

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PF130038-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Ge-
richtsschreiberin MLaw D. Weil.

Beschluss und Urteil vom 17. Oktober 2013

in Sachen

A._____,

Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

B.____ AG,

Gesuchs- und Beschwerdegegnerin,

betreffend
vorsorgliche Beweisführung

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes Audienz des Bezirksgerichtes
Zürich vom 31. Juli 2013 (ET130022)

Erwägungen:

1.

Die Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin (fortan Gesuchstellerin) erlitt am 28. August 1995 einen Unfall. Sie wurde beim Überqueren eines Fussgängerstreifens in Dübendorf von einem Motorrad erfasst (act. 12 S. 7). Bei der Gesuchs- und Beschwerdegegnerin (fortan Gesuchsgegnerin) handelt es sich um die Motorhaftpflichtversicherung des Fahrzeugs, dessen Lenker den Unfall verursacht hat (act. 2 S. 3).

Mit Eingabe vom 4. Juli 2013 (act. 2) stellte die Gesuchstellerin beim Einzelgericht Audienz am Bezirksgericht Zürich (fortan Vorinstanz) ein Begehren um vorsorgliche Beweisführung in Form eines gerichtlichen Gutachtens und ersuchte gleichzeitig um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege inklusive Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes (act. 2 S. 2). Die Vorinstanz wies mit Urteil vom 31. Juli 2013 sowohl das Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege als auch das Gesuch um vorsorgliche Beweisführung ab (act. 7 = 11 = 13 S. 6).

Mit Eingabe vom 15. August 2013 erhob die Gesuchstellerin Beschwerde gegen die Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege (act. 12). Gegen die Abweisung des Begehrens um vorsorgliche Beweisführung erhob sie Berufung. Diese wird in Geschäft Nr. LF130054-L behandelt.

2.

2.1. Nach Art. 117 ZPO hat eine Partei Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie die erforderlichen Mittel zur Begleichung der Prozesskosten neben dem notwendigen Lebensunterhalt für sich und die Familie nicht aufbringen kann und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Als aussichtslos gelten Rechtsbegehren, bei denen nach summarischer Prüfung die Gewinnaussichten beträchtlich geringer erscheinen als die Verlustgefahren und deshalb kaum als

ernsthaft bezeichnet werden können. Dass es sich um einen gänzlich chancenlosen Prozess handelt, ist zur Bejahung der Aussichtslosigkeit hingegen nicht nötig. Durch das Kriterium der fehlenden Aussichtslosigkeit soll verhindert werden, dass eine Partei einen Prozess auf Staatskosten führt, den eine vermögende Person auf eigene Kosten vernünftigerweise nicht einleiten würde (BGE 138 III 217; LUKAS HUBER, DIKE-Komm-ZPO, Art. 119 N 21; LEUENBERGER/UFFER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Bern 2010, S. 288 f.). Die unentgeltliche Rechtspflege umfasst die gerichtliche Bestellung eines Rechtsbeistands, wenn dies zur Rechtswahrung notwendig ist (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). Auch für den Entscheid über die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands ist damit erforderlich, dass der Gesuchsteller mittellos und die Begehren nicht aussichtslos erscheinen. Ferner sind zusätzlich die tatsächlichen und rechtlichen Schwierigkeiten des Falls zu berücksichtigen (LEUENBERGER/UFFER, a.a.O., S. 290).

Gemäss Art. 119 Abs. 3 ZPO entscheidet das Gericht über das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege im summarischen Verfahren. Entsprechend ist nur ein Parteivortrag vorgesehen (vgl. Art. 253 ZPO). Sodann muss die Gegenpartei nur dann angehört werden, wenn die unentgeltliche Rechtspflege die Leistung der Sicherheit für die Parteientschädigung umfassen soll. Ansonsten steht es im Ermessen des Gerichts, ob es die Gegenseite anhören will (Art. 119 Abs. 3 ZPO). Vorliegend ist von der Einholung einer Stellungnahme abzusehen.

2.2. Die Vorinstanz kam zum Schluss, das Gesuch um vorsorgliche Beweisführung erweise sich als aussichtslos. Die Voraussetzungen der vorsorglichen Beweisführung seien nicht gegeben, da die Gesuchstellerin bereits über diverse ärztliche Stellungnahmen und Befunde verfüge, was ihr ermögliche, die Chancen und Risiken eines Prozesses abzuschätzen. Dass die Gesuchstellerin aus einem zusätzlichen (gerichtlichen) Gutachten mehr Klarheit erlange, sei nicht glaubhaft, da ein solches Gutachten jeweils vom Ermessen des begutachtenden Arztes abhängt, weshalb es nahe liege, dass ein weiteres Gutachten zu einem neuen Schluss käme. Somit bestünde trotz Gutachten weiterhin Unsicherheit in Bezug auf den Prozesserfolg. Auch ein zweites, drittes, viertes und fünftes (weiteres) Gutachten würde wiederum andere Resultate hervorbringen. Folglich könnte die

Gesuchstellerin trotz gerichtlichem Gutachten weder ihre Prozesschancen besser abschätzen, noch würde damit eine Grundlage für aussichtsreiche Vergleichsgespräche geschaffen (act. 7 = 11 = 13 S. 6).

2.3. Dagegen bringt die Gesuchstellerin im Wesentlichen vor, das Institut der vorsorglichen Beweisführung erlaube die Klärung der Beweis- und Prozessaussichten. Vorliegend verfüge sie nur über sich widersprechende ärztliche Berichte und Stellungnahmen zur Diagnose und zur Arbeitsfähigkeit. Auf dieser Basis könne sie ihre Prozesschancen nicht abschätzen. Hierfür brauche sie ein gerichtliches Gutachten. Die Auffassung der Vorinstanz zum schutzwürdigen Interesse stehe im Widerspruch zu den bundesgerichtlichen Anforderungen. Nach der Praxis des Bundesgerichts seien einzig folgende Gründe zugelassen, um das schützenswerte Interesse zu verneinen: (1) Das beantragte Gutachten sei als Beweismittel grundsätzlich untauglich oder (2) es sei in einem künftigen Prozess ohne Belang oder aber (3) die Gesuchstellerin verlange die vorsorgliche Beweisführung lediglich aus schikanösen Gründen. An das Bestehen eines schutzwürdigen Interesses seien somit keine allzu hohen Anforderungen zu stellen. Ein Fahrzeughalter hafte nach Art. 58 i.V.m. Art. 65 SVG, wenn durch den Betrieb des Motorfahrzeuges ein Mensch zu Schaden komme, es sei denn, der Halter könne beweisen, dass einer der klassischen Entlastungsgründe vorliege. Die Geschädigte habe nur den natürlichen Kausalzusammenhang zwischen Unfallereignis und der Schädigung zu beweisen, wofür vor allem ein medizinisches Gutachten diene. Das schutzwürdige Interesse an der Abklärung der Prozesschancen wurzle im Umstand, dass der Sachverhalt unter den Parteien umstritten sei. Vorliegend bestehe weder über die genaue Diagnose noch über das Ausmass der Arbeitsunfähigkeit Klarheit. Bei der Argumentation der Vorinstanz sei nicht ersichtlich, weshalb ein Gutachten, bei dem der Sachverständige sein Ermessen ausübe, nicht beweistauglich sein solle. Es gehe darum, mit einiger Sicherheit und basierend auf einem gerichtlich erstellten Gutachten die Prozessaussichten abzuschätzen. Führe man sich vorliegend die Anzahl verschiedener Arztberichte vor Augen, gelange man überdies zum Schluss, dass ein gerichtliches Gutachten den Streitgegenstand vereinfachen würde. Es sei nicht ersichtlich, weshalb ein Rechtsanwalt die Abschätzung der Prozesschancen gestützt auf sich widersprechende Arztberichte

vornehmen müsse, insbesondere wenn gemäss Vorinstanz selbst Ärzte sich nicht mit Sicherheit über die Arbeitsfähigkeit äussern könnten. Sodann gehe die Vorinstanz selber nicht davon aus, ein Gutachten sei nicht beweistauglich. Dies müsste die Vorinstanz aber belegen können, um das schutzwürdige Interessen zu verneinen (act. 12 S. 9 ff.).

2.4. Nach Art. 158 ZPO nimmt das Gericht im Rahmen einer vorsorglichen Beweisführung jederzeit Beweise ab. Die Gesuchstellerin stützt ihr Begehren auf die zweite Variante von Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO (act. 2 und act. 12), welche die Glaubhaftmachung eines schutzwürdigen Interesses voraussetzt.

2.4.1. Gemäss auf OGer ZH LF110116-O vom 20. Dezember 2011 aufbauender ständiger Praxis der Kammer bildet die Abklärung von Beweis- und Prozessaussichten grundsätzlich ein schutzwürdiges Interesse im Sinne von Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO. Das Institut der vorsorglichen Beweisführung dient in diesem Fall der Vermeidung von aussichtslosen Prozessen und der aussergerichtlichen Streitbeilegung, weil die Parteien bei grösserer Klarheit über die Prozesschancen eher zum Abschluss eines aussergerichtlichen Vergleichs bereit sein werden. Allerdings ist das schützenswerte Interesse der Abklärung von Beweis- und Prozessaussichten der anvisierten Klage – ebenfalls gemäss obergerichtlicher Praxis – lediglich dann gegeben, wenn die vorsorgliche Beweisführung zu deren Beurteilung auch *notwendig* ist. Das Bestehen des schutzwürdigen Interesses ist dabei (nur) glaubhaft zu machen. Erscheint nicht glaubhaft, dass der Beweisantrag dem Ansprecher die bessere Abschätzung der Prozesschancen ermöglicht, fehlt es gemäss ständiger Praxis der Kammer am schutzwürdigen Interesse für die vorsorgliche Beweisführung.

2.4.2. Die Vorinstanz ist dieser Rechtsprechung gefolgt und hat das schutzwürdige Interesse der Gesuchstellerin zu Recht verneint. Die Gesuchstellerin verfügt bereits über umfassende Unterlagen im Zusammenhang mit den medizinischen Unfallfolgen (act. 5/1-38). Diese ermöglichen es der Gesuchstellerin, ihre Prozesschancen abzuschätzen. Hinzu kommt, dass es sich vorliegend um einen Umstand handelt, der in der Person der Gesuchstellerin bzw. ihrer Gesundheit liegt. Somit vermag sie bis zu einem gewissen Grad auch selber zu beurteilen, wie weit

die Beschwerden sie einschränken. Entsprechend sollte sie in der Lage sein, eine realistische Einschätzung ihres Arbeitsvermögens vorzunehmen. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass Ärzte zu unterschiedlichen Ergebnissen gekommen sind und damit eine gewisse Unsicherheit bezüglich der Diagnose und des Ausmasses der Arbeitsunfähigkeit der Gesuchstellerin besteht. Ein neuerliches, wenn auch gerichtliches Gutachten würde wenig nützen, da die medizinische Beurteilung (auch) vom Ermessen des begutachtenden Arztes abhängt und deshalb ein weiteres Gutachten zu einem neuen Schluss käme. Damit wäre für die Beurteilung des Prozessrisikos nichts gewonnen, die Unsicherheit würde weiter bestehen, da eine Beweiswürdigung bei der vorsorglichen Beweisführung nicht stattfindet. Eine genaue Beurteilung des Prozesserfolgs und somit die Einleitung einer Leistungsklage in genau dem Betrag, den das Gericht auch zusprechen wird, ist nicht möglich. Der Hauptprozess kann nicht vorweggenommen werden. Ebenfalls hilft es nicht, dass ein gerichtliches Gutachten unter der Strafandrohung von Art. 307 StGB erginge, liegt doch die Problematik vorliegend nicht in der Gefahr eines falschen Gutachtens, sondern darin, dass aufgrund der Ausübung von pflichtgemäßem Ermessen verschiedene Ansichten vertreten werden können. Folglich ist ein gerichtliches Gutachten vorliegend nicht notwendig.

2.4.3. Auch die Einwände der Gesuchstellerin ändern daran nichts. Soweit sie Ausführungen zur Beweistauglichkeit eines medizinischen Gutachtens macht, ist darauf nicht näher einzugehen, da die Vorinstanz diese (zu Recht) nicht in Frage gestellt hat. Die zur Argumentation, nur bei den drei genannten Konstellationen dürfe das schutzwürdige Interesse verneint werden, angeführten Bundesgerichtsentscheide BGE 138 II 76 und BGer 4A_322/2012 vom 21. Februar 2013 (E. 2.2.1) stehen der Praxis der Kammer jedenfalls nicht entgegen. Der letztgenannte Entscheid bringt lediglich zum Ausdruck, das schutzwürdige Interesse sei grundsätzlich nur dann zu verneinen, wenn es sich als offensichtlich nicht existent erweise, was *namentlich* der Fall sein könne, wenn das beantragte Beweismittel offenkundig untauglich sei. Diese Formulierung lässt zweifellos weitere Konstellationen zu. Entsprechend wird damit die Auffassung der Kammer nicht ausgeschlossen, wonach das schutzwürdige Interesse auch dann fehlt, wenn die verlangte Beweisabnahme gar nicht (mehr) erforderlich ist, um die Prozesschancen

abzuschätzen, weil die notwendigen Beweise bzw. Entscheidungsgrundlagen bereits vorliegen. Zu dieser Argumentation hat sich das Bundesgericht bisher noch nicht geäußert (vgl. auch I. MEIER, Vorsorgliche Beweisführung zur Wahrung eines "schutzwürdigen Interesses" nach Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO, Tagungsunterlagen ZPO-Weiterbildung vom 12. Sept. 2013, Institut für zivilgerichtliches Verfahren Zürich, S. 10). Der Einwand, die Praxis widerspreche der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, geht fehl.

Weiter führt die Gesuchstellerin als Argument an, ein (gerichtliches) Gutachten, das in Vorkennnis der Akten erstellt werde, führe zu einer grundlegenden Vereinfachung des Streitgegenstandes. Diesbezüglich ist ihr entgegen zu halten, dass bereits Gutachten bestehen, die in Kenntnis der Akten erstellt wurden. Ein gerichtliches Gutachten ist auch hierfür nicht notwendig. Anzuführen bleibt zudem, dass die Vorinstanz in diesem Zusammenhang von der Sachdarstellung der Beschwerdeführerin ausging. Wörtlich führte die Vorinstanz aus (vgl. act. 11 S. 3), "der natürliche und der adäquate Kausalzusammenhang, so die Gesuchstellerin, stünden gestützt auf diese Unterlagen einwandfrei fest ..., doch werde ihre medizinisch-theoretische Arbeitsunfähigkeit von Dr. C. _____ auf rund siebzig Prozent eingeschätzt, während die Ärzte D. _____ und E. _____ die Arbeitsfähigkeit auf zehn Prozent einstufen". Wie ein Blick in das Gesuch zeigt (vgl. act. 2 S. 49, Ziff. 102, und S. 50, oben Ziff. 106), ist das zutreffend. Richtigerweise wird das in der Beschwerde denn auch nicht beanstandet (vgl. act. 12 S. 11 ff.), weshalb es auch hier beachtlich bleibt.

Entsprechend kam die Vorinstanz richtigerweise zum Schluss, vorliegend fehle es am schutzwürdigen Interesse. Bei einem Begehren um vorsorgliche Beweisführung ohne das erforderliche schutzwürdige Interesse sind die Gewinnaussichten des Beweisführungsbegehrens von Beginn weg beträchtlich geringer als die Verlustgefahren. Folglich muss es als aussichtslos bezeichnet werden. Entsprechend ist die gegen den vorinstanzlichen Entscheid erhobene Beschwerde abzuweisen.

2.5. Bei dieser Sachlage kann offen bleiben, ob die Gesuchstellerin als mittellos zu betrachten ist und ob allenfalls ihr Ehemann im Rahmen der familienrechtlichen Unterstützungspflichten einzustehen hat. Anzumerken ist, dass der Grund-

satz gilt, dass familienrechtliche Unterstützungspflichten der staatlichen Leistung vorgehen und nicht umgekehrt (vgl. LUKAS HUBER, DIKE-Komm-ZPO, Art. 117 N 30; BSK ZPO-RÜEGG, 2. Aufl., Art. 117 N 13).

3.

Die Gesuchstellerin stellte auch für das Beschwerdeverfahren ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege (act. 12 S. 2). Da in diesem Verfahren keine Kosten zu erheben sind, erweist sich das Gesuch bezüglich der Gerichtskosten als gegenstandslos; diesbezüglich ist das Gesuch abzuschreiben (Art. 242 ZPO).

Sodann muss die Beschwerde gegen die Abweisung des Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege ebenfalls als von vornherein aussichtslos bezeichnet werden, nachdem es wie ausgeführt der (publizierten) Praxis der Kammer entspricht, nur im Falle der Notwendigkeit eines Gutachtens von einem schutzwürdigen Interesse auszugehen. Entsprechend ist das Gesuch der Gesuchstellerin um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands infolge Aussichtslosigkeit abzuweisen (Art. 118 Abs. 1 lit. c i.V.m. Art. 119 Abs. 5 und Art. 117 lit. b ZPO).

4.

Im Verfahren um unentgeltliche Rechtspflege werden keine Gerichtskosten erhoben (Art. 119 Abs. 6 ZPO). Das gilt nach Auffassung der Kammer – entgegen der in BGE 137 III 470 vertretenen Auffassung – auch für das Rechtsmittelverfahren (vgl. dazu OGer ZH, NQ110017 vom 8. September 2011; OGer ZH PC110052 vom 23. November 2011).

Am Beschwerdeverfahren musste sich die Gesuchsgegnerin nicht beteiligen, weshalb ihr keine notwendigen Auslagen entstanden, die zu entschädigen wären. Es ist ihr deshalb auch keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 95 Abs. 3 ZPO).

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch der Gesuchstellerin um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung im Sinne von Art. 118 Abs. 1 lit. a und lit. b ZPO für das Beschwerdeverfahren wird abgeschrieben.
2. Das Gesuch der Gesuchstellerin um Bestellung von Rechtsanwalt lic. iur. X. _____ als unentgeltlicher Rechtsbeistand wird abgewiesen.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde der Gesuchstellerin wird abgewiesen.
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Der Gesuchsgegnerin wird keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchsgegnerin unter Beilage eines Doppels von act. 12, sowie an das Bezirksgericht Zürich, Einzelgericht Audienz, 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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert liegt über Fr. 40'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw D. Weil

versandt am: