

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PF120017-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. F. Gohl Zschokke.

## Urteil vom 10. Mai 2012

in Sachen

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

Kläger und Beschwerdeführer,

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

gegen

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

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y.\_\_\_\_\_,

betreffend **vorsorgliche Beweisführung**

Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes Audienz des Bezirksgerichtes Zürich vom 19. März 2012 (ET110019)

## **Erwägungen:**

### 1. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1.1. Der Beschwerdeführer gelangte mit Eingabe vom 17. Mai 2011 (act. 7/1) an das Einzelgericht Audienz des Bezirksgerichtes Zürich und ersuchte um vorsorgliche Beweisabnahme betreffend einen Arbeitsunfall, den er am 1. April 2009 erlitten und welcher schwere gesundheitliche Beeinträchtigungen nach sich gezogen habe. Er beantragte die Befragung diverser Personen als Zeugen und die Edition der Bedienungsanleitung sowie der Sicherheitsanweisungen bezüglich einer in den Unfall involvierten Betonpumpmaschine. Überdies verlangte er, es sei im Nachgang an die Befragungen ein technisches Gutachten betreffend den Unfallhergang einzuholen (vgl. act. 7/1 S. 2).

1.2. In der Folge unterbreiteten beide Parteien dem Gericht diverse Expertenvorschläge, welche jeweils von der Gegenpartei abgelehnt wurden (vgl. act. 7/1 S. 8, act. 7/10 S. 9, act. 7/13 S. 1 ff., act. 7/17 S. 1 f. und act. 7/26 S. 1 f.). Der Beschwerdeführer nannte unter anderem Dr. sc. techn. ETH C.\_\_\_\_\_ als in Frage kommenden Sachverständigen (vgl. act. 7/13 S. 3). Derselbe wurde vom Gericht telefonisch kontaktiert und empfahl bei dieser Gelegenheit, eine Betonfirma (D.\_\_\_\_\_ AG) anzufragen, welche mit dem Gebrauch von Betonpumpmaschinen vertraut sei (vgl. act. 7/30). Das Gericht wandte sich darauf an die D.\_\_\_\_\_ AG und sprach mit E.\_\_\_\_\_, der mit ... und Schwing Pumpen vertraut sei. Dieser erklärte, das Vorgehen bei der Reinigung der Pumpen sei zum einen im Handbuch der Hersteller geregelt. Zum anderen würden dazu von der D.\_\_\_\_\_ AG auch regelmässig Schulungen betreffend Arbeitssicherheit durchgeführt, sowohl interne als auch externe. Noch nie habe er ein gerichtliches Gutachten erstellt. Er sei gelernter Maurer und Polier, danach habe er sich zum Bauführer weitergebildet. Vor gut 12 Jahren habe er eine Weiterbildung zum "Praktiker" gemacht. Bezüglich Kosten rechne er mit einem Stundenansatz von Fr. 150.-- und rund drei Stunden Aufwand. Die Beschwerdegegnerin sei ihm zwar bekannt, es bestehe jedoch keine Kundenbeziehung und er erachte sich nicht als befangen (vgl. act. 7/30).

1.3. Am 2. November und 15. Dezember 2011 wurden Zeugeneinvernahmen durchgeführt (vgl. act. 31 bis 33 und act. 41 bis 43 sowie Prot. VI S. 3 ff.). Mit Verfügung vom 16. Dezember 2011 (act. 7/44a) wurde dem Beschwerdeführer eine Frist von zehn Tagen angesetzt, um zu erklären, ob er an der Einholung eines Gutachtens festhalten wolle. Überdies wurde E.\_\_\_\_\_ von der D.\_\_\_\_\_ AG als Sachverständiger vorgeschlagen, und es wurden die Parteien dazu aufgefordert, innert einer Frist von zehn Tagen Einwendungen gegen den vorgeschlagenen Sachverständigen zu erheben und zu begründen. Ferner wurde dem Beschwerdeführer eine Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses für das Gutachten angesetzt.

1.4. Die Beschwerdegegnerin gab mit Schreiben vom 20. Dezember 2011 (act. 7/45) rechtzeitig bekannt, dass sie keine Einwendungen gegen den vorgeschlagenen Sachverständigen habe (vgl. act. 7/44c). Innert erstreckter Frist teilte der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 20. Januar 2012 (act. 7/48) mit, dass er am Gutachten festhalten möchte. Er stellte die Unbefangenheit des vorgeschlagenen Gutachters in Frage und unterbreitete dem Gericht weitere Expertenvorschläge. Überdies reichte er einen modifizierten Fragenkatalog ein (vgl. act. 7/48 S. 1 f. und act. 7/49/5).

1.5. Mit Verfügung vom 8. Februar 2012 (act. 7/51a) ordnete das Einzelgericht Audienz ein Gutachten an. Zudem setzte es der Beschwerdegegnerin Frist an, um allfällige Einwendungen gegen die vom Beschwerdeführer neu vorgeschlagenen Sachverständigen zu erheben und zu begründen sowie zum neu formulierten Fragenkatalog des Beschwerdeführers an den Experten Stellung zu nehmen. Die Beschwerdegegnerin kam dieser Aufforderung mit Eingabe vom 20. Februar 2012 (act. 7/52) nach. Das Einzelgericht Audienz bestellte darauf mit Verfügung vom 19. März 2012 (act. 3 = act. 6 = act. 7/54a) E.\_\_\_\_\_ zum Sachverständigen mit dem Auftrag, ein Gutachten gemäss separatem Instruktionsschreiben zu erstellen.

1.6. Gegen diesen Entscheid erhob der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 5. April 2012 (Datum Poststempel; act. 2) rechtzeitig Beschwerde (vgl. act. 7/54c). Den ihm mit Verfügung vom 13. April 2012 (act. 8) auferlegten Kostenvorschuss

von Fr. 1'000.-- leistete der Beschwerdeführer fristgerecht (vgl. act. 9 und 10). Auf die Einholung einer Beschwerdeantwort wurde verzichtet (vgl. Art. 322 Abs. 1 ZPO).

## 2. Zur Beschwerde

2.1. Für eine sachverständige Person gelten die gleichen Ausstandsgründe wie für die Gerichtspersonen (vgl. Art. 183 Abs. 2 ZPO). Verwiesen wird damit auf die Art. 47 bis 51 ZPO. Wird im Rahmen der – gemäss Art. 183 Abs. 1 ZPO erforderlichen – vorgängigen Anhörung der Parteien ein Ausstandsgrund geltend gemacht, so hat sich das Gericht mit diesen Einwendungen bei der Ernennung des Sachverständigen auseinanderzusetzen. Hält es die angeführten Ausstandsgründe für unbegründet und ernennt es daher den Vorgeschlagenen trotzdem zur sachverständigen Person, dann ist dieser Entscheid gemäss Art. 50 Abs. 2 ZPO mit Beschwerde anfechtbar (vgl. DIKE-Komm-ZPO, Art. 183 N 16). Die vorinstanzliche Verfügung vom 19. März 2012 ist folglich mit Beschwerde anfechtbar, unabhängig davon, ob dem Beschwerdeführer ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht (vgl. Art. 319 lit. b Ziff. 1 ZPO).

2.2. Mit der Beschwerde kann unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (vgl. Art. 320 ZPO). Neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel sind ausgeschlossen (vgl. Art. 326 Abs. 1 ZPO). Besondere Bestimmungen des Gesetzes bleiben vorbehalten (vgl. Art. 326 Abs. 2 ZPO).

2.3. In seiner Beschwerdeschrift bringt der Beschwerdeführer im Wesentlichen vor, er würde erst seit kurzem über Beweise verfügen, welche E. \_\_\_\_\_ als ungeeignet erscheinen liessen, weil ein konkreter Anschein der Befangenheit bestehe (act. 2 S. 3). Der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers habe erst im Verlauf der letzten Woche einen Polizeirapport (act. 5/6) erhalten, der nach einem ähnlich verlaufenen Unfall erstellt worden sei. Im betreffenden Dokument werde auch F. \_\_\_\_\_, der Geschäftsführer der G. \_\_\_\_\_ AG, als Beschuldigter aufgeführt (act. 2 S. 4). Vergleiche man den Handelsregisterauszug der D. \_\_\_\_\_ AG (act. 5/3) mit demjenigen der G. \_\_\_\_\_ AG (act. 5/4), so werde schnell klar, dass zwischen den

beiden Gesellschaften enge persönliche und vermutlich wirtschaftliche Beziehungen bestünden (act. 2 S. 5). Es seien noch heute einzelne Verwaltungsräte für beide Gesellschaften tätig, zuvor auch diverse weitere Personen. Nachdem E.\_\_\_\_\_ schon seit 1999 Geschäftsführer der D.\_\_\_\_\_ AG sei, sei davon auszugehen, dass er sowohl die damaligen als auch die heutigen Verwaltungsräte beider Gesellschaften und damit auch den beschuldigten F.\_\_\_\_\_ sehr gut kenne, weshalb ihm der Anschein der Befangenheit unterstellt werden müsse. Mit einem allenfalls für die Beschwerdegegnerin negativen Gutachten könnte er nämlich auch seinen Kollegen F.\_\_\_\_\_ bezüglich des weiteren Unfallereignisses in irgendeiner Art und Weise belasten (act. 2 S. 5).

Sämtliche dieser Tatsachenschilderungen und Beweismittel sind neu, weshalb sie im Beschwerdeverfahren nicht zu berücksichtigen sind (vgl. Art. 326 Abs. 1 ZPO). Dies würde selbst dann gelten, wenn die Ausstandsgründe von Amtes wegen zu berücksichtigen wären, wie es vom Beschwerdeführer behauptet wird (act. 2 S. 3 mit Hinweis auf BSK ZPO-Weber, Art. 47 N 17), wäre er damit doch nicht von seiner Pflicht entbunden, den relevanten Sachverhalt im erstinstanzlichen Verfahren vorzutragen. Das Bundesgericht hat das in *BGer 5A\_405/2011* vom 27. September 2011 (in *BGE 137 III 470* nicht publizierte E. 4.5.3) klar festgehalten:

"Art. 326 ZPO regelt das Novenrecht für das Beschwerdeverfahren gemäss Art. 319 ff. ZPO. Demnach sind neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel ausgeschlossen (Abs. 1). Vorbehalten sind besondere Bestimmungen des Gesetzes (Abs. 2).

Der Ausschluss von Noven gilt auch für Verfahren, die der Untersuchungsmaxime unterstehen (Botschaft vom 28. Juni 2006 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], BBI 2006 7379 Ziff. 5.23.2; FREIBURGHAUS/AFHELDT, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2010, N. 4 zu Art. 326 ZPO; BRUNNER, in: Kurzkomentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 2010, N. 4 zu Art. 326 ZPO; a.M. HUBER, in: Schweizerische Zivilprozessordnung, 2011, N. 9 zu Art. 121 ZPO). Der Vorbehalt in Art. 326 Abs. 2 ZPO bezieht sich beispielsweise auf die Anfechtung des Entscheids des Konkursgerichts gemäss Art. 174 SchKG (Urteil 5A\_230/2011 vom 12. Mai 2011 E. 3.2.1) oder der Arrestsprache nach Art. 278 Abs. 3 SchKG (Botschaft zur ZPO, BBI 2006 7379 Ziff. 5.23.2)."

Im Bereich des Ausstands kommt hinzu, dass gemäss Art. 49 Abs. 1 ZPO ein Ausstandsgesuch unverzüglich zu stellen ist, sobald man vom Ausstandsgrund Kenntnis erhalten hat, ansonsten ein solcher verwirkt (vgl. Diggelmann, DIKE-

Kommentar [online-Stand 16. April 2012] Art. 49 N 1 mit Hinweis auf Botschaft zur ZPO, S. 7273, und BSK ZPO-Weber, Art. 47 N 17); das würde sinnlos, wenn Ausstandsgründe in jedem Stadium des Verfahrens von Amtes wegen zu berücksichtigen wären. Die Problematik besonders klarer Fälle, wo gerade darum Nichtigkeit postuliert wird (Diggelmann, DIKE-Kommentar [online-Stand 16. April 2012] Art. 51 N 2 ff.), liegt hier nicht vor. Des weiteren ist dem Beschwerdeführer auch nicht beizupflichten, dass es der Anspruch auf ein faires Verfahren gebietet, sich über die Vorschriften von Art. 326 Abs. 1 ZPO hinwegzusetzen und seinen unzulässigen Noven Rechnung zu tragen (vgl. act. 2 S. 3). Dies muss umso mehr gelten, als der Beschwerdeführer über die Möglichkeit verfügte, nach Kenntnisnahme der (behaupteten) neuen Ausstandsgründe mit einem entsprechenden Gesuch von der Vorinstanz einen Entscheid über den Widerruf des erteilten Sachverständigenauftrages zu erwirken (vgl. DIKE-Komm-ZPO, Art. 183 N 16).

Als Zwischenergebnis ist folglich festzuhalten, dass die neuen Behauptungen und Beweismittel sich nicht dazu eignen, um der Vorinstanz unrichtige Rechtsanwendung oder offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes vorzuwerfen.

2.4. Im Übrigen beschränkt sich der Beschwerdeführer in seiner Beschwerdeschrift darauf, vorzutragen, er habe in seiner Stellungnahme vom 20. Januar 2012 darauf hingewiesen, dass E.\_\_\_\_\_ als Geschäftsführer der D.\_\_\_\_\_ AG, einer Anbieterin von Betonpumpdienstleistungen, nicht geeignet erscheine, eine faire unabhängige Expertise abzugeben. Es bestehe nämlich zumindest die Möglichkeit, dass sich die D.\_\_\_\_\_ AG mit einem für die Beschwerdegegnerin ungünstigen Gutachtensresultat zukünftige Geschäftsbeziehungen verbauen könnte. Ferner habe er - der Beschwerdeführer - darauf aufmerksam gemacht, dass dem Vorgesetzten seines Rechtsvertreters ein weiterer Baustellenunfall zugetragen worden sei, bei dem sich ein sehr ähnliches Unfallereignis abgespielt haben solle (act. 2 S. 4; vgl. auch act. 7/48 S. 1). Zu Recht hat der Beschwerdeführer nicht ansatzweise geltend gemacht, die Vorinstanz habe im Zusammenhang mit seinen diesbezüglichen Vorbringen den massgeblichen Sachverhalt offensichtlich unrichtig festgestellt (vgl. act. 2). Ebenso wenig hat er den Vorwurf der unrichtigen Rechtsanwendung erhoben (vgl. act. 2). Eine solche ist auch nicht ersichtlich,

weshalb es mit den eingehenden und korrekten Erwägungen der Vorinstanz (vgl. act. 3 S. 3 f.) sein Bewenden hat.

2.5. Auf Grund der dargelegten Erwägungen erweist sich die Beschwerde als unbegründet. Sie ist deshalb abzuweisen.

### 3. Kosten- und Entschädigungsfolgen

In Anwendung von § 9 Abs. 1 in Verbindung mit § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG erscheint eine Gerichtsgebühr von Fr. 1'000.-- für das Beschwerdeverfahren als angemessen. Sie ist ausgangsgemäss dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO) und mit dem von ihm geleisteten Vorschuss zu verrechnen (Art. 111 Abs. 1 ZPO). Der Beschwerdegegnerin sind im Zusammenhang mit dem Beschwerdeverfahren keine Umtriebe entstanden, die es zu entschädigen gälte. Für das Beschwerdeverfahren ist daher keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

### **Es wird erkannt:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'000.-- festgesetzt, dem Beschwerdeführer auferlegt und mit seinem Kostenvorschuss verrechnet.
3. Es wird für das Beschwerdeverfahren keine Parteientschädigung zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdegegnerin unter Beilage eines Doppels von act 2, sowie an das Einzelgericht Audienz des Bezirksgerichtes Zürich und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

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

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. 92 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. F. Gohl Zschokke

versandt am: