

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RB210010-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. D. Scherrer, Vorsitzende, Oberrichterin
Dr. L. Hunziker Schnider und Oberrichter lic. iur. M. Spahn
sowie Gerichtsschreiber lic. iur. F. Rieke

Beschluss und Urteil vom 10. Juni 2021

in Sachen

A. _____,

Klägerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Fürsprecherin B. _____

gegen

C. _____ **AG,**

Beklagte und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

betreffend **Forderung (Ausstand Gutachter)**

**Beschwerde gegen einen Beschluss des Bezirksgerichtes Zürich,
3. Abteilung, im ordentlichen Verfahren vom 07. April 2021 (CG160086-L)**

Erwägungen:

1. a) Am 27. August 2013 reichte die Klägerin beim Bezirksgericht Zürich (Vorinstanz) eine Forderungsklage über Fr. 407'917.-- nebst Zins und Kosten ein; diese wurde mit einem Verkehrsunfall vom 14. Juni 2005 und daraus hervor- gehender Einschränkung der Erwerbsfähigkeit begründet (Vi-Urk. 1). Mit Urteil vom 16. Dezember 2015 wies die Vorinstanz die Klage ab (Vi-Urk. 43). Auf Beru- fung der Klägerin hob die Kammer dieses Urteil mit Beschluss vom 17. Juni 2016 auf und wies die Sache zur Ergänzung des Verfahrens (Beweisverfahren) und zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurück (Vi-Urk. 48). Am 27. April 2019 erstat- tete Univ.-Prof. Dipl.-Ing. Dr. techn. D._____ sein unfallanalytisches und biome- chanisches Gutachten (Vi-Urk. 140). Am 14. Januar 2020 nahm die Klägerin zu diesem Stellung und reichte eine physikalische Stellungnahme von Dr. E._____ ein (Vi-Urk. 160 f.). Das in der Folge eingeholte Ergänzungsgutachten von Prof. D._____ datiert vom 5. November 2020 (Vi-Urk. 177). Am 17. Dezember 2020 reichte die Klägerin eine erneute Stellungnahme von Dr. E._____ ein, stellte ein Ausstandsgesuch gegen Prof. D._____ und verlangte, dessen Gutachten und Er- gänzungsgutachten als fachlich unvollständig und unbeachtlich zu erklären (Vi- Urk. 181). Zu diesen Anträgen erwog die Vorinstanz in ihrer Verfügung vom 12. Februar 2021 (betreffend Gutachterinstruktion für ein polydisziplinäres Gut- achten), die Begründung hierzu erfolge im Endentscheid (Vi-Urk. 183). Mit Eingab- e vom 11. März 2021 machte die Klägerin geltend, ihre Anträge dürften nicht un- behandelt bleiben; den medizinischen Gutachtern würden sonst falsche, nicht ge- klärte Tatsachen unterbreitet (Vi-Urk. 185). Mit Beschluss vom 7. April 2021 wies die Vorinstanz das Ausstandsgesuch und die weiteren klägerischen Anträge ge- mäss Eingabe vom 11. März 2021 ab (Vi-Urk. 185A = Urk. 2).

b) Gegen diesen ihr am 12. April 2021 zugestellten (Vi-Urk. 185/2) Be- schluss erhob die Klägerin am 20. April 2021 fristgerecht Beschwerde und stellte die Beschwerdeanträge (Urk. 1 S. 2 f.):

- "1. Der Beschluss des Bezirksgerichts Zürich vom 7. April 2021 sei aufzu- heben, und der Gutachter D._____ sei als befangen zu erklären und in den Ausstand zu versetzen.

2. Der Beschluss des Bezirksgerichts Zürich vom 7. April 2021 sei aufzuheben, und die Gutachten D._____ vom 27.4.2019 und 5.11.2020 seien als fachlich unrichtig und unvollständig, und damit als unbeachtlich zu erklären.
3. Der Beschluss des Bezirksgerichts Zürich vom 7. April 2021 sei aufzuheben, und es sei ein neues unfalltechnisches / biomechanisches / physikalisches gerichtliches Gutachten einzuholen.
4. Eventualiter sei das Bezirksgericht Zürich anzuweisen, den – im Beweisverfahren als nächstes zu beauftragenden – medizinischen Gerichtsgutachtern keines der beiden bzw. keines von allen Gutachten und Ergänzungsgutachten D._____ (27.4.2019 und 5.11.2020) und E._____ (7.2.2020 und 14.12.2020) zu unterbreiten.
5. Subeventualiter sei das Bezirksgericht Zürich anzuweisen, den – im Beweisverfahren als nächstes zu beauftragenden – medizinischen Gerichtsgutachtern beide / alle Gutachten und Ergänzungsgutachten D._____ (27.4.2019 und 5.11.2020) und E._____ (7.2.2020 und 14.12.2020) zu unterbreiten, mit dem Hinweis, dass hier noch eine nicht geklärte Differenz bestehe.
6. Der Beschwerdeführerin sei im vorliegenden Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren, und die unterzeichnende Anwältin sei für die Beschwerdeführerin als unentgeltliche Rechtsbeiständin einzusetzen.
7. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen inkl./zuzüglich 7.7% MWSt."

c) Das mit der Beschwerde gestellte Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (Urk. 1 S. 3) wurde mit Verfügung vom 23. April 2021 abgewiesen (Urk. 6). Am 3. Mai 2021 reichte die Klägerin Unterlagen zu ihrem Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege nach (Urk. 7). Am 25. Mai 2021 reichte die Klägerin eine Ergänzung ihrer Beschwerde ein (Urk. 11).

d) Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen. Da sich die Beschwerde sogleich als unbegründet erweist, kann auf weitere Prozesshandlungen verzichtet werden (vgl. Art. 322 Abs. 1 ZPO).

2. a) Die Beschwerdeergänzung vom 25. Mai 2021 bezieht sich zwar inhaltlich auf den Beschluss der Vorinstanz vom 19. Mai 2021, ist jedoch ausdrücklich als "Ergänzung der Beschwerde vom 20. April 2021" überschrieben (Urk. 11 S. 1). Sie wurde daher als solche und nicht als Beschwerde gegen den vorinstanzlichen Beschluss vom 19. Mai 2021 entgegengenommen.

b) Die Beschwerde ist innert der Rechtsmittelfrist vollständig begründet einzureichen (Art. 321 Abs. 1 ZPO). Die am 25. Mai 2021 und damit (weit) nach Ablauf der Beschwerdefrist (22. April 2021) nachgereichte Beschwerdeergänzung ist somit verspätet und für das vorliegende Beschwerdeverfahren unbeachtlich.

c) Die am 3. Mai 2021 nachgereichten Unterlagen können dagegen für den Entscheid über die unentgeltliche Rechtspflege berücksichtigt werden.

3. a) Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Dabei bedeutet Geltendmachung, dass in der Beschwerdeschrift konkret und im Einzelnen dargelegt werden muss, was genau am angefochtenen Entscheid unrichtig sein soll. Das Beschwerdeverfahren dient der Überprüfung des angefochtenen Entscheids im Lichte konkret dagegen vorgebrachter Beanstandungen; was nicht beanstandet wird, braucht von der Beschwerdeinstanz nicht überprüft zu werden. Soweit eine Beanstandung vorgetragen wird, wendet die Beschwerdeinstanz das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO); sie ist weder an die Argumente der Parteien noch an die Begründung des vorinstanzlichen Entscheids gebunden (vgl. zu alledem: BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 5D_146/2017 vom 17. November 2017, E. 3.3.2, m.w.Hinw.; Freiburghaus/Afheldt, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm., Art. 321 N 15; BK ZPO-Sterchi, Art. 321 N 17 ff.).

b) Die Vorinstanz erwog hinsichtlich des Ausstandsgesuchs im Wesentlichen, die Klägerin mache vorab geltend, dass das Gutachten D._____ und dessen Ergänzung fachlich inkorrekt sei, denn es berücksichtige zentrale Aspekte der Mechanik und der Kollision nicht; da Gutachter D._____ trotzdem auf deren Richtigkeit beharre, erwecke er den Anschein der Befangenheit. Die Klägerin mache weiter geltend, Gutachter D._____ habe im ersten Gutachten gemeint, er habe nur den Normalfall besprechen müssen und nicht den ungünstigsten möglichen Fall; dass er den Auftrag nicht richtig verstanden habe, wäre hinzunehmen gewesen, wenn er dann bereit gewesen wäre, dies einzuräumen und den ungünstigsten möglichen Fall in seinem Ergänzungsgutachten zu diskutieren, stattdessen habe er geschrieben, er habe dies alles bereits berücksichtigt, weil er gemeint

habe, er müsse sonst einen fachlichen Fehler eingestehen; dies lasse ihn als befangen erscheinen und seine Gutachten seien nicht verwertbar. Mit diesen Vorbringen nenne die Klägerin keine befangenheitsbegründenden Umstände, welche in der Person des Gutachters liegen würden, auch nicht solche, welche auf äusseren Gegebenheiten beruhen würden, wie Beziehungen zur Klägerin oder zu Dr. E._____. Ebenso wenig werde dargetan, dass der Gutachter sich unsachlich über die Klägerin oder Dr. E._____ geäussert hätte. Die klägerische Begründung, der Gutachter habe einen Fehler nicht eingestehen wollen und an seiner Einschätzung festgehalten, reiche nicht für den Anschein der Befangenheit, sei es doch gerade der Zweck einer Rückfrage, dass ein Sachverständiger nach Vorlage einer Zweitmeinung an seiner Einschätzung festhalte, wenn er die Zweitmeinung nicht teile. Die Klägerin begründe ihr Ausstandsbegehren mit ihrer Ansicht nach bestehender fachlicher Mangelhaftigkeit des Gutachtens; eigentliche Ausstandsgründe würden dagegen nicht genannt und seien auch nicht ersichtlich. Das Ausstandsgesuch sei dementsprechend abzuweisen (Urk. 2 S. 5 f.).

Hinsichtlich der übrigen Anträge der Klägerin in deren Eingabe vom 11. März 2021 erwog die Vorinstanz zusammengefasst, soweit die Klägerin mit ihrem Begehren auf Unbeachtlicherklärung der Gutachten D._____ abermals die Erstellung eines Obergutachtens beantrage, sei auf die Erwägungen in den Verfügungen vom 21. Februar 2020 und 14. Mai 2020 zu verweisen. Die seitens des Gerichts gestellten Fragen erschienen im Ergänzungsgutachten vollständig und schlüssig beantwortet, selbst wenn sich der Gutachter nicht zu allen Vorbringen in der Stellungnahme E._____ geäussert und zusammenfassend festgehalten habe, dass der Einfluss der Effekte gemäss Stellungnahme E._____ umfassend simuliert und diskutiert worden sei und keiner weiteren Diskussion bedürfe. Beide Parteien hätten die Erstellung eines unfalltechnischen und biomechanischen Gutachtens beantragt und dafür sei im Einverständnis beider Parteien Univ.-Prof. Dipl.-Ing. Dr. techn. D._____, der einen ausgezeichneten Leistungsausweis habe, bestellt worden. Der Leistungsausweis von Dr. E._____ sei nicht bekannt. Dieser nehme zum Gutachten als Physiker Stellung; die Physik stelle indes lediglich einen Teilbereich der Unfalltechnik und Biomechanik dar. Auch vor diesem Hintergrund rechtfertige es sich, von einer weiteren Ergänzung des Gutachtens

D._____ bzw. von der Erstellung eines Obergutachtens derzeit abzusehen (Urk. 2 S. 6 f.).

c) Die Klägerin macht in ihrer Beschwerde hinsichtlich des Ausstandsgesuchs im Wesentlichen geltend, bei den Stellungnahmen E._____ handle es sich nicht einfach um Zweitmeinungen, sondern um Fakten. Es genüge der Anschein der Befangenheit. Der Gutachter sei nicht bereit gewesen, zuzugeben, dass er die Fragestellung falsch verstanden habe oder dass er potenziell entscheidende physikalische Aspekte nicht berücksichtigt habe. Da der Gutachter nicht bereit sei, eine Beschränktheit der Gültigkeit seiner Analyse anzuerkennen, erwecke er den Anschein der Befangenheit. Das Beharren stelle ein persönliches Interesse in der Sache und am Stehenlassen seiner eigenen Feststellungen sowie eine einseitige, nicht mehr neutrale Betrachtungsweise zu Lasten der Klägerin dar. Der Gutachter schreibe, es sei unmöglich, dass die Klägerin beim Unfall vom 14. Juni 2005 den Kopf angeschlagen habe; dies sei keine Fachmeinung, sondern wissenschaftlich falsch, denn er würdige nicht, dass bei jeder Modellierung realer physikalischer Prozesse komplexitätsreduzierende vereinfachende Annahmen und Approximationen notwendig seien und deren Auswirkungen nicht abschliessend quantifiziert werden könnten. Wenn der Gutachter schreibe, er habe den Unfall x-mal auf seinem Computerprogramm simuliert und es sei nie zu einer Nickbewegung des Fahrzeugs gekommen, bei der die Klägerin den Kopf angeschlagen habe, weshalb es unmöglich sei, dass sie beim Unfall vom 14. Juni 2005 den Kopf heftig angeschlagen habe, so sei dies falsch; denn damit werde nur der Normalfall besprochen und nicht der ungünstigste mögliche Fall. Die Stellungnahme E._____ zeige aufgrund von Fakten, nämlich den Gesetzen der Physik, dass im ungünstigsten Fall die bei der Klägerin vorhandenen Verletzungen als Ergebnis des Unfalls plausibel seien und es nicht unmöglich sei, dass die Klägerin beim Unfall den Kopf äusserst heftig angeschlagen habe. Weil der Gutachter als Naturwissenschaftler dies nicht einräume, versuche er von den eigenen Unterlassungen abzulenken und habe damit ein persönliches Interesse, nicht das Gesicht zu verlieren. Er begutachte einseitig und weiche der entscheidenden Frage aus. Damit erwecke er mindestens den Anschein der Befangenheit. Entgegen der Vorinstanz gehe es nicht lediglich um Mängel des Gutachtens D._____. Die Missachtung von

naturwissenschaftlichen Fakten dürfe nicht ungeklärt stehen gelassen werden. Aufgrund der naturwissenschaftlich offensichtlichen Unrichtigkeit der Gutachten D._____ seien diese entgegen der Vorinstanz als fachlich unvollständig, unkorrekt und damit unbeachtlich zu erklären. Der Kopfanprall möge nicht den Normalfall darstellen, könne aber kaum vollständig ausgeschlossen werden. Eine kategorische Festlegung, dass bei einer Kollision von relativ geringer Intensität eine bestimmte Verletzung ausgeschlossen sei, sei nach aktuellem wissenschaftlichem Erkenntnisstand und bundesgerichtlicher Rechtsprechung kaum möglich. Die Gutachten D._____ müssten somit als fachlich inkorrekt beurteilt werden. Auf einem naturwissenschaftlich falschen Fundament dürfe nicht das weitere Beweisverfahren aufgebaut werden; damit würde das Recht auf ein faires Verfahren verletzt. Eine Wiederholung des Beweisverfahrens sei der Klägerin gesundheitlich und prozessökonomisch nicht zumutbar. Zumindest müssten den zu bestellenden medizinischen Gutachtern auch die Gutachten E._____ vorgelegt werden. Indem die Vorinstanz ihre Anträge, den vorgesehenen medizinischen Gutachtern entweder keine der Gutachten D._____ und E._____ oder aber beide zu unterbreiten, ohne Begründung abgewiesen habe, habe sie ihren Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt. Die Vorinstanz habe auch nicht genügend begründet, dass und wieso sie allein auf das Gutachten D._____ abstellen wolle (Urk. 1 S. 7 ff.).

d) Hinsichtlich der Ausstandsgründe für eine sachverständige Person kann vorab auf die Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 2 S. 4 f.; oben in Erw. 3.b nicht wiedergegeben, da nicht gerügt). Die Beschwerdevorbringen der Klägerin lassen sich sodann auf folgenden Kern zusammenfassen: Der Gutachter sei befangen, weil sein Gutachten falsch (wissenschaftlich unhaltbar) sei und er dies nicht einsehen wolle. Dies geht jedoch ins Leere. Ob ein Gutachten zutreffend bzw. schlüssig ist (was im Übrigen von der Frage zu trennen ist, ob im Gutachten alle dem Gutachter gestellten Fragen vollständig beantwortet wurden), ist eine Frage der Beweiswürdigung. Diese wird im Sachentscheid (Urteil) vorzunehmen sein und kann nicht zum Thema des vorliegenden Beschwerdeverfahrens gemacht werden. Wenn schliesslich ein Gutachter nach Erstattung seines Gutachtens mit einer anderen Auffassung konfrontiert wird und er dennoch an seiner eigenen, im Gutachten geäusserten Auffassung festhält, so ist dies auch

dann kein Grund für eine Befangenheit, wenn eine Partei diese Auffassung als wissenschaftlich unzulässig bzw. unhaltbar bezeichnet. Letzteres ist, wie gesagt, eine Frage der Würdigung des Gutachtens und damit der Beweiswürdigung.

e) Hinsichtlich der übrigen Anträge der Klägerin stellt die entsprechende Abweisung im angefochtenen Beschluss eine prozessleitende Verfügung dar (wovon, mindestens implizit, auch die Klägerin ausgeht; vgl. Urk. 1 Rz. 45 a.i.). Hiergegen ist die Beschwerde (nur) zulässig, wenn durch die Verfügung ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht (Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO). Ein solcher liegt vor, wenn er auch durch einen für die beschwerdeführende Partei günstigen Endentscheid nicht mehr beseitigt werden kann oder wenn die Lage der betroffenen Partei durch den angefochtenen Entscheid *erheblich* erschwert wird. Dabei ist bei der Annahme eines drohenden, nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils grundsätzlich Zurückhaltung geboten; der Gesetzgeber hat die selbstständige Anfechtung prozessleitender Verfügungen absichtlich erschwert, denn der Gang des Prozesses sollte nicht unnötig verzögert werden (Botschaft zur ZPO, BBl 2006 S. 7221, 7377). Ein solcher Nachteil ist sodann in der Beschwerde zu behaupten und nachzuweisen, soweit er nicht offensichtlich ist (BK ZPO II-Sterchi, Art. 321 N 17, Art. 319 N 15). Die Klägerin legt jedoch in ihrer Beschwerde nicht konkret dar, worin ein solcher Nachteil zu erblicken wäre. Insbesondere legt sie nicht dar, dass und wieso allfällige Nachteile nicht mit einem Rechtsmittel gegen den Endentscheid korrigiert werden könnten. Sie macht zwar geltend, eine "dritte Runde" [gemeint: eine Wiederholung des Beweisverfahrens] sei ihr "gesundheitlich und prozessökonomisch nicht zumutbar" (Urk. 1 Rz. 46). Wieso dies so sein sollte, wird jedoch nicht substantiiert, und objektive Anhaltspunkte dafür werden nicht angeführt. Hinsichtlich Dispositiv-Ziffer 2 des angefochtenen Beschlusses kann daher auf die Beschwerde nicht eingetreten werden.

f) Nach dem Gesagten erweist sich die Beschwerde als unbegründet. Sie ist demgemäss abzuweisen, soweit auf sie einzutreten ist.

4. a) Das Beschwerdeverfahren beschlägt eine Streitigkeit mit einem Streitwert von Fr. 407'917.--. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist in Anwen-

dung von § 9 Abs. 1 und § 12 der Gerichtsgebührenverordnung auf Fr. 2'000.-- festzusetzen.

b) Die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens sind ausgangsgemäss der Klägerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

c) Die Klägerin hat für das Beschwerdeverfahren ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege gestellt (Urk. 1 S. 2, S. 17 f.). Dieses ist abzuweisen, denn ein Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege setzt neben der Mittellosigkeit auch voraus, dass die Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheinen (Art. 117 lit. b ZPO). Die Beschwerde ist jedoch als aussichtslos anzusehen (vgl. oben Erw. 3).

d) Für das Beschwerdeverfahren sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen, der Klägerin zufolge ihres Unterliegens, der Beklagten mangels relevanter Umtriebe (Art. 106 Abs. 1, Art. 95 Abs. 3 ZPO).

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch der Klägerin um unentgeltliche Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren wird abgewiesen.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung erfolgen mit nachstehendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'000.-- festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens werden der Klägerin auferlegt.

4. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte unter Beilage der Doppel von Urk. 1, 4, 5/3-15, 7, 8, 9/16-29, 11, 12 und 13/30-34, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Die vorinstanzlichen 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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 92 und 93 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 407'917.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 10. Juni 2021

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Dr. D. Scherrer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. F. Rieke

versandt am:
st