

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PF150029-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter
Dr. P. Higi und Ersatzrichter lic. iur. H. Meister sowie Gerichtsschreiberin MLaw D. Weil

Urteil vom 17. August 2015

in Sachen

A. _____,

Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Gesuchs- und Beschwerdegegner,

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____

betreffend
vorsorgliche Beweisabnahme / Gutachterfragen

Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Horgen vom 16. März 2015 (ET120002)

Erwägungen:

1. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1.1. Am 6. Februar 2006 führte der Gesuchs- und Beschwerdegegner (fortan Gesuchsgegner) bei der Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin (fortan Gesuchstellerin) im Spital C._____ in D._____ als Belegarzt einen chirurgischen Eingriff durch.

1.2. Mit Gesuch vom 26. April 2012 stellte die Gesuchstellerin beim Einzelgericht am Bezirksgericht Horgen ein Begehren um vorsorgliche Beweisführung mittels eines Gutachtens bezüglich der Operation und deren Auswirkungen (act. 7/1).

Mit Verfügung vom 8. Februar 2013 ordnete die Vorinstanz ein Gutachten an (act. 7/27). Diese Verfügung wurde auf Berufung des Gesuchsgegners hin mit Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürichs vom 17. April 2013 aufgehoben und die Sache wurde zur Ergänzung des Verfahrens an die Vorinstanz zurückgewiesen (act. 7/50). Mit Verfügung vom 13. Mai 2013 ordnete die Vorinstanz das schriftliche Verfahren an und setzte dem Gesuchsgegner Frist zur Stellungnahme zum Begehren der Gesuchstellerin (act. 7/51). Mit Eingabe vom 10. Juni 2013 nahm der Gesuchsgegner Stellung (act. 7/61). Mit Verfügung vom 18. Juni 2013 stellte die Vorinstanz der Gesuchstellerin das Doppel der Stellungnahme des Gesuchsgegners samt Beilagen zu und setzte ihre eine Frist an, um dazu eine Stellungnahme einzureichen (act. 7/63). Daraufhin nahm die Gesuchstellerin mit Eingabe vom 1. Juli 2013 Stellung (act. 7/65).

Mit Verfügung vom 16. Juli 2013 ordnete die Vorinstanz das Gutachten abermals an (act. 7/67). Diese Verfügung wurde auf Berufung des Gesuchsgegners hin mit Beschluss des Obergerichts vom 23. September 2013 aufgehoben und die Sache zur neuen Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen (act. 7/72). Mit Verfügung vom 21. November 2013 ordnete die Vorinstanz erneut ein Gutachten an (act. 7/74). Die dagegen erhobene Berufung wurde vom Obergericht mit Urteil vom 2. April 2014 abgewiesen (act. 7/79), womit die Frage, ob überhaupt ein Gutachten anzuordnen ist, entschieden wurde.

1.3. In der Folge setzte die Vorinstanz der Gesuchstellerin mit Verfügung vom 30. Juli 2014 eine Frist an, um den Fragekatalog vom 26. April 2012 zu aktualisieren resp. zu ergänzen, mit der Androhung, dass im Säumnisfalle der Prozess aufgrund der bisherigen Eingabe weitergeführt werde (act. 7/80). Eine Aktualisierung bzw. Ergänzung ging nicht ein.

1.4. In der Verfügung vom 16. März 2015 (act. 3 = 6 = 7/82) untersuchte die Vorinstanz die eingereichten Fragen darauf, ob sie einerseits durch ein taugliches Gutachten beantwortet sind und andererseits zu einer beweistauglichen Antwort führen. Sie kam zum Schluss, dass der Fragenkatalog teilweise zu kürzen, zu ergänzen und anzupassen ist. Zur besseren Verständlichkeit für den Gutachter hat die Vorinstanz die Fragen sodann neu nummeriert. Im Dispositiv bestimmte sie die Gutachterfragen und setzte den Parteien eine Frist an, um zu den Gutachterfragen Stellung zu nehmen.

1.5. Gegen diesen Entscheid erhob die Gesuchstellerin mit Eingabe vom 22. April 2015 fristgerecht Beschwerde (act. 2 i.V.m. act. 7/83/2). Sie stellt folgende Anträge:

- " 1. Die Verfügung des Bezirksgerichts Horgen vom 16. März 2015 sei aufzuheben.
- 2.1 Die vi.gs. Fragen 9.1 bis und mit 11.2 seien zusätzlich zu den vi. Fragen 1-8 zur Zulassung zu bestimmen und dem Gutachter zu unterbreiten.
2. Eventualiter sei die Vorinstanz anzuweisen, die Ausführungen der Beschwerdeführerin in der Eingabe vom 1. Juli 2013 unter den Aspekten des rechtlichen Gehörs, der Notorietät sowie von Treu und Glauben zu berücksichtigen und zusätzlich zu den vi.gs. Fragen 1-8 die gesuchstellerischen Fragen 9.1 bis und mit 11.2 zur Zulassung zu bestimmen und dem Gutachter zu unterbreiten.
3. Der Beschwerde sei aufschiebende Wirkung zu erteilen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Beschwerdegegnerin, eventualiter zulasten des Staates."

Mit Präsidialverfügung vom 28. April 2015 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung erteilt. Dem Gesuchsgegner wurde eine Frist angesetzt, um zum Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung Stellung zu nehmen, unter der Säumnisandrohung, dass es ohne Stellungnahme bei der aufschieben-

den Wirkung bleibe. Der Gesuchstellerin wurde eine Frist angesetzt, um den Kostenvorschuss zu leisten. Zudem wurde die Prozessleitung delegiert (act. 8). Den Kostenvorschuss leistete die Gesuchstellerin fristgerecht (act. 10). Der Gesuchsgegner teilte mit Schreiben vom 12. Mai 2015 mit, dass er keine Einwände gegen die Erteilung der aufschiebenden Wirkung erhebe (act. 11). Mit Verfügung vom 1. Juni 2015 wurde dem Gesuchsgegner Frist zur Beschwerdeantwort angesetzt (act. 12). Mit Eingabe vom 12. Juni 2015 erstattete der Gesuchsgegner Beschwerdeantwort. Er beantragt die Abweisung der Beschwerde (act. 14 S. 2).

Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 7/1-86). Das Verfahren ist spruchreif.

2. Formelles

2.1. Bei der Verfügung der Vorinstanz vom 16. März 2015 handelt es sich um eine prozessleitende Verfügung, für die das Gesetz keine besondere Regelung vorsieht, weshalb ein selbständiger Weiterzug grundsätzlich ausgeschlossen, ausnahmsweise aber zulässig ist, 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-FREIBURGH/AUFHELDT, 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 von der Beschwerdeführerin 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).

2.2. Die Gesuchstellerin bringt zum nicht leicht wieder gut zu machenden Nachteil im Wesentlichen vor, durch die Nichtzulassung werde ihr die Möglichkeit genommen, bezüglich der durch die Operation bewirkten Einschränkungen im Erwerb und im Haushalt ihre Prozesschancen zu beurteilen, was ein erheblicher tatsächlicher Nachteil für sie sei. Zudem erweise sich die Nichtzulassung der entsprechenden Fragen angesichts des vorliegenden zeitlichen Ablaufs der Beurteilung der Streitsache (Prozessdauer von bald drei Jahren für ein Summarverfahren) faktisch als unzulässige Rechtsverzögerung.

2.3. Für die Beurteilung der Frage, ob vorliegend ein nicht leicht wieder gut zu machender Nachteil vorliegt und nachgewiesen ist, sind die Eigenheiten des Verfahrens der vorsorglichen Beweisführung vor Augen zu führen. 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 die Gesuchstellerin vorliegend 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 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 Beweismittels abgeschlossen (ZK ZPO-FELLMANN, Art. 158 N 44a).

Unter Beachtung der Eigenheiten des Verfahrens stellt der geltend gemachte Nachteil einen Nachteil im Sinne von Art. 319 lit. b ZPO dar. Es würde nicht überzeugen, die Gesuchstellerin mit der Geltendmachung ihrer diesbezüglichen Ein-

wendungen auf die Anfechtung des Endentscheides zu verweisen. Entsprechend ist auf die Beschwerde einzutreten.

3. Materielles

3.1. Mit der Beschwerde können (a) die unrichtige Rechtsanwendung und (b) die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Neue Anträge, neue Tatsachen und neue Beweismittel sind im Beschwerdeverfahren grundsätzlich ausgeschlossen (Art. 326 ZPO), weil es bei der Beschwerde nicht um die Fortführung des erstinstanzlichen Prozesses, sondern im Wesentlichen um eine Rechtskontrolle des vorinstanzlichen Entscheides geht (ZK ZPO-FREIBURGHaus/AFHELDT, 2. Aufl., Art. 326 N 3).

Die Gesuchstellerin rügt zusammengefasst, die Vorinstanz habe das Recht unrichtig angewendet. Sie habe den Anspruch der Gesuchstellerin auf rechtliches Gehör und die Regelungen von Art. 52 ZPO und Art. 151 ZPO verletzt (act. 2).

3.2. Die Vorinstanz liess die Fragen 9.1 bis und mit 11.2 der Gesuchstellerin im Zusammenhang mit der Frage nach deren Arbeitsfähigkeit und Haushaltsführung nicht zu. Sie erwog in Bezug auf die Arbeitsfähigkeit, dass die Tatsachengrundlagen zur Beurteilung der Arbeitsfähigkeit der Gesuchstellerin nur ungenügend substantiiert worden seien. Auch bei der vorsorglichen Beweisführung müssten behauptete Tatsachen in der Rechtsschrift selbst dargelegt werden. Der blosser Verweis auf ein Aktenstück sei ungenügend. Die Gesuchstellerin führe zwar aus, seit dem 16. Mai 2002 als Mitarbeiterin im Hausdienst beim Altersheim E. _____ angestellt gewesen zu sein, wobei sie bis zum 16. Februar 2005 in einem 100 %-Pensum gearbeitet habe, danach zu 70 %. Der Arbeitgeber habe sie im Zwischenzeugnis vom 7. November 2006 als einsatzwillige und gewissenhafte Mitarbeiterin gelobt, welche ihre Arbeit zur vollen Zufriedenheit erledigt habe und als loyal und kooperativ gegolten habe. Im eingereichten Zwischenzeugnis seien die Tätigkeiten der Gesuchstellerin sodann zwar beschrieben, jedoch nicht in der Rechtsschrift. Darin führe sie bloss aus, sie sei Mitarbeiterin im Hausdienst im Altersheim. Dabei handle es sich aber um einen sehr weiten Begriff. Ob dies nun eine reine körperliche Tätigkeit sei oder auch Büroarbeiten umfasse, gehe aus der

Rechtsschrift nicht hervor. Dies sei für die Beurteilung der Arbeitsfähigkeit jedoch von wesentlicher Bedeutung. Auch aus dem Beschrieb "Raumpflegerin bzw. Hauswirtschaftsangestellte" sei noch immer unklar, wie körperlich anspruchsvoll die damit einhergehenden Arbeiten waren. Eine substantiierte Darlegung wäre der Gesuchstellerin zumutbar gewesen, handle es sich doch um bekannte Fakten.

In Bezug auf die Haushaltführung – so die Vorinstanz weiter – führe die Gesuchstellerin aus, dass sie vier Kinder mit Jahrgang 1988, 1991, 1993 und 2004 habe. Nicht dargelegt sei, ob die Gesuchstellerin verheiratet sei und wenn ja, ob ihr Ehegatte erwerbstätig sei. Die Gesuchstellerin habe in ihrer Stellungnahme auf die Eingabe des Gesuchsgegners hin eingewendet, ihre Ausführungen in Kombination mit den medizinischen Akten ergäben die Tätigkeit als Hausfrau, es sei "gs. Bel. 9 S. 15 unten f." zu entnehmen, dass sie mit dem Ehemann und drei Kindern in einer 4,5-Zimmerwohnung im zweiten Stock ohne Lift lebe, woraus sich in Kombination mit der SAKE die Tätigkeit im Haushalt ergebe. Da auch hier gelte, dass die Tatsachenbehauptungen in der Rechtsschrift selber substantiiert dargelegt werden müssten, würden sich die Ausführungen zur Haushaltstätigkeit ebenfalls als unsubstantiiert erweisen.

Soweit sich die Gesuchstellerin in ihrer Stellungnahme eventualiter zum Sachverhalt bezüglich der Tätigkeit im Erwerb und im Haushalt vor und nach der streitigen Operation äussere und die diesbezüglichen Ausführungen ihres Gesuches substantiiere, seien diese neuen Darlegungen verspätet und unbeachtlich. In summarischen Verfahren falle die Novenschranke bereits nach den ersten Vorträgen (act. 3 = 6 = 7/82 S. 3-6).

3.3. Die Gesuchstellerin rügt, die Vorinstanz verletze das rechtliche Gehör der Gesuchstellerin. Ihr sei mit Verfügung vom 18. Juni 2013 eine Frist von sieben Tagen angesetzt worden, um eine schriftliche Stellungnahme zur Eingabe des Gesuchsgegners vom 10. Juni 2013 – worin dieser rüge, es stehe nicht fest, welche Arbeiten die Gesuchstellerin vor der Operation als Mitarbeiterin im Altersheim und im Haushalt ausgeführt habe, weshalb die Arbeitsunfähigkeit nicht beurteilt werden könne – einzureichen. In dieser Stellungnahme hätte sich die Gesuchstel-

lerin zu den tatsächlichen Behauptungen des Gesuchsgegners im Einzelnen zu äussern und Beweismittel mit der Stellungnahme einzureichen oder zu bezeichnen gehabt. Sie habe innert Frist Stellung genommen und auf den Seiten 6 bis 9 Ausführungen zur Tätigkeit und Arbeitsfähigkeit in Beruf und Haushalt vor und nach der Operation gemacht. Bei diesen Behauptungen und Beweisanträgen handle es sich prozessual betrachtet um eine fristgerechte Replik. Auf eine solche habe sie kraft Art. 6 Ziff. 1 EMRK, Art. 29 Abs. 2 BV sowie Art. 53 ZPO Anspruch. Zudem wurde sie zur Eingabe durch die Vorinstanz aufgefordert worden, wozu diese gemäss Art. 56 ZPO verpflichtet gewesen sei.

Sodann verletzte die Vorinstanz – so die Gesuchstellerin weiter – Art. 151 ZPO, sei doch notorisch, was die Arbeit einer Raumpflegerin und Hauswirtschaftsangestellten (oder immerhin jene einer Raumpflegerin) umfasse. So hätten doch zumindest die Gutachterfragen 9.1 und 9.2 zugelassen werden müssen. Ausserdem werde Art. 52 ZPO verletzt, wenn die Vorinstanz ihr eine Frist zur Stellungnahme ansetze, wobei sie in der Stellungnahme zu den tatsächlichen Behauptungen des Gesuchsgegners im Einzelnen zu äussern und Beweismittel mit der Stellungnahme einzureichen oder zu bezeichnen habe, sie dem innert Frist nachgekommen sei und die Vorinstanz die Eingabe entgegen expliziter Ausführung in der Verfügung vom 18. Juni 2013 als verspätet taxiere und nicht beachte.

3.4. Der Gesuchsgegner brachte in der Beschwerdeantwort hingegen vor, die Fragen 9.1 bis 11.2 würden davon ausgehen, dass die erforderliche überwiegende Wahrscheinlichkeit bereits dann zu bejahen sei, wenn ein Sachverhalt von zwei möglichen Varianten der Wahrscheinlichere sei. Der hierzu von der Gesuchstellerin erwähnte Bundesgerichtsentscheid habe das Sozialversicherungsrecht betroffen. Im Arzthaftpflichtrecht würden dagegen andere Anforderungen an den Nachweis der überwiegenden Wahrscheinlichkeit gelten, was bereits vor Vorinstanz vorgebracht worden sei. Deshalb taugten die Fragen nicht zur Klärung der Prozessaussichten, so dass kein Rechtsschutzinteresse an deren Zulassung bestehe. Die angefochtene Verfügung sei daher zu bestätigen.

Auf eine Stellungnahme zur Argumentation der Gesuchstellerin verzichte er. Er wolle jedoch für den Fall der Zulassung der Fragen durch das Obergericht anmer-

ken, dass die Begriffe "direkte oder indirekte Teilursache" zu streichen seien, ver-
stehe ein medizinischer Gutachter darunter wohl kaum das Gleiche wie ein Jurist
(act. 14).

3.5. Soweit sich die Gesuchstellerin auf das "ewige Replikrecht" beruft, ist dem
entgegen zu halten, dass Ausführungen im Rahmen solcher Stellungnahmen
zwar zu hören sind, diese jedoch die Novenschranke nicht zu umgehen oder zu
verschieben vermögen. Die Regelung des Zivilprozessrechts zum Zeitpunkt, in
dem Behauptungen spätestens aufzustellen und Beweismittel spätestens zu be-
zeichnen sind, gilt unbeschrieben dieses Äusserungsrechts der Parteien.

Zutreffend ist sodann, dass im summarischen Verfahren grundsätzlich je nur ein
Parteivortrag vorgesehen ist und somit mit dem ersten Vortrag grundsätzlich
sämtliche Tatsachenbehauptungen aufzustellen sind, ansonsten diese nicht mehr
zu beachten sind, soweit nicht die Voraussetzungen des Novenrechts erfüllt sind
(vgl. Art. 252 ff. ZPO). Vorliegend ist jedoch eine Besonderheit zu beachten, wo-
rauf die Gesuchstellerin zu Recht auch hinweist: Die Vorinstanz hat mit Verfügung
vom 18. Juni 2013 entschieden, in Anwendung von Art. 219 i.V.m. Art. 225 ZPO
einen weiteren Schriftenwechsel anzuordnen. Entsprechend ihrer Erwägungen
hat die Vorinstanz denn auch im Dispositiv verfügt, die Gesuchstellerin habe sich
zum Rechtsbegehren und zu allen tatsächlichen Behauptungen des Gesuchs-
gegners im Einzelnen zu äussern, Beweismittel seien mit der Stellungnahme ein-
zureichen oder, wenn dies möglich sei, darin zu bezeichnen (act. 7/63). Damit
ging die Vorinstanz über die blosser Einräumung der Möglichkeit zur Stellungnah-
me zur Wahrung des rechtlichen Gehörs hinaus. Sie räumte der Gesuchstellerin
vielmehr die Möglichkeit eines weiteren Parteivortrags ein. Dazu war die Vor-
instanz indes gesetzlich nicht verpflichtet, auch nicht gestützt auf Art. 56 ZPO (ge-
richtliche Fragepflicht). In einem zweiten Parteivortrag dürfen Tatsachenbehauptungen
erhoben werden (vgl. Art. 229 ZPO i.V.m. Art. 225 ZPO). Indem die Vor-
instanz in der Folge die in der fristgerecht erfolgten Stellungnahme (act. 7/64 und
7/65) erhobenen Behauptungen unbeachtet liess, mit der Begründung, im sum-
marischen Verfahren gäbe es nur einen Parteivortrag, hat sie das Gebot von Treu
und Glauben gemäss Art. 52 ZPO verletzt.

3.6. Beachtet man die Ausführungen der Gesuchstellerin in ihrer Stellungnahme vom 1. Juli 2013, sind die Behauptungen zur Arbeitstätigkeit sowie zur Haushaltsführung jedenfalls genügend substantiiert. Bei dieser Sachlage kann offen bleiben, ob die Ausführungen im ersten Gesuch den Substantiierungsanforderungen tatsächlich nicht genügten. Immerhin ist anzumerken, dass die Tatsachendarstellung im Verfahren der vorsorglichen Beweisführung nicht den gleichen Anforderungen genügen muss, wie im allenfalls folgenden Hauptsachenprozess. Es liegt in der Verantwortung der Gesuchstellerin, wenn das Gutachten in der Folge mangels konkreter Angaben zu wenig oder gar nicht aussagekräftig ist. Auch ist nicht von der Hand zu weisen, dass bezüglich der Tätigkeit einer Raumpflegerin wohl eine gewisse Notorietät besteht.

3.7. Der Einwand des Gesuchsgegners, es fehle der Gesuchstellerin bezüglich der Fragen 9.1 bis 11.2 am Rechtsschutzinteresse, taugten diese doch nicht zur Abschätzung der Prozessaussichten, da im Arzthaftpflichtrecht andere Anforderungen an den Nachweis der überwiegenden Wahrscheinlichkeit gelten, verfährt sodann nicht. Beim Gutachten, das gestützt auf Art. 158 ZPO zur Klärung der Prozessaussichten eingeholt wird, handelt es sich um kein gerichtliches Gutachten im eigentlichen Sinn, das auf einem zuvor prozessual korrekt erstellten Sachverhalt basiert. Im Gutachten, welches das Gericht lediglich aufgrund des Antrags und Sachverhalts veranlasst, die von der gesuchstellenden Partei vorgetragen wurden, trägt die gesuchstellende Partei das Risiko nicht zutreffenden Sachverhaltes. Und ebenso trägt diese das Risiko ungeeigneter Fragestellung, weshalb Fragen im Zweifel zuzulassen sind. Eine klare Untauglichkeit dieser Fragen liegt nicht vor.

3.8. Die Fragen 9.1 bis 11.2 der Gesuchstellerin lauten wie folgt (act. 7/1 S. 22 f.):

- "9.1 Was ist – unabhängig von der Beantwortung von Frage 7 und 8 – wahrscheinlicher, dass
- a) der Eingriff von Dr. B._____ die Arbeitsfähigkeit der Gesuchstellerin als Mitarbeiterin im Hausdienst in einem Altersheim zumindest im Sinn einer direkten oder indirekten Teilursache einschränkte?

oder

- b) der Eingriff von Dr. B. _____ die Arbeitsfähigkeit der Gesuchstellerin als Mitarbeiterin im Hausdienst in einem Altersheim nicht einmal im Sinn einer Teilursache einschränkte?

9.2 Wenn Frage 9.1 mit a) beantwortet:

In welchem Ausmass wurde die Arbeitsfähigkeit als Mitarbeiterin im Hausdienst in einem Altersheim medizinisch-theoretisch beeinträchtigt (unter Berücksichtigung von eingeschränkter Leistung, verlangsamtem Arbeitstempo, vermehrter Pausenbedarf, qualitative Einbusse)?

Bitte differenzieren Sie für den Zeitraum vom 6.2.2006 bis heute und für die Zukunft, sowie bei Vorliegen nur einer Teilkausalität in prozentualer Hinsicht (Anteil der Operation vom 6.2.2006).

10.1 Was ist – unabhängig von der Beantwortung von Frage 7 und 8 – wahrscheinlicher, dass:

- a) der Eingriff von Dr. B. _____ die Arbeitsfähigkeit der Gesuchstellerin in angepasster Tätigkeit zumindest im Sinne einer direkten oder indirekten Teilursache reduzierte?

oder

- b) der Eingriff von Dr. B. _____ die Arbeitsfähigkeit der Gesuchstellerin in angepasster Tätigkeit nicht einmal im Sinne einer Teilursache reduzierte?

10.2 Wenn Frage 10.1 mit a) beantwortet:

In welchem Ausmass wurde die Arbeitsfähigkeit in angepasster Tätigkeit medizinisch-theoretisch beeinträchtigt (unter Berücksichtigung von eingeschränkter Leistung, verlangsamtem Arbeitstempo, vermehrter Pausenbedarf, qualitative Einbusse)?

Bitte differenzieren Sie für den Zeitraum vom 6.2.2006 bis heute und für die Zukunft, sowie bei Vorliegen nur einer Teilkausalität in prozentualer Hinsicht (Anteil der Operation vom 6.2.2006).

11.1 Was ist – unabhängig von der Beantwortung von Frage 7 und 8 – wahrscheinlicher, dass:

- a) der Eingriff von Dr. B. _____ die Fähigkeit der Gesuchstellerin zur Führung eines 6-Personen-Haushalts zumindest im Sinne einer direkten oder indirekten Teilursache reduzierte?

oder

- b) der Eingriff von Dr. B. _____ die Fähigkeit der Gesuchstellerin zur Führung eines 6-Personen-Haushalts nicht einmal im Sinne einer Teilursache reduzierte?

11.2 Wenn Frage 11.1 mit a) beantwortet:

In welchem Ausmass und in welchen Bereichen wurde die Fähigkeit der Gesuchstellerin zur Führung eines 6-Personen-Haushalts medizinisch-theoretisch beeinträchtigt (unter Berücksichtigung von eingeschränkter Leistung, verlangsamtem Arbeitstempo, vermehrter Pausenbedarf, qualitative Einbusse)?

Bitte differenzieren Sie für den Zeitraum vom 6.2.2006 bis heute und für die Zukunft, sowie bei Vorliegen nur einer Teilkausalität in prozentualer Hinsicht (Anteil der Operation vom 6.2.2006)."

Die (von der Vorinstanz leicht umformulierten) Fragen 7 und 8 der Gesuchstellerin tragen nun gemäss Fragekatalog in der Verfügung vom 16. März 2015 die Nummern 6 und 7 (vgl. act. 3 = 6 = 7/82 S. 11). Dies ist im Text der Fragen 9.1, 10.1 und 11.1 entsprechend anzupassen. Eine weitere Anpassung der Fragen scheint hingegen nicht erforderlich. Dem Anliegen des Gesuchsgegners, die Begriffe "direkte oder indirekte Teilursache" zu streichen, ist nicht zu folgen. Es ist nicht ersichtlich, dass ein medizinischer Gutachter nicht verstehen sollte, was damit gemeint ist, werden diese Begriffe doch auch umgangssprachlich verwendet. Dass der medizinische Gutachter darunter nicht das Gleiche versteht wie ein Jurist, ist eine Frage der Würdigung, die sich erst in einem allfälligen Hauptprozess stellt (sofern sich dort das Gutachten dann aufgrund des erstellten Sachverhaltes überhaupt als taugliches Beweismittel qualifizieren lässt).

3.9. Nach dem Gesagten ist die Beschwerde gutzuheissen. Der mit Verfügung vom 16. März 2015 verfügte Fragekatalog ist um die Fragen 9.1 bis 11.2 zu ergänzen. Da der Beschwerde die aufschiebende Wirkung erteilt wurde, wird die Vorinstanz die Frist zur Stellungnahme neu anzusetzen haben.

4. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Im obergerichtlichen Verfahren gelten – anders als im erstinstanzlichen Verfahren der vorsorglichen Beweisführung – die üblichen Verteilgrundsätze von Art. 106 Abs. 1 ZPO. Auch wenn sich der Gesuchsgegner nicht einlässlich mit den Argumenten der Gesuchstellerin auseinandersetzte, identifizierte er sich doch klar mit dem Entscheid der Vorinstanz, beantragte er doch die Abweisung der Beschwerde und die Bestätigung der angefochtenen Verfügung. Entsprechend sind die

Prozesskosten des Rechtsmittelverfahrens ausgangsgemäss dem Gesuchsgegner aufzuerlegen.

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 über Fr. 10'000.– liegt. In Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG in Verbindung mit §§ 2, 4 Abs. 1 und 2, und 8 Abs. 1 GebV OG sind die Gerichtskosten für das Beschwerdeverfahren auf Fr. 1'300.– festzusetzen.

Sodann ist der Gesuchsgegner zu verpflichten, der Gesuchstellerin eine Parteientschädigung zu bezahlen. In Anwendung von § 13 AnwGebV i.V.m. §§ 4 und 9 AnwGebV ist die Parteientschädigung auf Fr. 700.– festzusetzen. Die Gesuchstellerin hat im Beschwerdeverfahren keinen Ersatz der Mehrwertsteuer verlangt (vgl. act. 2); es ist ihr deshalb auch kein solcher zuzusprechen (vgl. das Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts vom 17. Mai 2006; ZR 104 Nr. 76).

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird Dispositiv-Ziffer 1 der Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Horgen vom 16. März 2015 wie folgt ergänzt:
"Frage 9.1: Was ist – unabhängig von der Beantwortung von Frage 6 und 7 – wahrscheinlicher, dass
 - a) der Eingriff von Dr. B._____ die Arbeitsfähigkeit der Gesuchstellerin als Mitarbeiterin im Hausdienst in einem Altersheim zumindest im Sinn einer direkten oder indirekten Teilursache einschränkte?
oder
 - b) der Eingriff von Dr. B._____ die Arbeitsfähigkeit der Gesuchstellerin als Mitarbeiterin im Hausdienst in einem Altersheim nicht einmal im Sinn einer Teilursache einschränkte?

Frage 9.2: Wenn Frage 9.1 mit a) beantwortet:

In welchem Ausmass wurde die Arbeitsfähigkeit als Mitarbeiterin im Hausdienst in einem Altersheim medizinisch-theoretisch beeinträchtigt (unter Berücksichtigung von eingeschränkter Leistung, verlangsamtem Arbeitstempo, vermehrter Pausenbedarf, qualitative Einbusse)?

Bitte differenzieren Sie für den Zeitraum vom 6.2.2006 bis heute und für die Zukunft, sowie bei Vorliegen nur einer Teilkausalität in prozentualer Hinsicht (Anteil der Operation vom 6.2.2006).

Frage 10.1: Was ist – unabhängig von der Beantwortung von Frage 6 und 7 – wahrscheinlicher, dass:

- a) der Eingriff von Dr. B. _____ die Arbeitsfähigkeit der Gesuchstellerin in angepasster Tätigkeit zumindest im Sinne einer direkten oder indirekten Teilursache reduzierte?
oder
- b) der Eingriff von Dr. B. _____ die Arbeitsfähigkeit der Gesuchstellerin in angepasster Tätigkeit nicht einmal im Sinne einer Teilursache reduzierte?

Frage 10.2: Wenn Frage 10.1 mit a) beantwortet:

In welchem Ausmass wurde die Arbeitsfähigkeit in angepasster Tätigkeit medizinisch-theoretisch beeinträchtigt (unter Berücksichtigung von eingeschränkter Leistung, verlangsamtem Arbeitstempo, vermehrter Pausenbedarf, qualitative Einbusse)?

Bitte differenzieren Sie für den Zeitraum vom 6.2.2006 bis heute und für die Zukunft, sowie bei Vorliegen nur einer Teilkausalität in prozentualer Hinsicht (Anteil der Operation vom 6.2.2006).

Frage 11.1: Was ist – unabhängig von der Beantwortung von Frage 6 und 7 – wahrscheinlicher, dass:

- a) der Eingriff von Dr. B. _____ die Fähigkeit der Gesuchstellerin zur Führung eines 6-Personen-Haushalts zumindest im Sinne einer direkten oder indirekten Teilursache reduzierte?
oder

- b) der Eingriff von Dr. B._____ die Fähigkeit der Gesuchstellerin zur Führung eines 6-Personen-Haushalts nicht einmal im Sinne einer Teilsache reduzierte?

Frage 11.2: Wenn Frage 11.1 mit a) beantwortet:

In welchem Ausmass und in welchen Bereichen wurde die Fähigkeit der Gesuchstellerin zur Führung eines 6-Personen-Haushalts medizinisch-theoretisch beeinträchtigt (unter Berücksichtigung von eingeschränkter Leistung, verlangsamtem Arbeitstempo, vermehrter Pausenbedarf, qualitative Einbusse)?

Bitte differenzieren Sie für den Zeitraum vom 6.2.2006 bis heute und für die Zukunft, sowie bei Vorliegen nur einer Teilkausalität in prozentualer Hinsicht (Anteil der Operation vom 6.2.2006)."

2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'300.– festgesetzt.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Gesuchsgegner auferlegt. Sie werden mit dem von der Gesuchstellerin geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin den geleisteten Vorschuss von Fr. 1'300.– zu ersetzen.
4. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin für das Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 700.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchstellerin unter Beilage eines Doppels von act. 14, sowie an den Einzelrichter am Bezirksgericht Horgen und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

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

6. 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 übersteigt Fr. 10'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw D. Weil

versandt am:
18. August 2015