

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF110134-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin
Dr. L. Hunziker Schnider und Oberrichterin lic. iur. E. Lichti
Aschwanden sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Wili.

Beschluss und Urteil vom 11. April 2012

in Sachen

A._____ AG,

Gesuchsgegnerin und Berufungsklägerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____,

gegen

B._____,

Gesuchsteller und Berufungsbeklagter,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____,

betreffend
vorsorgliche Beweisführung

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes Audienz des Bezirksgerichtes Zürich vom 19. Dezember 2011 (ET110012)

Erwägungen:

I.

1. In den Morgenstunden des 28. März 2005 fuhr ein bei der Gesuchsgegnerin und Berufungsklägerin (nachfolgend Berufungsklägerin) versicherter Personenwagen bei einem kleinen Durchgangsweg zwischen den Liegenschaften C.____-Strasse 1 und 2 in Z.____ rückwärts, nach rechts abdrehend aus einem Parkfeld. Dabei wurde der hinter dem Personenwagen befindliche Gesuchsteller und Berufungsbeklagte (nachfolgend Berufungsbeklagter) übersehen. Dieser wurde vom rückwärts fahrenden Personenwagen touchiert und kam dadurch zu Fall (act. 4/6). Nach Darstellung des Berufungsbeklagten zog er sich durch diesen Sturz unter anderem ein Schädelhirntrauma zu, an dessen Folgen er seit dem Unfalltag leidet (act. 1 S. 5 und S. 10).

2. Am 28. März 2010 gelangte der Berufungsbeklagte an das Einzelgericht Audienz des Bezirksgerichtes Zürich und stellte ein Begehren um vorsorgliche Beweisabnahme in der Form eines gerichtlichen Gutachtens zu den medizinischen Dauerfolgen des erlittenen Unfalls (act. 1).

3. Mit Verfügung vom 19. Dezember 2011 ordnete das Einzelgericht Audienz des Bezirksgerichtes Zürich ein Gutachten an und schlug den Parteien Sachverständige vor, mit einer Frist von 20 Tagen, um gegen die Vorgesprochenen Einwendungen zu erheben. Der Berufungsklägerin wurde zudem Frist angesetzt, um allfällige Ergänzungsfragen zu formulieren (act. 46 = act. 48).

4. Gegen diese Verfügung erhob die Berufungsklägerin mit Eingabe vom 23. Dezember 2011 rechtzeitig Berufung mit den Anträgen, es sei die angefochtene Verfügung aufzuheben und es sei das Gesuch um vorsorgliche Beweisführung abzuweisen, eventualiter sei die Sache zur Abweisung des Gesuchs an die Vorinstanz zurückzuweisen (act. 49). In prozessualer Hinsicht beantragte sie zugleich das Ansetzen einer Nachfrist zur Ergänzung der Beschwerdebegründung bis mindestens 12. Januar 2012. Mit Schreiben vom 10. Januar 2012 ersuchte sie ferner um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 52).

5. Mit Verfügung vom 12. Januar 2012 wies die Kammer die Gesuche der Berufungsklägerin um Gewährung einer Nachfrist zur Ergänzung der Berufungsbegründung und um Aufschub der Vollstreckung des angefochtenen Entscheides ab, soweit sie darauf eintrat. Gleichzeitig wurde der Berufungsklägerin Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses angesetzt (act. 54). Dieser Kostenvorschuss wurde rechtzeitig geleistet (act. 55-56).

6. Mit Verfügung vom 1. März 2012 wurde dem Berufungsbeklagten Frist angesetzt, um die Berufung zu beantworten (act. 58). Die Berufungsantwort ging am 15. März 2012 innert Frist ein (act. 60). Er beantragt, es sei auf die Berufung nicht einzutreten, eventualiter sei die Berufung abzuweisen. Gleichzeitig stellt er ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. Y._____. Die Sache erweist sich als spruchreif.

II.

1.1 Einer Partei ist die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 117 ZPO).

1.2 Aus den Aufstellungen über die finanziellen Verhältnisse des Berufungsbeklagten im Entscheid der Vorinstanz vom 3. Oktober 2011 (act. 42a S. 9 ff.) ergibt sich, dass der Berufungsbeklagte teilweise mittellos war. Er verfügte über ein Vermögen von Fr. 11'000.--, weshalb ihm für das vorinstanzliche Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege im Fr. 11'000.-- übersteigenden Umfang gewährt wurde (act. 42a). Der Berufungsbeklagte leistete für das vorinstanzliche Verfahren einen Kostenvorschuss von Fr. 5'000.-- (act. 42a, act. 44). Mit der angefochtenen Verfügung wurde dem Berufungsbeklagten ferner Frist angesetzt, um für die Beweisführung einen Barvorschuss in Höhe von Fr. 6'000.-- zu leisten (act. 48). Aus den Akten ist nicht ersichtlich, ob dieser Betrag geleistet worden ist. Jedenfalls entstanden für das vorinstanzliche Verfahren darüber hinaus Anwaltskosten. Es kann daher erfahrungsgemäss nicht davon ausgegangen werden kann, dass der Berufungsbeklagte jetzt noch über genügend Vermögen verfügt,

um für die Kosten des Berufungsverfahrens aufzukommen. Es bestehen überdies keine Anhaltspunkte, dass sich an der übrigen finanziellen Situation des Berufungsbeklagten zwischenzeitlich etwas geändert hätte. Der Berufungsbeklagte gilt für das Berufungsverfahren daher als mittellos.

1.3 Das Rechtsbegehren des Berufungsbeklagten kann mit Blick auf den angefochtenen Entscheid und die nachfolgenden Erwägungen überdies nicht als aussichtslos bezeichnet werden. Demnach ist dem Berufungsbeklagten für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege gemäss Art. 118 Abs. 1 lit. a-b ZPO zu gewähren und Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____ als unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen.

2.1 In Bezug auf das Rechtsmittel macht der Berufungsbeklagte in seiner Berufungsantwort geltend, die vorprozessuale vorsorgliche Beweisführung sei als vorsorgliche Massnahme beschleunigt durchzuführen und betreffe die Beweisführung. Es sei deshalb sachgerecht, die vorprozessuale vorsorgliche Beweisführung einer Beweisverfügung während des Verfahrens gleichzusetzen. Es sei beim angefochtenen Entscheid also von einem Inzidenzentscheid auszugehen, gegen welchen die Beschwerde das primär zu ergreifende Rechtsmittel sei (act. 60 S. 5 ff.). Wie bei einer Beschwerde gegen eine Beweismittelverfügung während des Verfahrens habe die Berufungsklägerin, sofern überhaupt ein Rechtsmittel zulässig sei, somit einen nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil gemäss Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO darzulegen (act. 60 S. 6 f.). Einen solchen habe die Berufungsklägerin aber vorliegend nicht, weshalb auf das Rechtsmittel nicht einzutreten sei (act. 60 S. 8).

2.2 Damit geht der Berufungsbeklagte fehl. Wie bereits in der Verfügung vom 12. Januar 2012 ausgeführt wurde (act. 54), gelangen auf Verfahren betreffend die vorsorgliche Beweisführung, ob vorprozessual oder während des Verfahrens, von Gesetzes wegen die Bestimmungen über die vorsorglichen Massnahmen zur Anwendung (Art. 158 Abs. 2 ZPO). Ausnahmen sieht das Gesetz nicht vor. Der Natur der Sache nach versteht sich aber von selbst, dass die Bestimmungen zu den vorsorglichen Massnahmen nicht absolut, sondern nur soweit Anwendung finden (sog. *mutatis mutandis*), als es nicht gerade sinnlos wäre, wie

beispielsweise die Fristansetzung für die Prosequierung einer Massnahme vor Rechtshängigkeit gemäss Art. 263 ZPO (vgl. ZK ZPO-FELLMANN, Art. 158 N 24; BSK ZPO-GUYAN, Art. 158 N 9). Ein Inzidenzentscheid, also eine Anordnung des Gerichtes, die im Laufe des Prozesses getroffen wird (Botschaft ZPO S. 7376), ist die vorsorgliche Beweisführung indes eben gerade nicht. Auch wenn die Thematik ähnlich ist wie bei der Beweisverfügung, rechtfertigt sich eine Gleichstellung für das bewusst dem ordentlichen Prozess vorgelagerte Verfahren daher nicht. Von vornherein kein Argument kann überdies die zeitliche Komponente sein, zumal auch die vorsorglichen Massnahmen regelmässig dringlich sind.

2.3 Gegen Entscheide über vorsorgliche Massnahmen ist die Berufung zu erheben, sofern in vermögensrechtlichen Streitigkeiten der Streitwert von Fr. 10'000.-- erreicht wird (Art. 308 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 ZPO). Das gilt nach dem Ausgeführten auch für Entscheide über die vorsorgliche Beweisführung (so auch ZK ZPO-FELLMANN, Art. 158 N 43). Ausgehend von einem Streitwert von Fr. 130'000.-- ist vorliegend somit die Berufung zulässig. Damit hat die Berufungsklägerin keinen nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil darzulegen. Es ist auf die Berufung einzutreten.

III.

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

2. Die Vorinstanz erachtete die Voraussetzung des schutzwürdigen Interesses als gegeben. Sie erwog, die vom Berufungsbeklagten geforderte vorsorgliche Abklärung der natürlichen Kausalität zwischen dem Schadensereignis im Jahre 2005 und dem heutigen Gesundheitszustand des Berufungsbeklagten sei eine erhebliche Tatsache für dessen haftpflichtrechtlichen Anspruch gegen die Berufungsklägerin. Das verlangte Gutachten erscheine auch geeignet und jedenfalls nicht untauglich, die massgebende Frage der natürlichen Kausalität zu klären (act. 48 S. 5). In Bezug auf die Einwendungen der Berufungsklägerin führt die Vo-

rinstanz im Wesentlichen aus, dass die Möglichkeit, einen Beweis auch im Hauptprozess zu führen, die vorsorgliche Beweisführung nicht ausschliesse (act. 48 S. 6). Die Vermeidung eines ordentlichen Prozesses durch die vorsorgliche Beweisführung sei ferner nur deren Ziel und stelle keine Voraussetzung dar. Die von der Berufungsklägerin geschilderten Sachumstände würden in die gutachterliche Beurteilung einfließen. Zudem könne die Berufungsklägerin Ergänzungsfragen stellen (act. 48 S. 6 f.). Nicht Gegenstand der vorsorglichen Beweisführung sei jedenfalls die umfassende Beurteilung des Hauptanspruches (act. 48 S. 8). Ein rechtsmissbräuchliches Verhalten des Berufungsbeklagten sei überdies nicht ersichtlich. Er habe im vorliegenden Verfahren lediglich einen anderen prozessrechtlichen Standpunkt eingenommen als im vorgängigen sozialversicherungsrechtlichen Verfahren. Zudem gehe es im vorliegenden Verfahren anders als im verwaltungsrechtlichen Verfahren um die Erstellung eines gerichtlichen Gutachtens (act. 48 S. 8 f.).

3.1 Die Berufungsklägerin bringt in der Berufungsschrift dagegen zunächst vor, die Klärung der Frage, ob die vom Berufungsbeklagten behaupteten Beschwerden bestehen, und ob diese auf den Unfall am 28. März 2005 zurückgehen würden, sei zwar für die Entscheidung der erhobenen Forderung erheblich, könne aber ohne Weiteres noch im ordentlichen Prozess geprüft werden, weshalb kein schützenswertes Interesse an der vorsorglichen Beweisführung bestehe. Die vorsorgliche Beweisführung stelle eine Ausnahme dar und sei restriktiv anzuwenden (act. 49 S. 4 f.).

3.2 Die Berufungsklägerin verkennt mit dieser Argumentation Sinn und Zweck von Art. 158 ZPO. Das Gesetz sieht neben den gesetzlich vorgesehenen Fällen der vorsorglichen Beweisführung und den Fällen der Beweissicherung als dritte, gleichgestellte Möglichkeit die vorsorgliche Beweisführung bei Vorliegen eines schutzwürdigen Interesses explizit vor. Das Gesetz setzt eine Subsidiarität zum ordentlichen Prozess nicht voraus – für keinen der drei Fälle. Anderes ist der Botschaft zur schweizerischen ZPO (BBL 2006, 7315) nicht zu entnehmen und wird im Übrigen auch von der Lehre nicht vertreten. Dementsprechend ist davon auszugehen, dass es sich nicht um einen Ausnahmetatbestand handelt. Ist ein

schutzwürdiges Interesse gegeben, so ist die vorsorgliche Beweisführung zuzulassen. Massgebend und vorliegend zu überprüfen bleibt somit einzig, ob der Berufungsbeklagte ein solches schutzwürdiges Interesse an der vorsorglichen Beweisführung hat.

4. Wie die Vorinstanz unter Hinweis auf die Botschaft bereits zutreffend ausführte, liegt ein schutzwürdiges Interesse dann vor, wenn die vorsorgliche Beweisführung der Abklärung der Beweis- und Prozessaussichten dient (act. 48 S. 2 f., BBL 2006, 7315). Die Argumentation des Berufungsbeklagten, welcher diesbezüglich zwischen einem rechtlichen und einem tatsächlichen Interesse unterscheidet, zielt diesbezüglich ins Leere (act. 60 S. 14 ff.). An das Bestehen eines schutzwürdigen Interesses sind keine hohen Anforderungen zu stellen (FELLMANN, Die vorsorgliche Beweisführung nach der schweizerischen Zivilprozessordnung, in: Fellmann/Weber, Haftpflichtprozess 2010, S. 102). Es ist nur dann zu verneinen, wenn es sich als offensichtlich nicht existent erweist (MARK SCHWEIZER, Vorsorgliche Beweisabnahme nach schweizerischem Zivilprozess- und Patentgesetz, ZZZ 2010, S. 10). Im Konkreten hat die gesuchstellende Partei glaubhaft zu machen, dass sie ein schutzwürdiges Interesse an der Durchsetzung des mit der vorsorglichen Beweisführung avisierten Anspruches hat und die vorsorgliche Beweisführung der Abklärung von Prozessaussichten dient. Das hat das Bundesgericht in seinem kürzlich ergangenen Urteil vom 31. Januar 2012 bestätigt (4A_532/2011 E. 2.4.2). Um unnötige Wiederholungen zu vermeiden, kann präzisierend auf die zutreffenden allgemeinen rechtlichen Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (act. 48 S. 2 ff.).

5. Die Berufungsklägerin stellt sich auf den Standpunkt, dass das schutzwürdige Interesse nicht gegeben sei, weil einerseits für das Gutachten ihre Mitwirkung bzw. die gerichtliche Hilfe nicht notwendig sei. Der Berufungsbeklagte könne sich auch selber begutachten lassen (act. 49 S. 5). Andererseits bedürfe es für die Abklärung der Prozesschancen keines Gutachtens. Dem Berufungsbeklagten sei es unbenommen eine unbezifferte Forderungsklage einzureichen (act. 49 S. 5 f.). Im Weiteren macht die Berufungsklägerin geltend, unfallfremde Faktoren würden bei diesem Gutachten nicht oder nicht genügend berücksichtigt. Um sie

zu berücksichtigen, würde es eines vorgängigen ordentlichen Verfahrens bedürfen, damit der Gutachter darüber informiert werden könne, was er alles zu berücksichtigen habe. Jetzt werde das Gutachten allein gestützt auf die Schilderungen des Berufungsbeklagten erstellt und ergebe damit von vornherein keine objektiven Aussagen. Damit würden mit dem Gutachten die wesentlichen Fragen gerade nicht geklärt. Auch deshalb fehle es an einem schützenswerten Interesse (act. 49 S. 7 f.). Abschliessend rügt die Berufungsklägerin, die Vorinstanz habe sich mit dem Vorwurf des Rechtsmissbrauchs nicht ernsthaft auseinandergesetzt. Der Berufungsbeklagte verhalte sich krass widersprüchlich und damit rechtsmissbräuchlich, wenn er sich gegen eine Begutachtung im Auftrag der SUVA bei der D. _____ unter Mitwirkung der Beklagten wehre bzw. ein Gutachten verunmögliche und nun zur genau gleichen Thematik ein Gutachten erzwingen wolle (act. 49 S. 9).

6. Der Berufungsbeklagte macht diesbezüglich geltend, es bestehe ein schützenswertes Interesse, weil das Gutachten grundsätzlich tauglich sei und dazu diene, Prozesschancen abzuschätzen, aussichtslose Prozesse zu vermeiden und die aussergerichtliche Streitbeilegung zu fördern. Deshalb könne nicht argumentiert werden, das Gutachten könne auch im ordentlichen Prozess noch erstellt werden (act. 60 S. 15-17). Alleine der Umstand, dass die Umschreibung des Streitgegenstandes Sache des Gesuchstellers sei, vermöge ein solches schützenswürdiges Interesse an einer vorsorglichen Beweisführung noch nicht aufzuheben (act. 60 S. 17). Er führt im Wesentlichen aus, der Beweiswert von Privatgutachten decke sich nicht mit demjenigen eines gerichtlichen Gutachtens. Zudem würden nur Arztberichte vorliegen, die nur den jeweiligen im Zeitpunkt der Behandlung vorherrschenden Gesundheitszustand wiedergeben würden und gestützt worauf die natürliche Kausalität und damit die Prozesschancen nicht verlässlich abgeklärt werden könnten (act. 60 S. 15, S. 18, S. 22). Das könne aber mit einem medizinischen Gutachten gemacht werden, das sei geeignet und tauglich. Nicht relevant seien dagegen die Geschwindigkeit, biomechanische Umstände oder eine Unfallanalyse (act. 60 S. 18 ff.). Der Gutachter würde vom Berufungsbeklagten auch nicht einseitig instruiert. Das Gericht instruiere den Gutachter und diesem würden alle Aktenstücke und damit alle Arztberichte zur Verfügung stehen (act. 60 S. 22).

Zudem seien präzise Angaben zum Streitgegenstand gemacht worden, weshalb der Streitgegenstand hinlänglich umschrieben sei (act. 60 S. 30). Im Weiteren macht der Berufungsbeklagte Ausführungen zu den D. _____-Gutachten und zur Frage des Rechtsmissbrauchs (act. 60 S. 23 ff.).

7.1 Zutreffend ist, dass das schutzwürdige Interesse dann zu verneinen ist, wenn das Beweismittel ohne Weiteres anderweitig als durch vorsorgliche Beweisführung beschafft werden kann, oder wenn das Beweismittel als offensichtlich unerheblich oder untauglich erscheint (MARK SCHWEIZER, Vorsorgliche Beweisabnahme nach schweizerischem Zivilprozess- und Patentgesetz, ZZZ 2010, S. 10). Dementsprechend ist ein Interesse an der vorsorglichen Beweisführung ferner zu verneinen, wenn bereits genügend Grundlagen vorhanden sind, um gestützt darauf die Prozesschancen abzuschätzen. So verneinte die Kammer in ihrem Entscheid vom 20. Dezember 2011 das schutzwürdige Interesse der gesuchstellenden Partei an der vorsorglichen Erstellung eines medizinischen Gutachtens, weil bereits eine detaillierte medizinische Dokumentation und zahlreiche ärztliche Stellungnahmen vorhanden waren und es gestützt darauf bereits möglich war, die Prozessaussichten genügend abzuklären (OGer ZH, LF110116 vom 20. Dezember 2011, E. 2.7 f.).

7.2 Demgegenüber schliesst aber die Möglichkeit, ein Privatgutachten erstellen zu lassen, das schutzwürdige Interesse an einem gerichtlichen Gutachten nicht a priori aus, wie es die Berufungsklägerin geltend macht. Denn einem Privatgutachten kommt im Prozess keine Beweiskraft zu; es stellt eine reine Parteibehauptung und damit eine weniger solide Grundlage als die gerichtliche Expertise dar (FELLMANN, Die vorsorgliche Beweisführung nach der schweizerischen Zivilprozessordnung, in: Fellmann/Weber, Haftpflichtprozess 2010, S. 102 und S. 111). Deshalb ist es auch als Instrument zur Beurteilung der Prozessaussichten weniger geeignet und mithin keine Alternative. Eine Ausnahme bildet allerdings der Fall, wenn der private Gutachter von beiden Parteien gemeinsam beauftragt worden, unabhängig und sorgfältig ist, zumal das auf diese Weise erstellte Gutachten nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung einem gerichtlichen Gutachten gleichgestellt wird (FELLMANN, Die vorsorgliche Beweisführung nach der

schweizerischen Zivilprozessordnung, in: Fellmann/Weber, Haftpflichtprozess 2010, S. 112 mit Hinweis auf BGE 86 II 129 E. 3). Aus den Akten ergibt sich indes, dass sich die Parteien im Vorfeld dieses Verfahrens gegenseitig auf keinen Sachverständigen einigen konnten. Es kam weder ein von der SUVA im sozialversicherungsrechtlichen Verfahren vorgeschlagenes und von der Berufungsklägerin anscheinend favorisiertes D._____-Gutachten noch die vom Berufungsbeklagten vorgeschlagene Begutachtung durch die Gutachterstelle "... " oder Personen der Universitätsklinik Zürich zustande (act. 1 S. 11, act. 12 S. 17 f., act. 18 S. 11 ff., act. 32 S. 3 und S. 5 ff., act. 49 S. 9). Dass die Berufungsklägerin darüber hinaus selber Hand zur Erstellung eines gemeinsamen Gutachtens geboten hätte, behauptet sie nicht und ist auch nicht ersichtlich. Im Gegenteil, die Berufungsklägerin wehrt sich auch im vorliegenden Verfahren in grundsätzlicher Weise gegen die Erstellung eines Gutachtens. Die alternative Möglichkeit eines solchen gemeinsamen privaten Gutachtens auf freiwilliger Basis bestand für den Berufungsbeklagten daher nicht. Im Übrigen von der Berufungsklägerin nicht in Frage gestellt ist der von der Vorinstanz festgehaltene Umstand, dass die Frage der natürlichen Kausalität für den haftpflichtrechtlichen Anspruch des Berufungsbeklagten erheblich ist (act. 48 S. 5 f., act. 49 S. 4 f.), weshalb darauf nicht weiter einzugehen ist.

7.3 Ebenfalls ins Leere zielt die Argumentation der Berufungsklägerin, dem Berufungsbeklagten stünde die unbezifferte Forderungsklage zur Verfügung. Die unbezifferte Forderungsklage ermöglicht es dem Kläger, selbst dann einen Prozess einzuleiten, wenn noch unklar ist, welcher Betrag eingeklagt werden soll (Art. 85 ZPO). Der Berufungsbeklagte beabsichtigt mit dem gerichtlich zu erstellenden Gutachten aber nicht die Klärung der Höhe eines allfälligen Schadenersatzes, sondern die Feststellung von haftpflichtrechtlichen Anspruchsvoraussetzungen, namentlich des Fortbestehens von Beschwerden und des natürlichen Kausalzusammenhangs zwischen dem Unfallereignis im Jahr 2005 und diesen Beschwerden (act. 1 S. 12). Diesem Anliegen dient die unbezifferte Forderungsklage nicht.

