

BL_GERICHTE 400 2013 107 vom 28. August 2012

BL Gerichte, 2012-08-28, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bl_gerichte_400_2013_107

FR: BL_GERICHTE 400 2013 107 du 28 août 2012

IT: BL_GERICHTE 400 2013 107 del 28 agosto 2012

Regeste

Vorsorgliche Beweisführung

Erwägungen

E. 1

Gemäss Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO sind erstinstanzliche Entscheide über vorsorgliche Massnahmen mit Berufung anfechtbar, wobei gemäss Absatz 2 dieser Bestimmung in vermögensrechtlichen Angelegenheiten der Streitwert mindestens CHF 10'000.00 betragen muss. In Summarverfahren, zu welchen das Verfahren auf vorsorgliche Massnahmen gehört (vgl. Art. 248 lit. d ZPO), beträgt die Berufungsfrist 10 Tage. Der angefochtene Entscheid beurteilt ein Begehren um vorsorgliche Beweisführung im Hinblick auf Schadenersatz- und Genugtuungsansprüche zufolge ärztlicher Fehlbehandlung, so dass davon auszugehen ist, dass die erforderliche Streitwertgrenze erreicht ist. Die Berufungserklärung gegen den Entscheid vom 15. April 2013 ist mit der Eingabe vom 24. April 2013 fristgemäss erfolgt. Gemäss § 5 Abs. 1 lit. a EG ZPO ist das Präsidium der Abteilung Zivilrecht des Kantonsgerichts für die Beurteilung von Berufungen gegen Entscheide der Präsidien der Bezirksgerichte, die im summarischen Verfahren ergangen sind, sachlich zuständig. Nachdem in casu sämtliche formellen Voraussetzungen erfüllt sind, ist auf die Berufung einzutreten.

E. 2

Vorliegend strittig und zu prüfen ist die Frage, ob die Gesuchsklägerin ein schutzwürdiges Interesse an der vorsorglichen Beweisführung im Sinne von Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO glaubhaft zu machen vermag. Nach Auffassung des Gesetzgebers soll die vorsorgliche Beweisführung nicht nur der Beweissicherung, sondern auch der Abklärung der Beweis- und Prozessaussichten dienen, um aussichtslose Prozesse zu vermeiden. An das Bestehen eines schutzwürdigen Interesses sind keine hohen Anforderungen zu stellen. Es genügt, dass der Gesuchsteller einen praktischen Nutzen für seine rechtliche oder tatsächliche Situation glaubhaft macht. Ein solcher Nutzen liegt etwa dann vor, wenn die vorsorgliche Beweisführung eine Unsicherheit beseitigt und eine Grundlage für weitere Dispositionen schafft (W. Fellmann, in: Th. Sutter-Somm / F. Hasenböhler / Ch. Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Auflage, Zürich / Basel / Genf 2013, Art. 158 N 17 und 19, S. 1088 f.; J. Brönnimann, in: H. Hausheer / H. P. Walter [Hrsg.], Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band II, Art. 150 - 352 / 400 - 406 ZPO, Bern 2012, Art. 158 N 9, S. 1716). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung macht ein Gesuchsteller mit der blossen Behauptung eines Bedürfnisses, Beweis- und Prozessaussichten abzuklären, indessen ein schutzwürdiges Interesse an einer vorsorglichen Beweisführung noch nicht hinreichend glaubhaft. Da eine vorsorgliche Beweisführung nur mit Blick auf einen

konkreten materiellrechtlichen Anspruch verlangt werden kann, muss der Gesuchsteller glaubhaft machen, dass ein Sachverhalt vorliegt, gestützt auf den ihm das materielle Recht einen Anspruch gegen den Gesuchsgegner gewährt, und zu dessen Beweis das abzunehmende Beweismittel dienen kann. Lediglich für Tatsachen, die mit dem vorsorglich abzunehmenden Beweismittel bewiesen werden sollen, kann keine eigentliche Glaubhaftmachung verlangt werden, denn sonst würde der Zweck von Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO, die vorprozessuale Abklärung von Beweisaussichten zu ermöglichen, vereitelt. Stellt das abzunehmende Beweismittel das einzige dar, mit dem der Gesuchsteller seinen Anspruch beweisen kann, so muss es genügen, dass er das Vorliegen der anspruchsbegründenden Tatsachen lediglich substantiiert behauptet (BGE 138 III 76 E. 2.4.2 mit weiteren Hinweisen). Auch wenn der Gesetzestext keinen entsprechenden Vorbehalt macht, setzt der Anspruch auf vorsorgliche Beweisführung doch eine hinreichende Substantiierung des Beweisthemas voraus, um den Ausforschungsbeweis, sog. "fishing expeditions", auszuschliessen (BGer 4A_269/2011 vom 10. November 2011 E. 3.3; J. Brönnimann, a.a.O., N 14, S. 1718).

E. 3

In Bezug auf den Sachverhalt führte die Berufungsklägerin zur Begründung ihres Gesuchs um vorsorgliche Beweisführung an, dass sich die Berufungsklägerin bei einem Skisturz im Februar 1996 an der rechten Schulter eine leicht dislozierte Fraktur des Tuberculum majus zugezogen habe, welche zu anhaltenden Schmerzen geführt habe. Die persistierenden Schmerzen seien in der Folge von verschiedenen Ärzten - namentlich vom Berufungsbeklagten als Spezialarzt für Rheumatologie - erfolglos behandelt worden, bis ein rheumatologisches Gutachten im September 2003 festgestellt habe, dass die Beschwerden auf ein in Fehlstellung verheiltes Knochenfragment zurückzuführen seien. Eine operative Korrektur habe zwar eine Besserung der Symptomatik bewirkt, eine vollständige Beseitigung der Schmerzen habe indes nicht mehr herbeigeführt werden können. Aufgrund der vorliegenden medizinischen Unterlagen bestehe somit der dringende Verdacht, dass die Berufungsklägerin anlässlich ihrer Behandlung unter der Leitung des Berufungsbeklagten nicht mit der notwendigen ärztlichen Sorgfalt behandelt worden sei, weshalb ihr gegebenenfalls Schadenersatz- und Genugtuungsansprüche zustünden. Es bestehe namentlich der Verdacht einer Fehlinterpretation der damaligen Röntgenbilder, ferner der Verdacht einer Fehldiagnose durch Änderung der ursprünglich korrekten Diagnose sowie der Verdacht, dass die indizierten und zeitgerechten Therapiemassnahmen versäumt worden seien. Damit sei nicht nur die Berufungsklägerin sinnlosem Leiden ausgesetzt sondern auch das Gewebe irreversibel geschädigt worden. Die Verletzung hätte spätestens nach den erfolglos ausgeschöpften konservativen Therapien durch einen Spezialisten beurteilt, begleitet und operativ versorgt werden müssen. Die Berufungsklägerin sei Opfer einer Behandlungskette von Ärzten geworden, welche mit der Pathologie der Schulter nicht sonderlich vertraut seien. Dabei treffe den Berufungsbeklagten die Hauptschuld, da er als Spezialist vom Hausarzt mit der Betreuung der Berufungsklägerin beauftragt worden sei und als solcher die Verantwortung für die Behandlung trage. Die Berufungsklägerin hat ihrer Gesuchseingabe zahlreiche ärztliche Berichte, namentlich auch das erwähnte rheumatologische Gutachten vom September 2003, beigelegt. In tatsächlicher Hinsicht ist zunächst unbestritten und auch rechtsgenügend erstellt, dass die Berufungsklägerin vom Berufungsbeklagten wegen rechtsseitiger Schulterschmerzen von Juni 1997 bis Februar 2000 ärztlich behandelt wurde, so dass vom Bestehen eines privatrechtlichen Behandlungsvertrags zwischen den Parteien auszugehen ist. Was sodann die behauptete

Vertragsverletzung in Form einer sorgfaltspflichtwidrigen Fehlbehandlung angeht, so handelt es sich bei dieser Anspruchsvoraussetzung um eine von der Berufungsklägerin vermutete Tatsache, welche just mit der beantragten Expertise geklärt werden soll, so dass diesbezüglich ein substantiiertes Behaupten genügt. Die Berufungsklägerin hat ausgeführt, dass die persistierenden Schulterschmerzen vermutlich auf ein in Fehlstellung verheiltes Knochenfragment zurückzuführen seien und zu diesem Zweck auf das orthopädische Gutachten von Dr. C. vom 26. September 2003 verwiesen. Ferner hat die Berufungsklägerin den Verdacht einer Fehlinterpretation der Röntgenbilder untermauert mit dem Hinweis auf den Bericht des Berufungsbeklagten vom 02. Juli 1997 und der Feststellung, dass unter anderem eine Dislokation des Tuberculum majus, eine deutliche Kranialisierung und leichte Lateralisierung des abgerissenen Fragments schon auf den früheren Röntgenbildern sichtbar gewesen und durch weitere Röntgenaufnahmen und MRI darstell- und erkennbar geworden sei. Den Verdacht der Fehldiagnose hat die Berufungsklägerin sodann konkretisiert mit der Behauptung, dass der Berufungsbeklagte die ursprünglich korrekte Diagnose einer Abrissfraktur des Tuberculum majus hin zu einem undefinierten Begriff einer "Periarthropathia humeroscapularis chronica" abgeändert habe. Schliesslich hat die Berufungsklägerin auch die Behauptung des Versäumnisses einer adäquaten Behandlung belegt mit dem Hinweis, dass der Berufungsbeklagte ein erstes orthopädisches Konsilium erst drei Jahre nach dem Unfall einberufen habe und dieses ohne Konsequenzen geblieben, namentlich die erforderliche operative Versorgung nicht erfolgt sei. Damit hat die Berufungsklägerin entgegen dem Dafürhalten des Berufungsbeklagten die mögliche Sorgfaltspflichtverletzung zumindest hinreichend substantiiert behauptet. Dass die Berufungsklägerin die Verletzung der Sorgfaltspflicht als Verdacht und nicht als feststehende Tatsache behauptet hat, ist insofern keine Verletzung der Behauptungspflicht, als erst die beantragte Expertise weisen wird, ob der Berufungsbeklagte mit seiner Behandlung die ärztliche Sorgfaltspflicht tatsächlich verletzt hat. Im Weiteren ist das Kantonsgerichtspräsidium mit der Vorinstanz der Auffassung, dass in einem Verfahren auf vorsorgliche Beweisführung, in welchem Hauptgegenstand und einziges Begehren die Anordnung einer ärztlichen Expertise ist, nicht jeder Sachverhaltsabschnitt mit dem Beweisantrag der Anordnung eines ärztlichen Gutachtens zu versehen ist, um der Beweissubstantiierungspflicht zu genügen. Zur Substantiierung des Begehrens um vorsorgliche Beweisführung sind vielmehr die übrigen bereits vorhandenen Beweismittel zu nennen, welche den Bestand des materiellen Anspruchs als glaubhaft erscheinen lassen. Entsprechend hat denn auch die Berufungsklägerin zur Untermauerung des Sachverhalts ihrem Gesuch insgesamt 46 medizinische Berichte beigelegt.

E. 4

Als Folge der behaupteten Fehlbehandlung durch den Berufungsbeklagten macht die Berufungsklägerin geltend, dass ihr "gegebenenfalls Schadenersatz- und Genugtuungsansprüche zustehen". Der Schaden, materieller oder immaterieller Natur, ist als weitere Anspruchsvoraussetzung von der Berufungsklägerin glaubhaft zu machen. So hat das Bundesgericht mit Urteil vom 05. November 2012 explizit festgehalten, dass der Schaden als Teil des materiellrechtlichen Anspruchs im Verfahren auf vorsorgliche Beweisführung glaubhaft zu machen ist und dass ein Gesuch, das diesen Anforderungen nicht genügt, als aussichtslos zu qualifizieren d.h. abzuweisen ist (BGer 4A.488/2012 E. 2.4). Die Berufungsklägerin wendet ein, dass der Gesundheitsschaden gerade durch die beantragte Expertise quantifiziert werden müsse, so dass diesbezüglich keine näheren Angaben gemacht werden könnten. Soweit es um die Ursache des Gesundheitsschadens

geht, ist der Berufungsklägerin beizupflichten, der Gesundheitsschaden ist indessen nicht der zivilrechtliche Schaden, sondern vielmehr dessen Ursache. Der Schaden im Rechtssinne knüpft allein am ökonomisch messbaren an und ist daher immer Vermögensschaden (I. Schwenzer, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Bern 2009, N. 14.03, S. 77). Dieser Vermögensschaden ist indessen nicht Gegenstand der beantragten ärztlichen Expertise und muss daher glaubhaft gemacht werden. Auch wenn die genaue Bezifferung des Schadens - namentlich der entgangene (künftige) Gewinn - erst nach Vorliegen einer ärztlichen Einschätzung über die künftige Entwicklung des Gesundheitsschadens möglich ist, so kann zumindest der bis anhin entstandene Schaden durchaus näher spezifiziert und beziffert werden. In casu kämen allenfalls von der Berufungsklägerin getragene Heilungskosten, Verdienstausfälle oder ein Haushaltsschaden in Frage. Die Berufungsklägerin hat jedoch zur Frage des Schadens einzig vorgebracht, dass ihr "allenfalls Schadenersatz- und Genugtuungsansprüche" zustünden. Damit wird nicht einmal ausreichend behauptet, dass tatsächlich ein Schaden entstanden ist, geschweige denn unter welchem Titel und in welcher Höhe. Entgegen dem Dafürhalten der Berufungsklägerin ist es auch keineswegs gerichtsnotorisch, dass irreversible Schäden an der Schulter geldwerte Einschränkungen in Beruf und Haushalt zur Folge haben. Auch in Bezug auf einen möglichen Genugtuungsanspruch hat die Berufungsklägerin keine Angaben zu Dauer und Umfang der durch den Gesundheitsschaden bedingten Schmerzen gemacht und mit keinem Wort ausgeführt, weshalb die Zusprechung einer Genugtuung gerechtfertigt sein soll. Damit gelangt das Kantonsgerichtspräsidium mit der Vorinstanz zur Auffassung, dass die Berufungsklägerin den Schaden als notwendiges Element des materiellen Anspruchs nicht rechtsgenügend glaubhaft gemacht hat, so dass ein schutzwürdiges Interesse an der beantragten vorsorglichen Beweisführung zu verneinen ist. Was sodann den Einwand angeht, die beantragte Expertise sei - aufgrund der kantonsgerichtlichen Beschränkung - ohnehin ein untaugliches Mittel für die klägerischen Zwecke, so erscheint die vorinstanzliche Argumentation nicht durchwegs nachvollziehbar. Die Frage kann aber bei der vorliegenden Sachlage offen bleiben, ebenso wie die Frage, ob und wieweit die gestellten Gutachterfragen zulässig sind.

E. 5

Die Berufungsklägerin rügt schliesslich die vorinstanzliche Bemessung der ihr auferlegten Parteientschädigung. Gemäss § 2 Abs. 1 der Tarifordnung für die Anwältinnen und Anwälte (TO; SGS 178.112) berechnet sich in Verfahren betreffend Anordnung einer vorsorglichen Expertise die Parteientschädigung nach dem anwaltlichen Zeitaufwand. Der dabei zu berücksichtigende Ansatz beträgt gemäss § 3 Abs. 1 TO zwischen CHF 180.00 und CHF 350.00 pro Stunde je nach Schwierigkeit und Bedeutung der Sache, der damit verbundenen Verantwortung und der persönlichen und finanziellen Verhältnisse der zahlungspflichtigen oder der auftraggebenden Person. Die Berufungsklägerin beanstandet zu Recht weder die Berechnung nach Zeitaufwand noch den veranschlagten Stundenansatz, sondern macht einzig geltend, der vom Rechtsvertreter des Berufungsbeklagten in Rechnung gestellte Aufwand von 51.35 Stunden sei übertrieben. Objektiv geboten und gerechtfertigt sei maximal ein Drittel dieses Aufwandes. Gemäss bundesgerichtlicher Praxis gilt der Grundsatz, dass die Parteientschädigung nur den objektiv erforderlichen Vertretungsaufwand umfassen soll (BGer 9C_331/2008 vom 04. September 2008 E. 3.2). Allerdings ist dem erstinstanzlichen Gericht bei der Bemessung der Entschädigung ein weiter Ermessensspiel einzuräumen, wobei das Abstellen auf die den jeweiligen Zeitaufwand detailliert ausweisende Honorarnote des Rechtsvertreters grundsätzlich als

sachgerecht erscheint (BGer 9C_178/2011 vom 20. Mai 2011 E. 3.4.1 und 3.4.3). Der Berufungsbeklagte hat der Vorinstanz zwei detaillierte Honorarnoten eingereicht, welche über jede einzelne Bemühung im Rahmen des Mandates Aufschluss geben. Auf diese Honorarnoten hat die Vorinstanz bei der Bemessung der Parteientschädigung abgestellt, was - wie erwähnt - grundsätzlich sachgerecht ist. Es wäre nun Sache der Berufungsklägerin, sich mit den einzeln ausgewiesenen Bemühungen auseinanderzusetzen und darzulegen, inwiefern konkrete Aufwandsposten nicht gerechtfertigt sein sollen. Dies hat sie indes nicht getan, sondern lediglich in allgemeiner Weise einen zu hohen Aufwand gerügt mit dem Hinweis, die Eingaben des beklagtischen Rechtsvertreters seien weitschweifig und unnötig gewesen. Die Rechtsschriften des Rechtsvertreters des Berufungsbeklagten sind zwar in der Tat teilweise umfangreicher als die Eingaben des klägerischen Rechtsvertreters, was indes nicht zwingend als Indiz für unnötige Weitschweifigkeit zu qualifizieren ist. Die im vorliegenden Gesuchsverfahren anwendbare Dispositions- und Eventualmaxime gebot im Hinblick auf die anwaltliche Sorgfaltspflicht vielmehr, zu allen klägerischen Vorbringen Stellung zu nehmen und alle möglichen Einwendungen vorzubringen. So konnte sich der beklagtische Rechtsvertreter nicht darauf beschränken, die Abweisung des Gesuchs zu beantragen, sondern musste sich auch für den Fall der Gutheissung mit den einzelnen Expertenfragen und folglich auch mit den umfangreichen medizinischen Unterlagen auseinandersetzen. Entgegen dem Dafürhalten der Berufungsklägerin sind aus den Akten auch keine unnötigen Eingaben des Beklagtenanwalts ersichtlich. Sämtliche Rechtsschriften wurden gerichtlich angeordnet und sind daher nicht von ihm zu verantworten, ebenso wenig wie das Rechtsmittelverfahren ans Kantonsgericht. Insgesamt erscheint der Aufwand zwar hoch, gemessen an den erwähnten Umständen bewegt er sich aber noch innerhalb des vorinstanzlichen Ermessensspielraumes, weshalb sich das Kantonsgerichtspräsidium nicht veranlasst sieht, korrigierend einzugreifen.

E. 6

Aus den obigen Erwägungen erhellt, dass die Berufung in Bestätigung des angefochtenen Entscheids vollumfänglich abzuweisen ist. Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend sind der Berufungsklägerin in Anwendung von Art. 106 Abs. 1 i.V. mit Art. 95 Abs. 1 ZPO die Kosten des Berufungsverfahrens wie auch eine angemessene Parteientschädigung zu Gunsten des Berufungsbeklagten aufzuerlegen. Die Gerichtsgebühr ist gestützt auf § 9 Abs. 1 i. V. mit § 8 Abs. 2 lit. a der Verordnung über die Gebühren der Gerichte (GebT, SGS 170.31) sowie unter Berücksichtigung der Komplexität des Falles und des gerichtlichen Arbeits- bzw. Zeitaufwandes auf pauschal CHF 3'000.00 festzulegen. Nachdem der Rechtsvertreter des Berufungsbeklagten seinen Bemühungsaufwand im vorliegenden Berufungsverfahren nicht ausgewiesen hat, ist die Parteientschädigung gemäss § 18 Abs. 1 TO nach Ermessen festzulegen. Das Kantonsgerichtspräsidium erachtet in casu einen Parteikostenersatz auf der Basis eines Zeitaufwandes von 10 Stunden à CHF 300.00/h sowie einer Auslagenpauschale von CHF 100.00 für angemessen.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.