



---

Kass.-Nr. AA070109/U/la

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Bernhard Gehrig, die Kassationsrichterin Sylvia Frei, die Kassationsrichter Reinhard Oertli und Georg Naegeli sowie der juristische Sekretär Christof Tschurr

## **Zirkulationsbeschluss vom 7. Juli 2008**

in Sachen

**X.**

Kläger, Appellant und Beschwerdeführer  
vertreten durch Rechtsanwalt

gegen

**Z.**

Beklagte, Appellatin und Beschwerdegegnerin  
vertreten durch Rechtsanwalt

betreffend

### **Abänderung des Scheidungsurteils**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss und ein Urteil der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 30. Mai 2007  
(LC050073/U)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

**I.**

1. Mit Urteil der Einzelrichterin im ordentlichen Verfahren des Bezirksgerichtes \_\_\_\_\_ vom 18. Juni 2001 wurde die Ehe zwischen X. (nachfolgend Beschwerdeführer) und Z. (nachfolgend Beschwerdegegnerin) geschieden (ER act. 3/49). Mit Schreiben vom 29. August 2002 verlangte der Beschwerdeführer beim Bezirksgericht \_\_\_\_\_ die Abänderung des Scheidungsurteils bzw. die Herabsetzung der Unterhaltsbeiträge (ER act. 1). Anlässlich der Hauptverhandlung beantragte der Beschwerdeführer sodann, das Sorgerecht über die drei Kinder sei ihm zuzuteilen, eventualiter seien die Unterhaltszahlungen neu festzusetzen (ER act. 14; ER Prot. S. 3 ff.). Die Beschwerdegegnerin ihrerseits beantragte, das Besuchsrecht des Beschwerdeführers sei aufzuheben, eventuell in reduziertem Umfang einzuräumen (ER act. 16). Im Verlauf des erstinstanzlichen Verfahrens zog der Beschwerdeführer den Antrag auf Neuregelung der elterlichen Sorge zurück (ER act. 87). Mit Urteil vom 30. August 2005 entschied der Einzelrichter im ordentlichen Verfahren des Bezirkes \_\_\_\_\_ (Erstinstanz), dass die Regelung des Besuchsrechts der freien Vereinbarung zwischen dem Beschwerdeführer und den Kindern überlassen werde. Im Übrigen wies er die Klage ab (ER act. 104 bzw. 107).

2. Gegen diesen Entscheid liess der Beschwerdeführer Berufung erheben (ER act. 106 bzw. OG act. 111). Mit Urteil vom 30. Mai 2007 bestätigte die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich (Vorinstanz) den Entscheid der Einzelrichters, wonach Ziffer 3 des Scheidungsurteils des Bezirksgerichtes Hinwil vom 18. Juni 2001 (Besuchsrechtsregelung) aufzuheben und neu zu fassen sei. Im Übrigen wurde die Klage abgewiesen (OG act. 157 bzw. KG act. 2 S. 53). Mit Beschluss vom gleichen Tag wies die Vorinstanz die Anträge des Beschwerdeführers auf Anordnung eines ergänzenden Gutachtens, auf Errichtung einer Beistandschaft im Sinne von Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB sowie auf Beigabe

eines Prozessbestandes für die drei Kinder ab (OG act. 157 bzw. KG act. 2 S. 52).

3. Gegen das vorinstanzliche Urteil erhob der Beschwerdeführer rechtzeitig kantonale Nichtigkeitsbeschwerde, mit welcher er die Aufhebung des angefochtenen Entscheides beantragt (KG act. 1 S. 2).

Die Vorinstanz hat auf Vernehmlassung verzichtet (KG act. 8). Die Beschwerdegegnerin äusserte sich im kantonalen Beschwerdeverfahren nicht.

## II.

1. Vorweg ist auf die besondere Natur des Beschwerdeverfahrens hinzuweisen: Das Beschwerdeverfahren stellt keine Fortsetzung des Verfahrens vor dem Sachrichter dar. Daraus folgt, dass sich der Nichtigkeitskläger konkret mit dem angefochtenen Entscheid auseinandersetzen und den behaupteten Nichtigkeitsgrund in der Beschwerdeschrift selbst nachweisen muss (§ 288 Ziff. 3 ZPO). In der Beschwerdebegründung sind insbesondere die angefochtenen Stellen des vorinstanzlichen Entscheides zu bezeichnen und diejenigen Aktenstellen, aus denen sich ein Nichtigkeitsgrund ergeben soll, im Einzelnen anzugeben. Es ist nicht Sache der Kassationsinstanz, in den vorinstanzlichen Akten nach den Grundlagen des geltend gemachten Nichtigkeitsgrundes zu suchen. Wer die vorinstanzliche Beweiswürdigung als willkürlich rügt, muss in der Beschwerde genau darlegen, welche tatsächlichen Annahmen des angefochtenen Entscheides auf Grund welcher Aktenstellen willkürlich sein sollen. Wird Aktenwidrigkeit einer tatsächlichen Annahme behauptet, so sind ebenfalls die Bestandteile der Akten, die nicht oder nicht in ihrer wahren Gestalt in die Beweiswürdigung einbezogen worden sein sollen, genau anzugeben. Wer vorbringt, angerufene Beweismittel seien nicht abgenommen worden, hat zu sagen, wo und zu welchen Behauptungen er sich auf diese berufen hat (ZR 81 Nr. 88 Erw. 6; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 1997, N 4 zu § 288; Spühler/Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999,

S. 72 f.; von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Aufl., Zürich 1986, S. 16 ff.).

Die Nichtigkeitsgründe sind ihrer tatsächlichen Grundlage nach anzugeben. Die Subsumtion unter den zutreffenden Nichtigkeitsgrund von § 285 ZPO ist Aufgabe des Gerichts; die Anrufung eines unrichtigen Nichtigkeitsgrundes schadet dem Nichtigkeitskläger daher nicht. Ebenso wenig schadet ihm, wenn er sich in der Begründung seiner Beschwerde nicht auf die zutreffende gesetzliche Bestimmung berufen hat (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 4 zu § 288).

2. Angesichts der vom Beschwerdeführer vorgetragenen Kritik erscheint es sinnvoll, zunächst die im Zusammenhang mit dem von der Vorinstanz eingeholten Gutachten stehenden Rügen zu behandeln. Dabei ist anzumerken, dass die Vorbringen des Beschwerdeführers im Lichte der vorstehend geschilderten Anforderungen an die Begründung einer Nichtigkeitsbeschwerde lediglich angesichts der eingeschränkten Thematik noch als knapp genügend angesehen werden können.

2.1 Mit Beschluss vom 22. August 2006 entschied die Vorinstanz, beim Institut für Rechtsmedizin, Klinische Forensik, werde bezüglich der Arbeitsfähigkeit des Beschwerdeführers ein Gutachten eingeholt (OG act. 137). Mit Schreiben vom 23. August 2006 erging der entsprechende Gutachtensauftrag (OG act. 138), mit dem Hinweis, eine Kopie gehe an die beiden Rechtsvertreter (a.a.O., S. 3). Am 27. Februar 2007 ging das von der Oberärztin Dr. med Martina Schneebeli erstellte Gutachten bei der Vorinstanz ein (OG act. 149). In der Folge wurde den Parteien eine Kopie des Gutachtens zugestellt und ihnen Frist zur Stellungnahme angesetzt (OG act. 151). Mit Eingabe vom 10. April 2007 äusserte sich der Beschwerdeführer zum Gutachten (OG act. 153).

Die Gutachterin kam zusammengefasst zum Schluss, dass aufgrund der Untersuchung des Beschwerdeführers vom September 2006 keine Arbeitsunfähigkeit festgestellt werden könne. Es handle sich bei ihm um einen gesunden, athletischen Exploranden, der nicht durch Konzentrations- und Aufmerksamkeitsprobleme im Gespräch auffalle. Die im Gespräch gemachten Angaben stünden klar im Zusammenhang mit dem Scheidungsverfahren, den Unterhaltsverpflich-

tungen und dem Besuchsrecht. Gestützt auf diese Angaben sei nicht genau nachvollziehbar, in wie weit der Beschwerdeführer gesundheitlich beeinträchtigt sein sollte. Insbesondere sei er angeblich ohne Probleme nachts als Lastwagenchauffeur tätig (OG act. 149 S. 6 f.).

Die Vorinstanz erwog (KG act. 2 S. 49 f.), die Kritik des Beschwerdeführers am Gutachten von Dr. med. Martina Schneebeli sei unbegründet. Der Beschwerdeführer scheine zu übersehen, dass das Gutachten nicht vom Institut für Verkehrsmedizin eingeholt worden sei, sondern vom Institut für Rechtsmedizin, das die beiden Bereiche Verkehrsmedizin und Klinische Forensik umfasse. Der Direktor des Instituts für Rechtsmedizin weise denn auch die Gutachtensaufträge, welche sich mit der Arbeitsfähigkeit einer Person zu befassen haben, diesem Institut zu. Entgegen der Behauptung des Beschwerdeführers könne somit keine Rede von fehlender Fachkompetenz sein. Zudem sei dem Beschwerdeführer von Anfang an die Zuteilung dieses Gutachtensauftrages bekannt gewesen, sei doch im Beschluss vom 22. August 2006 ausdrücklich festgehalten worden, dass beim Institut für Rechtsmedizin, Klinische Forensik, bezüglich der Arbeitsfähigkeit des Beschwerdeführers ein Gutachten eingeholt werde. Dieser Beschluss sei dem Beschwerdeführer am 25. August 2006 zugestellt worden. Hiergegen habe der Beschwerdeführer nicht opponiert, insbesondere habe er nicht beantragt, es müsse bei einem Psychologen bzw. Psychiater ein Gutachten eingeholt werden. Nicht gehört werden könne auch die Kritik, das Gutachten erschöpfe sich im Wesentlichen in einer Wiedergabe der Berichte von Dr. Mösch und Dr. Gerber. Dem Gutachten könne entnommen werden, dass am 29. September 2006 eine Besprechung mit dem Beschwerdeführer und seine Untersuchung erfolgt sei; seine Angaben seien auf den Seiten 2 und 3 wiedergegeben. Der Beschwerdeführer habe nicht geltend gemacht, die Gutachterin habe seine Angaben nicht korrekt wiedergegeben. Zwar mache der Beschwerdeführer geltend, die Schlussfolgerungen der Gutachterin seien in keiner Weise fundiert, er unterlasse es aber, diese Behauptung zu begründen. Vollkommen am Ziel vorbei schiesse die Behauptung des Beschwerdeführers, es fehle jede Auseinandersetzung mit der anderweitigen Beurteilung des ihn bald seit zwei Jahren behandelnden Facharztes Dr. Gerber. Die fragliche Beurteilung von Dr. Gerber habe der Beschwerdeführer zwar ins Recht

gelegt, daraus könne er vorliegend aber nichts zu seinen Gunsten herleiten, seien diese Ausführungen denn nicht anders als reine Parteibehauptungen zu qualifizieren. Zudem gebe Dr. Gerber im Wesentlichen nur gerade wieder, was er vom Beschwerdeführer selber erfahren habe, dass er nämlich ausserordentlich schnell ermüde und dass er ohne längere Ruhepause zu keinen weiteren Leistungen mehr fähig gewesen sei und seine depressive Verstimmung mit erheblichen Schlafstörungen und Konzentrationseinbussen ihn bei der Ausübung seiner früheren Tätigkeit behindere. Ähnlich habe er sich auch selber gegenüber der Gutachterin geäussert, er habe durch all die Belastungen rund um das Sorge- und Besuchsrecht seiner Kinder Konzentrations- und Schlafprobleme bekommen, er habe sicher ein Schlafproblem und schlafe meist unregelmässig vor dem Fernseher. Diese Aussagen und auch diejenigen Ausführungen, die der Beschwerdeführer gegenüber Dr. Gerber gemacht habe, habe die Gutachterin aber nicht auswerten können, weil der Beschwerdeführer keine genauen Angaben darüber gemacht habe. Die Gutachterin halte fest, der Beschwerdeführer habe während des Gespräches mit ihr orientiert, konzentriert und aufmerksam gewirkt. Deshalb, so die Vorinstanz, sei es für die Gutachterin schwierig zu beurteilen, in welchem Ausmass die beschriebenen Schlaf- und Konzentrationsprobleme bestehen würden, weil der Beschwerdeführer im Rahmen der Besprechung keine Angaben über seinen Schlafrhythmus und seine Konzentrationsprobleme gemacht habe, er sei diesbezüglich nicht offen geblieben. Aus diesem Grunde sei für die Gutachterin eine eingeschränkte Arbeitsunfähigkeit im angestammten Beruf als Elektrokonstrukteur/-techniker im Vergleich zur 100 % Arbeitsfähigkeit als Lastwagenchauffeur nicht nachvollziehbar. Bei dieser Sachlage könne dieser Schlussfolgerung ohne weiteres zugestimmt werden (KG act. 2 S. 50).

2.3 Ein Sachverständiger ist beizuziehen, wenn dem Gericht und seinen Mitgliedern die zur Beweiserhebung nötigen besonderen Kenntnisse fehlen (§ 171 ZPO). Der Sachverständige wird vom Gericht bestimmt, wobei die Parteien gegen die Person Einwendungen (betreffend die fachliche Eignung, Ausstandsgründe) erheben können (§ 172 ZPO). Diese Einwendungen schliessen die Ernennung nur aus, wenn sie begründet sind (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 2 zu § 172) und können von den Parteien auch noch in der Stellungnahme zum Gutachten

erhoben werden (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 2 zu § 180). Das Gericht prüft sodann von Amtes wegen, ob das Gutachten Mängel aufweist und lässt ein unvollständiges, unklares oder nicht gehörig begründetes Gutachten ergänzen oder erläutern. Schliesslich ist ein neuer Gutachter zu bestellen, wenn das Gericht das Gutachten für ungenügend hält (§ 181 ZPO).

2.4 a) Der Beschwerdeführer bringt vor, mit Frau Dr. Schneebeili habe eine Verkehrsmedizinerin das Gutachten ausgearbeitet. So habe denn die Besprechung und Untersuchung am 29. September 2006 in der verkehrsmedizinischen Abteilung stattgefunden. Eine Verkehrsmedizinerin sei nicht geeignet, die sich hier stellenden schwierigen Fragen beantworten zu können (KG act. 1 S. 10).

b) Aus dem Gutachten ergibt sich, dass die Gutachterin, Frau Dr. med. M. Schneebeili, als Oberärztin für die Abteilung Verkehrsmedizin & Klinische Forensik des Instituts für Rechtsmedizin tätig ist (OG act. 149 S. 1 und 7). Zum einen ist jedoch damit nicht dargetan, dass es sich bei Frau Dr. Schneebeili um eine Verkehrsmedizinerin handelt, auch wenn die Besprechung und Untersuchung in der verkehrsmedizinischen Abteilung stattgefunden hat. Zum anderen ist, selbst wenn es sich bei der Gutachterin um eine Verkehrsmedizinerin handelte, allein damit noch nicht dargetan, dass sie nicht geeignet wäre, ein entsprechendes Gutachten zu erstellen. Zum Nachweis mangelnder Eignung genügt die Behauptung, es handle sich um eine Verkehrsmedizinerin, nicht. Vielmehr hätte der Beschwerdeführer darzulegen, welche konkreten Umstände (Ausbildung, Fachkenntnisse, Tätigkeiten) gegeben sind und weshalb angesichts dieser konkreten Umstände die Sachverständige zur Erstellung des Gutachtens nicht geeignet war.

2.5 a) Weiter wendet der Beschwerdeführer ein, die Vorinstanz habe § 172 Abs. 2 ZPO und damit eine wesentliche Verfahrensbestimmung verletzt, indem sie ohne jeden vorgängigen Einbezug des Beschwerdeführers autoritativ eine Gutachtenseinholung beim IRM angeordnet habe. Weder sei der Beschwerdeführer vorgängig zur Stellungnahme eingeladen worden, noch hätten dem Beschwerdeführer gegen den Beschluss Rechtsmittel zur Verfügung gestanden. Zudem sei hinsichtlich der Person noch alles offen gewesen; er habe nicht davon

ausgehen können, dass die Verkehrs- bzw. Allgemeinmedizinerin Frau Dr. Schneebeili das Gutachten erstellen würde (KG act. 1 S. 11 f.).

b) Gemäss § 172 Abs. 2 ZPO erhalten die Parteien Gelegenheit, gegen die Ernennung der Sachverständigen Einwendungen zu erheben. In der Literatur ist umstritten, ob die Ernennung von juristischen Personen oder Amtsstellen als Gutachter möglich sein soll, zumal die Bestimmungen über den Ausstand (§ 173 Abs. 2 ZPO) und über die Strafsanktionen (§ 174 ZPO; Art. 307 StGB) die Ernennung einer natürlichen Person voraussetzen. Bei der Gesetzesrevision wurde jedoch auf eine entsprechende ausdrückliche Vorschrift bewusst verzichtet, um die Zulassung von Ausnahmen nicht zu verhindern. Solche Ausnahmen dürften jedenfalls dann mit dem Gesetz vereinbar sein, wenn der von der juristischen Person bezeichnete Sachbearbeiter im Gutachten genannt wird, dieses mitunterzeichnet und über die Straffolgen informiert wurde (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 2 zu § 172).

c) Wie von der Vorinstanz erwähnt, wurden die Parteien mit Beschluss vom 22. August 2006 über die Einholung eines Gutachtens beim Institut für Rechtsmedizin, Klinische Forensik, orientiert. Der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers nahm diesen Beschluss gemäss Empfangsbestätigung (OG act. 137 angeheftet) am 25. August 2006 entgegen. Im Weiteren wurde den Rechtsvertretern der Parteien je eine Kopie des Gutachtensauftrages zugestellt (OG act. 138 S. 3). Der Beschwerdeführer macht nicht geltend, er habe diese Schriftstücke nicht erhalten. Damit haben die Parteien bzw. hat der Beschwerdeführer aber durchaus Gelegenheit erhalten, Einwendungen gegen die Sachverständigenernennung zu erheben. Bestehen bei einer Partei Bedenken gegen die Sachverständigenernennung, so kann von ihr erwartet werden, dass sie diese Bedenken bzw. Einwendungen dem Gericht bekannt gibt, auch wenn das Gericht nicht ausdrücklich Frist dazu angesetzt hat. Wesentlich erscheint, dass die Parteien in die Lage versetzt werden, ihre Einwendungen zu erheben. Das konkrete Vorgehen, ob das Gericht den Parteien die beabsichtigte Ernennung vor der formellen Entscheidung mitteilen will und ob es zur Stellungnahme Frist ansetzt, ist dem Gericht zu überlassen. Entsprechend ist im Vorgehen der Vorinstanz keine Verletzung von § 172

Abs. 2 ZPO zu sehen. Der Beschwerdeführer hätte ohne Weiteres schon im damaligen Zeitpunkt geltend machen können, ein Mitarbeiter oder eine Mitarbeiterin der Abteilung Verkehrsmedizin und Klinische Forensik sei jedenfalls zur Gutachtenserstellung ungeeignet. Wenn der zürcherische Gesetzgeber sodann die Möglichkeit der Ernennung von juristischen Personen – wenn auch in Ausnahmefällen – als möglich erachtete, so geht damit einher, dass den Parteien der konkrete Sachverständige eben erst nach der Gutachtenserstellung bekannt wird. Damit hat der Gesetzgeber in Kauf genommen, dass Einwendungen gegen die Person des Gutachters erst im Zusammenhang mit der Stellungnahme zum Gutachten vorgetragen werden können. Diese Auffassung erweist sich schliesslich als verfassungsmässig, hat das Bundesgericht in seiner Entscheid 5P.42/1995 vom 3. April 1995 (publiziert in Plädoyer 3/95 S. 60) festgehalten, es bestehe kein Verfassungsanspruch auf vorgängige Stellungnahme zur Wahl des Experten. Wegen der Verfahrensökonomie möge es zwar zweckmässig sein, die Parteien rechtzeitig anzuhören, eine nachträgliche Äusserungsmöglichkeit genüge aber. Die Rüge des Beschwerdeführers erweist sich demnach als unbegründet.

2.6 a) Der Beschwerdeführer lässt weiter vorbringen, das Gutachten als solches sei ungenügend. Zum einen enthalte es keinerlei Hinweise auf die Dauer der Exploration. Tatsächlich habe das Gespräch mit dem Exploranden nicht einmal 40 Minuten gedauert. Im Übrigen habe sich die Gutachterin auf ein Telefonat mit dem Rechtsvertreter des Beschwerdeführers sowie den Dres. Mösch und Gerber beschränkt, währenddem keine Angehörigen einbezogen worden seien. Es seien auch keine Testverfahren durchgeführt worden. Die eigentliche gutachterliche Stellungnahme beschränke sich auf zwei Absätze des seitenmässig nicht paginierten Gutachtens. Darin halte die Gutachterin fest, es sei schwierig zu beurteilen, in welchem Ausmass die beschriebenen Schlaf- und Konzentrationsprobleme bestehen würden; der Beschwerdeführer habe keine Angaben hiezu gemacht, sei diesbezüglich nicht offen gewesen. Dann halte die Gutachterin zusammenfassend fest, dass der Beschwerdeführer gesund und arbeitsfähig sei. Dieses Gutachten, ist der Beschwerdeführer der Auffassung, sei schlicht nicht brauchbar. Es sei unverständlich, ja unglaublich, dass das Obergericht auch noch nach entsprechender Kritik dieses Gutachten als überzeugend und genügend einstufte, nachdem

jedwelche grundlegende Auseinandersetzung mit dem Beschwerdeführer und dessen Problemen fehle, dieser keinem einzigen Testverfahren unterworfen worden sei und die angefragten Ärzte, darunter der behandelnde Facharzt, zu anderen Schlüssen gelangt seien (KG act. 1 S. 10 f.).

b) Soweit der Beschwerdeführer formelle Mängel des Gutachtens rügt (fehlende Auskunft über die Dauer der Exploration, fehlende bzw. ungenügende Fremdanamnese, unterlassene Testverfahren), sind diese Einwände im Kassationsverfahren nicht (mehr) zu hören. Nachdem das Gutachten den Parteien zur Stellungnahme unterbreitet wurde (vgl. OG act. 151) und der Beschwerdeführer von dieser Möglichkeit auch Gebrauch gemacht hat (OG act. 153), hätte er die genannte Kritik am Gutachten im Rahmen dieser Stellungnahme vorbringen müssen. Zwar hat der Beschwerdeführer das Gutachten in seiner Eingabe vom 10. April 2007 als inhaltlich ungenügend taxiert, der allgemeine Vorwurf, die Schlussfolgerungen der Gutachterin seien in keiner Weise fundiert (OG act. 153 S. 1), genügt im Hinblick auf die geltend gemachten formellen Mängel nicht. Diese Rügen erst im vorliegenden Beschwerdeverfahren zu erheben, verstösst nach der Praxis des Kassationsgerichts gegen das Gebot des prozessualen Handelns nach Treu und Glauben (ZR 84 Nr. 25; Kass.-Nr. AA030113, Entscheid vom 26. November 2003 i.S. H., Erw. 5.3b; Kass.-Nr. 2001/068, Entscheid vom 18. Juli 2001 i.S. E. GmbH, Erw. II.1.2).

c) Gemäss § 181 Abs. 1 ZPO muss das Gericht ein unvollständiges, unklares oder nicht gehörig begründetes Gutachten von Amtes wegen ergänzen. Gemäss Abs. 2 derselben Bestimmung bestellt es einen neuen Sachverständigen, wenn es das Gutachten für ungenügend hält. Diese Bestimmungen stehen auch im Zusammenhang mit dem Anspruch der Parteien auf das rechtliche Gehör gemäss § 56 ZPO. Gemäss diesem Grundsatz muss gelten, dass ein weiteres Gutachten einzuholen ist, wenn ernsthafte Zweifel an der Richtigkeit der Schlussfolgerungen eines vom Gericht bestellten Sachverständigen angebracht sind. Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs erfordert dabei die Anordnung eines weiteren Gutachtens nicht nur dann, wenn es willkürlich wäre, anzunehmen, es sei ein Sachverhalt im Sinne der Schlussfolgerungen des vom Gericht ernannten Exper-

ten gegeben, sondern bereits dann, wenn erhebliche Zweifel an der Richtigkeit der Schlussfolgerung dieses Experten bestehen. Dasselbe gilt für den Fall, dass die Ergänzung eines Gutachtens erfolglos geblieben ist oder von vornherein keinen Erfolg verspricht. Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs ist ein wesentlicher Verfahrensgrundsatz im Sinne von § 281 Ziff. 1 ZPO, weshalb das Kassationsgericht das Bestehen erheblicher Zweifel frei zu überprüfen hat (ZR 85 Nr. 35).

Wenn der Beschwerdeführer einwendet, die Gutachterin habe es zu Unrecht unterlassen, sich mit der von ihrer Auffassung abweichenden Ansicht des Psychiaters auseinanderzusetzen und das Gutachten sei (diesbezüglich) nicht fundiert, ist dem zuzustimmen. Vorliegend ist zu beachten, dass die Gutachterin selber bei Dr. Gerber eine Auskunft einholte (OG act. 149 S. 1 und 4 f.). Gemäss Angaben im Gutachten vertrat Dr. Gerber der Gutachterin gegenüber die Meinung, die depressive Verstimmung mit erheblichen Schlafstörungen und Konzentrationseinbusse behinderten den Beschwerdeführer derart, dass er in seiner angestammten Tätigkeit kaum die attestierten 50% arbeitsfähig gewesen sei (OG act. 149 S. 4). Weiter wies die Gutachterin darauf hin, Dr. Gerber habe betont, nur in der Tätigkeit als Lastwagenchauffeur sei der Beschwerdeführer 100% arbeitsfähig. Da seine angestammte Tätigkeit ihn fordere, sei hier gemäss Psychiater keine 100% Arbeitsfähigkeit zu attestieren (OG act. 149 S. 5 f.). Diese Auskünfte des Psychiaters gegenüber der Gutachterin lassen sich nicht schlüssig damit entkräften, es sei schwierig zu beurteilen, in welchem Ausmass die beschriebenen Schlaf- und Konzentrationsprobleme bestünden; der Beschwerdeführer habe im Rahmen der Besprechung keine Angaben über seinen Schlafrhythmus und seine Konzentrationsprobleme gemacht und sei diesbezüglich nicht offen geblieben (OG act. 149 S. 6). Aus dem Gutachten geht nicht hervor, in welcher Art und Weise die vom Beschwerdeführer geltend gemachten psychischen Beeinträchtigungen bei der Begutachtung thematisiert wurden, insbesondere wie konkret die Gutachterin diesbezüglich (nach-)fragte. Allein der Umstand, dass der Beschwerdeführer (allenfalls) von sich aus keine näheren Angaben zu seinen Beeinträchtigungen machte, erscheint angesichts der Auskunft des behandelnden Psychiaters nicht ausreichend, schlüssig eine vollumfängliche Arbeitsfähigkeit des Beschwerdeführers auf seinem ursprünglichen Tätigkeitsgebiet zu belegen. Wollte die Gutachte-

rin die Meinung vertreten, die vom Beschwerdeführer behaupteten Beeinträchtigungen seien mangels konkreter Angaben nicht glaubhaft, hätte sie dies begründen müssen. Andernfalls besteht auch die Interpretationsmöglichkeit, dass die Arbeitsfähigkeit des Beschwerdeführer aufgrund mangelhafter Mitwirkung als vollumfänglich vorhanden attestiert wurde. Diese Schlussfolgerung erschiene jedenfalls fragwürdig. Die Kritik des Beschwerdeführers erweist sich somit in diesem Punkt als begründet. Indem die Vorinstanz auf das Gutachten abstellte, setzte sie einen Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 281 Ziff. 1 ZPO. Soweit der angefochtene Entscheid auf dem Gutachten beruht, nämlich was die Frage des Einkommens des Beschwerdeführers anbelangt, ist der obergerichtliche Entscheid zufolge Gutheissung der Beschwerde aufzuheben und die Sache zu neuer Entscheidung im Sinne der vorstehenden Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen. Da es somit der Vorinstanz überlassen bleibt, ob und allenfalls welche weiteren Beweismittel erhoben werden und da die Vorinstanz allenfalls auch eine neue Regelung der Kosten- und Entschädigungsregelung treffen wird, braucht auf die weiteren in der Beschwerdeschrift erhobenen Rügen nicht mehr näher eingegangen zu werden.

Anzufügen bleibt der Vollständigkeit halber, dass der zusammen mit dem vorinstanzlichen Urteil ergangene Beschluss nicht angefochten wurde bzw. der Beschwerdeführer diesbezüglich keinen Nichtigkeitsgrund geltend macht und der Beschluss somit Bestand hat.

### III.

1. Der Beschwerdeführer beantragt, es sei ihm (auch) für das Kassationsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren (KG act. 1 S. 2).

a) Dem Beschwerdeführer wurde erstinstanzlich die unentgeltliche Prozessführung bewilligt und in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. Thomas Schütz ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt (ER act. 74). Die Vorinstanz traf diesbezüglich keinen neuen Entscheid (vgl. KG act. 2 S. 51). Die erst- bzw. vorinstanzliche Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege gilt im Rechtsmittelver-

fahren grundsätzlich weiter, soweit die Rechtsmittelinstanz nicht einen selbstständigen Entscheid fällt (§ 90 Abs. 2 ZPO). Es besteht vorliegend kein Anlass, für das Kassationsverfahren einen neuen Entscheid zu fällen.

b) Der Beschwerdeführer obsiegt im Kassationsverfahren vollumfänglich, weshalb ihm keine Kosten aufzuerlegen sind. Die Beschwerdegegnerin hat sich am Kassationsverfahren nicht beteiligt, weshalb sie praxisgemäss nicht als unterliegende Partei gilt und somit weder kosten- noch entschädigungspflichtig wird (§ 64 Abs. 2 und § 68 Abs. 1 ZPO). Die Kosten des Kassationsverfahrens sind somit auf die Gerichtskasse zu nehmen und der unentgeltliche Rechtsvertreter des Beschwerdeführers ist aus der Gerichtskasse zu entschädigen.

#### **IV.**

Beim vorliegenden Beschluss handelt es sich um einen Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG. Demnach ist gegen ihn die Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 72 ff. BGG an das Bundesgericht nur unter den in Art. 93 BGG genannten Voraussetzungen zulässig. Ob diese erfüllt sind, entscheidet das Bundesgericht.

**Das Gericht beschliesst:**

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich 30. Mai 2007 aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen zur Neu Beurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden auf die Gerichtskasse genommen.
3. Der unentgeltliche Rechtsvertreter des Beschwerdeführers, Rechtsanwalt lic. iur. Thomas Schütz, wird für seine Bemühungen und Aufwendungen im Kassationsverfahren mit Fr. 2'000.-- (inkl. Mehrwertsteuer und Barauslagen) aus der Gerichtskasse entschädigt.
4. Gegen diesen Entscheid kann unter den Voraussetzungen von Art. 90 ff. BGG innert 30 Tagen nach dessen Empfang schriftlich durch eine Art. 42 BGG entsprechende Eingabe Beschwerde gemäss Art. 72 ff. BGG an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, erhoben werden. Der Streitwert beträgt über Fr. 30'000.--.

Hinsichtlich des Fristenlaufes gelten die Art. 44 ff. BGG.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich sowie den Einzelrichter im ordentlichen Verfahren des Bezirkes Hinwil (Proz.-Nr. FP020018), je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Der juristische Sekretär: