

Des assureurs sociaux exercent une **action récursaire** contre l'assureur RC du responsable. Leur action est rejetée par la Cour cantonale au motif qu'ils n'ont pas satisfait à leur devoir de **substantifier l'incapacité de travail du lésé** et que les preuves offertes n'étaient pas suffisantes.

Le TF rappelle les principes ancrés à l'ATF 127 III 365 quant aux **faits devant être allégués** et les principes ancrés à l'ATF 141 III 433 s'agissant de l'étendue du **fardeau de la contestation** du défendeur, en fonction de la précision des faits allégués par le demandeur (c. 2).

**En cas d'allégation d'une incapacité de travail à 100%**, le défendeur peut choisir de contester l'atteinte à la santé elle-même, le lien de causalité avec l'accident et/ou l'impact de l'atteinte sur la capacité de travail (c. 3.1). L'étendue du devoir de substantifier le dommage du demandeur varie en fonction de la nature de la contestation du défendeur (c. 3.2). En l'espèce, le défendeur n'a pas contesté l'impact de l'atteinte à la santé sur la capacité de travail. Les demandeurs n'avaient donc pas à apporter de moyens de preuve à ce sujet. La Cour cantonale a donné une **portée trop large au devoir de substantifier le dommage** (c. 4.2.2 et 4.3). Elle a aussi violé le droit fédéral en concluant à un manque de preuve sans mettre en œuvre l'expertise sollicitée par les demandeurs (c. 4.5).

Le TF rappelle les principes ancrés à l'ATF 141 III 433 quant à la valeur probante des rapports médicaux produits par les parties, qui sont assimilés à de **simples allégations de partie** (c. 5.1 et 5.2). L'expert, contrairement aux témoins, est remplaçable, raison pour laquelle il est nommé par le tribunal (c. 5.1). Seuls les passages du rapport médical qui ne répondent pas à des questions susceptibles d'être posées à l'expert échappent à la jurisprudence relative aux expertises privées et peuvent être admis comme **moyens de preuve** (telles que les passages consacrés au traitement prodigué au lésé) (c. 5.3). Les rapports médicaux des médecins d'arrondissement de la SUVA ne sont pas assimilables à des expertises diligentées dans le cadre d'une autre procédure (« *Fremdgutachten* ») et ne constituent pas des moyens de preuve (c. 5.2.1 et 5.4).

**Auteure : Emilie Conti Morel, avocate à Genève**

Beschwerde gegen das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 8. November 2017 (HG160226-O).

## Sachverhalt:

### A.

Am 18. Oktober 1998 erlitt B. (Geschädigter) auf dem Rücksitz eines von seinem älteren Bruder (Schädiger; materieller Halter des Fahrzeugs) gesteuerten Fahrzeugs einen Unfall. Der Schädiger erlag noch auf der Unfallstelle seinen Verletzungen. Die Suva (Schweizerische Unfallversicherungsanstalt, Klägerin 1, Beschwerdeführerin 1), die Eidgenössische Invalidenversicherung (IV) (Klägerin 2, Beschwerdeführerin 2) und die Schweizerische Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHV) (Klägerin 3, Beschwerdeführerin 3) machen geltend, der Geschädigte habe beim Unfall diverse Verletzungen erlitten und sie hätten für ihn Leistungen für Heilungskosten sowie Erwerbsausfallleistungen erbracht und würden solche auch inskünftig erbringen. Für die ausgerichteten und die künftigen Leistungen machen sie ein Regressrecht gegen die A. AG (Beklagte, Beschwerdegegnerin) geltend, den

Haftpflichtversicherer des Schädigers. Sie gehen davon aus, dieser sei angesichts der misslichen Strassenverhältnisse mit übersetzter Geschwindigkeit (mindestens 69 km/h) gefahren.

## **B.**

Am 28. August 2014 reichten die Klägerinnen beim Handelsgericht des Kantons Zürich Klage ein und beantragten, die Beklagte sei zu verpflichten, ihnen Fr. 2'751.114.65 nebst Zins zu bezahlen. Eine Neuberechnung der Forderungen nebst Zins per Urteilstag bleibe ausdrücklich vorbehalten. Mit Urteil vom 17. März 2016 wies das Handelsgericht die Klage kostenfällig ab. Es kam zum Schluss, die Klägerinnen hätten für die Ursächlichkeit der behaupteten Geschwindigkeitsüberschreitung (69 km/h) für den Unfall keine genügenden Beweismittel angerufen. Diesen Entscheid hob das Bundesgericht mit Urteil 4A\_262/2016 vom 10. Oktober 2016 auf und wies die Sache zu neuer Beurteilung an das Handelsgericht zurück. Es kam zum Schluss, sollte der Nachweis der angesichts der Verhältnisse überhöhten Geschwindigkeit gelingen, greife der (von der Beklagten umstossbare) Anscheinsbeweis, der Unfall sei darauf zurückzuführen.

## **C.**

Am 8. November 2017 wies das Handelsgericht die Klage erneut ab.

**C.a.** Es erachtete die von den Klägerinnen angenommene Arbeitsunfähigkeit von 100 % seit dem Unfall und auch für die Zukunft als nicht hinreichend substantiiert behauptet und durch die angebotenen Beweismittel nicht nachgewiesen, zumal die Klägerinnen gerichtliche Gutachten lediglich zur Frage der "organischen Unfallverletzungen", der "psychischen Unfallverletzungen" und zum "Bestehen einer natürlich kausal auf das Unfallereignis vom 18. Oktober 1998 zurückzuführenden Gesundheitsschädigung organischer und/oder psychischer Natur" aber kein Arbeitsunfähigkeitsgutachten angeboten hätten. Dabei liess es mit Blick auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Privatgutachten offen, inwiefern den von den Klägerinnen eingereichten Arztberichten, in denen eine 100 % Arbeitsunfähigkeit attestiert wurde, Beweismittelqualität zukomme. Gestützt auf diese Überlegungen wies es die Forderung für Erwerbsausfall- und Rentenschaden über Fr. 2'272'495.95 (Fr. 2'002'235.20 nebst Zins von Fr. 270'260.75) ab.

**C.b.** Auch die Genugtuungsforderung von Fr. 46'408.-- (Fr. 29'160.-- nebst Zins von Fr. 17'248.--) erachtete das Handelsgericht nicht als hinreichend substantiiert behauptet und nicht für nachgewiesen, wobei es betreffend die geltend gemachte Erwerbsunfähigkeit auf seine Überlegungen zur Arbeitsunfähigkeit abstellte.

**C.c.** In Bezug auf die bisher zulasten der Klägerin 1 entstandenen Heilungskosten von Fr. 240'966.-- (Fr. 151'776.-- nebst Zins von Fr. 89'190.--) erachtete das Handelsgericht den Verweis auf ein Regressborderau vom 25. August 2014 sowie die Einreichung der noch vorhandenen Heilkosten und Auszahlungsbelege statt einer detaillierten Tatsachenbehauptung in den Rechtsschriften für ungenügend. Auch die zukünftigen Heilungskosten ab Rechnungstag von Fr. 173'706.-- sprach das Handelsgericht nicht zu, da diese auf Durchschnittswerten der bisherigen, nicht hinreichend substantiierten gefordert wurden. Die von der Klägerin 2 eingeforderten Fr. 311.-- (Fr. 228.-- nebst Zins von Fr. 83.--) für Verlaufsberichte qualifizierte das Handelsgericht nicht als Heilungskosten im Sinne von Art. 46 Abs. 1 OR und wies die Klage auch insoweit ab.

**C.d.** Die geltend gemachten vorprozessualen Parteikosten von Fr. 17'227.70 (Fr. 15'922.70 nebst Zins von Fr. 1'305.--) wies das Handelsgericht mit Blick auf das Unterliegen der Klägerinnen ab.

## **D.**

Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragen die Klägerinnen dem Bundesgericht, das Urteil des Handelsgerichts vom 8. November 2017 sei kostenfällig aufzuheben und die Sache sei zu neuer Entscheidung an dieses zurückzuweisen. Ihrem Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung die Kosten betreffend gab das Bundesgericht mit Verfügung vom 23. Januar 2018 angesichts fehlender Opposition statt. Die Beschwerdegegnerin trägt auf kostenfällige Abweisung der Beschwerde an. Das Handelsgericht hat auf eine Vernehmlassung verzichtet. Die Parteien haben unaufgefordert eine Beschwerdereplik und -duplik eingereicht.

## **Erwägungen:**

### **1.**

Die Beschwerdeführerinnen beanstanden in ihrer Beschwerde die Abweisung ihrer Forderungen betreffend die Erwerbsunfähigkeit und die Genugtuung. Sie bestreiten den Vorwurf mangelnder Substanziierung und das Ungenügen der angebotenen Beweismittel bezüglich der Arbeitsunfähigkeit. Da die Vorinstanz nicht abgeklärt hat, ob die Voraussetzungen für eine Regressnahme gegeben waren ( grobfahrlässiges Verhalten des Schädigers; vgl. zit. Urteil 4A\_262/2016 E. 4.4.2.2 in fine) und auch keine Feststellungen dazu getroffen hat, an welchen gesundheitlichen Beeinträchtigung der Geschädigte leidet und ob diese unfallbedingt sind, könnte das Bundesgericht, sollte es der Auffassung der Beschwerdeführerinnen folgen, nicht selbst entscheiden, sondern müsste die Sache zur weiteren Abklärung an die Vorinstanz zurückweisen. Der blosserückweisungsantrag erweist sich damit als genügend.

**1.1.** In Bezug auf die Heilungskosten und die Kosten für die Verlaufsberichte (vgl. Sachverhalt C.c hiervor) setzen sich die Beschwerdeführerinnen allerdings nicht mit dem angefochtenen Entscheid auseinander. Insoweit hat es bei der Klageabweisung sein Bewenden.

**1.2.** Auch zu den vorprozessualen Anwaltskosten (vgl. Sachverhalt C.d hiervor) äussern sich die Beschwerdeführerinnen nicht. Indessen ergibt sich aus dem angefochtenen Entscheid, dass die Klage insoweit mit Blick auf den Prozessausgang abgewiesen wurde. Dabei bleibt es nur, soweit die Klageabweisung Bestand hat. Andernfalls wäre auch über die vorprozessualen Anwaltskosten neu zu entscheiden.

### **2.**

Inwieweit unter Geltung der Verhandlungsmaxime Tatsachen zu behaupten und zu substantzieren sind, ergibt sich einerseits aus den Tatbestandsmerkmalen der angerufenen Norm und andererseits aus dem prozessualen Verhalten der Gegenpartei (BGE 127 III 365 E. 2b S. 368; Urteil des Bundesgerichts 4A\_57/2014 vom 8. Mai 2014 E. 1.3.3).

**2.1.** Eine Tatsachenbehauptung hat nicht alle Einzelheiten zu enthalten; es genügt, wenn die Tatsachen, die unter die das Begehren stützenden Normen zu subsumieren sind, in einer den Gewohnheiten des Lebens entsprechenden Weise in ihren wesentlichen Zügen oder Umrissen behauptet werden (BGE 136 III 322 E. 3.4.2 S. 328; Urteil des Bundesgerichts 4A\_591/2012 vom 20. Februar 2013 E. 2.1). Ein solchermassen vollständiger Tatsachenvortrag wird als schlüssig bezeichnet, da er bei Unterstellung, er sei wahr, den Schluss auf die angebehrte Rechtsfolge zulässt (Urteil des Bundesgerichts 4A\_210/2009 vom 7. April 2010 E. 3.2; vgl. auch BGE 127 III 365 E. 2b S. 368 und zum Ganzen: Urteile 4A\_453/2017 vom 12. Juli 2018 E. 2.2.1, nicht publ. in: BGE 144 III 319; 4A\_281/2017 vom 22. Januar 2018 E. 4.1).

**2.2.** Die Behauptungs- und Substanziierungslast zwingt die damit belastete Partei nicht, sämtliche möglichen Einwände der Gegenpartei vorweg zu entkräften (zit. Urteil 4A\_591/2012 E. 3.2 mit Hinweisen). Nur soweit der Prozessgegner den schlüssigen Tatsachenvortrag der behauptungsbelasteten Partei bestreitet, greift eine über die Behauptungslast hinausgehende Substanziierungslast. Die Vorbringen sind diesfalls nicht nur in den Grundzügen, sondern in Einzeltatsachen zergliedert so umfassend und klar darzulegen, dass darüber Beweis abgenommen oder dagegen der Gegenbeweis angetreten werden kann (BGE 127 III 365 E. 2b S. 368 mit Hinweisen; vgl. zum Ganzen zur Publikation bestimmtes Urteil des Bundesgerichts 4A\_11/2018 vom 8. Oktober 2018 E. 5.2.1.1; zit. Urteil 4A\_281/2017 E. 4.2).

**2.3.** Bestreitungen sind so konkret zu halten, dass sich bestimmen lässt, welche einzelnen Behauptungen des Klägers damit bestritten werden; die Bestreitung muss ihrem Zweck entsprechend so konkret sein, dass die Gegenpartei weiss, welche einzelne Tatsachenbehauptung sie beweisen muss. Der Grad der Substanziierung einer Behauptung beeinflusst insofern den erforderlichen Grad an Substanziierung einer Bestreitung; je detaillierter einzelne Tatsachen eines gesamten Sachverhalts behauptet werden, desto konkreter muss die Gegenpartei erklären, welche dieser einzelnen Tatsachen sie bestreitet (BGE 141 III 433 E. 2.6 zit. Urteil 4A\_11/2018 E. 5.2.2.3; je mit Hinweisen). Eine hinreichende Bestreitung lässt die behauptungsbelastete Partei erkennen, welche ihrer Behauptungen sie weiter zu substantzieren und welche Behauptungen sie schliesslich zu beweisen hat (Urteil 4A\_225/2011 vom 15. Juli 2011 E. 2.3 mit Hinweis; vgl. zum Ganzen zit. Urteile 4A\_453/2017 E. 2.2.2; 4A\_281/2017 E. 4.3).

### **3.**

Die Vorinstanz geht unter Hinweis auf die Klageantwort Rz. 606 und verschiedene Stellen der Duplik davon aus, die Beschwerdegegnerin habe die Arbeitsunfähigkeit bestritten.

**3.1.** Werden nach einem Unfall Ansprüche aus einer behaupteten Arbeitsunfähigkeit von 100 % geltend gemacht, können diese aus verschiedenen Gründen bestritten werden. Die beklagte Partei kann einerseits in Abrede stellen, dass die behaupteten gesundheitlichen Einschränkungen überhaupt (oder zumindest im behaupteten Ausmass) bestehen. Andererseits kann sie bestreiten, dass die behaupteten Beschwerden (soweit sie tatsächlich vorliegen sollten) durch den Unfall verursacht wurden. Und schliesslich kann sie in Zweifel ziehen, ob die behaupteten gesundheitlichen Beeinträchtigungen (wenn sie denn tatsächlich bestehen sollten und durch den Unfall verursacht wurden) tatsächlich die Arbeitsfähigkeit des Betroffenen beeinträchtigen. Streng genommen betrifft lediglich die letzte Bestreitung direkt das Beweisthema der Arbeitsunfähigkeit, während die erste Bestreitung das Thema der gesundheitlichen Beeinträchtigungen und die zweite dasjenige der Unfallkausalität betreffen. Auch diese Bestreitungen haben aber Auswirkungen auf die Frage der Arbeitsunfähigkeit, da diese einerseits von der gesundheitlichen Beeinträchtigung abhängt und andererseits nur Anspruch auf Entschädigung gibt, wenn sie durch den Unfall verursacht wurde.

**3.2.** Je nachdem unter welchem Gesichtspunkt die geltend gemachten Ansprüche bestritten werden, ändern sich die Beweisthemen und damit auch die Substanziierungsanforderungen. Nur soweit die behauptungsbelastete Partei erkennen kann, dass die Gegenpartei nicht nur das Vorhandensein der gesundheitlichen Einschränkungen oder deren Unfallkausalität bestreitet, sondern auch das behauptete Mass der Einschränkung der Arbeitsfähigkeit, das sich aus einer als erwiesen und unfallkausal unterstellten gesundheitlichen Beeinträchtigung ergibt, hat sie die Arbeitsunfähigkeit weiter zu substantzieren und allenfalls Beweismittel anzubieten. Ansonsten ist davon auszugehen, die Parteien stritten nicht über die Auswirkungen einer gegebenen Einschränkung auf die Erwerbsfähigkeit, sondern allein um das Ausmass, in dem die behauptete Einschränkung bei der Festsetzung der (an sich nicht umstrittenen) Arbeitsunfähigkeit zu berücksichtigen ist. Reagiert die beklagte Partei auf die Behauptung, infolge einer gesundheitlichen Einschränkung bestehe eine Arbeitsunfähigkeit von 100 %, lediglich indem sie ausführt, die Einschränkung sei nicht unfallkausal,

hat die behauptungsbelastete Partei weder zu substantiieren noch zu beweisen, dass die Beeinträchtigung tatsächlich besteht noch dass sie zu einer Arbeitsunfähigkeit von 100 % führt. Beides hat mangels Bestreitung als anerkannt zu gelten, falls die Unfallkausalität (die in diesem Beispiel das einzige Beweisthema bildet) hinreichend substantiiert behauptet wird und der Nachweis der Behauptung gelingt. Hätte die Gegenpartei sämtliche Beweisthemen zum Prozessthema machen wollen, hätte aus ihrer Bestreitung hervorgehen müssen, dass sie bestreitet, dass die behauptete Einschränkung überhaupt besteht, unfallkausal ist und (sofern sie bestehen und unfallkausal sein sollte) die behaupteten Auswirkungen auf die Erwerbsfähigkeit hat.

**3.3.** Diesem Aspekt kommt deshalb Bedeutung zu, weil die Beschwerdegegnerin, wie sich aus ihren Ausführungen vor Bundesgericht ergibt, in ihrer "Bestreitung der Arbeitsunfähigkeit" selbst keine klare Abgrenzung der Beweisthemen vornimmt: Noch in ihrer Beschwerdeduplik führt sie aus, schon mit der detaillierten Bestreitung der Kausalität der relevanten Beschwerden sei auch die vermeintlich daraus fließende Arbeitsunfähigkeit bestritten. Dies trifft genau besehen nicht zu, denn mit Bestreitung der Kausalität der relevanten Beschwerden wird weder bestritten, dass die Beschwerden vorliegen, noch dass daraus eine Arbeitsunfähigkeit resultiert, sondern es wird behauptet, die aus den gesundheitlichen Beeinträchtigungen resultierende Arbeitsunfähigkeit sei nicht relevant, da die gesundheitlichen Beeinträchtigungen (und damit auch die daraus resultierende Arbeitsunfähigkeit) nicht durch den Unfall hervorgerufen worden seien. Mit dieser Bestreitung wird nicht behauptet, selbst wenn die gesundheitlichen Beeinträchtigungen tatsächlich im behaupteten Masse vorliegen und durch den Unfall verursacht worden sein sollten, wären sie dennoch unbeachtlich, weil der Geschädigte durch sie in der von ihm verrichteten Arbeit nicht eingeschränkt sei. Nur diese letzte Frage betrifft die Arbeitsunfähigkeit im eigentlichen Sinne und löst diesbezüglich Substanziierungsobliegenheiten aus.

#### **4.**

Vor diesem Hintergrund ist zu prüfen, ob die Vorinstanz zu Recht davon ausging, die Beschwerdeführerinnen hätten ihre Ansprüche in Bezug auf die Arbeitsunfähigkeit nicht hinreichend substantiiert.

**4.1.** In Rz. 606 der Klageantwort führt die Beschwerdegegnerin folgendes aus:

"Im Rahmen ihrer Ausführungen zur Validenlohnentwicklung stellen die Klägerinnen auf eine (vermeintliche) Erwerbsunfähigkeit des Geschädigten ab. Sie verkennen dabei allerdings, dass die geltend gemachte Arbeitsunfähigkeit (sofern sie auf Seiten des Geschädigten im behaupteten Umfang tatsächlich vorliegt) nicht auf den hier in Frage stehenden Unfall zurückgeführt werden kann."

**4.2.** Dieser Textabschnitt lässt erkennen, dass die Beschwerdegegnerin nicht nur die Unfallkausalität in Abrede stellt, sondern auch, dass die Arbeitsunfähigkeit "auf Seiten des Geschädigten im behaupteten Umfang tatsächlich vorliegt".

**4.2.1.** Der Wortlaut der zitierten Passage suggeriert zwar, es werde neben der Unfallkausalität auch die Arbeitsunfähigkeit als solche bestritten. Da die Beschwerdegegnerin die unterschiedlichen Beweisthemen aber wie dargelegt nicht klar auseinanderhält, kann nicht allein auf den Wortlaut abgestellt werden. Denn mit der Bestreitung, dass die Arbeitsunfähigkeit "auf Seiten des Geschädigten im behaupteten Mass vorliegt", kann aufgrund der weiten Verwendung des Begriffs durch die Beschwerdegegnerin auch schlicht das Vorliegen der gesundheitlichen Beeinträchtigung und nicht deren Auswirkung auf die Arbeitsunfähigkeit gemeint sein. Dass dies der Fall ist, lassen die weiteren Stellen der Duplik erkennen, auf welche die Vorinstanz verweist. Die Ausführungen in der Duplik, in denen die Beschwerdegegnerin nach Darstellung der Vorinstanz die Arbeitsunfähigkeit bestreitet, erfolgen im Zusammenhang mit der Diskussion der Frage, ob eine Hirnstammkontusion als erwiesen

anzusehen ist (Duplik Rz. 429 - vgl. zum Zusammenhang Rz. 421 und 428), um das in einem Bericht erwähnte "rasche Erholen", um die Qualifikation der neuropsychologischen Ausfälle als "leichtgradig" (Rz. 457) oder um eine von der Beschwerdegegnerin behauptete "vollständige Remission" gewisser Beschwerden beziehungsweise das Vorliegen einer unfallbedingten Mittelhirnschädigung (Rz. 464 - vgl. zum Zusammenhang Rz. 461). Unter der von der Vorinstanz ebenfalls erwähnten Rz. 534 ging es primär darum, Behauptungen bezüglich einer angeblich vorliegenden irreversiblen Hirnschädigung mit strukturellen Läsionen und dem daraus angeblich resultierenden Organischen Psychosyndrom mit Depressivität in Abrede zu stellen. Zwar wird abschliessend ebenfalls bestritten, dass daraus eine Arbeits- und Erwerbsunfähigkeit resultiere, dazu wird aber auf Beilage 17 der Beklagten S. 4 verwiesen. Bei diesem Dokument handelt es sich um ein Schreiben von Dr. med. C. vom 11. Mai 2015, in dem dieser aufgrund einer Aktenbeurteilung die Replik der Beschwerdeführerinnen kommentiert. An der angegebenen Stelle (S. 4) werden die Fragen thematisiert, ob eine Minderung von emotionalem Erleben unfallkausal zu erklären sei und ob die Schlafstörungen als typisches Beschwerdebild bei einem Psychosyndrom zu werten seien. Es wird die Möglichkeit einer Resorption im Hirn gegenüber peripheren Geweben diskutiert sowie die Möglichkeit eines Ausschlusses einer Schädigung des Grosshirns oder einer Hirnstammschädigung und der Nachweis eines ausgeprägten Frontalhirnsyndroms behandelt. Sodann wird eine andere Aktenbeurteilung kommentiert und die Frage diskutiert, ob eine irreversible Hirnstammschädigung nachgewiesen sei. Auch hier wird nicht die Frage diskutiert, ob die von den Beschwerdeführerinnen behaupteten Beeinträchtigungen zu einer Arbeitsunfähigkeit von 100 % führen, sondern es wird in Zweifel gezogen, ob die Beeinträchtigungen im behaupteten Umfang vorliegen und unfallkausal waren.

**4.2.2.** Dieser Aspekt betrifft die Beweisthemen der gesundheitlichen Beeinträchtigungen und der Kausalität des Unfalls für dieselben. Indem die Vorinstanz auf diese Stellen in der Duplik verweist, und eine mangelnde Substanziierung in Bezug auf die Frage annimmt, welche Beschwerden den Geschädigten bei welchem Aspekt seiner Tätigkeit als Pflegeassistent beziehungsweise seiner weiteren beruflichen Laufbahn in welcher Art und Weise beeinträchtigen, und auf die Abnahme der für das Vorhandensein und die Unfallkausalität der behaupteten Beschwerden offerierten Beweise verzichtet, überspannt sie die Substanziierungsanforderungen. Denn die Beschwerdegegnerin hat in den zitierten Passagen (wenn man sie im Gesamtzusammenhang betrachtet) nirgends bestritten, dass der Geschädigte kein Erwerbseinkommen erzielen kann, wenn sämtliche Beschwerden tatsächlich im behaupteten Ausmass vorliegen sollten und unfallkausal wären.

**4.2.3.** In der Beschwerdeantwort wird auf eine Vielzahl von Stellen verwiesen, an denen angeblich die Arbeitsunfähigkeit bestritten wird. Begründet wird die Bestreitung aber meist wiederum damit, die behaupteten Einschränkungen seien nicht nachgewiesen oder nicht unfallkausal - sie betreffen also das Beweisthema der gesundheitlichen Beeinträchtigungen und der Kausalität. Diesbezüglich hat die Vorinstanz keine mangelnde Substanziierung angenommen und wurde nach ihren Feststellungen ein Gutachten als Beweis angeboten. Vereinzelt wird zwar auf Bestreitungen verwiesen, wonach allein aus einem bestimmten Befund nicht auf eine vollständige Arbeitsunfähigkeit geschlossen werden kann. Auch dabei geht es aber um die Schwere der Beeinträchtigung, die mit dem Befund zwingend verbunden ist. Die Beschwerdegegnerin zeigt dagegen nicht auf und auch aus dem angefochtenen Entscheid ergibt sich nicht, dass sie je behauptet hätte, der Geschädigte sei - auch wenn sämtliche von den Beschwerdeführerinnen behaupteten gesundheitlichen Beeinträchtigungen tatsächlich im behaupteten Ausmass vorliegen würden und unfallkausal wären, nicht zu 100 % arbeitsunfähig. Im Gesamtzusammenhang wird vielmehr deutlich, dass die Beschwerdegegnerin die behaupteten Beschwerden teilweise für nicht ausgewiesen oder wieder abgeklungen hält und teilweise für nicht unfallkausal. Aufgrund der allenfalls verbleibenden Beschwerden hält sie eine andauernde Arbeitsunfähigkeit von 100 % nicht für ausgewiesen. Dagegen ist nicht festgestellt und wird von der Beschwerdegegnerin auch nicht aufgezeigt, dass sie nähere Informationen zu der vom Geschädigten vor dem Unfall ausgeübten Tätigkeit verlangt oder die Klage insoweit als nicht hinreichend substantiiert bezeichnet hätte. Ebenso wenig zeigt die Beschwerdegegnerin rechtsgenügend auf, dass

sie behauptet hätte, in einer anderen Tätigkeit könnte allenfalls eine höhere Arbeitsfähigkeit erreicht werden. Damit konnten die Beschwerdeführerinnen nicht erkennen, dass insoweit eine weitere Substanziierung erforderlich sein sollte.

**4.3.** Insgesamt streiten die Parteien darüber, an welchen gesundheitlichen Beeinträchtigungen der Geschädigte leidet und inwieweit diese durch den Unfall verursacht worden sind. Diesbezüglich hat die Vorinstanz die Substanziierung nicht beanstandet. Sie streiten dagegen nicht darüber, welche Tätigkeiten zur Ausübung des Berufs des Beschwerdeführers gehören und inwieweit die behaupteten Beschwerden (wenn sie tatsächlich und im behaupteten Ausmass vorliegen sollten) die Arbeitsfähigkeit beeinträchtigen. Diesbezüglich war keine weitere Substanziierung notwendig. Gelingt den Beschwerdeführerinnen der Nachweis der behaupteten gesundheitlichen Beeinträchtigungen und deren Unfallkausalität, ist mangels rechtsgenüglicher Bestreitung ohne weitere Beweisabnahme von einer Arbeitsunfähigkeit von 100 % auszugehen. Diesfalls kommt (in Bezug auf die Arbeitsunfähigkeit) weder den angebotenen Beweismitteln noch der in der Beschwerde thematisierten Frage, ob die Aufgaben eines Hilfspflegers als gerichtsnotorisch zu gelten haben, Bedeutung zu.

**4.4.** Anders verhält es sich, wenn den Beschwerdeführerinnen der Nachweis des Ausmasses der unfallbedingten Beeinträchtigungen nur teilweise gelingt. Diesfalls kann nicht davon ausgegangen werden, die behauptete Arbeitsunfähigkeit von 100 % sei mangels substanziierter Bestreitung anerkannt, denn sie wird von der Beschwerdegegnerin ja gerade mit Blick auf das Fehlen derartiger Beeinträchtigung oder die mangelnde Unfallkausalität in Abrede gestellt. Es steht einerseits aber noch gar nicht fest, ob die Auswirkungen auf die Arbeitsfähigkeit, sofern sich die behaupteten Beschwerden nur teilweise nachweisen lassen oder als unfallkausal erweisen, zwischen den Parteien umstritten sind. Dies wird die Stellungnahme zum Beweisergebnis ergeben (**Art. 232 Abs. 1 ZPO**). Auch die Frage, inwiefern notorisch ist, wie sich eine gesundheitliche Beeinträchtigung auf die Arbeitsfähigkeit auswirkt, kann erst beurteilt werden, wenn feststeht, in welchem Ausmass die Beeinträchtigungen bestehen und zu berücksichtigen sind. Es ist denkbar, dass ein bestimmtes Ausmass von Beschwerden notorisch zu einer vollen Arbeitsunfähigkeit führt, während die Auswirkungen auf die Arbeitsfähigkeit bei leichteren Beeinträchtigungen allenfalls nicht als notorisch gelten können. Es wäre für die Parteien aber nicht zumutbar, vor Abnahme des diesbezüglich beantragten Gutachtens nicht nur für das behauptete, sondern auch für jedes mögliche Beweisergebnis dazu Stellung zu nehmen, welche Beschwerden den Geschädigten bei welchem Aspekt seiner Tätigkeit als Pflegeassistent beziehungsweise seiner weiteren beruflichen Laufbahn in welcher Art und Weise beeinträchtigen. Denn hier sind unendlich viele Varianten denkbar, ist doch nicht nur umstritten, welche Beschwerden überhaupt unfallkausal sind, sondern auch in welchem Ausmass sie tatsächlich bestehen. Während eine Substanziierung der Auswirkungen der tatsächlich vorhandenen gesundheitlichen Beschwerden auf die Arbeitsunfähigkeit unter der Voraussetzung, dass alle Beschwerden unfallkausal sind, ohne weiteres möglich sein muss, da die Arbeitsunfähigkeit dem tatsächlichen Zustand des Geschädigten entspricht, ist dies nicht zwingend der Fall, wenn nur gewisse Beschwerden unfallkausal sind. Denn aus dem tatsächlich vorhandenen Mass der Einschränkung lässt sich ohne Fachkenntnisse nicht in allen Fällen schliessen, wie stark die Beeinträchtigung wäre, wenn nur ein Teil der tatsächlich vorhandenen Beschwerden (nämlich die durch den Unfall verursachten) zu berücksichtigen sind.

**4.5.** Die Vorinstanz hält fest, sämtliche medizinischen Stellungnahmen der D. sowie der kreisärztliche Bericht vom 15. Oktober 2001 attestierten dem Geschädigten eine vollständige Arbeitsunfähigkeit. Im Anschluss an die chronologische Darstellung und Wiedergabe diverser Arztberichte haben die Beschwerdeführerinnen gemäss den Feststellungen der Vorinstanz ein Gutachten offeriert, wenn dennoch Zweifel hinsichtlich der auf das Unfallereignis zurückzuführenden Gesundheitsschädigung organischer und psychischer Natur bestehen sollten. Aus dem Zusammenhang und der in den Stellungnahmen attestierten Arbeitsunfähigkeit wird deutlich, dass es den Beschwerdeführerinnen im Zusammenhang mit den gesundheitlichen Beeinträchtigungen und deren Unfallkausalität

insbesondere um die Arbeitsunfähigkeit von 100 % geht, die sie daraus ableiten, die attestiert wird und die von der Beschwerdegegnerin gerade mit Blick auf die genannten Punkte in Abrede gestellt wird. Vor diesem Hintergrund wird deutlich, dass das offerierte Gutachten auch die Frage nach der Arbeitsunfähigkeit umfasst, soweit es zu einem von den eingereichten Berichten abweichenden Ausmass der unfallbedingten gesundheitlichen Einschränkungen gelangen sollte. Der Beweis Antrag umfasst mithin auch diesen Sachverhaltskomplex. Es ist unter diesen Umständen nicht notwendig, ein weiteres Gutachten speziell für die Arbeitsunfähigkeit zu beantragen (vgl. zit. Urteil 4A\_262/2016 E. 4.3), zumal sowohl für das Gericht als auch die Gegenpartei klar sein musste (was sich im Übrigen auch aus der erfolgten Bestreitung ergibt), dass die Abklärung der gesundheitlichen Beeinträchtigung insbesondere der Festsetzung der für den eingeklagten Anspruch zu berücksichtigen Arbeitsunfähigkeit diene. Indem die Vorinstanz Beweislosigkeit annahm, ohne das beantragte Gutachten anzuordnen, hat sie Bundesrecht verletzt.

## 5.

Damit ist die Sache erneut an die Vorinstanz zurückzuweisen, mit der Weisung, nunmehr das Beweisverfahren durchzuführen und die für den Entscheid notwendigen tatsächlichen Feststellungen zu treffen. Die Vorinstanz scheint mit Blick auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Privatgutachten unsicher zu sein, ob den von den Beschwerdeführerinnen eingereichten Dokumenten Beweisqualität zukommt. Ob von Ärzten verfasste Dokumente als Privatgutachten anzusehen sind, kann nicht abstrakt beurteilt werden, sondern hängt vom Inhalt der Dokumente ab:

**5.1.** Der Sachverständige (Experte) soll dem Richter durch seine besonderen fachlichen Kenntnisse die zur Entscheidung notwendige Erfahrung beziehungsweise das notwendige Fachwissen vermitteln (Urteile des Bundesgerichts 4A\_85/2017 vom 4. September 2017 E. 2.2.1; 4P.248/2006 vom 8. Januar 2007 E. 2.6 mit Hinweisen). Der gerichtliche Experte teilt dem Richter auf Grund seiner Sachkunde entweder Erfahrungs- oder Wissenssätze seiner Disziplin mit, erforscht für das Gericht erhebliche Tatsachen oder zieht sachliche Schlussfolgerungen aus bereits bestehenden Tatsachen (BGE 118 Ia 144 E. 1c S. 145; Urteil des Bundesgerichts 4A\_478/2008 vom 16. Dezember 2008 E. 4.1). Im Rahmen eines Gutachtens hat die sachverständige Person aufgrund ihres Fachwissens über allgemein und jederzeit zugängliche Erfahrungstatsachen Auskunft zu geben. Der Gutachter ist im Gegensatz zum (allenfalls sachverständigen) Zeugen, der über eigene Wahrnehmungen aussagt, ersetzbar, weshalb er vom Gericht bestimmt wird (zit. Urteil 4A\_85/2017 E. 2.2.1 mit Hinweisen). Von den Parteien in Auftrag gegebene Stellungnahmen sind diesbezüglich nach dem Willen des Gesetzgebers für sich allein nicht zum Beweis geeignet und fallen insoweit auch nicht unter den Begriff der Urkunde (BGE 141 III 433 E. 2.5.3 S. 437). Sie gelten vielmehr als blosser Parteibehauptungen (BGE 141 III 433 E. 2.6 S. 437; vgl. zum Ganzen auch Urteil des Bundesgerichts 4A\_309/2017 vom 26. März 2018 E. 2.3.6).

**5.2.** Soweit von Ärzten verfasste Dokumente Fragen behandeln, die in gleicher Weise zum Gegenstand eines gerichtlichen Gutachtens gemacht werden können, kommt die Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Gutachten zum Zuge:

**5.2.1.** Wurde das Gutachten von einer anderen Behörde in Auftrag gegeben und in einem anderen Verfahren erstattet (Fremdgutachten), darf es als gerichtliches Gutachten beigezogen werden, sofern den Parteien diesbezüglich im Hauptprozess das rechtliche Gehör gewährt wird (BGE 140 III 24 E. 3.3.1.3 S. 27 mit Hinweisen).

**5.2.2.** Wurde ein Gutachten nicht in einem derartigen Rahmen eingeholt, stellt es ein Parteigutachten dar, das nach dem Willen des Gesetzgebers für sich allein nicht zum Beweis geeignet ist und nicht unter den Begriff der Urkunde fällt (BGE 141 III 433 E. 2.5.3 S. 437). Es gilt vielmehr als blosser Parteibehauptung (BGE 141 III 433 E. 2.6 S. 437). Dies schliesst aber nicht aus, dass es zusammen mit - durch Beweismittel nachgewiesenen - Indizien den Beweis zu erbringen vermag (BGE 141 III 433 E. 2.6 S. 438).

**5.3.** Enthalten von Ärzten verfasste Dokumente Informationen zu Tatsachen, die das Gericht nicht in gleicher Weise von einem gerichtlichen Gutachter erhältlich machen könnte, ist die Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Privatgutachten nicht einschlägig. Dies gilt beispielsweise für Berichte der behandelnden Ärzte über die durchgeführten Behandlungen. Zwar könnten theoretisch auch die durchgeführten Behandlungen Gegenstand eines Gutachtens bilden. Die Beantwortung der Fragen durch einen Gutachter würde aber - im Gegensatz zu den Berichten der behandelnden Ärzte - nicht auf eigenen echtzeitlichen Wahrnehmungen der konkret handelnden Personen beruhen, sondern vielmehr auf den Aussagen und Berichten derselben beziehungsweise auf anderen nachträglichen Untersuchungen des Experten. Inwieweit von den behandelnden Ärzten diesbezüglich verfasste Dokumente zulässige Beweismittel darstellen, bestimmt sich nicht mit Blick auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Gutachten, sondern nach den allgemeinen Regeln - aber nur in Bezug auf die Fragen, die nicht in gleicher Weise zum Gegenstand eines Gutachtens gemacht werden können. Sämtliche Schlüsse, die aufgrund des medizinischen Fachwissens gezogen werden, namentlich auch der abstrakte Schluss aus einer gesundheitlichen Beeinträchtigung auf das Mass der Arbeitsunfähigkeit, können Gegenstand eines gerichtlichen Gutachtens sein. Insoweit kommt die Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Parteigutachten zum Zuge.

**5.4.** Die Beschwerdeführerinnen verweisen auf die Rechtsprechung zu Fremdgutachten und sind der Auffassung, die von der Suva im Abklärungsverfahren eingeholten Berichte seien als Beweismittel anzusehen.

**5.4.1.** Die Beschwerdeführerinnen führen aber selbst aus, der Sozialversicherungsträger lasse sich in erster Linie durch die Berichte der behandelnden Ärzte über die zu stellenden Diagnosen, die erhobenen Befunde, die geklagten Beschwerden und die daraus resultierende Arbeitsunfähigkeit orientieren. Derartigen Berichten kann nicht die Qualität eines gerichtlichen Gutachtens beigemessen werden, da die behandelnden Ärzte (im Gegensatz zum Gutachter) von der Beantwortung der Fragen selbst betroffen sein könnten (namentlich mit Blick auf mögliche Fehldiagnosen und Behandlungsfehler), so dass ihnen bereits insoweit die den Gutachter auszeichnende Unabhängigkeit abgeht.

**5.4.2.** Auch in Bezug auf die Kreisärzte fehlt es aufgrund derer Verbindung zur Suva und der Möglichkeit, sie auszuwählen, an der gutachterlichen Unabhängigkeit, wenngleich dieser Aspekt im Regressprozess insoweit eine untergeordnete Rolle spielen mag, als sich die Aussagen, die sich zu Lasten des Regresspflichtigen auswirken, in Bezug auf den Anspruchsberechtigten zu Lasten der Suva auswirken.

**5.4.3.** Entscheidend ist insgesamt aber ein anderer Punkt: Wie dargelegt hat im Rahmen eines Gutachtens die sachverständige Person aufgrund ihres Fachwissens über allgemein und jederzeit zugängliche Erfahrungstatsachen Auskunft zu geben oder für das Gericht erhebliche Tatsachen zu erforschen oder sachliche Schlussfolgerungen aus bereits bestehenden Tatsachen zu ziehen. Insoweit kann es zu ihren Aufgaben gehören, über die konkreten gesundheitlichen Beeinträchtigungen Auskunft zu geben sowie deren Unfallkausalität und die Auswirkungen auf die Arbeitsfähigkeit. Da diese Abklärungen auf dem Fachwissen des Experten beruhen, könnten sie aber grundsätzlich von jeder beliebigen Person, die über das entsprechende Fachwissen verfügt, in gleicher Weise durchgeführt werden (Ersetzbarkeit des Gutachters). Der Rechtsprechung des Bundesgerichtes zur Beweistauglichkeit von Parteigutachten kommt unter Vorbehalt von Art. 152 Abs. 2 ZPO grundsätzlich nur bei strittigen Tatsachen Bedeutung zu, wenn die Parteien sich also nicht darüber einig sind, ob auf die von den Parteien eingeholten Einschätzungen der Ärzte abzustellen ist oder nicht. Unter diesen Umständen besteht aber kein Anlass, in Bezug auf Fragen, die in gleicher Weise zum Gegenstand eines Gutachtens gemacht werden können, auf die Einschätzung von Personen abzustellen, die weniger Gewähr für Unabhängigkeit bieten, als der gerichtlich eingesetzte Experte. Die Zulässigkeit vom Fremdgutachten betrifft Gutachten von Personen, die diese Unabhängigkeit garantieren - durch die Gewährung des rechtlichen Gehörs wird unter anderem gewährleistet, dass

die betroffene Partei allfällige Einwände gegen die Unparteilichkeit vorbringen kann. Soweit Berichte dagegen Informationen zu Fragen enthalten, die nicht in gleicher Weise zum Gegenstand eines gerichtlichen Gutachtens gemacht werden könnten, ist die diese betreffende Rechtsprechung des Bundesgerichts nicht einschlägig.

**5.4.4.** Den in den medizinischen Stellungnahmen der D. sowie dem kreisärztlichen Bericht vom 15. Oktober 2001 enthaltenen Einschätzungen der Arbeitsunfähigkeit kann im zu beurteilenden Verfahren allerdings ohnehin keine praktische Bedeutung zukommen. Entweder die auf diese Einschätzungen gestützten Behauptungen der Beschwerdeführerinnen erweisen sich in Bezug auf die gesundheitlichen Beeinträchtigungen und deren Unfallkausalität als korrekt. Diesfalls ist bereits mangels rechtsgenügender Bestreitung von einer Arbeitsunfähigkeit von 100 % auszugehen. Oder dieser Nachweis gelingt nicht oder nur teilweise. Diesfalls kann auf die Einschätzung der Arbeitsunfähigkeit, die in diesem Fall ja auf einer zumindest teilweise unzutreffenden Grundlage erfolgte, ohnehin nicht abgestellt werden und ist vom Gutachter, der die gesundheitlichen Beeinträchtigungen abklärt, auch deren Auswirkung auf die Arbeitsfähigkeit abzuschätzen. Daher braucht auf die bezüglich der Beweiswürdigung der Vorinstanz betreffend die Arbeitsfähigkeit vorgebrachten Rügen nicht weiter eingegangen zu werden. In Bezug auf die gesundheitliche Beeinträchtigungen hat die Vorinstanz dagegen noch gar keine Würdigung der Beweismittel vorgenommen und auch das beantragte Gutachten nicht abgenommen.

## **6.**

Die Sache ist ein weiteres Mal an die Vorinstanz zurückzuweisen.

**6.1.** Die Vorinstanz wird nunmehr ohne weiteren Verzug die notwendigen Beweisverfahren zum Unfallhergang und gegebenenfalls zum Ausmass der unfallbedingten Beeinträchtigungen an die Hand zu nehmen haben, die es erlauben über die Forderung für Erwerbsausfall- und Rentenschaden über Fr. 2'272'495.95 (Fr. 2'002'235.20 nebst Zins von Fr. 270'260.75) sowie die Genugtuungsforderung von Fr. 46'408.-- (Fr. 29'160.-- nebst Zins von Fr. 17'248.--) zu entscheiden, wobei in Bezug auf die Genugtuung der Vorwurf der mangelnden Substanziierung nur in Bezug auf die Arbeitsunfähigkeit beanstandet wird. Insoweit ist zu beurteilen, inwieweit sich aus dem nachgewiesenen Mass der Beeinträchtigung der Arbeitsfähigkeit der geltend gemachte Anspruch auf Genugtuung ableiten lässt.

Sollten sich diese Ansprüche ganz oder teilweise als berechtigt erweisen, ist mit Blick auf das Ergebnis auch über die vorprozessualen Anwaltskosten neu zu entscheiden, da die Begründung im angefochtenen Entscheid für die Klageabweisung in diesem Punkt (vollumfängliches Unterliegen der Beschwerdeführerinnen) unter diesen Umständen nicht mehr tragfähig wäre.

**6.2.** In Bezug auf die Punkte, die sie beanstanden, obsiegen die Beschwerdeführerinnen im Wesentlichen. Es scheint daher gerechtfertigt, die Beschwerdegegnerin die Gerichtskosten tragen zu lassen und den Beschwerdeführerinnen eine angemessene Parteientschädigung zuzusprechen.

### **Demnach erkennt das Bundesgericht:**

#### **1.**

Die Beschwerde wird gutgeheissen, das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 8. November 2017 wird aufgehoben und die Sache zu neuer Beurteilung an das Handelsgericht zurückgewiesen.

#### **2.**

Die Gerichtskosten von Fr. 18'000.-- werden der Beschwerdegegnerin auferlegt.

**3.**

Die Beschwerdegegnerin hat die Beschwerdeführerinnen für das bundesgerichtliche Verfahren mit insgesamt Fr. 20'000.-- zu entschädigen.

**4.**

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Handelsgericht des Kantons Zürich schriftlich mitgeteilt.