

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF130080-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden sowie Gerichtsschreiberin MLaw D. Weil

Urteil vom 6. Mai 2014

in Sachen

A._____,

Gesuchsteller und Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

B.____ AG,

Gesuchs- und Beschwerdegegnerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y._____,

betreffend
vorsorgliche Beweisführung

Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes Audienz des Bezirksgerichtes Zürich vom 16. Dezember 2013 (ET110012)

Erwägungen:

1. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1.1. Am 25. März 2005 erlitt der Gesuchsteller und Beschwerdeführer (fortan Gesuchsteller) einen Unfall, der mit einem bei der Gesuchs- und Beschwerdegegnerin (fortan Gesuchsgegnerin) versicherten Personenwagen verursacht wurde.

1.2. Mit Gesuch vom 23. März 2011 stellte der Gesuchsteller beim Einzelgericht Audienz am Bezirksgericht Zürich (fortan Vorinstanz) ein Begehren um vorsorgliche Beweisführung mittels eines gerichtlichen Gutachtens zu den medizinischen Dauerfolgen des erlittenen Unfalls (act. 5/1). Die Frage, ob überhaupt ein Gutachten anzuordnen ist, wurde vom Bundesgericht mit Urteil vom 21. Februar 2013 bejaht (act. 5/62).

1.3. In der Folge verpflichtete die Vorinstanz den Gesuchsteller mit Verfügung vom 5. Juni 2013, gewisse Fragen des Fragenkatalogs vom 23. März 2011 (act. 5/1) schriftlich neu zu formulieren. Der Gesuchsgegnerin wurde die Möglichkeit eingeräumt, Ergänzungs- und Zusatzfragen zu stellen (act. 5/74a). Mit Eingabe vom 20. Juli 2013 korrigierte und ergänzte der Gesuchsteller die Fragen 13 und 16 seines Fragenkatalogs (act. 5/76). Diese Eingabe wurde der Gegenseite zugestellt, um hierzu bei Bedarf ebenfalls Ergänzungs- und Zusatzfragen zu formulieren (act. 5/79a). Mit Eingabe vom 21. August 2013 reichte die Gesuchsgegnerin Ergänzungs- und Zusatzfragen ein (act. 5/81). Mit Verfügung vom 2. Oktober 2013 wurde dem Gesuchsteller Frist angesetzt, um zu den Ergänzungs- und Zusatzfragen Stellung zu nehmen (act. 5/87a). Am 17. Oktober 2013 reichte der Gesuchsteller eine Stellungnahme ein (act. 5/91). Diese wurde der Gesuchsgegnerin mit Verfügung vom 1. November 2013 zugestellt und mit Verfügung vom 18. November 2013 wurde ihr Frist angesetzt, um dazu Stellung zu nehmen (act. 5/92a und 5/94a). Mit Eingabe vom 29. November 2013 äusserte sich die Gesuchsgegnerin zur Eingabe des Gesuchstellers vom 17. Oktober 2013 (act. 5/95). Am 13. Dezember 2013 reichte der Gesuchsteller eine weitere Eingabe ins Recht (act. 5/97 und 5/98/1). Mit Verfügung vom 16. Dezember 2013 ent-

schied die Vorinstanz über den Inhalt des den Gutachtern zu unterbreitenden Fragenkatalogs (act. 3 = 4 = 5/99a).

1.4. Gegen diesen Entscheid erhob der Gesuchsteller mit Eingabe vom 30. Dezember 2013 "Berufung (Beschwerde)" (act. 2). Er beantragte, es sei Ziffer 1 der Verfügung vom 16. Dezember 2013 aufzuheben, die Ergänzungsfragen 1, 3, 10, 12, 13, 16 und die selbständigen Zusatzfragen 24 bis 26 vom Fragenkatalog der Verfügung zu entfernen und die so bereinigten Gutachterfragen den Experten zur Beantwortung zu unterbreiten (act. 2 S. 2). Prozessual beantragte er, es sei ein zweiter Schriftenwechsel anzuordnen und es sei ihm die unentgeltliche Rechtspflege auch im obergerichtlichen Verfahren zuzusprechen und Rechtsanwalt lic. iur. X. _____ als unentgeltlicher Rechtsbeistand beizuordnen. Ausserdem beantragte er, es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuzuerkennen (act. 2 S. 6).

1.5. Mit Beschluss vom 30. Januar 2014 erwog das Obergericht, dass es sich um eine Beschwerde handle und nicht um eine Berufung, da das Anfechtungsobjekt eine prozessleitende Verfügung im Sinne von Art. 319 Abs. 2 lit. b ZPO ist. Der Beschwerde wurde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt, hingegen wurde das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren in Anwendung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (BGE 140 III 12) abgewiesen und eine Frist zur Leistung des Kostenvorschusses angesetzt (act. 6). Den Kostenvorschuss leistete der Gesuchsteller innert erstreckter Frist (act. 9 und 11).

1.6. Mit Schreiben vom 3. Februar 2014 ersuchte die Gesuchsgegnerin um Berichtigung der Parteibezeichnung im Sinne ihrer Vorbringen im Verfahren LF110134-O, welche sodann vom Obergericht in jenem Verfahren auch berücksichtigt worden seien (Verfügung vom 12. Januar 2012 in Geschäft Nr. LF110134-O). Das Verfahren betreffe aus der Motorfahrzeug-Haftpflichtversicherung die B. _____ SA (B. _____ AG) mit Sitz in Nyon und nicht die B1. _____ AG (act. 8). Das Rubrum wurde entsprechend berichtigt.

1.7. Mit Schreiben vom 27. Februar 2014 thematisierte der Gesuchsteller allfällige Ausstandsgründe (act. 12). Dieses Schreiben beantwortete die Präsidentin der Kammer mit Brief vom 28. Februar 2014 (act. 13).

1.8. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 5/1-99). In Anwendung von Art. 322 Abs. 1 ZPO kann auf die Einholung einer Stellungnahme verzichtet werden, womit sich der Antrag auf einen zweiten Schriftenwechsel erübrigt. Das Verfahren ist spruchreif.

2. Formelles

2.1. Die Beschwerde ist in der zehntägigen Rechtsmittelfrist von Art. 321 Abs. 2 ZPO zu erheben. Es sind konkrete Beschwerdeanträge zu stellen. Überdies hat sich die Beschwerde führende Partei in der Begründung ihrer Rechtsmittelanträge mit der Begründung des vorinstanzlichen Entscheides einlässlich auseinander zu setzen und anzugeben, an welchen Mängeln der angefochtene Entscheid ihrer Ansicht nach leidet (vgl. im Einzelnen BK ZPO-STERCHI, Art. 321 N 15 ff.). Sind diese Voraussetzungen nicht gegeben, ist auf eine Beschwerde nicht einzutreten. Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel sind im Beschwerdeverfahren grundsätzlich ausgeschlossen (Art. 326 ZPO).

2.2. Die Beschwerdeschrift wurde innert der zehntägigen Frist eingereicht (act. 2, 5/99c). Die Anträge des Gesuchstellers sind klar. Soweit sich der Antrag des Gesuchstellers gegen die Ergänzungsfrage 26 richtet, handelt es sich jedoch um einen neuen Antrag. Vor Vorinstanz brachte er gegen diese Zusatzfrage noch nichts vor (act. 5/91, act. 3 = 4 = 5/99a S. 7). Entsprechend ist die Beschwerde diesbezüglich unzulässig. Sodann erfüllt auch die Begründung zu gewissen Ergänzungs- bzw. Zusatzfragen die genannten Voraussetzungen nicht:

- Gegen die Ergänzungsfragen 1 und 3 brachte der Gesuchsteller vor Vorinstanz eine andere Begründung vor als in der Beschwerde, entsprechend fehlt es auch an einer Auseinandersetzung mit dem vorinstanzlichen Entscheid. Bei der neuen Begründung handelt es sich um neue Tatsachenbehauptungen, welche in der Beschwerde unbeachtlich sind. Selbst wenn der

Schluss des Gesuchstellers, die Fragen seien irreführend, im Sinne einer rechtlichen Würdigung noch beachtet werden müsste, wäre auf die diesbezügliche Beschwerde nicht einzutreten, beziehen sich die Rügen – die Begrifflichkeiten würden aus dem Sozialversicherungsrecht stammen – doch allesamt auf die inhaltliche Würdigung des Gutachtens, was (wie unter Ziff. 2.6.2 zu zeigen ist) im vorliegenden Verfahren kein Nachteil darstellt.

- Gleiches gilt für die Ergänzungsfrage 10, zu welcher der Gesuchsteller neu geltend macht, die Frage stehe in diametralem Widerspruch zu den einleitenden Bemerkungen. Soweit damit neu Tatsächliches vorgebracht werden will, ist dies in der Beschwerde unbeachtlich, und soweit der Einwand im Sinne einer rechtlichen Würdigung zu beachten ist, ist darauf nachstehend (Ziff. 2.6.3.) einzugehen.
- Auch bezüglich der Zusatzfrage 24, der EFL-Testung, setzt sich der Gesuchsteller nicht mit der Begründung der Vorinstanz auseinander. Er wiederholt und vertieft lediglich seine Vorbringen. Aus diesem Grund ist diesbezüglich auf die Beschwerde ebenso nicht einzutreten (wobei es hierzu überdies – wie unten aufgezeigt wird, Ziff. 2.6.3 – auch an einem zu beachtenden Nachteil fehlt).
- Ebenfalls nicht einzutreten ist auf die Beschwerde gegen die Zusatzfrage 25, da der Gesuchsteller hierzu gar nichts ausführt, eine Begründung also gänzlich fehlt.

2.3. Bei der Verfügung der Vorinstanz vom 16. Dezember 2013 handelt es sich um eine Beweisanordnung, eine prozessleitende Verfügung, für die das Gesetz keine besondere Regelung vorsieht. Ein selbständiger Weiterzug ist grundsätzlich ausgeschlossen, ausnahmsweise aber zulässig, wenn durch sie ein nicht leicht wieder gut zu machender Nachteil droht (Art. 319 lit. b ZPO; Botschaft ZPO, S. 7377; ZR 111 (2012) Nr. 51 S. 154). Die Anforderungen an den nicht leicht wieder gut zu machenden Nachteil werden mit Blick auf das Beschleunigungsgebot in der Literatur unterschiedlich streng formuliert. Das Bundesgericht lässt mit einem Teil der Lehre einen tatsächlichen Nachteil genügen (ZK ZPO-FREIBURG-

HAUS/AFHELDT, Art. 319 N 15; BGE 136 III 165 E. 1.2.1; 133 III 629 E.2.3.1.; a.M.: BSK ZPO-SPÜHLER, Art. 319 N 7; BK ZPO-STERCHI, Art. 319 N 12). Der Nachteil muss sich aus den Auswirkungen der prozessleitenden Verfügung ergeben. Sodann muss der nicht leicht wieder gut zu machende Nachteil vom Beschwerdeführer substantiiert behauptet und nachgewiesen werden. Es sind Ausführungen zur Frage notwendig, inwiefern und weshalb sich dieser Nachteil später nicht mehr leicht wieder gut machen lassen soll (BLICKENSTORFER, DIKE-Komm-ZPO, Art. 319 N 40; ZR 111 (2012) Nr. 51).

Das Vorliegen dieser Voraussetzung ist – wie alle Rechtsmittelvoraussetzungen (Zulässigkeitsvoraussetzungen des Rechtsmittels) – von Amtes wegen zu prüfen, doch, wie allgemein bei der Prüfung von Prozessvoraussetzungen, nur auf Basis des dem Gericht vorgelegten Tatsachenmaterials (MÜLLER, DIKE-Komm-ZPO, Art. 60 N 1). Fehlt der drohende, nicht leicht wiedergutzumachende Nachteil, so ist auf die Beschwerde nicht einzutreten (vgl. OGer ZH RB130002, Beschluss vom 21. März 2013, E. I).

2.4. Der Gesuchsteller bringt zum nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil im Wesentlichen vor, die Fragestellungen seien

- irreführend (Frage 1 nach den psychosozialen Umständen und Frage 3 nach den organischen Läsionen, welche an die Begrifflichkeiten des Sozialversicherungsrechts anstatt des Obligationenrechts anknüpfen würden),
- widersprüchlich (Frage 10, die von den Prozentzahlen der Wahrscheinlichkeit gemäss einleitenden Bemerkungen abweiche),
- teilweise suggestiv (Fragen 12, 13, 16 und 26, etwa wenn der Vorzustand im Einzelnen in der Frage umschrieben werde) und hätten
- verzerrenden Charakter und keinen Bezug zum Beweisthema (Fragen 24 bis 26 bezüglich EFL-Testung).

Er führt aus, dass er mit einem gestützt auf den Fragenkatalog der Vorinstanz zu erstellenden Gutachten – liesse man die gerügten Fragen so zu – seine Prozesschancen nicht abschätzen könne, womit er einen rechtlichen Nachteil erleide. Mit der Zulassung der Ergänzungsfragen würde einem Pre-Trial Discovery Vorschub geleistet, etwa wenn in genereller Weise nach den Vorzuständen gefragt werde,

den Kindheitserlebnissen und dem angeblichen Suchtmittelkonsum, hingegen die eigentliche Ursache, nämlich der Unfall vom 28. März 2005, nur mit drei Fragen bedacht werde. Somit liege ein rechtlicher und tatsächlicher Nachteil im Sinne von Art. 319 lit. b ZPO vor (act. 2 S. 10 ff.).

2.5. Für die Beurteilung der Frage, ob vorliegend ein nicht leicht wieder gut zu machender Nachteil vorliegt und nachgewiesen ist, sind vorab die Besonderheiten des Verfahrens der vorsorglichen Beweisführung vor Augen zu führen.

2.5.1. Die vorsorgliche Beweisführung soll nach Auffassung des Gesetzgebers u.a. der Abklärung der Beweis- und Prozessaussichten dienen (Botschaft ZPO, S. 7315; ZK ZPO-FELLMANN, Art. 158 N 17 ff.), was vorliegend der Gesuchsteller denn auch geltend macht. Wird im Rahmen des vorsorglichen Beweisverfahrens ein Gutachten eingeholt, dann findet das Verfahren mit der Erstattung des Gutachtens seinen Abschluss. Wird das Gesuch gutgeheissen und ist das Beweismittel abgenommen, endet das Verfahren ohne Endentscheid "in der Sache" und es findet insbesondere auch keine Würdigung des abgenommenen Gutachtens statt. Der Abschluss erfolgt mit der Erklärung, dass das Geschäft erledigt sei und mit dem Entscheid über die Kosten- und Entschädigungsfolgen. Das Verfahren ist mit der Abnahme des Beweises abgeschlossen (ZK ZPO-FELLMANN, Art. 158 N 44a).

2.5.2. Zu beachten ist im Weiteren, dass vor der Einleitung des Hauptprozesses selbstredend der relevante Sachverhalt noch nicht bestimmt ist. Es ist Sache des Gesuchstellers, dem Gericht die erforderlichen Angaben zum Sachverhalt zu machen und die dem Gutachter zu stellenden Fragen zu unterbreiten (ZK ZPO-FELLMANN, Art. 158 N 20). Ist der Sachverhalt umstritten, muss das Gericht der Gegenpartei Gelegenheit geben, durch eigene Zusatz- und Ergänzungsfragen an den Sachverständigen ihren eigenen Standpunkt in das Verfahren einzubringen, und damit die Beweistauglichkeit des Gutachtens sicherstellen. Dies hat das Bundesgericht zum vorliegenden Fall bereits explizit im Urteil vom 21. Februar 2013 (BGer 4A_322/2012 E. 2.5; act. 5/62 S. 11) erwogen, und zwar in Anbetracht dessen, dass die Gesuchsgegnerin vorbrachte, es habe vor und nach dem Unfall vom 28. März 2005 noch andere Vorfälle gegeben und auch der Drogenkonsum könnte Ursache der Leiden des Gesuchstellers sein. Das Bundesgericht korrigier-

te die obergerichtliche Auffassung und hielt fest, dass dem Umstand, dass ein Sachverhalt umstritten ist, mit der Formulierung von Zusatz- und Ergänzungsfragen seitens der Gesuchsgegnerin und nicht mit der Verneinung eines schutzwürdigen Interesses Rechnung zu tragen sei (a.a.O.). Es ist in Kauf zu nehmen, dass sich gewisse Gutachterfragen im Nachhinein als unnötig herausstellen.

2.5.3. Im Rahmen der vorsorglichen Beweisführung kann der Beweis grundsätzlich mit allen Beweismitteln geführt werden. Die Bestimmungen des 10. Titels der ZPO (Art. 150 - 193 ZPO) sind grundsätzlich anwendbar. Mit Bezug auf Expertenfragen heisst das, dass diese klar und präzise sein sollen und den Experten nicht beeinflussen dürfen (ZK ZPO-FELLMANN, Art. 158 N 30a). Damit sind Suggestivfragen nicht zuzulassen.

2.6. Am Zweck des Verfahrens hat sich auch zu orientieren, was als Nachteil im Sinne von Art. 319 lit. b ZPO gelten kann. Der Gesuchsteller macht im Wesentlichen geltend, er erleide deshalb einen Nachteil, weil er bei Zulassung der Zusatz- und Ergänzungsfragen seine Prozessaussichten nicht mehr ungehindert beurteilen könne.

2.6.1. Soweit der Gesuchsteller vorbringt, gewisse Fragen seien suggestiv, irreführend oder widersprüchlich, ist grundsätzlich von einem Nachteil auszugehen, da solche Fragen nicht zugelassen werden dürfen.

2.6.2. Was der Gesuchsteller indes zur Begründung anführt, beschlägt mindestens teilweise die Würdigung des einzuholenden Gutachtens. Namentlich bringt der Gesuchsteller vor, es werde unzulässigerweise auf Begriffe des Sozialversicherungsrechts abgestellt. Es ist bereits nicht ersichtlich, inwieweit die Fragestellungen lediglich den Bereich des Sozialversicherungsrechts betreffen sollen. Sodann beziehen sich die Ausführungen (act. 2 S. 24 ff.) – insbesondere die Privilegierung des Nachweises eines organischen Wirkungszusammenhangs, das Abstellen auf den linear kausalen Gesundheitsbegriff, der auf die Überwindungspraxis zurückgehe und die Frage, ob psychosoziale Verhältnisse einbezogen würden – auf die Würdigung von Tatsachen und die diesbezügliche Rechtsanwendung, und nicht auf die Ermittlung des Sachverhaltes. Dass mit den Fragen nach

normativen Fiktionen statt nach empirischen Erfahrungen und Gegebenheiten des Einzelfalls gefragt würde, ist nicht ersichtlich. Auch kann nicht gesagt werden, dass mit diesen Fragen der Gesundheitsbegriff reduziert werde. Wird unter anderem nach der organischen Genese gefragt, heisst das nicht, dass in der Folge lediglich darauf abgestellt werde. Die Würdigung ist gerade nicht Thema der vorsorglichen Beweisführung. Hieraus kann der Gesuchsteller im vorliegenden Verfahren somit nichts zu seinen Gunsten ableiten. Entsprechend sind die diesbezüglichen Rügen unter dem Titel IV.B. des Gesuchstellers zu den Fragen 1, 3 und 12 lit. c und d (act. 2 S. 24 ff.) mangels Nachteil nicht beachtlich.

2.6.3. Ebenfalls kein Nachteil liegt in der Erweiterung des Sachverhalts durch die Zusatz- und Ergänzungsfragen, stellt dies doch gemäss den bundesgerichtlichen Erwägungen gerade Teil des Verfahrens dar. Insofern kann auch nicht von einem unzulässigen Pre-Trial Discovery gesprochen werden. Der Gesuchsteller bestreitet gewisse Vorzustände und den zweiten Unfall vom 14. Juni 2009 denn auch nicht. Er ist lediglich der Ansicht, dass diese unmöglich Ursache all der Leiden sein können (act. 2 S. 17 ff.). Wenn der Gesuchsteller nun ausführt, die Fragen der Gesuchsgegnerin würden das Bild verzerren, mag dies aus seiner Sicht zwar zutreffen, jedoch ist es gerade Sinn und Zweck, dass auch die Gesuchsgegnerin ihre Sicht des Sachverhalts einbringen kann, um die Beweistauglichkeit des Gutachtens sicherzustellen, wie das Bundesgericht ausdrücklich festgestellt hat (BGer 4A_322/2012 vom 21. Februar 2013, E. 2.5). Dass die Fragen der Gesuchsgegnerin den Prozessgegenstand unzulässig erweitern würden, ist nicht ersichtlich und wird so auch nicht behauptet. Als – zulässige – Erweiterung, nicht aber als Widerspruch erscheint sodann die Ergänzungsfrage 10. Das Abfragen anderer als der in der Einleitung genannten Wahrscheinlichkeiten stellt für sich allein keinen Widerspruch dar, im Übrigen beschlägt der Einwand des Gesuchstellers wiederum die Würdigung des Gutachtens, welche nicht Gegenstand des Verfahrens bildet.

2.6.4. Es bleibt somit zu prüfen, ob die Fragen 12, 13 und 16 suggestiv sind.

3. Materielles

3.1. Die Vorinstanz nahm leichte Anpassungen der Fragestellungen der Ergänzungsfragen 12 und 13 vor, um dem monierten suggestiven Charakter zu begegnen. Sodann erwog sie zur Ergänzungsfrage 12, dass im Übrigen nicht ersichtlich sei, inwiefern die Fragestellung der Gesuchsgegnerin suggestiv sein solle. Bei lit. a und b handle es sich um zulässige Präzisierungen zur Frage des Gesuchstellers. Da nach Auffassung der Gesuchsgegnerin die genannten Ereignisse und das in lit. b erwähnte Verhalten für den heutigen Gesundheitszustand des Gesuchstellers (mit-)ursächlich sein könnten, müsse auch dem Gesuchsteller daran gelegen sein, dass diese möglichen Ersatzursachen im Gutachten abgeklärt würden (act. 3 = 4 = 5/99a S. 4 f.). Zur Zulässigkeit von Ergänzungsfrage 16 hat die Vorinstanz keine weiteren Ausführungen gemacht.

3.2. Die Fragen 12, 13 und 16 des Gesuchstellers und die hierzu zugelassenen Ergänzungsfragen der Gesuchsgegnerin lauten wie folgt (act. 3 = 4 = 5/99a S. 11 ff.):

- Frage 12 des Gesuchstellers:

"Wirken unfallfremde Ursachen mit? Wenn ja, welche? Hat der Unfall allenfalls mit einer richtungsgebenden Verschlimmerung eines bereits bestehenden Leidens geführt? Wenn ja welchen Leidens?"

Ergänzungsfrage der Gesuchsgegnerin zu Frage 12:

"Wirken insbesondere folgende unfallfremden Ursachen mit, und – falls dies zutrifft – in welchem Ausmass:

- a) andere Unfallereignisse (zB Autounfall Juni 2009, Unfall mit Postauto als Kleinkind, Boomerang am Kopf als Drittklässler)?
- b) Genuss- und Suchtmittel (zB Alkohol, Cannabis)?
- c) psychosoziale Umstände (vorbestehende psychische Entwicklung, Sprachprobleme als Kind, Abbruch/Umwandlung Berufslehre)?
- d) soziokulturelle Umstände?"

- Frage 13 des Gesuchstellers:

"Falls die derzeitigen Störungen (mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit, allenfalls teilweise) mit dem Unfall vom 28. März 2005 in Zusammenhang stehen: liegen daneben unfallfremde Faktoren vor, die einen Einfluss auf die Störungen des Gesundheitsbildes haben?"

a) Um welche unfallfremden Faktoren handelt es sich?

b) Hätten diese unfallfremden Faktoren auch ohne Eintreten des Unfalls vom 28. März 2005 zu den derzeitigen Störungen geführt?

a. Falls ja, mit welcher Wahrscheinlichkeit, ab welchem Zeitpunkt und in welchem Ausmass (in Prozent)? Bitte begründen Sie.

b. Falls nein, haben diese unfallfremden Faktoren das Auftreten der derzeitigen Störungen gefördert bzw. deren Ausmass verstärkt? Falls ja, mit welcher Wahrscheinlichkeit, ab welchem Zeitpunkt oder bis zu welchem Zeitpunkt und in welchem Ausmass?

c) In welchem Verhältnis stehen die auf den Unfall zurückzuführenden Umstände zu den unfallfremden Ursachen? Wirken ab einem gewissen Zeitpunkt nur noch die unfallfremden Gegebenheiten invalidisierend (status qua sine oder status qua ante) oder ist der Unfall vom 28. März 2005 das prägende Ereignis?

d) Falls kein Status qua sine oder ante festgelegt werden kann: Ist von einer tendenziellen Verschlimmerung dieser Störung auszugehen? Falls ja, welcher Art, in welchem Ausmass und aus welchem Grund?"

Ergänzungsfrage der Gesuchsgegnerin zu Frage 13:

"Soweit unfallfremde Ursachen an den derzeit noch vorhandenen gesundheitlichen Beeinträchtigungen mitwirken: Wie qualifizieren Sie die in Frage 12 erwähnten (oder andere) unfallfremden Ursachen medizinisch:

a) als pathologischen Vorzustand?

b) als altersentsprechenden Zustand?

c) als einfache konstitutionelle Schwäche ohne eigentlichen Krankheitswert?

d) andere Qualifikationen? Welche?"

- Frage 16 des Gesuchstellers:

"Wäre die Gesundheit des Exploranden auch ohne den Unfall vom 28. März 2005 mit dem derzeitigen Gesundheitsbild vergleichbar? Bitte begründen Sie Ihre Stellungnahme aufgrund der Annahme, dass der Explorand die Haushaltstätigkeit vollumfänglich alleine durchführen konnte. Begründen Sie bitte, warum allfällige vorbe-

standene Leiden (falls solche bestehen) für sich allein genommen zu einer vollschichtigen Invalidität respektive Teilinvalidität geführt haben können. Ist von einer weiteren ärztlichen Behandlung der Unfallfolgen eine namhafte Besserung des Gesundheitszustands zu erwarten? Wenn ja, welche Behandlung wäre erfolgversprechend?"

Ergänzungsfrage der Gesuchsgegnerin zu Frage 16:

"Hätten die in Frage 12 erwähnten (oder andere) unfallfremden Ursachen auch ohne den Unfall vom 28. März 2005:

- a) zu den heute festgestellten Beschwerden geführt?
- b) die Arbeitsfähigkeit des Exploranden in vergleichbarem Ausmass beeinträchtigt?
- c) zu einer teilweisen Gesundheitsbeeinträchtigung geführt?"

3.3. Gegen die Ergänzungsfragen 12, 13 und 16 bringt der Gesuchsteller vor, dass diese suggestiv gestellt seien, also Einfluss auf die befragte Person nehmen und ihr bestimmte Antworten nahelegen. Dabei komme es zu einem Verstoss gegen das Prinzip der materiellen Wahrheit. Die Zulassung suggestiver Fragen sei als Verletzung der Verfahrensfairness zu werten, also als Verletzung von Art. 29 BV und Art. 6 EMRK und von Art. 52 und 53 ZPO.

Bei den in den Ergänzungsfragen 12 lit. a-d, 13 und 16 angeführten Gegebenheiten handle es sich – entgegen der Meinung der Vorinstanz – nicht um blosser Hinweise sondern um Antworten, die in der Fragestellung enthalten sind und die Auskünfte zu beeinflussen geeignet sind. Verunmöglicht werde etwa die Rückäusserung, nein, es gäbe keine Vorzustände, oder dass – wenn sie denn vorhanden wären – nie Krankheitswert erlangt hätten, oder dass sie vor dem Hintergrund der Unfallfolgen des Vorfalls vom 28. März 2005 vollkommen in den Hintergrund treten und überhaupt nicht ins Gewicht fallen würden. In ihrer Gesamtheit würden die Fragen unterstellen, dass sehr wohl von entsprechenden Vorzuständen und unfallfremden Ursachen von erheblicher Relevanz ausgegangen werden müsse. Hieran würden auch die geringfügigen Änderungen der Vorinstanz nichts ändern. Satz 2 der Ergänzungsfrage 13 "Wie qualifizieren Sie die in Frage 12 erwähnten (oder andere) unfallfremden Ursachen medizinisch:" würde wiederum Tatsachen als gegeben hinstellen. Die im ersten Satz enthaltene Einschränkung "soweit unfallfremde Ursachen an den derzeit vorhandenen Einschränkungen mitwirken"

vermöge daran nichts zu ändern, da die hieran ausgedrückten Zweifel mit der zweiten Frage beiseite gewischt würden und in Ergänzungsfrage 16 nochmals verstärkt würden mit den Worten "Hätten die in Frage 12 erwähnte unfallfremden Ursachen (...)". In den Fragen sei die gewollte Antwort enthalten, eben dass ein Vorzustand bestehe. Damit sei der suggestive Charakter ausgewiesen (act. 2 S. 32 - 36).

3.4. Die Rügen des Gesuchstellers treffen nicht zu. Der Gesuchsteller räumt selber ein, dass auch andere Unfälle erfolgt seien und er zwischenzeitlich Cannabis konsumiert habe (act. 2 S. 17 ff.). Auch er fragt nach den Vorzuständen (act. 3 = 4 = 5/99a S. 11 ff.). Es ist nicht ersichtlich, inwieweit es suggestiv sein soll, wenn die Gesuchsgegnerin gewisse konkrete Vorfälle oder Umstände erfragt. Vielmehr soll gestützt darauf deren Einfluss auf den derzeitigen Zustand des Gesuchstellers ermittelt werden. Die Ergänzungsfrage 12, ob gewisse unfallfremde Ursachen mitwirken, lässt die Antwort "nein" zu, und zwar sowohl für den Fall, dass es keine solche Vorzustände gibt, als auch für den Fall, dass es solche gibt, diese aber keinen Krankheitswert erlangt haben. Da im Fall der Bejahung von relevanten Vorzuständen überdies nach dem Ausmass der Wirkung gefragt wird, wird geklärt, ob diese bezüglich den Unfallfolgen des Vorfalls vom 28. März 2005 in den Hintergrund treten oder nicht. Auch Ergänzungsfrage 13 unterstellt keine Tatsachen, nur weil sie an den Ergebnissen der Frage 12 anknüpft. Dies wird durch die angepasste Formulierung noch klarer. Zu Ergänzungsfrage 16 ist sodann abermals anzumerken, dass der Gesuchsteller gewisse Vorzustände selber nicht bestreitet. Deren (bestrittene) Auswirkung soll mit Ergänzungsfrage 16 gerade ermittelt werden. Abgesehen davon, wäre grundsätzlich auch die Antwort ohne Weiteres denkbar, dass es keine unfallfremden Ursachen gäbe, weshalb die Frage nicht weiter beantwortet werden könne. Die Fragen unterstellen – entgegen den Vorbringen des Gesuchstellers – nicht, dass von Vorzuständen mit erheblicher Relevanz ausgegangen werden muss. Die Ergänzungsfragen weisen somit keinen suggestiven Charakter auf.

3.5. Nach dem Gesagten ist die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.

4. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Ausgangsgemäss sind die Prozesskosten des Rechtsmittelverfahrens dem Gesuchsteller aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

Im Beschwerdeverfahren bemisst sich die Gebühr grundsätzlich nach den für die Vorinstanz geltenden Bestimmungen und nach Massgabe dessen, was vor der Rechtsmittelinstanz noch im Streit liegt (§ 12 Abs. 1 und 2 GebV OG). Für prozessleitende Schritte gilt der Streitwert der Hauptsache, der vorliegend mit Fr. 130'000.– zu beziffern ist (act. 5/11, 5/42a, 5/57, 5/62). In Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG in Verbindung mit §§ 2, 4 Abs. 1, und 8 Abs. 1 GebV OG sind die Gerichtskosten für das Beschwerdeverfahren auf Fr. 2'500.– festzusetzen.

Der Gesuchsgegnerin ist mangels wesentlicher Umtriebe in diesem Verfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.
2. Die Entscheidgebühr für das Beschwerdeverfahren wird auf Fr. 2'500.– festgesetzt, dem Gesuchsteller auferlegt und aus dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss bezogen.
3. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchsgegnerin unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

4. 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:

MLaw D. Weil

versandt am: