

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF130011-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin
Dr. L. Hunziker Schnider und Oberrichterin lic. iur. E. Lichti
Aschwanden sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Houweling-Wili.

Urteil vom 17. April 2013

in Sachen

A._____ AG,

Gesuchsgegnerin und Berufungsklägerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____

gegen

B._____,

Gesuchsteller und Berufungsbeklagter,

unentgeltlich vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____

betreffend

vorsorgliche Beweisführung / Rückweisung

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes Audienz des Bezirksgerichtes Zürich vom 19. Dezember 2011 (ET110012)

Beschluss und Urteil der II. Zivilkammer des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 11. April 2012 (LF110134)

Rückweisungsentscheid des Schweiz. Bundesgerichtes vom 21. Februar 2013 (4A_322/2012)

Rechtsbegehren:

- "1. Es sei ein gerichtliches Gutachten zur Frage der medizinischen Dauerfolgen des vom Gesuchsteller am 28. März 2005 erlittenen Unfalls erheben zu lassen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Gesuchsgegnerin."

(act. 1 S. 1)

Verfügung des Bezirksgerichtes Zürich vom 19. Dezember 2011:

- "1. Es wird ein Gutachten angeordnet.
2. Als Sachverständige werden vorgeschlagen:
 - a) C._____ GmbH, Begutachtungszentrum ..., ... [Adresse]:
 - Fallführender Gutachter:
Dr. med. D._____, FMH für Allg. Innere Medizin
 - Neurologie:
Dr. med. E._____, FMH für Neurologie
 - Neuropsychologie:
lic. phil. F._____, Fachpsychologe für Neuropsychologie
FSP/Psychotherapie FSP
 - Psychiatrie:
Dr. med. G._____, FMH für Psychiatrie/Psychotherapie
 - b) ...spital ..., Klinik für Neurologie, ... [Adresse]:
 - Oberbegutachtung/Neurologie:
Prof. Dr. med. H._____, Leitender Arzt Klinik Neurologie ...
 - evt. Rheumatologie:
Prof. Dr. med. I._____, Klinikdirektor
 - Neuropsychologie:
Prof. Dr. J._____, Abteilungsleiter Neuropsychologie ...
 - Psychiatrie:
Dr. med. K._____, Psychiatrische ...klinik ...
 - evt. Unfallchirurgie:

Prof. Dr. med. L. _____, Stv. Klinikleiter Unfallchirurgie ...

Den Parteien läuft eine Frist von 20 Tagen ab Zustellung dieser Verfügung, um schriftlich im Doppel Einwendungen gegen die Vorgeschlagenen zu erheben und zu begründen.

Säumnis gilt als Verzicht auf Einwendungen.

3. Der beklagten Partei wird eine Frist von 20 Tagen ab Zustellung dieser Verfügung angesetzt, um schriftlich im Doppel allfällige Ergänzungsfragen an den Gutachter zu formulieren.

Säumnis gilt als Verzicht auf Ergänzungsfragen.

4. Der klagenden Partei wird eine Frist von 20 Tagen ab Zustellung dieser Verfügung angesetzt, um für die Beweisführung bei der Bezirksgerichtskasse Zürich, Postkonto 80-4713-0, einen Barvorschuss von Fr. 6'000.00 zu leisten. Bei Säumnis wird kein Gutachten eingeholt.

Die Frist zur Zahlung ist eingehalten, wenn der Betrag spätestens am letzten Tag der Frist der Schweizerischen Post zugunsten des Gerichts übergeben oder einem Post- oder Bankkonto in der Schweiz belastet worden ist.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien je als Gerichtsurkunde und an die Bezirksgerichtskasse Zürich.
6. Die gesetzlichen Fristenstillstände gelten nicht (Art. 145 Abs. 2 ZPO)."

(act. 48 S. 10 ff.)

Berufungsanträge:

der Gesuchsgegnerin und Berufungsklägerin (act. 49 S. 2):

- "1. Die angefochtene Verfügung sei aufzuheben;
2. das Gesuch um vorsorgliche Beweisführung sei abzuweisen;
3. eventuell sei die Sache zur Abweisung des Gesuchs an die Vorinstanz zurückzuweisen;
4. unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Gesuchstellers (incl. MWST)."

des Gesuchstellers und Berufungsbeklagten (act. 60 S. 2):

- "1. Auf die Berufung der Gesuchsgegnerin sei nicht einzutreten.
Eventualiter:
2. Die Berufung der Gesuchsgegnerin und Berufungsklägerin sei abzuweisen."

Erwägungen:

I.

1. In den Morgenstunden des 28. März 2005 fuhr ein bei der Gesuchsgegnerin und Berufungsklägerin (nachfolgend Berufungsklägerin) versicherter Personenwagen bei einem kleinen Durchgangsweg zwischen den Liegenschaftenstrasse ... und ... in M._____ rückwärts, nach rechts abdrehend aus einem Parkfeld. Dabei wurde der hinter dem Personenwagen befindliche Gesuchsteller und Berufungsbeklagte (nachfolgend Berufungsbeklagter) übersehen. Dieser wurde vom rückwärts fahrenden Personenwagen touchiert und kam dadurch zu Fall (act. 4/6). Nach Darstellung des Berufungsbeklagten zog er sich durch diesen Sturz unter anderem ein Schädelhirntrauma zu, an dessen Folgen er seit dem Unfalltag leidet (act. 1 S. 5 und S. 10).

2. Am 28. März 2011 gelangte der Berufungsbeklagte an das Einzelgericht Audienz des Bezirksgerichtes Zürich und stellte ein Begehren um vorsorgliche Beweisabnahme in der Form eines gerichtlichen Gutachtens zu den medizinischen Dauerfolgen des erlittenen Unfalls (act. 1).

Mit Verfügung vom 19. Dezember 2011 ordnete das Einzelgericht Audienz des Bezirksgerichtes Zürich die Einholung eines Gutachtens an und schlug den Parteien Sachverständige vor, mit einer Frist von 20 Tagen, um gegen die Vorgesprochenen Einwendungen zu erheben. Der Berufungsklägerin wurde zudem Frist angesetzt, um allfällige Ergänzungsfragen zu formulieren (act. 46 = act. 48).

3. Gegen diese Verfügung erhob die Berufungsklägerin mit Eingabe vom 23. Dezember 2011 bei der Kammer rechtzeitig Berufung mit den Anträgen, es sei die angefochtene Verfügung aufzuheben und es sei das Gesuch um vorsorgliche Beweisführung abzuweisen, eventualiter sei die Sache zur Abweisung des Gesuchs an die Vorinstanz zurückzuweisen (act. 49). Der Berufungsbeklagte beantragte in der Berufungsantwort vom 14. März 2012, es sei auf die Berufung nicht einzutreten, eventualiter sei die Berufung abzuweisen (act. 60). Gleichzeitig stellte er in prozessualer Hinsicht ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. Y._____. Diesem Gesuch wurde mit Beschluss vom 11. April 2012 stattgegeben, und Rechtsanwalt lic. iur. Y._____ wurde dem Berufungsbeklagten als unentgeltlicher Rechtsbeistand beigegeben (act. 61 = act. 72).

Mit Urteil vom 11. April 2012 (act. 61 = act. 72) hiess die Kammer die Berufung gut (Dispositiv-Ziffer 1) und wies das Gesuch um vorsorgliche Beweisabnahme in der Form eines gerichtlichen Gutachtens zu den medizinischen Dauerfolgen des erlittenen Unfalls ab (Dispositiv-Ziffer 2). Der Berufungsbeklagte wurde dazu verurteilt, der Berufungsklägerin Parteientschädigungen von Fr. 10'000.-- für das erstinstanzliche Verfahren (Dispositiv-Ziffer 4) und Fr. 3'000.-- für das Berufungsverfahren auszurichten (Dispositiv-Ziffer 7). Weiter wurde dem Berufungsbeklagten die auf Fr. 5'000.-- festgesetzte erstinstanzliche Entscheidgebühr auferlegt, welche mit dem von ihm bei der ersten Instanz geleisteten Kostenvorschuss

verrechnet wurde (Dispositiv-Ziffer 3). Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren wurde auf Fr. 5'000.-- festgesetzt und ebenfalls dem Berufungsbeklagten auferlegt, jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Staatskasse genommen (Dispositiv-Ziffer 6).

4. Die I. zivilrechtliche Abteilung des Bundesgerichts hob mit Urteil vom 21. Februar 2013 in teilweiser Gutheissung der vom Berufungsbeklagten erhobenen Beschwerde in Zivilsachen die Ziffern 1-8 dieses Urteils auf (BGer 4A_322/2012 vom 21. Februar 2013, act. 73). Es hiess das Gesuch um vorsorgliche Beweisabnahme in Form eines gerichtlichen Gutachtens zu den medizinischen Dauerfolgen des erlittenen Unfalls vom 28. März 2005 gut und wies im Übrigen die Sache an die Kammer zurück, damit diese den Parteien entsprechend den Ziffern 2 und 3 der erstinstanzlichen Verfügung Vorschläge zu den Sachverständigen unterbreitet, der Berufungsklägerin die Gelegenheit gibt, Ergänzungsfragen an den Sachverständigen zu formulieren, und die Kosten- und Entschädigungsfolgen des erst- und zweitinstanzlichen Verfahrens neu regelt. Zur Behandlung der Rückweisung wurde ein neues Verfahren eröffnet (Geschäfts-Nr. LF130011).

5. Mit Eingabe vom 15. April 2013 reichte der Rechtsbeistand des Berufungsbeklagten, Rechtsanwalt lic. iur. Y._____, eine Zusammenstellung über seine Bemühungen und Barauslagen ein (act. 74-75).

II.

1. Die Vorinstanz hat dem Begehren des Berufungsbeklagten stattgegeben und ein Gutachten über die medizinischen Dauerfolgen des vom Berufungsbeklagten am 28. März 2005 erlittenen Unfalls angeordnet. Das im Wesentlichen mit der Begründung, die vom Berufungsbeklagten geforderte vorsorgliche Abklärung der natürlichen Kausalität zwischen dem Schadenereignis im Jahre 2005 und dem heutigen Gesundheitszustand des Berufungsbeklagten sei eine erhebliche Tatsache für dessen haftpflichtrechtlichen Anspruch gegen die Berufungsklägerin. Das verlangte Gutachten erscheine geeignet und jedenfalls nicht untaug-

lich, die massgebende Frage der natürlichen Kausalität zu klären, weshalb die Voraussetzung des schutzwürdigen Interesses gegeben sei (act. 48 S. 5).

Im Weiteren erwog die Vorinstanz in Bezug auf die Einwendungen der Berufungsklägerin, die Möglichkeit, einen Beweis auch im Hauptprozess zu führen, schliesse die vorsorgliche Beweisführung nicht aus (act. 48 S. 6). Die Vermeidung eines ordentlichen Prozesses durch die vorsorgliche Beweisführung sei nur deren Ziel und stelle keine Voraussetzung dar. Die von der Berufungsklägerin geschilderten Sachumstände würden in die gutachterliche Beurteilung einfließen. Zudem könne die Berufungsklägerin Ergänzungsfragen stellen (act. 48 S. 6 f.). Nicht Gegenstand der vorsorglichen Beweisführung sei jedenfalls die umfassende Beurteilung des Hauptanspruches (act. 48 S. 8). Überdies sei ein rechtsmissbräuchliches Verhalten des Berufungsbeklagten nicht ersichtlich. Er habe im vorliegenden Verfahren lediglich einen anderen prozessrechtlichen Standpunkt eingenommen als im vorgängigen sozialversicherungsrechtlichen Verfahren. Zudem gehe es im vorliegenden Verfahren anders als im verwaltungsrechtlichen Verfahren um die Erstellung eines gerichtlichen Gutachtens (act. 48 S. 8 f.).

2. Die Berufungsklägerin bringt in der Berufungsschrift dagegen vor, die Klärung der Frage, ob die vom Berufungsbeklagten behaupteten Beschwerden bestehen, und ob diese auf den Unfall am 28. März 2005 zurückgehen würden, sei zwar für die Entscheidung der erhobenen Forderung erheblich, könne aber ohne Weiteres noch im ordentlichen Prozess geprüft werden, weshalb kein schützenswertes Interesse an der vorsorglichen Beweisführung bestehe. Die vorsorgliche Beweisführung stelle eine Ausnahme dar und sei restriktiv anzuwenden (act. 49 S. 4 f.).

Im Weiteren stellt die Berufungsklägerin den von der Vorinstanz festgehaltenen Umstand, dass die Frage der natürlichen Kausalität für den haftpflichtrechtlichen Anspruch des Berufungsbeklagten erheblich sei (act. 48 S. 5 f.), nicht in Frage (act. 49 S. 4 f.). Sie stellt sich jedoch auf den Standpunkt, dass das schutzwürdige Interesse nicht gegeben sei, weil einerseits für das Gutachten ihre Mitwirkung bzw. die gerichtliche Hilfe nicht notwendig sei. Der Berufungsbeklagte könne sich auch selber begutachten lassen (act. 49 S. 5). Andererseits bedürfe es

für die Abklärung der Prozesschancen keines Gutachtens. Dem Berufungsbeklagten sei es unbenommen eine unbezifferte Forderungsklage einzureichen (act. 49 S. 5 f.). Zudem würden unfallfremde Faktoren bei diesem Gutachten nicht oder nicht genügend berücksichtigt. Um sie zu berücksichtigen, würde es eines vorgängigen ordentlichen Verfahrens bedürfen, damit der Gutachter darüber informiert werden könne, was er alles zu berücksichtigen habe. Jetzt werde das Gutachten allein gestützt auf die Schilderungen des Berufungsbeklagten erstellt und ergebe damit von vornherein keine objektiven Aussagen. Damit würden mit dem Gutachten die wesentlichen Fragen gerade nicht geklärt. Auch deshalb fehle es an einem schützenswerten Interesse (act. 49 S. 7 f.).

Abschliessend rügt die Berufungsklägerin, die Vorinstanz habe sich mit dem Vorwurf des Rechtsmissbrauchs nicht ernsthaft auseinandergesetzt. Der Berufungsbeklagte verhalte sich krass widersprüchlich und damit rechtsmissbräuchlich, wenn er sich gegen eine Begutachtung im Auftrag der SUVA bei der ... unter Mitwirkung der Beklagten wehre bzw. ein Gutachten verunmögliche und nun zur genau gleichen Thematik ein Gutachten erzwingen wolle (act. 49 S. 9).

3. Das Bundesgericht hielt mit seinem Entscheid vom 21. Februar 2013 (4A_322/2012; act. 73) fest, gestützt auf Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO bestehe die Möglichkeit, bei einem schutzwürdigen Interesse, namentlich zur Abklärung von Prozess- und Beweisaussichten, eine vorsorgliche Beweisführung durchzuführen. Zur Glaubhaftmachung dieses schutzwürdigen Interesses genüge die Behauptung eines Bedürfnisses, Beweis- und Prozessaussichten abzuklären, jedoch nicht. Die vorsorgliche Beweisführung könne nur mit Blick auf einen konkreten materiellen Anspruch verlangt werden und das abzunehmende Beweismittel müsse dem Beweis eines solchen Anspruches dienen. Dabei dürften die Anforderungen an die Glaubhaftmachung jedoch nicht überspannt werden. Stelle das abzunehmende Beweismittel das einzige dar, mit dem ein Anspruch bewiesen werden könne, genüge es, das Vorliegen der anspruchsbegründenden Tatsachen lediglich substantiiert zu behaupten. Abgesehen von der Glaubhaftmachung eines Hauptsacheanspruchs bzw. der substantiierten Behauptung der anspruchsbegründenden Tatsachen seien an das Bestehen eines schutzwürdigen Interesses

keine hohen Anforderungen zu stellen. Dieses sei grundsätzlich nur dann zu verneinen, wenn es sich als offensichtlich nicht existent erweise, weil beispielsweise das beantragte Beweismittel untauglich sei (act. 73 S. 6 f.).

Im Verfahren der vorsorglichen Beweisführung sei schliesslich zu beachten, dass im Stadium einer vorsorglichen Beweisführung vor Einleitung des Hauptprozesses das Prozessthema noch nicht abschliessend herausgeschält sei. Es liege daher primär in der Verantwortung des Gesuchstellers, dem Gericht die erforderlichen Angaben zum Sachverhalt zu machen und den Umfang der beantragten Beweisführung zu bestimmen. Verlange der Gesuchsteller die Einholung eines Gutachtens, obliege es in erster Linie ihm, dem Gericht die an den Experten zu stellenden Fragen zu unterbreiten. Die Gesuchsgegnerin könne durch eigene Fragen oder durch Zusatz- und Ergänzungsfragen ihren eigenen Standpunkt in das Verfahren einbringen. Sie könne unter den Voraussetzungen von Art. 158 ZPO in ihrer Stellungnahme zum Gesuch auch eine Ausdehnung der Beweisführung auf weitere Tatsachen und Gegenbeweismittel beantragen (act. 73 S. 7 f.).

Im Umstand, dass vorliegend der Sachverhalt zwischen den Parteien umstritten sei, liege gerade ein schutzwürdiges Interesse des Berufungsbeklagten an einer vorsorglichen Beweisführung. Dieser Umstand vermöge auch das Beweismittel des Gutachtens nicht als untauglich erscheinen zu lassen. Sei ein Mittel grundsätzlich zum Beweis tauglich, obliege es der Berufungsklägerin durch eigene Fragen oder durch Zusatz- und Ergänzungsfragen an den Sachverständigen ihren eigenen Standpunkt in das Verfahren einzubringen und damit die Beweistauglichkeit des Gutachtens sicherzustellen. Die Beweistauglichkeit des Gutachtens sei damit jedenfalls nicht zum Vornherein in Abrede zu stellen, zumal nicht ersichtlich sei, mit welchem anderen Beweismittel die hier umstrittene Kausalität abgeklärt werden könnte. Abgesehen davon hätte die Berufungsklägerin die Gelegenheit gehabt, in ihrer Stellungnahme eine Ausdehnung der Beweisführung auf weitere Tatsachen und Gegenbeweismittel zu beantragen. Zudem sei nicht ersichtlich, dass der Beschwerdeführer das Gesuch um vorsorgliche Beweisführung in rechtsmissbräuchlicher Weise gestellt hätte (act. 73 S. 11 f.).

4. Das Bundesgericht bejahte somit das Vorliegen eines Rechtsschutzinteresses des Berufungsbeklagten und hiess sein Gesuch um vorsorgliche Beweisabnahme in Form eines gerichtlichen Gutachtens zu den medizinischen Dauerfolgen des erlittenen Unfalls vom 28. März 2005 gut. An diese Rechtsauffassung ist die Kammer gebunden. Das Bundesgericht entschied damit in der Sache und weist das Verfahren an die Kammer zurück, damit den Parteien entsprechend den Ziffern 2 und 3 der erstinstanzlichen Verfügung Vorschläge zu den Sachverständigen unterbreitet und der Berufungsklägerin die Gelegenheit gegeben wird, Ergänzungsfragen an den Sachverständigen zu formulieren. Im Weiteren erfolgt die Rückweisung an die Kammer zum Zwecke der dem Entscheid entsprechenden Neuregelung der Kosten und Entschädigungsfolgen.

Das erstinstanzliche Verfahren lief in der Zwischenzeit weiter, wobei der dem Berufungsbeklagten mit Verfügung vom 19. Dezember 2011 auferlegte Kostenvorschuss geleistet wurde (act. 70/47). Zudem nahmen der Berufungsbeklagte mit Eingabe vom 9. Januar 2012 (act. 70/51) und die Berufungsklägerin mit Eingabe vom 9. Februar 2012 (act. 70/53) zu den ebenfalls in dieser Verfügung vorgeschlagenen Sachverständigen bereits Stellung. Mit Eingabe vom 9. Februar 2012 formulierte die Berufungsklägerin sodann Ergänzungsfragen (act. 70/52), zu welchen der Berufungsbeklagte mit Eingabe vom 25. Februar 2012 wiederum Stellung nahm (act. 70/55). Gleichzeitig nahm er zu den Äusserungen der Berufungsklägerin betreffend die Sachverständigen Stellung.

Demnach sind durch die Kammer keine weiteren Verfahrensschritte zu machen. An diesem Punkt wird die Vorinstanz das Verfahren aufzugreifen und fortzusetzen haben.

III.

1. Ausgangsgemäss wird die Berufungsklägerin für das Berufungsverfahren kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Mit Blick auf den Rückweisungsentscheid des Bundesgerichts und gestützt auf den Streitwert von Fr. 130'000.-- (vgl. act. 54) besteht keine Veranlassung von der für das Be-

schwerdeverfahren ursprünglich festgesetzten Entscheidgebühr von Fr. 5'000.-- abzuweichen (§ 4 Abs. 1 und § 8 Abs. 1 i.V.m. § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG). Die Prozessentschädigung für den Berufungsbeklagten ist in Anwendung von § 4 Abs. 1, § 9, § 11 Abs. 1 und § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV auf Fr. 6'500.-- festzusetzen. Mangels eines entsprechenden Antrags in der Berufungsantwort ist bei der Prozessentschädigung kein Mehrwertsteuerzuschlag zu berücksichtigen (Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts über die Mehrwertsteuer vom 17. Mai 2006 mit Ergänzung vom 17. September 2010).

2. Die erstinstanzlichen Kosten und Entschädigungsfolgen wird die Vorinstanz nach Durchführung des vorsorglichen Beweisverfahrens festzusetzen haben.

Es wird erkannt:

1. Das Verfahren geht zur Fortsetzung des Verfahrens an die Vorinstanz zurück.
2. Die Gerichtskosten für das Berufungsverfahren werden auf Fr. 5'000.-- festgesetzt und der Berufungsklägerin auferlegt.
3. Die Berufungsklägerin wird verpflichtet, dem Berufungsbeklagten für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 6'500.-- zu bezahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an das Einzelgericht Audienz des Bezirksgerichtes Zürich, je gegen Empfangsschein, und an die Obergerichtskasse.
5. 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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 130'000.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Houweling-Wili

versandt am: