

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RB210036-O/U

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

Urteil vom 29. März 2022

in Sachen

A. _____,

Klägerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____ SA,

Beklagte und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **Forderung / Teilklage (Ausstand)**

**Beschwerde gegen einen Beschluss des Zivilgerichtes des Bezirksgerichtes
Uster vom 15. Dezember 2021; Proz. CG180002**

Erwägungen:

I.

1. Die Klägerin und Beschwerdeführerin (fortan Klägerin) erlitt am 19. Juli 1992 einen Unfall, stürzte im Sommer 1999 und verunfallte am 3. Juli 2000 erneut (vgl. act. 7/193 S. 2). Mit Klageschrift vom 20. Oktober 2010 und Einreichung der Weisung vom 20. Juli 2010 machte sie beim Bezirksgericht Uster (Vorinstanz) eine Teilklage gegen die Beklagte und Beschwerdegegnerin (fortan Beklagte) anhängig (act. 7/1-2). Der Prozess wurde unter der Geschäfts-Nr. CG100053-I geführt. Mit Urteil vom 6. März 2017 wies die Vorinstanz die Klage ab (act. 7/186, zur ausführlichen Prozessgeschichte bis zu diesem Entscheid s. ebendiesen, act. 7/186 S. 3 ff.). Dagegen erhob die Klägerin Berufung, die unter der Geschäfts-Nr. LB170028-O geführt wurde. Mit Urteil der Kammer vom 30. November 2017 wurde das vorinstanzliche Urteil vom 6. März 2017 aufgehoben und die Sache zur Ergänzung des Beweisverfahrens im Sinne der Erwägungen und zur weiteren Prozessführung an die Vorinstanz zurückgewiesen (act. 7/193). Zusammengefasst wurde erwogen, dass ein polydisziplinäres Obergutachten unter Einbezug eines Spezialisten für Wirbelsäulenchirurgie und eines Facharztes der Psychiatrie einzuholen und die Machbarkeit eines biomechanischen Gutachtens abzuklären und bejahendenfalls einzuholen sei (act. 7/193 S. 29 und S. 34; auf das biomechanische Gutachten braucht nachstehend mangels Relevanz für das vorliegende Beschwerdeverfahren nicht weiter eingegangen zu werden).

2.1. Nach der Rückweisung wurden mit Beschluss der Vorinstanz vom 27. Mai 2019 (nun unter der Geschäfts-Nr. CG180002-I) – nach Wahrung des rechtlichen Gehörs (act. 7/194-206 und act. 7/210-216) – Prof. Dr. med. h.c. C._____ und Dr. med. D._____ als Gutachter für die Erstellung des polydisziplinären Obergutachtens bestellt (act. 7/217).

2.2. Am 4. Januar 2021 ging das Obergutachten von Prof. Dr. h.c. med. C._____ vom 28. Dezember 2020, einschliesslich des psychiatrischen Fachgutachtens von Dr. med. D._____ vom 24. Juni 2020, bei der Vorinstanz ein (act. 7/254 ff.). Dieses wurde den Parteien mit Verfügung vom 26. Februar 2021

zugestellt und ihnen gleichzeitig Frist zur Beantragung einer Erläuterung oder von Ergänzungsfragen angesetzt (act. 6/262). Zudem wurde ihnen die Möglichkeit gegeben, um sich zu den Rechnungen der Sachverständigen zu äussern. Mit Eingabe vom 19. März 2021 ersuchte die Klägerin, die Frist zur Einreichung einer Stellungnahme zu erstrecken, was ihr im Sinne einer letztmaligen Erstreckung bis zum 6. Mai 2021 gewährt wurde (act. 7/268;). Mit Verfügung vom 22. April 2021 wurde Prof. Dr. med. h.c. C. _____ für die Erstellung des Gutachtens eine Akontozahlung in Höhe von CHF 40'800.– gewährt (act. 7/278).

2.3. Daraufhin liess die Klägerin mit Eingabe vom 5. Mai 2021 die Feststellung der Befangenheit von Prof. Dr. med. h.c. C. _____ (fortan: Gutachter) beantragen. Ferner ersuchte sie, es sei das Gutachten aus dem Recht zu weisen, es sei in Wiedererwägung der Verfügung vom 22. April 2021 dem Gutachter keine Akontozahlung auszurichten und es sei ein polydisziplinäres unabhängiges medizinisches Gutachten in Auftrag zu geben. Eventualiter beantragte sie die vorsorgliche Kürzung der Rechnung des Gutachters auf ein vernünftiges Mass (act. 7/283). Weiter machte die Klägerin auch inhaltliche Mängel am Gutachten geltend (vgl. act. 7/283 S. 10 ff.).

Mit Beschluss vom 8. September 2021 wies die Vorinstanz das Wiedererwägungsgesuch ab. Zudem setzte sie dem Gutachter Frist an, um zu den klägerischen Anträgen bzw. dem Vorwurf der Befangenheit und zu den geltend gemachten Mängeln Stellung zu nehmen (act. 7/291). Die Stellungnahme des Gutachters datiert vom 19. September 2021 und wurde den Parteien mit Beschluss vom 28. September 2021 zur Kenntnisnahme zugestellt (act. 7/293 f.). Mit Eingabe vom 5. Oktober 2021 nahm die Klägerin unaufgefordert Stellung zum Schreiben des Gutachters (act. 7/298).

2.4. Mit Beschluss vom 15. Dezember 2021 wies die Vorinstanz das Ausstandsbegehren gegen den Gutachter sowie das Begehren um Erstellung eines polydisziplinären, unabhängigen medizinischen Gutachtens ab. Auf den Eventualantrag um vorsorgliche Kürzung der Rechnung des Gutachters trat sie nicht ein (act. 7/304 = act. 4 = act. 6, fortan act. 6).

3. Gegen diesen Entscheid erhob die Klägerin mit Eingabe vom 30. Dezember 2021 rechtzeitig Beschwerde mit den folgenden Anträgen (act. 2; zur Rechtzeitigkeit act. 7/305 S. 1):

- " 1. Es sei der Beschluss vom 15.12.2021 aufzuheben.
2. Es sei die Befangenheit von Dr. C. _____ festzustellen und das Gutachten vom 28.12.2020 aus dem Recht zu weisen.
3. Eventualiter sei festzustellen, dass dem Gutachten nur reduzierte Beweiskraft zukommt.
Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Beschwerdegegnerin."

4. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 7/1-305). Das Verfahren erweist sich als spruchreif. Auf die Ausführungen der Klägerin ist nur insoweit einzugehen, als sie für den Beschwerdeentscheid relevant sind.

II.

1. In der Begründung konkretisierte die Klägerin, dass sich die Beschwerde nur gegen die Abweisung des Ausstandsbegehrens richte (act. 2 Rz 18). Antrag Ziff. 1 der Beschwerde ist daher auf die Anfechtung von Dispositiv-Ziff. 1 des Beschlusses der Vorinstanz zu reduzieren. 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).

2.1. 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). Eine Partei, die – wie im vorliegenden Fall – erst nach Aufnahme der Tätigkeit des Gutachters einen Ausstandsgrund geltend macht, kann 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.)

2.2. 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.).

2.3 Der Anschein der Befangenheit kann durch unterschiedlichste Umstände und Gegebenheiten erweckt werden. Dazu können insbesondere vor oder während eines Prozesses abgegebene Äusserungen einer Gerichtsperson zählen, die den Schluss zulassen, dass sich diese bereits eine feste Meinung über den Ausgang des Verfahrens gebildet hat (BGE 137 I 227 E. 2.1; BGE 134 I 238 E. 2.1). Entsprechendes gilt für einen Gutachter. Auch andere Äusserungen der sachverständigen Person über eine Partei oder die Streitsache können den Anschein der Befangenheit begründen, wenn sie unsachlich sind oder sonst den Verdacht na-

helegen, die sachverständige Person sei voreingenommen (BSK ZPO-DOLGE, a.a.O., Art. 183 N 21).

3. Die Vorinstanz erachtete das Ausstandsbegehren als verspätet (act. 6 S. 3 f.), prüfte aber dennoch im Anschluss die vorgebrachten Ausstandsgründe. Dabei kam sie zum Schluss, dass eine Voreingenommenheit nicht glaubhaft sei (act. 6 S. 4 ff.). Wie nachstehend zu zeigen sein wird, ist diese vorinstanzliche Überzeugung zu schützen. Folglich kann eine Auseinandersetzung mit der Frage ausbleiben, ob die Klägerin das Ausstandsgesuch rechtzeitig stellte (vgl. act. 6 E. 3.2.2. und act. 2 Rz. 23 ff.).

4.1.1. Die Klägerin wirft dem Gutachter vor, wahrheitswidrig behauptet zu haben, er kenne die E.____-Kanzlei – für die auch der Rechtsvertreter der Klägerin tätig ist – nicht. Dem Gutachter sei die Kanzlei E.____ bekannt, zumal er gegenüber der Vorinstanz ausgesagt habe, die F.____ habe bestimmt auch schon Fälle von den E.____.ch gehabt, ihm es aber nichts sage. Es sei daher entgegen der Annahme der Vorinstanz nicht als lebensnah zu bezeichnen, wenn der Gutachter wisse oder annehme, dass die Kanzlei E.____ Fälle gegen die F.____ habe, er aber in eigener Sache nicht erkannt haben soll, dass einige gegen ihn vorgehende Patienten durch den bei dieser Kanzlei tätigen Rechtsanwalt Z.____ vertreten seien (act. 2 Rz. 39).

4.1.2. Die Vorinstanz erwog in diesem Zusammenhang, die Klägerin habe ausgeführt, der Gutachter habe dem Gericht gegenüber wahrheitswidrig angegeben, dass ihm "E.____" nichts sage. Jedoch habe er einige Monate zuvor mit einem anderen Rechtsanwalt der E.____-Kanzlei, Rechtsanwalt Z.____, zu tun gehabt, und zwar im Rahmen einer allfälligen Sorgfaltspflichtverletzung. Die klägerische Behauptung, die Rechnung des Gutachters und das Gutachten selbst stellten eine Retorsionsmassnahme gegenüber der Kanzlei E.____ dar, sei jedoch zu pauschal und unsubstantiiert. Dass der Gutachter sich zwar an den Namen von Rechtsanwalt Z.____ erinnere, jedoch nicht daran, für welche Kanzlei dieser tätig (gewesen) sei, erscheine lebensnah. Folglich fehle es an einem glaubhaft gemachten Ausstandsgrund (act. 6 E. 3.3.1.1. ff.).

4.1.3. Die Klägerin geht nicht näher auf diese Argumentation ein, sondern hält an ihrer gegenteiligen Auffassung fest. Diese überzeugt nicht. Gemäss Telefonnotiz vom 21. November 2018 erklärte der Gutachter, er habe keine nähere Beziehung zu den Parteien und der Kanzlei E._____, er arbeite mehr mit der F._____, sie hätten bestimmt auch schon Fälle der E._____ gehabt, es (gemeint wohl: die Kanzlei) sage ihm aber nichts (act. 7/207 unten). Zwar mutet diese Aussage im Lichte dessen, dass der Gutachter wenige Monate zuvor im Rahmen haftpflichtrechtlicher Abklärungen zwei Schreiben erhielt, die deutlich im Briefkopf das Logo "E._____" aufweisen, etwas fragwürdig an (vgl. act. 7/284/1, Schreiben vom 23. März 2018 und Schreiben vom 12. September 2018 mit Verweis auf ein Schreiben vom 30. Mai 2018). Was der Grund für die Aussage des Gutachters war, kann nicht abschliessend geklärt werden. Die sinngemässe Vermutung der Klägerin, der Gutachter habe absichtlich wahrheitswidrig behauptet, die E._____-Kanzlei nicht zu kennen, damit er als Gutachter eingesetzt werde und mit dem Gutachten sowie der Rechnung Vergeltung gegenüber der Kanzlei ausüben könne, erscheint jedoch realitätsfern, insbesondere, weil die Adressatin einer allfälligen Retorsionsmassnahme nicht etwa die Kanzlei, sondern die – aus Sicht des Gutachters völlig unbeteiligte – Klägerin wäre. Ferner bestreitet die Klägerin die Aussage des Gutachters nicht, dass es zwischen ihm und Rechtsanwalt Z._____ zu keinen Unstimmigkeiten gekommen sei (vgl. act. 7/293 S. 2 oben), weshalb ein Grund für die behaupteten Retorsionsmassnahmen in keiner Weise erkennbar ist.

Zentral ist überdies, dass der Gutachter in seiner Stellungnahme erklärte, er habe Rechtsanwalt Z._____ nicht mit der Vertretung der Klägerin in Verbindung gebracht, was er auch heute nicht tue (act. 6 E. 3.3.1.2. mit Verweis auf act. 7/293 S. 2 oben). Entgegen ihrer Ansicht hat der Gutachter damit nicht behauptet, er habe nicht realisiert, dass auch bei der Klägerin die Kanzlei E._____ involviert sei (vgl. act. 2 Rz. 39). Sie legt zudem nicht dar, weshalb der Gutachter die Person von Rechtsanwalt Z._____ mit der Vertretung der Klägerin in Verbindung hätte bringen müssen. Es erscheint nachvollziehbar, dass der Gutachter als juristischer Laie der Person des beauftragten Rechtsanwalts mehr Beachtung schenkte als der dahinter stehenden Anwaltskanzlei (i.c. E._____). So hat sich Rechtsanwalt Z._____ dem Gutachter mit Schreiben vom 23. März 2018 als

Rechtsvertreter der Patienten vorgestellt (vgl. act. 7/284/1), weswegen davon ausgegangen werden kann, dass dieser für den Gutachter in jenem Fall primärer – oder gar einziger – Ansprechpartner der Kanzlei war. Folglich erscheint es in Einklang mit der Vorinstanz durchaus lebensnah, wenn der Gutachter keine Verbindung zwischen Rechtsanwalt Z._____ und dem Vertreter der Klägerin sah. Die Tatsache, dass Rechtsanwalt Z._____ bei der gleichen Anwaltskanzlei – unabhängig der verschiedenen Standorte – wie der Rechtsvertreter der Klägerin tätig ist, vermag diese Aussage jedenfalls nicht zu widerlegen und vermag keinen Anschein der Befangenheit zu begründen.

4.2.1. Die Klägerin moniert ferner die Rechnungsstellung des Gutachters. Sie bezeichnet den geltend gemachten Aufwand von 53 Stunden sowie den Stundenansatz von CHF 700.– exklusive Sekretariatskosten als massiv übersetzt und die geltend gemachten Positionen als nicht plausibel (vgl. act. 2 Rz. 36). Dies erwecke den Anschein, dass bei der Mandatsannahme v.a. finanzielle Motive resp. eine maximale Vergütung im Vordergrund gestanden hätten, was wiederum Misstrauen in die Unabhängigkeit der Gutachterperson erwecke (act. 2 Rz. 37). Der Umstand, dass im Befangenheitsantrag geltend gemacht worden sei, dass die Rechnungsstellung "zusammen" mit den weiteren Geschehnissen den Anschein der Befangenheit begründen würden, entbinde die Vorinstanz nicht davon, den geltend gemachten Ausstandsgrund "übrissene Rechnung" zu prüfen (act. 2 Rz. 34).

4.2.2. Die Vorinstanz erwog dazu, die Höhe der geforderten Vergütung des Gutachters werde in einem späteren Zeitpunkt zu behandeln sein. Da die weiteren vorgebrachten Vorkommnisse keine Befangenheit begründen würden, sei auch aus den Mutmassungen der Klägerin in Bezug auf die Befangenheit aufgrund übersetzter Rechnung nichts Weiteres abzuleiten, zumal sie selber ausführe, die Rechnungsstellung würde *zusammen* [Hervorhebung im Original] mit den weiteren Geschehnissen den Anschein der Befangenheit begründen (act. 6 E. 3.3.3.1. f.).

4.2.3. Unbestritten ist, dass über die Höhe der Vergütung, wie die Vorinstanz korrekt erwog, in einem späteren Zeitpunkt zu entscheiden ist (vgl. act. 6

E. 3.3.3.2.). Mit anderen Worten ist nicht im Verfahren um den Ausstand des Gutachters zu beurteilen, ob der geltend gemachte Aufwand und der Stundenansatz überrissen oder gerechtfertigt sind. Die Klägerin legt nicht dar, inwiefern die geforderte Vergütung für sich alleine oder im Zusammenhang mit andern Umständen Einfluss auf die Unabhängigkeit des Gutachters haben soll. Selbst wenn der Gutachter aus rein finanziellen Motiven an der Erstellung eines Gutachtens interessiert gewesen wäre, wofür es keine Anhaltspunkte gibt, könnte daraus nicht abgeleitet werden, er habe ein persönliches Interesse am Ausgang des Verfahrens und sei in der Sache befangen. Die Klägerin rügt keine im Rahmen der Begutachtung verrechneten einseitigen oder unnötigen Abklärungen des Gutachters, welche auf eine Befangenheit schliessen lassen könnten. Die Höhe der Rechnung hat nur einen Einfluss auf die Höhe der Gerichtskosten, jedoch nicht auf den Ausgang des Verfahrens zugunsten resp. zulasten einer Partei. Folglich ist die Rechnungsstellung nicht geeignet, eine parteiische Haltung auszudrücken. Selbst wenn die Rechnung – wie es die Klägerin behauptet – völlig überrissen und gar missbräuchlich wäre, könnte somit daraus keine Parteilichkeit abgeleitet werden. Entsprechend ist nicht weiter auf die klägerischen Vorbringen zur Höhe der Kostennote (act. 2 Rz 36) einzugehen.

4.3.1. Die Klägerin wirft dem Gutachter vor, er habe sich anlässlich der Begutachtung vom 14. August 2019 zur Ablehnung des Biomechanikers durch ihren Rechtsvertreter negativ geäußert und damit Kritik an der Mandatsführung geübt, was einen Ausstandsgrund darstelle. Die Tatsache, dass er zudem bestreitet, darüber gesprochen zu haben, setze einen weiteren Ausstandsgrund. Die Klägerin habe die Aussagen, wonach der Gutachter über ihre Anwälte und den Biomechaniker G._____ gesprochen habe, in ihrer Stellungnahme vom 3. Oktober 2021 nochmals bekräftigt und zudem bestätigt, die Aussage unter Hinweis auf die Wahrheitspflicht nochmals vor Gericht zu wiederholen. Zudem würden sich die Aussagen auch aus der echtzeitlichen Telefonnotiz des Rechtsvertreters vom 19. August 2019 ergeben. Es bestünden überhaupt keine Anzeichen dafür, dass die Klägerin sich eine solche Geschichte ausdenken sollte (act. 2 N 30 f.). Zudem habe sie nicht zu belegen, dass die von ihr als problematisch erachteten Vorgänge tatsächlich einen Einfluss auf die Begutachtung gehabt hätten. Denn damit

verlange die Vorinstanz im Ergebnis den Nachweis von ihr, dass der Gutachter tatsächlich befangen sei, was nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung kaum je bewiesen werden und deswegen auch nicht vorausgesetzt werden könne (act. 2 Rz. 29).

4.3.2. Die Vorinstanz hält dazu fest, der Gutachter bestreite, sich unpassend zum Anwaltswechsel auf Seiten der Klägerin sowie zur Ablehnung des Biomechanikers G._____ geäußert zu haben. Selbst wenn die entsprechenden Äusserungen des Gutachters – wie von der Klägerin ausgeführt – stattgefunden hätten, sei daraus kein Befangenheitsgrund abzuleiten. Es sei nicht erkennbar und auch nicht substantiiert behauptet worden, wie diese Äusserungen die gutachterliche Tätigkeit beeinflusst haben sollten (act. 6 E. 3.3.4.1. ff.).

4.3.3. Die gerügten Aussagen des Gutachters sind bestritten. Es obliegt der Klägerin, die Tatsachen, die auf eine Befangenheit schliessen lassen, glaubhaft zu machen. Sowohl die Ausführungen in der Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 3. Oktober 2021 als auch diejenigen in der Telefonnotiz ihres Rechtsvertreters vom 19. August 2019 (act. 7/299/1-2) stellen im Wesentlichen Parteibehauptungen dar. Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass es sich beim Verfasser der Telefonnotiz um den Rechtsvertreter der Klägerin handelt, zumal in dieser Urkunde lediglich die Ausführungen der Klägerin wiedergegeben werden. Diese Belege genügen nicht, um die bestrittene Tatsache hinreichend zu untermauern. Deshalb geht die Klägerin auch fehl, wenn sie annimmt, aus dem blossen Umstand, dass der Gutachter die Behauptungen bestreitet, ergebe sich der Anschein der Befangenheit (act. 2 Rz. 31). Dass die Vorinstanz die offerierte Parteibefragung nicht abgenommen hat, ist aufgrund des summarischen Charakters des Ausstandsverfahrens nicht zu beanstanden (vgl. Art. 254 Abs. 1 ZPO). Es bleibt deshalb dabei, dass es der Klägerin nicht gelingt, die inkriminierten Äusserungen des Gutachters glaubhaft zu machen.. Im Übrigen wäre die behauptete kritische Bemerkung zum Vorgehen des klägerischen Rechtsvertreters bei der Ablehnung des vorgeschlagenen biomechanischen Sachverständigen (vgl. act. 7/212 S. 12) ohnehin nicht geeignet, den Anschein der Unvoreingenommenheit des Gutachters gegenüber der Klägerin zu begründen.

4.4.1. Die Klägerin hält weiter daran fest, mit der Frage des Gutachters, ob sie sich im Bereich Schleudertrauma weitergebildet hätte, zweifle er ihre Glaubwürdigkeit subtil an. Es handle sich um eine vergleichbare Situation wie im Falle eines Experten, welcher die Glaubwürdigkeit eines Exploranden generell anzweifle, weil dieser nicht pünktlich zur Begutachtung erschienen sei. Die Bemerkung hinterlasse den Eindruck, als lehne der Gutachter die Existenz von Schleudertraumabeschwerden generell ab, was mit einer unbefangenen Begutachtung nicht vereinbar sei. Da es keine Weiterbildung betreffend «Schleudertrauma» gebe, habe die Frage offensichtlich auch keinen erkenntnisbringenden Zweck gehabt. Die Frage offenbare die Antipathie des Gutachters gegenüber der Klägerin und die Ablehnung von Beschwerden aufgrund von HWS-Distorsionen generell (act. 2 Rz. 40 ff.).

Zudem sei die im Gutachten festgehaltene Bemerkung, wonach "in den vergangenen Jahren immer wieder versucht worden sei, Grashalme der Hoffnung zu konstruieren", herabwürdigend. Es mache einen Unterschied, ob eine andere fachliche Meinung sachlich begründet werde oder aber einseitig gefärbt sei. Es sei aktenwidrig, polemisch und unkollegial, wenn der Gutachter fünf medizinischen Fachexperten unterstelle, sie hätten etwas konstruiert, an das sich die Klägerin festzuklammern versuche. Eine solche Bemerkung passe eher in eine Rechtsschrift von einer beklagten Versicherungsgesellschaft, nicht aber in ein unabhängiges medizinisches Gutachten. Dies sei einem unabhängigen Gutachter nicht gestattet (act. 2 Rz. 45 ff.). Damit unterstelle er den medizinischen Berufskollegen, sie hätten irgendwas konstruiert. Die Klägerin wirft der Vorinstanz vor, sich nur rudimentär mit ihren Vorbringen auseinandergesetzt zu haben (act. 2 Rz. 45; vgl. auch Rz. 48).

4.4.2. Die Vorinstanz erwog zusammengefasst, die Klägerin habe nicht genügend substantiiert, worin die ehrverletzenden Behauptungen bestehen würden bzw. was daraus den Anschein der Befangenheit erwecken lassen sollte. Folglich könne die Klägerin aus diesen Behauptungen nichts zu ihren Gunsten ableiten (act. 6 E. 3.3.5.3).

4.4.3. Aus dem Gutachten geht hervor, dass der Gutachter die Klägerin direkt und bewusst fragte, ob sie sich im Bereich Schleudertrauma weitergebildet habe, was sich aufgedrängt habe, weil sie systematisch sämtliche möglichen Symptome nach einem Schleudertrauma – ohne lange nachzudenken – aufgelistet habe (act. 7/255/1 S. 7 und S. 76). Ob der Gutachter die Glaubwürdigkeit der Klägerin damit tatsächlich anzweifelt(e), wie es die Klägerin behauptet, kann daraus nicht erkannt werden. Dem Gutachten lässt sich ansonsten nicht entnehmen und dies wird auch nicht näher begründet, der Gutachter habe der Klägerin keinen Glauben geschenkt oder er habe sie in irgendeiner Weise negativ behandelt oder ihren Gesundheitszustand bewusst zu positiv beurteilt (im Gegensatz zum Sachverhalt im von der Klägerin zitierten Urteil BGE 120 V 357 E. 3b, in welchem der Gutachter aufgrund der Erklärungen des Patienten, weshalb er zur Untersuchung verspätet erschienen sei, ihm wiederholt die Glaubwürdigkeit abgesprochen und schwerwiegende Vorwürfe gemacht hat). So kam der Gutachter beispielsweise zur Überzeugung, die Klägerin habe aufgrund der Beschwerden und klinischen Zeichen vor dem Unfall vom 3. Juli 2000 eine Steigerung von mehr als 50 % in ihrem angestammten Beruf nicht leisten können (vgl. act. 7/255/1 S. 78 f. unten). Ferner ist es gerade die Aufgabe eines Gutachters, anlässlich der Begutachtung tatsachenrelevante – d.h. medizinisch-relevante – Informationen zu sammeln. Darunter gehört auch bis zu einem gewissen Grad die Frage, wie stark er auf die Aussagen einer Patientin vertrauen kann, wenn es um das Erfassen von Beschwerden im Rahmen einer Anamnese geht. Auf die Frage des Gutachters nach der "Weiterbildung" antwortete die Klägerin, sie hätte keine spezifischen Unterlagen und Informationen über das Schleudertrauma konsultiert (act. 7/255/1 S. 7). Damit schien sie damals – selbst aus ihrer subjektiven Warte – die Frage ohne eine negative Konnotation aufgefasst zu haben (vgl. dahingehende Bemerkung in act. 2 Rz. 41 1. Aufzählungszeichen). Ob es eine "Weiterbildung" im Bereich Schleudertrauma gibt oder nicht (act. 2 Rz. 41 2. Aufzählungszeichen), ist im Übrigen irrelevant. Aus der Frage lässt sich jedenfalls entgegen der Auffassung der Klägerin nicht schliessen, der Gutachter lehne die Existenz von Schleudertraumabeschwerden konkret oder generell ab (vgl. act. 2 Rz. 42). Wie die gutachterlichen Feststellungen zum Beschwerdebild der Klägerin schliesslich zu werten

sind, ist nicht im Ausstandsverfahren zu prüfen. Die Würdigung hat im Hauptverfahren 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). Eine Unsachlichkeit oder Voreingenommenheit, die den Anschein der Befangenheit ergäbe, kann darin nicht erkannt werden.

Was die allenfalls etwas unglückliche Formulierung betreffend Grashalme der Hoffnung betrifft, kann offengelassen werden, inwieweit der Gutachter anderer fachlicher Meinung ist als die von der Klägerin zuvor aufgesuchten Ärzte. Dies ist nicht im Ausstandsverfahren zu beurteilen. Die fragliche Bemerkung ist sehr pauschal formuliert und als blosses Résumé der vorstehenden, ausführlicheren Darlegungen des Gutachters zu verstehen, die Aktenlage und das Beschwerdebild würden keine schlüssigen Feststellungen zur Kausalität zulassen. Entsprechend dürfte der Bemerkung in der Beweiswürdigung wenig Bedeutung zukommen. Dass der Gutachter damit seinen *Berufskollegen* etwas unterstellen wollte, ergibt sich daraus ebenfalls nicht. Die Klägerin lässt offen, was diesen damit im Einzelnen unterstellt werden sollte. Sie setzt sich zudem mit den vom Gutachter aufgelisteten und diskutierten Punkten nicht auseinander und bringt nicht vor, der Gutachter habe die Berichte anderer Ärzte unangemessen gewürdigt oder herabwürdigende, polemische und unkollegiale Aussagen diesen gegenüber gemacht. Die fragliche Aussage des Gutachters erweckt in Anbetracht der weiteren inhaltlichen Auseinandersetzung im Gutachten im Übrigen nicht den Eindruck, der Fall wäre aus seiner Sicht medizinisch nicht ernsthaft umstritten, sondern völlig klar (act. 2 Rz. 47). Der Vorinstanz ist daher zuzustimmen, dass daraus kein Misstrauen in die Unabhängigkeit des Gutachters hergeleitet werden kann.

Inwiefern die Aussage gegenüber der Klägerin herabwürdigend und damit ehrverletzend sei (act. 2 Rz. 45), wurde nicht dargelegt. Damit ist nicht weiter darauf einzugehen.

4.5.1. Zum Vorwurf der unzulässigen Beweiswürdigung durch den Gutachter (act. 2 Rz 50 ff.) ist vorab festzuhalten, dass er auf die Frage, mit welcher Wahrscheinlichkeit sich die vorbestehenden gesundheitlichen Beschwerden der Klägerin ohne den Unfall vom 3. Juli 2000 entwickelt hätten, einleitend festhielt, dass

darüber nur spekuliert werden könne. Irgendeine Aussage dazu, die sich auf objektive Fakten abstütze, sei aus der Perspektive des Jahres 2020 wohl nicht mehr möglich. Danach äussert er sich zur Arbeitsfähigkeit der Klägerin vor dem Unfallereignis und der Wahrscheinlichkeit einer Pensumserhöhung per Juli oder August 2000 bei Annahme, der Unfall hätte nicht stattgefunden. In diesem Zusammenhang kommt der Gutachter zum Schluss, dass eine Pensumserhöhung möglich, aber nicht sehr wahrscheinlich gewesen wäre, und stellt die Frage: "Warum gerade ausgerechnet im Juli 2000, was dann durch das neue Unfallereignis verunmöglicht worden sei?" (act. 7/255/1 S. 81). Die Klägerin ist der Auffassung, dass der Gutachter mit der Frage eine unzulässige juristische Beweiswürdigung vorgenommen habe. Denn die Frage habe nicht gelautet, ob sie das Arbeitspensum per Juli 2000 tatsächlich erhöht hätte, sondern wie der Verlauf der Beschwerden ohne Unfall vom 3. Juli 2000 gewesen wäre. Indem der Gutachter diese rhetorische Frage stelle, bediene er sich der Sprache eines Parteivertreters. Es reiche zur Annahme der Befangenheit, dass sich der Gutachter hier nicht nur fachlich, sondern gleichsam juristisch äussere und eine eigentliche Beweiswürdigung vornehme; dies falle aber nicht in seinen Aufgabenbereich (act. 2 Rz. 51 f.)

4.5.2. Die Vorinstanz erwog, es sei nicht ersichtlich und auch nicht behauptet, dass die allfällige fehlerhafte Annahme bzw. Interpretation des Sachverhaltes durch den Gutachter einen Einfluss auf das Ergebnis der Begutachtung gehabt habe. Was daran eine unzulässige Beweiswürdigung sein solle, erschliesse sich nicht. Da dieses Element für die Beurteilung bzw. Schlussfolgerung des Gutachters desweiteren nicht wesentlich erscheine – dies auch nicht entsprechend von der Klägerin vorgebracht worden sei –, sei daraus nichts zugunsten der Klägerin abzuleiten (act. 6 E. 3.3.6.1. ff.).

4.5.3. Die Klägerin setzt sich mit diesen Erwägungen nicht näher auseinander. Inwiefern in der Frage eine Beweiswürdigung vorgenommen wurde, scheint denn auch unklar. Es dürfte sich vielmehr um eine – zwar unnötige – rhetorische Frage handeln. Die Klägerin hat – wie sie zu Recht vorbringt – nicht darzulegen, inwiefern die Frage des Gutachters das Ergebnis der Begutachtung beeinflusst habe; wenn sie aber eine unzulässige Beweiswürdigung behauptet, hat sie nachvoll-

ziehbar aufzuzeigen, inwiefern eine solche vorgenommen wurde. In der vom Gutachter aufgeworfenen Frage lässt sich aber keine ergebnisorientierte (juristische) Beweiswürdigung erkennen. Sie ist im Gesamtkontext seiner Antwort zu verstehen, die der Gutachter damit einleitet, über den hypothetischen Verlauf der Beschwerden könne nur spekuliert werden und es sei keine objektive Aussage mehr möglich. Die Beweiswürdigung wird aufgrund der gesamten Antworten des Gutachters vom Gericht im Hauptverfahren vorzunehmen sein. Dem gerügten Frage-satz kommt dabei, wie die Vorinstanz zutreffend erkannte, keine ersichtliche Relevanz zu. Der Vollständigkeit halber ist festzuhalten, dass die Klägerin – entgegen ihrer Ausführungen – in ihrer Klage nicht den 1. Januar 2001 als Erhöhungsdatum angab, sondern davon ausging, dass sie "spätestens" ab diesem Datum wiederum voll als Tramführerin gearbeitet hätte (act. 7/2 Rz. 46).

5. Zusammenfassend vermögen die gerügten Bemerkungen im Gutachten den Anschein der Befangenheit des Gutachters nicht zu erzeugen. Aufgrund der dargelegten Erwägungen erweist sich die Beschwerde als unbegründet. Sie ist deshalb abzuweisen.

6. Beim Eventualantrag der Klägerin betreffend Feststellung der reduzierten Beweiskraft des Gutachtens handelt es sich um einen neuen Antrag. Ein solcher ist im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO). Folglich ist auf diesen nicht einzutreten.

III.

In Anwendung von § 9 Abs. 1 in Verbindung mit § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG ist die Gerichtsgebühr für das Beschwerdeverfahren auf CHF1'000.– festzusetzen. Sie ist ausgangsgemäss der Klägerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen; der Klägerin nicht, weil sie unterliegt, und der Beklagten nicht, weil ihr im Zusammenhang mit dem Beschwerdeverfahren keine Umtriebe entstanden sind.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf CHF 1'000.– festgesetzt und der Klägerin auferlegt.
3. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte unter Beilage eines Doppels von act. 2, sowie an das Bezirksgericht Uster, 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 über CHF 30'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

MLaw B. Lakic

versandt am:

