

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE200128-O

Z02/mk

Mitwirkend: Oberrichter Dr. Stephan Mazan sowie die Gerichtsschreiberin
Claudia Iunco-Feier

Urteil und Verfügung vom 9. September 2020

in Sachen

A. _____ Grundversicherungen AG,

Gesuchstellerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X1. _____,

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw X2. _____,

gegen

B. _____-Stiftung,

Gesuchsgegnerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____,

betreffend **vorsorgliche Beweisführung**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- " 1. Es sei ein Augenschein am Unfallort (zu benennen von der Gesuchsgegnerin) in den Räumlichkeiten der Gesuchsgegnerin an der C._____-strasse ... in ... Zürich, genannt D._____, Wohnhaus auf der E._____, unter Mitwirkung der angerufenen Zeugen sowie des Gutachters durchzuführen.
2. Es seien sämtliche Unterlagen betreffend aller Aufenthalte von F._____ bei der Gesuchsgegnerin bis und mit Mai 2016 von der Gesuchsgegnerin zu edieren.
3. Anlässlich des Augenscheins sei eine Zeugeneinvernahme (Art. 169 ff. ZPO) durchzuführen bei
Frau G._____, H._____-strasse ..., 8004 Zürich
4. Anlässlich des Augenscheins sei eine Zeugeneinvernahme (Art. 169 ff. ZPO) durchzuführen bei
I._____, c/o B._____-Stiftung, C._____-strasse ..., ... Zürich (die korrekte Adresse der Zeugin sei von der Gesuchsgegnerin zu edieren).
5. Anlässlich des Augenscheins sei eine Zeugeneinvernahme (Art. 169 ff. ZPO) durchzuführen bei
"...", c/o B._____-Stiftung, C._____-strasse ..., ... Zürich (Bezeichnung gemäss Eintrag in der von der Gesuchsgegnerin geführten Krankengeschichte, der korrekte Name sowie die Adresse der Zeugin sei von der Gesuchsgegnerin zu edieren).
6. Anschliessend an den Augenschein sowie die Zeugenbefragungen sei ein Gutachten bei einem Experten für die Pflege von Epileptikern einzuholen. Dieses Gutachten sei von Gutachter direkt vor Ort, anschliessend an den unter seiner Mitwirkung durchgeführten Augenschein sowie die in seiner Anwesenheit durchgeführten Zeugenbefragungen, mündlich zu erstatten, eventualiter sei es schriftlich nachzureichen. Die von der Gesuchsgegnerin unter Antrag 2 edierten Unterlagen seien dem Gutachter vorgängig zukommen zu lassen.
7. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zuzüglich Mehrwertsteuer zulasten der Gesuchsgegnerin."

Der Einzelrichter zieht in Erwägung:

1. Prozessverlauf

Mit Eingabe vom 1. April 2020 (Datum Poststempel) reichte die Gesuchstellerin das Gesuch mit den vorstehend aufgeführten Rechtsbegehren ein (act. 1-3/2-12). Den Vorschuss für die Gerichtskosten und die Kosten der Beweisführung leistete sie fristgerecht (act. 7). Die Gesuchsantwort wurde innert erstreckter Frist am 29. Mai 2020 eingereicht (act. 11). Mit Eingabe vom 10. Juni 2020 ersuchte die Gesuchstellerin um Ansetzung einer Frist für eine Replik (act. 14). Von einer Fristansetzung wurde abgesehen, mit Schreiben vom 11. Juni 2020 wurde jedoch darauf hingewiesen, dass zur Wahrung des rechtlichen Gehörs Gelegenheit zum unbedingtem Replikrecht gewährt werde (act. 15). Am 18. Juni 2020 nahm die Gesuchstellerin zur Gesuchsantwort Stellung (fortan Replik, act. 17 und 18/13). Hierauf reichte die Gesuchsgegnerin mit Eingabe vom 26. Juni 2020 eine Stellungnahme ein (act. 20 und 21/1-2). Danach gingen keine weiteren Eingaben ein.

2. Zuständigkeit

Das Einzelgericht des Handelsgerichts des Kantons Zürich ist örtlich und sachlich zuständig (Art. 13 lit. a i.V.m. Art. 31 Abs. 1 ZPO; Art. 6 Abs. 2 und 5 ZPO i.V.m. § 44 lit. b und § 45 lit. b GOG).

3. Unstrittiger Sachverhalt

Die bei der Gesuchstellerin versicherte F._____ ist seit Geburt schwer geistig und körperlich behindert und leidet an regelmässigen epileptischen Anfällen. F._____ wird in der Regel zu Hause von ihrer Mutter betreut, verbringt jedoch jedes Jahr einige Wochen in dem von der Gesuchsgegnerin betriebenen Pflegeheim für von Epilepsie betroffene Personen "D._____, Wohnhaus auf der E._____" (nachfolgend D._____). Zwischen F._____ und der Gesuchsgegnerin bestand eine vertragliche Vereinbarung, welche Leistungen für Unterkunft, Verpflegung, Pflege und Betreuung umfasste. Während eines Aufenthaltes im D._____ stürzte F._____ am Abend des 4. Mai 2016 von der Toilette. Bezüglich der näheren Umstände des Unfalles ist unstrittig, dass F._____ von mindestens einer Mitarbeiterin

der Gesuchsgegnerin auf die Toilette begleitet wurde. In der Folge wurde sie – während sie auf der Toilette sass – dort allein gelassen, da die Betreuerin einer anderen Heimbewohnerin Hilfe leisten musste, welche zeitgleich gestürzt ist. Als F._____ verlassen wurde, war sie nicht durch einen Gurt gesichert. Die Mitarbeiterin, welche zu F._____ zurückkehrte, fand diese am Boden liegend und mit Schmerzen vor. F._____ erlitt beim Sturz eine Schienbeinfraktur. Die Gesuchstellerin übernahm als obligatorische Krankenversicherung nach KVG die Behandlungs- und Heilungskosten.

4. Parteistandpunkte

4.1. Die Gesuchstellerin macht Ansprüche von F._____ gegen die Gesuchsgegnerin aus Vertragsverletzung geltend, in welche sie gestützt auf Art. 72 Abs. 1 ATSG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 KVG im Rahmen der ausgerichteten Leistungen eingetreten sei (act. 1 Rz. 3). Namentlich wirft sie der Gesuchsgegnerin eine Verletzung der bei den Pflegedienstleistungen zu erbringenden Sorgfalt vor. Ein Pflegebetrieb habe die üblichen sturzprophylaktischen Massnahmen, welche mit vernünftigem finanziellen und personellen Aufwand realisierbar seien, zu ergreifen. Eine ständige Begleitung sei dann angezeigt, wenn der Heimbewohner wegen seines Gesundheitszustandes beim Gehen ständig einer Stütze oder einer Hilfsperson bedürfe (act. 1 Rz. 25). F._____ sei aufgrund ihrer physischen und psychischen Beeinträchtigungen schwer sturzgefährdet, namentlich nach einem epileptischen Anfall. Das Pflegepersonal hätte sich daher – auch im Falle des Sturzes einer anderen Heimbewohnerin – nicht von F._____ entfernen dürfen, ohne hinreichende Massnahmen zur Abwehr einer Selbstschädigung durch unbeaufsichtigtes Aufstehen oder im Falle eines epileptischen Anfalles zu ergreifen (act. 1 Rz. 34). F._____ sei auf der Toilette mit einem Gurt gesichert worden, welcher jedoch bereits entfernt worden sei, als sie allein gelassen worden sei (act. 1 Rz. 28). Die Gesuchsgegnerin bestreitet das Vorliegen der Voraussetzungen der vorsorglichen Beweisführung aus verschiedenen Gründen (act. 11 S. 3 ff.). Die beantragte Beweiserhebung sei wegen corona-bedingter Einschränkungen nicht möglich. Überdies sei das Gesuch rechtsmissbräuchlich, da die Gesuchstellerin ein umfassendes Beweisverfahren anstrebe, welches dem ordentlichen Verfahren

vorbehalten sei. Sodann führe das beantragte Vorgehen bei der Beweisabnahme dazu, dass der Gutachter bereits eine Beweiswürdigung vornehmen müsse, was unzulässig sei. Weiter ziele das umfassende Gesuch auf eine unzulässige Sachverhalts- und Beweisausforschung ab (act. 11 S. 3 ff.). Schliesslich sei der behauptete Sachverhalt nicht glaubhaft gemacht. Insbesondere fehle es an einer Sorgfaltspflichtverletzung. Es habe keine Pflicht zur Rundumbetreuung vorgelegen und F._____ sei nur beim Gehen und Stehen sturzgefährdet. Die Toilette könne sie selbständig benutzen. Überdies seien Stürze in Wohneinrichtungen für Menschen mit Epilepsie häufig und könnten mit organisatorischen Massnahmen nicht verhindert werden. Eventualiter sei eine Sorgfaltspflichtverletzung gerechtfertigt bzw. entschuldbar, da F._____ aufgrund einer Notsituation einer anderen Bewohnerin alleine gelassen worden sei (act. 11 S. 6 ff.). Die Gesuchsgegnerin bestreitet, dass auf der Toilette überhaupt Gurte zur Sicherung vorhanden gewesen seien. Überdies erfolge eine Fixierung nach modernen Pflegegrundsätzen nur in absoluten Ausnahmefällen. Ein solcher habe nicht vorgelegen (act. 11 Rz. 27).Rechtliches

5.1. Nach Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO nimmt das Gericht jederzeit Beweis ab, wenn die gesuchstellende Partei eine Gefährdung der Beweismittel oder ein schutzwürdiges Interesse glaubhaft macht. Ein schutzwürdiges Interesse besteht namentlich in der Abklärung der Beweis- und Prozessaussichten. Die blosser Behauptung eines Bedürfnisses, Beweis- und Prozessaussichten abzuklären, genügt aber nicht. Eine vorsorgliche Beweisführung kann nur mit Blick auf einen konkreten materiell-rechtlichen Anspruch verlangt werden. Der Gesuchsteller muss glaubhaft machen, dass ein Sachverhalt vorliegt, gestützt auf welchen ihm das materielle Recht einen Anspruch gegen die Beklagte gewährt und zu dessen Beweis das abzunehmende Beweismittel dienen kann. 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 keine hohen Anforderungen zu stellen (BGE 140 III 16, E. 2.2.1 f., m.w.H.; FELLMANN, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/ Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen ZPO, 3. Aufl., Zürich 2016., Art.

158 N 17 ff., m.w.H.). Glaubhaft gemacht ist eine Tatsache, wenn für deren Vorhandensein gewisse Elemente sprechen, selbst wenn das Gericht mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte - blosses Behaupten genügt nicht (BGE 130 III 321 E. 3.3 m.w.H.).

5.2. Gemäss Art. 72 Abs. 1 ATSG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 KVG tritt die Krankenversicherung bis auf die Höhe der gesetzlichen Leistungen in die Ansprüche der versicherten Person ein.

5.3. Die Voraussetzungen eines Schadenersatzanspruches i.S.v. Art. 97 Abs. 1 OR sind die Nichterfüllung oder nicht gehörige Erfüllung einer vertraglichen Pflicht (Vertragsverletzung), ein dadurch dem Gläubiger entstandener Schaden, ein adäquater Kausalzusammenhang zwischen Schaden und Vertragsverletzung sowie die fehlende Exkulpation des Schuldners (KREN KOSKIEWICZ, Orell Füssli Kommentar zum OR, 3. Aufl., 2016, N 4 zu Art. 97). Das Verschulden wird vermutet, d.h. der Schuldner muss beweisen, dass ihn kein Verschulden trifft (KREN KOSKIEWICZ, a.a.O., N 16 zu Art. 97). Der Beauftragte hat grundsätzlich nicht für den Erfolg seiner Tätigkeit einzustehen. Haftungsbegründend ist vielmehr eine unsorgfältige oder treuwidrige und den Auftraggeber schädigende Ausführung des Auftrages. Das Mass der Sorgfalt bestimmt sich nach objektiven Kriterien. Erforderlich ist die Sorgfalt, welche ein gewissenhafter Beauftragter in der gleichen Lage bei der Besorgung der ihm übertragenen Geschäfte anzuwenden pflegt. Höhere Anforderungen sind an den Beauftragten zu stellen, der seine Tätigkeit berufsmässig, gegen Entgelt ausübt. Dabei ist nach der Art des Auftrages zu differenzieren und auch den besonderen Umständen des Einzelfalles Rechnung zu tragen. Bestehen für eine Berufsart oder ein bestimmtes Gewerbe allgemein befolgte Verhaltensregeln und Usanzen, können sie bei der Bestimmung des Sorgfaltsmasses herangezogen werden (BGE 115 II 62 E. 3a m.w.H.).

6. Würdigung

6.1. Vorbemerkung

Der Aktenschluss tritt im summarischen Verfahren grundsätzlich nach dem ersten Schriftenwechsel ein (LEUENBERGER, in: Sutter-Somm/Hasenböhrer/Leuenberger [Hrsg.], a.a.O., Art. 229 N 17, m.w.H.; BGer 4A_557/2017 vom 21. Februar 2018, E. 2.2, m.w.H.). Es sind keine Gründe ersichtlich, vorliegend von diesem Grundsatz abzuweichen. Entsprechend sind im Rahmen der nachfolgenden Würdigung die Ausführungen in der Replik (act. 17) unbeachtlich, soweit sie über eine blosser Stellungnahme hinausgehen bzw. unzulässige Noven enthalten. Dasselbe gilt für die Eingabe der Gesuchsgegnerin vom 26. Juni 2020 (act. 20).

6.2. Anspruchsbegründende Tatsachen

Die Gesuchstellerin ist unbestrittenermassen im Rahmen von Art. 72 Abs. 1 ATSG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 KVG in die Ansprüche von F._____ gegen die Gesuchsgegnerin eingetreten.

Es besteht auch Einigkeit zwischen den Parteien darüber, dass zwischen F._____ und der Gesuchsgegnerin ein Vertrag bestand, welcher Leistungen für Unterkunft, Verpflegung, Pflege und Betreuung umfasste. Es handelt sich um einen Innominatkontrakt, der sich aus verschiedenen Vertragstypen zusammensetzt. Die pflegerische Betreuung ist auftragsrechtlicher Natur. In diesem Zusammenhang ist glaubhaft, dass die Gesuchsgegnerin verpflichtet war, F._____ soweit erforderlich bei den täglichen Verrichtungen zu begleiten bzw. sie dabei zu unterstützen. Das konkrete Mass der notwendigen Unterstützung ist strittig. Die Gesuchstellerin beruft sich zum Nachweis der behaupteten Verletzung vertraglicher Pflichten unter anderem auf eine als Krankengeschichte bezeichnete Zusammenstellung von Unterlagen (act. 3/7). Darunter befindet sich eine Pflegeanamnese, worin unter dem Titel "Neurokognitive Mechanismen. Anfallssituation" Folgendes festgehalten wird: "Häufigkeit, Dauer Ablauf etc. Täglich Anfälle/ Ca. 1. Min teilweise in Serie. linker Arm nach oben gestreckt, Hände stark verkrampft, Körper, Extremitäten versteift, Gesicht verzerrt." Weiter steht unter "Aktivität/Bewegung": "Frau F._____ kann in Begleitung gehen, Gang ist instabil, stützt sich dabei teilweise an Begleitperson ab, oder gibt die Hand. Sie macht viele Pausen, kann bis 15 Min. spazieren

gehen. Regelmässige Physiotherapie, und Lauftraining durch Spitex. Sie trägt zuhause keinen Helm, hier auf der Station Helmpflicht. Sturzgefahr bei Anfall." (act. 3/7). Vor diesem Hintergrund ist glaubhaft, dass F._____ aufgrund ihrer Epilepsie, namentlich bei einem Anfall, erheblich sturzgefährdet ist. Laut der Anamnese kommt es täglich zu Anfällen. Für die Behauptung der Gesuchsgegnerin, dass sich die Sturzgefahr nur auf das Gehen und Stehen beschränkt, liegen keine Hinweise vor. Dass F._____ trotz der Gefahr eines Sturzes alleine und ohne Sicherung auf der Toilette sitzend zurückgelassen wurde, spricht für eine Verletzung der vertraglichen Sorgfaltspflichten. Dass dies aus dem Grund geschah, weil eine andere Heimbewohnerin gestürzt ist, ist bei der Beurteilung der Sorgfaltspflichtverletzung sicherlich zu berücksichtigen. Dieser Punkt bedarf der weiteren Klärung (vgl. Erw. 6.3.4.). Eine Sorgfaltspflichtverletzung erscheint beim derzeitigen Aktenstand aber nicht ausgeschlossen, zumal im fraglichen Zeitpunkt in der Wohneinheit von F._____ unstrittig zwei Pflegerinnen anwesend waren und es – gemäss laienhafter Betrachtung – möglich erscheint, dass mindestens eine bei F._____ hätte bleiben können.

Das Vorliegen der übrigen Haftungsvoraussetzungen ist ebenfalls glaubhaft: Die Gesuchsgegnerin bestreitet den Kausalzusammenhang nur pauschal. Im Rahmen der summarischen Prüfung ist jedoch davon auszugehen, dass der Sturz von F._____ hätte verhindert werden können, wenn eine Mitarbeiterin bei ihr geblieben wäre oder wenn anderweitige Sicherungsmassnahmen ergriffen worden wären. Angesichts der beim Sturz unstrittig erlittenen Verletzungen und der durch diverse Belege untermauerten Behandlungs- und Heilungskosten, welche von der Gesuchstellerin getragen wurden, ist auch das Vorliegen des behaupteten Schadens glaubhaft.

6.3. Erforderlichkeit der Beweisabnahme

In Bezug auf den Einwand der Rechtsmissbräuchlichkeit des Gesuches ist vorzuschicken, dass im Rahmen von Art. 158 ZPO grundsätzlich sämtliche Beweismittel der ZPO in Frage kommen mit Ausnahme der Beweisaussage (BRÖNNIMANN, in: Berner Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Band II, 2012, N 16 zu Art. 158). Es gibt keine Beschränkung in der Anzahl der abzuneh-

menden Beweismittel, weshalb eine Häufung der Begehren nicht zur Unzulässigkeit des Gesuches führen kann. Selbstredend müssen aber die Voraussetzungen in Bezug auf jedes beantragte Beweismittel geprüft werden.

6.3.1. Augenschein

Die Gesuchstellerin beantragt einen Augenschein, damit sich Gutachter und Gericht "ein eigenes Bild" machen können (act. 1 Rz. 50). Sie legt indessen nicht dar, inwiefern die direkte Wahrnehmung der Örtlichkeiten die Beurteilung der Sorgfaltspflichtverletzung beeinflussen könnte. Sie nimmt zur Begründung der Sorgfaltspflichtverletzung an keiner Stelle auf die Ausgestaltung der Räumlichkeiten Bezug und auch keine der Fragen an den Gutachter beziehen sich darauf. Es fehlt damit an einem glaubhaft gemachten Zusammenhang zwischen der Ausgestaltung der Räumlichkeiten und der Abklärung der Prozesschancen. Darüber hinaus ist zu beachten, dass es einem Gutachter frei steht, im Rahmen von Art. 186 Abs. 1 ZPO selber einen Augenschein der Örtlichkeit vorzunehmen, sollte er dies als notwendig erachten. Demnach ist das Begehren betreffend Durchführung eines Augenscheines abzuweisen. Bei dieser Sachlage braucht nicht erörtert zu werden, ob die Durchführung eines Augenscheins aufgrund coronabedingter Einschränkungen überhaupt möglich wäre.

6.3.2. Edition

Die Gesuchstellerin begründet ihr Editionsbegehren damit, dass der Gutachter für die Beurteilung über die vollständigen Unterlagen verfügen müsse (act. 1 Rz. 49). Die Gesuchsgegnerin widersetzt sich dem Begehren, da es zu weit gefasst sei und eine unzulässige Beweisausforschung darstelle (act. 11 Rz. 49).

Die vorliegenden F._____ betreffenden Unterlagen beziehen sich mehrheitlich nur auf das Unfallereignis vom 4. Mai 2016, nicht jedoch auf frühere Aufenthalte im D._____. Es ist glaubhaft, dass eine umfassende Dokumentation dieser Aufenthalte zur Beurteilung des Vorliegens der Umstände einer Sorgfaltspflichtverletzung und damit der Abklärung der Prozessaussichten dienen kann. Insbesondere ist zu erwarten, dass die verlangten Unterlagen weitere prozessrelevante Er-

kenntnisse über die mit dem Gesundheitszustand von F._____ verbundenen Einschränkungen in ihren täglichen Verrichtungen ermöglichen. Das Editionsbegehren ist relativ weit gefasst. Die Gesuchstellerin hat den anspruchsbegründenden Sachverhalt aber bereits im Detail behauptet, weshalb keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die zu edierenden Unterlagen der Beweisausforschung dienen. Die Gesuchsgegnerin ist daher zu verpflichten, die F._____ betreffenden Unterlagen wie beantragt zu edieren.

Aufgrund von Art. 160 Abs. 1 lit. b ZPO sind Parteien grundsätzlich verpflichtet, Urkunden herauszugeben. Ausgenommen sind Unterlagen aus dem Verkehr einer Partei oder einer Drittperson mit einer Anwältin oder einem Anwalt, die oder der zur berufsmässigen Vertretung berechtigt ist (Art. 160 Abs. 1 lit. b ZPO). Ausserdem kann eine Partei die Mitwirkung in den Fällen von Art. 163 ZPO verweigern. Verweigert eine Partei die Mitwirkung unberechtigterweise, berücksichtigt dies das Gericht bei der Beweiswürdigung (art. 164 ZPO).

6.3.3. Zeugeneinvernahmen

Die Gesuchstellerin beantragt die Einvernahme von zwei im Zeitpunkt des Unfalles diensthabenden Pflegerinnen sowie der Mutter von F._____ als Zeugen (act. 1 Rz. 51 f.). Zum Unfallhergang liegen bereits mehrere Schilderungen in schriftlicher Form vor, namentlich der Pflegerin I._____ (act. 3/3, 3/7 und 3/11), der Pflegerin "... " (Kürzel gemäss Verlaufsprotokoll) (act. 3/7) und der Leiterin des D._____, J._____ (act. 12/5). Die entsprechenden Aussagen decken sich zumindest bezüglich des für die Beurteilung der vorliegend im Zentrum stehenden Sorgfaltspflichtverletzung relevanten Kerngeschehens. Der behauptete Unfallhergang ist zu grossen Teilen nicht bestritten (vgl. Erw. 3). Inwiefern die beantragten Zeugeneinvernahmen in Bezug auf die Beurteilung der Prozesschancen weitere Erkenntnisse ermöglichen sollten, hat die Gesuchstellerin nicht ausgeführt. Es ist davon auszugehen, dass die bereits vorliegenden sowie die zu edierenden Akten und das einzuholende gerichtliche Gutachten (vgl. Erw. 6.3.4.) ausreichen, um die Prozesschancen abzuklären. Da bei der entscheidenden Frage der Sorgfaltspflichtverletzung ein objektiver Sorgfaltsmassstab anzuwenden ist, kommt sodann insbesondere den Fragen betreffend das übliche Vorgehen bei der Betreu-

ung im D._____ und zuhause durch die Mutter keine entscheidende Bedeutung zu. Im Übrigen steht es der sachverständigen Person frei, im Rahmen von Art. 186 Abs. 1 ZPO Personen zu befragen, sollte sich dies für die Beantwortung der Fragen als notwendig erweisen. Die Begehren um Durchführung von Zeugeneinvernahmen sind daher abzuweisen.

6.3.4. Gutachten

Die Gesuchstellerin beantragt, es sei ein Gutachten eines Experten auf dem Gebiet der Pflege von Epilepsiekranken einzuholen, um zu beurteilen ob eine Sorgfaltspflichtverletzung vorliegt (act. 1 Rz. 53 ff.). Die Gesuchsgegnerin beanstandet im Wesentlichen die an den Gutachter zu richtenden Fragen (act. 11 Rz. 56).

Wie bereits ausgeführt bildet das Vorliegen einer Sorgfaltspflichtverletzung in einem allfälligen Hauptsacheverfahren die zentrale Frage. Ob eine solche zu bejahen ist, hängt von der Bestimmung des Sorgfaltsmasses ab. Da von einem objektivierte Sorgfaltsmassstab auszugehen ist und sich fachspezifische Fragen stellen, drängt sich die Einholung einer Expertise auf. Es ist davon auszugehen, dass eine solche massgeblich zur Klärung der Frage der Sorgfaltspflichtverletzung beitragen wird und damit der Abklärung der Prozesschancen dient. Die Befürchtung der Gesuchsgegnerin, wonach mit dem Gutachten bereits eine Würdigung der beantragten Zeugenbefragungen und des Augenscheins vorgenommen werden soll, wird insofern gegenstandslos, als die entsprechenden Begehren ohnehin abzuweisen sind (Erw. 6.3.1. und 6.3.3.). Das Begehren betreffend Einholung eines Gutachtens ist daher gutzuheissen.

Die Gesuchstellerin hat sieben Fragen an den Gutachter formuliert. Die Gesuchsgegnerin moniert bezüglich aller Fragen, dass sie keinen konkreten Behauptungen zugeordnet seien. Dem kann nicht gefolgt werden. Wie die Gesuchstellerin ausgeführt hat, dient das Gutachten der Feststellung, ob die behauptete Sorgfaltspflichtverletzung vorliegt (act. 1 Rz. 55). Die Fragen beziehen sich offenkundig alle auf diese Behauptung. Sodann beanstandet die Gesuchsgegnerin, dass die Fragen 1 und 2 unbestimmt seien, weil dem Gutachter kein konkreter Sachverhalt unterbreitet würde (act. 11 Rz. 56). Diese Fragen erscheinen im Hinblick

auf die Ermittlung des objektivierten Sorgfaltsmassstabes als sinnvoll. Die Vorgabe eines Sachverhaltes erscheint nicht notwendig, zumal der Gutachter diesen den Akten entnehmen und darlegen wird, worauf er sich stützt. Die Beanstandung in Bezug auf Frage 5 ist ebenfalls nicht stichhaltig. Diese Frage ist eine Folgefrage zu Frage 4 und zielt darauf ab, ob eine Sicherung auf der Toilette erforderlich ist, wenn sich die Person allein auf der Toilette befindet. Dem Einwand der Gesuchsgegnerin ist insofern Rechnung zu tragen, als die Frage im Gutachtensauftrag als Folgefrage zu Frage 4 zu kennzeichnen ist. In Bezug auf Frage 6 ist der Gesuchsgegnerin insofern zuzustimmen, dass die Formulierung "ein so hochgradiger Notfall" zur Beantwortung der Frage nicht nötig ist und möglicherweise sogar suggestiv wirkt. Die Frage ist daher zu reduzieren auf: "Rechtfertigt der Sturz einer anderen Bewohnerin, die vorher auf die Toilette begleitete Person dort zurückzulassen?". Da kein Augenschein und keine Zeugeneinvernahme durchzuführen ist, ist ausserdem der entsprechende Verweis aus der Frage zu entfernen.

Als Gutachterin ist den Parteien K._____, Pflegeexpertin MScN, L.____-strasse ..., M._____, vorzuschlagen. K._____ arbeitete seit 2008 als Pflegefachfrau in verschiedenen Institutionen, aktuell als Pflegeexpertin APN in der aufsuchenden Demenzberatungsstelle N._____. Sie verfügt unter anderem über folgende praktische Erfahrungen: Stellvertretende Leiterin Pflege und Betreuung, Pflegeexpertin und Bildungsverantwortliche im Alterszentrum O._____ und Fachverantwortung auf der Abteilung Neurologie des Universitätsspitals P._____.

K._____ wird Q._____, Diplomierte Pflegefachfrau DN II mit Master in Nursing Science, derzeit wissenschaftliche Mitarbeiterin in der Pflegeforschung an der R._____ Fachhochschule im Departement Gesundheit, als Hilfsperson beiziehen. Q._____ verfügt unter anderem über folgende praktische Erfahrungen: Pflegefachfrau mit Schwerpunkt Akutsomatik in der Herz- und Gefässchirurgie des Universitätsspitals S._____, Pflegefachfrau mit Schwerpunkt Psychiatrie in der Akutaufnahme der universitären psychiatrischen Dienste R._____ und im Rahmen eines externen Mandates zur Qualitätsentwicklung für die Organisation T._____, Wohnheim für psychisch und geistig behinderte Menschen.

6.4. Zusammenfassung

Die Gesuchstellerin hat das Vorliegen einer anspruchsbegründenden Sorgfaltpflichtverletzung sowie die übrigen Haftungsvoraussetzungen glaubhaft gemacht. Zudem hat sie glaubhaft gemacht, dass zur Abklärung der Prozesschancen die Abnahme weiterer Beweismittel notwendig ist, namentlich die Edition der F. _____ betreffenden Unterlagen und die Einholung eines gerichtlichen Gutachtens. Dass darüber hinaus ein Augenschein und Zeugeneinvernahmen notwendig sind, hat die Gesuchstellerin hingegen nicht glaubhaft gemacht, weshalb die entsprechenden Begehren abzuweisen sind.

7. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Bezüglich eines Teils der gestellten Rechtsbegehren (Urkundenedition und Gutachten) dauert das Verfahren an bis die entsprechenden Beweismittel erhoben wurden, weshalb diesbezüglich ein prozessleitender Entscheid zu fällen ist (BGE 138 III 46). Die entsprechenden Kosten- und Entschädigungsfolgen werden erst im Endentscheid geregelt. Über die übrigen Rechtsbegehren (Augenschein und Zeugeneinvernahmen) ergeht ein Endentscheid. Diesbezüglich wird die Gesuchstellerin kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Der Streitwert beträgt CHF 54'067.80. Die auf die Rechtsbegehren betreffend Augenschein und Zeugeneinvernahmen entfallende Gerichtsgebühr ist in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 8 Abs. 1 GebV OG auf CHF 1'000.– festzusetzen, der Gesuchstellerin aufzuerlegen und aus dem geleisteten Kostenvorschuss zu beziehen. Die an die Gesuchsgegnerin bezüglich der Rechtsbegehren Augenschein und Zeugeneinvernahmen zu leistende Parteientschädigung ist in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 9 AnwGebV auf rund einen Fünftel der Grundgebühr und somit auf CHF 1'500.– festzusetzen.

Der Einzelrichter verfügt:

1. Die Gesuchsgegnerin wird verpflichtet dem Gericht sämtliche Unterlagen betreffend alle Aufenthalte von F. _____ bei der Gesuchsgegnerin bis und mit

Mai 2016 – spätestens bis 28. September 2020 (Datum Poststempel) – einzureichen.

Verweigerungsgründe sind innert der gesetzten Frist geltend zu machen. Eine ungerechtfertigte Verweigerung wird vom Gericht bei der Beweiswürdigung berücksichtigt.

2. Es wird ein gerichtliches Gutachten eingeholt.
3. Den Parteien wird K._____, Pflegeexpertin MScN, L._____-strasse ..., M._____, als sachverständige Person vorgeschlagen.
4. Den Parteien wird eine Frist bis 28. September 2020 angesetzt, um allfällige Einwendungen gegen die vorgeschlagene Person vorzubringen. Allfällige Einwendungen sind detailliert zu begründen und zu belegen. Bei Stillschweigen oder Säumnis wird davon ausgegangen, dass gegen den Vorschlag des Gerichts nicht opponiert wird.
5. Die Kosten- und Entschädigungsfolgen werden mit dem Endentscheid geregelt.
6. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis.

und erkennt sodann:

1. Das Rechtsbegehren 1 (Augenschein) und die Rechtsbegehren 3, 4 und 5 (Zeugeneinvernahmen) des Gesuches werden abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 1'000.–.
3. Die Kosten werden der Gesuchstellerin auferlegt und aus dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss gedeckt.
4. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, der Gesuchsgegnerin eine Parteientschädigung von CHF 1'500.– zu bezahlen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und an die sachverständige Person z.K.
6. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 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 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Es handelt sich um ein Urteil betreffend vorsorglicher Massnahmen (Art. 98 BGG). Der Streitwert beträgt CHF 54'067.80

Zürich, 9. September 2020

Handelsgericht des Kantons Zürich
Einzelgericht

Gerichtsschreiberin:

Claudia Iunco-Feier