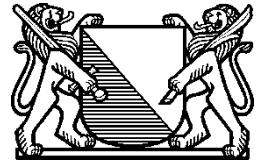


Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PP210019-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller und Oberrichterin lic. iur.
A. Strähl sowie Gerichtsschreiber MLaw B. Lakic

Urteil vom 3. Juni 2021

in Sachen

A. _____,

Kläger und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____ **AG**,

Beklagte und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____

betreffend **Forderung**

**Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes (10. Abteilung) des
Bezirksgerichtes Zürich vom 11. März 2021; Proz. FV190225**

Erwägungen:

I.

1. Mit Klageschrift vom 19. September 2017 und Einreichung der Klagebewilligung vom 6. Juni 2017 machte der Kläger und Beschwerdeführer (fortan Kläger) beim Bezirksgericht Zürich eine Teilklage über einen Betrag von CHF 30'000.– gegen die Beklagte und Beschwerdegegnerin (fortan Beklagte) anhängig (act. 6/1-2). Der Prozess wurde der 10. Abteilung des Bezirksgerichts (Vorinstanz) unter der Geschäfts-Nr. FV170182-L zugewiesen.

2. Nach erfolgtem Schriftenwechsel verzichteten die Parteien auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung, nicht aber auf eine schriftliche Stellungnahme zum Beweisergebnis (act. 6/32 und 6/34). Die Vorinstanz erachtete die Durchführung eines Beweisverfahrens als nicht nötig und hiess mit Urteil vom 3. Juni 2019 die Teilklage gut (act. 6/38; zur ausführlichen Prozessgeschichte bis zu diesem Entscheid s. ebendiesen, act. 6/38 S. 2 f.). Dagegen erhob die Beklagte mit ihrer Eingabe vom 31. Juli 2019 Berufung, die unter der Geschäfts-Nr. NP190018-O geführt wurde. Mit Urteil der Berufungsinstanz vom 2. Dezember 2019 wurde das vorinstanzliche Urteil vom 3. Juni 2019 aufgehoben und die Sache zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen (act. 6/42).

- 3.1. Nach der Rückweisung wurden mit Verfügung der Vorinstanz vom 28. Mai 2020 (nun unter der Geschäfts-Nr. FV190225-L) – nach Wahrung des rechtlichen Gehörs (act. 6/64) – Prof. Dr. med. C._____, Prof. Dr. med. D._____, Prof. Dr. med. E._____ und Prof. Dr. med. F._____ als Gutachterin resp. Gutachter für die Erstellung eines Gutachtens bestellt (act. 6/84). Die Bestellung von Prof. Dr. med. C._____ wurde daraufhin mit Verfügung vom 7. Juli 2020 widerrufen und – nachdem seitens der Parteien keine Einwände erhoben worden waren – mit Verfügung vom 16. Juli 2020 Dr. med. G._____ als Gutachter bestellt (act. 6/99 und 6/107).

3.2. Nach Eingang der vier Teilgutachten wurden diese den Parteien mit Verfügung der Vorinstanz vom 6. Januar 2021 zugestellt und ihnen wurde gleichzeitig Frist zur Stellung von Ergänzungsfragen angesetzt (act. 6/123). Daraufhin liess der Kläger mit Eingabe vom 14. Januar 2021 zur Hauptsache die Aufhebung bzw. den Widerruf der Bestellung bzw. Beauftragung sämtlicher Gutachter aufgrund Befangenheit beantragen (act. 6/125). Ferner seien die vier Gerichtsgutachten aus dem Recht zu weisen, den vier Gerichtsgutachtern sei für die geleistete Arbeit keine Entschädigung zuzusprechen, in Wiederholung der Amtshandlung sei der polydisziplinäre Gutachtensauftrag neu und andernorts zu vergeben und die Frist gemäss Verfügung vom 6. Januar 2021 sei abzunehmen und das Verfahren bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Gesuche zu sistieren.

Mit Verfügung vom 18. Januar 2021 nahm die Vorinstanz die Frist zur Stellung von Ergänzungsfragen ab und setzte den Gutachtern Frist an, um zum klägerisch geltend gemachten Ausstandsgrund bzw. dem Vorwurf der Befangenheit Stellung zu nehmen (act. 6/127). Zur Wahrung des rechtlichen Gehörs wurden den Parteien die vier Stellungnahmen mit Verfügung vom 16. Februar 2021 zugestellt (act. 6/129-133). Mit Eingaben vom 3. März 2021 und 8. März 2021 nahmen die Parteien fristgerecht Stellung (act. 6/135-136).

3.3. Mit Verfügung vom 11. März 2021 wies die Vorinstanz das Ausstandsbegehren betreffend die Gutachter resp. das Begehren des Klägers um Widerruf der Gutachtensaufträge ab (act. 6/140 = act. 4/2 = act. 5, fortan act. 5).

4.1. Gegen diesen Entscheid erhob der Kläger mit Eingabe vom 24. März 2021 rechtzeitig Beschwerde (act. 2; zur Rechtzeitigkeit act. 6/141/1). Zudem beantragte er die Erteilung der aufschiebenden Wirkung sowie die Anweisung der Vorinstanz, das Hauptverfahren bis zum Beschwerdeentscheid zu sistieren. Mit Beschluss vom 6. April 2021 wurde auf das Gesuch um aufschiebende Wirkung nicht eingetreten sowie die Prozessleitung delegiert; zudem wurde dem Kläger Frist angesetzt, um für die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens einen Vorschuss von CHF 1'000.– zu leisten (act. 7). Der Kostenvorschuss wurde innert Frist geleistet (act. 8 f.).

4.2. Mit Verfügung vom 11. Mai 2021 wurde der Beschwerdegegnerin Frist angesetzt, die Beschwerde zu beantworten (act. 11). Mit Eingabe vom 18. Mai 2021 reichte die Beschwerdegegnerin ihre Beschwerdeantwort fristgerecht ein, die dem Beschwerdeführer mittels Kurzbrief vom 19. Mai 2021 zugestellt wurde (act. 12 – 14).

5. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 6/1-143). Das Verfahren erweist sich als spruchreif. Auf die Ausführungen der Parteien ist nur insoweit einzugehen, als sie für den Beschwerdeentscheid relevant sind.

II.

1. Der Entscheid über ein Ausstandsgesuch betreffend eine sachverständige Person ist mit Beschwerde anfechtbar (Art. 183 Abs. 2 i.V.m. Art. 50 Abs. 2 ZPO). Im Beschwerdeverfahren können die unrichtige Rechtsanwendung und die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Die Beschwerde gegen einen Entscheid über ein Ausstandsgesuch ist innerhalb der 10-tägigen Rechtsmittelfrist schriftlich, begründet und mit Rechtsmittelanträgen versehen einzureichen (Art. 321 ZPO; zur Frist BGE 145 III 469 E. 3.3. = Pra 5/2020, Nr. 48). 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. Die Vorinstanz verneinte bei sämtlichen Gutachtern einen Ausstandsgrund gemäss Art. 47 ZPO und hielt zusammengefasst Folgendes fest:

Der Kläger habe geltend gemacht, der Gutachter Prof. Dr. med. E. _____ habe mitgeteilt, dass er Dr. med. H. _____ persönlich kenne, der als hauptsächlich resp. persönlich in der Kritik stehende Arzt der Beklagten vom Ausgang des Verfahrens betroffen sei und von der Interessenlage her damit faktisch Partei in diesem Haftpflichtverfahren sei. Weiter habe der Gutachter mit ihm im Universitätsspital Zürich zusammengearbeitet, sei für diesen konsiliarisch tätig und habe am 23. November 2020 mit diesem telefonisch Rücksprache genommen, "um einen

Sachverhalt zu klären" (act. 5 S. 4). Dieser vorgebrachte allgemeine Ausstandsgrund der Befangenheit hinsichtlich Prof. Dr. med. E. _____ knüpfe allerdings an eine 25 Jahre zurückliegende Zusammenarbeit in einem Grossbetrieb wie dem Universitätsspital Zürich bzw. an eine ab 2015 lose gelebte geschäftliche Beziehung an. Der Kläger habe keinerlei über das sozial übliche Mass zwischen medizinischen Fachpersonen hinausgehende Beziehung glaubhaft darlegen können (act. 5 S. 8). Der telefonische Kontakt zwischen dem Gutachter und Dr. med. H. _____ habe unter Auflagen der Vorinstanz stattgefunden. Aus dem Gutachten gehe aber nicht hervor, dass der fragliche Kontakt inhaltlich Eingang gefunden habe, zumal dieser offenbar kein Ergebnis gezeitigt habe (act. 5 S. 9).

Da die telefonische Anfrage ohnehin ergebnislos geblieben sei, sei sie auch nicht Gegenstand der interdisziplinären Falldiskussion vom 25. November 2020 geworden. Dies würden die übrigen Gutachter überzeugend bestätigen. Aus dem Wortlaut der einzelnen Gutachten ergäben sich ferner keine Hinweise, dass die Sachverständigen die gerichtlich gestellten Fragen nicht unparteilich oder unabhängig beantwortet hätten (act. 5 S. 10).

3.1. Der Kläger bringt in seiner Beschwerde zunächst vor, dass die Zusammenarbeit zwischen Prof. Dr. med. E. _____ und Dr. med. H. _____ im Universitätsspital Zürich nicht erkennbar gewesen sei. Unter Befangenheitsaspekten sei dies aber relevant gewesen, weshalb dieser Umstand vom Gutachter selbst hätte offengelegt werden müssen (act. 2 Rz. 16). Zudem fände die vorinstanzliche Behauptung nicht die geringste Stütze, die telefonische Rücksprache zwischen Prof. Dr. med. E. _____ und Dr. med. H. _____ sei in jeder Hinsicht unergiebig bzw. irrelevant; gerade das Gegenteil sei der Fall (act. 2 Rz. 18).

3.2. In rechtlicher Hinsicht habe die Vorinstanz die Ausstandsregeln ad absurdum geführt, indem sie das Teilgutachten von Prof. Dr. med. E. _____ inhaltlich auf einen unmittelbaren Beweis des tatsächlichen Vorliegens der Unparteilichkeit und Unbefangenheit geprüft habe. Zur Annahme eines Ausstandsgrundes sei aber gerade nicht erforderlich, dass der Sachverständige tatsächlich befangen gewesen sei resp. sei; es genüge vielmehr, wenn Umstände vorlägen, die den Anschein der Befangenheit und die Gefahr der Voreingenommenheit zu begrün-

den vermögen (act. 2 Rz. 19 f.). Prof. Dr. med. E._____ sei gar selbst davon ausgegangen, dass ihn die telefonische Rücksprache mit Dr. med. H._____ dem Vorwurf der Befangenheit aussetzen könnte, weshalb dessen Befangenheit im Sinne eines inneren Zustands erstellt sei (act. 2 Rz. 22). Weiter habe Prof. Dr. med. E._____ relevante Informationen zum Sachverhalt einzig bei Dr. med. H._____ eingeholt, weshalb er krass einseitig und damit in Verletzung des Gebots der Gleichbehandlung der Parteien gehandelt habe (act. 2 Rz. 24). Diese wesentliche und hinter dem Rücken des Klägers vorgenommene Sachverhaltsabklärung resp. -ergänzung könne auch nicht gestützt auf Art. 186 Abs. 1 ZPO legitimiert werden (act. 2 Rz. 29).

3.3. Weiter sei es selbst unter Facharztkollegen nicht sozial üblich, sich alle paar Monate mit demselben Kollegen über Patientenfragen auszutauschen. Dies sei vielmehr ein Indiz für die Verbundenheit zwischen Prof. Dr. med. E._____ und Dr. med. H._____. Neben der fortdauernden persönlichen Bekanntschaft bestehe zusätzlich auch eine geschäftliche Beziehung mit wiederholten Kontakten. Es sei entgegen der Annahme der Vorinstanz nicht so, dass Prof. Dr. med. E._____ mitgeteilt habe, eine geschäftliche Beziehung bestehe erst seit 2015. Prof. Dr. med. E._____ habe sich gar nicht dazu geäußert, wie der geschäftliche Kontakt zu Dr. med. H._____ in den Jahren zuvor, mithin seit der gemeinsamen Zeit am Universitätsspital Zürich bis zum Jahr 2015, ausgestaltet gewesen sei (act. 2 Rz. 33). Weiter sei hinsichtlich ihrer Zusammenarbeit am Universitätsspital Zürich relevant, dass sie gemeinsam als Assistenzärzte von Prof. I._____ tätig gewesen und damit ehemalige Arbeitskollegen seien. Entsprechend sei die Beziehung von deutlich erheblicherer Intensität (act. 2 Rz. 34). Schliesslich stelle die unbesehene und unkritische Parteinahme zugunsten der Beklagten resp. von Dr. med. H._____ einen schweren inhaltlichen Mangel des Teilgutachtens von Prof. Dr. med. E._____ dar. Daraus lasse sich ebenfalls auf dessen Voreingenommenheit schliessen (act. 2 Rz. 35).

3.4. Aufgrund der Befangenheit von Prof. Dr. med. E._____ und seiner Teilnahme an der konsensualen Besprechung mit den anderen drei Teilgutachtern sei auch von deren Befangenheit auszugehen (act. 2 Rz. 41).

4. Die Beklagte stellt sich zusammengefasst auf den Standpunkt, die Vorinstanz habe einen Befangenheitsgrund gestützt auf die rein geschäftliche, oberflächliche, distanzierte und ohne wirtschaftliche Interessen ausgestaltete Beziehung zwischen einem Gutachter und einem der behandelnden, jedoch nicht persönlich zur Verantwortung gezogenen Ärzte der Beklagten zu Recht verneint (act. 13 Rz. 7). Weiter vermöge die telefonische Rückfrage bei der Vorinstanz auf sich allein gestellt noch keine Befangenheit und keinen Ausstandsgrund zu begründen (act. 13 Rz. 8); Prof. Dr. med. E._____ sei es nicht darum gegangen, sich eine Rücksprache mit Dr. med. H._____ bewilligen zu lassen. Sein Hauptanliegen sei gewesen, das richtige Vorgehen bei Unklarheiten zu wahren (act. 13 Rz. 17). Einzig Dr. med. H._____, der behandelnde Arzt der Beklagten – und nicht etwa die Beklagte selbst – habe sich zum Wortlaut seiner Krankengeschichte äussern können (act. 13 Rz. 48 f.). Im Gegensatz zu den davor festgehaltenen, telefonischen Aussagen von Dr. med. H._____ sei der vom Kläger im Gutachten zitierte Satz (*"In Anbetracht der deutlichen Besserung der Schmerzen/Beschwerden gab es für ihn keinen Anlass für eine Überweisung an einen anderen Facharzt."*) nicht in indirekter Rede gehalten, weshalb bestritten werde, dass es sich hierbei um einen Teil der Telefonats-Zusammenfassung handle (act. 13 Rz. 20). Selbst wenn diese Aussage von Dr. med. H._____ stammen sollte, werde dadurch noch keine Befangenheit begründet, zumal der Gutachter diese Aussage keineswegs grundlos als gegeben vorausgesetzt habe. Vielmehr habe er sich bei der Beantwortung der an ihn gerichteten Fragen im Detail mit dem Beschwerdeverlauf und potentiellen weiteren Abklärungen auseinandergesetzt. Folglich könne aufgrund der Aktenlage nicht davon ausgegangen werden, die Annahme einer Beschwerdebesserung im Gutachten sei aufgrund einer telefonischen Aussage von Dr. med. H._____ erfolgt und/oder dass entsprechende Annahme bei objektiver Betrachtung einen Anschein der Befangenheit zu begründen vermöge (act. 13 Rz. 11 und 38).

5.1. Eine Partei, die eine sachverständige Person ablehnen will, hat dem Gericht unverzüglich ein entsprechendes Gesuch zu stellen, sobald sie vom Ausstandsgrund Kenntnis erhalten hat (Art. 183 Abs. 2 i.V.m. Art. 49 Abs. 1 ZPO). Es gelten die gleichen Ausstandsgründe wie für Gerichtspersonen, wobei die Gründe

sich nicht unbesehen auf sachverständige Personen übertragen lassen (vgl. WEIBEL, in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, ZPO Komm., 3. Auflage 2016, Art. 183 N 20). Wie die Vorinstanz richtig festhielt, kann eine Partei, die – wie im vorliegenden Fall – erst nach Aufnahme der Tätigkeit des Gutachters einen Ausstandsgrund geltend macht, auch nachträglich den Widerruf des Gutachterauftrages beantragen (BSK ZPO-DOLGE, 3. Auflage 2017, Art. 183 N 20; MÜLLER, DIKE-Komm-ZPO, 2. Auflage 2016, Art. 183 N 17.)

5.2. Der allgemeine Ausstandsgrund der Befangenheit ist anzunehmen, wenn Umstände vorliegen, die geeignet sind, Misstrauen in die Unparteilichkeit zu erwecken. Bei der Befangenheit handelt es sich allerdings um einen inneren Zustand, der nur schwer bewiesen werden kann. Für die Ablehnung braucht daher nicht nachgewiesen zu werden, dass die sachverständige Person tatsächlich befangen ist. Vielmehr genügt, wenn Umstände vorliegen, die den Anschein der Befangenheit und die Gefahr der Voreingenommenheit zu begründen vermögen. Bei der Beurteilung des Anscheins der Befangenheit und der Gewichtung solcher Umstände kann jedoch nicht auf das subjektive Empfinden einer Partei abgestellt werden. Das Misstrauen muss vielmehr in objektiver Weise als begründet erscheinen. Voreingenommenheit und Befangenheit werden angenommen, wenn Gegebenheiten dargetan sind, die geeignet sind, Misstrauen in die Unparteilichkeit des Richters bzw. Gutachters zu erwecken. Diese können namentlich in einem bestimmten Verhalten der betreffenden Person begründet sein (BGer 4A_286/2011 vom 30. August 2011 E. 3.1. m.w.H.).

6.1. Die Vorinstanz liess die Frage offen, ob der Beklagte [recte: der Kläger] sein Recht auf Geltendmachung des Ausstandsgrundes mangels unverzüglich vorgebrachtem Einwand betreffend die Zusammenarbeit zwischen Prof. Dr. med. E._____ und Dr. med. H._____ verwirkt habe (act. 2 S. 3). Entsprechend kann auf die beschwerdeweise vorgebrachten Rügen in dieser Hinsicht nicht weiter eingegangen werden.

6.2. Zunächst ist anzumerken, dass entgegen der Ansicht des Klägers ein Ausstandsgrund gegen Prof. Dr. med. E._____ nicht schon deshalb vorliegt, weil

dieser selbst davon ausging, die telefonische Rücksprache mit Dr. med. H. _____ könne ihn dem Vorwurf der Befangenheit aussetzen.

Prof. Dr. med. E. _____ erklärte in seiner Stellungnahme zum Ausstandsbegehren, er habe die erstinstanzliche RichterIn im Wissen um die potentielle Kritik einer Befangenheit telefonisch kontaktiert und mit ihr die konkrete Frage an Dr. med. H. _____ besprochen (act. 6/129 S. 2). Aufgrund des klaren Wortlauts hat sich Prof. Dr. med. E. _____ damit – entgegen der Ansicht des Klägers im vorinstanzlichen Verfahren – nicht "selbst als möglicherweise befangen erachtet" (vgl. act. 6/136 Rz. 7 ii.). Darüber hinaus setzt sich jede selbstgetätigte, nicht parteiöffentliche Abklärung eines Gutachters der Gefahr aus, bei den Parteien den Anschein der fehlenden Unabhängigkeit und damit der Befangenheit zu erwecken. Das Gesetz sieht gerade aus diesem Grund ausdrücklich vor, dass das Gericht Abklärungen zustimmen muss, die ein Gutachter selbst vornehmen möchte (Art. 186 Abs. 1 ZPO). Ist sich eine sachverständige Person bewusst, dass eine Abklärung resp. Rücksprache mit einem Dritten ihre Unabhängigkeit in Frage stellen könnte, und kontaktiert sie im Wissen darum das Gericht, ergibt sich daraus noch kein Anschein der Befangenheit des Gutachters. Gegenteil zeigt dies – wie die Beklagte zu Recht vorbringt (act. 13 Rz. 43) – auf, dass dem Gutachter seine Pflichten und seine Verantwortung als solche bekannt sind und er sich gerade zur Wahrung des Anscheins seiner Unabhängigkeit an die prozessualen Vorgaben halten möchte. Dies gilt umso mehr, wenn der Gutachter – wie vorliegend – seine Pflichten kennt, ohne vorgängig auf die entsprechende Norm hingewiesen worden zu sein (vgl. act. 6/106).

Zusammenfassend vermag die Kontaktaufnahme von Prof. Dr. med. E. _____ mit dem Gericht den Anschein der Befangenheit oder die Voreingenommenheit nicht zu begründen.

Unter diesem Aspekt (der ausdrücklichen Zustimmung der Verfahrensleitung) kann die daraufhin erfolgte Kontaktnahme mit Dr. med. H. _____ ebenfalls noch nicht den Anschein einer Befangenheit begründen. Dass das Gericht den Parteien die Kontaktnahme im Voraus nicht bekannt gab (was durchaus fraglich

erscheint), kann dem Gutachter Prof. Dr. med. E._____ nicht zum Nachteil gereichen.

6.3. Entgegen der Ansicht des Klägers kann Prof. Dr. med. E._____ auch keine Verletzung des Gleichbehandlungsgebots vorgeworfen werden. Eine solche liegt vor, wenn eine sachverständige Person durch ihre Handlungen im Rahmen ihrer Gutachtenstätigkeit die eine Partei gegenüber der andern bevorzugt oder auch nur einen solchen Eindruck erweckt hat (MÜLLER, DIKE-Komm-ZPO, a.a.O., Art. 183 N 20).

Die Kontaktaufnahme von Prof. Dr. med. E._____ mit Dr. med. H._____ – dies bestreitet auch der Kläger nicht – stand im Zusammenhang mit der für den Gutachter unklaren Notiz "Zeitlang stehen/laufen bei Fu[s]ssohlen Brennen. Linker Fuss taub, etwa gleich" (vgl. act. 5 S. 9; act. 6/120/3 S. 3). Es versteht sich von selbst, dass ein Gutachter den Sachverhalt, der wesentliche Grundlage für seine fachkundige Einschätzung ist, kennen muss. Gerade für Fragen von geringerer Bedeutung bietet es sich an, dass ein Gutachter diese direkt und unkompliziert durch eigene Abklärung und Auskunftseinholung bereinigt (vgl. MÜLLER, DIKE-Komm-ZPO, a.a.O., Art. 186 N 7). Dies hat auch für den vorliegenden Fall zu gelten, wo sich eine Verständnisfrage betreffend eine stichwortartig festgehaltene Anamnese von Dr. med. H._____ stellte. Wie die Vorinstanz korrekt erwog und von der Beklagten vorgebracht wird, konnte diese Unklarheit nur Dr. med. H._____ selbst beseitigen. Der Kläger zeigt nicht auf, wie er zur Klärung einer von einem Dritten gemachten Angabe hätte beitragen können. Die Kontaktaufnahme von Prof. Dr. med. E._____ fand einzig zur Klärung der vorstehend erwähnten Angabe von Dr. med. H._____ statt und hatte nicht zum Ziel, die Parteien über den Sachverhalt einzuvernehmen. Gerade solche Einvernahmen darf ein Experte nicht durchführen (vgl. MÜLLER, DIKE-Komm-ZPO, a.a.O., Art. 186 N 8 m.w.H.). Um ein Gespräch mit einer Partei ging es vorliegend aber gerade nicht. Der Kläger kann folglich auch nichts aus dem von ihm zitierten obergerichtlichen Urteil ableiten, worin es um den Ausstand eines Bezirksrichters ging, der anlässlich einer Verhandlung ein Einzelgespräch mit einer Partei geführt hatte (OGer ZH PC130031 vom 23. Juli 2013 E. 1.3.2.).

Der Kläger stört sich daran, dass der Gutachter im Zusammenhang mit dem Telefonat mit Dr. med. H._____ Folgendes festhielt: "In Anbetracht der deutlichen Besserung der Schmerzen/Beschwerden gab es für ihn keinen Anlass für eine Überweisung an einen anderen Facharzt." (act. 120/3 S. 3, act. 2 Rz. 7, 18 und 24). Die Ansichten gehen auseinander, ob diese Aussage von Dr. med. H._____ stammt, die Prof. Dr. med. E._____ fälschlicherweise nicht in der indirekten Rede festhielt, oder ob sie eine Schlussfolgerung des Gutachters ist (vgl. act. 2 Rz. 18 i. und act. 13 Rz. 37). Diese Frage kann im Ausstandsverfahren nicht abschliessend geklärt werden. Sollte es sich um eine Aussage von Dr. med. H._____ handeln, so wäre dem Kläger darin zuzustimmen, dass diese Erklärung über die Klärung der für den Gutachter unklaren Angaben von Dr. med. H._____ hinausgegangen wäre. Falls sich Dr. med. H._____ zu dieser Aussage hätte hinreissen lassen, würde dies aber nicht den Gutachter als befangen erscheinen lassen. Dass Prof. Dr. med. E._____ diese zusätzliche Information von Dr. med. H._____, die nicht der Klärung seiner Verständnisfrage diene, im Gutachten wiedergab, würde vielmehr darauf hindeuten, dass er auf Transparenz bedacht war und sich nicht dem Vorwurf der Befangenheit aussetzen wollte. In diesem Zusammenhang wies Prof. Dr. med. E._____ in seiner Stellungnahme vom 11. Februar 2021 (Datum Poststempel) denn auch darauf hin, dass es zu den Aufgaben eines Gutachters gehöre, die Aussage sorgfältig zu gewichten und eine potentielle Beschönigung zu erkennen (act. 6/129 S. 2).

Wie Prof. Dr. med. E._____ das Vorgehen von Dr. med. H._____ (inkl. die erwähnte Erläuterung) im Gutachten beurteilte, ist nicht im Ausstandsverfahren zu prüfen. Entsprechend hat auch die Würdigung der Schlussfolgerungen von Prof. Dr. med. E._____ im Rahmen des Hauptverfahrens stattzufinden, wo es den Parteien offensteht, dazu Stellung zu nehmen (sei es gestützt auf Art. 187 Abs. 4 oder Art. 188 Abs. 2 ZPO oder im Rahmen der Schlussvorträge). Genauso verhält es sich mit der klägerischen Behauptung, das Gutachten leide an einem schweren inhaltlichem Mangel (act. 2 Rz. 35). Im Ausstandsverfahren findet grundsätzlich keine inhaltliche Auseinandersetzung mit einem Gutachten statt – was auch der Kläger zu vertreten scheint, macht er doch selbst geltend, die Vorinstanz habe zu Unrecht das Teilgutachten inhaltlich auf einen direkten Beweis des tat-

sächlichen Vorliegens oder Nichtvorliegens der Unbefangenheit geprüft (act. 2 Rz. 20). Jedenfalls kann der Kläger den Anschein der Unparteilichkeit von Prof. Dr. med. E._____ nicht dadurch glaubhaft machen, dass dieser gestützt auf medizinische Unterlagen eine deutliche und nachweisliche Beschwerdebesserung beim Kläger sah; der Kläger setzt sich in seiner Beschwerde gar nicht mit den fraglichen Einträgen in der Patientendokumentation auseinander, aus denen seiner Ansicht nach gerade keine (deutliche und nachweisliche) Besserung hervorgehen soll.

Ferner zeigt der Kläger nicht auf, inwiefern seine Vorbringen gegen die gestützt auf Art. 186 Abs. 1 ZPO erfolgte Sachverhaltsabklärung bzw. -ergänzung den Anschein der Befangenheit von Prof. Dr. med. E._____ zu begründen vermögen (vgl. act. 2 Rz. 29). Sämtliche Einwände richten sich primär gegen die Prozessleitung durch die Vorinstanz (Zustimmung zu Abklärungen, ohne Gewährleistung der Verweigerungsrechte; fehlende Orientierung der Parteien; Abweisung eines klägerischen Antrags). Auch wenn die Verfahrensführung der Vorinstanz gewisse Fragen aufwirft, bildet diese vorliegend nicht Verfahrensgegenstand und ist nicht weiter abzuklären. Entsprechend ist nicht weiter darauf einzugehen. Zusammengefasst kann Prof. Dr. med. E._____ keine Parteinahme vorgeworfen werden.

6.4. Auch die weiteren vom Kläger vorgebrachten Umstände vermögen nicht den Anschein einer Befangenheit von Prof. Dr. med. E._____ zu begründen.

Kollegiale Beziehungen alleine begründen in aller Regel keinen Ausstand (DIGGELMANN, DIKE-Komm-ZPO, a.a.O., Art. 47 N 28 mit Verweis auf BGer 2D_15/2014 vom 19. Mai 2014 E. 3.3.). Selbst bei einer Freundschaft darf eine Befangenheit erst angenommen werden, wenn diese durch regelmässige persönliche Kontakte aktiv gelebt wird und aktuell ist (BSK ZPO-WEBER, 3. Auflage 2017, Art. 47 N 34). Hinzu kommt, dass in kleineren Fachkreisen eine gewisse persönliche Nähe bereits aufgrund der gemeinsamen Ausbildung und des fachlichen Austausches – bspw. anlässlich von Weiterbildungen – geradezu unumgänglich und systemeigen ist. Auch im beruflichen Kontext wird deshalb ein besonderes Ver-

trauensverhältnis verlangt (WULLSCHLEGER, in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, a.a.O., Art. 47 N 31).

Der Kläger zeigt nicht auf, inwiefern kurze konsiliarische Korrespondenzen, die unentgeltlich und in einem Zeitraum von über fünf Jahren weder häufig noch regelmässig stattfanden, ein Indiz für eine besondere Verbundenheit zwischen Prof. Dr. med. E._____ und Dr. med. H._____ sein sollen. Offenbar ging es beim fraglichen Emailverkehr lediglich um *eine* Patientenfrage betreffend einen Kollegen (act. 6/129 S. 2 oben) – und nicht wie der Kläger suggeriert um mehrere "Patientenfragen" (vgl. act. 2 Rz. 32). Auch bestehen keine Anhaltspunkte dafür, Dr. med H._____ habe sich aufgrund einer persönlichen Nähe an Prof. Dr. med. E._____ gewandt.

Dass Prof. Dr. med. E._____ die Korrespondenz zwischen ihm und Dr. med. H._____ lediglich ab dem Jahr 2015 offenlegt, dürfte am nachvollziehbaren Umstand liegen, dass der Gutachter frühere Emailkorrespondenzen – auch mit anderen Ärzten – nicht ablegte und auch sonst keine an Dr. med. H._____ adressierte Briefe fand (vgl. act. 6/129 S. 2). Inwiefern diese Gegebenheit Misstrauen erwecken soll, ist unklar geblieben. Ungeachtet dessen zeigen die offengelegten Korrespondenzen auf, dass die Beziehung weder aktuell ist noch durch regelmässige persönliche Kontakte aktiv gelebt wird. Vielmehr handelt es sich – wie die Vorinstanz korrekt erwog und die Beklagte zu Recht vorbringt – um eine rein professionelle und lose Beziehung.

Der Umstand, dass Prof. Dr. med. E._____ und Dr. med. H._____ vor 25 Jahren gemeinsam als Assistenzärzte in der gleichen Abteilung am Universitätsspital Zürich tätig waren, zeigt zwar, dass sie sich kennen. Über die Qualität ihrer Beziehung lässt sich daraus indessen nichts herleiten. Insbesondere fehlen äussere Anzeichen dafür, dass seither eine über wenige, geschäftliche Angelegenheiten hinausgehende Verbundenheit besteht. Weshalb im konkreten Fall eine derart lang zurückliegende geschäftliche Verbindung zu einer aktuellen Beziehung von "deutlich erheblicher Intensität" führen soll, zeigt auch der Kläger nicht auf. Prof. Dr. med. E._____ erklärte denn auch, es habe über einen Zeitraum von mittlerweile gut 25 Jahren – d.h. seit der gemeinsamen Arbeitszeit – nie ein per-

sönlicher Kontakt stattgefunden und es sei auch an Kongressen nie ein Treffen vereinbart oder spontan realisiert worden (act. 6/129 S. 1).

6.5. Zusammenfassend ist in Einklang mit der Vorinstanz die Befangenheit von Prof. Dr. med. E._____ und damit auch ein Ausstandsgrund gegen ihn zu verneinen. Nachdem Prof. Dr. med. E._____s Befangenheit zu verneinen ist und abgesehen davon kein anderer Ausstandsgrund gegen die restlichen drei Teilgüter geltend gemacht wurde, ist der vorinstanzliche Entscheid auch in dieser Hinsicht zu bestätigen.

7. Aufgrund der dargelegten Erwägungen erweist sich die Beschwerde als unbegründet. Sie ist deshalb abzuweisen. Eine Minderheitsmeinung wurde zu Protokoll gegeben. Sie liegt diesem Urteil bei.

III.

1. In Anwendung von § 9 Abs. 1 in Verbindung mit § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG ist die Gerichtsgebühr für das Beschwerdeverfahren auf CHF 1'000.– festzusetzen. Sie ist ausgangsgemäss dem Kläger aufzuerlegen und mit dem von ihm geleisteten Vorschuss zu verrechnen (Art. 106 Abs. 1 und Art. 111 Abs. 1 ZPO).

2. Als unterliegende Partei hat der Kläger der Beklagten eine Parteientschädigung für das zweitinstanzliche Verfahren zu bezahlen. Diese ist gestützt auf § 10 Abs. 2 und § 13 AnwGebV auf CHF 1'300.– festzusetzen. Entsprechend ist der Kläger zu verpflichten, der Beklagten für das Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung von CHF 1'300.– zuzüglich Mehrwertsteuer zu bezahlen.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.

2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf CHF 1'000.– festgesetzt, dem Kläger auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Vorschuss verrechnet.
3. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von CHF 1'300.– (zzgl. MwSt.) zu bezahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien zusammen mit dem Minderheitsantrag gemäss Protokollauszug sowie an das Bezirksgericht Zürich, 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. Der Streitwert beträgt CHF 30'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

i.V. die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Würsch

versandt am: