

Regulierung von HWS-Schäden in Österreich und Deutschland – Anmerkung zu BGE 17.11.2009, 4A_494/2009

Christian Huber*

Ausgehend vom neuen Bundesgerichtsentscheid zur Schleudertraumaproblematik geht der Autor der Frage nach, wie mit HWS-Schäden in unseren Nachbarländern umgegangen wird. Und er fördert Erstaunliches zu Tage: So scheint sich das österreichische Höchstgericht in den letzten zehn Jahren nicht mit der HWS-Problematik befasst zu haben und entsprechend fällt auch die Diskussion in der Literatur mager aus. Ganz anders die Lage in Deutschland, wo sich Rechtsprechung und Lehre seit geraumer Zeit intensiv mit dem Thema auseinandersetzen. Worin diese Unterschiede gründen, ob es eine Harmlosigkeitsgrenze gibt, welcher Stellenwert Sachverständige einnehmen, welche Auswirkungen die Unterscheidung von Primär- und Folgeschaden haben und welche Schlüsse man daraus ziehen kann, legt der folgende Beitrag dar.

Suite au récent arrêt du Tribunal fédéral sur la problématique des lésions du rachis cervical, l'auteur examine la situation dans les pays voisins. Il découvre à son étonnement qu'au cours des dix dernières années la Cour Suprême autrichienne n'a apparemment rendu aucun arrêt en cette matière et que la doctrine ne s'y intéresse que faiblement. Tout autre est la situation en Allemagne où la jurisprudence et la doctrine se préoccupent de cette question de manière intensive depuis un certain temps. La présente contribution explique les raisons de ces différences, examine la question de la limite de vulnérabilité, discute l'importance accordée aux experts, expose les conséquences des différences entre les dommages primaires et secondaires ainsi que les conclusions à en tirer.

A. Einleitung

Distorsionen der Halswirbelsäule (HWS) werden mitunter als «german disease» bezeichnet, weil deren Auftreten in den deutschsprachigen Ländern besonders häufig sei.¹ Die Durchschnittsaufwendungen der Kfz-Haftpflichtversicherer – jedenfalls für die Genugtuung – sind dabei in der Schweiz am höchsten,² was freilich nicht zu verwundern mag, ist doch die Erheblichkeitsschwelle, ab der nach schweizerischem Privatrecht ein ideeller Schaden für ersatzfähig angesehen wird, deutlich höher als im deutschen und österreichischen Recht. Von der Schriftleitung der Zeitschrift HAVE erging die Einladung, aus der Aussensicht den Sachverhalt der vorliegenden BGE-Entscheidung zu würdigen. Wie wäre das deutsche oder österreichische Höchstgericht damit umgegangen? Wären die gleichen Gesichtspunkte massgeblich gewesen oder andere? Die Antwort muss in Bezug auf Österreich und Deutschland stark differenzierend ausfallen. Ehe darauf einzugehen ist, sollen einige Gemeinsamkeiten vorangestellt werden.

B. Gemeinsamkeiten

Die Regulierung von HWS-Schäden, insbesondere, aber nicht ausschliesslich nach Heckkollisionen,³ bereiten vor allem dann erhebliche Schwierigkeiten, wenn mit den heute üblichen bildgebenden Verfahren der Schulmedizin entweder gar keine nachteilige Veränderung am Körper feststellbar ist oder doch deren Verursachung durch den Unfall zweifelhaft bleibt. Bei rein mechanischer Betrachtung trifft den Verletzten die Beweislast. Kann er den Beweis nicht führen, ist sein Begehren abzuweisen: Schluss, aus, Punkt, basta. Aber so einfach ist das nicht.

Immer mehr setzt sich die Ansicht durch, dass es sich nicht in all diesen Fällen um Simulanten und Versicherungsbetrüger handelt. Was so ausserordentlich schwierig ist, das ist die Trennung der Spreu vom Weizen. Hausärzte sind mit einem derartigen Attest schnell zur Hand. Anwälte nehmen ein derartiges Begehren

* Prof. Dr., Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Wirtschaftsrecht und Arbeitsrecht, RWTH Aachen

¹ DANZL, Schmerzensgeld für HWS-Verletzungen – Update eines «Dauerbrenners», FS-Koziol (2010) 529, 530.

² DANZL, FS-Koziol (2010) 529, 535: Schweiz 35 000.– €, Österreich 2300.– €.

³ EGGERT, HWS-Verletzungen in der aktuellen gerichtlichen Praxis, VA 2004, 204. Zu einer HWS-Verletzung bei einer Frontalkollision BGH VI ZR 274/07 NJW 2008, 2845 = r+s 2008, 397 (Lemcke) = VersR 2008, 1126 mit Anm. Schulte VersR 2008, 1415.

routinemässig in das Anspruchsschreiben auf.⁴ Und die akkumulierte Belastung der Kfz-Haftpflichtversicherer ist beträchtlich,⁵ insbesondere dann, wenn es nicht bei einer Bagatelle bleibt, sondern es infolge ärztlicher Fehlbehandlung oder psychischer Fehlverarbeitung des Verletzten zu längeren Ausfällen der Arbeitskraft und daraus resultierend zu beträchtlichen Erwerbsschäden kommt. Bedeutsam ist das Phänomen aber auch für die Branche der Sachverständigen. Wer kann durch welche Gutachten wie viel verdienen? Es mag für die Schweiz aufschlussreich sein, wie dieses Phänomen in Österreich und Deutschland bewältigt wird.

C. Die Rechtslage in Österreich

Den Befund zum österreichischen Recht könnte man umschreiben mit: (Trügerische?) Ruhe an der Front. In einem ganz aktuellen, ausserordentlich gründlichen Beitrag vermag der österreichische Schmerzengeldpapst⁶ für das letzte Jahrzehnt keine einzige OGH-Entscheidung zu zitieren, in der eine HWS-Verletzung eine Rolle gespielt hat. Er berichtet von der einen oder anderen vereinzelt, unveröffentlicht gebliebenen OLG-Entscheidung.⁷ Die Kosten bewegen sich um die 2000.- €, die die Haftpflichtversicherer oft zahlen, weil die Gutachtenkosten – zur Trennung der Spreu vom Weizen – noch einmal so viel ausmachen. Allerdings ist in Österreich eine Tendenz zu beobachten, dass die Neigung der Haftpflichtversicherer zur Bezahlung eines solchen «Anerkennungsbetrags» in letzter Zeit abnimmt, weil sie 3 von 4 Prozessen gewinnen, in denen sie – mangels eindeutiger Beweislage – nicht freiwillig zahlen.⁸

DANZL muss sich bei seinen Belegstellen weitgehend auf Vorträge bzw. unveröffentlichte Manuskripte oder eben die Diskussion in Deutschland stützen. Die Rechtsmittelbeschränkungen führen dazu, dass es kaum OGH-Judikatur gibt. Ein Streitgegenstand bis 10000.- € fällt nach § 49 Abs. 1 der österreichischen Jurisdiktionsnorm in die Zuständigkeit des Bezirksgerichts; und für Streitwerte unter 5000.- € gibt es

gemäss § 502 Abs. 2 der österreichischen ZPO eine absolute Revisionsunzulässigkeitsgrenze. Mangels Anschauungsmaterials findet kaum eine Diskussion in der Literatur statt. Danzl vermag daher «bloss» zu berichten, dass die Entschädigungshöhe in Westösterreich höher ist als im Osten.⁹ Der OGH hatte bisher keine Gelegenheit zur Vereinheitlichung.

Fälle, in denen eine schwer nachweisbare HWS-Verletzung zu einer gravierenden Folgeverletzung und einem längerfristigen Erwerbsschaden – wie im Anlassfall des BGer – geführt hat, sind offenbar selten. Jedenfalls haben sie im letzten Jahrzehnt kein einziges Mal zu einer Befassung des OGH geführt. Das mag verschiedene Gründe haben: Denkbar sind die robuste Konstitution der Österreicher oder der in Österreich Verletzten; die Neigung der Haftpflichtversicherer, namentlich in Ostösterreich, Auffassungsunterschiede mit dem Verletzten im Kaffeehaus oder beim Heurigen amikal zu regeln und es nicht dazu kommen zu lassen, dass sich ein Gericht damit befassen muss; eine geringe Verbreitung von Rechtsschutzversicherungen sowie ein besonders ausgeprägtes Vorsichtsdanken der Verletzten, die vor einer Klage bei ungewissem Ausgang zurückschrecken; oder womöglich gar das Fehlen von – entsprechend aus- bzw fortgebildeten – Geschädigtenanwälten, die in der Lage sind, ein solches substanziiertes Begehren an ein Gericht heranzutragen.¹⁰

Die fehlende Judikatur führt dazu, dass es praktisch keine Diskussion in der Literatur gibt. Das hat zur Folge, dass die Bereitschaft der Gerichte, darüber nachzudenken, ob es womöglich an den unzureichenden Ermittlungsmethoden liegt, dass keine Verletzung nachweisbar ist, obwohl eine solche tatsächlich verursacht worden ist, nicht eben gefördert wird. Die Folge ist eine ausserordentlich restriktive Linie, was den Haftpflichtversicherern eine für sie vorteilhafte Relation zwischen Prämienaufkommen und Ersatzleistungen beschert. Aus deren Sicht gilt: Tu felix Austria! Sehr viel mehr ist zum österreichischen Recht nicht zu berichten.

D. Die Rechtslage in Deutschland

Der Funkstille in Österreich steht eine in Rechtsprechung und Lehre ausufernde Diskussion in Deutschland gegenüber.¹¹ Im Gegensatz zu Österreich werden in Deutschland auch Entscheidungen der Tatgerichte publiziert. Den Kristallisationspunkt bilden freilich

⁴ ESCHELBACH/GEIPEL, Beweis- und Zurechnungsfragen bei der Verletzung des Körpers oder der Gesundheit durch Verkehrsunfälle mit Blick auf HWS-Distorsionen, NZV 2010, 481, 482. Zugespitzt STAAB, Psychisch vermittelte und überlagerte Schäden – Zugleich Besprechung des HWS-Urteils des BGH vom 28.1.2003 (VI ZR 139/02) VersR 2003, 474, VersR 2003, 1216, 1222: Heckaufprall = HWS-Verletzung = Schmerzengeld. Gegen eine solche Vereinfachung DANZL, FS-Koziol (2010) 529, 548.

⁵ Zur Unbeachtlichkeit dieses Arguments unter Verweis auf die Ersatzpflicht bei geringfügigen Dellen im Rahmen des Kfz-Sachschadens JAEGER, Die Entwicklung der Rechtsprechung zum HWS-Schleudertrauma, FS-Eggert (2008) 213, 216.

⁶ DANZL, FS-Koziol (2010) 529–552.

⁷ DANZL, FS-Koziol (2010) 529, 548.

⁸ DANZL, FS-Koziol (2010) 529, 532: Der durchschnittliche aussergerichtliche Vergleichsbetrag liegt dann bei 1200.- € bis 2000.- €.

⁹ DANZL, FS-Koziol (2010) 529, 552.

¹⁰ In Österreich gibt es im Unterschied zu Deutschland und der Schweiz – noch – keine Fachanwälte für Verkehrsrecht.

¹¹ LUCKEY, Schmerzengeld für HWS-Verletzungen – Dauerbrenner im Verkehrsunfallrecht, SVR 2010, 174.

drei neuere Entscheidungen des BGH.¹² Im Rahmen einer Anmerkung ist es nicht möglich, die gesamte deutsche Diskussion auch nur einigermaßen repräsentativ darzustellen. Worum es allein gehen kann, das ist der Hinweis auf einige Knackpunkte:

I. Harmlosigkeitsgrenze – biomechanisches Gutachten

In der Literatur wird von den Vertretern der Versicherungswirtschaft¹³ der Standpunkt eingenommen, dass unterhalb einer bestimmten kollisionsbedingten Geschwindigkeitsänderung keine Verletzung eintreten könne. Einerseits sei das durch Untersuchungen mit Probanden belegt, andererseits würden die Belastungen bei Kollisionen mit ganz geringfügigen Kollisionsgeschwindigkeiten das Ausmass bei Kollisionen mit einem Autoscooter auf einem Jahrmarkt¹⁴ oder beim Tanzen auf dem Wiener Opernball nicht überschreiten.¹⁵ Wenn das so gefährlich wäre, würden derartige Veranstaltungen nicht stattfinden. Das biomechanische Gutachten war somit ein k.o.-Kriterium, um jegliches Begehren im Keim zu ersticken.

Unter dem Einfluss der skeptischen Literatur¹⁶ hat sich der BGH¹⁷ diese Ansicht nicht (!) zu eigen gemacht. Vielmehr hat er ausgesprochen, dass das bei aufrechter Sitzhaltung bei einem gesunden Menschen so sein mag,¹⁸ ein abschliessender Negativbeweis kann durch ein biomechanisches Gutachten aber nicht geführt werden. Auch die Entscheidung des BGer hält den vom Ersatzpflichtigen geführten Negativbeweis für nicht ausschlaggebend – und liegt damit auf der Linie des deutschen BGH.

Die neuere Literatur¹⁹ begründet die massvolle Bedeutsamkeit des biomechanischen Gutachtens mit folgenden Argumenten: Es gaukelt eine mathematische Genauigkeit vor, während in Wahrheit bloss eine Bandbreite (von bis) messbar ist.²⁰ Massgeblich ist letztlich nicht die Einwirkung auf das angestossene Fahrzeug, sondern den darin befindlichen Insassen. Im biomechanischen Gutachten wird aber bloss Ersteres, nicht Letzteres gemessen.²¹ Dazu kommt, dass allenfalls Aussagen über Auswirkungen für einen Durchschnittsmenschen möglich sind. Worauf es aber ankommt, sind die des jeweils betreffenden. Diese können besonders gelagert sein, weil

- Vorschädigungen vorhanden sind
- dieser in einem vorgerückten Alter ist
- sich in der Rekonvaleszenzphase befindet oder unter Medikamenteneinfluss steht
- die Sitzposition eine besondere ist.

Die Überzeugungskraft der von der Versicherungswirtschaft vorgelegten Untersuchungen wird ebenfalls zunehmend angezweifelt. Ein Schluss vom Experiment auf die konkrete Unfallsituation ist nur zulässig, wenn die massgeblichen Faktoren die gleichen sind. Das ist freilich nicht der Fall, weil die Probanden wissen, dass es zu einer Kollision kommen wird, wodurch sie sich darauf einstellen können. Gerade daran fehlt es im – wirklichen – Leben, somit bei Verkehrsunfällen.²²

Ist das biomechanische Gutachten damit völlig nutzlos? Damit würde man das Kind mit dem Bad ausschütten. Zugebilligt wird einem solchen immerhin eine Indizwirkung. Bei einem gesunden Menschen löst bei aufrechter Sitzhaltung ein Zusammenstoss mit einer kollisionsbedingten Geschwindigkeitsänderung von – je nach Standpunkt – 10, 13 oder 15 km/h²³ – keine Körperverletzung aus. Aber der Schritt zu einem Prima-facie-Beweis wird – sehr feinsinnig – schon abgelehnt.²⁴ Das gilt freilich auch in umgekehrter Richtung: Selbst wenn die kollisionsbedingte Geschwindigkeitsänderung bei einem Zusammenstoss über 15 km/h liegt, ist das noch kein Anschein für das Vorliegen einer Körperverletzung.²⁵

¹² BGH VI ZR 139/02 NJW 2003, 1116 = VersR 2003, 474 (JAEGER) = DAR 2003, 318 (STEIGER) = NZV 2003, 167 (BURMANN); VI ZR 274/07 NJW 2008, 2845 = r+s 2008, 397 (LEMCKE) = VersR 2008, 1126 mit Anm. SCHULTE VersR 2008, 1415; VI ZR 235/07 NJW-RR 2008, 1380 = r+s 2008, 395 (LEMCKE) = VersR 2008, 1133.

¹³ Stellvertretend für eine Vielzahl ähnlicher Stellungnahmen, insbesondere von Anwälten der Sozietät Dr. Eick & Partner LEMCKE, Unfallbedingte HWS-Beschwerden und Haftung, r+s 2003, 177 ff.; BURMANN/Hess, Das «Kreuz» mit der (Hals-)Wirbelsäule, Gedanken zu den BGH-Urteilen vom 3.6.2008 (VI ZR 235/07) und 8.7.2008 (VI ZR 274/07), NZV 2008, 481 ff.

¹⁴ So auch W. HUBER, Das Schleudertrauma der Halswirbelsäule (HWS) – Fahrzeuginsassenbelastung, ZVR 2008, 311.

¹⁵ LEMCKE, r+s 2008, 397.

¹⁶ Aus jüngerer Zeit MÜLLER, Das reformierte Schadenersatzrecht, VersR 2003, 1, 4; ERNST, Unsichtbare Verletzungen nach leichten Verkehrsunfällen, FS-Eggert (2008) 195, 198; JAEGER, FS-Eggert (2008) 213, 217.

¹⁷ BGH VI ZR 139/02 NJW 2003, 1116 = VersR 2003, 474 (JAEGER) = DAR 2003, 318 (STEIGER) = NZV 2003, 167 (BURMANN).

¹⁸ So auch W. HUBER, ZVR 2008, 311: Bis 15 km/h Geschwindigkeitsdifferenz grundsätzlich keine Verletzung, wenn Kopfstütze richtig eingestellt. Bisher nicht diskutiert wurde, ob die falsche Einstellung ein Mitverschulden begründet; nur für den Halter oder auch für den (blossen) Lenker oder Insassen?

¹⁹ ERNST, FS-Eggert (2008) 195, 199; Jaeger, FS-Eggert (2008) 213, 217; ESCHELBACH/GEIPEL, NZV 2010, 481, 482.

²⁰ ESCHELBACH/GEIPEL, NZV 2010, 481, 482.

²¹ Ebenda; HABERKORN, Kriterien zum Nachweis einer unfallbedingten Verletzung der Halswirbelsäule, NZV 2002, 387; ERNST, FS-Eggert (2008) 195, 198.

²² DANNERT, Schadenersatzforderungen nach unfallbedingter Verletzung der Halswirbelsäule (HWS), zfs 2001, 50; LÖHLE, Verletzungen der Halswirbelsäule (HWS) – neuester Stand, zfs 2000, 524, 525.

²³ Zur Bandbreite JAEGER, FS-Eggert (2008) 213, 216.

²⁴ ERNST, FS-Eggert (2008) 195, 199.

²⁵ Ebenda.

Hingewiesen wird darüber hinaus darauf, dass der Ausstattung des Fahrzeugs besondere Bedeutung zukomme. Richtig adjustierte Kopfstützen sowie Sicherheitsgurte würden das Risiko einer HWS-Distorsion signifikant senken.²⁶ Genannt werden bestimmte Automarken, bei denen ein solches Risiko besonders gering sei.²⁷ Darauf hat das BGer indes nicht abgestellt. Genannt wurde lediglich, dass das Fahrzeug, das angestossen wurde, ein Chrysler gewesen sei. Schliesslich wird ins Treffen geführt, dass bedeutsam sein könne, welches Fahrzeug welches andere angestossen habe.²⁸ Angeführt wird, dass die Auswirkungen dann besonders gering sein müssten, wenn ein Polo auf einen LKW stosse bzw ein Motorroller auf einen VW-Bus. Freilich wird es sich auch insoweit bloss um eine Tendenzaussage handeln. Im Sachverhalt der BGer-Entscheidung fuhr ein Fiat 600 auf.

II. Welcher Sachverständige ist kompetent

In der Anlassentscheidung des BGer ging es unter anderem um die Frage, ob die Stellungnahme des erstuntersuchenden Allgemeinmediziners oder das Gutachten des später hinzugezogenen Neurologen als verlässlicheres Beweismittel anzusehen ist. Das wirft die Frage auf: Welchen Stellenwert hat das Gutachten welches Sachverständigen?

Der Stellungnahme des erstuntersuchenden praktischen Arztes kommt nur eingeschränkte Bedeutung zu;²⁹ und das aus mehreren Gründen: Er ist Therapeut und soll heilen; seine Aufgabe ist im Unterscheid zu der eines Sachverständigen nicht die Beweisaufnahme und Klärung der Kausalität. Dem erstuntersuchenden praktischen Arzt kommt nicht die Funktion der Stellungnahme eines Gutachters zu, sondern der eines sachverständigen Zeugen.³⁰

Von den sonstigen Sachverständigen ist man sich einig, dass die der Mediziner bedeutsamer sind als die der technischen Sachverständigen.³¹ Letztere sind mitunter entbehrlich,³² Erstere kaum.³³ Welche medizinischen Sachverständigen heranzuziehen sind, ist eine

Frage der differenzialdiagnostischen Abklärung. In Frage kommen häufig Chirurgen, Orthopäden, Neurologen, bei Hörstörungen ein HNO-Arzt, bei seelischen Störungen ein Psychiater.³⁴ Letzterer ist nicht notwendigerweise bloss subsidiär heranzuziehen, wenn sich Anhaltspunkte für eine seelische Störung ergeben.³⁵ Verwiesen wird darüber hinaus auf die in jüngerer Zeit an Bedeutung gewinnende Neurootologie.³⁶

Wer immer der Sachverständige auch sei, geboten ist eine entsprechende Unterweisung durch das Gericht, das im Rahmen der Beweiswürdigung das allerletzte Wort hat. Sachverständige können den Gehalt ihrer Aussage nämlich nur dann abschätzen, wenn sie über das massgebliche Beweismass aufgeklärt werden.³⁷ Eine gezielte Fragestellung durch das Gericht kann dafür hilfreich sein.³⁸

III. Unterscheidung Primärschaden und Folgeschaden mit unterschiedlichem Beweismass

1. Primärschaden (§ 286 ZPO)

Für das deutsche Recht ist von zentraler Bedeutung die Unterscheidung zwischen haftungsbegründender und haftungsausfüllender Kausalität, mit anderen Worten die zwischen Primärschaden bzw. Rechtsgutsverletzung einerseits und Folgeschäden andererseits. Es gilt insoweit ein unterschiedliches Beweismass. Für den Primärschaden gilt der Strengbeweis des § 286 ZPO. Erforderlich ist zwar keine unumstössliche Gewissheit, aber ein für das praktische Leben brauchbarer Grad, der Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie völlig auszuschliessen.³⁹

Als Primärverletzung ist grundsätzlich auch ausreichend eine Beeinträchtigung der körperlichen Integrität, bei der ein Schmerzensgeld versagt würde,⁴⁰ wie etwa bei Kopf- und Nackenschmerzen.⁴¹ Ausreichend ist jedes Hervorrufen oder Steigern eines von den normalen körperlichen Funktionen abweichenden Zustands, auch wenn keine Schmerzzustände auftreten.⁴² Hohe Hürden werden aufgestellt, wenn die Primärverletzung eine psychische Beeinträchtigung ist.⁴³

²⁶ DANZL, FS-Koziol (2010) 529, 538 FN 30: damit 70% der Verletzungen vermeidbar.

²⁷ JAEGER, FS-Eggert (2008) 213, 214: Volvo, Mercedes, Saab.

²⁸ VON HADELN/ZULEGER, Die HWS-Verletzung im Niedriggeschwindigkeitsbereich, insbesondere im Hinblick auf die Entscheidung des BGH vom 28.1.2003, NZV 2004, 274, 275 f.

²⁹ BGH VI ZR 235/07 NJW-RR 2008, 1380 = r+s 2008, 395 (Lemcke) = VersR 2008, 1133; ERNST, FS-Eggert (2008) 195, 200.

³⁰ ESCHELBACH/GEIPEL, NZV 2010, 481, 483.

³¹ STRADAL, in: Fucik/Hartl/Schloisser, Handbuch des Verkehrsunfalls – Teil 5 Medizinische Fragen (2003) Rz I/132.

³² BGH VI ZR 139/02 NJW 2003, 1116 = VersR 2003, 474 (JAEGER) = DAR 2003, 318 (STEIGER) = NZV 2003, 167 (BURMANN); VI ZR 235/07 NJW-RR 2008, 1380 = r+s 2008, 395 (LEMCKE) = VersR 2008, 1133.

³³ JAEGER, FS-Eggert (2008) 213, 221, 226; ESCHELBACH/GEIPEL, NZV 2010, 481, 485.

³⁴ ESCHELBACH/GEIPEL, NZV 2010, 481, 486.

³⁵ Ebenda.

³⁶ JAEGER, FS-Eggert (2008) 213, 237.

³⁷ ERNST, FS-Eggert (2008) 195.

³⁸ JAEGER, FS-Eggert (2008) 213, 245.

³⁹ BGH VI ZR 139/02 NJW 2003, 1116 = VersR 2003, 474 (JAEGER) = DAR 2003, 318 (STEIGER) = NZV 2003, 167 (BURMANN); VI ZR 274/07 NJW 2008, 2845 = r+s 2008, 397 (Lemcke) = VersR 2008, 1126 mit Anm. SCHULTE VersR 2008, 1415; VI ZR 235/07 NJW-RR 2008, 1380 = r+s 2008, 395 (LEMCKE) = VersR 2008, 1133; ERNST, FS-Eggert (2008) 195, 196; JAEGER, FS-Eggert (2008) 213, 215.

⁴⁰ ERNST, FS-Eggert (2008) 195, 196.

⁴¹ EGGERT, VA 2004, 204, 205.

⁴² JAEGER, FS-Eggert (2008) 213, 237 f.

⁴³ ESCHELBACH/GEIPEL, NZV 2010, 481, 486.

Nicht jede Erschütterung des Wohlbefindens ist dafür ausreichend; vielmehr muss die seelische Beeinträchtigung pathologisch fassbar sein.⁴⁴ Von den Vertretern der Versicherungswirtschaft wird angenommen, dass bei geringer kollisionsbedingter Geschwindigkeitsänderung nur eine psychische Befindlichkeitsstörung vorliege, die als Primärschaden nicht ausreicht.⁴⁵ Dem wird entgegengehalten, dass man das nicht abschliessend beurteilen könne, weil das auch von der psychischen Stabilität oder Labilität des Verletzten abhängt.⁴⁶

2. *Haftungsausfüllende Kausalität (§ 287 ZPO)*
Für die aus der Primärverletzung resultierenden Folgeschäden genügt das geringere Beweismass einer erheblichen Wahrscheinlichkeit.⁴⁷ Wenn die durch den Unfall verletzte Person bis dahin beschwerdefrei war, und weder Alternativursachen ernstlich in Betracht kommen noch Anzeichen für eine Simulation ersichtlich sind, ist diese zu bejahen. Aber selbst bei einer Vorerkrankung ist nicht davon auszugehen, dass nachteilige Folgen allein auf diese zurückzuführen sind.⁴⁸ Es wird jedenfalls keine richtungweisende Veränderung verlangt; eine blossе Mitursächlichkeit ist ausreichend.⁴⁹ Sollte es zu einer Verschlimmerung des Leidens infolge einer Fehlbehandlung eines Arztes kommen, hat der Ersatzpflichtige auch für diesen Schaden einzustehen.⁵⁰ Das kommt nämlich gar nicht so selten vor, so dass auch diese Folge adäquat verursacht ist.⁵¹

IV. Grenzen der Zurechnung

Selbst wenn diese Voraussetzungen gegeben sind, kommt es im deutschen Recht zur Versagung oder Kürzung des Anspruchs aus Gründen der Zurechnung:

1. *Vorerkrankung*

In der Anlassentscheidung des schweizerischen BGR hat dieses das Klagebegehren abgewiesen, weil die Verletzte schon früher Rücken- und Schulterverletzungen hatte, nämlich eine Hohlrückenhaltung und einen Schultertiefstand rechts. Zudem bestand ein enormer psychischer und physischer Druck, da sie sich mitten in der Anwaltsprüfung befand und nach Trennung von ihrem Mann 4 Kinder allein zu versorgen hatte. Bei diesem Druck sei es nicht verwunderlich, dass sich die Muskulatur verhärtete und ziehende Nackenbeschwerden die Folge seien.

Nach deutschem Recht würde man diesen Sachverhalt etwas differenzierter beurteilen. Vorerkrankungen können sich zugunsten oder zulasten des Verletzten auswirken.⁵² Im Ausgangspunkt gilt der Grundsatz: Der Schädiger muss den Geschädigten so nehmen, wie er ist, im Guten wie im Bösen. Er hat keinen «Anspruch», so gestellt zu werden, als hätte er einen gesunden Menschen verletzt.⁵³ Womöglich war die bisherige Anlage stumm geblieben;⁵⁴ und erst der Unfall war der sprichwörtliche Tropfen, der das Fass zum Überlaufen gebracht hat. Dann besteht eine ungekürzte Ersatzpflicht.⁵⁵ Mitunter geht es aber auch um einen «Verfrühungsschaden», also den Umstand, dass durch den Unfall schädigende Folgen lediglich früher ausgelöst worden sind. Nach den allgemeinen Regeln der überholenden Kausalität hat der Ersatzpflichtige dann nur für die Nachteile bis zu dem Zeitpunkt einzustehen, bis zu dem sie auch ohne Unfall eingetreten wären.⁵⁶

Da es sich insoweit um eine Ausnahme handelt, ist der Schädiger dafür beweispflichtig. Im Rahmen der haftungsausfüllenden Kausalität kommt auch ihm gemäss § 287 ZPO ein herabgesetztes Beweismass zugute.⁵⁷ Erwogen wird freilich, ob dem Ersatzpflichtigen nicht eine weiter gehende Beweiserleichterung zuzugestehen soll, weil es sich um Umstände ausschliesslich aus der Sphäre des Verletzten handelt, die für den Ersatzpflichtigen sehr schwer oder gar nicht klärbar sein. Jedenfalls wird man dem Geschädigten eine sekundäre Darlegungslast auferlegen müssen. Dem Hausarzt als sachverständigen Zeugen kann insoweit besondere Bedeutung zukommen.⁵⁸

Auch ausserhalb der Voraussetzungen der überholenden Kausalität wird eine Kürzung des Anspruchs vorgenommen.⁵⁹ Beim Schmerzensgeld, in schweizerischer Terminologie der Genugtuung, wird das unter Berufung auf die Billigkeit begründet.⁶⁰ Beim Vermögensschaden tut man sich mit der Begründung schwerer.⁶¹ Man verweist auf die Parallele zu einer wenig strukturierten Erwerbsbiografie, im Klartext dem Erwerbsschaden einer Person, die im Unfallzeitpunkt gerade arbeitslos war.⁶² Dort werden prozentuale Abschläge vorgenommen, weil nicht anzunehmen ist,

⁴⁴ ERNST, FS-Eggert (2008) 195, 203; JAEGER, FS-Eggert (2008) 213, 237 f.

⁴⁵ LEMCKE, Unfallbedingte HWS-Beschwerden und Haftung, r+s 2003, 177, 182.

⁴⁶ JAEGER, FS-Eggert (2008) 213, 240.

⁴⁷ ERNST, FS-Eggert (2008) 195, 207; JAEGER, FS-Eggert (2008) 213, 215.

⁴⁸ ERNST, FS-Eggert (2008) 195, 208.

⁴⁹ JAEGER, FS-Eggert (2008) 213, 245.

⁵⁰ ERNST, FS-Eggert (2008) 195, 208.

⁵¹ ESCHELBACH/GEIPEL, NZV 2010, 481, 487

⁵² JAEGER, FS-Eggert (2008) 213, 225.

⁵³ JAEGER, FS-Eggert (2008) 213, 227; ESCHELBACH/GEIPEL, NZV 2010, 481, 487.

⁵⁴ ERNST, FS-Eggert (2008) 195, 203.

⁵⁵ EGGERT, VA 2004, 204, 207.

⁵⁶ JAEGER, FS-Eggert (2008) 213, 226.

⁵⁷ JAEGER, FS-Eggert (2008) 213, 228.

⁵⁸ ESCHELBACH/GEIPEL, NZV 2010, 481, 483.

⁵⁹ BGH VI ZR 376/96 VersR 1998, 201.

⁶⁰ BGH VI ZR 55/95 NJW 1996, 2425; psychische Prädisposition; VI ZR 275/95 VersR 1997, 122; EGGERT, VA 2004, 204, 207; ESCHELBACH/GEIPEL, NZV 2010, 481, 488.

⁶¹ Zweifelnd ERNST, FS-Eggert (2008) 195, 212.

⁶² ERNST, FS-Eggert (2008) 195, 212.

dass eine Person ein ganzes Leben ohne Beschäftigung und Erwerbseinkommen geblieben wäre. Die Gemeinsamkeiten dieser beiden Fallkonstellationen sind freilich m.E. «überschaubar». Sie bestehen in den Unwägbarkeiten der Zukunft, freilich von unterschiedlicher Art: Beim Arbeitslosen spricht sein momentaner Zustand gegen jeglichen Ersatz; es wird ihm gleichwohl ein eingeschränkter gewährt. Beim Verletzten spricht dessen Zustand nach dem Unfall für einen vollständigen Ersatz; und es stellt sich die Frage, weshalb es auf dem Boden der subjektiv-konkreten Schadensberechnung ohne Nachweis einer überholenden Kausalität gleichwohl zu einer Anspruchskürzung kommen soll.⁶³ Diese Kürzung erfolgt eher aus einem Bauchgefühl heraus und unter Berufung auf den «gesunden Menschenverstand», der freilich mitunter auch in die Irre führen kann.

2. Bagatellverletzung

Bei einer Bagatellverletzung, die im Alltagsleben als typische und häufig auch aus anderen Gründen als aus einem Schadensfall entstehende Beeinträchtigung des körperlichen Wohlbefindens hinzunehmen ist, wird im Fall einer psychischen Fehlverarbeitung eine Zurechnung der Schadensfolgen verneint, weil sie in einem groben Missverhältnis zum Anlassfall steht und nur ein äusserer und austauschbarer Zusammenhang besteht.⁶⁴ Dann ist der Auslöser rein zufällig und wäre womöglich auch durch andere geringfügige Anlässe ausgelöst worden.⁶⁵ Dieser Ansatz könnte im Sachverhalt der BGer-Entscheidung eine Rolle gespielt haben. Das gilt dann freilich nicht, wenn die Bagatellverletzung auf eine spezielle Schadensanlage des Geschädigten trifft.⁶⁶ Diese Unterscheidung ist durchaus subtil.⁶⁷ Für die Praxis ist freilich bedeutsam, dass eine solche Bagatellverletzung eine rare Ausnahme darstellt und den Schädiger die Beweislast für deren Vorliegen trifft.⁶⁸ Der BGH hat ausgesprochen, dass eine HWS-Distorsion gerade keine Bagatellverletzung darstellt.⁶⁹

3. Psychische Fehlverarbeitung

Auch bei einer psychischen Fehlverarbeitung kommt ein Schadenersatzanspruch in Betracht.⁷⁰ Eine Begrenzung der Zurechnung ergibt sich allerdings bei

einer Renten- oder Begehrensneurose im Unterschied zu einer Konversionsneurose.⁷¹ Bei der Ersteren wird der Unfall nur zum Anlass genommen, den Schwierigkeiten des Arbeitslebens auszuweichen.⁷² Letztere ist dadurch geprägt, dass im Gegensatz zur Begehrens- oder Renten- oder Konversionsneurose die unbewusste Wunsch- oder Zweckvorstellung des Verletzten dominiert. Massgeblich ist, welche Haltung des Verletzten in den Vordergrund tritt.⁷³ Zu beobachten ist, dass ein Fall, in dem der BGH eine Begehrensneurose angenommen hat, zeitlich bereits weit zurückliegt.⁷⁴ Der Grund dafür dürfte m.E. nicht darin liegen, dass sich das Verhalten der Verletzten geändert hat; vielmehr dürfte sich die Herangehensweise des deutschen Höchstgerichts gewandelt haben. Da die Haltung des Verletzten für die Zuordnung zur einen oder anderen Kategorie mit der Folge der Stattgebung oder Abweisung des Begehrens nicht nur in der Sphäre des Verletzten, sondern in dessen Innersten liegen, wird man dem Ersatzpflichtigen auch insoweit besondere Beweiserleichterungen zubilligen müssen.⁷⁵

V. Würfel fallen auch in Deutschland beim Tatgericht – eingeschränkte Überprüfbarkeit durch den BGH

Das BGer hat in der Anlassentscheidung die Abweisung durch die Tatgerichte bestätigt, weil diese im Rahmen der Beweiswürdigung nicht willkürlich vorgegangen seien. Eine solche sei zu verneinen, auch wenn eine andere Lösung vertretbar oder sogar vorzuziehen sei. Eine Aufhebung sei nur geboten, wenn das Ergebnis unhaltbar sei. Hingewiesen wird auf den erheblichen Ermessensspielraum der Tatgerichte. Dieser sei erst dann überschritten, wenn offensichtlich unhaltbare Schlüsse gezogen oder erhebliche Beweise übersehen worden wären. Das sei bei einem Verzicht auf die Einholung eines gerichtlichen medizinischen Gutachtens nicht der Fall. Dass die Tatgerichte hier der Einschätzung des erstbehandelnden Arztes gefolgt seien, sei nicht willkürlich. Zusätzlich wird das Ergebnis abgestützt mit dem Hinweis auf Ungereimtheiten der Unfallschilderung. Daraus wurde der Verletzten ein Strick gedreht; dass die unzutreffende Schilderung bloss in der Aufgeregtheit erfolgt sei, wurde ihr – als Rechtsanwältin – nicht abgenommen. Ausschlaggebend dürfte aber gewesen sein, dass die Verletzte nicht aufzuzeigen

⁶³ Überzeugend JAEGER, FS-Eggert (2008) 213, 226: Minderung nur, wenn auch ohne den Unfall später gleiche oder ähnliche Gesundheitsschäden eingetreten wären.

⁶⁴ BGH VI ZR 376/96 VersR 1998, 201; VI ZR 55/95, BGHZ 132, 341, 346; ERNST, FS-Eggert (2008) 195, 210; ESCHELBACH/GEIPEL, NZV 2010, 481, 487.

⁶⁵ ERNST, FS-Eggert (2008) 195, 207.

⁶⁶ BGH VI ZR 55/95 VersR 1996, 990.

⁶⁷ ERNST, FS-Eggert (2008) 195, 206.

⁶⁸ ERNST, FS-Eggert (2008) 195, 207.

⁶⁹ So der Hinweis von JAEGER, FS-Eggert (2008) 213, 239.

⁷⁰ ERNST, FS-Eggert (2008) 195: grössere Zurückhaltung der Versicherungswirtschaft gegenüber den Fällen organischer Störungen.

⁷¹ Zur Abgrenzung zwischen Begehrens- und Konversionsneurose BGH VI ZR 376/96 BGHZ 137, 142.

⁷² BGH VI ZR 376/96 BGHZ 137, 142, 149; VI ZR 138/03 NJW 2004, 1945, 1946; ESCHELBACH/GEIPEL, NZV 2010, 481, 487.

⁷³ JAEGER, FS-Eggert (2008) 213, 241 f.

⁷⁴ JAEGER, FS-Eggert (2008) 213, 245: Verweis auf das Jahr 1979. Ebenso MÜLLER (ehemalige Vorsitzende des Haftpflichtsenats des BGH), Spätschäden im Haftpflichtrecht, VersR 1998, 129, 133.

⁷⁵ ESCHELBACH/GEIPEL, NZV 2010, 481, 487.

vermochte, dass die damaligen Beschwerden nicht auf ihre sehr hohe berufliche und familiäre Belastung und ihren Vorzustand zurückzuführen seien.

Die Terminologie mag in Deutschland eine andere sein. Der Sache nach übt sich auch der VI. Senat des BGH in äusserster Zurückhaltung in Bezug auf die Überprüfung der Beweiswürdigung. Das wird so ausgedrückt:⁷⁶ Die Beweiswürdigung ist grundsätzlich dem Tatrichter vorbehalten. Das Revisionsgericht ist daran nach § 559 Abs. 2 ZPO gebunden. Eine Korrektur unterbleibt, wenn das Tatgericht eine umfassende und widerspruchsfreie Auseinandersetzung mit dem Prozessstoff vorgenommen hat, die Beweiswürdigung vollständig und rechtlich möglich ist und dabei nicht gegen Denkgesetze verstossen hat. Der Verzicht auf die Einholung eines biomechanischen Gutachtens wurde gebilligt,⁷⁷ nicht aber die Abweisung ohne Einholung eines medizinischen Sachverständigen Gutachtens.⁷⁸ Insofern dürfte die praktische Umsetzung der inhaltlich entsprechenden Grundsätze sich doch eine Nuance unterscheiden.

Ob bei Beurteilung durch den BGH in der Sache etwas anderes herausgekommen wäre, ist allerdings fraglich. Berichtet wird, dass die geschädigtenfreundlichere jüngere BGH-Rechtsprechung zwar eine Änderung der Begründungen bewirkt habe, nicht aber eine Trendwende in der Sache.⁷⁹ Tatgerichte holen zwar häufiger als früher medizinische Gutachten ein; bei entsprechendem Vorverständnis erfolgt die Abweisung eines Begehrens aber doch unter Hinweis darauf, dass wegen der geringen Kollisionsgeschwindigkeit eine Verletzung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit auszuschliessen sei.⁸⁰ Die Hebelwirkung des BGH erweist sich somit als begrenzt. Die Würfel fallen beim Tatgericht.

E. Resümee

Mit bildgebenden Verfahren der Schulmedizin nicht nachweisbare HWS-Verletzungen stellen jedenfalls in den deutschsprachigen Rechtsordnungen⁸¹ ein bisher ungeöstetes Problem dar. Professoren können sich auf die Beschreibung eines Problems zurückziehen. Gerichte müssen Rechtssachen freilich entscheiden. Die Beweisebene, also die Verteilung der Beweislast sowie die Festlegung des Beweismasses sind die zentralen Stellschrauben. Es gilt, die Simulanten und Versicherungsbetrüger von den wirklich Geschädigten zu unterscheiden. Angesichts der Erkenntnis, dass mit den heutigen medizinischen Methoden bestimmte Phänomene nicht nachweisbar sind, greift eine rein mechanische Betrachtung zu kurz. Die Sensibilität dafür ist in Deutschland stärker ausgeprägt als in Österreich, wo offenbar in hohem Masse die Auffassung vorherrscht, dass nicht sein kann, was – nach dem Horizont und Erkenntnisstand des erkennenden Gerichts – nicht sein darf.

Viele deutsche Gerichte unter Einschluss des Höchstgerichts legen ein höheres Mass an Einfühlsamkeit an den Tag, weil sie nicht glauben (können), dass alle Anspruchsteller – jedenfalls bei schwereren Folgeschäden – Simulanten und Versicherungsbetrüger sind. In der Schweiz dringt der Verletzte – wie im Anlassfall – mit seinem Begehren nicht durch, wenn auch eine andere Ursache ernstlich in Betracht kommt. Das dürfte jedenfalls für eine vor dem Unfall beschwerdefreie Person ein zu strenges Beweismass sein. Die stärkere Strukturierung der Argumentation im deutschen Recht bietet Anhaltspunkte, die Diskussion zu versachlichen. Wie der begrenzte Hebel des BGH zeigt, ist das Vorverständnis, mit dem ein Tatgericht einen Sachverhalt betrachtet, von nicht zu unterschätzender Bedeutung. Aber auch dieses ist nicht in Stein gemeisselt; angesichts der Entwicklung in Deutschland und neuer medizinischer Erkenntnisse könnte auch dieses einem – allmählichen – Wandel unterliegen.

⁷⁶ BGH VI ZR 274/07 NJW 2008, 2845 = r+s 2008, 397 (LEMCKE) = VersR 2008, 1126 mit Anm. SCHULTE VersR 2008, 1415; so auch VI ZR 235/07 NJW-RR 2008, 1380 = r+s 2008, 395 (LEMCKE) = VersR 2008, 1133.

⁷⁷ BGH VI ZR 139/02 NJW 2003, 1116 = VersR 2003, 474 (JAEGER) = DAR 2003, 318 (STEIGER) = NZV 2003, 167 (BURMANN).

⁷⁸ BGH VI ZR 235/07 NJW-RR 2008, 1380 = r+s 2008, 395 (LEMCKE) = VersR 2008, 1133.

⁷⁹ EGGERT, FS-Eggert (2008) 213, 229: Keine Änderung, bloss Verfeinerung.

⁸⁰ JAEGER, FS-Eggert (2008) 213, 229.

⁸¹ Zur weltweiten Dimension des Problems DANZL, FS-Kozial (2010) 529, 530 FN 2 sowie 534.

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
4A_494/2009

Urteil vom 17. November 2009
I. zivilrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichterin Klett, Präsidentin,
Bundesrichterinnen Rottenberg Liatowitsch, Kiss,
Gerichtsschreiber Gelzer.

Parteien
A. _____,
Beschwerdeführerin,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Volker Pribnow,

gegen

X. _____-Gesellschaft,
Beschwerdegegnerin,
vertreten durch Rechtsanwalt Adelrich Friedli.

Gegenstand
Haftung des Motorfahrzeughalters; Schadensberechnung,

Beschwerde gegen das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 16. Juni 2008 und den
Sitzungsbeschluss des Kassationsgerichts des Kantons Zürich vom 24. August 2009.
Sachverhalt:

A.
A. _____ hielt am 19. November 2002 in Zürich ihr Fahrzeug des Typs Chrysler Grand Voyager vor einem Rotlicht
an. Während sie auf dem Bremspedal stehend auf die Grünphase wartete, fuhr B. _____ mit dem von
C. _____ gehaltenen Fiat Seicento auf die hintere rechte Ecke des Chryslers auf.

Motorfahrzeugversicherung von C. _____ für den Fiat Seicento war die X. _____-Gesellschaft (Versicherung)
bei welcher A. _____ (Versicherte) auch gegen Unfälle versichert war.

Die Versicherte fuhr nach dem Unfall mit ihrem Personenwagen nach Hause. Noch am Unfalltag fuhr sie in das
Kreisspital Männedorf, wo die behandelnden Ärzte gemäss ihrem Notfallbericht ein HWS-Distorsionsstrauma
diagnostizierten. Gemäss Notfallbericht wurde eine viertägige Bettruhe bei voller Arbeitsunfähigkeit verordnet. Am 25.
November 2002 begab sich die Versicherte wegen zunehmender Schmerzen in die Sprechstunde zu Frau Dr. med.
D. _____. Diese überwies die Versicherte mit Bericht vom 26. November 2002 zur rheumatologischen
Behandlung und neurologischen Beurteilung in die Klinik Hirslanden, Zürich, in welcher die Versicherte vom 27.
November bis 16. Dezember 2002 stationär behandelt wurde. Vom 9. Januar bis 20. Februar 2003 war die
Versicherte stationär in der Rehaklinik Rheinfelden.

B.
Am 29. Januar 2004 klagte die Versicherte (Klägerin) beim Handelsgericht des Kantons Zürich gegen die
Versicherung (Beklagte) auf Bezahlung eines nach richterlichem Ermessen festzusetzenden Betrages als Ersatz von
aus dem Unfall vom 19. November 2002 erwachsenem Erwerbs- und Haushaltsschaden. Im Verlaufe des Verfahrens
verlangte die Klägerin für die Zeit zwischen dem Unfall und dem 31. Dezember 2004 Schadenersatz von Fr.
662'542.25.

Mit Urteil vom 16. Juni 2008 wies das Handelsgericht die Klage ab.

Eine dagegen erhobene Nichtigkeitsbeschwerde wies das Kassationsgericht des Kantons Zürich am 24. August 2009
ab, soweit es darauf eintrat.

C.
Die Klägerin erhebt Beschwerde in Zivilsachen mit den Anträgen, das Urteil des Handelsgerichts vom 16. Juni 2008
sei aufzuheben und die Klage sei gutzuheissen. Eventualiter sei die Angelegenheit zur Bestimmung des
Schadenersatzes an das Handelsgericht zurückzuweisen. Subeventualiter seien die Urteile des Kassations- und des
Handelsgerichts vom 24. August 2009 und vom 16. Juni 2008 aufzuheben, und es sei die Sache zur Ergänzung des
Beweisverfahrens und zu neuer Entscheidung an das Handelsgericht zurückzuweisen. Der Klägerin sei für das
bundesgerichtliche Verfahren die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und Rechtsanwalt Dr. Volker Pribnow
als unentgeltlicher Rechtsvertreter zu bestellen.
Es wurden keine Vernehmlassungen eingeholt.

Erwägungen:

1.
1.1 Nach Art. 100 Abs. 6 BGG beginnt die Beschwerdefrist, wenn der Entscheid eines oberen kantonalen Gerichts
mit einem Rechtsmittel, das nicht alle Rügen nach den Artikeln 95-98 zulässt, bei einer zusätzlichen kantonalen
Gerichtsinstanz angefochten worden ist, erst mit der Eröffnung des Entscheids dieser Instanz (**BGE 134 III 92** E. 1.1
S. 93 f.). Die innert 30 Tagen seit Eröffnung des Kassationsgerichtsentscheids eingereichte Beschwerde gegen das
Urteil des Handelsgerichts ist damit rechtzeitig erfolgt.

Da auch die übrigen Eintretensvoraussetzungen erfüllt sind, ist auf die Beschwerde grundsätzlich einzutreten.

2.
2.1 Wird durch den Betrieb eines Motorfahrzeuges ein Mensch getötet oder verletzt oder Sachschaden verursacht, so
haftet der Halter für den Schaden (Art. 58 Abs. 1 SVG). Nach der allgemeinen Regel des Art. 8 ZGB hat der
Geschädigte, der einen Halter bzw. dessen Haftpflichtversicherung nach Art. 58 Abs. 1 SVG belangen will,
insbesondere zu beweisen, dass der Schaden durch den Betrieb eines Motorfahrzeuges verursacht worden ist.
Soweit dieser Kausalzusammenhang nicht mit wissenschaftlicher Genauigkeit nachgewiesen werden kann, genügt,
dass er als überwiegend wahrscheinlich erscheint (**BGE 107 II 269** E. 1b S. 272 f.; **128 III 271** E. 2b/aa S. 275 f.).
Dies ist zu verneinen, wenn nach den besonderen Umständen des Falles neben den behaupteten weiteren Ursachen
ebenso ernst in Frage kommen oder sogar näher liegen (**BGE 107 II 269** E. 1b S. 273; vgl. auch **BGE 130 III 321** E.

3.3 S. 325).

2.2 Gemäss einer älteren Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts ist der natürliche Kausalzusammenhang zwischen dem Unfall und der danach eingetretenen Arbeits- bzw. Erwerbsunfähigkeit in der Regel anzunehmen, wenn ein Schleudertrauma der Halswirbelsäule diagnostiziert wurde und das für diese Verletzung typische Beschwerdebild mit einer Häufung von Beschwerden, wie diffuse Kopfschmerzen, Schwindel, Konzentrations- und Gedächtnisstörungen, Übelkeit, rasche Ermüdbarkeit, Sehstörungen, Reizbarkeit usw., vorliegt (**BGE 117 V 359** E. 4b S. 360). Später wurde gefordert, das Vorliegen eines Schleudertraumas wie seine Folgen müssten durch zuverlässige ärztliche Angaben gesichert sein (**BGE 119 V 335** E. 2b/aa S. 340). Nunmehr wird für die Kausalitätsbeurteilung bei länger andauernden Beschwerden ohne organisch nachweisbare Funktionsausfälle neben der möglichst genauen und verifizierbaren Dokumentation des Unfallvorgangs eine erste genügende ärztliche Abklärung und darüber hinaus eine eingehende medizinische inter- bzw. polydisziplinäre Abklärung durch Gutachter verlangt, welche über zuverlässige Vorakten verfügen (**BGE 134 V 109** E. 9.4 und 9.5 S. 124 f.). Dies wird damit begründet, dass Verletzungen der Halswirbelsäule klinisch untersucht, aber abgesehen von ossären Läsionen und dergleichen nicht bildgebend objektiviert werden können, weshalb den Angaben der versicherten Person über bestehende Beschwerden besondere Bedeutung zukommt, was aber auch ein Missbrauchspotenzial bietet. Zudem können bei identischer Symptomatik die erhobenen Befunde aus dem Katalog des für derartige Verletzungen als typisch erachteten Beschwerdebildes gegebenenfalls auch nicht traumatischer Genese sein. Entsprechend sind an die Grundlagen für den Schluss auf das Vorliegen solcher Verletzungen hohe Anforderungen zu stellen (**BGE 134 V 109** E. 9 S. 122). Diese Grundsätze bezüglich der Tatfrage der natürlichen Kausalität können auch für haftpflichtrechtliche Fälle zur Anwendung gelangen, zumal insoweit - anders als bei der Rechtsfrage der Adäquanz (vgl. **BGE 123 III 110** E. 3a und b S. 113 f.; **134 V 109** E. 8.1 S. 119) - Gründe für eine unterschiedliche Handhabung im Sozialversicherungs- und Haftpflichtrecht nicht ersichtlich sind.

2.3 Das Handelsgericht kam zum Ergebnis, der Beschwerdeführerin sei der Beweis des natürlichen Kausalzusammenhangs misslungen. Gemäss einem gerichtlichen biomechanischen Gutachten habe die kollisionsbedingten Geschwindigkeitsänderung maximal 4.5 km/h betragen. Diese Änderung liege deutlich unter dem Wert von 10 km/h, ab welchem eine Verletzung der Halswirbelsäule bei Auffahrunfällen in der Regel als möglich angesehen werde. Schon aufgrund der geringen Geschwindigkeitsänderung bestünden Zweifel, ob die von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Beschwerden auf das Auffahreignis vom 19. November 2002 zurückgeführt werden könnten. Die Beschwerdeführerin sei innert einer bis eineinhalb Stunden nach dem Auffahreignis im Kreisspital Männedorf untersucht worden, wobei die behandelnden Ärzte festgestellt hätten, es habe keine traumatische Hirnverletzung (Commotio cerebri) vorgelegen. Eine solche sei auch von Dr. med. D. _____ nicht diagnostiziert worden. Erst Dr. med. E. _____ habe in seinem Bericht vom 29. November 2002 die Diagnose einer Commotio cerebri gestellt. Diese Diagnose stütze sich allerdings nicht auf eigene Wahrnehmungen und Untersuchungen, sondern lediglich darauf, dass ihm die Beschwerdeführerin von einem Auffahrunfall und starker Verwirrung und Konzentrationsstörungen berichtet habe. Bloss daraus auf eine Gehirnerschütterung zu schliessen, sei eine Mutmassung, zumal ein normaler Hirnnervenbefund sowie ein normales Reflexbild vorgelegen hätten. Auf die Diagnose einer Commotio cerebri von Dr. E. _____ könne somit nicht abgestellt werden. Diese Diagnose sei aber in die späteren Arztberichte eingeflossen. Bezüglich der geltend gemachten Commotio cerebri könne deshalb nur auf die Angaben der ersten behandelnden Ärzte abgestellt werden, welche keine solche festgestellt hätten. Nur diese Ärzte seien in der Lage gewesen, klinisch eine Commotio cerebri festzustellen. Der Beschwerdeführerin sei somit der Beweis des natürlichen Kausalzusammenhangs zwischen dem Auffahreignis vom 19. November 2002 und der geltend gemachten Commotio cerebri nicht gelungen.

2.4 Weiter führte das Handelsgericht aus, den Ärzten sei bei der Erstellung ihrer Berichte bzw. anlässlich ihrer Zeugaussagen der genaue Unfallhergang nicht bekannt gewesen, weshalb sie auf die Aussagen der Beschwerdeführerin abgestellt hätten. Bezüglich deren Aussageverhaltens bestünden jedoch etliche Ungereimtheiten. So seien die erstbehandelnden Ärzte davon ausgegangen, der Chrysler sei von hinten links getroffen worden, was gemäss den Aussagen von Dr. med. F. _____ zum rechts festgestellten Muskelschmerz passen würde. Die Kollision sei jedoch hinten rechts am Chrysler erfolgt. Auch bezüglich der geschilderten Nackenschmerzen bestünden Ungereimtheiten. Gemäss dem Notfallbericht vom 19. November 2002 sowie dem Bericht von Dr. med. D. _____ sei bei der Beschwerdeführerin lediglich eine neben der Wirbelsäule liegende Muskelverhärtung, ein Muskelschmerz an der Halswirbelsäule rechts, gemäss einem Röntgenbild eine Streckhaltung und eine mässig eingeschränkte Beweglichkeit des Kopfes festgestellt worden. Dr. med. D. _____ habe am 26. November 2002 als aktuelles Problem teilimmobilisierende Nackenschmerzen festgehalten. Auf die späteren Arztberichte könne nicht abgestellt werden, weil ihnen unrichtige Angaben bezüglich der unmittelbar nach dem Unfall aufgetretenen Beschwerden zu Grunde gelegen hätten. So könne nicht davon ausgegangen werden, die Beschwerdeführerin hätte nach ca. 20 Minuten wegen Übelkeit, Müdigkeit und Drehschwindel anhalten müssen. Sodann fehle es am Nachweis, dass die Beschwerdeführerin bis zum Austritt aus der Klinik Hirslanden am 16. Dezember 2002 Mühe mit dem Scharfsehen und Schwindelerscheinungen gehabt habe. Die Kribbelparästhesien seien anlässlich der Untersuchung im Kreisspital Männedorf verschwunden. Gemäss den Akten habe die Beschwerdeführerin schon früher an Rücken- und Schulterverspannungen gelitten und sei deswegen in Behandlung beim Chiropraktiker gewesen. Zudem habe die Beschwerdeführerin eine OSG-Bandplastik links, welche zu Fehlbelastungen und zu Rückenbeschwerden führen könne. Es gebe auch Hinweise auf Fehlstellungen der Wirbelsäule. Die Beschwerdeführerin habe eine deutliche Hohlrundrückenhaltung sowie einen Schultertiefstand rechts gehabt und sei unter einem enormen physischen und psychischen Druck gestanden, da sie sich mitten in den Anwaltsprüfungen befunden und nach der Trennung von ihrem Mann vier Kinder alleine zu betreuen gehabt habe. Sie habe ab dem 18. November 2002 wieder zu 100 % bei einer Anwaltskanzlei gearbeitet und zusätzlich vom 11. bis 14. Dezember 2002 ein Seminar durchzuführen gehabt. Unter Berücksichtigung dieser hochgradigen Belastung und der vorbestehenden Beschwerden sei ohne Weiteres nachvollziehbar, dass die Beschwerdeführerin am 19. November 2002 eine verhärtete Muskulatur und ziehende Nackenbeschwerden aufgewiesen habe. Die im Röntgenbild erkennbare Streckhaltung sei durch die Muskelverhärtung entstanden, welche auch zur Einschränkung der Beweglichkeit des Kopfes geführt habe. Für das Vorliegen des natürlichen Kausalzusammenhangs zwischen dem Auffahrunfall und den geltend gemachten Beschwerden würden somit nicht derart gewichtige Gründe sprechen, dass andere denkbare Möglichkeiten nicht massgeblich in Betracht fielen. So hätten verschiedene Ärzte in den Zeugeneinvernahmen ausgesagt, dass auch andere Ursachen als ein Auffahrunfall die geltend gemachten Beschwerden hätten verursachen können. Es bestehe deshalb keine überwiegende Wahrscheinlichkeit, dass das durch die Beschwerdeführerin geltend gemachte HWS-Distorsionstrauma auf das Auffahreignis vom 19. November 2002 zurückzuführen sei.

2.5 Die Beschwerdeführerin rügte bereits vor dem Kassationsgericht, die Verneinung der natürlichen Kausalität beruhe auf willkürlicher Beweiswürdigung. Sämtliche involvierten Ärzte hätten die anhaltenden Beschwerden zumindest im Sinne einer Teilursache auf das Unfallereignis vom 19. November 2002 zurückgeführt. Bis zu diesem Datum habe die Beschwerdeführerin keinerlei Krankheitsabsenzen zu verzeichnen gehabt. Von keiner der vom Handelsgericht aufgeführten alternativen Ursachen sei zu erwarten gewesen, dass die Beschwerdeführerin gerade am Unfalltag in einen körperlichen Defektzustand geraten sei, welcher bewirkt habe, dass sie über Monate vollständig arbeitsunfähig geworden sei. Die vom Handelsgericht angeführten gelegentlichen Rücken- und Schulterverspannungen hätten zu keinem Zeitpunkt zu einer längerdauernden Einschränkung geführt und hätten vom Chiropraktiker jeweils behandelt werden können. Dass eine Fehlstellung aufgrund einer Bandplastik des oberen Sprunggelenks schlagartig den aufgetretenen Schmerzzustand im Rücken, Nacken und Kopf auslöse, sei medizinisch in keiner Weise erklärlich. Wenn schon, wären langsam einschleichende Beschwerde zu erwarten gewesen, die sich über Jahre hinaus zu einem relevanten Beschwerdebild entwickelt hätten. Dasselbe gelte für eine allfällige Hohlrundrückenhaltung sowie einen Schultertiefstand. Die Beschwerden könnten auch nicht mit den familiären Umständen und dem hohen Arbeitspensum erklärt werden, zumal dieses von der Beschwerdeführerin schon Jahre vor dem Unfall geleistet worden sei. Es sei damit offensichtlich unhaltbar, wenn das Handelsgericht dem

Unfallereignis vom 19. November 2002 jegliche Bedeutung für die danach aufgetretenen Beschwerden abspreche.

2.6 Das Kassationsgericht wies diese Rüge ab und führte an, das Handelsgericht gehe nicht davon aus, die Beschwerdeführerin sei beim Unfall in einen "körperlichen Defektzustand" geraten, sondern halte es lediglich für nicht überwiegend wahrscheinlich, dass die schliesslich bei der Beschwerdeführerin festgestellten gesundheitlichen Beschwerden Folgen der Auffahrkollision gewesen seien. Vielmehr könnten andere Ursachen dafür verantwortlich sein. Diese Beweiswürdigung könne nicht als willkürlich bezeichnet werden, zumal die Beschwerdeführerin nicht geltend macht, diese alternativen Aufwänden hätten gar nicht vorgelegen. Sie wende lediglich ein, dass sie bis zum Unfall keinerlei Krankheitsabsenzen aufgewiesen und auch sonst ihr Pensum geleistet habe, was aber das Handelsgericht nicht in Zweifel gezogen habe.

2.7 Vor Bundesgericht macht die Beschwerdeführerin geltend, das Kassationsgericht habe zu Unrecht eine willkürliche Beweiswürdigung verneint und sich inhaltlich mit den vorgebrachten Rügen nicht auseinandergesetzt. Sie erneuert daher den Einwand der vor dem Unfall fehlenden Krankheitsabsenzen und der danach aufgetretenen für HWS-Verletzungen typischen Beschwerden und weist auf die bestätigenden ärztlichen Befunde hin. Die Beschwerdeführerin hält die Annahme, lediglich die ersten beiden Arztberichte seien verlässlich, für willkürlich, da zur Feststellung einer Hirnerschütterung die Untersuchung vom 26. November 2002 durch eine Allgemeinärztin nicht verlässlicher sein könne als die zwei Tage später erfolgte Untersuchung durch den Facharzt für Neurologie, Dr. E. Willkürlich sei auch die Annahme, die Ärzte seien zum Teil von einem widersprüchlichen Aussageverhalten der Beschwerdeführerin beeinflusst worden. Diese habe den Unfallhergang in seinen Grundzügen als Auffahrkollision im Wesentlichen gleichbleibend geschildert, so dass den Ärzten die für die Beurteilung wesentlichen Elemente in zutreffender Weise bekannt gewesen seien. Die Widersprüche in der Schilderung des Unfallhergangs (Aufprall hinten links bzw. rechts) bzw. des Anhaltens danach und der Schlafstörungen seien verständlich, denn in der Notfallsituation würden nur die für den Moment entscheidend angesehenen Umstände rudimentär erfasst. Der Schluss, Nichtgeschriebenes habe nicht stattgefunden, sei unzulässig.

2.8 Willkür im Sinne von Art. 9 BV liegt nach ständiger Rechtsprechung nicht schon dann vor, wenn eine andere Lösung ebenfalls vertretbar erscheint oder gar vorzuziehen wäre. Das Bundesgericht hebt einen kantonalen Entscheid wegen Willkür nur auf, wenn er im Ergebnis unhaltbar ist (**BGE 134 I 140 E. 5.4 S. 148; 133 I 149 E. 3.1; 132 III 209 E. 2.1; je mit Hinweisen**). Im Bereich der Beweiswürdigung steht dem Sachgericht ein erheblicher Ermessensspielraum zu (**BGE 120 Ia 31 E. 4b S. 40**). Dieser wird erst überschritten, wenn das Sachgericht aus Beweisen offensichtlich unhaltbare Schlüsse zieht oder erhebliche Beweise übersieht (**BGE 129 I 8 E. 2.1**).

2.9 Im vorliegenden Fall ist zu beachten, dass die Beschwerdeführerin auf die Einholung eines gerichtlichen medizinischen Gutachtens verzichtete, nachdem sie vom Handelsgericht angefragt worden war, ob sie ein solches verlange. Zudem geht die Beschwerdeführerin davon aus, beim Unfall habe die Geschwindigkeitsveränderung in einem Bereich 4-6 km/h gelegen, womit anerkanntermassen ein geringfügiger Unfall vorlag. Vor diesem Hintergrund ist nicht zu beanstanden, dass das Handelsgericht die lediglich von behandelnden Ärzten verfassten Berichte einer kritischen Würdigung unterzog. Dabei konnte es aus dem Umstand, dass die erstbehandelnden Ärzte keine Hirnerschütterung feststellten, willkürfrei ableiten, eine solche sei nicht aufgetreten, zumal die Beschwerdeführerin die Annahme des Handelsgerichts, die Feststellung einer solchen durch Dr. E. habe sich bloss auf die Schilderung starker Verwirrung gestützt, nicht widerlegt. Ferner bestreitet die Beschwerdeführerin nicht, dass die behandelnden Ärzte bei der Erstellung ihrer Berichte bzw. anlässlich ihrer Zeugenaussagen den genauen Unfallhergang nicht kannten und dass sie insoweit ausschliesslich auf die Angaben der Beschwerdeführerin abstellten, welche die vom Handelsgericht aufgezeigten Ungereimtheiten aufwiesen. Indem die Beschwerdeführerin diese Widersprüche als unwesentlich oder als verständlich qualifiziert, vermag sie nicht aufzuzeigen, inwiefern es unhaltbar sein soll, daraus auf die fehlende Verlässlichkeit der ärztlichen Angaben bezüglich der Ursache der nach dem Unfall aufgetretenen Beschwerden zu schliessen. Die Beschwerdeführerin zeigt auch nicht auf, dass diese Beschwerden nicht gleichermassen auf ihre damalige sehr hohe berufliche und familiäre Belastung und ihren körperlichen Vorzustand zurückgeführt werden konnten. Unter diesen Umständen ist das Handelsgericht nicht in Willkür verfallen, wenn es den Kausalzusammenhang zwischen dem Auffahrunfall und diesen Beschwerden als nicht gegeben erachtete.

3.

3.1 Das Handelsgericht führte an, bei der persönlichen Befragung gelte eine Besonderheit in der Beweiswürdigung. So bildeten gemäss § 149 Abs. 3 ZPO/ZH Aussagen, welche zu Gunsten der befragten Partei lauten, keinen Beweis (E. 2.4.1 auf S. 26).

3.2 Die Beschwerdeführerin rügt, das Handelsgericht habe damit die bundesrechtliche Beweiswürdigungsregel verletzt. Art. 86 SVG sehe vor, das bei Streitigkeiten über Ansprüche aus Motorfahrzeugunfällen der Richter die Tatsachen beurteile, ohne an Beweisregeln des kantonalen Prozessrechts gebunden zu sein. Demnach sei die einfache persönliche Befragung im Haftpflichtprozess aus Verkehrsunfall ein taugliches Beweismittel, weswegen § 149 Abs. 3 ZPO/ZH vor Art. 86 SVG nicht standhalte. Somit seien bei der Beurteilung der massgeblichen Sachverhaltselemente auch die Aussagen der Beschwerdeführerin zu ihren Gunsten frei zu würdigen. Soweit sich die Willkür der Beweiswürdigung durch das Handelsgericht nicht bereits aus dem bereits vorgebrachten ergebe, seien die entsprechenden Aussagen der Beschwerdeführerin ebenfalls zu berücksichtigen.

3.3 Ob die zitierte kantonale Norm gegen übergeordnetes Bundesrecht verstösst (Art. 49 Abs. 1 BV), kann dahingestellt bleiben. Da das Handelsgericht die Parteiaussagen der Beschwerdeführerin einer eingehenden Würdigung unterzog, sie aber zufolge ihrer Widersprüchlichkeit nicht für zuverlässig hielt, ist nicht ersichtlich, inwiefern die freie Würdigung dieser Aussagen zu einem anderen Beweisergebnis geführt hätte. Somit ist die Feststellung des Sachverhalts mit keinem Mangel behaftet, der für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein könnte (vgl. Art. 97 Abs. 1).

4.

4.1 Weiter ging das Handelsgericht davon aus, die Beschwerdegegnerin habe bezüglich des umstrittenen natürlichen Kausalzusammenhangs den "Gegenbeweis" erbracht. Gemäss dem eingeholten biomechanischen Gutachten vom 16. Mai 2007 sei der Auffahrunfall vom 19. November 2002 nicht geeignet gewesen, die von der Beschwerdeführerin geschilderten Beschwerden zu verursachen.

4.2 Diesen Ausführungen zum "Gegenbeweis" durch die Beschwerdegegnerin kommt neben der Erwägung, dass der Beschwerdeführerin der Nachweis des behaupteten Kausalzusammenhangs nicht gelungen ist, keine entscheidende Bedeutung zu. Dasselbe gilt bezüglich der Eventualbegründung, welche dem natürlichen Kausalzusammenhang, sollte er gegeben sein, die Adäquanz abspricht. Auf die gegen diese Erwägungen gerichtete Kritik der Beschwerdeführerin ist demnach mangels Beschwer nicht einzutreten.

5.

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Beschwerdeführerin grundsätzlich kostenpflichtig (Art. 66 Abs. 1 BGG). Sie hat jedoch für das bundesgerichtliche Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege beantragt. Diese kann ihr bewilligt werden, da die gemäss Art. 64 BGG erforderlichen Voraussetzungen gegeben sind. Die Bedürftigkeit der Beschwerdeführerin erscheint aufgrund ihrer Darlegungen und den eingereichten Unterlagen, wie auch angesichts des Umstands, dass ihr Kostenerlassgesuch im vorinstanzlichen Verfahren bewilligt wurde, als ausgewiesen. Weiter kann die Beschwerde nicht als von vornherein aussichtslos qualifiziert werden. Schliesslich war die Beschwerdegegnerin gemäss den Feststellungen des Kassationsgerichts - obwohl sie Juristin ist - nicht in der Lage die Nichtigkeitsbeschwerde selber in rechtsgenügender Weise zu begründen, was auch für das vorliegende Beschwerdeverfahren gelten dürfte (vgl.

THOMAS GEISER, in: Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, 2008, N. 32 zu Art. 64 BGG). Unter diesen Umständen ist das Gesuch der Beschwerdeführerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege samt Verbeiständung für das bundesgerichtliche Verfahren gutzuheissen. Damit sind keine Gerichtskosten zu erheben (Art. 64 Abs. 1 BGG; Urteil 4A_336/2008 vom 2. September 2008 E. 6). Überdies ist der Beschwerdeführerin in der Person von Rechtsanwalt Dr. Volker Pribnow, Baden, ein unentgeltlicher Rechtsbeistand beizugeben, dem eine angemessene Entschädigung aus der Gerichtskasse zuzusprechen ist (Art. 64 Abs. 2 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
2.
Dem Gesuch der Beschwerdeführerin um unentgeltliche Rechtspflege für das bundesgerichtliche Verfahren wird entsprochen, und es wird ihr in der Person von Rechtsanwalt Dr. Volker Pribnow, Baden, ein Rechtsbeistand zur Seite gestellt.
3.
Es werden keine Gerichtskosten erhoben.
4.
Rechtsanwalt Dr. Volker Pribnow wird aus der Bundesgerichtskasse ein Honorar von Fr. 10'000.-- ausgerichtet.
5.
Dieses Urteil wird den Parteien, dem Handelsgericht des Kantons Zürich und dem Kassationsgericht des Kantons Zürich schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 17. November 2009
Im Namen der I. zivilrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Die Präsidentin: Der Gerichtsschreiber:

Klett Gelzer