

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF110116-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Hodel und Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. V. Seiler.

Urteil vom 20. Dezember 2011

in Sachen

A._____,

Gesuchstellerin und Berufungsklägerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

B.____ AG,

Gesuchsgegnerin und Berufungsbeklagte,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y._____,

betreffend
vorsorgliche Beweisführung

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirkes Winterthur vom 12. Oktober 2011 (ET110003)

Erwägungen:

1. Übersicht / Prozessverlauf

1.1. Die Gesuchstellerin und Berufungsklägerin (nachfolgend Gesuchstellerin) ist selbständig-erwerbende Kunsttherapeutin. Ein bei der Gesuchsgegnerin und Berufungsbeklagten (nachfolgend Gesuchsgegnerin) haftpflichtversicherter Lieferwagen fuhr am 13. Oktober 2004 von hinten auf das von der Gesuchstellerin gelenkte Motorfahrzeug auf. Die Gesuchstellerin zog sich dabei nach ihrer Darstellung ein HWS-Distorsionstrauma (Schleudertrauma) sowie eine Kopfkontusion zu (act. 1 S. 5, 15; vgl. dagegen act. 11 S. 7, 9 f.). Am 14. Juni 2011 ereignete sich ein zweiter Auffahrunfall, bei dem die Gesuchstellerin nach eigenen Angaben ein weiteres Schleudertrauma erlitt (act. 1 S. 15; act. 3/43-45).

1.2. Am 18. Juli 2011 liess die Gesuchstellerin beim Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirkes Winterthur (Vorinstanz) ein Begehren um vorsorgliche Beweisabnahme in der Form eines gerichtlichen, medizinischen Gutachtens stellen und ersuchte gleichzeitig um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands (act. 1 S. 2).

1.3. Mit Verfügung vom 12. Oktober 2011 bewilligte die Vorinstanz der Gesuchstellerin die unentgeltliche Rechtspflege und bestellte ihr in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. X. _____ einen unentgeltlichen Rechtsvertreter. Auf das Begehren um vorsorgliche Beweisführung trat die Vorinstanz nicht ein (act. 25 S. 10).

1.4. Gegen den Nichteintretensentscheid der Vorinstanz richtet sich die vorliegende Berufung der Gesuchstellerin. Mit der Berufungsschrift stellte sie die folgenden Anträge (act. 24 S. 2):

"Es sei die Verfügung des Bezirksgerichts Winterthur, Einzelgericht im summarischen Verfahren, vom 12. Oktober 2011 aufzuheben.

Es sei in vorsorglicher Beweisabnahme ein gerichtliches medizinisches Gutachten zu den Folgen des von der Appellantin/Gesuchstellerin am

13. Oktober 2004 erlittenen Unfalls zu erstellen, unter Einschluss der Fachdisziplinen Neurologie, Rheumatologie, Psychiatrie und Neuropsychologie und unter Zugrundelegung der Sachverhaltsvorbringen und der Gutachterfragen gemäss Eingabe an die Vorinstanz vom 18. Juli 2011;

eventualiter sei die Vorinstanz anzuweisen, ein solches Gutachten in Auftrag zu geben.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Appellantin/Gesuchsgegnerin."

1.5. Darüber hinaus beantragte die Gesuchstellerin auch für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege. Mit Beschluss vom 14. November 2011 bewilligte die Kammer der Gesuchstellerin für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege und bestellte ihr Rechtsanwalt lic. iur. X. _____ als unentgeltlichen Rechtsbeistand. Der Gesuchsgegnerin wurde zugleich Frist angesetzt, um die Berufung zu beantworten (act. 29). Die Berufungsantwort datiert vom 24. November 2011 (act. 31); sie wurde der Gesuchstellerin am 29. November 2011 zugestellt (act. 33).

1.6. Die Sache ist spruchreif. Für die Vorbringen der Parteien vor Vorinstanz kann auf die angefochtene Verfügung verwiesen werden (act. 25 S. 3-5). Auf die Vorbringen der Parteien im Berufungsverfahren ist – soweit für die Entscheidung erforderlich – im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen einzugehen.

2. Materielles

2.1. Nach Art. 158 ZPO nimmt das Gericht im Rahmen einer vorsorglichen Beweisführung jederzeit Beweis ab. Im hier interessierenden Fall setzt die vorsorgliche Beweisabnahme voraus, dass die gesuchstellende Partei ein schutzwürdiges Interesse glaubhaft macht (Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO).

2.2. Das Einzelgericht erachtete die Prozessvoraussetzung des schutzwürdigen Interesses als nicht erfüllt. Zum einen bestehe die erhebliche Gefahr, dass die Erstellung eines im Hauptprozess verwertbaren Gutachtens durch die alleinige Verfahrensherrschaft der Gesuchstellerin bei der vorsorglichen Beweisabnahme durchkreuzt werde, weshalb der Beweiswert eines so erlangten Gutachtens von vornherein als höchst eingeschränkt erscheine. Zum anderen sei es aus prozess-

ökonomischer Sicht wenig sinnvoll, die erheblichen Kosten für ein polydisziplinäres Gutachten bereits vor dem Prozess zu generieren, zumal vorliegend nicht davon auszugehen sei, dass sich die Prozesschancen mit weniger gewichtigen Kostenfolgen überprüfen liessen, als wenn der Prozess eingeleitet würde und die Prozesschancen alsdann nach dem ersten Schriftenwechsel beurteilt würden. Die Klageeinleitung durch die Gesuchstellerin sei aufgrund der Sachlage möglich und zumutbar (act. 25 S. 6 ff.).

2.3. Die Gesuchstellerin hält in der Berufung an ihrem gegenteiligen Standpunkt fest. Sie hebt – unter Bezugnahme auf ein Rechtsgutachten von Prof. Dr. C._____ vom 12. Oktober 2011 (act. 28/13) – hervor, dass es für das schutzwürdige Interesse bereits genüge, dass sie einen praktischen Nutzen für ihre rechtliche und tatsächliche Situation in Aussicht habe. Zudem müsse ins Gewicht fallen, dass bei der vorliegend angebehrten Beweismassnahme die persönliche Stellung der Gesuchsgegnerin nicht tangiert werde. Die Vorinstanz habe den Sinngehalt von Art. 158 ZPO verkannt, mit welcher Norm der Gesetzgeber einer betroffenen Person ein einfach handhabbares Instrument zur Abklärung von Prozesschancen habe zur Verfügung stellen wollen. Sie habe für die Interessebeurteilung nicht bei den zwischen den Parteien bestehenden Meinungsverschiedenheiten zu den Gesundheitsfolgen des Unfalls und dem von der Gesuchstellerin vorgetragenen Beweisthema angesetzt, sondern dem umstrittenen Hilfselement der kollisionsbedingten Geschwindigkeitsänderung des Unfallswagens, der schlechten Dokumentation des jüngsten Unfalls und der Tatsache, dass die Gesuchstellerin das Belastungsprofil autonom bestimmt habe, entscheidrelevantes Gewicht zugemessen. Unzutreffend sei ferner die Annahme der Vorinstanz, ein gestützt auf diese Faktoren erstelltes medizinisches Gutachten habe keine beweisbildende, verbindliche fachliche Information zur Folge. Selbst wenn bei der Frage zur kollisionsbedingten Geschwindigkeitsänderung, der Rolle des zweiten Unfalls und hinsichtlich des Belastungsprofils von relevanten Unklarheiten auszugehen wäre, würde ein medizinisches Gutachten vielfältige Informationen liefern, die durchaus beweistauglich seien. Dem zu erstellenden Gutachten könnten verlässliche Angaben namentlich zu den umstrittenen Elementen Kausalzusammenhang, unfallbedingter Diagnose, Einschränkungsfolgen im Haushalt sowie Beeinträchtigung der Lebensqualität

zumindest bis zum Zeitpunkt des jüngsten Unfalls entnommen werden. Für den ärztlichen Gutachter spiele es zudem gar keine Rolle, wie hoch genau die kollisionsbedingte Geschwindigkeitsänderung des Wagens der Gesuchstellerin gewesen sei, um die medizinischen Fragen zu beantworten. Die geringe Dokumentation des jüngsten Unfalls werde nach Auffassung der Gesuchstellerin dadurch kompensiert, dass es den Gutachtern explizit erlaubt sei, ergänzende Auskünfte der behandelnden Mediziner einzuholen, weshalb es nicht korrekt sei, dass die Gutachter allein auf die Schilderung der Gesuchstellerin abzustellen hätten. Dass die Gesuchstellerin selber das Belastungsprofil im angestammten Beruf schildern solle, sei zulässig und sinnvoll, wisse die Gesuchstellerin doch selbst am besten, wie ihre frühere Berufsarbeit als Kunsttherapeutin ausgesehen habe. Die Gesuchstellerin legt sodann Wert darauf, dass das Gutachten der Klärung dienen solle, ob überhaupt ein Prozess anzustrengen sei oder nicht, wobei auch an die Möglichkeit zu denken sei, dass die Parteien bei Vorliegen eines Gutachtens eine aussergerichtliche Einigung fänden. Die Vorinstanz habe es zu Unrecht als zumutbar erachtet, dass die Gesuchstellerin einen Hauptprozess einleite. Sie habe die Kosten eines polydisziplinären Gutachtens auf Fr. 25'000.-- geschätzt, was wohl eher am oberen Rand der Schätzungsmarge liegen werde. Demgegenüber beliefen sich im Klageverfahren bei einem Streitwert von Fr. 1 Mio. die Gerichtsgebühren bereits nach Durchführung eines ersten Schriftenwechsels auf mind. Fr. 15'000.-- und die einfachen Anwaltsgebühren auf mind. Fr. 31'000.--, was im Unterliegensfall zufolge Gewährung unentgeltlicher Rechtspflege zumindest vorläufig der Staatskasse zu belasten wäre. Mit Blick auf diese Umstände sei es der Gesuchstellerin nicht zumutbar, eine Forderungsklage anstelle einer vorsorglichen Beweismassnahme einzuleiten. Die Gesuchstellerin hält es angesichts der zwischen den Parteien umstrittenen Kausalitätsfrage schliesslich für legitim, dass sie eine objektive Kausalitätsbeurteilung erhältlich machen wolle. Auch wenn die überwiegende Zahl der Ärzte von einer gegebenen Unfallkausalität ausgingen, führe dies nicht zur genügend zuverlässigen Beantwortung der Frage, ob in einer Begutachtung durch externe Experten die Kausalität bestätigt werde (act. 24 S. 5 ff.).

2.4. Die Gesuchsgegnerin schliesst auf Abweisung der Berufung. Sie bekräftigt zunächst ihre Auffassung, dass die beim Unfall vom 13. Oktober 2004 aufgetretene, kollisionsbedingte Geschwindigkeitsänderung im sog. Harmlosigkeitsbereich gelegen habe. Die Gesuchstellerin habe selber zwei ärztliche Berichte von Dr. D. _____ vom 28. November 2005 und von Dr. E. _____ vom 17. Dezember 2005 eingereicht, aus denen sich ergebe, dass die von der Gesuchstellerin geltend gemachten Beschwerden in keinem Zusammenhang mit dem Unfallereignis vom 13. Oktober 2004 stünden. Diese Gutachten seien in Absprache und im Einverständnis mit der Gesuchstellerin erfolgt. Wenn sich die Parteien aber im gegenseitigen Einverständnis entschliessen würden, ein Privatgutachten erstellen zu lassen, fehle es für ein Gerichtsgutachten im Rahmen der vorsorglichen Beweisführung am notwendigen schützenswerten Interesse. Hinzu komme im vorliegenden Fall, dass ein Gutachter vornehmlich auf die Angaben der Gesuchstellerin abstellen müsse, was ein Missbrauchspotential berge. Ob die geltend gemachten Beschwerden wirklich bestünden und ob diese unfallkausal seien, hänge primär von der Glaubwürdigkeit der Gesuchstellerin ab. Die Glaubwürdigkeit der Gesuchstellerin sei aber durch den Richter und nicht durch einen Arzt zu beurteilen. Das von der Gesuchstellerin beantragte Gutachten sei daher von vornherein ein offensichtlich untaugliches Beweismittel. Weiter liege bezüglich des Unfalls vom 13. Oktober 2004 zwar ein unfallanalytisches Gutachten vor (act. 3/14), nicht aber eine biomechanische Beurteilung durch einen Experten. Erfahrungsgemäss sei ein Arzt nicht in der Lage, über die Zuordnung der von ihm erhobenen medizinischen Befunde zum Unfall zu urteilen, weil er kaum über die unbedingt notwendigen kollisionsmechanischen und biomechanischen Kenntnisse zur korrekten Interpretation der technischen Grundlage verfüge. Die Gesuchstellerin anerkenne zudem selbst, dass der neue Unfall vom 14. Juni 2011 schlecht dokumentiert sei. So lasse sich über die Bedeutung des neuen Unfalls für den Gesundheitszustand der Gesuchstellerin keine seriöse und fachtechnisch korrekte Beurteilung abgeben. Wenn aber nicht bekannt sei, inwiefern sich der neue Unfall sich auf die Gesundheit der Gesuchstellerin ausgewirkt habe, dann lasse sich folgerichtig auch nicht beurteilen, ob die heutigen gesundheitlichen Beschwerden der Gesuchstellerin mit dem Unfallereignis vom 13. Oktober 2004 in Zusammenhang stünden.

Der Gesuchstellerin gehe es augenfällig gar nicht darum, die Prozesschancen abzuklären, sondern darum, dass sie mehr als sieben Jahre nach dem Unfall und einer Vielzahl von ärztlichen Berichten und medizinischen Abklärungen, MRI-Untersuchungen etc. vielleicht doch noch zu einer ärztlichen Bestätigung dafür komme, dass die von ihr beklagten Beschwerden mit dem Unfallereignis vom 13. Oktober 2004 in Zusammenhang stünden. Die Gesuchstellerin blende im Übrigen völlig aus, dass bereits ein Vielzahl medizinischer Befunde, eine umfassende MRI-Dokumentation sowie zwei relativ zeitnah zum Unfallereignis erstellte ärztliche Gutachten vorlägen. Die Gesuchstellerin sei daher schon heute im Besitz von genügenden medizinischen Unterlagen, die ihr die Beurteilung der Prozesschancen ermöglichen. Gesetzt den Fall, das von ihr beantragte Gutachten käme zum Schluss, es fehle an der Unfallkausalität, wäre die Gesuchstellerin nicht weiter als heute. Sie wäre aufgrund der Meinung der behandelnden Ärzte wohl nach wie vor der Auffassung, dass die Unfallkausalität gegeben sei. Somit sei das beantragte Gutachten auch nicht notwendig (act. 31 S. 4 ff.).

2.5. Die Vorinstanz erwog in rechtlicher Hinsicht zutreffend, die Botschaft zur neuen ZPO qualifiziere auch die Abklärung der Beweis- und Prozessaussichten als schutzwürdiges Interesse im Sinne von Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO (Botschaft vom 28. Juni 2006, S. 7315). Das Institut der vorsorglichen Beweisführung soll in diesem Fall der Vermeidung von aussichtslosen Prozessen und der aussergerichtlichen Streitbeilegung dienen. Je mehr Klarheit die Parteien über die Prozesschancen haben, desto eher werden sie ja bereit sein, einen aussergerichtlichen Vergleich abzuschliessen. Das schützenswerte Interesse ist gegeben, wenn die vorsorgliche Beweisabnahme zur Beurteilung der Prozesschancen der anvisierten Klage geeignet und notwendig ist (vgl. Livschitz/Schmid, Sie wollen klagen - Ihr Gegner hat die Beweise, AJP 2011, S. 743; Gäumann/Marghitola, Editionspflichten nach der eidgenössischen Zivilprozessordnung, in: Jusletter 14. November 2011, S. 7; Meier, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich 2010, S. 310 f.; vgl. ferner act. 28/13 S. 3 f.). Sowohl das Bestehen des schutzwürdigen Interesses wie das Nichtbestehen sind dabei (nur) glaubhaft zu machen (vgl. ZK ZPO-Fellmann, Art. 258 N 21 f.; Zürcher, DIKE-Komm-ZPO, N 2, 4 zu Art. 261). Ist nicht glaubhaft, dass der Beweisantrag es dem Ansprecher ermöglicht, die Pro-

zesschancen besser abzuschätzen, fehlt es für die vorsorgliche Beweisabnahme an einem schutzwürdigen Interesse.

2.6. Mit Bezug auf den vorliegenden Fall ging die Vorinstanz davon aus, die vorgelegten medizinischen Unterlagen wären im Hauptprozess als Parteigutachten zu qualifizieren. Solche seien dem Beweiswert eines gerichtlichen Gutachtens nicht gleichzusetzen. Entsprechend könne ein schutzwürdiges Interesse der Gesuchstellerin an der von ihr beantragten Beweiserhebung nicht von vornherein aufgrund der bereits vorhandenen medizinischen Unterlagen verworfen werden. Hingegen sei zu berücksichtigen, dass der Prozessgegenstand der vorsorglichen Beweisabnahme durch das Gesuch des Klägers definiert werde. Es liege allein am Kläger, welchen Sachverhalt er behaupte und welcher Sachverhalt dann auch dem beantragten Gutachten zugrunde gelegt werde. Es obliege auch ihm, dem Gericht die Fragen zu stellen, die es dem Sachverständigen stellen solle. Demgegenüber werde der Beweisabnahme während hängigem Prozess der erstellte Sachverhalt zugrunde gelegt und die Fragen durch das Gericht formuliert, mit dem Ziel, dass der Gutachter möglichst unbeeinflusst von den divergierenden Standpunkten und Interessen der Parteien zu einer neutralen Antwort in einer wissenschaftlichen und entscheidrelevanten Frage komme. Zwar sei davon auszugehen, dass eine vorsorgliche Beweisabnahme mit entsprechender alleiniger Verfahrensherrschaft des Gesuchstellers in vielen Fällen eher unproblematisch sein dürfte – beispielsweise wenn sich die Frage stelle, ob eine Maschine funktioniere oder nicht und wenn nein, ob Ursache des Nichtfunktionierens ein fehlerhafter Bestandteil der Maschine oder ein Bedienungsfehler sei. Vorliegend sei die Sachlage indes eine erheblich andere: Die Gesuchstellerin solle vorab selbst begutachtet werden. Das Gutachten würde auf der Basis der von der Gesuchstellerin eingereichten Unterlagen und ihrer Ausführungen erstellt, wobei zum Hergang des Unfalles auch das unfallanalytische Gutachten der Gesuchsgegnerin (act. 3/14) herangezogen würde. Dieses Gutachten würde zwar voraussichtlich von der Gesuchsgegnerin in einem zukünftigen Prozess nicht in Frage gestellt. Indes mache die Gesuchstellerin bereits heute geltend, das durch die Unfallanalyse errechnete Delta-V erachte sie als zu niedrig (act. 1 S. 6), womit sie eine der eigenen Grundlagen für das Gutachten in Zweifel ziehe. Zum Ablauf des behaupt-

teten weiteren Unfalles vom 14. Juni 2011 finde sich abgesehen von einem rudimentären Unfallprotokoll, Fotos des Halses der Gesuchstellerin und einem Schadenfoto (act. 3/43 ff.) gar nichts in den Akten. Diese Unterlagen seien nicht geeignet, den Ablauf und die Intensität dieses Unfalles genügend zu belegen, womit die Gutachter diesbezüglich allein auf die Schilderungen der Gesuchstellerin abzustellen hätten. Gleiches gelte auch hinsichtlich der Frage nach der Arbeitsfähigkeit: Die Gesuchstellerin wolle diese aufgrund des von ihr allein angegebenen Belastungsprofiles abgeklärt haben. Schon aus diesen Gründen bestehe hier die erhebliche Gefahr, die Erstellung eines im Hauptprozess verwertbaren Gutachtens werde durch die alleinige Verfahrensherrschaft der Gesuchstellerin durchkreuzt. Der Beweiswert eines so erlangten Gutachtens erscheine damit von vornherein als höchst eingeschränkt, und es sei nicht davon auszugehen, dass die Gesuchstellerin damit erreichen könne, für ein späteres Verfahren beweisbildende, verbindliche fachliche Informationen erhältlich zu machen. Die Vorinstanz verneint daher ein schutzwürdiges Interesse der Gesuchstellerin (act. 25 S. 6 ff.).

2.7. Das schutzwürdige Interesse gründet wie erwähnt darauf, dass die vorsorgliche Beweisabnahme die Abschätzung der Prozesschancen erlaubt und so eine aussichtslose Prozessführung verhindert oder eine vergleichsweise Einigung wahrscheinlich wird. Richtig ist zwar, dass eine polydisziplinäre Begutachtung nach Auffassung des Bundesgerichts wichtiges Beweismittel für die Beurteilung der Kausalität in Schleudertrauma-Fällen bildet (BGE 134 V 109 E. 9.3 f., S. 124). Wenn die Gesuchstellerin daraus aber einen Anspruch auf Erstellung eines polydisziplinären Gutachtens im Rahmen vorsorglicher Beweisführung ableiten will, übersieht sie, dass die Abklärung der Prozesschancen ohne abschliessende Beweiswürdigung erfolgen kann und muss. Das beantragte Gutachten mag für den Kausalitätsbeweis im Hauptprozess entscheidend sein – für die Abklärung der Prozesschancen durch den Geschädigten dagegen nicht unbedingt.

2.8. Vorliegend ist die Fülle der aktenkundigen, medizinischen Dokumentation des Beschwerdebildes der Gesuchstellerin seit dem Unfall vom 13. Oktober 2004 bis heute beachtlich und umfasst insbesondere auch zahlreiche ärztliche Stellungnahmen zur Unfallkausalität. Neben den erwähnten Berichten von Dr.

D._____ und Dr. E._____, welche rund ein Jahr nach dem Unfall erstellt wurden (act. 3/29-30), existieren eine ganze Reihe weiterer medizinischer Dokumente, die sich zu den relevanten Fragen umfassend und aus verschiedenen fachärztlichen Disziplinen äussern: ein Austrittsbericht nach der ersten, notfallmässigen Spitalbehandlung der Klinik F._____ am Unfalltag (act. 3/15), ein Dokumentationsbogen für Erstkonsultationen vom 18. Oktober 2004 (act. 3/16), mehrere ärztliche Zeugnisse und Schreiben des die Gesuchstellerin in der ersten Phase behandelnden Arztes Dr. G._____ (act. 3/17-20; act. 3/22; act. 3/24-26), ein Austrittsbericht nach Rehabilitationskur im H._____ vom 17. Januar 2005 (act. 3/21), ein ärztlicher Bericht von Dr. G._____ zuhanden der Gesuchsgegnerin vom 17. März 2005 (act. 3/23), Röntgenbefunde der I._____ vom 8. und 12. Juli 2005 (act. 3/27-28); eine Stellungnahme von Dr. G._____ vom 27. Januar 2006 unter Bezugnahme auf die Berichte D._____ und E._____ (act. 3/31), eine Bestandesaufnahme des die Behandlung der Gesuchstellerin im Sommer 2006 übernehmenden Internisten Dr. J._____ vom 3. Juli 2006 (act. 3/32), eine angiologische Einschätzung von Dr. K._____ vom 14. Juni 2007 (act. 3/33), ein Bericht der Neurologin Dr. L._____ vom 26. Juni 2007 (act. 3/35), zwei weitere Berichte von Dr. J._____ vom 4. Juli 2007 (act. 3/34) und vom 26. Juni 2008 (act. 3/36), ein Bericht der Ärztin für Allgemeinmedizin Dr. M._____ vom 3. März 2009 (act. 3/37), eine Einschätzung ortho-bio-med vom 30. September 2010 (act. 3/38), eine weitere Stellungnahme von Dr. L._____ ebenfalls vom 30. September 2010 (act. 3/39), ein Schreiben der N._____ über MRI-Befunde der Halswirbelsäule und des Thorax der Gesuchstellerin (act. 3/40), ein Bericht des Neurozentrums O._____, Dr. P._____, vom 7. Februar 2011 (act. 3/42) und zuletzt ein Bericht des Neurochirurgen Dr. Q._____ vom 28. Juni 2011 (act. 3/46). Die Gesuchstellerin weist mit Grund darauf hin, dass die Ärzte für das beantragte, polydisziplinäre Gutachten auf die umfangreiche, echtzeitliche Dokumentation ihres Beschwerdebildes zurückgreifen könnten (vgl. zur Bedeutung der Dokumentierung der medizinischen Erstabklärung und des Beschwerdeverlaufs in Schleudertrauma-Fällen, BGE 134 V 109 E. 9.2, S. 123 ff.). Vor allem aber ist die Gesuchstellerin aufgrund der Äusserungen der Mehrheit der vorgenannten Ärzte bzw. ärztlichen Berichte der Auffassung, dass die von ihr beklagten Beschwerden auf den Unfall vom 13.

Oktober 2004 zurückzuführen seien (act. 1 S. 16; act. 24 S. 4). Ein schutzwürdiges Interesse der Gesuchstellerin an der Erstellung eines gerichtlichen, medizinischen Gutachtens im Rahmen der vorsorglichen Beweisführung besteht aber nicht schon dann, wenn die einzusetzenden Gutachter (was durchaus möglich ist) zum gegenteiligen Schluss gelangen könnten, sondern nur dann, wenn die bestehenden ärztlichen Gutachten und Berichte keine adäquate Grundlage zur Beurteilung der Prozesschancen darstellen würden. Tatsache ist zwar, dass kein polydisziplinäres Gutachten zur Frage der medizinischen Unfallfolgen vorliegt. Das ändert indessen nichts daran, dass die aus verschiedenen fachärztlichen Disziplinen abgegebenen Berichte bzw. Stellungnahmen zu den Beschwerden der Gesuchstellerin und deren Kausalität zum ersten Unfall die Beurteilung der Beweisaussichten hinsichtlich Schaden und Kausalzusammenhang durch die anwaltlich vertretene Gesuchstellerin erlauben. Entgegen der Auffassung der Gesuchstellerin ist aus den verschiedenen Einzelstellungnahmen nicht ein (definitives) Resultat "zusammenzubasteln" (vgl. act. 17 S. 5), sondern es ist gestützt auf die vorliegenden Dokumente (lediglich) zu entscheiden, ob die Einleitung eines Haftpflichtprozesses für die Gesuchstellerin rational gesehen zweckmässig, d.h. erfolgsversprechend ist oder nicht. Ein auf den Vorakten aufbauendes, die haftpflichtrechtlich relevanten Fragen verbindlich beantwortendes Gerichtsgutachten ist dazu nicht verlangt und nicht notwendig; die Prozesschancenanalyse ist basierend auf die von der Gesuchstellerin vorgelegten, umfassenden ärztlichen Dokumentation ihrer gesundheitlichen Beschwerden und deren Zusammenhang mit dem Unfall zu bewerkstelligen. Geht die Gesuchstellerin aufgrund der Akten resp. der vorhandenen Beweismittel davon aus, dass die Gesuchsgegnerin für die finanziellen Einbussen und die seelische Unbill der Gesuchstellerin zivilrechtlich verantwortlich sei (vgl. act. 1 S. 16), beurteilt sie ihre Prozesschancen offenkundig als aussichtsreich. Zu Recht hebt die Vorinstanz in dieser Hinsicht hervor, dass erst der Prozess über die Hauptsache zu definitiven Erkenntnissen führe, speziell bezüglich Relevanz von Tatsachenbehauptungen, Beweislast und Beweiswürdigung, und das Institut der vorgängigen Beweisabnahme nicht dazu dienen könne, die Gesuchstellerin vor jedem Prozessrisiko zu bewahren (act. 25 S. 9).

2.9. Der Vorinstanz ist überdies darin beizupflichten, dass angesichts der voraussichtlich anfallenden Kosten für ein solches Gutachten nicht davon ausgegangen werden kann, dass sich die Prozesschancen mit weniger gewichtigen Kostenfolgen überprüfen liessen, als wenn der Hauptprozess eingeleitet und die Prozesschancen nach Klagebegründung und -antwort zum Beispiel anlässlich einer Instruktionsverhandlung beurteilt würden. Wenn die Gesuchstellerin den Kosten der vorläufigen Beweisabnahme von ca. Fr. 25'000.-- die im Klageverfahren auf einem Streitwert von Fr. 1 Mio. berechneten Gerichtsgebühren von Fr. 15'000.-- und Anwaltsgebühren von Fr. 31'000.-- gegenüberstellt (act. 24 S. 9), ist ihr entgegenzuhalten, dass die Gesuchstellerin nicht auf Leistung von Fr. 1 Mio. klagen muss, sondern eine Teilklage einreichen kann. Die auf Basis eines Streitwerts von Fr. 100'000.-- berechneten Prozesskosten wären selbstverständlich deutlich geringer und betrügen weniger als die voraussichtlichen Kosten für das beantragte Gutachten (gemäss § 4 GebV OG beträgt die ordentliche Gerichtsgebühr in diesem Fall lediglich Fr. 8'750.-- und die Grundgebühr gemäss § 4 AnwGebV Fr. 10'900.--). Das bedeutet nichts Anderes, als dass die Gesuchstellerin unter ökonomischen Gesichtspunkten die Einleitung des Hauptprozesses (Teilklage) der vorsorglichen Beweisführung vorziehen müsste, wäre sie doch ohne Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege verpflichtet, die Prozesskosten bzw. die Kosten der vorsorglichen Beweisabnahme vorzuschliessen (vgl. Gasser/Rickli, Schweizerische Zivilprozessordnung, Zürich/St. Gallen 2010, Art. 158 N 9; vgl. zum Ganzen ferner Schütz, Wann ist Jasagen effizient?, Ökonomische Prozessrisikoanalyse als adäquate Methode zur Wahl einer vergleichweisen oder gerichtlichen Streitbeilegung, AJP 2010, S. 411).

2.10. Die Vorinstanz hat ein schützenswertes Interesse der Gesuchstellerin an einer vorsorglichen Beweisführung aus diesen Gründen zu Recht verneint. Offen bleiben kann, ob das beantragte polydisziplinäre Gutachten zum Beweis des von der Gesuchstellerin geltend gemachten Schadens und des (natürlichen) Kausalzusammenhangs zwischen Schaden und Unfall von vornherein untauglich wäre, wenn es auf einen umstrittenen, nicht erstellten Sachverhalt beruhte. Die Berufung ist abzuweisen und der angefochtene Nichteintretensentscheid zu bestätigen.

3. Kosten / Entschädigung

3.1. Die Vorinstanz hat den Streitwert aufgrund der geschätzten Kosten der vorsorglichen Beweisabnahme auf Fr. 25'000.– festgelegt. Die erstinstanzliche Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolge ist unbeanstandet geblieben und kann ohne Weiteres bestätigt werden.

3.2. In Anwendung von Art. 106 Abs. 1 ZPO sind die Gerichtskosten für das Berufungsverfahren der Gesuchstellerin aufzuerlegen, zufolge der unentgeltlichen Rechtspflege aber einstweilen – unter Vorbehalt der Nachforderung im Sinne von Art. 123 ZPO – auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren ist gestützt auf § 4 in Verbindung mit § 13 der GebV OG auf Fr. 1'700.-- festzusetzen.

3.3. Sodann hat die Gesuchstellerin der Gesuchsgegnerin eine Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 122 Abs. 1 lit. d ZPO, Art. 106 Abs. 1 ZPO, Art. 95 Abs. 1 und 3 ZPO). Nach den §§ 4, 8 und 12 AnwGebV ist diese Entschädigung mit Fr. 1'500.-- zu bemessen. Ersatz der Mehrwertsteuer hat die Gesuchsgegnerin im Berufungsverfahren nicht verlangt (act. 31 S. 2; vgl. Kreisschreiben vom 17. Mai 2006, publiziert unter [www.gerichte-zh.ch/Obergericht/Kreisschreiben/ab 2000](http://www.gerichte-zh.ch/Obergericht/Kreisschreiben/ab%2000)).

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen, und die Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren des Bezirkes Winterthur vom 12. Oktober 2011 wird bestätigt.
2. Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren wird auf Fr. 1'700.-- festgesetzt. Sie wird der Gesuchstellerin auferlegt, zufolge der unentgeltlichen Rechtspflege aber einstweilen auf die Gerichtskasse genommen - unter Vorbehalt der Nachforderung im Sinne von Art. 123 ZPO.
3. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, der Gesuchsgegnerin für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 1'500.-- zu bezahlen.

4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an das Bezirksgericht Winterthur, Einzelgericht summarisches Verfahren, je gegen Empfangsschein.
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 Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 25'000.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

OBERGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. V. Seiler

versandt am: