

ZH_OBERGERICHT PF130063 vom 2. April 2014

ZH Obergericht, 2014-04-02, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_PF130063

FR: ZH_OBERGERICHT PF130063 du 2 avril 2014

IT: ZH_OBERGERICHT PF130063 del 2 aprile 2014

Erwägungen

E. 1

Die Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte (nachfolgend Berufungsbeklagte) unterzog sich am 6. Februar 2006 in der Klinik C._____ in D._____ einem medizinischen Eingriff (sog. Narbenrevision), um die seit der operativen Geburt (Kaiserschnitt) ihres letzten Kindes bestehenden starken Unterbauchschmerzen zu beseitigen. Dieser Eingriff wurde dort vom Gesuchsgegner und Berufungskläger (nachfolgend Berufungskläger) als Belegarzt durchgeführt (act. 6/1 S. 2 und S. 5 f.; act. 6/3/3). Nach eigener Darstellung der Berufungsbeklagten haben sich die Beschwerden nach diesem Eingriff verstärkt und insofern ausgeweitet, als sie zusätzlich Rückenschmerzen im Kreuzbereich und schmerzassoziierte Gefühlsstörungen im linken Oberschenkel hat (act. 6/1 S. 6).

E. 1.1

Hinsichtlich der Kosten- und Entschädigungsfolgen hat das Bundesgericht in einem ebenfalls kürzlich ergangenen Urteil festgehalten, dass im Verfahren der vorsorglichen Beweisführung nach Art. 158 ZPO die Kostenaufgabe im erstinstanzlichen Verfahren nicht nach dem sonst geltenden Unterliegerprinzip vorzunehmen sei. Da die vorsorgliche Beweisführung stets dem Interesse derjenigen Partei diene, die darum ersuche, seien die Gerichtskosten dem Gesuchsteller aufzuerlegen, unabhängig davon ob der Gesuchsgegner Abweisung des Gesuchs beantrage oder nicht. Ebenso habe der Gesuchsteller den Gesuchsgegner für das Verfahren zu entschädigen (BGer 4D_54/2013 E. 3 vom 6. Januar 2014, zur Publikation vorgesehen). Dies wird die Vorinstanz zu beachten haben.

E. 1.2

Im obergerichtlichen Verfahren gelten indessen die üblichen Verteilgrundsätze von Art. 106 Abs. 1 ZPO. Der Gedanke, dass das vorsorgliche Beweisverfahren unabhängig von der Reaktion des Prozessgegners ohnehin durchzuführen ist, kommt hier nicht zum Tragen. Vorliegend wird ausgangsgemäss der Berufungskläger kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die zweitinstanzliche Entscheidungsgebühr ist unter Berücksichtigung des Fr. 10'000.– übersteigenden Streitwertes in Anwendung von § 4 Abs. 1 und Abs. 2, § 8 Abs. 1 und § 12 Abs. 1 und Abs. 2 GebV OG auf Fr. 2'500.– festzulegen, dem Berufungskläger aufzuerlegen und teilweise aus dem vom Berufungskläger geleisteten Kostenvorschuss zu beziehen. Der Fehlbetrag ist ebenfalls vom Berufungskläger zu beziehen (Art. 111 Abs. 1 ZPO). Der Berufungskläger ist überdies zu verpflichten, der Berufungsbeklagten eine Parteientschädigung von Fr. 1'200.– 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). Die Berufungsbeklagte hat im Berufungsverfahren keinen Ersatz der Mehrwertsteuer verlangt (vgl. act. 12 S. 2); es ist ihr deshalb auch kein solcher zuzusprechen (vgl. das Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts vom

17. Mai 2006; ZR 104 Nr. 76).

- 20 - Es wird erkannt: 1. Die Berufung wird abgewiesen, und die Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Horgen vom 21. November 2013 wird bestätigt. 2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'500.– festgesetzt.

E. 1.3

Die Vorinstanz erwog in Bezug auf den Einwand der Rechtsmissbräuchlichkeit zusammengefasst, dass der Rechtsschutz nur bei offenbarem Rechtsmissbrauch verweigert werde, wofür ein strenger Beurteilungsmassstab greife. Vorliegend sei aber im Vorgehen der Berufungsbeklagten keine unmittelbar ins Auge scheinende Rechtsmissbräuchlichkeit zu erkennen (act. 3 S. 3). Mit dem Berufungskläger ist festzuhalten, dass die Vorinstanz im Wesentlichen allgemeine Ausführungen zum Rechtsmissbrauchsverbot macht und zur Argumentation des Berufungsklägers lediglich (konkret) festhält, dass die vorsorgliche Beweisführung gerade dazu beitrage, aussichtslose ordentliche Prozesse zu vermeiden, weshalb im Vorgehen der Berufungsbeklagten keine offensichtliche Rechtsmissbräuchlichkeit erkennbar sei. Ein allgemeiner Rechtsgrundsatz wie derjenige des Rechtsmissbrauchsverbots ist schwierig zu erfassen und zu umreissen. Es bedarf daher konkretisierender Ausführungen (allgemeiner Natur), um die ihm zugrundeliegenden Wertungen herauszukristallisieren und auch, um eine Entscheidung des Gerichts bzw. Qualifikation einer konkreten Handlung als rechtsmissbräuchlich (oder nicht rechts-

- 6 - missbräuchlich) zu begründen (BSK ZGB I-HONSELL, 4. Aufl., Art. 2 N 37). Die Vorinstanz weist zu Recht auf die grundsätzlich zurückhaltende Tendenz der Gerichte hin, eine Rechtsmissbräuchlichkeit zu bejahen (ZK ZPO-SUTTER-SOMM/CHEVALIER, Art. 52 N 20 ff.). Vorliegend fällt die konkrete Würdigung des berufungsklägerischen Einwands im Verhältnis zu den Erwägungen allgemeiner Art zum Rechtsmissbrauchsverbot knapp aus. Vor dem aufgezeigten Hintergrund ist dies allerdings vertretbar. Die Ausführungen des Berufungsklägers selbst beschränken sich (abgesehen von den aufgelisteten und als zu umfassend bemängelten Punkten des Fragenkatalogs) auch nur auf Überlegungen grundsätzlicher Natur zum vorsorglichen Beweisverfahren und zum Verbot des Rechtsmissbrauchs (act. 6/61 S. 8 f.). Die vorinstanzlichen Erwägungen machen in genügender Weise deutlich, auf welche – allgemeinen und konkreten – Überlegungen sich der Entscheid stützt. Dies ist entscheidend. Eine Verletzung der Begründungspflicht kann daher in diesem Punkt nicht ausgemacht werden. Sodann beurteilt die Vorinstanz den Einwand des Berufungsklägers, ein Gutachten sei aufgrund der Fragestellungen der Berufungsbeklagten und mangels substantiiertes Angaben ihrerseits zum Sachverhalt von vornherein zur Klärung der Prozessaussichten ungeeignet, als nicht stichhaltig. Sie begründet dies mit dem Umstand, dass es im Verfahren der vorsorglichen Beweisabnahme nicht vorgesehen sei, substantiierte Sachverhaltsangaben des Gesuchsgegners [recte: des Gesuchstellers] einzuholen (act. 3 S. 4). Mit dieser Begründung nimmt die Vorinstanz nur zu letzterem Argument des Berufungsklägers Stellung. Bezüglich des Vorbringens, dass die von der Berufungsbeklagten eingereichten Gutachterfragen in vielen Punkten der bundesgerichtlichen Rechtsprechung widersprüchen, mangelt es – wie der Berufungskläger zu Recht bemerkt – gänzlich an einer Auseinandersetzung. Dieses Versäumnis ist angesichts der bereits zweimaligen Zurückweisung der Sache an die Vorinstanz aufgrund einer Verletzung des rechtlichen Gehörs und dem expliziten Hinweis, dass sich ein Entscheid mit den wesentlichen Standpunkten der Parteien einlässlich

auseinanderzusetzen habe (vgl. act. 6/72 S. 6), bedauerlich. Allerdings betrifft der Einwand der Ungeeignetheit der Fragestellungen insofern eine prozessuale Besonderheit, als der endgültige Ent- scheid über die Formulierung der Gutachterfragen ohnehin stets beim Gericht

- 7 - liegt. Die Gegenpartei hat dabei vorgängig die Möglichkeit, durch eigene Fragen oder durch Zusatz- und Ergänzungsfragen den eigenen Standpunkt in das Ver- fahren einzubringen (BGer 4A_225/2013 vom 14. November 2013 E. 2.2.3, zur Publikation vorgesehen). In diesem Sinne wird die Vorinstanz (erst) im Rahmen der Ernennung des Sachverständigen und der Unterbreitung der zu beantworten- den Gutachterfragen über die Formulierung der Fragen und damit über deren Zu- lässigkeit und Geeignetheit zu entscheiden haben. Dabei ist der Berufungskläger vorgängig anzuhören und es ist ihm Gelegenheit einzuräumen, zu den Fragen Stellung zu nehmen. Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs ist daher im jetzigen Verfahrensstadium – trotz der fehlenden Auseinandersetzung mit diesem Vor- bringen im vorinstanzlichen Entscheid – zu verneinen.

E. 1.4

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass die Vorinstanz das rechtliche Gehör des Berufungsklägers in genügender Weise gewahrt hat. Im Folgenden ist daher auf die weiteren Parteivorbringen und die Voraussetzungen der vorsorgli- chen Beweisführung nach Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO einzugehen.

E. 2

Am 26. April 2012 gelangte die Berufungsbeklagte an das Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Horgen und stellte ein Begehren um vorsorgliche Beweisabnahme in der Form eines gerichtlichen Gutachtens zu den medizinischen Folgen des operativen Eingriffes vom 6. Februar 2006 (act. 6/1). Als Bestandteil ihres Begehrens reichte die Berufungsbeklagte einen rund fünfseitigen Katalog mit Gutachterfragen ein (act. 6/1 S. 20 ff.). Mit Verfü- gung vom 8. Februar 2013 ordnete die Vorinstanz ein Gutachten an und schlug Dr. med. E._____ als Sachverständigen vor unter Fristansetzung an die Parteien, Einwendungen gegen den vorgeschlagenen Experten zu erheben (act. 6/27). Diese Verfügung wurde von der Kammer mit Beschluss vom 17. April 2013 we- gen Verletzung des rechtlichen Gehörs aufgehoben und zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen (act. 6/50). Auch die neuerliche Verfügung der Vo- rininstanz auf Anordnung eines Gutachtens vom 16. Juli 2013 (act. 6/67) wurde von der Kammer wegen Verletzung des rechtlichen Gehörs aufgehoben (act. 6/72). Schliesslich ordnete die Vorinstanz mit Verfügung vom 21. November 2013 aber- mals ein Gutachten an, wobei die sachverständige Person nach unbenutztem Ab- lauf der Rechtsmittelfrist zu bestimmen sei (act. 3 = 5). Gegen diese Verfügung

- 4 - richtet sich die vorliegende (rechtzeitig erhobene) Berufung (vgl. act. 2, act. 6/75/1). Der Berufungskläger stellt den Antrag, auf das Gesuch um vorsorgli- che Beweisabnahme und Erstellung einer medizinischen Gerichtsexpertise sei nicht einzutreten, eventualiter sei es abzuweisen. In prozessualer Hinsicht bean- trachte er, der Berufung sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen (act. 2 S. 2). Mit Verfügung vom 19. Dezember 2013 fällte die Kammer bezüglich des Antrags um aufschiebende Wirkung einen Nichteintretensentscheid mit der Begründung, dass das vor der Vorinstanz hängige Verfahren aufgrund des ergriffenen Rechtsmittels und der damit verbundenen ausstehenden Gutachterbestimmung

einstweilen oh- nehin nicht fortgesetzt werden könne. Daher fehle es bezüglich des prozessualen Antrags an einem Rechtsschutzinteresse (act. 7). Mit derselben Verfügung wurde dem Berufungskläger ein Kostenvorschuss auferlegt, der fristgerecht geleistet wurde (act. 9). Der Berufungsbeklagten wurde sodann mit Verfügung vom 12. Februar 2014 (act. 10) Frist zur Erstattung der Berufungsantwort gesetzt, die innert Frist einging und dem Berufungskläger zugestellt wurde (act. 12; act. 11; act. 15). Die Sache erweist sich als spruchreif. II.

E. 2.1

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. Sowohl die Parteien als auch die Vorinstanz haben richtig erkannt, dass (gemäss der Botschaft) mit dem Begriff des schutzwürdigen Interesses in Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO auf die Möglichkeit Bezug genommen wird, eine vorsorgliche Beweisführung auch zur Abklärung der Beweis- und Prozessaussichten durchzuführen. Diese Möglichkeit soll dazu bei- tragen, aussichtslose Prozesse zu vermeiden (BGE 138 III 76 E. 2.4.2 mit Hin- weis auf BBl 2006 7315; vgl. act. 3 S. 2; act. 2 S. 15; act. 12 S. 4). 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 (BGE 138 III 76 E. 2.4.2 m.w.H.). Eine vorsorgliche Beweisführung kann also nur mit Blick auf einen konkreten materiellrechtlichen Anspruch verlangt werden, da das Interesse an einer Be-

- 8 - weisabnahme vom Interesse an der Durchsetzung eines damit zu beweisenden Anspruchs abhängt. Das Bundesgericht hat festgehalten, dass die Anforderungen an die Glaubhaftmachung nicht überspannt werden dürften, gehe es doch beim Verfahren der vorsorglichen Beweisabnahme noch nicht um die Prüfung der Be- gründetheit des Hauptanspruchs (BGer 4A_225/2013 vom 14. November 2013 E. 2.2.2, BGer 4A_336/2013 E. 3.2.2, beide zur Publikation vorgesehen). Keine ei- gentliche Glaubhaftmachung könne lediglich für Tatsachen verlangt werden, die mit dem vorsorglich abzunehmenden Beweismittel bewiesen werden sollten, da sonst der Zweck von Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO, die vorprozessuale Abklärung von Beweisaussichten zu ermöglichen, vereitelt würde. Stelle das abzunehmende Beweismittel das einzige dar, mit dem der Gesuchsteller einen Anspruch bewei- sen könne, müsse es genügen, dass das Vorliegen der anspruchsbegründenden Tatsachen lediglich substantiiert behauptet werde (BGE 138 III 76 E. 2.4.2).

E. 2.2

Die Vorinstanz führte aus, dass die Berufungsbeklagte genügend glaubhaft gemacht habe, dass ein Sachverhalt vorliege (chirurgischer Eingriff durch den Be- rufungskläger und dessen Folgen), der einen Anspruch gegenüber dem Beru- fungskläger begründen könnte (act. 3 S.3). Der Berufungskläger bringt dagegen wie bereits im vorinstanzlichen Verfah- ren vor, dass es an der Berufungsbeklagten liege, im Gesuch substantiierte An- gaben zum Sachverhalt zu machen, damit ein Gutachten überhaupt erst sinnvoll sei. Das Gesuch enthalte keine hinreichenden Angaben etwa über die Berufstä- tigkeit der Berufungsbeklagten und deren Aufgaben in der Haushaltsführung. Die Anamnese sei nur absolut rudimentär und unzutreffend dargestellt worden, Akten zum Zustand vor der

Operation fehlten gänzlich. Mangels genügender Angaben zum Sachverhalt seien die gestellten Gutachterfragen gar nicht seriös beantwortbar (act. 2 S. 17). Die Berufungsbeklagte verweist einerseits auf die novenrechtliche Unzulässigkeit der Behauptung, dass das Gesuch keine genügenden Angaben zu Berufstätigkeit, Haushaltsführung und Anamnese enthalte, andererseits auf die in der Republik vom 1. Juli 2013 gemachten Ausführungen (act. 12 S. 25 ff.).

- 9 -

E. 2.3

Es ist dem Berufungskläger darin zuzustimmen, dass es im Verfahren der vorsorglichen Beweisführung am Gesuchsteller liegt, dem Gericht in seinem Gesuch die erforderlichen Angaben zum Sachverhalt zu machen und den Umfang der beantragten Beweisführung (u.a. durch Einreichung eines Fragenkatalogs) zu bestimmen (ZK ZPO-FELLMANN, 2. Aufl., Art. 158 N 20). Dabei ist allerdings dem Umstand Rechnung zu tragen, dass in diesem Stadium vor Einleitung des Hauptprozesses das Prozessthema noch nicht (vollständig) herausgeschält ist und daher im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung die Anforderungen an die Glaubhaftmachung eines Hauptsacheanspruchs nicht überspannt werden dürfen. Die Berufungsbeklagte hat in ihrem Gesuch im erstinstanzlichen Verfahren unter den Überschriften "Ausgangslage", "mögliches haftpflichtiges Operationsereignis", "postoperativer Verlauf" und "möglicher Gesundheitsschaden als Folge der Operation" (act. 6/1 S. 5 ff.) genügende Angaben zum Sachverhalt gemacht und medizinische Unterlagen beigebracht, um ihren Anspruch in der Hauptsache gegenüber dem Berufungskläger darzutun. Akten zum Zustand vor der Operation sind dafür entgegen den Behauptungen des Berufungsklägers nicht notwendig. Inwiefern die lediglich pauschale Behauptung, Berufstätigkeit, Aufgaben in der Haushaltsführung und Anamnese seien unzureichend aufgezeigt worden, zutreffend sein sollte, kann vor dem Hintergrund der genannten Textpassagen mit entsprechenden Beweisofferten im Gesuch nicht nachvollzogen werden. 3.1 Abgesehen von der Glaubhaftmachung eines Hauptsacheanspruchs bzw. der schlüssigen und substantiierten Behauptung der anspruchsbegründenden Tatsachen, die durch das vorsorglich beantragte Beweismittel bewiesen werden sollen, sind an das Bestehen eines schutzwürdigen Interesses im Sinne von Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO keine hohen Anforderungen zu stellen. Das schutzwürdige Interesse ist gemäss Bundesgerichtspraxis jedoch dann zu verneinen, wenn sich das beantragte Beweismittel als untauglich erweist. Kein 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_225/2013 vom 14. November 2013 E. 2.2.2; BGer 4A_336/2013 vom 10. Dezember 2013 E. 3.2.2). In gleicher Weise ist von einem fehlenden schutzwürdigen Interesse auszugehen,

- 10 - wenn die verlangte Beweisabnahme gar nicht (mehr) erforderlich ist, um die Beweis- und Prozessrisiken abzuschätzen, da die notwendigen Beweise bzw. Entscheidungsgrundlagen bereits vorliegen. Zu denken ist etwa im Hinblick auf allfällige Haftpflichtprozesse wegen Personenschäden an das Vorliegen einer detaillierten medizinischen Dokumentation des Beschwerdebildes und zahlreicher ärztlicher Stellungnahmen und Einschätzungen zu dessen Auswirkungen (vgl. OGer LF120024 vom 14. Mai 2012, Erw. III.9.2 mit Hinweis auf OGer LF110116 vom 20. Dezember 2011, Erw. 2.7 f.). 3.2 Die Vorinstanz befand, dass die Berufungsbeklagte auch ein schutzwürdiges

Interesse an einer unabhängigen Gerichtsexpertise glaubhaft gemacht habe und ordnete das Gutachten an (act. 3 S. 5). Die von der Berufungsbeklagten gestellten Gutachterfragen unterschieden sich nämlich von den mittels Teilgutachten bereits behandelten Fragestellungen. Keines der erstellten Gutachten sei auf gerichtliche Anordnung hin und unter Hinweis auf Art. 307 StGB erstattet worden. Ausserdem seien die bereits vorliegenden medizinischen Unterlagen teilweise auch im Hinblick auf Sozialversicherungsleistungen erstellt worden, bei denen naturgemäss ein anderer Fokus vorliege als bei einem Haftpflichtgutachten. Von einem Gutachten, wie es die Berufungsbeklagte verlange, seien daher durchaus neue Erkenntnisse zu erwarten (act. 3 S. 4). Der Berufungskläger macht dagegen geltend, dass es an einem für eine vorsorgliche Beweisabnahme gestützt auf Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO notwendigen schutzwürdigen Interesse fehle. Es seien bereits zahlreiche Grundlagen (detaillierte medizinische Dokumentationen und ärztliche Stellungnahmen) vorhanden, die es der Berufungsbeklagten ermöglichen, ihre Prozesschancen abzuschätzen. Diese Unterlagen liessen auch eine Beurteilung derjenigen Punkte zu, die Gegenstand des von der Berufungsbeklagten vorgelegten Fragenkatalogs seien – nämlich Anamnese, Beschwerden, Befund, Diagnose, Kausalzusammenhang, Indikation der Operation, lege artis Durchführung der Operation, Höhe der Arbeitsunfähigkeit im Erwerb und im Haushalt sowie weitere medizinische Massnahmen (act. 2 S. 7 und 10). Aus den zahlreichen eingereichten medizinischen Dokumenten verschiedener Fachdisziplinen ergebe sich die (bestrittene und im ordentlichen Verfahren zu klärende) Überzeugung der Ärzte, dass die vom Berufungskläger vorgenommene Operation nicht indiziert war, nicht de lege artis vorgenommen wurde und dass als Folge der Operation eine erhebliche Arbeitsunfähigkeit der Berufungsbeklagten im Erwerb sowie im Haushalt bestehe. Damit sei es der Berufungsbeklagten gestützt auf die vorhandenen Unterlagen ohne Weiteres möglich, die Prozesschancen abzuschätzen (act. 2 S. 13).

3.3 Das Bundesgericht hielt in seiner jüngsten Rechtsprechung zu Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO fest, dass die vorsorgliche Beweisführung nicht bloss eine vage Abschätzung der Prozesschancen ermöglichen solle, sondern eine eigentliche Abklärung der Prozessaussichten im Allgemeinen und der Beweisaussichten im Besonderen. Eine hinreichende Klärung der Prozessaussichten könne dabei aber 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 (BGer 4A_336/2013 vom 10. Dezember 2013 E. 3.3.3.; BGer 4A_225/2013 vom 14. November 2013 E. 2.5 [Hervorhebungen im Original]). Dies ist dem Berufungskläger grundsätzlich entgegenzuhalten, wenn er zwar anerkennt, dass die vorliegenden medizinischen Unterlagen teilweise nicht unabhängig seien, jedoch geltend macht, dass ein neutrales Gerichtsgutachten erst im Hauptprozess, noch nicht aber im Verfahren der vorsorglichen Beweisführung notwendig sei (act. 2 S. 11). Das Bundesgericht hat ausdrücklich klargestellt, dass es sich bei medizinischen Stellungnahmen (Arztzeugnisse, fachärztliche Berichte etc.) beweisrechtlich betrachtet um blosses Privatgutachten handle, welche als Bestandteil der Parteivorbringen und nicht als eigentliche Beweismittel gälten. Damit würden diese nicht genügen, um die Prozesschancen zuverlässig abklären zu können. Verlange ein Gesuchsteller im Rahmen der vorsorglichen Beweisführung ein gerichtliches Gutachten im Sinne von Art. 183 ff. ZPO, liesse sich ein schutzwürdiges Interesse daran nicht willkürfrei verneinen (BGer 4A_336/2013 vom 10. Dezember 2013 E. 3.3.3.; BGer 4A_225/2013 vom 14. November 2013 E. 2.5). Die Berufungsbeklagte reichte als Beilage

zu ihrem Gesuch unter anderem ein Schreiben des Spi-

- 12 - tals ... an Dr. med. F._____ vom 27. März 2006 (Gesuchsbeilage 4, act. 6/3/4), ein Schreiben von Dr. med. F._____ an Dr. med. G._____ vom 18. Juli 2006 (Gesuchsbeilage 5, act. 6/3/5), einen Austrittsbericht des Universitätsspitals Zürich vom 22. Mai 2006 (Gesuchsbeilage 6, act. 6/3/6), ein Schreiben von Dr. med. F._____ an Dr. iur. H._____ vom 9. Oktober 2006 (Gesuchsbeilage 7, act. 6/3/7), eine medizinische Zweitmeinung des Schmerzzentrums Polymedes vom 5. Juni 2007 (Gesuchsbeilage 8, act. 6/3/8) sowie eine Stellungnahme des medizinischen Zentrums ... vom 15. Februar 2008 (Gesuchsbeilage 11, act. 6/3/11) ein. Bei diesen medizinischen Schreiben und Berichten handelt es sich durchwegs um reine Parteivorbringen, die im Rahmen eines Auftragsverhältnisses mit der Berufungsbeklagten erstellt wurden. Sie genügen den formalen Anforderungen an ein gerichtliches Gutachten im Sinne von Art. 183 ff. ZPO von vornherein nicht und gelten gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung als reine Privatgutachten. Auch wenn sie sich, wie es der Berufungskläger aufzeigt (act. 2 S. 7 ff.), zu relevanten und von der Berufungsbeklagten beantragten Fragestellungen äussern, kann ihnen aufgrund ihres geringen Beweiswertes im Hinblick auf die Abschätzung von Prozess- und Beweisancen keine Bedeutung zugemessen werden. 3.4 Der Berufungskläger hält im Weiteren aber dafür, dass die medizinische Situation der Berufungsbeklagten auch bereits durch unabhängige, nicht von der Gesuchstellerin beauftragte Gutachter geklärt worden sei, so insbesondere durch die drei von der Invalidenversicherung beauftragten Gutachter des Ärztlichen Begutachtungsinstituts (ABI) GmbH in Basel (Gesuchsbeilage 9, act. 6/3/9) und durch den von der BVK Personalvorsorge des Kantons Zürich beauftragten Gutachter Dr. med. I._____ (Gesuchsbeilage 16, act. 6/3/16). Auch wenn diese Stellungnahmen im Hinblick auf Sozialversicherungsleistungen erstellt worden seien, werde darin zu denjenigen Fragen Stellung genommen, die ebenfalls Gegenstand des beantragten Gutachtens sein sollen. Der unterschiedliche Fokus im Sozialversicherungs- und im Haftpflichtrecht falle im vorliegenden Fall daher nicht ins Gewicht (act. 2 S. 10). Im Folgenden ist damit zu prüfen, ob die genannten Gutachten (Gesuchsbeilagen 9 und 16) als beweistauglich im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtspre-

- 13 - chung gelten und ob sie im Wesentlichen dieselben Fragen beantworten, welche die Berufungsbeklagte in ihrem Gesuch formuliert. Nur wenn beides bejaht werden kann, ist der Berufungsbeklagten ein schutzwürdiges Interesse an einem weiteren Gutachten abzusprechen. 3.5 Bei Gesuchsbeilage 9 handelt es sich um ein polydisziplinäres Gutachten der ABI GmbH Basel vom 22. Januar 2008 (act. 6/3/9, im Folgenden MEDAS-Gutachten), das im Rahmen eines sozialversicherungsrechtlichen Verfahrens von der IV-Stelle Zürich in Auftrag gegeben wurde. Im Zivilprozess können von einer anderen Behörde in Auftrag gegebene und in anderen Verfahren erstattete Gutachten (Fremdgutachten) gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung als gerichtliche Gutachten im Sinne von Art. 183 ff. ZPO beigezogen werden. Das Bundesgericht hat MEDAS-Gutachten in diesem Zusammenhang die Beweistauglichkeit explizit zugesprochen (BGer 4A_336/2013 vom 10. Dezember 2013 E. 3.3.1.3). Die Berufungsbeklagte wendet dagegen ein, dass die ABI GmbH im Unterschied zur Medizinischen Abklärungsstation des Spitals Y. im erwähnten Bundesgerichtsentscheid wirtschaftlich von der IV abhängig sei, da sie exklusiv von dieser mandatiert und bezahlt werde. Finanzielle Abhängigkeit stelle aber einen Ausstandsgrund im Sinne von Art. 47 lit. f ZPO (i.V.m. Art. 183 Abs. 2 ZPO) dar. Damit sei das Gutachten nicht neutral, sondern stelle ein Parteigutachten dar (act. 12 S. 7 f. und 16

ff.). Ausserdem sei das Gutachten vor den bundesgerichtlichen Leiturteilen BGE 137 V 210 vom 28. Juni 2011 und BGer 9C_207/2012 vom

E. 3

Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Berufungskläger auferlegt und mit seinem Kostenvorschuss verrechnet. Im Mehrbetrag stellt die Obergerichtskasse Rechnung.

E. 3.6

Gesuchsbeilage 16 ist ein vertrauensärztliches Gutachten von Dr. med. I._____ vom 15. Februar 2008, das von der BVK Personalvorsorge des Kantons Zürich in Auftrag gegeben wurde (act. 6/3/16). Dr. I._____ hält explizit fest, dass die Genese der neuralgiformen Schmerzen der Berufungsbeklagten im linken Unterbauch sowie in der Leistenregion insgesamt nicht habe geklärt werden können. Die Berufungsklägerin stelle einerseits einen Zusammenhang mit der Notfallsectio vom 8. November 2004 her, andererseits führe sie eine deutliche Schmerzzunahme auf die anschliessend [durch den Berufungskläger] durchgeführte Narbenrevision und Koagulation des Nervus ilioinguinalis und iliohypogastricus links am 6. Februar 2006 zurück (act. 6/3/16 S. 6). Damit wurden auch in diesem Gutachten die Fragen des natürlichen Kausalzusammenhangs zwischen den Beschwerden und dem operativen Eingriff durch den Berufungsbeklagten sowie der Sorgfaltspflichtverletzung nicht geklärt. Offen bleiben kann daher, ob Dr. I._____ wie von der Berufungsbeklagten behauptet, jedoch nicht weiter dargelegt, als regelmässig von der BVK mandatierter Gutachter von der Pensionskasse abhängig ist (vgl. act. 12 S. 7). Das vertrauensärztliche Gutachten stellt im Hinblick auf die Abschätzung der Beweis- und Prozesschancen ebenfalls keine hinreichend taugliche Grundlage dar.

E. 3.7

Die für ein haftpflichtrechtliches Verfahren gegenüber dem Berufungskläger relevanten Fragestellungen nach einer Sorgfaltspflichtverletzung (Indikation und lege-artis Durchführung der Operation) sowie dem natürlichen Kausalzusammenhang werden im von der Berufungsbeklagten in Auftrag gegebenen Gutachten von Prof. Dr. med. J._____ vom 15. Januar 2009 beantwortet (Gesuchsbeilage 13; act. 6/3/13). Dieses stellt jedoch ein zivilprozessual nicht hinreichend taugliches Privatgutachten dar. Dass es explizit im Hinblick auf einen haftpflichtrechtlichen Anspruch erstellt wurde, wie der Berufungskläger vorbringt (act. 2 S. 10),

- 16 - vermag an der Frage des schutzwürdigen Interesses im Zusammenhang mit Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO nichts zu ändern.

E. 3.8

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Berufungsbeklagte trotz einer relativ umfangreichen medizinischen Dokumentation ihres Gesundheitszustands in Bezug auf die haftpflichtrechtlich entscheidenden Fragen der Sorgfaltspflichtverletzung und des Kausalzusammenhangs über kein zivilprozessual taugliches Gutachten verfügt. Ein schutzwürdiges Interesse gemäss Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO an einer gerichtlichen Expertise ist daher genügend dargetan. Es wird im Folgenden an der Vorinstanz sein, über die endgültige Formulierung der Fragen zu entscheiden und in diesem Zusammenhang darüber zu befinden, ob es sich rechtfertigt, sämtliche Fragen des Fragenkatalogs – mithin auch jene, die im ME-DAS-Gutachten bereits geklärt wurden – einer gerichtlichen Expertise zu

unterstellen. Dabei ist insbesondere auch dem Berufungskläger vorgängig die Möglichkeit einzuräumen, durch eigene Fragen oder durch Zusatz- und Ergänzungsfragen seinen eigenen Standpunkt einzubringen. 4.1 Der Berufungskläger stellt sich in seiner Berufungsschrift sodann wie bereits vor der Vorinstanz auf den Standpunkt, dass die Berufungsbeklagte das Institut der vorsorglichen Beweisführung in rechtsmissbräuchlicher Weise anrufe, weil es für eine so breit gefächerte Fragestellung, wie sie die Berufungsbeklagte fordere, nicht vorgesehen sei. Die vorsorgliche Beweisführung dürfe nicht dazu führen, dass sich der Prozess faktisch in das "pretrial discovery"-Verfahren verschiebe und aufgrund des summarischen Charakters eine Aushebelung der richterlichen Prozessherrschaft bewirke (act. 2 S. 13 f.). Das schutzwürdige Interesse könne zwar darin liegen, die Prozesschancen abschätzen zu können, jedoch gehe es allein um die Abschätzung und nicht um die umfassende Klärung der Prozessaussichten samt der Möglichkeit einer Verhinderung des Überklagens. Blieben Unsicherheiten betreffend die Höhe des einzuklagenden Anspruchs, sei es zumutbar, eine hierfür geschaffene unbezifferte Forderungsklage einzureichen (act. 2 S. 15 f.). Die Berufungsbeklagte bestreitet, dass sie in rechtsmissbräuchlicher Weise das Hauptverfahren im summarischen Vorverfahren vorwegnehme. Im Hauptver-

- 17 - fahren werde vielmehr ein umfangreiches Behauptungs- und Beweisverfahren zu Fragen der Festsetzung und Bemessung des Schadens notwendig werden (act. 12 S. 19). Eine "Zementierung" der Prozesschancen mit Ausschluss aller Restrisiken eines Hauptverfahrens, wie es der Berufungskläger behauptete, sei gar nicht möglich, weil ein vorsorglich erstelltes Gutachten in einem Hauptprozess frei zu würdigen sein werde und ein neues Gutachten zum gleichen Thema nicht ausschliesse (act. 12 S. 21). 4.2 Das Verfahren der vorsorglichen Beweisführung dient wie (bereits ausgeführt) nicht bloss der Abschätzung der Prozesschancen, sondern der eigentlichen Abklärung der Prozessaussichten (BGer 4A_225/2013 E.2.5). Insofern darf die durch ein gerichtliches Gutachten abzuklärende Fragestellung unter Wahrung des durch das Gesuch definierten Prozessgegenstands breit angelegt sein. Unzulässig sind eigentliche Beweisausforschungsbegehren, weil der schweizerische Zivilprozess, wie der Berufungskläger zu Recht vorbringt, keine pre-trial discovery kennt (ZK ZPO-FELLMANN, 2. Aufl., Art. 158 N 17a; KILLIAS/KRAMER/ROHNER, Gewährt Art. 158 ZPO eine "pre-trial discovery" nach US-amerikanischem Recht?, in: Lorandi/Staehelin [Hrsg.], Innovatives Recht, Festschrift für Ivo Schwander, Zürich/St. Gallen 2011, S. 942). Vorliegend hat die Berufungsbeklagte mit dem Gesuch und dem eingereichten Fragenkatalog den Prozessgegenstand genau umrissen, weshalb von Beweisausforschung keine Rede sein kann. Der Berufungskläger verkennt mit seiner Befürchtung, durch ein weiteres Gutachten würden die Prozesschancen "zementiert" und jegliche Unwägbarkeiten und Restrisiken eines Hauptprozesses ausgeschlossen (vgl. act. 2 S. 15), offenbar die Bedeutung der vorsorglichen Beweisführung. Dieselbe schliesst eine Beweisabnahme zum gleichen Thema im Hauptprozess nicht aus und in einem solchen kann ohne Weiteres auch ein "Zweitgutachten" verlangt und angeordnet werden. Insbesondere wird es die Aufgabe des für den (allfälligen) Hauptprozess zuständigen Gerichtes sein, darüber zu entscheiden, inwieweit das vorsorglich eingeholte Gutachten zuzulassen ist, und dieses danach – soweit relevant – zu würdigen (OGer ZH LF120006 vom 3. April 2012; BK ZPO II-BBrrönnnniimmaannnn, Art. 158 N 27). Was die Relevanz eines vorsorglich eingeholten Gutachtens im Hauptprozess betrifft, so ist hier der Vollständigkeit halber immerhin anzumerken, dass diese wesentlich

- 18 - davon abhängt, auf welchen (erkennbaren) Sachverhalt das Gutachten überhaupt abstellt und inwieweit sich dieser vom Sachverhalt unterscheidet, der im Haupt- prozess – gegebenenfalls über Beweisabnahmen – zu erstellen und dann allein massgeblich sein wird. Die Risiken, dass ein vorsorglich eingeholtes Gutachten auf einen in wesentlichen Punkten unvollständigen oder unzutreffenden Sachver- halt abstellt und insoweit wertlos bleiben kann, liegen dabei ausschliesslich bei der Partei, welche es beantragt und dabei den Sachverhalt bestimmt. Diese Risi- ken sind erfahrungsgemäss bei strittigen Sachverhalten nicht zu unterschätzen, ändern aber am Recht einer Partei, unter den Voraussetzungen des Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO ("schutzwürdiges Interesse") ein solches Gutachten beantragen zu können, nichts – sie liegen vielmehr gewissermassen in der Natur der Sache. Die Argumentation, dass es der Berufungsbeklagten zumutbar sei, eine un- bezifferte Forderungsklage einzureichen, zielt schliesslich in die falsche Richtung. Im Rahmen von Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO geht es gerade darum, Prozesse zu vermeiden, indem dem Gesuchsteller eine Handhabe geboten wird, vor Einleitung eines Prozesses seine Prozesschancen besser abzuschätzen (ZK ZPO- FELLMANN, 2. Aufl., Art. 158 N 19b). Ein rechtmisbräuchliches Verhalten der Be- rufungsbeklagten bzw. eine rechtmisbräuchliche Verwendung des Instruments der vorsorglichen Beweisführung ist daher zu verneinen. 5.1 Endlich bringt der Berufungskläger erneut vor, dass die eingereichten Gut- achterfragen in vielen Punkten der bundesgerichtlichen Rechtsprechung wider- sprächen und damit ungeeignet seien, zur Klärung der Prozessaussichten beizu- tragen (act. 2 S. 16). 5.2 Über die Eignung der Fragen wird erst in einem späteren Verfahrensstadium von der Vorinstanz zu entscheiden sein. Das wurde bereits festgehalten. Insofern erübrigen sich an dieser Stelle weitere Ausführung dazu. Hinzu kommt, dass auch hier die Risiken ungeeigneter Fragestellungen und damit allenfalls verbundener Sachverhaltsunterstellungen oder -verzerrungen bei der gesuchstellenden Partei liegen.

- 19 - III.

E. 4

Der Berufungskläger wird verpflichtet, der Berufungsbeklagten für das Beru- fungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 1'200.– zu bezahlen.

E. 5

Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Horgen, Einzelgericht im summarischen Verfahren und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein. Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmit- telfrist an die Vorinstanz zurück.

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 Be- schwerde 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).

- 21 - Dies ist ein über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert übersteigt Fr. 10'000.–. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Obergericht des Kantons Zürich II. Zivilkammer Die Gerichtsschreiberin: Dr. M. Isler versandt am:

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