

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PF130032-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichter lic. iur. P. Hodel sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Houweling-Wili.

Beschluss vom 23. September 2013

in Sachen

A._____,

Gesuchsgegner und Berufungskläger,

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X._____,

gegen

B._____,

Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____,

betreffend
vorsorgliche Beweisabnahme

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Horgen vom 16. Juli 2013 (ET120002)

Erwägungen:

1.

1.1. Die Berufungsbeklagte unterzog sich am 6. Februar 2006 in der Klinik C._____ in D._____ einem medizinischen Eingriff (sog. Narbenrevision), um die seit der operativen Geburt ihres letzten Kindes und der gleichzeitig durchgeführten Unterbindung bestehenden starken Unterbauchschmerzen zu beseitigen. Dieser Eingriff wurde dort vom Berufungskläger als Belegarzt durchgeführt (act. 5/1 S. 2 und S. 5 f.; act. 5/3/3). Nach eigener Darstellung der Berufungsbeklagten haben sich die Beschwerden nach diesem Eingriff verstärkt und insofern ausgeweitet, als sie zusätzlich Rückenschmerzen im Kreuzbereich und schmerzassoziierte Gefühlsstörungen im linken Oberschenkel hat (act. 5/1 S. 6).

1.2. Am 26. April 2012 gelangte die Berufungsbeklagte an das Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Horgen und stellte ein Begehren um vorsorgliche Beweisabnahme in der Form eines gerichtlichen Gutachtens zu den medizinischen Folgen des operativen Eingriffes vom 6. Februar 2006 (act. 5/1). Mit Verfügung vom 8. Februar 2013 ordnete das Einzelgericht ein Gutachten an und schlug Dr. med. E._____ als Sachverständigen vor unter Fristansetzung an die Parteien, Einwendungen gegen den vorgeschlagenen Experten zu erheben (act. 5/27). Diese Verfügung wurde jedoch von der Kammer im Rahmen des vom Berufungskläger angehobenen Rechtsmittelverfahrens PF130005 mit Beschluss vom 17. April 2013 wegen Verletzung des rechtlichen Gehörs aufgehoben (act. 5/50). In der Folge gab das Einzelgericht dem Berufungskläger mit Verfügung vom 13. Mai 2013 Gelegenheit zur schriftlichen Stellungnahme (act. 5/51). Mit Eingabe vom 10. Juni 2013 nahm der Berufungskläger zu diesem Begehren Stellung, beantragte das Nichteintreten auf das Begehren und für den Eventualfall die Abweisung (act. 5/61). Nachdem diese Stellungnahme der Berufungsbeklagten mit Verfügung vom 18. Juni 2013 zugestellt worden war (act. 5/63) und die Berufungsbeklagte am 1. Juli 2013 ihrerseits Stellung genommen hatte (act. 5/65), ordnete das Einzelgericht schliesslich mit Verfügung vom 16. Juli 2013 ein Gutachten an (act. 5/67 = act. 4).

1.3. Gegen diese Verfügung erhob der Berufungskläger mit Eingabe vom 30. Juli 2013 rechtzeitig Berufung mit den Anträgen, es sei die angefochtene Verfügung aufzuheben und es sei auf das Gesuch um vorsorgliche Beweisführung nicht einzutreten, eventualiter sei das Gesuch abzuweisen (act. 2). Zugleich ersuchte er in prozessualer Hinsicht um die Erteilung der aufschiebenden Wirkung.

1.4. Mit Verfügung vom 31. Juli 2013 erkannte die Kammer der Berufung einstweilen die aufschiebende Wirkung zu, setzte der Berufungsbeklagten eine Frist an, um hierzu Stellung zu nehmen, und setzte dem Berufungskläger Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses an (act. 6). Dieser Kostenvorschuss wurde rechtzeitig geleistet (act. 8). Sodann wurde der Berufungsbeklagten Frist angesetzt, um die Berufung zu beantworten (act. 9). Die Berufungsantwort wurde am 9. September 2013 (Datum Poststempel) fristgemäss erstattet (act. 11). Die Berufungsbeklagte beantragt die Abweisung der Berufung und die Bestätigung des angefochtenen Entscheides sowie die Abweisung des Gesuchs um Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Die Berufungsantwort ist dem Berufungskläger mit dem vorliegenden Entscheid zuzustellen. Die Sache erweist sich als spruchreif.

2.

2.1. Die Berufung ist bei der Rechtsmittelinstanz innert der Rechtsmittelfrist schriftlich und begründet einzureichen (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Dabei hat der Berufungskläger der Rechtsmittelinstanz im Einzelnen darzulegen, aus welchen Gründen der angefochtene Entscheid falsch ist und abgeändert werden soll (sog. Begründungslast; vgl. ZR 110 Nr. 80; OGer ZH, LB110049 vom 5. März 2012 E. 1.1 m.w.H.; OGer ZH, PF120022 vom 1. Juni 2012 E. 4.1). Aus der Begründungslast ergibt sich ferner, dass die Berufung zudem (zu begründende) Rechtsmittelanträge zu enthalten hat. Mit der Berufung kann die unrichtige Rechtsanwendung und die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Neue Tatsachen und Beweismittel werden im Berufungsverfahren nur noch berücksichtigt, 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. Die vorliegende Berufung wurde rechtzeitig schriftlich, mit Anträgen versehen und begründet bei der Kammer als zuständiger Rechtsmittelinstanz eingereicht. Der Berufungskläger ist durch den angefochtenen Entscheid beschwert und zur Berufung legitimiert. Es ist daher auf die Berufung einzutreten.

3.

3.1. Die Vorinstanz hat dem Begehren der Berufungsbeklagten stattgegeben und ein Gutachten angeordnet. Das mit der Begründung, die Berufungsbeklagte habe glaubhaft gemacht, dass ein Sachverhalt vorliege, der einen Anspruch gegenüber dem Berufungskläger begründen könnte. Die bisherigen Gutachten würden sich nicht umfassend zu den massgeblichen Fragen äussern, weshalb die Berufungsbeklagte nur mit Hilfe eines unabhängigen Gutachtens die Prozessaussichten umfassend abklären könne. Auch die übrigen Vorbringen des Berufungsklägers – insbesondere der Einwand, die Gegenpartei bestimme den Ablauf des Verfahrens und das Fundament, von welchem der Gutachter auszugehen habe – stünden einer vorsorglichen Beweisabnahme nicht entgegen, weil beide Parteien frei seien, in einem nachfolgenden Hauptprozess ihre Behauptungen und Gegenbehauptungen aufzustellen. Die Vorinstanz erwog sodann, es könne nicht Sinn und Zweck sein, im Rahmen der vorsorglichen Beweisabnahme bereits vorliegende Unterlagen akribisch zu durchforsten, um der Frage nachzugehen, ob aufgrund der bereits erstellten Unterlagen die Prozesschancen genügend abgeklärt werden können, zumal die gesuchstellende Partei für die Kosten des in Auftrag zu gebenden Gutachtens aufzukommen habe (act. 4 S. 3).

3.2. Dagegen bringt der Berufungskläger im Wesentlichen in Wiederholung seiner erstinstanzlichen Ausführungen (vgl. act. 5/61 S. 3 ff.) unter Hinweis auf OGer ZH, LF110116 vom 20. Dezember 2011, vor, die Berufungsbeklagte habe kein schutzwürdiges Interesse an der Erstellung des verlangten medizinischen Gutachtens, weil sich die bereits eingeholten ärztlichen Stellungnahmen und die medizinische Dokumentation, welche verschiedene fachärztliche Disziplinen umfassen würden, zu den massgeblichen Fragen äussern würden und die Abschätzung der Prozesschancen zuliessen (act. 2 S. 5 ff., S. 10 und S. 14). Die medizinische Situation sei auch bereits durch unabhängige Gutachter geklärt worden,

insbesondere durch die drei von der Invalidenversicherung beauftragten Gutachter des Ärztlichen Begutachtungsinstitut ABI in Basel und durch den von der ... beauftragten Gutachter Dr. med. F. _____ (act. 2 S. 9 f.). Es sei gerade die Aufgabe des Gerichts, sich mit den Akten auseinanderzusetzen und im Hinblick auf die Substantiierung und die Beweisanträge zu studieren und zu analysieren (act. 2 S. 11). Soweit überdies die Höhe der einzuklagenden Anspruchs unklar sei, könne eine unbezifferte Forderungsklage erhoben werden (act. 2 S. 14 f.).

Im Weiteren rügt der Berufungskläger, die Vorinstanz habe sich mit diversen Einwänden nicht auseinandergesetzt und damit ihre Begründungspflicht verletzt. Erstens habe er geltend gemacht, die Berufungsbeklagte missbrauche das Institut der vorsorglichen Beweisführung, weil sie damit sämtliche Haftungsvoraussetzungen und Schadenersatzansprüche prüfen lassen wolle. Dafür sei ein ordentliches Verfahren notwendig (act. 2 S. 12 f.). Zweitens habe er geltend gemacht, das Gutachten sei auf Grund der Fragestellung von vornherein ungeeignet, zur Klärung der Prozessaussichten beizutragen. Zudem seien die Angaben zum Sachverhalt nicht genügend substantiiert worden, so dass die Fragen beantwortet werden könnten (act. 2 S. 15 f.).

3.3. Die Berufungsbeklagte stellt sich demgegenüber zusammengefasst auf den Standpunkt, die vorhandenen Dokumente liessen eine zuverlässige Abschätzung der Prozesschancen nicht zu, weil sie einerseits inhaltlich zu wenig fundiert oder widersprüchlich seien und andererseits nicht von neutralen, objektiven, sondern von wirtschaftlich abhängigen Gutachtern stammen würden (act. 11 S. 4 ff.). Zwischen den Parteien seien sowohl der Sachverhalt in Bezug auf die Arbeitsfähigkeit in Beruf und Haushalt wie auch der Kausalzusammenhang und die Sorgfaltspflichtverletzung umstritten, weshalb ein schutzwürdiges Interesse an der vorsorglichen Beweisabnahme bestehe. Eine Teilklage stelle auf Grund der höheren Kosten keine Alternative dar und die vorsorgliche Beweisabnahme diene auch der Vermeidung des Über- oder Unterklagens (act. 11 S. 9, S. 11 f. und S. 15). Ferner bestehe keine Umgehung des ordentlichen Prozesses, nur weil eine zuverlässige Prozesschancenbeurteilung angestrebt würde (act. 11 S. 13). Die Fragen seien zur Prozesschancenbeurteilung auch geeignet und es stehe dem Berufungskläger

frei, selber zusätzliche Fragen zu stellen (act. 11 S. 15 ff.). Die diesbezüglichen Behauptungen des Berufungskläger seien zudem neu und damit im Berufungsverfahren unzulässig, soweit sie ohnehin nicht nur pauschal und unbestimmt seien (act. 11 S. 16).

4.

4.1. Mit dem Berufungskläger ist festzustellen, dass sich die Vorinstanz zu den von ihm bereits in erster Instanz vorgebrachten Einwänden betreffend Rechtsmissbrauch und Geeignetheit des Gutachtens (vgl. act. 5/61 S. 8 f. und S. 9 f.) im angefochtenen Entscheid lediglich dahingehend geäußert hat, als sie die Einwände einer vorsorglichen Beweisführung nicht entgegenstehend bezeichnet (act. 4 S. 3). Die dazu gelieferte Begründung bezieht sich nur auf den im Besonderen genannten Einwand, die Gegenpartei bestimme den Ablauf des Verfahrens und das Gutachterfundament. Eine konkrete Auseinandersetzung mit den Einwänden des Rechtsmissbrauchs und der fehlenden Eignung fand somit nicht statt. Das steht im Widerspruch zu dem aus dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs fließenden Recht auf Begründung eines Entscheides (Art. 6 Abs. 1 EMRK, Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 53 Abs. 1 ZPO). Das Gericht muss sich mit den für den Entscheid wesentlichen Standpunkten der Parteien einlässlich auseinandersetzen. Die Parteien müssen sich über die Tragweite des Entscheides und über allfällige Anfechtungsmöglichkeiten ein Bild machen können, damit sie die Möglichkeit haben, die Sache in voller Kenntnis um die Entscheidungsgründe an die obere Instanz weiterzuziehen (ZK ZPO-SUTTER-SOMM/CHEVALIER, 2. Aufl. 2013, Art. 53 N 14).

Die Rechtsmissbräuchlichkeit sowie die Eignung des beantragten Gutachtens mit den vorgelegten Fragen sind ohne Weiteres solche wesentliche Punkte bei der Beurteilung der Zulässigkeit einer vorsorglichen Beweisführung. Indem die Vorinstanz also die genannten Einwände lediglich pauschal verworfen und darauf verzichtet hat, diese in Erwägung zu ziehen, hat sie das rechtliche Gehör des Berufungsklägers verletzt. Dementsprechend hat der Berufungskläger zumindest diesbezüglich in Unkenntnis der vorinstanzlichen Beweggründe sein Rechtsmittel begründet. Dieser Verfahrensmangel kann vor Obergericht nicht geheilt werden,

weshalb die Verfügung vom 16. Juli 2013 aufzuheben und die Sache zur neuen Entscheidungsfindung mit entsprechender Begründung an die Vorinstanz zurückzuweisen ist.

4.2. Damit erübrigt sich eine weitergehende Auseinandersetzung mit den weiteren Vorbringen der Parteien. Zudem wird mit dem vorliegenden Beschluss ein erneuter Entscheid in Bezug auf die einstweilen erteilte aufschiebende Wirkung hinfällig.

4.3. Im Übrigen ist die Vorinstanz darauf hinzuweisen, dass ihre im angefochtenen Entscheid vertretene Auffassung, es könne nicht Sinn und Zweck sein, die im Verfahren vorliegenden Akten akribisch zu durchforsten, um der Frage nachzugehen, ob aufgrund der bereits erstellten Unterlagen die Prozesschancen genügend abgeklärt werden können oder nicht, nicht nachvollziehbar ist. Grundsätzlich gilt, dass die gesuchstellende Partei ihr schutzwürdiges Interesse an einer vorsorglichen Beweisführung gemäss Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO glaubhaft zu machen hat. Auf Grund der geltenden Verhandlungsmaxime ist es dabei ausschliesslich Sache der Partei, das hierfür Notwendige vorzubringen und die Beweismittel vorzulegen (Art. 55 Abs. 1 ZPO). Demnach hat die gesuchstellende Partei dem Gericht darzulegen, dass sie im Sinne von Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO über ein schutzwürdiges Interesse verfügt. Insofern hat das Gericht die Akten zwar nicht zu durchforsten und nach dem wesentlichen Inhalt zu suchen, es hat sich aber im Rahmen der Verhandlungsmaxime mit dem von den Parteien Dargelegten im Einzelnen auseinanderzusetzen. Dabei hat es summarisch zu prüfen, ob damit das behauptete schutzwürdige Interesse glaubhaft gemacht wurde. Ist dies zu verneinen, so ist das Gesuch um vorsorgliche Beweisabnahme abzuweisen.

5.

Ausgangsgemäss wird die Berufungsbeklagte für das Berufungsverfahren kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die zweitinstanzliche Entscheidegebühr ist unter Berücksichtigung des Fr. 10'000.-- übersteigenden Streitwertes in Anwendung von § 4 Abs. 1, § 8 Abs. 1 und § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG auf Fr. 1'300.-- festzulegen, der Berufungsbeklagten aufzuerlegen und aus dem

vom Berufungskläger geleisteten Kostenvorschuss zu beziehen (Art. 111 Abs. 1 ZPO; act. 8). Die Berufungsbeklagte hat dem Berufungskläger diesen jedoch zu ersetzen (Art. 111 Abs. 2 ZPO). Ferner hat sie den Berufungskläger für das Berufungsverfahren mit Fr. 1'300.-- zuzüglich 8 % Mehrwertsteuer auf diesen Betrag (Fr. 103.--), also mit total Fr. 1'403.--, zu entschädigen (§ 4 Abs. 1 und 2, § 9, § 11 Abs. 1 sowie § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV).

Es wird beschlossen:

1. Die Verfügung des Bezirksgerichtes Horgen vom 16. Juli 2013 wird aufgehoben, und die Sache wird zur neuen Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidegebühr wird auf Fr. 1'300.-- festgesetzt, der Berufungsbeklagten auferlegt und aus dem vom Berufungskläger geleisteten Kostenvorschuss bezogen. Die Berufungsbeklagte wird verpflichtet, dem Berufungskläger den geleisteten Vorschuss von Fr. 1'300.-- zu ersetzen.
3. Die Berufungsbeklagte wird verpflichtet, dem Berufungskläger für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 1'403.-- zu bezahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Berufungskläger unter Beilage eines Doppels von act. 11, sowie an das Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Horgen und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.
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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert übersteigt Fr. 10'000.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Houweling-Wili

versandt am: