

# Die vorsorgliche Beweisführung, das Recht auf Beweis und das schützenswerte Interesse in der neuen Zivilprozessordnung<sup>1</sup>

## I. Das Recht auf Beweis nach Art. 6 EMRK und Art. 29 Abs. 2 BV

Dass der Zivilprozess sich im Gegensatz zu den Verwaltungs- und Strafverfahren hauptsächlich durch die Verhandlungs- und Dispositionsmaxime definiert (vgl. 55, 221 ff. ZPO)<sup>2</sup>, dürfte als Binsenwahrheit durchgehen. Die Parteien haben die entscheidenden Behauptungen aufzustellen und die entsprechenden Beweise zu nennen- und zwar bis zur Hauptverhandlung, nach Möglichkeit bereits in der ersten Klageschrift, allenfalls in einem zweiten Schriftenwechsel, allenfalls in der Instruktionsverhandlung- so will es die Eventualmaxime. Das Beweisverfahren setzt also ein Behauptungsverfahren voraus, die hier geltend gemachten Umstände sollen im anschliessenden Beweisverfahren erhärtet werden.

Die Gegenseite hat ihre Bestreitungen ebenfalls vor der Hauptverhandlung, also im (zweiten)Schriftenwechsel oder ggf. bis in der Instruktionsverhandlung im Behauptungsstadium vorzubringen, ansonsten sie mit weiteren Behauptungen, Vorbringen und Beweismitteln ausgeschlossen wird- es sei denn, sie könne sich auf das Novenrecht berufen.<sup>3</sup> Die Schöpfer des ordentlichen Zivilprozesses gliederten das Verfahrensrecht somit im Wesentlichen in ein Behauptungsstadium- das sich wohl zwischen der Klageeinleitung und dem Hauptverfahren abspielen soll, wo der Prozessstoff konzentriert vorzubringen ist- in ein Beweisprocedere und die

---

<sup>1</sup> Von RA Philip Stolkin LL.M., Fachanwalt SAV für Haftpflicht- und Versicherungsrecht in Zürich: Mitglied von Robin Law/ Robin des Lois. Nach einem wahren Prozess, der mit Bger 4A\_322/2012, sein vorläufiges Ende gefunden hat. Gedankt sei in diesem Zusammenhang Kaspar Saner, Martin H. Sterchi, Daniel Alder, David Husmann und Patrick Wagner für ihre wertvollen Hinweise. Zu danken sei auch meinem Team, das selbst zu später Stunde noch bereit ist, wichtigste Arbeiten im Dienste der Sache vorzunehmen. In diesem Zusammenhang verfasste Professor Dr. Isaak Meier ein Gutachten im Auftrage von mir und David Husmann mit dem Titel: Zulässigkeit von medizinischen Gutachten als vorsorgliche Beweisführung nach Art. 158 ZPO vor Einleitung eines Haftpflichtprozesses, das sowohl in meiner Kanzlei als auch bei den schadenanwälten bezogen werden kann und in der Folge mit Gutachten S. (...) zitiert wird.

<sup>2</sup> Vgl. aber Artt. 243 ff, 247 bei einem Streitwert bis zu 30'000.00 Franken und Art. 255 ZPO im Konkursverfahren und der freiwilligen Gerichtsbarkeit; vgl. Walter, Einleitungsartikel, Art. 8 Rz. Z. 15 ff.

<sup>3</sup> Vgl. Leuenberger, in Sutter/Somm/Hasenböhler, Zürcher Komm. ZPO, 2. Aufl. 2013, Art. 229 Rz. 4, vgl. Killias, BK-ZPO, Art. 229 Rz. 8, Staehelin/Staehlin/Grollmund, 2. Aufl. Zürich, Basel, Genf 2013 § 10 Rz. 40 a, S. 153

anschliessende Urteilsfindung: Das Gericht will sich vom Wahrheitsgehalt einer Behauptung, des vorgetragenen und zusammengetragenen Prozessstoffes, je nach Beweismass überzeugen. Hat es alle Tatsachen und die zugehörigen Beweise vor sich liegen, ist es – so die Hoffnung - zu einem Urteilsspruch befähigt: Alles zu seiner Zeit, nach einer strengen Reihenfolge: Das Resultat des Erkenntnisverfahrens wird alsdann in einem formalisierten Verfahren vollstreckt.

Die Wahrheitsfindung wird also ritualisiert, Behauptungen und Beweismittel sind lediglich bis zu einem bestimmten Zeitpunkt zugelassen,<sup>4</sup> und zwar selbst wenn sie von entscheidungsrelevanter Bedeutung wären und nur das entscheidende Momentum verpasst wurde, werden sie nach dem Aktenschluss nicht mehr berücksichtigt.<sup>5</sup> Die richterliche Erkenntnis wird nach ganz bestimmten Gesetzmässigkeiten gewonnen – was mit dem tatsächlich Geschehenen unter Umständen wenig zu tun hat; ein Ritual, das nur den Rechtskundigen bekannt ist und das für Laien orakelhaft erscheint. Auf jeden Fall: Haben die Parteien die Frist und Formvorschriften eingehalten, folgt daraus ein Recht auf Beweis, auf die förmliche Abnahme der von ihnen angebotenen Urkunden und Zeugenaussagen, Augenscheine und Gutachten.<sup>6</sup> Hintergrund dieser ritualisierten Wahrheitsfindung ist der in den internationalen Verträgen, aber auch in der Bundesverfassung geregelte Anspruch auf ein faires Verfahren und hier der Anspruch auf ein rechtliches Gehör.<sup>7</sup> Art. 29 Abs. 2 BV, 6 EMRK Art. 14 UNO – Pakt II garantieren auf Stufe von Verfassung und Konvention das Recht des Einzelnen, dass formgültig angebotene Beweise auch abgenommen werden, soweit die zu beweisende Tatsache rechtserheblich und das angebotene Beweismittel nicht geradezu untauglich ist, den behaupteten Sachverhalt zu beweisen.<sup>8</sup> Was das Bundesprivatrecht anbelangt, kann ein deckungsgleicher Anspruch aus Art. 8 ZGB gewonnen werden.<sup>9</sup> Die neue Zivilprozessordnung kanalisiert das Recht auf Beweis in Art. 150, 151 und 152 ZPO – aber eben auch in Art. 158 ZPO.

Zunächst wird eingeleitet, später behauptet, dann bewiesen, dann geurteilt? Nun, da gibt es noch Art. 158 ZPO, der jederzeit eine (vorsorgliche) Beweisabnahme erlaubt, also auch bevor es zu einer

---

<sup>4</sup> Vgl. vgl. 221, 229 ZPO

<sup>5</sup> Vgl. hierzu auch Walter, in BK-Einleitungsartikel, Art. 8 Rz. 14, S. 1055

<sup>6</sup> Vgl. Brönnimann, BK-ZPO, Art. 152 Rz.17 ff, S. 1663 f.

<sup>7</sup> Vgl. statt vieler Groner, Beweisrecht, Bern 2011, S. 56 mit Hinweisen

<sup>8</sup> Vgl. Steinmann, St. Galler-Kommentar, 2. Aufl. 2008, Art. 29 Rz. 26, S. 592; Karpenstein/Mayer, EMRK-Kommentar, 2012, Art. 6 Rz. 100, S. 166

<sup>9</sup> Vgl. Schmid/Lardelli, BSK- ZGB –I, 4. Aufl. 2010, Art. 8 Rz. 11, S. 112; Staehlin/Staehlin/Grolimund, Zivilprozessrecht § 18 N. 21, S. 258; Bühler, Beweis und Beweiswürdigung nach der schweizerischen Zivilprozessordnung, Haftpflichtprozess 2010, S. 88; vgl. Dombho Beer vs. B.V., Urteil EGMR vom 27. Oktober 1993, Applicationnr. 14448/ 88, § 33, Mantovalli vs. Italy, Applicationnr. 214977 93, § 33,

allfälligen Auseinandersetzung kommt: Der Massnahmerichter lässt die vorsorgliche Beweismassnahme zu, wenn ein gesetzlicher Anspruch gegeben ist (lit.a), wenn der Gesuchsteller eine Gefährdung eines Beweismittels oder wenn ein schützenswertes Interesse glaubhaft macht, beides in lit. b: Unter dem gesetzlichen Anspruch nach Art. 158 lit. a ZPO, versteht die herrschende Lehre nur solche die sich aus spezialrechtlichen Tatbeständen ergeben.<sup>10</sup>

M.E. ist die Frage zu stellen, inwieweit der beweisbelasteten Partei nicht ein rechtlicher, gesetzlicher Anspruch im Sinne von lit. a zuzugestehen ist. Immerhin leitet sich ein solcher Anspruch auch Art. 8 ZGB ein solches Recht auf Beweis ab, was das der Gesetzgeber spiegelbildlich auch in Art. 152 ZPO niederschrieb, wobei er die Einhaltung der Frist und Formvorschriften zur Prämisse machte.<sup>1</sup> Geht man nun von der systematischen Einordnung des Art. 158 ZPO aus, nämlich bei den allgemeinen Bestimmungen des Beweisrechts, so entspricht auch eine jederzeitige Beweisabnahme den bekannten Formen des Beweisrechts. Soweit der Gesuchsteller also beweisbelastet ist, ein Beweismittel entsprechend dem Numerus clausus (vgl. Art. 168 ZPO) gewählt hat, sein Begehren also den zulässigen Form- und Fristanforderungen des summarischen Verfahrens entspricht, hat er einen gesetzlichen Anspruch aus Art. 152 ZPO und damit auch Art. 8 ZGB: Folgt doch sein Begehren dem das Beweisverfahren beherrschenden Recht auf Beweisführung respektive dem Anspruch auf ein rechtliches Gehör innerhalb eines fairen Verfahrens im Sinne der Verfassungs – und Konventionsbestimmungen.. Demzufolge fände das Gesuch um vorsorgliche Beweisabnahme bereits im Sinne von Art. 158 lit. a ZPO seine gesetzliche Grundlage.

Die herrschende Lehre und mit ihr auch die kantonale Rechtsprechung indes will Art. 158 lit. a ZPO nur auf spezialrechtliche Tatbestände angewandt haben, weshalb diese Gedanken hier nicht fortgesetzt werden sollen, und des Aktualitätsbezugs wegen direkt das schutzwürdige Interesse anzusteuern sein wird, eine Diskussion indes, die sich häufig vermeiden liesse, subsumierte man die vorsorgliche Beweisabnahme in Form eines Gutachtens direkt unter lit. a statt unter lit b zweiter Satzteil, einer vorsorglichen Beweisabnahme bei schützenswertem Interesse. Wie auch immer dem sein mag: Art. 158 führt zu prozessökonomischen Vorteilen, da unter richterlicher Aufsicht das zentrale Beweismittel zuvor erhoben wird, was nachstehend zu erörtern sein wird, allerdings subsumiert unter Art. 158 Abs. 1 lit. b dem Topos des schützenswertem Interesses..

---

<sup>10</sup> Vgl. Fellmann, in Sutter/Somm/Hasenböhler, Zürcher Komm.2. Aufl. 2013, S. 1086 und der dortigen Aufstellung der gesetzlichen Ansprüche..

## II. Zu Art. 158 Abs. 1lit. b ZPO, dem schutzwürdigen Interesse, den Personenschäden und den medizinischen Gutachten

### A. Glaubhaftmachung des Anspruchs

Das schutzwürdige Interesse hängt nach Meinung des Bundesgerichts stets mit der Durchsetzung eines materiellrechtlichen Anspruchs zusammen,<sup>11</sup> einen privatrechtlichen Anspruch also, den der Gesuchsteller gegen seinen Opponenten durchzusetzen gedenkt: Die materielle Berechtigung muss nicht im Sinne eines Regelbeweises bewiesen werden, es genügt, wenn der Gesuchsteller sein Recht *glaubhaft* macht, das er mit der vorsorglichen Beweismassnahme nachzuweisen gedenkt.. Entsprechend diesem Beweismass hat der Gesuchsteller seinen Anspruch zu substantizieren. Im ersten veröffentlichten Leitentscheid BGE 138 II 76 ging das Bundesgericht denn auch davon aus, der Gesuchsteller seinen Anspruch zu substantizieren, eine einfache Behauptung genüge nicht. Lediglich für Tatsachen, die mit dem vorsorglich abzunehmenden Beweismittel bewiesen werden sollen, genüge die substantizierte Behauptung allein.<sup>12</sup> Wie allerdings eine Substanziierung im Falle der Glaubhaftmachung auszusehen hat, beschrieb das Bundesgericht nicht. Um dies zu ergründen sei auf die bundesgerichtliche Definition der Glaubhaftmachung – dem niedrigsten Beweismass schweizerischen Rechts – verwiesen, also auf BGE 130 II 321, 325:

*„Glaubhaft gemacht ist eine Tatsache schon dann, wenn für deren Vorhandensein gewisse Elemente sprechen, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte(...). Demgegenüber sind die Anforderungen beim Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit höher: Die Möglichkeit, dass es sich auch anders verhalten könnte, schliesst die überwiegende Wahrscheinlichkeit zwar nicht aus, darf aber für die betreffende Tatsache weder eine massgebende Rolle spielen noch vernünftigerweise in Betracht fallen. Die einfache Wahrscheinlichkeit oder Glaubhaftmachung ist erreicht, wenn der Richter vernünftigerweise und nach objektiven Gesichtspunkten von der Wahrheit einer Tatsache überzeugt ist. (Hervorhebung Verfasser).<sup>13</sup>*

Folgt man also dieser Rechtsprechung ist der Substanziierung eines glaubhaft gemachten Anspruchs genüge getan, wenn objektive Gesichtswinkel in der Rechtschrift geltend gemacht werden, die für die Schuld des Gesuchsgegners sprechen, wenn er also die gewissen Elemente nennt, die für die

---

<sup>11</sup> Vgl. BGE 138 III 76; Bger 4 A\_ 322/2012 vom 21. Februar 2012 Er.w. 2.2

<sup>12</sup> Vgl. Bger 4 A\_322/ 2012 vom 21. Februar 2012 Erw. 2.2

<sup>13</sup> Vgl. Im Gegensatz zu manchem Verfasser, geht das Bundesgericht also gerade nicht von Prozentzahlen aus, definiert es das Beweismass, was auch wenig plastisch erfassbar erscheint- und den Weg zu einer willkürlichen Beweiswürdigung eröffnet: Muss doch das Gericht dann nicht mehr begründen, gibt es eine gewisse abstrakte Prozentzahl an.

Möglichkeit eines Anspruchs sprechen: Dass die Anforderungen an die Substanziierung aber nicht überspannt werden dürfen, ergibt sich auch aus der Zielsetzung des Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO, die Schwelle beim schutzwürdigen Interesse nicht zu hoch anzusetzen- was im Umkehrschluss auch für die Substanziierungslast gelten muss..<sup>14</sup> Werden zu hohe Anforderungen an die Substanziierung gestellt, so führt dies auch einem unauflösbaren Konflikt mit dem herabgesetzten Beweismass der Glaubhaftmachung, das ja objektive Anhaltspunkte genügen lässt. Vergegenwärtigt man sich also nun das herabgesetzte Beweismass, so kann spiegelbildlich nicht eine bis ins letzte Detail reichende Substanziierung verlangt werden, wie dies für den Regelbeweis der Fall sein dürfte: Dies muss insbesondere dann gelten, wenn – wie bei Personenschäden so häufig- eine vorsorgliche Beweisabnahme in Form eines medizinischen Gutachtens verlangt wird, wo ohnehin einem Laien der Medizin kaum auferlegt werden kann, den Inhalt des Gutachtens bis ins letzte Detail im Voraus zu umschreiben: Erst wenn der Mediziner seine Fachmeinung abgibt, ist die Partei aufgrund dieses Erkenntnisgewinnes in der Lage den Sachverhalt zur Gänze zu erfassen und folgerichtig Beweis zu führen. Da ihr das spezifische Wissen fehlt, entfallen in diesem Umfang auch die Substanziierungspflichten. Der Partei kann nicht zugemutet werden, Sachen zu substanziieren, von der – schon allein aus wissenschaftlicher Warte betrachtet – keine Kenntnis hat. Es kann daher dem Gesuchsteller nicht zugemutet werden, diejenigen Tatsachen substanziert zu behaupten, deren Kenntnis spezifisches Sachverständigenwissens eines Experten erfordert.<sup>15</sup>

Daher muss – gerade bei Gutachten - eine begründete, plausible Behauptung verbunden mit den erhältlichen und von der Partei erfassbaren Beweismitteln für die Substanziierung genügen: Es ist auch unter diesem Aspekt ausreichend, wenn nach dem Sachvortrag eine gewisse Wahrscheinlichkeit für das Vorhandensein der Tatsache spricht, das Gericht aber dennoch mit der Möglichkeit rechnet, sie habe sich nicht verwirklicht.<sup>16</sup>

Tatsächlich gilt es zu konstatieren, dass das Bundesgericht im bereits erwähnten BGE 138 III 76 ein Gesuch einer vorsorglichen Beweisführung an der Substanziierung scheitern liess. Allerdings beurteilte das Bundesgericht beim grundlegenden BGE 138 III 76, 82 eine Streitigkeit aus dem Bereich des Patentrechts, wo Art. 77 PatG die vorsorgliche Beweisführung ebenfalls regelt. Entsprechend dieser Bestimmung, die ebenfalls die Beweissicherung zum Gegenstand hat (vgl. lit. a), kann in lit. b die Beschreibung erstens der angeblich widerrechtlich angewendeten Verfahren, zweitens der angeblich widerrechtlich hergestellten Erzeugnisse neben der in lit. c geregelten

---

<sup>14</sup> Vgl. Bger 4A\_488/2012, Urteil vom 5. November 2012, Erw. 2: Bger 4 A\_322/2012, Urteil vom 21. Februar 2012 Erw. 2.2

<sup>15</sup> Vgl. Klilias, BK-ZPO, Art. 221 Rz. 23, S. 2237

<sup>16</sup> Vgl. BGE 130 II 321

Beschlagnahme verlangt werden.<sup>17</sup> Beantragt eine Partei also eine Beschreibung, hat die Partei glaubhaft zu machen, dass ein ihr zustehender Anspruch verletzt wurde, ein Sachverhalt vorliegt, aus dem eine solche Verletzung hervorgeht.<sup>18</sup> Das Bundesgericht hatte sich zunächst entschieden die diese Bestimmung aus dem Patentrecht parallel neben Art. 158 ZPO zu wenden. Dass die Angelegenheit in der Folge an der Substanziierung scheiterte liegt auch an den Besonderheiten des Patentrechts, das einen Anspruch erst dann entstehen lässt, wenn das Patent selbst verletzt wird, was wiederum konzis zu behaupten ist.

Vergleicht man diese Ausgangslage mit der im Haftpflichtrecht üblichen, sind doch gewichtige Unterschiede zu verzeichnen. So ergibt sich der materielle Anspruch im Patentrecht aus der Verletzung des Ausschliesslichkeitsrechts, eines Patentes, das zuvor hinterlegt und dessen Schutzbereich erst prozessual definiert werden muss: Demgegenüber liegt in unserem Rechtsgebiet ein Personen- oder Sachschaden vor, sind die rechtlichen Grundlagen bereits im Gesetz hinterlegt und ergeben sich durch eine Subsumtion. In privatrechtlichen Haftungsfragen ergeben sich die Anspruchsgrundlagen meist aus dem Vertragsbruch, der Schaden aus der Differenzhypothese, zum Beispiel aus Art. 328 OR, oder aus Art. 398 ff. OR, aus Werk- allenfalls des Kauf- und Gesellschaftsrechts. Gleiches gilt wenn der Geschädigte wegen eines Unfalls oder dergleichen die Verletzung einer ausservertraglicher Verschuldens-, Kausal- und Gefährdungshaftungen geltend macht – auch hier sind die Prämissen und die Grenzen der Verantwortlichkeit im Gesetz festgelegt, etwa in Art. 41 ff OR, in Art. 56 SVG und vergleichbaren Spezialbestimmungen etwa im Elektrizitätsgesetz, Kernenergiehaftpflichtgesetz, Kollektivanlagengesetz etc. Die Anspruchsgrundlage ist jeweils eindeutig, die Beweislast ebenfalls; der Gesuchsgegner steht meist

---

<sup>17</sup> Art. 77 PatG. 1 Ersucht eine Person um Anordnung vorsorglicher Massnahmen, so

kann sie insbesondere verlangen, dass das Gericht anordnet:

a. Massnahmen zur Beweissicherung, zur Wahrung des bestehenden Zustandes oder zur vorläufigen Vollstreckung von Unterlassungs- und Beseitigungsansprüchen;

b. eine genaue Beschreibung:

1. der angeblich widerrechtlich angewendeten Verfahren,

2. der angeblich widerrechtlich hergestellten Erzeugnisse

sowie der zur Herstellung dienenden Hilfsmittel; oder

c. die Beschlagnahme dieser Gegenstände.

2 Beantragt eine Partei eine Beschreibung, so hat sie glaubhaft zu machen, dass ein ihr zustehender Anspruch verletzt ist oder eine Verletzung zu befürchten ist.

3 Macht die Gegenpartei geltend, dass es sich um Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisse handelt, so trifft das Gericht die erforderlichen Massnahmen zu deren Wahrung. Es kann die antragstellende Partei von der Teilnahme an der Durchführung der Beschreibung ausschliessen.

4 Die Beschreibung mit oder ohne Beschlagnahme wird von einem Mitglied des Bundespatentgerichts durchgeführt, nötigenfalls unter Beizug einer sachverständigen Person. Soweit erforderlich, erfolgt sie in Zusammenarbeit mit den zuständigen kantonalen Instanzen.

5 Bevor die antragstellende Partei vom Ergebnis der Beschreibung Kenntnis nimmt, erhält die Gegenpartei Gelegenheit zur Stellungnahme.

<sup>18</sup> Vgl. Brönnimann, BK-ZPO, Art. 158 Rz. 29, S. 1722

auch mit hinreichender Sicherheit fest, meist der Unfallverursacher (im Strassenverkehr bekannt aus dem Unfallprotokoll), derjenige, der die Sachbeschädigung begangen hat oder der wie auch immer säumige Vertragspartner, der Verwaltungsrat usw: Zu denken ist im SVG neben dem Haftpflichtigen auch das direkte Forderungsrecht gegen die Versicherungsgesellschaft im Sinne von Art. 65 SVG oder 87 VVG gegen die Haftpflichtversicherung oder das Nationale Versicherungsbüro (Art. 69 ff. SVG). Meist dürfte ein Vertrag, ein Unfallprotokoll und weitere Urkunden, wie etwa einige Arztberichte genügen, um hinreichend objektive Anhaltspunkte vorzubringen, die einen Richter von der Möglichkeit eines Anspruchs zu überzeugen vermögen.<sup>19</sup> Die Schadenersatzbemessung erfolgt einheitlich in Anwendung der Art. 43 ff. OR auf die im Vertragsrecht Art. 99 Abs. 3 OR oder im Strassenverkehrsrecht Art. 62 SVG verweist. Damit sind die Reduktionsgründe in allen Bereichen des Schuldrechts gleich anwendbar, wird wohl im ganzen Schadenersatzrecht über Vorzustände, Drittursachen und dergleichen gesprochen werden müssen.

Aus all diesen Gründen wird dem Gericht der anspruchsbegründende Sachverhalt mit hinreichendem Detailierungsgrad zur Kenntnis gebracht wenn der Unfallverursacher im Sinne von Art. 58 SVG, der Arzt, das Spital im Sinne von Art. 398 ff. OR, der Arbeitgeber im Sinne von Art. 328 OR, der Verwaltungsrat etc. bekannt sind, das Tatbeständliche mit objektiven Anhaltspunkten, etwa ein Unfallprotokoll oder Arztberichten umrissen werden, da hier ein rechtlicher Anspruch nicht im vorneherein ausgeschlossen werden kann, eine Haftungsgrundlage zumindest möglich erscheint.<sup>20</sup> Eine weitere Substanziierung ist daher nicht erforderlich. Bleibt also noch das schutzwürdige Interesse im engeren Sinne zu behandeln.

## **B. Zum schutzwürdigen Interesse**

Der Topos des schutzwürdigen Interesses ist in der schweizerischen Rechtslandschaft aus dem Verwaltungsrecht aber auch dem Zivilprozessrechts wohl bekannt und wird häufig verwendet, wenn es darum geht, einen Rechtsweg zu eröffnen - wie ein Blick auf Art. 25a VwVG, auf Art. 59 ZPO oder 76 und 89 BGG aufzeigen. Meist unterfallen diesem Terminus sowohl rechtliche als auch tatsächliche Gegebenheiten: Nun umschreibt das schutzwürdige Interesse also auch Eintretensvoraussetzung des Art. 158 ZPO. Nach Meinung des Bundesgerichts genügt für eben dieses schutzwürdige Interesse, wenn der Gesuchsteller glaubhaft macht, der angestrebte Beweis helfe die Prozessaussichten abzuklären, helfe den Streitgegenstand zu vereinfachen, ermögliche

---

<sup>19</sup> Vgl. Entscheid des Kantonsgericht St. Gallen vom 5. April 2012, BS. 2012, Erw. 2 a, [www.gerichte.sg.ch/home/dienstleistungen/rechtsprechung/kantonstgallen.ch](http://www.gerichte.sg.ch/home/dienstleistungen/rechtsprechung/kantonstgallen.ch)

<sup>20</sup> Vgl. Bger 4 A\_322/2012 Erw.,2.2

einen Vergleich.<sup>21</sup> Aussichtslose Prozesse sollen vermieden -, eine aussergerichtliche Streitbeilegung gefördert - und - wenn es denn gar nicht anders geht - ein künftiger Prozess durch eine bessere Umschreibung des Streitgegenstands vereinfacht werden. Vergegenwärtigt man sich zum Beispiel einen Haftpflichtprozess, in dem die Kausalität entsprechend BGE 134 V 109 durch das medizinische Gutachten bewiesen wird, so wird der Streitgegenstand entscheidend vereinfacht, erhebt das zuständige dieses zentrale Beweismittel im Vorfeld: Je nach Ausgang der Expertise kann der möglichen Prozessausgang zuverlässig eingeschätzt werden.<sup>22</sup> Gerade wenn – wie so häufig in Personenschadensfällen - ein medizinisches Gutachten beantragt wird, das sich trefflich als Vergleichsbasis eignet, lassen sich die Vorteile für das notorisch überlastete Gerichtswesen nicht leugnen, da kaum eine Partei einen Prozess anstreben wird, wenn bereits das gutachterliche Resultat mit eindeutigem Resultat vorweggenommen wird.<sup>23</sup>

Angesichts der prozessökonomisch nicht zu überschätzenden Vorteile, der möglichen Ersparnisse an Zeit und Geld, der Entlastung der Gerichtsinstanzen, leuchtet ein, dass der Gesetzgeber nicht allzu hohe Hürden für die vorsorgliche Beweisabnahme schaffen wollte. Zudem steht das in Art. 158 Abs. 1 lit. b geregelte Institut im Dienste einer funktionierenden, wohlfeilen Rechtsprechung. Ist doch eine vorsorgliche Beweisführung meist mit weniger Kostenfolgen verbunden als ein ganzes Gerichtsverfahren – was es in Zeiten der hohen Kostenvorschüsse, etwa bei Personenschäden - zu berücksichtigen gilt – als Teil der Verfahrensfairness im Sinne von Art. 6 EMRK.

Dementsprechend genügt es, um das schutzwürdige Interesse zu bejahen, wenn der Gesuchsteller einen praktischen Nutzen aus der vorsorglichen Beweisabnahme ziehen kann.<sup>24</sup> Bezogen auf das Gutachten wird das schützenswerte Interesse an der vorsorglichen Beweisführung vor allem dann angezeigt sein, wo früher ein Privatgutachten zur Abschätzung der Prozesschancen eingeholt werden musste: Gerade hier scheinen übrigens auch die Vorteile auf: Hat doch die Privatexpertise nach gängiger Lehrmeinung in aller Regel keinen Beweiswert – oder allenfalls nur dann, wenn es darum geht, den Hauptbeweis zu zerrütten.<sup>25</sup> Die nach den Normen der ZPO angeordnete

---

<sup>21</sup> Vgl. BGE 138 III 76 aber auch statt vieler Mark Schweizer, Vorsorgliche Beweisabnahme nach schweizerischen Zivilgesetzgebung und Patentgesetz, in ZZZ 2010, S. 6

<sup>22</sup> Vgl. Guyan, BSK-ZPO, Art. 158 Rz. 5, S. 764, Stahelin/Stahelin/Grollimund, § 18 Rz, 141, : 301; Schmid, Kuko-ZPO, Art. 158 Rz. 3, Botschaft, 7315; vgl. auch Leuch/Marbach/Sterchi, Art.222 Rz. 1 a, S. 546; vgl. auch Gutachten Meier in den Vorakten, S. 4 ff.

<sup>23</sup> Vgl. Bger 4 A\_ 322/2012 vom 21. Februar 2012 Erw. 2.5, wo davon ausgegangen wird, dass nicht ersichtlich wird, welches andere Beweismittel als ein medizinisches Gutachten überhaupt zur Ergründung der Kausalität beigezogen werden kann.

<sup>24</sup> Vgl. Passadelis, SHK, Art. 158 Rz. 5; Zürcher Dike-Komm. Art. 158 N. 6

<sup>25</sup> Vgl. Urteil des Obergerichts Zug in der Sache Z 2012 27, Urteil vom 24. Oktober 2012



Begutachtung bietet daher freilich eine verlässlichere Grundlage zur Abschätzung allfälliger Risiken als ein Privatgutachten, das allerhöchstens als Gegenbeweis eine gewisse Relevanz erhält.<sup>26</sup> Wohl umfasst das Gesuch um eine vorsorgliche Beweisführung nicht auch die Beweiswürdigung, doch ist bei einem Gutachten in einem allfälligen Folgeprozess zu berücksichtigen, dass ein Gericht den Sachverständigenbericht eingeholt hat – im Gegensatz zu einem Privatgutachten.<sup>27</sup>

Wie auch immer dem sein mag: Bei der Beurteilung des schützenswerten Interesses gilt es auch zu berücksichtigen, dass das Gesuch um vorsorgliche Beweisabnahme auch Ausfluss der Dispositions- und Verhandlungsmaxime des Klägers ist, der im Zuge der Privatautonomie selbst entscheiden kann, wie er gegen seinen Gesuchsgegner vorzugehen gedenkt, und wie er den Beweis führt - ein tragender Rechtsgrundsatz schweizerischen Zivilprozessrechts. Verlangt man zu hohe, nicht erfüllbare Voraussetzungen um eine Beweisabnahme zu bewilligen, unterhöhlt man das Recht des Klägers, den Rechtsweg selbst auszusuchen. Auch der Privatautonomie wegen, sind die Anforderungen an das schutzwürdige Interesse nicht allzu hoch einzustufen, zumal lange Abklärungen mit dem Sinn und Zweck der vorsorglichen Beweisabnahme nicht zu vereinbaren sind: Notgedrungen kämen lange Abklärungen hinzu, verlangte man eine Vielzahl von Erfordernissen, bevor man auf das Gesuch einträte.<sup>28</sup>

Folgerichtig genügt es, wenn die vorsorgliche Beweisführung Unsicherheiten beseitigt, den Gesuchsteller dazu befähigt, den Streitgegenstand näher zu umschreiben, eine aussergerichtliche Streitbeilegung begünstigt und das angebehrte Beweismittel nicht gänzlich untauglich ist: Freilich darf die vorsorgliche Beweisführung nicht aus schikanösen oder rechtsmissbräuchlichen Gründen ergriffen werden.<sup>29</sup> Weiter entfällt das schutzwürdige Interesse wohl dann, wenn bereits ein rechtskräftiges Urteil vorliegt, da dann eine *res iudicata* jegliche weitere Klage ausschliesst, wie ein Blick auf Art. 59 ZPO offenbart.<sup>30</sup> Ist dem aber so, besteht ganz offensichtlich kein schutzwürdiges Interesse mehr, da die Streitsache bereits entschieden ist. Eine Abschätzung der Prozesschancen oder aber ein etwaiger Vergleich entfallen hier im vorneherein – sind inexistent im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung.<sup>31</sup>

---

<sup>26</sup> Vgl. Leuch/Marbach/Sterchi/ Art. 222, Rz. 1 a; vgl. Fellmann, „Die vorsorgliche Beweisführung nach der schweizerischen Zivilprozessordnung“, HAVE-Haftpflichtprozess 2011, S. 102.

<sup>27</sup> Vgl. Brönnimann, BK-ZPO 2012, Art. 158 Rz. 22, S. 1722

<sup>28</sup> Vgl. zum Ganzen Leuch/Marbach/Kellerhals/ Sterchi, Art. 224 Rz. 1, S. 553 f.

<sup>29</sup> Vgl. Fellmann, vorsorgliche Beweisführung, in HAVE-Zivilprozess 2011, S. 102 f.

<sup>30</sup> Vgl. statt vieler Fellmann, 2. Aufl. 2013, Art. 158 Rz. 19, S. 1089

<sup>31</sup> Vgl. Entscheid des Kantonsgerichts St. Gallen vom 5. April 2012 (Fn. 35); vgl. Schweizer (Fn. 23) , vorsorgliche Beweisführung, S. 8

Unzulässig sind nach herrschender Lehre eigentliche Beweisausforschungsbegehren, so genannte „fishing expeditions“ oder „pre trial discoveries“<sup>32</sup>, die jedenfalls bei Personenschäden dann nicht relevant sind, wenn der Geschädigte ein medizinisches Gutachten beantragt, da er hier die Auswirkungen des Unfalls auf seinen eigenen Körper auszuforschen gedenkt, in Ausübung seines Selbstbestimmungsrechts im Sinne von Art. 10 BV und Art. 8 Abs. 1 EMRK: Stimmt der Geschädigte einer Begutachtung zu, was bei einem entsprechenden Antrag wohl zweifelsohne der Fall ist, kann daher nicht von einer „pre trial discovery“ ausgegangen werden. Dessen ungeachtet wird dies immer wieder von den Versicherungsvertretern vorgebracht. Wie gesehen ein Fehlargument, was auch daran ersehen werden kann, dass eine medizinische Begutachtung als zulässige Form der vorsorglichen Beweisaufnahme in den Materialien ausdrücklich erwähnt wird; zudem ein grundsätzlich taugliches Beweismittel in Personenschadenfällen.<sup>33</sup>

Dass keine allzu hohen Anforderungen an das schutzwürdige Interesse gestellt werden dürfen, folgt auch aus der der vormals geltenden bernischen Zivilprozessordnung, einem der Vorbilder<sup>34</sup> des in das eidgenössische Verfahrensrecht übertragenen Institut der vorsorglichen Beweisführung. Entsprechend kann auch deren Kommentierung und Judikatur auch zur Auslegung von Art. 158 ZPO beigezogen werden. Auch nach Meinung des ehemals bernischen Gesetzgebers dient die vorsorgliche Massnahme unter anderem auch zur Schaffung einer verlässlichen Grundlage, zur Abschätzung der Prozesschancen,<sup>35</sup> gerade dann, wenn unterschiedliche Anschauungen vorliegen.<sup>36</sup> Nach altArt. 227 ZPOBE konnte eine vorsorgliche Beweisführung nur dann abgelehnt werden, wenn die zu beweisende Tatsache offensichtlich unerheblich, das Beweismittel ungeeignet war, es im vorneherein ausgeschlossen erschien, dass die zu beweisende Tatsache in einem hängigen oder künftigen Zivilprozess vorgebracht wird, die verlangte Beweisführung lediglich Nebenaspekte des behaupteten Anspruchs betraf oder in der Absicht des Schikanierens vorgebracht wurde. Kurz - das schutzwürdige Interesse war im Kanton Bern dann nicht gegeben, wenn das Beweismittel geradezu untauglich ist, um den Anspruch zu beweisen, wenn das Gesuch einzig aus schikanösen oder klar

---

<sup>32</sup> Vgl. statt vieler Fellmann, in Zürich. Komm, 2. Aufl. 2013. Art. 158 Rz. 17a mit weiteren Hinweisen

<sup>33</sup> Vgl. Stahelin/Stahelin/Grollmund, § 18 Rz, 142.

<sup>34</sup> Neben dem Kanton Bern gab es noch vergleichbare Bestimmungen im Kanton Waadt (vgl. Art. 249 ZPO/VD), in den Kantonen Freiburg (hier Art. 261 ZPO/FR), Jura (Art. 220 ZPO/JU) und was den deutschsprachigen Raum anbelangt auch des Kantons Basel – Stadt: Die anderen Prozessordnungen liessen eine vorsorgliche Beweismassnahme nur dann vor, wenn eine Beweisgefährdung vorlag, zitiert aus Killias/Kramer/ Rohner, gewährt Art. 158 ZPO eine pre-trial discovery nach US-amerikanischem Recht, S. 937 ff.

<sup>35</sup> Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, (Fn. 18), Art. 222 Rz. 1.

<sup>36</sup> Vgl. Bger 4 A\_322/2012 Urteil vom 21. Februar 2013, Erw. 2.2

rechtsmissbräuchlichen Gründen gestellt wurde; Rechtsmissbrauch ist allerdings nur ganz ausnahmsweise anzunehmen.<sup>37</sup>

Führt man sich all die Lehrmeinungen, die vorhergehenden Rechtsordnungen zusammen, so lassen sich Prämissen des vorsorglichen Beweisführung im Wesentlichen auf folgende Punkte reduzieren: Positiv wird verlangt, der Gesuchsteller benötige die vorsorgliche Massnahme zur Abschätzung der Prozesschancen, der Vereinfachung des Streitgegenstandes, es erleichtere ihm einen Vergleichsabschluss, was dem Gerichtswesen vor dem Hintergrund der prozessökonomischen Erleichterung von Art. 158 ZPO dient. Zusätzlich wird verlangt, das angeführte Beweismittel sei tauglich in der bestehenden Streitigkeit die materiell-rechtlichen Ansprüche zu beweisen. Wohl alle in Art. 168 ZPO vorgesehene Beweismittel sind einer vorsorglichen Beweisabnahme zugänglich. Der Gesuchsteller hat den aus dem materiellen Recht folgenden Anspruch zu substantizieren, wobei es genügt, wenn er die objektiven Gesichtswinkel, die Elemente nennt, die für die Möglichkeit einer aus dem privaten Recht abzuleitenden Forderung sprechen. Ferner muss das angeführte Beweismittel auch tauglich sein, den Anspruch zu beweisen. Weitere Voraussetzungen lässt sich weder den Materialien, noch der bundesgerichtlichen Rechtsprechung entnehmen.<sup>38</sup> Wie immer zieht unsere Rechtsordnung eine Grenze beim offensichtlichen Rechtsmissbrauch im Sinne von Art. 2 Abs. 2 ZGB. Die vorsorgliche Beweisabnahme darf sodann nicht sinnwidrig oder aus Schikanegründen vorgebracht werden: Ein offener Rechtsmissbrauch ist allerdings nur ganz ausnahmsweise anzunehmen.<sup>39</sup>

Dessen ungeachtet wird in der Lehre vertreten, das angeführte Beweismittel, die vorsorgliche Beweisabnahme sei nur zulässig, wenn das Beweismittel nicht anderweitig zu beschaffen sei; eine Eintretensvoraussetzung, die den Materialien nicht entnommen werden kann. Weder den Unterlagen des Gesetzgebungsverfahrens, noch in der kantonalen Historie tauchte die Auffassung auf, die vorsorgliche Beweisführung sei gleichsam subsidiärer Natur.<sup>40</sup> Derartiges lässt sich auch nicht mit dem Sinn und Zweck des niederschweligen Zugangs zur vorsorglichen Beweisabnahme in Einklang bringen, weshalb die Möglichkeit, sich das Beweismittel auf anderem Weg zu beschaffen, nicht das schützenswerte Interesse auszuschliessen vermag: Die meisten oberen Kantonsgerichte aber auch das Bundesgericht erwähnen diese Voraussetzung denn auch nicht in ihrer

---

<sup>37</sup> Vgl. auch Gutachten Meier, Ziff. 4.3 aber auch Entscheid des Kantonsgericht St. Gallen vom 5. April 2012, BS. 2012.5, Erw. III, 2b

<sup>38</sup> Vgl. Bger 4\_322/2012 Urteil vom 21. Februar 2013, Erw. 2.5

<sup>39</sup> Vgl. Entscheid des Kantonsgerichts St. Gallen, vom 5. April 2012 BS 2102. 5 Erw. 2b, Urteil des Obergerichts vom Kanton Zug Z2 2012 27 vom 24. Oktober 2012, Erw. 5

<sup>40</sup> Vgl. BBl ZPO 2006, S. 7315; Schweizer die vorsorgliche Beweisabnahme nach schweizerischer Zivilprozessordnung, ZZZ 10, S. 8

Rechtsprechung, wenn es um die vorsorglichen Beweisabnahme geht. Im Gegenteil, sowohl das Kantonsgericht St. Gallen im Urteil vom 5. April 2012, als auch das Obergericht des Kantons Zug vom 24. Oktober 2012 gehen davon aus, einem Gesuch sei grundsätzlich nachzugeben, es sei denn, man müsse von einem untauglichen Beweismittel respektive *ganz ausnahmsweise* einer rechtsmissbräuchlichen Rechtsausübung ausgehen.<sup>41</sup> Eine Ausnahme von dieser doch einhelligen Meinung macht das Obergericht des Kantons Zürich. Da das Zürcher Obergericht – wie ein Vergleich mit anderen kantonalen Gerichten ersichtlich macht – ausserordentlich restriktiv die vorsorgliche Beweisaufnahme gewährt, soll ein Blick auf die Entscheidungen geworfen und die Argumentation mit der Zielsetzung des Gesetzgebers verglichen werden.

### **C. Zur Meinung des Zürcher Obergerichts**

#### **a) Notwendigkeit, Erforderlichkeit und Dispositionsmaxime**

Das Obergericht des Kantons Zürich verneint ein schützenswertes Interesse dann, wenn es ihm die vorsorgliche Massnahme als nicht *gefordert oder notwendig* erscheint: Damit führt das Zürcher Gericht neue Eintretensvoraussetzungen der vorsorglichen Beweismassnahme ein, die sich weder aus dem Gesetzestext noch den Materialien ergibt: Gerade aber wenn eine Eintretensvoraussetzung geschaffen wird, erwartete man eigentlich eine gesetzliche Grundlage, die dem Bestimmtheitsgebot entspreche. Sodann widerspricht eine Befugnis des Massnahmerichters, über die *Erforderlichkeit und der Notwendigkeit* einer vorprozessuale Beweismassnahme zu entscheiden, der Dispositionsmaxime des Art. 55 ZPO. Allein die Parteien haben das Recht zu bestimmen, wie sie ihre Ansprüche durchzusetzen und mit welchen Massnahmen sie sie zu verfolgen gedenken, welche Beweismittel, sie als Beleg für ihre Forderung nennen wollen.

Zudem scheint der vom Obergericht des Limmatkantons gewählte Ansatz auch sachfremd zu sein, bedingt doch die Entscheidung, ob eine Beweismassnahme erforderlich und notwendig ist, auch eine Beweiswürdigung der bereits vorhandenen Dokumente: Just diese Beweiswürdigung ist der vorsorglichen Beweisabnahme als vorsorgliche Massnahme nicht eigen. Der Massnahmerichter hat lediglich zu befinden, ob das angebehrte Beweismittel, etwa ein Gutachten, an sich für die vorgesehenen Beweis Zwecke taugt. Daher scheint die vom Obergericht gewählte Begründung schon vom Ansatz her verfehlt.

---

<sup>41</sup> Vgl. Urteil des Obergerichts vom Kanton Zug vom 24. Oktober 2012, Z 2 2012, Erw. 5, S.5; Entscheid des Kantonsgerichts St. Gallen vom 5. April 2012, BS. 2012. 5 Erw. 2b; vgl. auch Bger 4 A\_322/ 2012 v vom 21. Februar 2013, Erw. 2 .2. 1

**b) Arztberichte, Meinung des Anwalts, Substanziierung und Willkür**

Auf jeden Fall folgert das Gericht weiter, wenn mehrere Arztberichte vorlägen, könne sich der Rechtsanwalt selbst ein Bild über die Prozesschancen machen; ein Gerichtsgutachten sei dazu weder notwendig noch verlangt, die Abschätzung der Prozesschancen sei basierend auf die bereits vorhandene Dokumentation vorzunehmen:<sup>42</sup> Auch dem kann nicht gefolgt werden: Zunächst kennt der Anwalt – soweit er nicht das Glück hatte, ein Medizinstudium abzuschliessen – sich in aller Regel nicht mit den Fachtermini der Naturwissenschaft aus, weshalb ihm auch die Tragweite der medizinischen Erkenntnisse nicht bekannt sein dürften: Einzig ein medizinischer Sachverständiger dürfte in der Lage sein, die mit dem Krankheitsbild verknüpften Funktionseinschränkungen im Hinblick auf den Erwerbsausfall, den Haushaltschaden und dergl. richtig zu gewichten.

Zum anderen enthalten Arztberichte für sich kaum eine Einschätzung der Arbeitsfähigkeit, sondern geben eine Momentaufnahme wieder, enthalten also die objektiven Gesichtspunkte, derer es im Rahmen der Glaubhaftmachung bedarf. Verlangt man nun einerseits die Glaubhaftmachung, - also die Substanziierung von haftungsbegründendem Zusammenhang, dem Unfallereignis und der Arbeitsunfähigkeit, so setzt dies voraus, dass die vorhandenen Arztberichte in ihrer zeitlichen Abfolge ins Recht gelegt werden, da dies die Elemente sind, die den Richter vom natürlichen Kausalzusammenhang zu überzeugen vermögen: Unterstellt man wie das Obergericht nun dem Anwalt - er könne sich anhand der vorhandenen Berichte selbst ein Bild über die Sachlage machen, weshalb man das Gesuch für die vorsorgliche Beweisführung in Form eines Gutachtens scheitern lässt, da nicht mehr notwendig, weist man das Gesuch also in einem Moment ab, in dem der Gesuchsteller in der Lage ist, objektive Anhaltspunkte, Gesichtswinkel für den behaupteten materiell-rechtlichen Anspruch zu nennen: Mit anderen Worten führt die Substanziierung im Sinne der Glaubhaftmachung selbst zur Abweisung des Gesuchs. Sobald der Anwalt also in der Lage ist das Gesuch zu substanziieren, geht man davon aus, es bedürfe keines Gutachtens, keines Beweises mehr, da der Laie der Medizin sich selbst ein Bild machen könne. Anders gewendet führt gerade die Substanziierung des natürlichen Kausalzusammenhangs statt zur Gutheissung - zur Abweisung des Gesuchs: Verfügt der Anwalt nicht über hinreichende Arztberichte, kann er das Gesuch nicht Substanziieren, was ebenfalls zur Abweisung führen muss. Die Argumentation aus Zürich leidet daher an einem inneren nicht auflösbaren Widerspruch, der dazu führt, dass das Gesuch auf jeden Fall abzuweisen sein wird. Damit wird der Anwalt in jedem Fall in den Prozess gezwungen, was angesichts der geschilderten prozessökonomischen Vorteile sachfremd erscheint.

---

<sup>42</sup> Vgl. Urteil des Obergerichts, LFH 110116-O/U; Fellmann, in Sutter/Somm/Leuenberger (Hrsg.), ZPO. Komm., 2. Aufl. 2013, Art. 158 Rz. 19b, der allerdings seine Meinung vor Bger 4 A\_322/2012 Erw. 2,2 veröffentlichte, dementsprechend die Willkürgesichtspunkte nicht berücksichtigte

Mit der vorsorglichen Beweisabnahme soll ein Prozess ja gerade vermieden -, der Streitgegenstand vereinfacht, die Chancen im Hinblick auf ein mögliches Schutzbegehrt abgeschätzt werden. Aus der historischen und teleologischen Auslegung, aber auch der grammatikalischen des in Art. 158 enthaltenen Indefinitpronomens jederzeit folgt, dass der Gesuchsteller das Recht hat, die entscheidenden Beweismittel ausserprozessual erheben zu lassen, zumal es ja meist um die Abschätzung der Prozesschancen geht, also meist um Abklärungen im Vorfeld und zur Vermeidung einer möglicherweise aussichtslosen Klage.<sup>43</sup> Mit dem Institut der vorsorglichen Beweisabnahme ist es daher unvereinbar, den Gesuchsteller gleichsam zu verpflichten, zunächst Klage zu führen, bevor er ein Gutachten erhält – und genau hierzu führt die vom Obergericht vorgetragene Auffassung: Muss doch der in medizinischen Belangen unbeschlagene (Fach)Anwalt eine Klage einleiten, bei der der Gesundheitszustand und Kausalzusammenhang zum Gutachtensthema erhoben wird - bei einer losen Abfolge von Arztberichten dürfte kein Jurist in der Lage sein, den Gesundheitszustand mit hinreichender Genauigkeit in Erfahrung zu bringen, um den Schaden abzuschätzen, also sich ein Bild über Prozesschancen zu machen. Erst wenn dann dieses gerichtliche Gutachten erstellt wird, kann sich der Anwalt über die Schadenspositionen hinreichend Rechenschaft ablegen - und damit auch über die Prozessaussichten. Wie gesagt, Konsiliarberichte enthalten meist keine Einschätzungen der Arbeitsfähigkeit, sind meist Momentaufnahmen eines gewissen Teilbereichs der Medizin.

Dies im Gegensatz zu polydisziplinären, gerichtlichen Gutachten, die nach entsprechender Untersuchung, gestützt auf die Vorakten, meist den Gesundheitszustand aus allen wichtigen Gesichtswinkeln beleuchten und die Gutachter befähigen, einen Schluss auf die Arbeitsfähigkeit zu treffen, der dann unter der Strafandrohung des Art. 307 StGB dem Richter und den Parteien mitgeteilt wird. Wird dieses Hauptbeweismittel vorprozessual erhoben, besteht eine gute Chance, den Prozess zu vermeiden. Das Urteil des Obergerichts bewirkt nun das Gegenteil, zwingt dem Gesuchsteller geradezu einen Prozess auf, nimmt unter Umständen einen aussichtslosen Prozess in Kauf, was ja gerade vermieden werden soll.<sup>44</sup>

Ist nun die Substanziierung auch gleichzeitig der Grund für die Abweisung des Gesuchs um vorsorgliche Beweisabnahme - ein nicht auflösbarer innerer Widerspruch im Sinne der bundesgerichtlichen Willkürrechtsprechung – der zudem als sachfremd zu bezeichnen ist, war es doch nie die Intention des Gesetzgebers Art. 158 lit. b ZPO, die vorsorgliche Beweisabnahme zu verhindern. Hält sich nämlich der zürcherische Massnahmerichter an die Praxis seines

---

<sup>43</sup> Vgl. Fellmann (Fn. 25), Art. 158 Rz. 19 f.

<sup>44</sup> Vgl. statt vieler BGE 125 V 352

Obergerichts, verkommt Art. 158 lit. b ZPO im Haftpflichtrecht zum toten Buchstaben, da es immer zur Abweisung kommt, unbesehen, ob das Gesuch substantiiert werden kann oder nicht. Soweit ersichtlich hat die Schweizerische Rechtsetzung noch nie willentlich einen toten Buchstaben in seine Kodifikationen aufgenommen. Der Artikel wurde aus prozessökonomischen Gründen geschaffen, was auch voraussetzt, dass der Gesuchsteller den materiellen Anspruch entsprechend BGE 134 V 109 glaubhaft machen kann, was ihm zumindest das zürcherische Obergericht - im Gegensatz zu anderen kantonalen Gerichten – verunmöglicht.<sup>45</sup> Auch diesem Motiv in der Begründung des Obergerichts kann nicht gefolgt werden.

### **c) Zu den Abklärungsberichten der Sozialversicherungen im Speziellen**

#### **1. Abhängigkeitsverhältnisse im Bereich der Sozialversicherungen**

Mit Alfred Bühler ist davon auszugehen, dass der Beweiswert eines Gutachtens aus einem anderen Rechtsgebiet nur dann zuerkannt werden kann, wenn den formellen Anforderungen des Zivilprozessrechts entsprochen wird.<sup>46</sup> Der Beweiswert eines nach zivilprozessualen Grundsätzen errichteten Gutachtens beruht auf der Unabhängigkeit des Experten, der verpflichtet zur Wahrheit dem Gericht ein unbekanntes, wissenschaftliches Terrain in inhaltlich nachvollziehbarer und schlüssiger Weise zugänglich macht, so dass über die in Frage stehende Angelegenheit Recht gesprochen werden kann. Er ist Hilfsperson des Gerichts, gehört also zum Spruchkörper, weshalb auch seine Unabhängigkeit von Verfassungs- und Konventionswegen garantiert ist, von Art. 6 Abs. 1 EMRK und Art. 14 UNO – Pakt II gewährleistet wird.<sup>47</sup>

Nun haben die verschiedenen Medas (medizinische Abklärungsstellen) Tarifverträge mit dem BSV abgeschlossen, wobei es keine Garantie für die Auftragsvergabe gibt, das Bundesamt für Sozialversicherungen das Recht hat, die Verträge mit einer halbjährlichen Frist zu kündigen - eine erhebliche Drohung für die Gutachterstellen. Nach Art. 72 bis IVV können nur noch Gutachter berücksichtigt werden, die sich auf der Zufallsplattform SuisseMed@P befinden. Der Zugang auf diese Plattform wird durch die IV-Stellen kontrolliert, die Qualität der Gutachten durch das BSV: Einzig das Bundesamt kann die Verträge kündigen und damit die Gutachtenstellen in ihrer Existenz

---

<sup>45</sup> Vgl. Bger 4 A\_322/2012 vom 21. Februar 2013 Erw. 2.2

<sup>46</sup> Vgl. Bühler, Beweiswert medizinischer Erhebungen im Zivil-, Straf- und Sozialversicherungsprozess, AJP/PJA 2005, S. 76

<sup>47</sup> Vgl. BGE 126 III 249, 253 E. 2. C, 125 III 541, 544 f.; 120 V 257 unter Verweis auf BGE 115 V 263 Erw. 5a, wo die Abhängigkeitsverhältnisse eines Schiedsrichters abgehandelt wurde

bedrohen.<sup>48</sup> Dem Qualitätsausschuss - der erst am 31. August 2013 in welcher Form auch immer - eingesetzt werden soll, kommt kein Kündigungsrecht zu. Lediglich das BSV kann das Damoklesschwert niedersausen lassen - eine Partei im Sinne von Art. 34 ATSG.

Das Handbuch des BSV mit dem Titel „*Kriterien für die Durchführung von polydisziplinären medizinischen Gutachten zur Beurteilung der Leistungsansprüche in der IV*“ verpflichtet die Gutachterstellen explizit, mit dem Bundesamt für Sozialversicherungen bei der Qualitätskontrolle zusammenzuarbeiten - also einer möglichen Partei im Verwaltungsgerichtlichen Verfahren, die zudem das Recht hat, die Verträge aufzukündigen.<sup>49</sup> Eine entsprechende Verpflichtung, auch mit den Behindertenorganisationen oder wenigstens mit dem gemeinsamen Ausschuss zu kooperieren, kann dem Buch nicht entnommen werden: Überhaupt erstaunt, dass diejenige Partei die bei einem „externen“ Gutachter eine Fachmeinung einholen will, ihm auch vorschreibt, wie und in welcher Qualität er sie erbringen muss, ihm zudem verordnet, mit eben dieser Partei zusammenzuarbeiten – und zwar auch inhaltlich, geht es doch um die „*Qualität*“ des Gutachtens. Damit lässt das sozialversicherungsrechtliche Verfahren also Einflussnahmen einer Drittpartei auf die Gutachtenswerdung explizit zu, verlangt gar eine Mitwirkung des Gutachters bei dieser Einflussnahme. Entsprechend wird von der Judikatur und Literatur zum Sozialversicherungsrecht regelmässig davon ausgegangen, die Ausstandsgründe des Zivilprozesses seien im Administrativverfahren nur sinngemäss anwendbar.<sup>50</sup> Zudem zeugt diese enge Zusammenarbeit mit einer Partei des Gerichtsverfahrens von der Parteilichkeit der Expertise, zumal hier erhebliche Abhängigkeits- und entsprechende Naheverhältnisse der Geschäftspartner bestehen. Auf jeden Fall bestehen zwischen den Gutachtern und dem Sozialversicherungsträger mannigfaltige Abhängigkeiten und Einflussmöglichkeiten, was sich nach Einführung der Zufallsplattform „SuisseMed@p“ noch verstärkt hat - und mit dem Zivilprozess - hier Art. 47 i.V.m. 183 ZPO - nicht vereinbar ist, da es nach Art. 47 lit. f ZPO sämtliche Nahebeziehungen auszuschliessen gilt...

Eine Medas-Expertise kann nur schon aus Gründen der Parteilichkeit keinen Beweiswert im Gerichtsverfahren erlangen – zumal wie dem jüngsten Beobachter-Artikel die allgemeine Tendenz

---

<sup>48</sup> Vgl. Vereinbarung zwischen dem Bundesamt für Sozialversicherungen und den Gutachterstellen, Art. 5 lit. d und Art. 7, [www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/26524.pdf](http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/26524.pdf); Ziffer 6 des Handbuchs „*Kriterien für die Durchführung von polydisziplinären medizinischen Gutachten zur Beurteilung von Leistungsansprüchen in der IV*“, Ziffer 6

<sup>49</sup> Vgl. *Kriterien für die Durchführung von polydisziplinären medizinischen Gutachten von Leistungsansprüchen in der IV*, Ziff. 6 „*Qualitätskontrolle*“, in [www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/26524.pdf](http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/26524.pdf);

<sup>50</sup> Vgl. Leuzinger, FS Murer, *Die Auswahl der medizinischen Sachverständigen im Sozialversicherungsverfahren* (Art. 44 ATSG), S. 422



entnommen werden kann, dass den Sozialversicherungsträgern nach dem „Mund“ geschrieben wird.

## 2. Vorbefassung und Nahebeziehungen

Auch wenn es um die Vorbefassung geht, schlagen die Uhren im Sozialversicherungsrecht anders als im Zivilverfahren. So gilt ein Sachverständiger des Sozialversicherungsrechts nicht schon deshalb als voreingenommen, weil er sich im Auftrage der Versicherung schon einmal mit der zu begutachtenden Person befasst hatte und dabei zu für Versicherungsnehmer ungünstigen Schlussfolgerungen gelangt war: Entgegen der Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Zivilprozessrecht - festgehalten in BGE 120 II 541 – ist es bei den Sozialversicherten also geradezu erwünscht, den Versicherten – etwa im Rahmen einer Neuanmeldung – nochmals vom gleichen wirtschaftlich abhängigen und bereits vorbereiteten Gutachter untersuchen zu lassen. Dabei führt man an, dies sei geradezu erwünscht, weil der Sachverständige den Versicherten so gut kenne. Dies impliziert, dass der Gutachter sich bereits ein Urteil gebildet hat und damit nach der in anderen Disziplinen gängigen Auffassung vorbereitet ist:<sup>51</sup>

Dies zeigt auf, dass die Einhaltung der Ablehnungsgründe offensichtlich nicht zum Gegenstand der Qualitätskontrollen des BSV gemacht wird, was auch von den (sozialversicherungsgerichtlichen) Instanzen bereitwillig hingenommen wird,<sup>52</sup>: Zu bedenken gilt im Zivilprozessrecht auch, dass alle grossen Versicherungsunternehmen in der Schweiz über grosse UVG-Abteilungen verfügen, also nach Art. 68 UVG Sozialversicherungsträger, die ebenfalls Einfluss auf die Begutachtungen der Medas nehmen, was wiederum auf ein Naheverhältnis zwischen den im Sozialversicherungsverfahren tätigen Experten und den Versicherungsgesellschaften schliessen lässt: Folgerichtig besteht auch zur Allianz, zur AXA, zur Generali, der Zürich-Versicherung und zur Mobiliar - marktbeherrschenden Unternehmen - ein Nahe- und Abhängigkeitsverhältnis der Medas. Gerade diese Unternehmen sind in einem Forderungsprozess als Partei beteiligt - und sei es nur mittelbar. Angesichts dieses Naheverhältnisses kann daher eine Medas nicht als Gutachterstelle in einem Gerichtsverfahren des Zivilprozessrechts fungieren.

---

<sup>51</sup> Vgl. Weibel in Sutter/Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Art. 183 Rz. 27, S. 1092

<sup>52</sup> Vgl. BGE 132 V 93 E. 7.2.2 S. 110 mit Hinweis

### 3. Unterschiede in der Auffassung der Unabhängigkeit

Vergegenwärtigt man sich zudem diese Abhängigkeitsverhältnisse, leuchtet ohne weiteres ein, dass die Medas und Einzelgutachter der Sozialversicherungsträger sehr wohl eigene gewichtige materielle Interessen im Sinne von Art. 47 lit. a ZPO verfolgen: Somit liegt gerade im Sozialversicherungsrecht eine Reflexwirkung auf die Lebenssphäre der Gutachter von der Medas vor, da sie den Grossteil der Aufträge von Versicherungsträgern annehmen; aus objektiver Warte betrachtet kann daher nicht mehr von einem ergebnisoffenen Resultat ausgegangen werden: Aus diesem Grund besteht also der Anschein der Befangenheit im Sinne der Rechtsprechung BGE 114 Ia 50.<sup>53</sup> In den Gerichtsverfahren des Zivilprozessrechts hat der Sachverständige den gleichen Anforderungen zu genügen wie ein Richter (vgl. Art. 183 i.V.m. Art. 47 ZPO).<sup>54</sup> Der Experte gilt denn auch als Hilfsperson des Gerichts, der dem entscheidenden Gremium seine Fachkenntnisse zur Verfügung stellt.<sup>55</sup> Im Vorfeld einer jeden Begutachtung sind hier die Beziehungen zu den Parteien auf ein Minimum zu beschränken, weshalb eine Qualitätskontrolle durch eine (formelle) Partei wohl undenkbar wäre, zumal dies die wirtschaftlichen Abhängigkeits- und Nahebeziehungen als Ausstandsgründe im klassischen Sinn illustrierte.<sup>56</sup>

Gerade was die Unabhängigkeit anbelangt sind daher die grössten Differenzen zwischen dem Sozialversicherungsrecht und dem Zivilprozessrecht zu verzeichnen. Nach Meinung des Bundesgerichts gilt für die Unabhängigkeit des Experten im Sozialversicherungsverfahren einzig Art. 44 ATSG und nicht das allgemeine Verwaltungsrecht, wo in Art. 19 VwVG ein Legalverweis auf das Bundeszivilprozessrecht, also auf Art. 58 BZP erfolgt, der wiederum auf eine mit Art. 183 Abs. 2 ZPO vergleichbare Bestimmung verweist, nämlich auf Art. 34 BGG.<sup>57</sup> Kraft bundesgerichtlicher Rechtsprechung sollen gerade die für den Zivilprozess unabdingbaren Vorschriften über die Unparteilichkeit für das Sozialversicherungsrecht höchstens analog gelten.

Im Zivilprozessrecht gelten weitergehende Ablehnungsgründe, werden die Stellungnahmen den Parteien gleichzeitig zugestellt. Mitunter gelten ganz andere Prozessvorschriften als im Sozialversicherungsrecht, wo die Untersuchungsmaxime und die Einfachheit des Verfahrens im Sinne von Art. 61 ATSG grosse Teile des Begutachtensprocederes bestimmen. Sowohl der

---

<sup>53</sup> Vgl. Weber, in BSK-ZPO, Art. 47, Rz. 19 ff, S. 275, Kiener, in Kuko, Art. 47, Rz. 9, S. 165; Wullschlegler in Sutter, Som, Hasenböhler, Leuenberger, Art. 47 Rz. 7, S. 325

<sup>54</sup> Vg. Stäheli/Stäheli/Grollmund, Zivilprozessrecht, Basel, 2008, § 18 Rz. 116, S. 292,

<sup>55</sup> Vgl. Kaufmann, Beweisführung und Beweiswürdigung, Zürich 2009, S. 161

<sup>56</sup> Vgl. Dolge, a.a.O.

<sup>57</sup> Vgl. BGE 132 V 372 statt vieler

Amtsbetrieb als auch das einfache und rasche Verfahren gelten nur in Teilbereichen des durch die Verhandlungs- und Dispositionsmaxime beherrschten zivilrechtlichen Verfahrens, wo die Parteirechte unter gleichrangigen Rechtssubjekten für beide Seiten gelten.<sup>58</sup> Der Gerichtsexperte steht denn auch zwischen den Parteien, die er gleich zu behandeln hat.

Aus all diesen Gründen vermögen die Sozialversicherungsrechtlichen Expertisen die Einschätzungen eines von keiner Partei abhängigen Arztes nicht zu ersetzen, weshalb die Verwaltungsgutachten nur erlauben, die Position der Versicherungsgesellschaften in einem späteren Verfahren zu errahnen, was hingegen ein wirklich unabhängiger Gerichtsgutachter annehmen würde, der unter Strafandrohung von Art. 307 StGB aufgrund eines wissenschaftlichen Begriffes seine Aussagen macht, kann aufgrund der Medas-Abklärungen nicht ersehen werden.

#### **4. Gerichtsverfahren des Sozialversicherungsrechts und Gewaltenteilung**

Ferner kommt den Sozialversicherungsträgern beim anschliessenden Gerichtsverfahren eine das Verfahren dominierende Stellung zu. Das Bundesgericht billigt ihnen als einziger Partei einen Objektivitätsvorschuss zu, geht davon aus, der Parteienbegriff von Art. 34 ATSG sei lediglich formeller Natur. In Tat und Wahrheit seien die Versicherungsträger neutral und objektiv, ihrer Beweismittel also stehen in der Beweismittelhierarchie zuoberst, *sie* gelten als allein massgebenden Beleg für die Arbeitsfähigkeit: Den von der anderen Partei, dem Versicherten produzierten Arztberichten und Gutachten kommt lediglich eine zweitrangige Bedeutung zu, wegen des allfälligen, unterstellten Vertrauensverhältnisses.<sup>59</sup> Indem nun von Bundesgerichts wegen eine Partei als objektiv und neutral, die andere aber als interessengesteuert betrachtet wird, ihre Eingaben nicht äquivalent behandelt werden, entsprechen die Gerichtsverfahren im Sozialversicherungsrecht nicht den in den Menschenrechtsverträgen anerkannten Standards der Verfahrensfairness, welche eine Gleichbehandlung der Parteien voraussetzen.

Die derzeit gängigen Gerichtsverfahren des Sozialversicherungsrechts sind allerhöchstens Fortsetzungen des Verwaltungsverfahrens, was auch daran ersehen werden kann, dass in der Geschichte der schweizerischen Sozialversicherungsgerichte noch nie sachverständige Zeugen einvernommen sind, Gerichtsgutachten nur äusserst selten in Auftrag gegeben werden (wohl aber Verwaltungsexertisen) und wenn die Beschwerden gutgeheissen werden, es meist zu

---

<sup>58</sup> Vgl. BGE 133 V 446, 132 V 93

<sup>59</sup> Vgl. BGE 125 V 353; 136 V 276

Rückweisungen, nicht aber zu reformatorischen Entscheidungen kommt. Damit handelt sich bei den Gerichtsverfahren des Sozialversicherungsrechts nicht um Zweiparteiverfahren im Sinne der klassischen Gerichtsverfahren, wo der Grundsatz der Waffengleichheit hochgehalten wird.

## 5. Zum Beweisthema und dem Beweisverfahren

Die meisten Gutachter des Sozialversicherungsrecht haben eine Ausbildung im ASIM genossen – das zur Gänze von der Versicherungswirtschaft getragen wird - und wurden auf die versicherungsmedizinische Begrifflichkeit eingeschworen, die auf dem linear-kausalen Gesundheitsbegriff beruhen, einem Begriffsverständnis, wie es noch in den vorletzten Jahrhunderten galt, heute aber mit Ausnahme der Akutmedizin nicht mehr gebräuchlich ist, während die medizinischen Wissenschaften den dreiteiligen Gesundheitsbegriff als Erklärungsmodell benutzen. Damit haben die Anspruchsvoraussetzungen des Invalidenversicherungsrechts nicht mehr auf die heute gültigen Prinzipien der Wissenschaft zum Hintergrund, sind also realitätsabgewandt: Die Sachverhaltsabklärung der Sozialversicherungen fördern nicht mehr die Wirklichkeit zutage, stehen vielmehr mit der tatsächlichen Gesundheitssituation im Widerspruch, was nach klassischem Rechtsverständnis als willkürlich im Sinne von Art. 9 BV und Art. 6 EMRK zu verstehen ist.

Massgebend für diese stark umstrittenen Gesundheitsbegriffe soll Art. 7 Abs. 2 ATSG sein, für das Privatrecht vermag dieser Gesundheitsbegriff keine Bedeutung erlangen, da hier schlicht der Erwerbsausfall zu ersetzen ist, die anhaltende somatoforme Schmerzstörung wird anerkannt,<sup>60</sup> soweit sie den „rôle déclancheur“ spielt, der Überwindbarkeitsvermutung des Sozialversicherungsrechts wurde von verschiedenen Kantonsgerichten aber auch vom Bundesgericht eine Absage erteilt, da die stark schematisierte Sichtweise des öffentlichen Rechts sich kaum auf privatrechtliche Rechtsverhältnisse übertragen lassen: So wäre eine Über/Ordnung wie sie öffentlichen Recht vorkommt, kaum im Schuldrecht denkbar wo von zwei gleichrangigen Rechtssubjekten ausgegangen wird.<sup>61</sup> Entsprechend gilt im Haftpflichtrecht der allgemeinere Begriff des Personenschadens. Soweit die körperliche Integrität verletzt wird, liegt ein

---

<sup>60</sup> Vgl. Demgegenüber die Rechtsprechung der sozialrechtlichen Kammern seit BGE 130 V 352, 131 V 49, 132 V 165, 136 V 279 zur Begrifflichkeit der Pausbönog

<sup>61</sup> Vgl. Bger 4 A\_ 45/ 2009: Urteil 4 A\_ 171/ 2002 vom 25. Juni 2012; Entscheid des Obergerichts Thurgau vom 31. März 2011, ZBR 2010/84; vgl. Berger, Kausalität- die Kirche bleibt im Dorf, in HAVE 4/2012, S. 405, Urteil des Bezirksgericht Schwyz M.GG, gegen Zürich vom 28. Juni 2012, Zitiert aus HAVE 4/ 2012, S. 439

Personenschaden vor. Dieser Begriff ist vor dem Hintergrund der Differenzhypothese zu sehen, dem Grundsatz des vollen Schadenausgleichs, weshalb es keine weiteren Anspruchsvoraussetzungen braucht als die materielle Einbusse infolge eines Körperschadens.<sup>62</sup>

Damit ist also von einem unterschiedlichen Beweisthema auszugehen, zumal der Haushaltschaden im Haftpflichtrecht eine nicht unbedeutende Rolle spielt, während im Unfallversicherungsrecht kein Statuswechsel zu berücksichtigen ist, der Haushaltschaden vernachlässigt wird. Folgerichtig ist von einem unterschiedlichen Beweisthema auszugehen. Was nun das Beweismass anbelangt, so gilt im Zivilprozess in aller Regel der strikte Beweis und nur ausnahmsweise das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit (etwa beim Kausalverlauf). Im Sozialversicherungsrecht indes gilt das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit.<sup>63</sup> Der Sozialversicherungsprozess wird beherrscht durch die Untersuchungsmaxime, der Zivilprozess durch die Verhandlungsmaxime, abgemildert durch die richterliche Fragepflicht. Folgerichtig ist auch das Beweismass in den beiden Rechtsbereichen unterschiedlich, eine Verfahrensleitung von der Gegenseite wäre im Zivilprozess undenkbar.

Art. 157 ZPO erhebt nun die freie richterliche Beweiswürdigung zum Bundesrecht. Demnach soll der Richter ohne an schematische Regeln gebunden zu sein, über die Angelegenheit befinden.<sup>64</sup> In sozialversicherungsrechtlichen Belangen stellt das Bundesgericht „in Bezug auf bestimmte Formen medizinischer Berichte und Gutachten „Richtlinien für die Beweiswürdigung auf,“ was insoweit der freien richterlichen Beweiswürdigung widerspricht.<sup>65</sup> Im sozialversicherungsrechtlichen Gerichtsverfahren gilt eine Partei - nämlich die der Verwaltung und der Versicherungsgesellschaften als objektiv und neutral, weshalb ihren Beweismitteln ein höherer Überzeugungswert zugemessen wird als denjenigen des Zivilprozessrechts, wo schnell von einem Vertrauensverhältnis die Rede ist, was den Beweiswert zu beeinträchtigen vermag.

Damit sind die Beweisthemen und beherrschenden Verfahrensmaximen nicht zu vergleichen.

---

<sup>62</sup> Vgl. Hürzeler, in Hürzeler, Tamm, Biaggi (Hrsg), Personenschadenrecht, Basel 2010, Rz. 147, S. 78

<sup>63</sup> Vgl. Groner, Beweisrecht, Zürich 2011, S. 179; Maurer/ Scartazzini/Hürzeler, 3. Aufl. 2009, Bundessozialversicherungsrecht, § 21, Rz.8, S. 579

<sup>64</sup> Vgl. Groner, Beweisrecht, a.a.O., S.101

<sup>65</sup> Vgl. Bühler, Beweiswert, Medizinischer Erhebungen im Zivil-, Straf- und Sozialversicherungsprozess, AJP/PJA, 2005/ 76

#### **d) Folgerungen**

Geht man nun weiter davon aus, die Gerichtsgutachten des Zivilprozessrechts entfalten der Unabhängigkeit Bindungswirkung, so kann man – nur schon aufgrund der unterschiedlichen Verfahrensarten und Verständnisse von Gleichbehandlung und Unparteilichkeit - nicht umhin, dem Verwaltungsgutachten die Beweistauglichkeit in einem Zivilprozess abzusprechen: Zumal die Verwaltungsgutachter des Sozialversicherungsrechts nicht auf die Wahrheitspflicht nach Art. 307 StGB aufmerksam gemacht werden, was nach dem Zivilprozessrecht Gültigkeitsvoraussetzung ist. Sodann basieren die Gutachten des Sozialversicherungsrechts nicht auf einem wissenschaftlich erhärteten Gesundheitsbegriff,

Aus all diesen Gründen ist vorliegend eine Einschätzung der Prozesschancen unmöglich, da ohnehin nur die Meinung einer Seite, nämlich der Versicherungen, wiedergegeben wird, ein anderes Beweismass, ein unterschiedliches Beweisthema ausschlaggebend ist. Ein Medas-Gutachten kann als einzige Urkunde in den Prozess führen, welches eigentlich nichts weiter ist als ein Parteigutachten, von dem freilich auch die Haftpflichtversicherer (die meistens auch Sozialversicherungsträger des UVG sind) profitieren, da sie so keine Regressansprüche zu gewärtigen haben. Angesichts des unterschiedlichen Beweisthemas, der Abhängigkeitsverhältnisse im Sozialversicherungs- und Haftpflichtrecht können die Prozessaussichten nicht hinreichend abgeschätzt werden, liegt ein Gutachten der Medas vor.<sup>66</sup> Damit ist also das schutzwürdige Interesse nur schon aus diesem Grund zu bejahen. Ganz vom Umstand der zuwiderlaufenden Meinungen zu sprechen.

#### **e) Umstrittene Sachvorbringen und medizinische Gutachten**

Im weiteren führte das Obergericht des Kantons Zürich aus, soweit Sachvorbringen umstritten seien, müsse ein Gesuch um vorsorgliche Beweisabnahme abgewiesen werden, da hier erst der Hauptprozess eine definitive Aussage über die Prozesschancen erlaube, insbesondere wenn die in den Rechtschriften vorgebrachten Auffassungen weit auseinanderdrifteten. Überhaupt müsse von einer vorsorglichen Beweisaufnahme in Form eines Gutachtens abgesehen werden, wenn – im Hinblick auf einen vollen Prozess - keine Kostenersparnis zu erwarten wäre, wobei es hier vor

---

<sup>66</sup> Vgl. auch Obergericht des Kantons Zug vom 24. Oktober 2012 Z 2 2012 27, das die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Medas in Frage stellt.

allem den Vergleich mit einer Teilklage suchte.<sup>67</sup> Auch diesem Argument ist aus grundsätzlichen Erwägungen entgegenzutreten:

Nach Meinung des Bundesgerichts wurzelt das schutzwürdige Interesse gerade im Umstand, dass der Sachverhalt zwischen den Parteien umstritten ist, weshalb es willkürlich ist, wenn das Obergericht diesen Umstand als Grund für den Wegfall des schutzwürdigen Interesses hinzuzieht.<sup>68</sup> Zudem sei das Prozessthema noch nicht abschliessend herausgeschält ist, bringe die Gegenseite Einwendungen bzw. Ergänzungen, so führe dies nicht zur offenkundigen Untauglichkeit des beantragten Gutachtens als Beweismittel: Ist ein Beweismittel grundsätzlich geeignet, muss das Gericht der Gesuchsgegnerin Gelegenheit geben, durch eigene Zusatz- und Ergänzungsfragen ihren Standpunkt ins Verfahren einzubringen um so die Beweistauglichkeit des Gutachtens sicherzustellen. Mit blossem Hinweis auf die sachverhaltlichen Einwendungen lasse sich die Beweistauglichkeit des beantragten Gutachtens jedenfalls nicht in Abrede stellen.<sup>69</sup>

In diesem Zusammenhang gilt es auch zu erwähnen, dass gerade in Fällen von Personenschäden der Streitgegenstand ohne ein medizinisches Gutachten jeweils kaum hinreichend in Erfahrung gebracht werden kann, zumal gerade der natürliche Kausalzusammenhang vorzugsweise mit einem medizinischen Gutachten eruiert werden muss, es in allen Rechtsstreitigkeit nebst der Tatbestandsmässigkeit. Damit ist auch die Beweistauglichkeit des medizinischen Gutachtens gegeben, handelt es sich doch in jedem Personenschaden-Prozess um ein zentrales Beweismittel, das sich vorzüglich zur Abschätzung der Prozesschancen eignet – gerade wenn darum geht, den Kausalverlauf, die Drittverursacher und die Vorzustände zu eruieren und zu klären und kraft Art. 99 Abs. 3 OR respektive in anderen Rechtsgebieten des Schuldrechts zur Anwendung gelangen. Nimmt man nun eben diese ohnehin durch ein Gutachten zu klärenden sachverhaltlichen Umstände zum Anlass, das Gesuch abzuweisen, so handelt man als Gericht in sich widersprüchlich und damit willkürlich, was mittlerweile auch das Bundesgericht bestätigt hat. Liegt es doch in der Natur der Sache, dass hier divergierende Annahmen vorliegen.

Aus all diesen Gründen kann den Vorbringen des Zürcher Obergerichts nicht gefolgt werden, ohne in Willkür zu verfallen.

---

<sup>67</sup> Vgl. Urteil des Obergerichts LF 11016 U/O vom 20. Dezember 2011, Erw. 2.8

<sup>68</sup> Vgl. Bger 4A\_322/2012 vom 21. Februar 2013 Erw. 2.5

<sup>69</sup> Vgl. Bger 4 A\_322/2012 vom 21. Februar 2013 Erw. 2.5

### D. Zuständigkeiten und Rechtsmittel

Was das Verfahren anbelangt, wird die vorsorgliche Beweisabnahme im summarischen Verfahren abgehandelt: Für die örtliche Zuständigkeit ist Art. 13 ZPO massgebend, sachlich zuständig ist der nach der kantonalen Gesetzgebung befugte Einzelrichter, Gerichtspräsident usw. Als Rechtsmittel nach ZPO kommt in einem Streitwert über sFr. 10'000.00 die Berufung in Frage, liegt der Streitwert darunter, ist es die Beschwerde (vgl. Art. 308 Abs. 1 lit. b). In Teilen der Lehre wird hier eine Spaltung des Rechtsweges befürwortet: Während für die Guttheissung eines Gesuches die genannten üblichen Rechtsmittel eingelegt werden können, soll bei einer Abweisung des Gesuches lediglich die Beschwerde zulässig sein – und zwar lediglich dann, wenn der Nachteil nur schwer wiedergutzumachen ist.<sup>70</sup> Auf Ebene des Bundesgerichts gelten die abweisenden Entscheide hinsichtlich der vorsorglichen Beweisführung als Endentscheide im Sinne von Art. 90 BGG, soweit sie in einem eigenständigen Massnahmeverfahren ergehen; soweit die selbstständig eröffneten Massnahmenentscheide im Hauptverfahren ergehen, sind sie als Zwischenentscheide im Sinne von Art. 93 BGG aufzufassen.<sup>71</sup> Der selbstständige Entscheid der vorsorglichen Beweisabnahme ergeht im vorsorglichen Verfahren, also einem Entscheid im Sinne von Art. 98 BGG. Eine Beschwerde in Zivilrechtlichen Angelegenheiten ist deshalb nur zulässig, wenn eine Verletzung der Verfassung gerügt wird, also das Willkürverbot zum Beispiel, wie dies bei vorsorglichen Massnahmen ganz generell der Fall ist. Allerdings gelten hier erhöhte Rügeerfordernisse des Art. 116 ff. BGG.<sup>72</sup>

### III. Schlussfolgerung

Art. 158 ZPO regelt die vorsorgliche Beweisabnahme: Nach Art. 158 lit.b nimmt das Gericht jederzeit Beweis ab, wenn der Gesuchsteller eine Gefährdung der Beweismittel oder ein schutzwürdiges Interesse glaubhaft macht. Was nun die Glaubhaftmachung des schutzwürdigen Interesses anbelangt, so sind die Anforderungen nicht allzu hoch anzusetzen, ist in Betracht zu ziehen, dass auch die Abschätzung der Prozesschancen genügt: Ziel der Bestimmung ist es, aussichtslose Verfahren zu vermeiden: Zur Glaubhaftmachung eines schutzwürdigen Interesses an einer vorsorglichen Beweisführung genügt die blosser Behauptung eines Bedürfnisses, Beweis- und Prozessaussichten abzuklären, freilich nicht. Eine vorsorgliche Beweisführung kann nur mit Blick auf einen konkreten materiellrechtlichen Anspruch verlangt werden, hängt doch das Interesse an einer Beweisabnahme vom Interesse an der Durchsetzung eines damit zu beweisenden Anspruchs

---

<sup>70</sup> Vgl. Brönnimann, BK-ZPO, Art. 158 Rz. 33, S. 1723

<sup>71</sup> Vgl. BGE 138 III 76 Erw. 1.2, 134 I 83, 86 Erw. 3.1

<sup>72</sup> Vgl. BGE 134 I 83, 88; 134 II 244, 246; 133 III 433, 444



ab.<sup>73</sup> Der Gesuchsteller, der sich auf Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO stützt, muss daher glaubhaft machen, dass ein Sachverhalt vorliegt, gestützt auf den ihm das materielle Recht einen Anspruch gegen die Gesuchsgegnerin gewährt, und zu dessen Beweis das abzunehmende Beweismittel dienen kann.<sup>74</sup> Lediglich für Tatsachen, die mit dem vorsorglich abzunehmenden Beweismittel bewiesen werden sollen, kann keine eigentliche Glaubhaftmachung verlangt werden, denn sonst würde der Zweck von Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO, die vorprozessuale Abklärung von Beweisaussichten zu ermöglichen, vereitelt. Stellt das abzunehmende Beweismittel das einzige dar, mit dem der Gesuchsteller seinen Anspruch beweisen kann, muss es genügen, dass er das Vorliegen der anspruchsbegründenden Tatsachen lediglich substantiiert behauptet.

Die Anforderungen an die Glaubhaftmachung dürfen nicht überspannt werden, geht es doch beim Verfahren der vorsorglichen Beweisabnahme noch nicht um die Prüfung der Begründetheit des Hauptanspruchs.<sup>75</sup> Abgesehen von der Glaubhaftmachung eines Hauptsacheanspruchs bzw. der substantiierten Behauptung der anspruchsbegründenden Tatsachen, die durch das vorsorglich beantragte Beweismittel bewiesen werden sollen, sind an das Bestehen eines schutzwürdigen Interesses keine hohen Anforderungen zu stellen.

Ein schutzwürdiges Interesse ist grundsätzlich nur dann zu verneinen, wenn es sich als offensichtlich nicht existent erweist, was namentlich der Fall sein kann, wenn das beantragte Beweismittel offenkundig untauglich ist oder rechtsmissbräuchlich vorgebracht wird.<sup>76</sup> Im Verfahren nach Art. 158 Abs. 1 ZPO ist schliesslich zu beachten, dass im Stadium einer vorsorglichen Beweisführung vor Einleitung des Hauptprozesses das Prozessthema noch nicht abschliessend herausgeschält ist. Es liegt daher primär in der Verantwortung des Gesuchstellers, dem Gericht die erforderlichen Angaben zum Sachverhalt zu machen und den Umfang der beantragten Beweisführung zu bestimmen.<sup>77</sup> Verlangt der Gesuchsteller die Einholung eines Gutachtens, obliegt es in erster Linie ihm, dem Gericht die Fragen zu unterbreiten, die dem Experten zu stellen sind. Die Gesuchsgegnerin kann durch eigene Fragen oder durch Zusatz- und Ergänzungsfragen ihren eigenen Standpunkt in das Verfahren einbringen. Gerade wenn es um die Erstellung eines Gutachtens geht, wehrt sich – im Bereich des Haftpflichtrechts – insbesondere die Versicherungswirtschaft gegen die Erstellung einer Expertise, wobei sie sich vor allem auf die Meinung des Zürcher Obergerichts stützt, das annimmt, wenn eine lose Abfolge von Arztberichten

---

<sup>73</sup> Vgl. BGE 138 III 76 E. 2.4.2 S. 8)

<sup>74</sup> Vgl. Bger 4 A\_ 322/ 2012 (a.a.O); BGE 138 III 76, E. 2.4.2 S. 81 mit Hinweisen

<sup>75</sup> Vgl. Bger 4A\_322/2012, Erw. 2 mit weiteren Hinweisen auf die Literatur

<sup>76</sup> Vgl. Walter Fellmann, in: Sutter-Somm et al. [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2013, N. 19 zu Art. 158; SCHWEIZER, a.a.O., S. 8; LEUCH et al., Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 5. Aufl. 2000, N. 1b zu Art. 227 ZPO/BE.

<sup>77</sup> Vgl. Fellmann, a.a.O., N. 20 zu Art. 158 ZPO

vorliegt, könne sich der Anwalt eine eigene Meinung bilden, weshalb eine vorsorgliche Massnahme nicht notwendig sei, also kein schutzwürdiges Interesse bestünde: Auch wenn umstrittene Standpunkte vorlägen sei eine vorsorgliche Beweisabnahme in Form eines Gutachtens nicht geeignet, sondern es bedürfe hier eines ausgewachsenen Prozesses, ein schutzwürdiges Interesse bestünde nicht – und zwar selbst dann nicht, wenn die strittigen Punkte den Kausalverlauf oder gar Vorzustände beträfen. Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden - und zwar aus folgenden Gründen:

Mit seiner Ansicht kann sich das Zürcher Obergericht nicht auf eine gesetzliche Grundlage oder gar die Materialien berufen. Vielmehr verstösst das Zürcher Obergericht damit gegen die im Zivilprozess eigene Dispositionsmaxime des Klägers, da es zunächst an ihm ist, zu entscheiden, auf welchem Weg er gedenkt, seine Ansprüche durchzusetzen: Eine vorsorgliche Beweisabnahme ist jederzeit möglich und damit zuzulassen, soweit das Beweismittel nicht geradezu untauglich ist. Soweit also die Tauglichkeit des beantragten Beweismittels nicht geradezu ausser Frage steht, aus Gründen der Beweisausforschung beantragt wird, ist sie daher vom Gericht niederschwellig zuzulassen: Auch wenn mehrere Arztberichte vorliegen ist ein schutzwürdiges Interesse zu bejahen, da gerade die medizinischen Berichte objektive Anhaltspunkte im Sinne der Glaubhaftmachung sind, weshalb – folgte man der Meinung des Obergerichts – die Substanziierung des Anspruchs gleichzeitig zur Abweisung des Gesuchs um vorsorgliche Beweisabnahme in Form eines Gutachtens führte; es dem Gesuchsteller verunmöglicht würde, ein nach Art. 168 ZPO taugliches und in einem Personenschadenprozess zentralen Beweismittel nach Art. 158 ZPO zum Beweis zu verstellen, also die Prozesschancen effektiv einzuschätzen.

Setzt sich diese Ansicht durch, so ist der in medizinischen Belangen unkundige Rechtsanwalt stets gezwungen eine (Teil)klage einzuleiten, um eine rechtsgültige unabhängige Beurteilung zu erhalten: Er wird daher gezwungen, einen unter Umständen aussichtslosen Prozess zu führen, was ja gerade durch das neue Institut verhindert werden soll. Abgesehen vom Verstoss gegen die Dispositionsmaxime ist also auch dieses Argument sachfremd, was das Bundesgericht in Bger 4A\_322/2012 Erw. 2.2. in einer ähnlichen Angelegenheit entschieden hat. Gerade bei weit auseinanderliegenden Standpunkten kann ein Gutachten die entscheidende Klärung schaffen.

Führt man sich noch die unterschiedlichen Standards der Verfahrensfairness des Sozialversicherungsverfahrens und des Zivilprozesses, die unterschiedlichen Verständnisse der Abhängigkeit von Gutachtern vor Augen, entbehren die Abklärungsergebnisse der Sozialversicherungsträger im Zivilverfahren jeglicher Beweistauglichkeit, gelten höchsten als Parteibehauptungen der Versicherungswirtschaft, weshalb nicht ersehen werden kann, wie die Einschätzung eines wirklich unabhängigen Experten aussähe, was auch das Obergericht des

Kantons Zug ausführte.<sup>78</sup> Ist dem aber so, können die Erzeugnisse der Medas nichts zur Abschätzung der Prozesschancen beitragen, weshalb auch nach Erstellung dieser Gutachten ein schützenswertes Interesse besteht.

Die vorsorgliche Beweisabnahme (in Form eines Gutachtens) nach Art. 158 lit. b ZPO ist eine auch aus Sicht der Prozessökonomie höchst willkommene Bereicherung der zivilprozessualen Landschaft, weshalb zu hoffen steht, die kantonalen Gerichte nützen diese Gelegenheit, unnötige Verfahren zu vermeiden, gewährten einen niederschweligen Zugang, da damit zumindest die Möglichkeit besteht, auf Weiterungen zu verzichten, die Auseinandersetzungen zu einem schnellen, für alle Seiten verträglichen Ende zu führen. Diesem Ziel stünde eine Praxis entgegen, wie sie zuweilen am Zürcher Obergericht praktiziert wird, was vom Bundesgericht glücklicherweise korrigiert wurde. Ein wichtiger Entscheid, der auch geeignet ist, die Verfahrenslast an den erstinstanzlichen Gerichten abzubauen, weshalb zu hoffen steht, auch in den anderen Kantonen empfangen man diese Verfahrensbeschleunigung mit offenen Armen – und zwar so wie sie im Kanton Bern, entwickelt und kommentiert worden ist – und nun glücklicherweise vom Bundesgericht umgesetzt wird.

---

<sup>78</sup> Urteil des Kantonsgericht Zug vom 24. Oktober 2012, Erw, 5 in der Angelegenheit Z2 2012 27