übrigen ab. Im Umfang von Fr. 33'412.-- (Fr. 3'412.-- Kosten Gutachter B.\_\_\_\_\_ und Fr. 30'000.-- Genugtuung) schrieb das Bezirksgericht das Verfahren als durch Rückzug der Klage erledigt ab.

Gegen das Urteil des Bezirksgerichts erhob die Beschwerdeführerin Berufung an das Obergericht des Kantons Zürich mit dem Antrag, es sei die Beschwerdegegnerin zu verpflichten, ihr einen Betrag von

Fr. 4'000'000.-- zu bezahlen, nebst Zins zu 5 % auf  
- Fr. 2'130'968.-- (bisheriger Erwerbsausfall) seit dem 3. Juni 2001  
- Fr. 1'661'242.-- (zukünftiger Erwerbsausfall) seit dem Urteilsdatum  
- Fr. 1'680.-- (Genugtuung) seit dem 7. Januar 2003  
- Fr. 156'373.-- (ausserprozessuale Anwaltskosten) seit dem 11. August 2000.

Die Beschwerdegegnerin erklärte Anschlussberufung und beantragte, die Klage mit Ausnahme der gutgeheissenen Genugtuung von Fr. 1'680.-- nebst Zins sowie Fr. 27'501.35 (Zins für die Zeit vom 6. November 1993 bis 6. Januar 2003) abzuweisen.

Mit Beschluss vom 27. Oktober 2009 nahm das Obergericht davon Vormerk, dass das Urteil des Bezirksgerichts insofern in Rechtskraft erwachsen ist, als die Klage im Franken 4 Millionen übersteigenden Betrag und bezüglich des Antrags der Beschwerdeführerin, es sei festzustellen, dass der Gerichtsexperte Dr. C.\_\_\_\_\_ befangen sei, abgewiesen wurde sowie als der Beschwerdeführerin Fr. 1'680.-- (Genugtuung) nebst 5 % Zins seit dem 7. Januar 2003 sowie Fr. 27'501.35 (Zins für die Zeit vom 6. November 1993 bis 6. Januar 2003) zugesprochen wurden. Mit Urteil gleichen Datums verpflichtete das Obergericht die Beschwerdegegnerin, der Beschwerdeführerin Fr. 211'929.30 (bisheriger Erwerbsausfall) nebst 5 % Zins seit 5. März 2005 und Fr. 194'809.-- (zukünftiger Erwerbsausfall) nebst 5 % Zins seit 1. Juli 2009 zu bezahlen. Im Übrigen wies es die Klage ab.

Die dagegen von der Beschwerdeführerin erhobene Nichtigkeitsbeschwerde wies das Kassationsgericht mit Zirkulationsbeschluss vom 24. Januar 2011 ab, soweit es darauf eintrat.

### **C.**

Die Beschwerdeführerin beantragt mit Beschwerde in Zivilsachen, in Aufhebung des Urteils des Obergerichts vom 27. Oktober 2009 sowie des Zirkulationsbeschlusses des Kassationsgerichts vom 24. Januar 2011 sei die Beschwerdegegnerin zu verpflichten, der Beschwerdeführerin weitere Fr. 3'593'000.-- zu bezahlen, nebst Zins zu 5 % p.a. auf  
- Fr. 2'130'968.-- (bisheriger Erwerbsausfall) seit 3. Juni 2001  
- Fr. 1'661'242.-- (zukünftiger Erwerbsausfall) seit Urteilsdatum  
- Fr. 156'373.-- (ausserprozessuale Anwaltskosten) seit 11. August 2000. Eventualiter sei die Sache zur rechtskonformen Schätzung des Erwerbsschadens sowie zur Feststellung der ausserprozessualen Anwaltskosten an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Die Beschwerdegegnerin beantragt, die Beschwerde sei mit Ausnahme des Antrags auf Verschiebung des Rechnungstags der Schadensberechnung vom 30. Juni 2009 auf den 27. Oktober 2009 abzuweisen. Im Übrigen seien das Urteil des Obergerichts und der Zirkulationsbeschluss des Kassationsgerichts zu bestätigen und die Klage abzuweisen.

Das Obergericht verzichtete auf eine Vernehmlassung.

Das Kassationsgericht nahm in seiner Vernehmlassung Stellung zum Vorwurf der Beschwerdeführerin, der Vorsitzende, Kassationsgerichtspräsident Prof. Dr. Moritz Kuhn, sei aufgrund seiner (über die Tätigkeit als Kassationsgerichtspräsident hinausgehenden) beruflichen Tätigkeiten unter Umständen kein unabhängiger und neutraler Richter im Sinne von Art. 30 Abs. 1 BV resp. Art. 6 Ziff. 1 EMRK. Es wird insbesondere ausgeführt, weder Prof. Dr. Moritz Kuhn noch ein anderer Partner von T.\_\_\_\_\_ Partners habe die Beschwerdegegnerin je vertreten oder beraten. Auch die weiteren Tätigkeiten von Prof. Dr. Moritz Kuhn führten im Zusammenhang mit dem vorliegenden Fall zu keinen Interessenkonflikten. Im Übrigen verzichtete das Kassationsgericht auf eine Vernehmlassung zur Beschwerde.

Mit Schreiben vom 11. April 2011 nahm die Beschwerdeführerin Bezug auf die Vernehmlassung des Kassationsgerichts, worin Prof. Dr. Moritz Kuhn die Zweifel an seiner Befangenheit ausgeräumt habe. Gestützt darauf zog die Beschwerdeführerin ihren Antrag auf Aufhebung des Zirkulationsbeschlusses vom 24. Januar 2011 wegen Befangenheit von Prof. Dr. Moritz Kuhn vollumfänglich zurück. Insoweit entfällt demnach eine Prüfung der Beschwerde.

## **Erwägungen:**

### **1.**

Die Beschwerdeführerin hat sowohl das Urteil des Obergerichts vom 27. Oktober 2009 als auch den Zirkulationsbeschluss des Kassationsgerichts vom 24. Januar 2011 beim Bundesgericht angefochten. Dies ist grundsätzlich zulässig und die Beschwerdefrist ist auch bezüglich des obergerichtlichen Urteils gewahrt (Art. 100 Abs. 6 aBGG [AS 2006 1234], der auf das vorliegende Beschwerdeverfahren noch anwendbar ist, zumal das angefochtene Urteil des Obergerichts vor Aufhebung dieser Bestimmung eröffnet worden ist [vgl. Art. 405 Abs. 1 ZPO, dazu BGE 137 III 130 E. 2 S. 131 f.]).

## **2.**

Das Urteil des Obergerichts ist nur insofern der Beschwerde zugänglich, als es das Erfordernis der Letztinstanzlichkeit erfüllt, mithin für die gegen dieses erhobenen Rügen kein kantonales Rechtsmittel mehr offen stand (Art. 75 Abs. 1 BGG; BGE 134 III 524 E. 1.3 S. 527). Gegen das Urteil des Obergerichts konnte kantonale Nichtigkeitsbeschwerde an das Kassationsgericht nach § 281 der (auf den 1. Januar 2011 aufgehobenen) Zivilprozessordnung des Kantons Zürich (aZPO/ZH) erhoben werden, die vorliegend denn auch ergriffen wurde. Nach § 281 aZPO/ZH kann mit Nichtigkeitsbeschwerde geltend gemacht werden, der angefochtene Entscheid beruhe zum Nachteil des Nichtigkeitsklägers auf einer Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes (Ziff. 1), auf einer aktenwidrigen oder willkürlichen tatsächlichen Annahme (Ziff. 2) oder auf einer Verletzung klaren materiellen Rechts (Ziff. 3). Ausgeschlossen ist die Nichtigkeitsbeschwerde, wenn das Bundesgericht einen Mangel frei überprüfen kann, wobei sie gemäss § 285 Abs. 2 aZPO/ZH stets zulässig ist, wenn eine Verletzung von Art. 8, 9, 29 oder 30 BV oder von Art. 6 EMRK geltend gemacht wird.

Das angefochtene Urteil des Obergerichts stellt daher insbesondere insoweit keinen letztinstanzlichen Entscheid dar, als geltend gemacht wird, das Obergericht habe der Beschwerdeführerin eine öffentliche Verhandlung (mit persönlicher mündlicher Anhörung der Beschwerdeführerin) verweigert und damit Art 6 Ziff. 1 EMRK verletzt. Diese Rüge einer Verletzung von Art. 6 Ziff. 1 EMRK hätte die Beschwerdeführerin mit Nichtigkeitsbeschwerde dem Kassationsgericht unterbreiten können. Dem Zirkulationsbeschluss des Kassationsgerichts ist nicht zu entnehmen, dass sie dies getan hätte. Auf die entsprechende Rüge gegen das Urteil des Obergerichts ist mangels Letztinstanzlichkeit nicht einzutreten.

## **3.**

Mit Beschwerde in Zivilsachen können Rechtsverletzungen nach Art. 95 und 96 BGG gerügt werden. Die Beschwerde ist hinreichend zu begründen, andernfalls wird darauf nicht eingetreten. In der Beschwerdeschrift ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Akt Recht verletzt (Art. 42 Abs. 2 BGG). Eine qualifizierte Rügepflicht gilt hinsichtlich der Verletzung von Grundrechten und von kantonalem und interkantonalem Recht. Das Bundesgericht prüft solche Rügen nur insofern, als sie in der Beschwerde präzise vorgebracht und begründet worden sind. Wird eine Verletzung des Willkürverbots geltend gemacht, muss anhand der angefochtenen Subsumtion im Einzelnen dargelegt werden, inwiefern der Entscheid an einem quali-

fizierten und offensichtlichen Mangel leidet (Art. 106 Abs. 2 BGG; BGE 136 I 65 E. 1.3.1; 134 II 244 E. 2.2; 133 III 439 E. 3.2 S. 444 f.).

Unerlässlich ist im Hinblick auf Art. 42 Abs. 2 BGG, dass die Beschwerde auf die Begründung des angefochtenen Entscheids eingeht und im Einzelnen aufzeigt, worin eine Verletzung von Bundesrecht liegt. Der Beschwerdeführer soll in der Beschwerdeschrift nicht bloss die Rechtsstandpunkte, die er im kantonalen Verfahren eingenommen hat, erneut bekräftigen, sondern mit seiner Kritik an den als rechtsfehlerhaft erachteten Erwägungen der Vorinstanz ansetzen (vgl. BGE 134 II 244 E. 2.1 S. 245 f.; 121 III 397 E. 2a S. 400; 116 II 745 E. 3 S. 749). Dabei hat die Begründung in der Beschwerdeschrift selbst zu erfolgen; Verweise auf andere Rechtsschriften, insbesondere im kantonalen Verfahren eingereichte, sind unbeachtlich (vgl. BGE 133 II 396 E. 3.1 S. 399 f.; 131 III 384 E. 2.3 S. 387 f., je mit Hinweisen).

Zu beachten ist bei der gleichzeitigen Anfechtung von Entscheiden eines oberen kantonalen Gerichts sowie einer weiteren Gerichtsinstanz mit beschränkter Kognition, dass aus der Beschwerdeschrift klar hervorgehen muss, gegen welchen Entscheid sich die jeweilige Rüge richtet. Art. 100 Abs. 6 aBGG beschlägt lediglich den Fristbeginn für den Weiterzug an das Bundesgericht, erlaubt jedoch keine Vermengung von Rügen gegen zwei verschiedene Entscheide.

#### **4.**

Das Bezirksgericht, auf dessen Begründung das Obergericht verwies, kam zum Schluss, dass die Beschwerdeführerin an den von ihr behaupteten Beschwerden gelitten habe und auch künftig noch leiden werde. Es bejahte sowohl den natürlichen als auch den adäquaten Kausalzusammenhang. Diese Punkte sind nicht mehr umstritten.

Angefochten werden die vorinstanzlichen Erwägungen zur Berechnung des Schadens. Dabei greift die Beschwerdeführerin einzelne Punkte heraus, in denen das Obergericht bundesrechtswidrig vorgegangen sei. Dem Kassationsgericht hält sie Willkür bzw. die Verletzung des Gehörsanspruchs vor. Allgemein ist zu ihren Rügen angeblicher Bundesrechtsverletzungen festzuhalten, dass diese die Begründungsanforderungen (vgl. Erwägung 3) teilweise verfehlen, weshalb insoweit nicht darauf einzutreten ist. Das Gleiche gilt weitgehend auch betreffend die Willkür- und Gehörsrügen gegenüber dem Kassationsgericht. Im Einzelnen ist zu ihren Rügen, was folgt, auszuführen:

## 5.

Die geschädigte Person hat wegen Körperverletzung Anspruch auf Ersatz der Kosten sowie auf Entschädigung für die Nachteile gänzlicher oder teilweiser Arbeitsunfähigkeit, unter Berücksichtigung der Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens (Art. 46 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 62 Abs. 1 SVG). Als Schaden zu ersetzen sind die wirtschaftlichen Auswirkungen der schädigenden Handlung bei der geschädigten Person, die unfreiwillig erlittene Vermögensminderung oder der entgangene Gewinn. Schaden im Rechtssinne ist die Differenz zwischen dem gegenwärtigen, nach dem schädigenden Ereignis festgestellten Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte (BGE 132 III 321 E. 2.2.1 S. 323 f.; 129 III 331 E. 2.1 S. 332; 127 III 73 E. 4 S. 76, je mit Hinweisen) bzw. den Einkünften, die nach dem schädigenden Ereignis tatsächlich erzielt worden sind und jenen, die der geschädigten Person ohne dieses Ereignis zugeflossen wären. Die Feststellung der Entstehung und des Ausmasses eines Schadens ist tatsächlicher Natur. Rechtsfrage ist dagegen, ob die Vorinstanz von zulässigen Berechnungsgrundsätzen ausgegangen ist, wozu auch die Anwendung der konkreten oder abstrakten Schadensberechnung zählt (BGE 127 III 403 E. 4a S. 405 mit Hinweisen).

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist der Invaliditätsschaden so weit wie möglich konkret zu berechnen (BGE 117 II 609 E. 9 S. 624; 113 II 345 E. 1a S. 347, je mit Hinweisen). Dabei wird aus Praktikabilitätsgründen in zwei Schritten vorgegangen, wenn der Schaden im Urteilszeitpunkt noch andauert. Zunächst ist der bereits eingetretene Schaden konkret zu berechnen. Massgebender *dies ad quem* ist der Tag des Urteils jener kantonalen Instanz, die noch neue Tatsachen berücksichtigen kann (BGE 125 III 14 E. 2c S. 17). Als Ausgangspunkt dienen die Einkommensverhältnisse am Unfalltag. Zu entgelten ist bei Arbeitnehmern der entgangene Lohn, bei selbstständig Erwerbenden der entgangene Gewinn. Hierauf erfolgt der zweite Schritt, in welchem der künftige Schaden aufgrund einer Prognose so konkret wie möglich zu bestimmen ist. Bei beiden Berechnungsweisen bildet der Vergleich zwischen dem Validen- und dem Invalideneinkommen der geschädigten Person den Rahmen. Bei der Vergangenheitsberechnung ist indessen das tatsächliche Invalideneinkommen bekannt, während dieses bei der Zukunftsberechnung unter Berücksichtigung des abstrakten Invaliditätsgrades (medizinisch-theoretische Arbeitsfähigkeit bzw. Arbeitsunfähigkeit) und des eventuell davon abweichenden Grades der Erwerbsfähigkeit prognostiziert werden muss (vgl. zu Letzterem BGE 117 II 609 E. 9 S. 624 f.). Bei beiden Berech-

nungsweisen wirkt sich eine allfällige Schadenminderungspflicht der geschädigten Person dahin gehend aus, dass das Invalideneinkommen entsprechend erhöht bzw. bei tatsächlichem Fehlen von Einkommen in der Vergangenheit ein solches aufgrund des vorgängig bestimmten Grades der Erwerbsfähigkeit in die Schadensberechnung eingesetzt wird (Urteile 4C.263/2006 vom 27. Januar 2007 E. 4.1; 4C.3/2004 vom 22. Juni 2004 E. 1.2.2).

Den künftigen Erwerbsausfall des Geschädigten hat der Richter aufgrund statistischer Werte zu schätzen. Dabei hat er nach schweizerischer Rechtsauffassung soweit möglich die konkreten Umstände des zu beurteilenden Falles zu berücksichtigen (BGE 113 II 347 E. 1a mit Hinweisen). Das gilt insbesondere für das hypothetische Einkommen des Geschädigten, das der Schadensberechnung zugrunde gelegt wird. Bei dessen Ermittlung hat daher die konkrete Einkommenssituation des Betroffenen vor der Verletzung als Anhalts- und Ausgangspunkt zu dienen (BGE 99 II 217 E. 3a S. 218 f.; 89 II 222 E. 6 S. 232, je mit Hinweisen). Das heisst jedoch nicht, dass sich der Richter mit der Feststellung des bisherigen Verdienstes begnügen dürfte; massgebend ist vielmehr, was der Geschädigte in der Zukunft jährlich verdient hätte. Das hypothetische künftige Durchschnittseinkommen aber lässt sich realistisch einzig in der Weise bestimmen, dass zunächst das Einkommen ermittelt wird, das der Geschädigte ohne die Verletzung gegenwärtig, d.h. zum Zeitpunkt der Urteilsfällung erzielt hätte, und sodann auch die zu erwartenden künftigen Reallohnsteigerungen mitberücksichtigt werden (BGE 116 II 295 E. 3a).

## **6.**

**6.1** Das Obergericht ging mit dem Bezirksgericht bei der Bestimmung des Vorunfalleinkommens davon aus, die Beschwerdeführerin habe in tatsächlicher Hinsicht die Grundlagen für eine Schadensschätzung der Höhe des Bonusanteils nach dem Unfall nicht substantiiert. Selbst wenn die Höhe des Bonusanteils für die Jahre 1988 bis 1994 als genügend substantiiert erachtet werden würde, wäre der diesbezügliche Beweis aufgrund des Beweisverfahrens nicht erbracht.

**6.2** Die Beschwerdeführerin behauptet vor Bundesgericht unter Hinweis auf verschiedene Ausführungen in den kantonalen Akten erneut, sie habe die Bonuszahlungen genügend substantiiert geltend gemacht. Aufgrund der Angaben auf Seite 17 der Klageschrift, wo die Bruttojahressaläre der sechs Vorunfalljahre zwischen 1988 und 1994 und der Monatsgrundlohn angegeben worden seien, hätte die Höhe der Bonuszahlungen mit einer einfachen Rechenoperation ermittelt



werden können: der Subtraktion der Konstanten B (die monatlichen Grundlöhne x 12 = Jahresgehalt) von den Konstanten A (die Bruttogehaltsjahressaläre nach Lohnausweis). Das Obergericht hätte auch konform zu Art. 42 Abs. 2 OR den Durchschnitt aus den gesamten Bruttosalären der Jahre 1988-1994 oder z.B. einer fünfjährigen Periode vor dem Unfall nehmen können und auf diese Weise das letzte Durchschnittsgesamteinkommen vor dem Unfall schätzen können.

Nachdem die Beschwerdeführerin auch als hypothetisches Valideneinkommen für die Jahre 1994-2000 einen nicht nach Fixlohn und Bonus aufgeteilten Gesamtbetrag von Fr. 320'000.-- genannt habe, hätte das Obergericht diese Behauptungen ohne Weiteres unter die Bestimmungen von Art. 41 und 46 OR subsumieren und eine rechtskonforme Schätzung nach Art. 42 Abs. 2 OR vornehmen können: indem es aus den Zahlenangaben zu den Jahren 1988-1994 ein durchschnittliches, nicht nach Fixlohn und Bonus aufgeteiltes Durchschnittseinkommen geschätzt oder dann durch die erwähnte Subtraktion als einer notorischen Tatsache den Bonus pro Jahr errechnen und dann das massgebende Jahressalär vor dem Unfall durch die Addition des letzten Jahreslohnes vor dem Unfall von Fr. 151'800.-- sowie dem Durchschnittsbonus der Jahre 1988-1994 (oder ev. einer fünfjährigen Periode) berechnen und diese Zahl als Ausgangspunkt der Schadensschätzung machen können. Insoweit das Obergericht eine genaue Bezifferung der jährlichen Boni verlange, habe es Art. 41, 46 und 42 Abs. 2 OR und damit auch Art. 8 ZGB verletzt.

**6.3** Der Schaden ist vom Geschädigten grundsätzlich ziffernmässig nachzuweisen (Art. 42 Abs. 1 OR). Ist das nicht möglich, ist der Schaden vom Richter "mit Rücksicht auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge" abzuschätzen (Art. 42 Abs. 2 OR). Diese Bestimmung bezieht sich sowohl auf das Vorhandensein wie auf die Höhe des Schadens (BGE 132 III 379 E. 3.1; 122 III 219 E. 3a 221 f.). Eine Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR setzt voraus, dass ein strikter Schadensbeweis nach der Natur der Sache nicht möglich oder nicht zumutbar ist. Die Herabsetzung des Beweismasses darf im Ergebnis nicht zu einer Umkehr der Beweislast führen. Die beweispflichtige Partei hat alle Umstände, die für die Verwirklichung des behaupteten Sachverhalts sprechen, soweit möglich und zumutbar zu behaupten und zu beweisen (BGE 128 III 271 E. 2b/aa S. 276 f. mit Hinweisen).

**6.4** Nach der zitierten Rechtsprechung (BGE 116 II 295 E. 3a/aa) ist als Anhalts- und Ausgangspunkt für die Schätzung des hypothetischen Valideneinkommens nach dem Unfall die konkrete Einkommenssitua-

tion vor dem Unfall heranzuziehen. Die tatsächlichen Grundlagen für diese Einkommenssituation hatte die Beschwerdeführerin zu behaupten und zu belegen. Art. 42 Abs. 2 OR entband sie hiervon nicht. Nun war unbestritten, dass die Beschwerdeführerin bei der U.\_\_\_\_\_ AG ein monatliches Bruttogehalt im Sinne eines Grundlohnes von Fr. 12'650.- erzielte. Dieser Lohn wurde ihr auch nach dem Unfall bis zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses am 31. Juli 1994 weiter ausbezahlt. Umstritten war hingegen von Anfang an die Höhe der angeblichen Bonuszahlungen als variablen Bestandteil des Einkommens der Beschwerdeführerin. Es ist nicht ersichtlich und auch nicht geltend gemacht, dass es der Beschwerdeführerin nicht möglich gewesen sein sollte, die erhaltenen Boni zu beziffern und die tatsächlichen Grundlagen für die Methode ihrer Festlegung zu substantiieren. Wenn das Obergericht solches verlangte, verletzte es demnach weder Art. 42 Abs. 2 OR noch Art. 8 ZGB.

**6.5** Die Beschwerdeführerin ist der Auffassung, sie sei mit ihren Vorbringen ihrer Behauptungs- und Beweispflicht nachgekommen. Dem kann nicht gefolgt werden. Denn wie schon das Obergericht ausführte, hätten die Boni mittels der von der Beschwerdeführerin proponierten Rechenoperation (oben dargestellte Subtraktion) nicht zuverlässig ermittelt werden können, da die Beschwerdeführerin nicht dargelegt hatte, ob sie den Grundlohn zwölf oder dreizehn Mal beziehe bzw. ein 13. Monatslohn Lohnbestandteil sei, solches sich auch nicht aus den Lohnausweisen bzw. dem Kontoauszug der AHV ergebe, und davon abgesehen, die Bruttojahressaläre gemäss Lohnausweisen bzw. Kontoauszug der AHV nicht übereinstimmten. Da wegen dieser Lücken und Ungereimtheiten die von der Beschwerdeführerin vertretene Subtraktion nicht zielführend gewesen wäre, kann auch nicht gesagt werden, das Obergericht habe, indem es zur Ermittlung der Höhe der Boni nicht einfach jene Subtraktion durchführte, sondern der Beschwerdeführerin eine mangelnde Substantiierung vorwarf, eine "allgemein bekannte Tatsache" übergangen und damit das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin verletzt, wie diese geltend macht.

**6.6** Ebenso wenig verfängt der in diesem Zusammenhang dem Kassationsgericht gemachte, aber nicht hinlänglich begründete Vorwurf der Verletzung des rechtlichen Gehörs und des Willkürverbots. Die Beschwerdeführerin ist ferner der Meinung, wenn bezüglich Höhe und Art der Festsetzung der Boni Unklarheiten verblieben seien, diese durch Ausübung der richterlichen Fragepflicht nach § 55 aZPO/ZH zu beheben gewesen wären. Die Rüge einer Verletzung von § 55 aZPO/ZH hätte sie dem Kassationsgericht unterbreiten können. Dass sie dies

betreffend Höhe und Festsetzungsmodus der Boni getan hätte, geht aus dem Zirkulationsbeschluss des Kassationsgerichts nicht hervor. Im bundesgerichtlichen Verfahren kann auf diese Rüge mangels Letztinstanzlichkeit nicht eingetreten werden.

Schliesslich kann auch der an das Kassationsgericht wegen dessen Erwägung 5.1.2.2 gerichtete Vorwurf überspitzten Formalismus nicht nachvollzogen werden. Das Kassationsgericht hielt wohl fest, dass eine Verfügung vom 14. Juni 2007, auf die sich die Beschwerdeführerin für die geltend gemachte "Wiedereröffnung der Behauptungsphase" berufen hatte, nicht aktenkundig sei. Die Beschwerdeführerin bringt vor, bei dieser Datumsangabe handle es sich um einen Verschieb, der ohne Weiteres vom Kassationsgericht hätte korrigiert werden können. Dieser Vorwurf ist nicht entscheidend. Denn das Kassationsgericht stützte seine ablehnende Beurteilung nicht auf den Umstand, dass keine Verfügung unter dem angegebenen Datum existiert, sondern dass sich jedenfalls weder aus der Verfügung vom 10. Mai 2007 noch aus der Verfügung vom 15. Juni 2007 zwingend ergebe, dass mit Bezug auf die Frage des Umfangs der in den Jahren vor dem Unfall der Beschwerdeführerin ausbezahlten Boni eine "Wiedereröffnung der Behauptungsphase" erfolgt sei. Die Beschwerdeführerin erblickt zwar auch darin einen überspitzten Formalismus beziehungsweise eventuell eine willkürliche Feststellung. Sie begründet diese Verfassungsrügen aber nicht hinlänglich, indem sie der Beurteilung des Kassationsgerichts lediglich die eigene Interpretation des Inhalts der besagten Referentenverfügungen entgegensetzt, ohne indessen aufzuzeigen, inwiefern die kassationsgerichtliche Beurteilung geradezu unhaltbar wäre.

**6.7** Die Rügen der Beschwerdeführerin im Zusammenhang mit dem Bonusanteil des Vorunfalleinkommens verfangen demnach nicht, soweit darauf im Hinblick auf eine rechtsgenügende Begründung überhaupt eingetreten werden kann.

## **7.**

**7.1** Betreffend die hypothetische Validenkarriere der Beschwerdeführerin ohne den Unfall beruft sich die Beschwerdeführerin auf die Normhypothese, dass es der Lebenserfahrung und damit dem gewöhnlichen Lauf der Dinge nach Art. 42 Abs. 2 OR entspreche, dass eine Person in der gleichen Art und Weise weiterhin die gleiche Tätigkeit ausübt, weshalb davon abweichende Berufslaufbahnen und Einkommensverläufe derjenige beweisen müsse, der daraus Rechte ableite. Sie wirft dem Obergericht eine Missachtung dieser Normhypothese

und überdies in zweifacher Hinsicht eine Verletzung von Art. 8 ZGB vor, indem es zum einen die Behauptungs- und Beweislast falsch ausgelegt habe und zum andern von einer nicht genügenden Substanziierung ausgegangen sei. Sie ist der Ansicht, sie habe die Karriere als unselbstständige Geschäftsführerin hinreichend bestimmt behauptet. Daneben habe sie alternativ auch noch eine solche als Selbstständigerwerbende in Betracht gezogen. Indem das Obergericht davon ausgegangen sei, dass eine unselbstständige Tätigkeit als Geschäftsführerin bei der U.\_\_\_\_\_ AG mit einem Einkommen von Fr. 320'000.-- auch über den 1. Juli 1997 hinaus nicht behauptet worden sei, habe das Obergericht Art. 8 ZGB sowie Art. 41, 46 und 42 Abs. 2 OR verletzt. Selbst wenn sie dies aber nicht genügend behauptet hätte, hätte das Obergericht die erwähnte Normhypothese berücksichtigen müssen.

**7.2** Das Obergericht stellte nach einlässlichem Studium der Parteivorbringen zusammenfassend fest, die Beschwerdeführerin habe im Hauptverfahren nie etwas anderes behauptet, als dass sie im Jahre 1994 oder spätestens nach dem Tod von E.\_\_\_\_\_ im Januar 1997 das Geschäft der U.\_\_\_\_\_ AG als Selbstständigerwerbende übernehmen und damit weiterhin ein Einkommen wie vor dem Unfall hätte erzielen können. Sie habe explizit insbesondere nach dem Tod von E.\_\_\_\_\_, eventuell bereits ab 1994, eine im wesentlichen selbstständig erwerbende Berufskarriere als wahrscheinlichste Hypothese der Validenkarriere bezeichnet. Von der sogenannten Normhypothese einer gleichen Tätigkeit bei gleichem Einkommen wie vor dem Unfall sei sie einzig für die Zeit bis zur Kündigung im Juli 1994 bzw. bis zum Tode der Betriebsinhaberin E.\_\_\_\_\_ im Januar 1997 ausgegangen. Dass sie ihre Tätigkeit als Geschäftsführerin der U.\_\_\_\_\_ AG ohne den Unfall auch nach dem Tod von E.\_\_\_\_\_ weitergeführt hätte, habe die Beschwerdeführerin erstmals in ihrer Stellungnahme zum Beweisergebnis vom 14. Juni 2007 und damit verspätet behauptet.

**7.3** Diese Feststellungen focht die Beschwerdeführerin mit Nichtigkeitsbeschwerde an. Das Kassationsgericht gelangte zum Schluss, es sei nicht dargetan, dass das Obergericht zu Unrecht resp. in Setzung eines Nichtigkeitsgrundes angenommen habe, dass die Beschwerdeführerin nicht resp. nur verspätet behauptet habe, dass sie ihre Tätigkeit als Geschäftsführerin der U.\_\_\_\_\_ AG ohne den Unfall auch nach dem Tod von E.\_\_\_\_\_ weitergeführt hätte. Dass das Kassationsgericht mit diesem Schluss seinerseits in Willkür verfallen oder seinerseits den Gehörsanspruch der Beschwerdeführerin verletzt

hätte, wird in der Beschwerde nicht hinlänglich begründet dargetan. Die Beschwerdeführerin richtet ihre Vorwürfe zwar an das Obergericht und an das Kassationsgericht, setzt sich aber mit den diesbezüglichen Erwägungen des Kassationsgerichts nicht auseinander und konkretisiert nicht, inwiefern dieses willkürlich entschieden haben soll. Das gilt auch, soweit sie eine Verletzung der richterlichen Fragepflicht nach § 55 aZPO/ZH geltend macht. Sie legt dar, weshalb das Obergericht allfällig verbliebene Unklarheiten bezüglich der wahrscheinlichsten Validenkarriere über die richterliche Fragepflicht hätte ausräumen müssen, begründet aber nicht, inwiefern das Kassationsgericht diesbezüglich die geltend gemachte Verletzung der richterlichen Fragepflicht in willkürlicher Weise verneinte.

**7.4** Es bleibt somit bei der Feststellung des Obergerichts, dass die Beschwerdeführerin explizit behauptete, insbesondere nach dem Tod von E.\_\_\_\_\_, eventuell bereits ab 1994, sei eine im wesentlichen selbstständig erwerbende Berufskarriere die wahrscheinlichste Hypothese der Validenkarriere. Angesichts dieser eigenen Behauptung der Beschwerdeführerin, mit der sie selber von jener Normhypothese abwich, kann dem Obergericht nicht vorgeworfen werden, es habe jene Normhypothese übergangen. Vielmehr durfte von der Behauptung der Beschwerdeführerin ausgegangen und ihr dafür die Beweislast auferlegt werden. Gemäss dem angefochtenen Urteil konnte die Beschwerdeführerin diesen Beweis indessen nicht erbringen, weshalb sie jene Behauptung zurückzog und nunmehr vortrug, sie hätte ihre Tätigkeit als unselbstständige Geschäftsführerin der U.\_\_\_\_ AG ohne Unfall auch nach dem Tod von E.\_\_\_\_\_ weitergeführt. Da sie dies aber prozessual verspätet tat, musste das Obergericht nicht darauf abstellen.

Es ist mithin auch bezüglich des hypothetischen Valideneinkommens weder eine Verletzung von Art. 8 ZGB noch von Art. 41, 46 und 42 Abs. 2 OR dargetan.

## **8.**

Im Weiteren richtet sich die Beschwerdeführerin gegen die Anrechnung eines hypothetischen Invalideneinkommens unter dem Titel der Schadenminderungspflicht.

**8.1** Das Obergericht ging mit dem Bezirksgericht von einem mutmasslichen Invalideneinkommen der Beschwerdeführerin von Fr. 1'800.-- monatlich netto (inkl. 13. Monatslohn) aus (Stand 2007). Das Obergericht führte dazu unter Berufung auf das Urteil des Bundesgerichts

4C.263/2006 vom 17. Januar 2007 aus, die Verletzung der Schadenminderungspflicht sei schon bei der Schadensberechnung und nicht erst bei der Schadenersatzbemessung zu berücksichtigen. Gestützt auf das Gutachten von Prof. Dr. med. F. \_\_\_\_\_ vom 21. März 2006 ging das Obergericht ab 1. Juli 1996 von einer durchschnittlichen Restarbeitsfähigkeit von 40 % aus. Im Gutachten vom 17. September 1997 hatte Prof. F. \_\_\_\_\_ gar festgehalten, dass die Beschwerdeführerin ab dem 1. Juli 1996 wieder mindestens zu 50 % arbeitsfähig sei. Das Obergericht bejahte sowohl die Verwertbarkeit dieser Restarbeitsfähigkeit als auch die Zumutbarkeit der Ausübung einer leichten kaufmännischen Tätigkeit.

**8.2** Nach Art. 44 Abs. 1 OR kann der Richter die Ersatzpflicht ermässigen oder gänzlich von ihr entbinden, wenn Umstände, für die der Geschädigte einzustehen hat, auf die Entstehung oder Verschlimmerung des Schadens eingewirkt haben. Das ist insbesondere der Fall, wenn der Geschädigte nicht alle nach den Umständen gebotenen Massnahmen ergriffen hat, um den Schaden gering zu halten. Mit dem Hinweis auf die Umstände billigt Art. 44 Abs. 1 OR dem Richter einen breiten Ermessensspielraum zu, der ihm erlaubt, im Einzelfall den beidseitigen Verantwortlichkeiten angemessene Rechnung zu tragen (BGE 127 III 453 E. 8c S. 459; 117 II 156 E. 3a S. 159). Das Bundesgericht überprüft derartige Ermessensentscheide zwar frei, aber mit Zurückhaltung (BGE 130 III 182 E. 5.5.2 S. 191 mit Hinweisen).

Richtig besehen handelt es sich bei der Schadenminderungspflicht um eine Obliegenheit, deren Berücksichtigung im Grunde genommen ein Problem der Schadensberechnung ist, weil nicht als vom Haftpflichtigen verursachter Schaden gelten kann, was durch zumutbare Massnahmen behoben werden könnte (OFTINGER/STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1995, S. 262 § 6 Rz. 42 und S. 386 § 7 Rz. 16). Der in Art. 44 Abs. 1 OR verankerte Grundsatz konkretisiert die allgemein geltende Pflicht zur schonenden Rechtsausübung (Art. 2 Abs. 1 ZGB). Nach dem Grundgedanken dieser Vorschrift muss der Geschädigte den Schaden selbst tragen, soweit er ihn selbstverantwortlich mitverursacht hat. Dabei handelt es sich um einen allgemeinen Rechtsgrundsatz des privaten Haftungsrechts (BGE 130 III 182 E. 5.5.1 S. 189 mit Hinweisen). Dessen Verletzung hat zur Folge, dass der Schaden nur in dem Umfang zu ersetzen ist, in welchem er auch entstanden wäre, wenn der Geschädigte der Obliegenheit nachgekommen wäre (Urteil 4C.83/2006 vom 26. Juni 2006 E. 4). Wer nach einer Schädigung, die zu einer Beeinträchtigung seiner Erwerbsfähigkeit führt, seine verbleibende Arbeits-

kraft nicht so gut als möglich verwertet, kann demnach ein entsprechendes Mindereinkommen grundsätzlich nicht auf den haftbaren Schädiger abwälzen (Urteil 4A\_153/2008 vom 14. Oktober 2008 E. 3.4).

Grenze dieser Obliegenheit zur Schadenminderung bildet die Zumutbarkeit. Um den Schaden im Interesse des Haftpflichtigen zu mindern, muss der Geschädigte nur jene Massnahmen ergreifen, die ihm billigerweise zugemutet werden dürfen. Als Massstab gilt das Verhalten eines vernünftigen Menschen in der gleichen Lage, der keinerlei Schadenersatz zu erwarten hätte (OFTINGER/STARK, a.a.O., S. 386 § 7 Rz. 16 Fn. 37; ROLAND BREHM, Berner Kommentar, 3. Aufl. 2006, N. 48 zu Art. 44 OR, je mit Hinweisen). Welche Anstrengungen vom Geschädigten verlangt werden können, ist in Würdigung sämtlicher Umstände zu beurteilen, d.h. im Blick auf die Persönlichkeit des Verletzten, dessen berufliche Fähigkeiten und Handfertigkeiten, Anpassungsfähigkeit und Intelligenz sowie Alter und Bildungsgrad.

Da es sich bei der Verletzung der Schadenminderungspflicht um einen Schaden oder die Ersatzbemessung reduzierende Einrede handelt, sind die entsprechenden Tatsachen vom Ersatzpflichtigen in den Prozess einzubringen. Berufet sich der Geschädigte demgegenüber auf Umstände, welche die vom Schädiger behaupteten Tatsachen widerlegen sollen, hat er dafür im Bestreitungsfall den Beweis zu führen, zumindest den Gegenbeweis anzutreten, um das Ergebnis des Hauptbeweises zu erschüttern (vgl. BGE 130 III 321 E. 3.4 S. 326). Dies lässt sich damit rechtfertigen, dass es einzig der Geschädigte sein kann, der ein Interesse daran hat, darzulegen, weshalb er nicht gehalten sein soll, die vom Schädiger behaupteten und zur Überzeugung des Gerichts dargetanen Vorkehren zur Schadenminderung zu treffen, und der die entsprechenden Umstände kennt. Ist einmal aufgrund der seitens des Pflichtigen behaupteten Sachumstände darauf zu schliessen, dem Geschädigten obliege es, den Schaden in gewisser Hinsicht geringer zu halten oder gar nicht erst eintreten zu lassen, trägt der Geschädigte insoweit die Bestreitungslast, d.h. die Bestreitung hat so präzise zu sein, dass sie einer konkreten Behauptung zugeordnet werden kann und die betreffende Sachdarstellung eine entsprechende Beweisaufgabe erlaubt. Gelingt es dem Schädiger, beweismässig zur Überzeugung des Gerichts aufzuzeigen, dass Schadenminderungsmassnahmen seitens des Geschädigten angezeigt sind, ist es Sache des Geschädigten, im Rahmen des Gegenbeweises beim Gericht zumindest Zweifel an der Sachdarstellung des Schädigers zu wecken (zum Ganzen Urteil 4C.37/2011 vom 27. April 2011 E. 4).

**8.3** Die Beschwerdeführerin wirft dem Obergericht zunächst eine Verletzung von Art. 8 ZGB vor, weil es bei der Schätzung des Invalideneinkommens auf von der Beschwerdegegnerin weder behauptete noch bewiesene Tatsachen abgestellt habe.

Eine Verletzung der Beweislastverteilung ist nicht ersichtlich. Zwar ist die Tragweite der von der Beschwerdeführerin beanstandeten Bemerkung des Obergerichts auf S. 55 des Urteils in der Tat nicht klar. Das Obergericht führte dort aus, da es sich um ein Problem der Schadensberechnung und nicht der Schadenersatzbemessung handle, sei die Beschwerdegegnerin weder behauptungs- noch beweispflichtig dafür, was durch zumutbare Massnahmen behoben werden könnte. Indessen kann nicht gesagt werden, das Obergericht habe beim konkreten Vorgehen gegen die oben dargestellten Grundsätze zur Beweislastverteilung verstossen. So wird festgehalten, dass die Beschwerdegegnerin bereits in der Klageantwort unter Hinweis auf die Verletzung der Schadenminderungspflicht geltend machte, dass die Beschwerdeführerin nach der Beurteilung von Prof. Dr. med. F.\_\_\_\_\_ mindestens zu 50 % einer Berufstätigkeit nachgehen könne, weshalb ihr ein entsprechendes Erwerbseinkommen anzurechnen sei. Bei dem gemäss Gutachten von Prof. Dr. med. F.\_\_\_\_\_ festgestellten Umfang der Restarbeitsfähigkeit von 40 % (resp. 50 %) galt eher eine Vermutung für deren Verwertbarkeit (Urteil 4C.263/2006 vom 17. Januar 2007 E. 4.1 *e contrario*). Es wäre daher an der Beschwerdeführerin gelegen, Umstände darzutun, weshalb die verbliebene Arbeitsfähigkeit nicht verwertbar sein sollte. Dies erkannte das Obergericht zutreffend und verletzte Art. 8 ZGB nicht. Dies gilt auch hinsichtlich der Schätzung des mutmasslichen Verdienstes, welche gestützt auf das Gutachten von Prof. Dr. med. F.\_\_\_\_\_ und die Zeugenbefragung von Dr. med. G.\_\_\_\_\_ für eine leichtere kaufmännische Funktion und unter Berücksichtigung der konkreten Umstände vorgenommen wurde. Es ist nicht ersichtlich, was die Beschwerdegegnerin in diesem Zusammenhang weiter hätte behaupten können und müssen, zumal sie im Gegensatz zur Beschwerdeführerin nicht über deren Ausbildung und beruflichen Werdegang Bescheid wissen konnte.

**8.4** Die Beschwerdeführerin macht sodann geltend, das Obergericht habe den Rechtsbegriff der Zumutbarkeit verletzt und sei auch zu einem Resultat gelangt, das ausserhalb des ihr zustehenden Rechtsermessens liege.

Das Obergericht erachtete es in eingehender Würdigung der konkreten Umstände und Vorbringen der Beschwerdeführerin mit dem Be-



zirksgericht für zumutbar, dass die Beschwerdeführerin angesichts ihrer Ausbildung und ihrer bisherigen Tätigkeit eine Anstellung im kaufmännischen Bereich in der Funktion einer Zuarbeiterin übernehme, auch wenn dies einen beruflichen Abstieg darstelle.

Inwiefern das Obergericht mit seinen Erwägungen den Rechtsbegriff der Zumutbarkeit verkannte, erklärt die Beschwerdeführerin nicht und ist auch nicht ersichtlich. Ebenso wenig vermag sie aufzuzeigen, dass die Beurteilung des Obergerichts offensichtlich unbillig oder ungerecht wäre. Dass sie selbst zur Frage der Zumutbarkeit eine andere Meinung vertritt, lässt den Entscheid des Obergerichts indessen noch nicht als rechtsfehlerhaft erscheinen.

**8.5** Weiter beanstandet die Beschwerdeführerin, dass das Obergericht eine allfällige Verletzung der Schadenminderungspflicht schon bei der Schadensberechnung berücksichtigte. Zu Unrecht, denn das Bundesgericht hat ein solches Vorgehen erst kürzlich als rechtens bestätigt (Urteil 4A\_37/2011 vom 27. April 2011 E. 4.1; vgl. Erwägung 8.2).

**8.6** Zusammenfassend vermögen damit die Vorbringen gegen die Anrechnung eines hypothetischen Invalideneinkommens nicht durchzudringen.

## **9.**

In einem weiteren Punkt beanstandet die Beschwerdeführerin, dass das Obergericht den vorübergehenden Erwerbsschaden nur bis zum 30. Juni 2009 zugesprochen habe, obwohl die Parteien bereits am 15. Juni 2009 zur Urteilsberatung am 27. Oktober 2009 vorgeladen worden seien. Deswegen sei auch das mittlere Verfallsdatum vom 5. März 2005 unrichtig und der Beschwerdeführerin werde nicht der ganze vorübergehende Erwerbsschaden ersetzt.

Dieser Einwand ist berechtigt. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist der Schaden auf den Urteilstag des kantonalen Gerichts, das noch auf neue Tatsachen abstellen darf, zu berechnen (BGE 125 III 14 E. 4c S. 17; 99 II 214 E. 3b). Das Obergericht hat dies zwar durchaus gesehen, aber dennoch nicht den Urteilstag herangezogen, da der genaue Urteilszeitpunkt zum voraus nicht feststehe. Das Gericht hat es jedoch selbst in der Hand, den Urteilszeitpunkt zu bestimmen. Es war daher nicht nötig, auf den 30. Juni 2009 und damit auf einen rund vier Monate früheren Zeitpunkt abzustellen.

Die Beschwerde erweist sich in diesem Punkt als begründet. Die Sache ist an das Obergericht zurückzuweisen, damit dieses den bisherigen Erwerbsschaden korrekt auf den Urteilszeitpunkt hin (27. Oktober 2009) berechnet und die daraus folgenden Anpassungen vornimmt.

#### **10.**

Die Beschwerdeführerin ist der Meinung, die Überentschädigung von Fr. 77'030.20 aus der Phase I und II dürfe nicht in der Phase III in Abzug gebracht werden, da sonst der Grundsatz der zeitlichen Kongruenz gemäss BGE 131 III 12 verletzt werde.

**10.1** Im Haftpflichtrecht gilt seit jeher ein Bereicherungsverbot (BGE 131 III 12 E. 7.1 S. 16 mit Hinweisen). Eine Überentschädigung des Geschädigten soll demnach vermieden werden. Eine solche liegt vor, wenn derselben Person verschiedene Leistungen zum Ausgleich des durch ein und dasselbe Ereignis verursachten Schadens für dieselbe Zeitspanne ausgerichtet werden und die Summe der Leistungen den Schaden übertrifft. Da die Sozialversicherungen nicht zu Gunsten des Schädigers eingerichtet wurden (vgl. schon BGE 54 II 464 E. 5 S. 468), sind indessen nur Leistungen Dritter anzurechnen, die ereignisbezogen, sachlich, zeitlich und personell kongruent sind und für welche daher auch Subrogations- oder Regressansprüche in Frage kommen (BGE 134 III 489 E. 4.2 S. 491 mit Hinweisen).

Zeitliche Kongruenz liegt vor, wenn die Leistung der Sozialversicherung für die gleiche Zeitspanne erfolgt, für die ein Schaden besteht, welchen der Haftpflichtige ersetzen muss (BGE 134 III 489 E. 4.3 S. 492 f.).

**10.2** Das Obergericht rekapitulierte das Vorgehen des Bezirksgerichts, das – wie auch in Lehre und Rechtsprechung vorgeschlagen werde (vgl. BGE 131 III 12 E. 7.4) – für den bisherigen und den zukünftigen Erwerbsschaden je eine Periode gebildet habe. Den bisherigen Erwerbsschaden habe es in drei Phasen unterteilt. Aus der Phase I und II resultierte eine Überentschädigung von Fr. 77'033.20, die es auf die Phase III anrechnete. Dabei stehe eine Anrechnung sozialversicherungsrechtlicher Leistungen ausschliesslich auf den bisherigen Erwerbsschaden zur Diskussion. So betrachtet liege keine Übertragung einer Überentschädigung von einer Zeitperiode auf eine andere vor. Die Frage könne indes offenbleiben. Entscheidend sei nämlich, dass sich die Beschwerdeführerin im Vergleich mit der V.\_\_\_\_\_ Unfallversicherung verpflichtet habe, sich Leistungen aus UVG-Zusatztaggeldern in der Höhe von Fr. 256'003.20 vollumfänglich

an den Haftpflichtanspruch anrechnen zu lassen. Diese Vereinbarung ziele auf die Möglichkeit des Rückgriffs der V.\_\_\_\_\_ Unfallversicherung gegen die Beschwerdegegnerin ab, und die Kongruenz dieser Leistungen sei deshalb unabhängig von den für die vorliegende Beurteilung gemachten Phasen zu bejahen. Die Überentschädigung in den Phasen I und II rühre aus der UVG-Zusatztaggelder-Versicherung her. Das Obergericht hielt fest, die Beschwerdeführerin setze sich mit dieser Argumentation des Bezirksgerichts überhaupt nicht auseinander und bestreite insbesondere nicht, dass die UVG-Zusatztaggelder vollumfänglich auf den Gesamtschaden anzurechnen seien. Entsprechend habe sie selber in ihrer Aufstellung gemäss Eingabe vom 5. Juni 2007 auch die gesamten Fr. 256'003.20 aus UVG-Zusatztaggeldern an ihren Erwerbsausfall angerechnet. Ihrem Antrag, es seien "die von den Parteien gewählten Perioden" zu übernehmen und eine allfällige faktische Überentschädigung in einer solchen Periode der Beschwerdeführerin zu belassen, sei daher nicht zu entsprechen. Der Vollständigkeit halber merkte das Obergericht an, dass aus dem Umstand, dass die Beschwerdegegnerin keine Einwendungen gegen die Periodenbildung der Beschwerdeführerin erhoben habe, nicht auf "von den Parteien gewählte Perioden" geschlossen werden könne.

**10.3** Die Beschwerdeführerin beharrt unter Berufung auf BGE 131 III 12 S. 18 darauf, das Obergericht hätte auf ihre Periodenbildung gemäss Eingabe vom 5. Juni 2007 abstellen müssen. Im genannten Entscheid (BGE 131 III 12 E. 7.4) pflichtete das Bundesgericht aus Gründen der Praktikabilität der grundsätzlichen Bildung je einer Periode für den bisherigen und den zukünftigen Schaden bei, solange den Parteien die Möglichkeit offen stehe, bei allfälligen erheblichen Veränderungen während der Perioden eine detailliertere Berechnung zu verlangen. Diese Erwägung hilft der Beschwerdeführerin nicht weiter, da gemäss den Feststellungen des Obergerichts vorliegend gerade keine "von den Parteien gewählte Perioden" anzunehmen sind.

Vor allem vermag die Beschwerdeführerin das entscheidende Argument für die Anrechnung der Überentschädigung von Fr. 77'033.20 nicht zu entkräften, mithin, dass sie sich im Vergleich mit der V.\_\_\_\_\_ - \_\_\_\_\_ Unfallversicherung verpflichtete, sich Leistungen aus UVG-Zusatztaggeldern in der Höhe von Fr. 256'003.20 vollumfänglich an den Haftpflichtanspruch anrechnen zu lassen, um der V.\_\_\_\_\_ Unfallversicherung den Rückgriff auf die Beschwerdegegnerin zu ermöglichen. Die Beschwerdeführerin bezeichnet diese Auslegung des Vergleichs als bundesrechtswidrig, weil sie nicht dem entspreche, was in guten Treuen darunter verstanden werden durfte. Was sie zur Begrün-

dung ihrer eigenen Interpretation in tatsächlicher Hinsicht vorbringt, findet indessen im Sachverhalt des angefochtenen Entscheids keine Stütze und kann daher als Grundlage für eine abweichende Beurteilung nicht berücksichtigt werden.

**10.4** Demnach kann der Beschwerdeführerin nicht gefolgt werden, soweit sie sich gegen die Anrechnung der Überentschädigung von Fr. 77'030.20 richtet.

## **11.**

Das Obergericht lehnte das Begehren der Beschwerdeführerin, es sei ein Kapitalisierungszinsfuss von 2 % anzuwenden, unter Hinweis auf die Praxis des Bundesgerichts, wonach ein Kapitalisierungszinsfuss von 3,5 % massgebend ist, ab.

Die Beschwerdeführerin erneuert vor Bundesgericht ihren Antrag. Zur Begründung verweist sie auf zwei in der HAVE 2009 erschienene Artikel. Sie ist der Ansicht, "angesichts der sich stark veränderten Anlagesituation in den letzten zwölf Jahren" sei ein neues Expertenhearing durchzuführen resp. eine Stellungnahme der Schweizerischen Nationalbank einzuholen.

Das Bundesgericht hat seine Praxis, wonach der Kapitalisierungszinsfuss 3.5% beträgt, in einem publizierten Entscheid aus dem Jahr 1999 bestätigt (BGE 125 III 312 E. 7). Diese Rechtsprechung wurde seither nicht nur im Juni 2004, sondern auch in späteren Entscheiden bestätigt, wobei sich das Bundesgericht mit der dagegen erwachsenen Kritik auseinandersetzte und eine Anpassung an den variablen BVG-Mindestzinssatz unter Berufung auf die Rechtssicherheit erneut ablehnte (Urteil 4C.178/2005 vom 20. Dezember 2005 E. 5.2-5.3; sodann Urteil 4C.263/2007 vom 17. Januar 2007 E. 5.3). Dass die seitherige Wirtschaftsentwicklung eine Praxisänderung erheischen würde, ist nicht dargetan, weshalb davon abzusehen ist.

**12.** Ein weiterer Rügekomplex betrifft die vorprozessualen Anwaltskosten.

**12.1** Das Bezirksgericht lehnte die Forderung für vorprozessuale Anwaltskosten im Umfang von Fr. 179'873.85 samt Zins ab, da es an den notwendigen, genügend substantiierten Behauptungen zur Beurteilung dieser Schadenposition fehle. Da die Beschwerdeführerin ein Pauschalhonorar verlange, könne nicht überprüft werden, ob die Aufwendungen ihres Rechtsvertreters in den Auseinandersetzungen mit

den Sozialversicherungen notwendig und angemessen gewesen seien und damit auch die geltend gemachte Honorarhöhe angemessen sei.

Im Berufungsverfahren vor Obergericht reduzierte die Beschwerdeführerin den unter diesem Titel geltend gemachten Betrag nach Abzug der von den Sozialversicherern erhaltenen Parteientschädigungen auf Fr. 156'373.85. Das Obergericht setzte sich eingehend mit den von der Beschwerdeführerin erhobenen Einwendungen auseinander. Im Ergebnis monierte auch das Obergericht eine mangelnde Substanziierung. Es stehe nicht fest, welche Aufwendungen überhaupt getätigt worden seien, inwieweit diese als prozessuale Aufwendungen bereits abgegolten worden seien, und inwieweit sie gerechtfertigt, notwendig und angemessen seien.

**12.2** Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung von Art. 41 und 42 Abs. 1 OR. Sie ist der Meinung, "die in sozialversicherungsrechtlichen und anderen zivilrechtlichen Prozessen zugesprochenen Prozessentschädigungen" seien ebenfalls ein zu ersetzender Schaden.

Die Rüge ist nicht leicht verständlich. Das Obergericht hielt in der von der Beschwerdeführerin kritisierten Erwägung fest, auch in Verfahren gegen Sozialversicherer habe der Beschwerdeführer Anspruch auf den vom Gericht festgelegten Ersatz der Parteikosten. Wenn es weiter davon ausging, in diesen Verfahren stelle sich demnach die Frage des Ersatzanspruchs für die prozessualen Anwaltskosten nicht und ebenso wenig werde die Beschwerdegegnerin haftpflichtig, soweit die Beschwerdeführerin (vergleichsweise) auf eine Prozessentschädigung verzichtet habe, so kann darin keine Bundesrechtsverletzung erblickt werden. Auch das Bundesgericht hat ausgeführt, dass vorprozessuale Parteikosten nur soweit haftpflichtrechtlich Bestandteil des Schadens bilden, als sie nicht durch die nach kantonalem Verfahrensrecht zuzurechnende Parteientschädigung gedeckt sind (BGE 117 II 394 E. 3a S. 396; 117 II 101 E. 5 S. 106). Die in BGE 117 II 394 E. 3b S. 396 erwähnte Konstellation, dass das prozessbezogene Verhalten als solches und nicht das im Prozess zu beurteilende Ereignis eine rechtswidrige Handlung darstellt (z.B. Schädigung infolge ungerechtfertigter vorsorglicher Massnahme), liegt in casu nicht vor. Es dient der Beschwerdeführerin daher nicht, wenn sie sich darauf beruft.

Sofern die Beschwerdeführerin geltend machen will, es müssten auch die in den sozialversicherungsrechtlichen Prozessen entstandenen, durch die Prozessentschädigungen nicht abgegoltenen Bemühungen erfasst werden, so steht dem jedenfalls entgegen, dass sie nach der

vorinstanzlichen Beurteilung die von ihrem Rechtsvertreter getätigten Aufwendungen ohnehin nicht hinreichend substantiiert hat, weshalb die Begründetheit ihrer Rüge nicht weiter geprüft werden muss.

**12.3** Wie schon vor Obergericht macht die Beschwerdeführerin eine Verletzung von Art. 8 ZGB geltend, weil ihr die Beweislast für die Notwendigkeit der Bemühungen und die Angemessenheit des Honorars auferlegt worden sei. Richtigerweise handle es sich um einen Aspekt der Schadenminderungspflicht, weshalb die Beschwerdegegnerin dafür die Behauptungs- und Beweislast trage. Was sie zur Begründung vorträgt, deckt sich grösstenteils wörtlich mit ihren Ausführungen in der Berufungsschrift. Eine Auseinandersetzung mit den diesbezüglichen Erwägungen des angefochtenen Entscheids erfolgt nicht. Mangels rechtsgenügender Begründung (Erwägung 3) kann daher auf diese Rüge nicht eingetreten werden. Im Übrigen hielt das Obergericht in einer Eventualbegründung fest, dass selbst wenn die Angemessenheit als Frage der Schadenminderungspflicht anzusehen wäre, die Beschwerdegegnerin die Angemessenheit des geltend gemachten Pauschalhonorars durch ihre Vorbringen hinreichend bestritten habe. Substanziierter hätte sie die Angemessenheit nicht bestreiten können. Diese Eventualbegründung wird von der Beschwerdeführerin mit der blossen Behauptung, das stelle eine klare Verletzung von Art. 8 ZGB dar, nicht hinlänglich angefochten.

**12.4** Schliesslich bestreitet die Beschwerdeführerin eine mangelnde Substanziierung der vorprozessualen Anwaltskosten. Sie habe den bundesrechtlichen Vorgaben mehr als Genüge getan, während die Beschwerdegegnerin keine genügenden Behauptungen, geschweige denn Beweise zur angeblichen Verletzung der Schadenminderungspflicht beim Abschluss des Honorarvertrags vorgebracht habe. Gemäss BGE 135 III 259 habe das Bundesgericht ausgeführt, es widerspreche Bundesrecht nicht, bei der Festlegung des Honorar Betrags dem durch den Anwalt erzielten Ergebnis Rechnung zu tragen.

Letzteres trifft zu, hilft der Beschwerdeführerin aber nicht weiter. Wie das Obergericht zutreffend festhielt, blieb es der Beschwerdeführerin unbenommen, mit ihrem Rechtsvertreter ein Pauschalhonorar nach Prozenten der "tatsächlich erstrittenen Verträge" zu vereinbaren. Das Bundesgericht hat aber bezüglich vorprozessualer Anwaltskosten im Haftpflichtrecht festgehalten, dass solche Kosten nur dann haftpflichtrechtlich Bestandteil des Schadens bilden, wenn sie gerechtfertigt, notwendig und angemessen waren, der Durchsetzung der Schadenersatzforderung dienen und nicht durch die nach kantonalem Recht

zuzusprechende Parteientschädigung gedeckt sind (BGE 117 II 101 = Pra 1991 Nr. 163; BGE 117 II 394 E. 3a). Das Obergericht (wie das Bezirksgericht) durfte daher von der Beschwerdeführerin verlangen, dass sie ihre Ersatzforderung für vorprozessuale Anwaltskosten hinlänglich substantiiert, namentlich die tatsächlichen Aufwendungen ihres Rechtsvertreters darlegt und konkretisiert, damit deren Notwendigkeit und Angemessenheit geprüft werden kann. Mit diesen Substanziierungsanforderungen verletzte das Obergericht kein Bundesrecht.

**12.5** Zusammenfassend vermag die Beschwerdeführerin die obergerichtlichen Erwägungen zur Ablehnung der Forderung für vorprozessuale Anwaltskosten nicht als bundesrechtswidrig auszuweisen, soweit auf ihre Rügen im Hinblick auf eine rechtsgenügli­che Begründung überhaupt eingetreten werden kann.

### **13.**

Es verbleiben zwei noch nicht behandelte Willkür- bzw. Gehörsrügen gegen die Erwägungen des Kassationsgerichts.

**13.1** Die Beschwerdeführerin wirft dem Kassationsgericht Willkür resp. eine Gehörsverletzung "im Zusammenhang mit der Anerkennung des Grundlohnes durch die Beschwerdegegnerin" vor und kritisiert die Erwägung 5.1.2.3 des angefochtenen Zirkulationsbeschlusses. Was sie unter diesem Titel ausführt, kann indessen nicht nachvollzogen werden und stellt jedenfalls keine präzise Begründung einer Verfassungs­rüge dar (vgl. Erwägung 3). Namentlich wird nicht klar angegeben, auf welchen "Grundlohn" sich die Ausführungen der Beschwerdeführerin beziehen. Das wäre aber relevant, da die Bestreitungs­lage offenbar betreffend das monatliche Bruttoeinkommen im Unfallzeitpunkt und die Jahresbruttoeinkommen nicht die gleiche zu sein scheint. Auf diese Ausführungen kann daher mangels rechtsgenügli­cher Begründung nicht eingetreten werden. Ohnehin bedeutet der Schluss des Kassationsgerichts, es werde in der Beschwerdeschrift nicht genügend substantiiert geltend gemacht, dass dem obergerichtlichen Urteil betreffend das angesprochene Thema ein Nichtigkeits­grund zugrunde liege, noch keine Verletzung des rechtlichen Gehörs.

**13.2** Nicht einzutreten ist auch auf die Rüge mit dem Titel "Verletzung des rechtlichen Gehörs durch die Verweigerung der Zulassung von Zusatzfragen". Die Beschwerdeführerin vermengt hier die Vorwürfe an das Kassationsgericht und diejenigen an das Obergericht in unzulässiger Weise miteinander und unterbreitet dem Bundesgericht weitgehend bloss appellatorische Kritik (vgl. Erwägung 3). Die Vorinstanzen

haben einlässlich begründet, weshalb die Nichtzulassung der Ergänzungsfragen an den Experten H.\_\_\_\_\_ nicht zu beanstanden sei. Die Beschwerdeführerin erläutert ihre abweichende Meinung, unterlässt es aber, präzise aufzuzeigen, inwiefern das Kassationsgericht ihr rechtliches Gehör verletzt haben soll.

**14.**

Die Beschwerde erweist sich grösstenteils als unbegründet, soweit darauf einzutreten ist. Einzig in Bezug auf die Berechnung des bisherigen Erwerbsschadens auf den Zeitpunkt des Urteilstags ist die Beschwerde begründet (Erwägung 9). Wegen dieses Punktes ist die Beschwerde teilweise gutzuheissen und das Urteil des Obergerichts aufzuheben. Die Sache ist an das Obergericht im Sinne der Erwägungen zurückzuweisen, damit dieses die Berechnung des bisherigen Erwerbsschadens korrekt auf den Urteilszeitpunkt (27. Oktober 2009) und die daraus folgenden Korrekturen der Berechnung des Schadens samt Zins vornimmt.

Die Beschwerdeführerin obsiegt demnach in marginalem Umfang, während sie grösstenteils mit ihrer Beschwerde unterliegt. Bei diesem Ausgang des Verfahrens erscheint es gerechtfertigt, ihr die Kosten- und Entschädigungsfolgen vollumfänglich aufzuerlegen, zumal sich die Beschwerdegegnerin nicht gegen die Gutheissung der Beschwerde im einzig berechtigten Punkt wehrte (Art. 66 Abs. 1 und Art. 68 Abs. 2 BGG).



## **Demnach erkennt das Bundesgericht:**

### **1.**

Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen und das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 27. Oktober 2009 aufgehoben. Die Sache wird zur Neuberechnung im Sinne der Erwägungen (Verschiebung des Rechnungstages auf den 27. Oktober 2009) an das Obergericht zurückgewiesen.

Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

### **2.**

Die Gerichtskosten von Fr. 20'000.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

### **3.**

Die Beschwerdeführerin hat die Beschwerdegegnerin für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 22'000.-- zu entschädigen.

### **4.**

Dieses Urteil wird den Parteien, dem Obergericht des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, und dem Kassationsgericht des Kantons Zürich schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 12. Juli 2011

Im Namen der I. zivilrechtlichen Abteilung  
des Schweizerischen Bundesgerichts

Die Präsidentin:

Die Gerichtsschreiberin:

Klett

Hotz