

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LF150020-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Ersatzrichter lic. iur. H. Meister sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Kröger.

## Urteil vom 4. Dezember 2015

in Sachen

**A.\_\_\_\_\_ AG,**

Gesuchsgegnerin und Berufungsklägerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X.\_\_\_\_\_,

gegen

**B.\_\_\_\_\_,**

Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y.\_\_\_\_\_,

betreffend  
**vorsorgliche Beweisführung**

Berufung gegen einen Entscheid des Einzelgerichtes Audienz des Bezirksgerichtes Zürich vom 20. Mai 2015 (ET140068)

**Rechtsbegehren:**

(act. 6/1)

- "1. Es sei gerichtlich eine fachärztlich/psychiatrische Begutachtung der Gesuchstellerin anzuordnen zur Klärung der Frage des Kausalzusammenhangs zwischen den bei der Gesuchstellerin seit Spätsommer/Herbst 2011 verstärkt eingetretenen vor allem psychischen Beschwerden (mit Persistenz bis heute) und dem Verkehrsunfallereignis vom 11.4.2001.
2. Mit der ergänzenden medizinisch/psychiatrischen Begutachtung der Gesuchstellerin sei Herr Dr. med. C. \_\_\_\_\_, Facharzt für Psychiatrie und Psychotherapie FMH, ... [Adresse] zu beauftragen; eventuell sei eine andere fachkompetente Gutachterstelle mit der Begutachtung zu beauftragen."

**Entscheid des Bezirksgerichtes Zürich vom 20. Mai 2015:**

(act. 3 = act. 5 = act. 6/45)

1. Es wird ein Gutachten angeordnet.
2. Das Verfahren wird sistiert bis der Entscheid über die Anordnung des Gutachtens rechtskräftig ist.
- 3./4. [Mitteilung/Rechtsmittel]

**Berufungsanträge:**

der Gesuchsgegnerin und Berufungsklägerin (act. 2):

- "1. Der angefochtene Entscheid vom 20.05.2015 sei aufzuheben.
2. Das Gesuch um vorsorgliche Beweisführung sei abzuweisen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen für beide Instanzen zu Lasten der Gesuchstellerin/Klägerin (incl. MWST)."

der Gesuchstellerin und Berufungsbeklagten (act. 12):

- "1. Die Berufung der Gesuchsgegnerin und Berufungsklägerin sei abzuweisen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gesuchsgegnerin und Berufungsklägerin."

**Erwägungen:**

1. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1.1. Am 11. April 2001 erlitt die Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte (fortan Gesuchstellerin) einen Verkehrsunfall mit Heckauffahrkollision. Gemäss den nach dem Unfallereignis erstellten Arztberichten des Kantonsspitals Aarau zog sie sich dabei eine Distorsion der Halswirbelsäule mit konsekutiv cervicocephalem Symptomkomplex zu, an deren Folgen sie seit dem Unfalltag leidet (act. 4a S. 2). Zur Beschwerdereduktion wurde der Gesuchstellerin am 19. November 2004 eine intrathekale Fentanyl-Pumpe implantiert, welche in zwei Operationen im August 2011 und September 2011 ausgewechselt werden musste (act. 6/3/6). Bei der Gesuchsgegnerin und Berufungsklägerin (fortan Gesuchsgegnerin) handelt es sich um die Motorhaftpflichtversicherung des Fahrzeugs, dessen Lenker den Unfall verursacht hat (act. 2 S. 3; act. 6/3/4f S. 1). Bis zum Jahr 2011 kam die Gesuchsgegnerin ihrer haftpflichtrechtlichen Leistungspflicht unbestritten nach (act. 1 S. 3; act. 16 S. 3).

1.2. Am 6. Oktober 2011 gab die Gesuchsgegnerin in Absprache mit der Berufungsbeklagten bei der Universitätsklinik Balgrist ein polydisziplinäres Gutachten zum Gesundheitszustand der Gesuchstellerin in Auftrag. Mit Schreiben vom 10. August 2012 legte die Universitätsklinik Balgrist das polydisziplinäre Gutachten vom 13. August 2012 zusammen mit dem Psychiatrischen Gutachten von Dr. med. D. \_\_\_\_\_ vom 16. Juli 2011 sowie den Berichten über die neuropsychologische Untersuchung der Klinik für Neurologie des Universitätsspitals Zürich und über die neurologische und neurophysiologische Untersuchung des Paraplegikerzentrums der Universitätsklinik Balgrist vor (act. 6/3/4a-f). Das Gutachten der Uni-

versitätsklinik Balgrist kommt zusammengefasst zum Schluss, die cervicocephale Schmerzproblematik der Gesuchstellerin könne mit überwiegender Wahrscheinlichkeit auf den Unfall vom 11. April 2001 zurück geführt werden (act. 3/4a S. 13). Dr. med. D. \_\_\_\_\_ führte in seinem Psychiatrischen Gutachten vom 16. Juli 2011 aus, in der Beurteilung des externen psychiatrischen Dienstes in Wohlen sei gut drei Monate nach dem Unfallereignis diagnostisch von einer Anpassungsstörung mit gemischter Störung von Angstsymptomen und depressiven Reaktionen ausgegangen worden. Der damaligen Diagnose sei zuzustimmen, wobei es sich um eine leichte Symptomatik gehandelt haben müsse (act. 6/3/4f S. 26 f.). Aktuell wiesen die erhobenen Befunde keine eigenständige psychiatrische Erkrankung aus (act. 6/3/4f S. 28, S. 32).

1.3. Nach Darstellung der Gesuchstellerin habe sich ihr Beschwerdebild ab dem Spätsommer 2011 zunehmend verschlimmert und insofern ausgeweitet, als sie vermehrt auch unter psychischen Zwangsstörungen gelitten habe (act. 1 S. 3). In der Folge beauftragte die Gesuchsgegnerin den psychiatrischen Gutachter Dr. med. D. \_\_\_\_\_ mit einer ergänzenden fachärztlichen Begutachtung unter Berücksichtigung des veränderten Beschwerdebildes. In dem am 11. August 2013 erstatteten Ergänzungsgutachten diagnostizierte Dr. med. D. \_\_\_\_\_ bei der Gesuchstellerin eine Zwangserkrankung gemischt mit Zwangsgedanken und Zwangshandlungen (act. 6/3/9 S. 20). Er beurteilte die Zwangssymptomatik der Gesuchstellerin dabei als eine selbständige, sich unabhängig vom Unfallereignis entwickelnde Gesundheitsstörung. Die geklagten psychischen Beschwerden im Zusammenhang mit der Zwangserkrankung seien nicht als Folgen der Verletzungen oder deren medizinischen Behandlungen (Schmerzpumpe) einzuordnen und somit nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit auf den Unfall vom 11. April 2001 zurückzuführen (act. 6/3/9 S. 21 f.).

1.4. Mit Eingabe vom 30. Oktober 2014 stellte die Gesuchstellerin beim Einzelgericht Audienz am Bezirksgericht Zürich (fortan Vorinstanz) ein Gesuch um vorsorgliche Beweisabnahme in der Form eines gerichtlichen Gutachtens zur Frage des Kausalzusammenhangs zwischen den seit Spätsommer/Herbst 2011 verstärkt eingetretenen psychischen Beschwerden und dem Verkehrsunfallereignis

vom 11. April 2001 (act. 6/1). Mit Entscheid vom 20. Mai 2015 ordnete die Vorinstanz ein Gutachten an und sistierte das weitere Verfahren bis zur Rechtskraft dieses Entscheids (act. 3 = act. 5 = act. 6/45).

1.5. Dagegen erhob die Gesuchsgegnerin am 1. Juni 2015 fristgerecht Berufung mit den eingangs wiedergegebenen Anträgen (act. 2). Mit Verfügung vom 4. Juni 2015 wurde der Berufungsklägerin Frist zur Leistung eines Vorschusses für die Kosten des Berufungsverfahrens angesetzt (act. 7). Der Kostenvorschuss ging rechtzeitig ein (act. 9). Mit Verfügung vom 2. Juli 2015 wurde der Gesuchstellerin Frist angesetzt, um die Berufung zu beantworten (act. 10). Die Berufungsantwort ging fristgerecht bei der Kammer ein (act. 12). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 6/1-46). Das Verfahren ist spruchreif.

## 2. Zur Berufung

2.1. Auf Verfahren betreffend vorsorgliche Beweisführung gelangen die Bestimmungen über die vorsorglichen Massnahmen zur Anwendung (Art. 158 Abs. 2 ZPO). Entsprechend ist gegen Entscheide über die vorsorgliche Beweisführung die Berufung zulässig, sofern in vermögensrechtlichen Streitigkeiten der Streitwert von Fr. 10'000.– erreicht wird (Art. 308 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 ZPO). Massgebend ist der Streitwert der Hauptsache (vgl. OGer ZH LF130054 vom 17. Oktober 2013 E. 2.3. m.w.H.). Vorliegend ist aufgrund der Angaben der Gesuchstellerin vor Vorinstanz von einem Streitwert von Fr. 2'100'000.– auszugehen (vgl. act. 6 S. 2), womit das Rechtsmittel der Berufung gegeben ist. Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Sachverhaltsfeststellung gerügt werden (Art. 310 ZPO). Es gilt die Rüge- bzw. Begründungsobliegenheit, was bedeutet, dass die Berufung führende Partei sich mit den Erwägungen der Vorinstanz im Einzelnen auseinander zu setzen und konkret aufzuzeigen hat, was am angefochtenen Urteil oder am Verfahren des Bezirksgerichts falsch war (BGE 138 III 374 E. 4.3.1). Noven sind im Berufungsverfahren nur noch zulässig, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO).

2.2. Nach Art. 158 ZPO nimmt das Gericht im Rahmen einer vorsorglichen Beweisführung jederzeit Beweis ab. Im hier interessierenden Fall setzt die vorsorgliche Beweisabnahme voraus, dass die gesuchstellende Partei ein schutzwürdiges Interesse glaubhaft macht (Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO). Mit dem Begriff des schutzwürdigen Interesses wird (gemäss der Botschaft) auf die Möglichkeit Bezug genommen, eine vorsorgliche Beweisführung auch zur Abklärung der Beweis- und Prozessaussichten durchzuführen. Diese Möglichkeit soll dazu beitragen, aussichtslose Prozesse zu vermeiden (BGer 4A\_589/2013 vom 10. April 2014 E. 2.3.1.; BGE 140 III 24 E. 3.2.1.; BGE 140 III 16 E. 2.2.1.; BGE 138 III 76 E. 2.4.2.; jeweils mit Hinweis auf BBL 2006 7221, S. 7315). Zur Bejahung eines schutzwürdigen Interesses an einer vorsorglichen Beweisführung muss der Gesuchsteller glaubhaft machen, dass ein Sachverhalt vorliegt, gestützt auf den ihm das materielle Recht einen Anspruch gegen den Gesuchsgegner gewährt, und zu dessen Beweis das abzunehmende Beweismittel dienen kann. Kein schutzwürdiges Interesse an einer vorsorglichen Beweisführung besteht, wenn es der gesuchstellenden Partei lediglich darum geht, ein bereits vorliegendes, beweistaugliches Gutachten mit einem weiteren Gutachten in Frage zu stellen (BGE 140 III 16 E. 2.2.2; BGE 140 III 24 E. 3.2.2). In gleicher Weise ist von einem fehlenden schutzwürdigen Interesse auszugehen, wenn die verlangte Beweisabnahme gar nicht (mehr) erforderlich ist, um die Beweis- und Prozessrisiken abzuschätzen, da die notwendigen Beweise bzw. Entscheidungsgrundlagen bereits vorliegen.

2.3. Vorliegend geht es der Gesuchstellerin darum, im Hinblick auf einen allfälligen Haftpflichtprozess gegen die Gesuchsgegnerin bzw. auf entsprechende Vergleichsgespräche zu klären, ob die bei ihr ab Spätsommer/Herbst 2011 verstärkt eingetretenen vor allem psychischen Beschwerden in einem Kausalzusammenhang zum Verkehrsunfall vom 11. April 2001 stehen (act. 6/1). Diese Frage wurde insbesondere im Ergänzungsgutachten von Dr. med. D. \_\_\_\_\_ vom 11. August 2013 eingehend beantwortet (act. 6/3/9). Gegenstand des vorliegenden Berufungsverfahrens bildet die Frage, ob mit diesem bereits eine hinreichende Grundlage zur Beurteilung der Beweis- und Prozessrisiken eines allfälligen Hauptprozesses vorliegt, so dass ein schutzwürdiges Interesse an einem weiteren Gutachten zu verneinen wäre.

2.4. Wie bereits die Vorinstanz ausführte, hielt das Bundesgericht in seiner neueren Rechtsprechung fest, die vorsorgliche Beweisführung solle nicht bloss eine *vage Abschätzung* der Prozesschancen ermöglichen, sondern eine *eigentliche Abklärung* der Prozessaussichten im Allgemeinen und der Beweisaussichten im Besonderen. Eine hinreichende Klärung der Prozessaussichten könne dabei nur mit der vorsorglichen Abnahme von Beweismitteln erreicht werden, welche sich auch eignen, im Beweisverfahren eines allfälligen Hauptprozesses eine tragende Rolle zu spielen, was ganz besonders gelte, wenn solche Klärung eine Expertise erfordere. Gutachten, die von einer anderen Behörde in Auftrag gegeben und in einem anderen Verfahren erstattet worden seien (sog. Fremdgutachten), dürfe der Zivilrichter als gerichtliche Gutachten i.S.v. Art. 183 ff. ZPO berücksichtigen. Fremdgutachten seien mithin ebenso beweistauglich wie die vom Zivilrichter selbst eingeholten Gutachten, wobei sich ihre Beweiskraft selbstverständlich nach dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung (Art. 157 ZPO) richte und ein neues Gutachten zu denselben Gutachterfragen angeordnet werden könne, wenn die Feststellungen und Schlussfolgerungen eines Fremdgutachtens einer kritischen Würdigung nicht standhielten. Demgegenüber genügten blosse Privatgutachten – zu denen auch medizinische Stellungnahmen (Arztzeugnisse, fachärztliche Berichte etc.) gehören – nicht, um die Prozesschancen zuverlässig abklären zu können, da diese als Bestandteil der Parteivorbringen und nicht als eigentliche Beweismittel gälten (BGE 140 III 24 E. 3.3.3.).

2.5. Das Obergericht des Kantons Zürich hielt in den auch von der Vorinstanz zitierten Entscheiden vom 11. April 2012 (Geschäfts-Nr. LF110134) und vom 3. März 2015 (Geschäfts-Nr. LF140054) fest, nach der vorstehend dargestellten Bundesgerichtspraxis habe die gesuchstellende Partei nach wie vor ein schutzwürdiges Interesse an der vorsorglichen Abnahme eines gerichtlichen Gutachtens, wenn sie lediglich über ein Privatgutachten verfüge. Eine Ausnahme sei allerdings dann zu machen, wenn der private Gutachter von beiden Parteien gemeinsam beauftragt worden und unabhängig und sorgfältig sei, zumal das auf diese Weise erstellte Gutachten nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung einem gerichtlichen Gutachten gleichgestellt werde (OGer ZH LF140054 vom 3. März 2015 E. 3.6.1.; OGer ZH LF110134 vom 11. April 2012 E. 7.2. mit Hinweis auf

Fellmann, Die vorsorgliche Beweisführung nach der schweizerischen Zivilprozessordnung, in: Fellmann/Weber, Haftpflichtprozess 2010, S. 112 mit Hinweis auf BGE 86 II 129 E. 3).

2.6. Die Vorinstanz erachtete die Voraussetzung des schutzwürdigen Interesses als gegeben und ordnete ein Gutachten an. Sie erwog zusammengefasst, unbestritten sei, dass keine eigentlichen Fremdgutachten vorlägen, sondern nur Privatgutachten. Es stelle sich deshalb einzig die Frage, ob unter den gegebenen Umständen ausnahmsweise auch solche Privatgutachten das Rechtsschutzinteresse an einer weiteren Begutachtung im Rahmen der vorsorglichen Beweisführung entfallen liessen. Die bereits erfolgte polydisziplinäre Begutachtung in der Universitätsklinik Balgrist sei gemäss Ausführungen der Gesuchsgegnerin von der Gesuchstellerin vorgeschlagen worden und diese habe ihre Argumente dort einbringen können. Hinsichtlich des vorliegend vor allem relevanten Zusatzgutachtens von Dr. med. D. \_\_\_\_\_ vom 11. August 2013 räume die Gesuchstellerin ein, sie sei mit einem solchen ("notgedrungen") einverstanden gewesen und sie habe auch Gelegenheit erhalten, Zusatzfragen zu stellen. Der Gutachterauftrag sei jedoch einzig im Namen der Gesuchsgegnerin erteilt worden. Es liege daher kein Ausnahmetatbestand im Sinne der erwähnten Rechtsprechung vor (vgl. act. 5).

2.7. Die Gesuchsgegnerin stellt sich auf den Standpunkt, das polydisziplinäre Gutachten der Universitätsklinik Balgrist sei zusammen mit dem psychiatrischen Ergänzungsgutachten von Dr. med. D. \_\_\_\_\_ einem gerichtlichen Gutachten gleichzustellen. Damit verfüge die Gesuchstellerin bereits über genügende Grundlagen, um ihre Prozesschancen zu beurteilen. Sie habe deshalb kein schutzwürdiges Interesse an der beantragten vorsorglichen Beweisführung (act. 2 S. 5).

2.8. Die Gesuchstellerin hält in ihrer Berufungsantwort daran fest, ein schutzwürdiges Interesse an der Abnahme des beantragten gerichtlichen Gutachtens sei gegeben. Sie macht geltend, der Auftrag für die bereits vorliegenden Gutachten sei einzig von der Berufungsklägerin erteilt worden. Von einer Auswahl der begutachtenden Instanz durch die Gesuchstellerin könne keine Rede sein. Der Einholung des Zusatzgutachtens von Dr. med. D. \_\_\_\_\_ habe sie angesichts der plötzlichen Leistungsverweigerung der Gesuchsgegnerin notgedrungen zugestimmt.

Der Ablauf der Begutachtungsveranlassung sei nicht anders erfolgt, als es im Versicherungsverkehr in Haftpflichtfällen allgemein üblich sei. Der Haftpflichtversicherer erstelle den Fragenkatalog an den Privatgutachter, erfrage die zu begutachtende Person im Interesse der Verfahrensökonomie nach allfälligen Ergänzungsfragen und erteile dann den Gutachterauftrag in eigenem Namen auf eigene Kosten an den Gutachter. Aus diesem allgemein üblichen "Einbringen" in casu auf eine gemeinsame Auftragserteilung zu schliessen gehe fehl (act. 12 S. 4 f.).

2.9. Fest steht, dass die Auftragserteilung sowohl für das polydisziplinäre Gutachten der Universitätsklinik Balgrist vom 13. August 2012 als auch für das ergänzende psychiatrische Gutachten von Dr. med. D.\_\_\_\_\_ vom 11. August 2013 rein formal betrachtet durch die Gesuchsgegnerin erfolgte. Dabei blieb vor Vorinstanz unbestritten, dass die polydisziplinäre Begutachtung durch die Universitätsklinik Balgrist von der Gesuchstellerin vorgeschlagen wurde (vgl. act. 16 S. 3; act. 1; act. 25; act. 37; act. 44). Soweit die Gesuchstellerin die entsprechende Behauptung der Gesuchsgegnerin erst im Berufungsverfahren bestreitet, ist sie mit diesem Vorbringen verspätet (vgl. Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO). Ferner bestätigte die Gesuchstellerin sowohl vor Vorinstanz als auch im Berufungsverfahren, mit der Einholung eines Zusatzgutachtens von Dr. med. D.\_\_\_\_\_ einverstanden gewesen zu sein (act. 25 S. 4; act. 12 S. 4). Dass sie anfügt, sie habe sich diesem Vorgehen aufgrund der Leistungsverweigerung der Gesuchsgegnerin "notgedrungen" angeschlossen, ändert nichts daran, dass davon ausgegangen werden darf, der Gutachtensauftrag sei im Einverständnis beider Parteien erfolgt. Eine eigentliche Zwangslage, welche die Zustimmung der Gesuchstellerin als unwirksam erscheinen lassen könnte, ist jedenfalls nicht zu erblicken und wird von der Gesuchstellerin auch nicht geltend gemacht. Von der Gesuchstellerin ebenfalls nicht bestritten wird, dass sie bei der Erstellung des Fragenkatalogs an den Gutachter einbezogen wurde und Gelegenheit erhielt, Ergänzungsfragen zu stellen (act. 12 S. 5).

2.9.1. Dass der Gutachtensauftrag formal nur von einer Partei erteilt wurde, ist für die Beweistauglichkeit eines Gutachtens nicht entscheidend. So hat das Bundesgericht mehrfach festgehalten, dass auch eine von einem Sozialversicherungsträger – nach dem dafür vorgesehenen Verfahren – veranlasste medizinische Exper-

tise einem gerichtlichen Gutachten gleichzustellen sei (BGE 140 III 24 E. 3.3.1.3.; BGE 137 V 210). Massgeblich für den Beweiswert eines Gutachters ist demnach vielmehr, dass die Erstellung des Gutachtens in Absprache beider Parteien erfolgte und die Gesuchstellerin hinsichtlich der Wahl des Gutachters sowie der Erstellung des dem Gutachter zu unterbreitenden Fragenkatalogs einbezogen wurde. Diese Voraussetzungen sind vorliegend wie ausgeführt gegeben.

2.9.2. Wenn die Gesuchstellerin im Berufungsverfahren vorbringt, ein von privater Seite beauftragter und bezahlter Gutachter sei a priori nicht unabhängig (act. 12 S. 5), ist ihr entgegenzuhalten, dass die Unabhängigkeit oder Unparteilichkeit der Gutachter, insbesondere des psychiatrischen Gutachters Dr. med. D.\_\_\_\_\_, vor Vorinstanz von keiner Seite in Frage gestellt wurde. Vielmehr blieb im vorinstanzlichen Verfahren wie erwähnt unbestritten, dass die Begutachtung an der Universitätsklinik Balgrist auf Vorschlag der Gesuchstellerin hin erfolgte. Mit Bezug auf das polydisziplinäre Gutachten der Universitätsklinik Balgrist führte die Gesuchstellerin im vorinstanzlichen Verfahren überdies aus, sie erachte die Ergebnisse der Begutachtung, insbesondere auch diejenigen des Teilgutachtens von Dr. med. D.\_\_\_\_\_, vom 16. Juli 2011, als fundiert und begründet (act. 25 S. 3). Auch im Zusammenhang mit dem von Dr. med. D.\_\_\_\_\_ erstellten Ergänzungsgutachten hatte die Gesuchstellerin weder im vorinstanzlichen Verfahren noch im Berufungsverfahren konkrete Beanstandungen genannt. Die Gesuchstellerin wendet einzig ein, das Medizinische Zentrum Löwenstrasse habe das Ergänzungsgutachten von Dr. med. D.\_\_\_\_\_ in seiner begründeten multidisziplinären gutachterlichen Stellungnahme vom 22. November 2013 als fehlerhaft und nicht stichhaltig und mithin als nicht schlüssig beurteilt (act. 12 S. 5). Dass vom Gutachten abweichende Meinungen anderer Fachpersonen vorliegen, vermag jedoch kein schutzwürdiges Interesse an der vorsorglichen Einholung eines weiteren Gutachtens zu begründen. Ein weiteres Gutachten vermöchte die Tatsache, dass bereits widersprüchliche Diagnosen vorliegen, auch nicht zu beseitigen (BGer 4A\_589/2013 vom 10. April 2014 E. 2.5.).

2.9.3. Die bereits vorliegenden Privatgutachten, insbesondere das Ergänzungsgutachten von Dr. med. D.\_\_\_\_\_ vom 11. August 2013, sind unter diesen Um-

ständen im Sinne der eingangs dargestellten Rechtsprechung als taugliche Beweismittel und damit als hinreichende Grundlage für die Bewertung der Beweis- und Prozessrisiken eines allfälligen Verfahrens gegen die Gesuchsgegnerin zu werten. Dabei richtet sich ihre Beweiskraft in einem allfälligen Hauptverfahren nach dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung, und es kann in einem Hauptprozess ein neues Gutachten angeordnet werden, wenn die Feststellungen und Schlussfolgerungen der vorliegenden Gutachten der gerichtlichen Würdigung nicht standhalten. Dass ein Gutachten in einem darauf folgenden Prozess allenfalls zu ergänzen oder gar zu ersetzen sein wird, liegt aber grundsätzlich in der Natur der vorsorglichen Beweisführung und führt für sich alleine noch nicht dazu, dass in jedem Fall ein schutzwürdiges Interesse an einem gerichtlichen Gutachten zu bejahen ist. Das Verfahren der vorsorglichen Beweisführung dient ausschliesslich dazu, der interessierten Partei zu ermöglichen, über die Einreichung einer Klage bzw. den Abschluss eines aussergerichtlichen Vergleichs zu entscheiden. Hierfür steht der Gesuchstellerin mit den vorliegenden Gutachten eine zuverlässige Grundlage zur Verfügung. Ein schutzwürdiges Interesse an der Einholung eines weiteren gerichtlichen Gutachtens ist damit zu verneinen. Dies führt zur Gutheissung der Berufung und zur Abweisung des Gesuchs der Gesuchstellerin um vorsorgliche Beweisführung.

### 3. Kosten- und Entschädigungsfolgen

3.1. Mit dem neuen Entscheid der Berufungsinstanz ist auch über die Prozesskosten des erstinstanzlichen Verfahrens zu entscheiden (Art. 318 Abs. 3 ZPO). Das Bundesgericht hat festgehalten, dass im Verfahren der vorsorglichen Beweisführung nach Art. 158 ZPO die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens nicht nach dem sonst geltenden Unterliegerprinzip aufzuerlegen seien. Da die vorsorgliche Beweisführung stets dem Interesse derjenigen Partei diene, die darum ersuche, seien die Gerichtskosten dem Gesuchsteller aufzuerlegen, unabhängig davon, ob der Gesuchsgegner Abweisung des Gesuchs beantrage oder nicht. Ebenso habe der Gesuchsteller den Gesuchsgegner für das Verfahren zu entschädigen (vgl. BGE 140 III 30). Demnach sind die Prozesskosten des erstinstanzlichen Verfahrens unabhängig von dessen Ausgang der Gesuchstellerin auf-

zuerlegen. Ausgehend von einem Streitwert von Fr. 2'100'000.– (vgl. act. 6/6; act. 6/7) und in Anwendung von §§ 2, 4 Abs. 1 und 2 und 8 Abs. 1 GebV OG ist die erstinstanzliche Entscheidgebühr auf Fr. 3'500.– festzusetzen.

3.2. Im obergerichtlichen Verfahren gelten die üblichen Verteilgrundsätze von Art. 106 Abs. 1 ZPO. Entsprechend dem Ausgang des Rechtsmittelverfahrens sind auch die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens der Gesuchstellerin aufzuerlegen. Im Rechtsmittelverfahren 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). In Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG i.V.m. §§ 2, 4 Abs. 1 und 2 und 8 Abs. 1 GebV OG ist die Entscheidgebühr für das Beschwerdeverfahren auf Fr. 2'000.– festzusetzen.

3.3. Für das erstinstanzliche Verfahren hat die Gesuchstellerin einen Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 14'000.– geleistet (act. 6/9). Aus diesem sind die Entscheidgebühren sowohl für das erst- als auch für das zweitinstanzliche Verfahren zu beziehen, so dass der von der Gesuchsgegnerin im obergerichtlichen Verfahren geleistete Vorschuss nicht zur Deckung der Verfahrenskosten heranzuziehen ist.

3.4. Die Gesuchstellerin ist überdies zu verpflichten, der Gesuchsgegnerin für beide Verfahren eine Parteientschädigung zu bezahlen. In Anwendung von §§ 4 Abs. 1 und 2 und 9 AnwGebV sowie § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV ist die Parteientschädigung für beide Verfahren auf Fr. 4'900.– festzusetzen, zuzüglich 8 % Mehrwertsteuerersatz.

**Es wird erkannt:**

1. Die Berufung wird gutgeheissen. Das Gesuch der Gesuchstellerin um vorsorgliche Beweisführung wird abgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr für das erstinstanzliche Verfahren wird auf Fr. 3'500.– festgesetzt.
3. Die Entscheidgebühr für das zweitinstanzliche Verfahren wird auf Fr. 2'000.– festgesetzt.
4. Die Kosten beider Instanzen werden der Gesuchstellerin auferlegt und aus dem von ihr im erstinstanzlichen Verfahren geleisteten Kostenvorschuss bezogen.
5. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, der Gesuchsgegnerin für beide Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 5'292.– (inkl. 8 % Mehrwertsteuerersatz) zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchsgegnerin unter Beilage des Doppels von act. 12, sowie an das Bezirksgericht Zürich, Einzelgericht Audienz, und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

7. 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 Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 2'100'000.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. S. Kröger

versandt am:

4. Dezember 2015