

# ZH\_OBERGERICHT LF140054 vom 3. März 2015

ZH Obergericht, 2015-03-03, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LF140054](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LF140054)

FR: ZH\_OBERGERICHT LF140054 du 3 mars 2015

IT: ZH\_OBERGERICHT LF140054 del 3 marzo 2015

## Erwägungen

### E. 1

Sachverhalt und Prozessgeschichte

#### E. 1.1

Am 9. Juni 2008 liess sich die Gesuchstellerin und Berufungsklägerin (fortan Berufungsklägerin) im Universitätsspital C.\_\_\_\_\_ eine Niere entnehmen, um sie ihrem Bruder zu spenden. Bei der Gesuchsgegnerin und Berufungsbeklagten (fortan Berufungsbeklagte) handelt es sich um die Versicherung des Universitäts- spitals C.\_\_\_\_\_, bei welcher Spender für Gesundheitsschädigungen, verursacht durch den klinischen Eingriff (Entnahme von Organen, Geweben und Zellen), ver- sichert sind (act. 4/2). Nach Darstellung der Berufungsklägerin traten nach der Nierenspende diverse gesundheitliche Beschwerden in physischer und psychi-

- 4 - scher Hinsicht auf (insbesondere eine erhebliche Einschränkung der körperlichen Leistungsfähigkeit und ein anhaltender Erschöpfungszustand), an welchen sie noch heute leide (act. 1 S. 3 f.). Am 11. Januar 2013 gaben die Parteien beim Universitätsklinikum Freiburg einvernehmlich ein medizinisches Gutachten über den Kausalzusammenhang zwischen der Nierenspende und den geklagten Be- schwerden in Auftrag, welches am 27. März 2013 erstattet wurde. Das Fachinter- nistisch/Nephrologische Gutachten kommt zusammengefasst zum Schluss, es lä- gen keine somatischen Beschwerden vor, die sich mit hinreichender Sicherheit auf die Nierenspende zurückführen liessen und nicht über regelhaft zu erwartende Folgen einer Nierenspende hinausgingen, wobei eine genaue Einordnung der psychischen Beschwerden einem psychosomatischen Gutachten vorbehalten bleiben solle (act. 4/3 S. 9).

#### E. 1.2

Mit Eingabe vom 26. März 2014 stellte die Berufungsklägerin beim Einzelge- richt Audienz am Bezirksgericht Zürich (fortan Vorinstanz) ein Gesuch um vor- sorgliche Beweisführung nach Art. 158 ZPO mit dem eingangs wiedergegebenen Antrag (act. 1). Mit Urteil vom 2. Juni 2014 entschied die Vorinstanz gemäss dem einleitend angeführten Dispositiv (act. 19 = act. 22 = act. 24).

#### E. 1.3

Dagegen erhob die Berufungsklägerin am 13. Juni 2014 fristgerecht Beru- fung und stellte die vorstehenden Anträge (act. 23). Mit Verfügung vom 4. Juli 2014 wurde der Berufungsklägerin Frist zur Leistung eines Vorschusses für die Kosten des Berufungsverfahrens angesetzt (act. 26). Der Kostenvorschuss ging fristgerecht ein (act. 28). Am 11. August 2014 und am 16. September 2014 reichte die Berufungsklägerin jeweils eine weitere Eingabe sowie neue Beilagen ein (act. 29; act. 30/27; act. 31; act. 32/28-30).

Mit Verfügung vom 13. Oktober 2014 wurde der Berufungsbeklagten Frist angesetzt, um die Berufung zu beantworten (act. 33). Die Berufungsantwort ging fristgerecht bei der Kammer ein und wurde der Berufungsklägerin am 4. November 2014 zur Kenntnis gebracht (act. 35; act. 37). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 1-20). Das Verfahren ist spruchreif.

- 5 -

## **E. 2**

Prozessuale Vorbemerkungen Auf Verfahren betreffend vorsorgliche Beweisführung gelangen die Bestimmungen über die vorsorglichen Massnahmen zur Anwendung (Art. 158 Abs. 2 ZPO). Entsprechend ist gegen Entscheide über die vorsorgliche Beweisführung die Berufung zulässig, sofern in vermögensrechtlichen Streitigkeiten der Streitwert von Fr. 10'000.– erreicht wird (Art. 308 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 ZPO). Massgebend ist der Streitwert der Hauptsache (vgl. OGer ZH LF130054 vom 17. Oktober 2013 Erw. 2.3. m.w.H.). Vorliegend ist aufgrund der Angaben der Berufungsklägerin von einem Streitwert von Fr. 150'000.– auszugehen (vgl. act. 6 S. 2), womit das Rechtsmittel der Berufung gegeben ist. Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Sachverhaltsfeststellung gerügt werden (Art. 310 ZPO). Es gilt die Rüge- bzw. Begründungsobliegenheit, was bedeutet, dass die Berufung führende Partei sich mit den Erwägungen der Vorinstanz im Einzelnen auseinander zu setzen und konkret aufzuzeigen hat, was am angefochtenen Urteil oder am Verfahren des Bezirksgerichts falsch war (BGE 138 III 374 Erw. 4.3.1). Noven sind im Berufungsverfahren nur noch zulässig, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Behauptungen, die bereits vor Vorinstanz hätten vorgebracht werden können, sind demnach grundsätzlich unbeachtlich. Dies trifft nicht zu auf die Ausführungen der Berufungsbeklagten zu der im erstinstanzlichen Verfahren eingereichten Stellungnahme der Berufungsklägerin vom 26. Mai 2014 (act. 17). Diese Eingabe wurde der Berufungsbeklagten erst mit dem Endentscheid der Vorinstanz zur Kenntnis gebracht, weshalb sich die Berufungsbeklagte im vorinstanzlichen Verfahren nicht dazu äussern konnte. Die diesbezüglichen neuen Vorbringen der Berufungsbeklagten sind im Berufungsverfahren entsprechend zu berücksichtigen.

## **E. 3**

Zur Berufung

### **E. 3.1**

Das Gericht nimmt gestützt auf Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO jederzeit Beweis ab, wenn die gesuchstellende Partei eine Gefährdung der Beweismittel oder ein schutzwürdiges Interesse glaubhaft macht. Wie bereits die Vorinstanz zutreffend ausführte, wird (gemäss der Botschaft) mit dem Begriff des schutzwürdigen Inte-

- 6 - resses auf die Möglichkeit Bezug genommen, eine vorsorgliche Beweisführung auch zur Abklärung der Beweis- und Prozessaussichten durchzuführen. Diese Möglichkeit soll dazu beitragen, aussichtslose Prozesse zu vermeiden (BGer 4A\_589/2013 vom 10. April 2014 Erw. 2.3.1.; BGE 140 III 24 Erw. 3.2.1.; BGE 140 III 16 Erw. 2.2.1.; BGE 138 III 76 Erw. 2.4.2.; jeweils mit Hinweis auf BBL 2006 7221, S. 7315).

### **E. 3.2**

Die Vorinstanz erachtete die Voraussetzung des schutzwürdigen Interesses als nicht gegeben. Sie erwog im Wesentlichen, das bereits vorhandene Gutachten des Universitätsklinikums Freiburg samt Ergänzungsbericht von Prof. Dr. med. D. \_\_\_\_\_ vermöge der Berufungsklägerin einen klaren Aufschluss zu geben über alle sie interessierenden Fragen. Nachdem ein durchaus beweistaugliches aktuelles Gutachten bereits vorliege, sei das schutzwürdige Interesse an einem Zweit- oder Obergutachten, wie es die Berufungsklägerin beantrage, nicht gegeben und das Gesuch abzuweisen (act. 19 = act. 22 = act. 24 S. 4 f.).

### **E. 3.3**

Die Berufungsklägerin hält in der Berufung an ihrem gegenteiligen Standpunkt fest. Sie macht im Wesentlichen geltend, das vorliegende Gutachten des Universitätsklinikums Freiburg sei nicht beweistauglich, da konkrete Indizien gegen dessen Zuverlässigkeit sprächen. So werde im Gutachten festgehalten "Schilddrüse nicht verhärtet/vergrössert tastbar, schluckverschieblich". Gemäss dem Arztbericht von Dr. med. E. \_\_\_\_\_, Ärztin für Nuklearmedizin, vom 22. August 2013 bestehe bei der Berufungsklägerin indes eine massiv verkleinerte Schilddrüse, wobei das minimale Restgewebe nicht mehr tastbar sei. Bereits dies lasse den Schluss zu, dass das Gutachten des Universitätsklinikums Freiburg vom 27. März 2013 nicht mit der gehörigen Sorgfalt erstellt worden sei. Die Einschätzung des Gutachters stehe zudem im Widerspruch zu den Feststellungen weiterer Fachpersonen. Ausserdem seien die nach der Nierenspende geklagten und stets zunehmenden psychischen Beschwerden bislang weder hinreichend vertieft noch per Gutachten abgeklärt worden. Schliesslich sei zu berücksichtigen, dass es sich beim vorliegenden Gutachten um ein Privatgutachten handle, dessen Beweiswert nicht über eine Parteibehauptung hinausgehe. Einem gerichtlich eingeholten Gutachten komme hingegen ein eigentlicher Beweiswert zu. Anhand des Gutachtens

- 7 - könne eine eigentliche Abklärung der Prozessaussichten im Allgemeinen und der Beweisaussichten im Besonderen daher nicht erfolgen. Auch die übrigen aktenkundigen Arzt- und Spitalberichte würden eine Abklärung der Prozess- und Beweisaussichten nicht ermöglichen. Für eine solche Abklärung sei die Einholung eines zweiten – polydisziplinären – Gutachtens unumgänglich (act. 23 S. 4 ff.).

### **E. 3.4**

Die Berufungsbeklagte vertritt in ihrer Berufungsantwort wie bereits vor Vorinstanz die Ansicht, die Berufungsklägerin habe keinen materiellen Anspruch gegen die Berufungsbeklagte glaubhaft machen können. Die Berufungsbeklagte hafte als Versicherung nur für durch die Entnahme von Organen verursachte Gesundheitsschädigungen, die innert 12 Monaten von der Spende an ärztlich festgestellt worden seien. Aus dem bereits vorliegenden, gemeinsam eingeholten unabhängigen Gutachten des Universitätsklinikums Freiburg ergebe sich klar, dass die Berufungsklägerin an keinen Gesundheitsschädigungen leide, die durch die Organentnahme verursacht (abgesehen allenfalls von Narbenschmerzen, die von der Versicherungsdeckung ausdrücklich ausgeschlossen seien) und während der relevanten Zeit ärztlich festgestellt worden seien. Beim Gutachten des Universitätsklinikums Freiburg sowie der ergänzenden Stellungnahme handle es sich weiter nicht um bloss einseitige Parteigutachten. Weil sie von den Parteien gemeinsam mit einem gemeinsamen Fragenkatalog in Auftrag gegeben worden seien, stellten sie vielmehr eigentliche Beweismittel dar. Entgegen den Vorbringen

der Berufungsklägerin seien die bereits vorliegenden Beweismittel für alle relevanten Fragen beweistauglich. Insbesondere werde auch die Frage des Kausalzusammenhangs zwischen der Nierenentnahme und den psychischen Beschwerden der Berufungsklägerin nicht nur im unabhängigen Gutachten des Universitätsklinikums Freiburg, sondern bereits im Bericht des Universitätsspitals C.\_\_\_\_\_ vom 19. November 2008 behandelt (act. 35 S. 6 ff.).

### **E. 3.5**

Zur Bejahung eines schutzwürdigen Interesses an einer vorsorglichen Beweisführung 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. Das schutzwürdige Interesse ist gemäss Bundesgerichtspraxis dann

- 8 - zu verneinen, wenn sich das beantragte Beweismittel als untauglich erweist, muss doch das vorsorglich abgenommene Beweismittel in einem allfälligen Hauptprozess verwertet werden können. Kein schutzwürdiges Interesse an einer vorsorglichen Beweisführung besteht sodann, wenn es der gesuchstellenden Partei lediglich darum geht, ein bereits vorliegendes, beweistaugliches Gutachten mit einem weiteren Gutachten in Frage zu stellen (BGer 4A\_589/2013 vom 10. April 2014 Erw. 2.3.2.; BGE 140 III 24 Erw. 3.2.2.; jeweils mit Hinweis auf BGE 140 III 16 Erw. 2.2.2.).

### **E. 3.6**

Die Berufungsklägerin reichte als Beilage mehrere ärztliche Schreiben sowie zwei Berichte des Universitätsspitals C.\_\_\_\_\_ vom 6. August 2008 und 19. November 2008 ein (act. 4/6-7). Ausserdem erstellte das Universitätsklinikum Freiburg am 27. März 2013 wie erwähnt auf Antrag beider Parteien ein Fachinternistisches/Nephrologisches Gutachten zur Frage des natürlichen Kausalzusammenhangs zwischen den von der Berufungsklägerin geltend gemachten Beschwerden und der Nierenspende (act. 4/3). Das Bundesgericht hielt in seiner jüngsten Rechtsprechung fest, die vorsorgliche Beweisführung solle nicht bloss eine vage Abschätzung der Prozesschancen ermöglichen, sondern eine eigentliche Abklärung der Prozessaussichten im Allgemeinen und der Beweisaussichten im Besonderen. Eine hinreichende Klärung der Prozessaussichten könne dabei nur mit der vorsorglichen Abnahme von Beweismitteln erreicht werden, welche sich auch eignen, im Beweisverfahren eines allfälligen Hauptprozesses eine tragende Rolle zu spielen, was ganz besonders gelte, wenn solche Klärung eine Expertise erfordere. Gutachten, die von einer anderen Behörde in Auftrag gegeben und in einem anderen Verfahren erstattet worden seien (sog. Fremdgutachten) dürfe der Zivilrichter als gerichtliche Gutachten i.S.v. Art. 183 ff. ZPO berücksichtigen. Fremdgutachten seien mithin ebenso beweistauglich wie die vom Zivilrichter selbst eingeholten Gutachten, wobei sich ihre Beweiskraft selbstverständlich nach dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung (Art. 157 ZPO) richte und ein neues Gutachten zu denselben Gutachterfragen angeordnet werden könne, wenn die Feststellungen und Schlussfolgerungen eines Fremdgutachtens einer kritischen Würdigung nicht standhielten. Demgegenüber genügten bloss Privatgutachten – zu denen auch medizinische Stellungnahmen (Arztzeugnisse, fachärztliche Be-

- 9 - richte etc.) gehören – nicht, um die Prozesschancen zuverlässig abklären zu können, da diese als Bestandteil der Parteivorbringen und nicht als eigentliche Beweismittel gälten (BGE 140 III 24 Erw. 3.3.3.).

### **E. 3.6.1**

Bei dem Gutachten des Universitätsklinikums Freiburg am 27. März 2013 handelt es sich um ein Privatgutachten. Verfügt die gesuchstellende Partei lediglich über ein Privatgutachten, besteht nach der zitierten Bundesgerichtspraxis grundsätzlich nach wie vor ein schutzwürdiges Interesse an der vorsorglichen Abnahme eines gerichtlichen Gutachtens. Eine Ausnahme ist allerdings dann zu machen, wenn der private Gutachter von beiden Parteien gemeinsam beauftragt wurde und unabhängig und sorgfältig ist, zumal das auf diese Weise erstellte Gutachten nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung einem gerichtlichen Gutachten gleichgestellt wird (OGer ZH LF110134 vom 11. April 2012 Erw. 7.2 mit Hinweis auf Fellmann, Die vorsorgliche Beweisführung nach der schweizerischen Zivilprozessordnung, in: Fellmann/Weber, Haftpflichtprozess 2010, S. 112 mit Hinweis auf BGE 86 II 129 Erw. 3). Das Universitätsklinikum Freiburg wurde unbestrittenermassen von beiden Parteien gemeinsam mit der Erstellung des Gutachtens beauftragt. Die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Sachverständigen wurde im vorinstanzlichen Verfahren von keiner Seite in Frage gestellt. Der mit Eingabe vom 16. September 2014 neu vorgetragene Einwand der Berufungsklägerin, bei Gutachterstellen, die selbst Nierentransplantationen durchführten, bestehe stets die Gefahr einer Interessenkollision (act. 31 S. 3), stellt ein unzulässiges Novum dar, welches im Berufungsverfahren grundsätzlich unbeachtlich ist (vgl. Erw. 2.). Allein der Umstand, dass am Universitätsklinikum Freiburg Nierentransplantationen durchgeführt werden, vermöchte die Unabhängigkeit der Gut-

- 10 - achterstelle denn auch nicht in Frage zu stellen. Die Berufungsklägerin hat weder im vorinstanzlichen Verfahren noch im Berufungsverfahren konkrete Beanstandungen bzw. Befangenheitsgründe gegenüber den Gutachterpersonen genannt. Gemäss den unbestritten gebliebenen Ausführungen der Berufungsbeklagten wurde das Universitätsklinikum Freiburg vielmehr auf ausdrücklichen Wunsch der Berufungsklägerin hin als Gutachterstelle bestimmt (act. 13 S. 12). Der Einwand der Berufungsklägerin erweist sich auch vor diesem Hintergrund als nicht stichhaltig, zumal sie nicht geltend macht, dass das Universitätsklinikum Freiburg selbst Nierentransplantationen durchführe, sei ihr bei der Auswahl der Gutachterstelle nicht bekannt gewesen. Es darf daher davon ausgegangen werden, dass die gemeinsam bestellte Gutachterstelle die ihr unterbreiteten Fragen wie ein gerichtlicher Sachverständiger als unabhängige und unparteiische Expertin beurteilte.

### **E. 3.6.2**

Eine erneute Begutachtung käme unter diesen Umständen nur dann in Betracht, wenn der Gesuchsteller glaubhaft macht, dass das Gutachten unsorgfältig erstellt wurde, widersprüchlich oder sonst unrichtig ist (vgl. auch Isaak Meier, Vorsorgliche Beweisführung zur Wahrung eines schutzwürdigen Interesses in SJZ 110/2014 S. 309, 316). Die Berufungsklägerin bringt in ihrer Berufungsschrift wie auch im vorinstanzlichen Verfahren vor, das Gutachten enthalte klare Indizien, die gegen dessen Zuverlässigkeit sprächen, so dass nicht darauf abgestellt werden könne. Konkret werde im Gutachten festgehalten "Schilddrüse nicht verhärtet/vergrössert tastbar, schluckverschieblich", obschon Dr. med. E. \_\_\_\_\_, Ärztin für Nuklearmedizin, in ihrem Arztbericht vom 22. August 2013 (act. 4/4) festgehalten habe, die Schilddrüse der Berufungsklägerin sei nicht tastbar. Zudem würden die Erkenntnisse des Gutachtens durch widersprechende Feststellungen anderer Fachpersonen in Frage gestellt (act. 1 S. 6; act. 23 S. 8 f.). Im Gutachten wird lediglich festgestellt, die Schilddrüse sei "nicht [...] vergrössert tastbar,

schluckverschieblich". Inwieweit dieser Befund im Widerspruch zu dem von der Berufungsklägerin angeführten Arztbericht von Dr. med. E.\_\_\_\_\_ steht, wonach eine massiv verkleinerte Schilddrüse bestehe, deren Restgewebe nicht tastbar sei (act. 4/4), ist nicht ersichtlich. Selbst wenn die Schilddrüse unzu- treffenderweise als schluckverschieblich bezeichnet worden sein sollte, ist nicht

- 11 - einzusehen und wird von der Berufungsklägerin auch nicht geltend gemacht, inwiefern dies einen Einfluss auf die vom Gutachter zu beantwortenden Fragen gehabt hätte. Der entsprechende Einwand der Berufungsklägerin vermag die Zuverlässigkeit des Gutachtens daher nicht in Frage zu stellen. Mit Eingabe vom 11. August 2014 reichte die Berufungsklägerin einen Artikel von Dr. med. F.\_\_\_\_\_ mit dem Titel "Transplantation: Lebendnierenspende komplikationsreich, aber meist zufriedenstellend" als neue Beilage ins Recht (act. 30/27). Die Berufungsklägerin macht geltend, sie habe den Artikel erst am Tag der Eingabe zur Kenntnis genommen. Dessen Veröffentlichung auf der Website [www.pabst-publishers.de](http://www.pabst-publishers.de) datiert vom 6. August 2014. Da diesem jedoch keine Entscheide relevanz zukommt, kann offen bleiben, ob es sich dabei um ein zulässiges Novum handelt. Die Berufungsklägerin beruft sich darauf, gemäss Ausführungen von Dr. med. F.\_\_\_\_\_ würden etwa 10 % der Lebendnierenspenden seit der Operation unter chronischer Müdigkeit leiden, ohne dass es dafür eine medizinische Erklärung gebe. Dass der Gutachter festgehalten habe, es gebe für die chronische Müdigkeit der Berufungsklägerin keine körperlichen Anhaltspunkte, ohne auf diesen Umstand hinzuweisen, zeige, dass er entweder zu wenig sachkundig gewesen sei, oder aber wesentliche Fakten unterschlagen habe (act. 29). Auch dieser Einwand vermag das Gutachten nicht in Zweifel zu ziehen. Der Gutachter hatte die Frage zu beantworten, ob die von der Berufungsklägerin geltend gemachten Beschwerden mit hinreichender Wahrscheinlichkeit auf die Nierenspende zurückgeführt werden können. Dies hat er getan, indem er festhielt, es lägen keine somatischen Beschwerden vor, die sich mit hinreichender Sicherheit auf die Nierenspende zurückführen liessen (act. 4/3 S. 9). Ob eine Nierenspende an sich geeignet ist, eine chronische Müdigkeit zu verursachen, ist dagegen eine Frage des adäquaten Kausalzusammenhangs, die als Rechtsfrage vom Gericht zu entscheiden ist. Dass der Gutachter sich nicht dazu äusserte, dass eine chronische Müdigkeit – wie von der Berufungsklägerin geltend gemacht – als Folge einer Nierenspende auftreten kann, lässt das Gutachten nicht als unsorgfältig erscheinen, zumal ihm auch keine entsprechende Frage unterbreitet wurde. Der Berufungsklägerin ist es jedoch unbenommen, den angerufenen Artikel zur Abschätzung ihrer Beweis- und Prozessrisiken angemessen zu berücksichtigen.

- 12 - Mit Eingabe vom 16. September 2014 macht die Berufungsklägerin sodann unter Hinweis auf ein neu eingereichtes Schreiben von Rechtsanwalt G.\_\_\_\_\_ vom 10. September 2014 (act. 32/28) sowie einen Artikel aus der Zeitschrift "Der medizinische Sachverständige" in der Ausgabe Mai/Juni 2014 (act. 32/29) weitere Einwendungen gegen das Gutachten des Universitätsklinikum Freiburg geltend (act. 31). Weshalb die Berufungsklägerin die erwähnten Dokumente nicht schon im vorinstanzlichen Verfahren beibringen konnte, legt sie nicht dar. Das Schreiben von Rechtsanwalt G.\_\_\_\_\_ datiert zwar vom 10. September 2014 und wurde damit erst nach dem vorinstanzlichen Entscheid erstellt. Es ist jedoch nicht ersichtlich, weshalb es der Berufungsklägerin nicht möglich gewesen sein sollte, Rechtsanwalt G.\_\_\_\_\_ bereits zu einem früheren Zeitpunkt zu konsultieren, wenn sie der Ansicht war, die daraus gewonnenen Erkenntnisse seien für ihren

Stand- punkt im Verfahren nützlich. Damit ist nicht dargetan, dass die Berufungsklägerin die genannten Urkunden sowie die darauf basierenden neuen Behauptungen trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorbringen konnte (Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO). Entsprechend können diese im Berufungsverfahren nicht be- rücksichtigt werden. Dass vom Gutachten abweichende Meinungen anderer Fachpersonen vor- liegen, begründet – wie die Vorinstanz zutreffend erkannte – sodann kein schutz- würdiges Interesse an der vorsorglichen Einholung eines weiteren Gutachtens. Ein weiteres Gutachten vermöchte die Tatsache, dass bereits widersprüchliche Diagnosen vorliegen, denn auch nicht zu beseitigen (BGer 4A\_589/2013 vom 10. April 2014 Erw. 2.5.). Das Gutachten des Universitätsklinikums Freiburg ba- siert auf einer vollständigen Anamneseerhebung sowie einer gründlichen Unter- suchung. Die von den Gutachtern gemachten Ausführungen und gezogenen Schlüsse sind aufgrund der Akten nachvollziehbar. Das vorliegende Gutachten des Universitätsklinikums Freiburg ist damit grundsätzlich als beweistaugliches Gutachten zu werten. Soweit dieses die Fragen beantwortet, welche die Beru- fungsklägerin in ihrem Gesuch formuliert, ist der Berufungsklägerin daher ein schutzwürdiges Interesse an einem weiteren Gutachten abzusprechen.

- 13 -

### **E. 3.7**

Der von der Berufungsklägerin im vorinstanzlichen Verfahren eingereichte Fragenkatalog entspricht im Wesentlichen den im Gutachten des Universitätskli- nikums Freiburg bereits behandelten Fragestellungen. Die Berufungsklägerin macht denn auch nichts anderes geltend (vgl. act. 1 S. 11). Soweit die Berufungs- klägerin mit ihrer Eingabe vom 16. September 2014 im Berufungsverfahren neu verlangt, dem Gutachter sei auch der mit der Eingabe eingereichte neue Fragen- katalog zu unterbreiten (act. 31 S. 2 m.H. auf act. 32/30), liegt ein neuer Antrag vor. Als solcher ist er im Berufungsverfahren nur zulässig, wenn er auf neuen Tat- sachen und Beweismitteln beruht (Art. 317 Abs. 2 lit. b). Vorausgesetzt ist, dass zulässige Noven im Sinne von Art. 317 Abs. 1 ZPO vorliegen (Peter Volkart, DIK- E-Komm-ZPO, Art. 317 N 18). Da dies wie vorstehend ausgeführt nicht der Fall ist, ist der Antrag, dem Gutachter seien weitere Fragen zu unterbreiten, im Beru- fungsverfahren unzulässig und entsprechend nicht zu berücksichtigen.

### **E. 3.8**

Mit Bezug auf die Vollständigkeit des Gutachtens macht die Berufungskläge- rin in ihrer Berufung im Übrigen geltend, die nach der Nierenspende geklagten und stets zunehmenden psychischen Beschwerden seien bislang weder hinrei- chend vertieft noch per Gutachten abgeklärt worden (act. 23 S. 8). Der Beru- fungsklägerin ist insoweit zuzustimmen, als das Gutachten des Universitätsklini- kums Freiburg keine psychiatrische Fachdisziplin umfasst. Dieses ist als "Fachin- ternistisch/Nephrologisches Gutachten" bezeichnet und wurde von der Abteilung Innere Medizin, Nephrologie und Allgemeinmedizin erstellt (act. 4/3). Zutreffend ist auch der Hinweis der Berufungsklägerin, die psychischen Folgen der Nieren- spende seien im Gutachten des Universitätsklinikums Freiburg nicht vertieft abge- klärt und eine genauere Beurteilung einem psychosomatischen Gutachten vorbe- halten worden (act. 4/3 S. 7 und S. 9).

#### **E. 3.8.1**

Die blosser Behauptung eines Bedürfnisses, Beweis- und Prozessaussich- ten abzuklären, genügt zur Glaubhaftmachung eines schutzwürdigen Interesses an einer vorsorglichen

Beweisführung jedoch nicht. Wie ausgeführt hat der Gesuchsteller zur Bejahung eines schutzwürdigen Interesses glaubhaft zu machen, dass ihm das materielle Recht einen Anspruch gegen den Gesuchsgegner gewährt. Lediglich für Tatsachen, die mit dem vorsorglich abzunehmenden Beweis-

- 14 - mittel bewiesen werden sollen, wird keine eigentliche Glaubhaftmachung verlangt. Diese sind aber zumindest substantiiert und schlüssig zu behaupten (BGer 4A\_322/2012 Erw. 2.2.1.; BGE 140 III 24 Erw. 3.3.4.). Der Anspruch auf vorsorgliche Beweisführung setzt sodann eine hinreichende Substantiierung des Beweisthemas voraus. Da im Stadium einer vorsorglichen Beweisführung vor Einleitung des Hauptprozesses das Prozessthema noch nicht abschliessend herausgeschält ist, liegt es primär in der Verantwortung des Gesuchstellers, dem Gericht die erforderlichen Angaben zum Sachverhalt zu machen und den Umfang der beantragten Beweisführung zu bestimmen (ZK ZPO-Fellmann, 2. Aufl. 2013, Art. 158 N 20). Verlangt der Gesuchsteller die Einholung eines Gutachtens, obliegt es in erster Linie ihm, dem Gericht die Fragen zu unterbreiten, die dem Experten zu stellen sind (BGE 140 III 16 Erw. 2.2.2 m.w.H.). Nicht zulässig sind sogenannte Beweisausforschungsbegehren (ZK ZPO-Fellmann, 2. Aufl. 2013, Art. 158 N 17a). Die Behauptungen, die mit dem beantragten Beweis bewiesen werden sollen, müssen daher hinlänglich konkret vorgebracht werden, um den Ausforschungsbeweis auszuschliessen (BK ZPO-Brönnimann, Art. 158 N 14 m.H. auf BGer 4A\_269/2011 vom 10. November 2011 Erw. 3.3. zu § 135 ZPO/ZH; Schweizer, ZZZ 2010 S. 12 f.; Johann Zürcher, DIKE-Komm-ZPO, Art. 158 N 11).

### **E. 3.8.2**

Die Berufungsklägerin beantragt die Einholung eines medizinischen Gutachtens zur Frage, ob die von ihr geklagten und diagnostizierten Beschwerden in einem natürlichen Kausalzusammenhang zur Nierenspende stehen (act. 1 S. 2). Die gutachterliche Abklärung der natürlichen Kausalität setzt voraus, dass der Gesuchsteller zumindest laienhaft dartut, an welchen gesundheitlichen Beschwerden er leidet, wobei er diese immerhin so konkret beschreiben muss, dass medizinische bzw. psychiatrische Diagnosen gestellt werden können. Die vom Gesuchsteller behaupteten Beschwerden müssen dabei auch aus den dem Gutachter zu unterbreitenden Fragen hervorgehen. Die Berufungsklägerin hat weder in ihrem Gesuch vor Vorinstanz noch in dem eingereichten Fragenkatalog konkrete psychische Beschwerden genannt, deren Kausalzusammenhang zur Nierenspende mit dem beantragten Gutachten abgeklärt werden soll. Sie verwies mit Bezug auf ihr Beschwerdebild vor Vorinstanz lediglich pauschal auf die Feststellungen des Gutachtens (act. 1 S. 3 Rz. 5). Ein solcher Verweis genügt der ge-

- 15 - schilderten Substantiierungspflicht nicht. Es ist nicht Aufgabe des Gerichts, aus aufgeworfenen Problemkreisen und pauschalen Verweisen selbst das Fundament für die gutachterliche Beurteilung zu erstellen und geeignete Fragen herauszuarbeiten, sondern es obliegt wie ausgeführt der Berufungsklägerin, dem Gericht die erforderlichen Angaben zum Sachverhalt zu machen. Auch geht die Berufungsklägerin fehl, wenn sie in ihrem Gesuch an die Vorinstanz ausführt, mittels Gutachten sei danach zu fragen, ob wegen der Nierenspende Komplikationen – auch in psychischer Hinsicht – entstanden seien, welche einen Integritätsschaden darstellten, der gegenüber der Berufungsbeklagten einen finanziellen Abgeltungsanspruch begründe (act. 1 Rz. 26). Diese Fragestellung würde auf eine unzulässige Beweisausforschung hinauslaufen. Es ist nicht Zweck der vorsorglichen Beweisführung, der Partei die Grundlagen für die notwendigen Behauptungen erst zu

verschaffen. Wie ausgeführt wäre es vielmehr Sache der Berufungsklägerin, den Sachverhalt im zumutbaren Rahmen von Art. 158 ZPO darzulegen. Aufgabe des Gutachters wäre es hingegen, anhand der im Einzelnen substantiiert dargelegten gesundheitlichen Beschwerden der Berufungsklägerin zu beurteilen, ob diese in einem Zusammenhang zur Nierenspende stehen. Entsprechend wären auch die (unter anderem) die psychischen Beschwerden umfassenden Fragen 9 und 10 des Fragekatalogs der Berufungsklägerin (act. 4/22) unzulässig. Da es die Berufungsklägerin demnach unterliess, die von ihr geltend gemachten psychischen Beschwerden vor Vorinstanz substantiiert darzutun und damit das Fundament für eine gutachterliche Beurteilung darzulegen, kommt die Anordnung eines diesbezüglichen Gutachtens nicht in Betracht. Im Berufungsverfahren wären diesbezügliche Vorbringen verspätet. Im Übrigen verfügt die Berufungsklägerin mit dem Gutachten des Universitätsklinikums Freiburg nach dem Gesagten bereits über ein taugliches Mittel zur Abschätzung ihrer Beweis- und Prozesschancen gegenüber der Berufungsbeklagten. Ein schutzwürdiges Interesse an einer weiteren Begutachtung ist damit nicht glaubhaft gemacht.

### **E. 3.8.3**

Überdies ist zu bemerken, dass der Antrag der Berufungsklägerin vor Vorinstanz auf Einholung eines Gutachtens zur Frage lautete, ob die seit der Leber- und Nierenspende geklagten und diagnostizierten gesundheitlichen Beschwerden mit der Nierenentnahme in einem natürlichen Kausalzusammenhang stehen

- 16 - (act. 1 S. 2). Zur Begründung führte sie in ihrem ursprünglichen Gesuch im Wesentlichen aus, das vorliegende Gutachten sei nicht überzeugend und beantworte die Fragen nach der Kausalität nicht einleuchtend. Es könne nicht über die divergenten ärztlichen Diagnosen und Einschätzungen hinweggesehen werden (act. 1 Rz. 27). Sie beantrage daher die Einholung eines zweiten Gutachtens respektive eines Obergutachtens (act. 1 Rz. 21 und 31). Einen expliziten Antrag auf Einholung eines polydisziplinären Gutachtens stellte die anwaltlich vertretene Berufungsklägerin hingegen nicht. In der Begründung ihres Gesuchs brachte sie zwar vor, es bedürfe eines zweiten polydisziplinären Gutachtens, ohne dabei aber die Fachdisziplinen zu nennen, welche dieses zu umfassen hätte. Auch dass im vorliegenden Gutachten keine psychiatrische Befunderhebung vorgenommen wurde, hat die Berufungsklägerin in ihrem ursprünglichen Gesuch nicht beanstandet. Erst mit ihrer Stellungnahme zu den Ausführungen der Berufungsbeklagten brachte sie vor, ein zweites Gutachten sei deshalb notwendig, weil das bestehende Gutachten die Abklärung des Kausalzusammenhangs bezüglich den psychischen Beschwerden einem psychosomatischen Gutachten vorbehalte (act. 17 S. 3, 6 und 8). Spezifische Fragen für ein psychiatrisches Gutachten stellte sie jedoch auch da nicht. Die Vorinstanz hält der Berufungsklägerin daher zu Recht entgegen, dass sie nun nicht ein psychosomatisches Gutachten anstrebe und spezifische Fragen stelle, sondern die Einholung eines zweiten Gutachtens im Sinne eines "Obergutachtens" beantrage mit einem Fragenkatalog, der sich praktisch mit demjenigen deckt, der dem Gutachten des Universitätsklinikums Freiburg vorlag (act. 19 = act. 22 = act. 24 S. 5). Für ein solches Zweitgutachten besteht aber wie erwähnt kein schutzwürdiges Interesse.

### **E. 3.8.4**

Dem vermag auch der Einwand der Berufungsklägerin nichts entgegenzusetzen, das Gesuch um vorsorgliche Beweisführung sei weder sinnwidrig noch schikanös erfolgt,

weshalb kein offenbarer Rechtsmissbrauch im Sinne von Art. 2 Abs. 2 ZGB vorliege (act. 23 S. 10). Ein Gesuch um vorsorgliche Beweisführung ist nicht erst dann abzulehnen, wenn es offenbar rechtsmissbräuchlich im Sinne von Art. 2 Abs. 2 ZGB ist. Vielmehr ist das Vorliegen eines schutzwürdigen Interesses im eingangs umschriebenen Sinne zu prüfen. Ein solches ist zu verneinen, wenn es der Berufungsklägerin lediglich darum geht, das bereits vorliegende be-

- 17 - weistaugliche Gutachten mit einem "Obergutachten" in Frage zu stellen und nicht eine darin allenfalls enthaltene Lücke zu schliessen (vgl. BGer 4A\_589/2013 vom 10. April 2014 Erw. 2.3.2.; BGE 140 III 24 Erw. 3.2.2.; jeweils mit Hinweis auf BGE 140 III 16 Erw. 2.2.2.).

### **E. 3.9**

Mit der Vorinstanz ist daher festzuhalten, dass ein schutzwürdiges Interesse an einer weiteren Begutachtung nicht glaubhaft gemacht ist. Die Berufung ist in diesem Punkt entsprechend abzuweisen.

### **E. 4**

Kosten- und Entschädigungsfolgen des vorinstanzlichen Verfahrens

#### **E. 4.1**

Die Berufungsklägerin beantragt im Eventualbegehren, die ihr im vorinstanzlichen Verfahren auferlegte Entscheidgebühr von Fr. 4'000.– und Parteientschädigung von Fr. 7'560.– seien "angemessen herabzusetzen" (act. 23 S. 2; S. 11).

#### **E. 4.2**

Die Berufung ist bei der Rechtsmittelinstanz innerhalb der Rechtsmittelfrist schriftlich und begründet einzureichen (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Dass die Berufungsschrift Rechtsmittelanträge enthalten muss, geht aus dem Wortlaut von Art. 311 ZPO nicht ausdrücklich hervor, ergibt sich aber aus der Pflicht zur Begründung der Berufung, denn diese setzt entsprechende (zu begründende) Anträge voraus (vgl. ZK ZPO-Reetz/Theiler, 2. Aufl. 2013, Art. 311 N 34). Bei Gutheissung der Berufung kann die Berufungsinstanz einen neuen Entscheid fällen (Art. 318 Abs. 1 lit. b ZPO), was die Berufungsklägerin hinsichtlich der Kosten- und Entschädigungsfolgen des vorinstanzlichen Verfahrens auch beantragt. Kommt ein Sachentscheid der Berufungsinstanz in Betracht, muss aber ein Antrag in der Sache gestellt werden, der bei Gutheissung der Berufung zum Entscheid erhoben werden kann. Dieser Anforderung genügt der Antrag der Berufungsklägerin auf "angemessene" Herabsetzung der Gerichtskosten nicht. Ein in Geld ausdrückbarer Antrag muss beziffert werden. Zumindest muss sich der nach Auffassung der Berufungsklägerin angemessene Betrag aus der Beschwerdebegründung ergeben (vgl. OGer ZH PF110013 vom 21. Juni 2011; BGer 4D\_61/2011 vom 26. Oktober 2011).

- 18 -

#### **E. 4.3**

Die Berufungsklägerin führt zur Begründung ihres Antrags lediglich aus, durch derart hohe Entscheidgebühren werde der Rechtssuchende davon abgehalten, mittels eines Gesuchs um vorsorgliche Beweisführung die Prozesschancen im Vorfeld eines kostspieligen Hauptprozesses abzuklären, was dem Sinn und Zweck von Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO offensichtlich widerspreche. Sie verweist zudem auf eine Verfügung des Zivilkreisgerichtes

Basel-Landschaft Ost in der für ein Gesuch um vorsorgliche Beweisführung ein Kostenvorschuss von Fr. 800.– verlangt worden sei, wobei der Streitwert in der Hauptsache deutlich über Fr. 150'000.– gelegen habe (act. 23 S. 12). Auch daraus lässt sich nicht entnehmen, auf welchen Betrag die Entscheidgebühr und Parteientschädigung vorliegend nach Ansicht der Berufungsklägerin festzusetzen ist. Da sich der unbezifferte Antrag der Berufungsklägerin auf Herabsetzung der vorinstanzlichen Gerichtskosten als unzulässig erweist, ist auf die Berufung insoweit nicht einzutreten (vgl. OGer ZH PF110013 vom 21. Juni 2011; BGer 4D\_61/2011 vom 26. Oktober 2011).

#### **E. 4.4**

Ginge man aufgrund des Verweises der Berufungsklägerin auf den vom Zivilkreisgericht Basel-Landschaft Ost verlangten Kostenvorschuss von Fr. 800.– wenigstens mit Bezug auf den Betrag der Entscheidgebühr von einem genügenden Antrag aus, so ist im Sinne einer Eventualbegründung festzuhalten, dass sich die Festsetzung der Gerichtsgebühr auch im Verfahren der vorsorglichen Beweisführung nach der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG) richtet. Gemäss deren § 2 sind die Gebühren auf Grund des Streitwertes, dem Zeitaufwand des Gerichts und der Schwierigkeit des Falles festzusetzen. Wie erwähnt richtet sich der Streitwert der vorsorglichen Beweisführung nach dem Streitinteresse des Hauptprozesses (vgl. OGer ZH LF130054 vom 17. Oktober 2013 Erw. 2.3. m.w.H.), was die Berufungsklägerin auch nicht bestreitet. Ausgehend von dem von der Berufungsklägerin auf Fr. 150'000.– bezifferten Streitwert des Hauptverfahrens resultiert eine volle Gerichtsgebühr von Fr. 10'750.–. Der summarischen Natur des Verfahrens der vorsorglichen Beweisführung und des im Vergleich zum Hauptverfahren in der Regel geringeren Zeitaufwandes des Gerichts ist durch Ausschöpfung der Reduktionsmöglichkeiten von § 4 Abs. 2 und § 8 GebV OG Rechnung zu tragen. Dies hat die Vorinstanz

- 19 - getan. Unter Berücksichtigung des Reduktionsgrundes des summarischen Verfahrens ergibt sich ein Rahmen von Fr. 5'375.– bis Fr. 8'062.50, wobei die Vorinstanz die so errechnete minimale Gebühr unter Berücksichtigung des eher geringen Zeitaufwandes und des Äquivalenzprinzips nochmals um rund ein Viertel reduzierte (act. 19 = act. 22 = act. 24 S. 5). Die Festsetzung der Entscheidgebühr auf Fr. 4'000.– wäre mit Blick auf die gesetzlichen Vorgaben zur Gebührensatzung auch bei materieller Prüfung des Antrags nicht zu beanstanden.

#### **E. 5**

Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Einzelgericht Audienz des Bezirksgerichts Zürich und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein. Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

#### **E. 5.1**

Ausgangsgemäss wird die Berufungsklägerin für das Berufungsverfahren kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist unter Berücksichtigung des Streitwertes von Fr. 150'000.– in Anwendung von § 4 Abs. 1 und Abs. 2, § 8 Abs. 1 und § 12 Abs. 1 und Abs. 2 GebV OG auf Fr. 2'600.– festzulegen, der Berufungsklägerin aufzuerlegen und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen.

#### **E. 5.2**

Die Berufungsklägerin ist überdies zu verpflichten, der Berufungsbeklagten eine Parteientschädigung von Fr. 2'300.– zuzüglich 8 % Mehrwertsteuerersatz zu bezahlen (§ 4 i.V.m. § 9 i.V.m. § 13 AnwGebV; Art. 106 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 95 Abs. 1 lit. b und Abs. 3 lit. b ZPO). Es wird erkannt: 1. Die Berufung wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann. Das Urteil des Einzelgerichts Audienz des Bezirksgerichts Zürich vom 2. Juni 2014 wird bestätigt. 2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'600.– festgesetzt. 3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Berufungsklägerin auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet.

- 20 - 4. Die Berufungsklägerin wird verpflichtet, der Berufungsbeklagten für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 2'484.– (inkl. 8 % Mehrwertsteuerersatz) zu bezahlen.

## **E. 6**

Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Dies ist ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 150'000.–. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Obergericht des Kantons Zürich II. Zivilkammer Die Gerichtsschreiberin: lic. iur. S. Kröger versandt am: 5. März 2015

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