7.4 Zu beachten ist zudem das Folgende: Dem Verfahren der vorsorglichen Beweisführung vor Einleitung des Prozesses ist die Problematik eigen, dass in diesem Stadium das Prozessthema noch nicht herausgeschält ist (FELLMANN, Die vorsorgliche Beweisführung nach der schweizerischen Zivilprozessordnung, in: Fellmann/Weber, Haftpflichtprozess 2010, S. 103). Da die Würdigung von Beweisen und die Beurteilung eines Rechtsstreites nicht Gegenstand der vorsorglichen Beweisführung ist (JOHANN ZÜRCHER, DIKE-Komm-ZPO, Art. 158 N 2 mit Hinweis auf BGE 96 II 266 E. 1), das Gericht aber nur über bestrittene Tatsachen Beweis abnimmt, obliegt es der gesuchstellenden Partei im Verfahren der vorsorglichen Beweisführung zumindest, dem Gericht die erforderlichen Angaben zum Sachverhalt zu machen und den Umfang der beantragten Beweisführung zu bestimmen, indem sie insbesondere dem Gericht die mit dem Gutachten zu beantwortenden Fragen unterbreitet. Die Gegenpartei kann durch eigene Fragen oder durch Zusatz- oder Ergänzungsfragen an den Sachverständigen ihren eigenen Standpunkt in das Verfahren einbringen (FELLMANN, Die vorsorgliche Beweisführung nach der schweizerischen Zivilprozessordnung, in: Fellmann/Weber, Haftpflichtprozess 2010, S. 103). Ein so erstelltes Gutachten wird in einem darauf folgenden Prozess aus diesem Grund allenfalls zu ergänzen oder gar zu ersetzen sein. Das liegt grundsätzlich in der Natur der vorsorglichen Beweisführung und führt alleine noch nicht dazu, dass bereits deshalb ein schützenswertes Interesse zu verneinen wäre (vgl. FELLMANN, Die vorsorgliche Beweisführung nach der schweizerischen Zivilprozessordnung, in: Fellmann/Weber, Haftpflichtprozess 2010, S. 109 f.).

7.5 Ein schützenswertes Interesse des Berufungsbeklagten ist vorliegend dennoch zu verneinen: Der Berufungsbeklagte trug dem Gericht in seinem Gesuch vom 23. März 2011 unter Hinweis auf Arztberichte als massgeblichen Sachverhalt für die Klärung der Frage des Fortbestehens von Beschwerden und des natürlichen Kausalzusammenhangs den Unfall vom 28. März 2005, die daraus resultierenden Verletzungen und die heutigen Beschwerden vor (act. 1 S. 5 ff., act. 4/7-16). Die Berufungsklägerin machte dagegen geltend, es seien für die Frage der Kausalität die weiteren Umstände zu berücksichtigen. Sie brachte vor, der Berufungskläger trinke regelmässig Alkohol und konsumiere intensiv Cannab-

bis (act. 12 S. 5 f., S. 8 f., S. 11 f.). Es habe auch schon eine vorbestehende Persönlichkeitsstörung gegeben (act. 12 S. 6, S. 9, S. 11). Der Berufungskläger habe zudem bereits als Kind an Sprachproblemen gelitten (act. 12 S. 7). Auch habe der Berufungskläger bereits im Kindesalter zwei Unfälle gehabt, bei welchen er sich am Kopf verletzt habe (act. 12 S. 8). Seit einem Unfall, der sich vor demjenigen am 28. März 2005 ereignet habe, leide der Berufungskläger ferner an einem Schleudertrauma (act. 12 S. 13). Ein weiterer Unfall habe sich am 21. Juni 2009 ereignet, wobei der Berufungskläger mit seinem Auto gegen einen Baum gefahren sei (act. 12 S. 13). Die Berufungsbeklagte reichte für diese Ausführungen diverse Unterlagen ein (act. 13). Erst in seiner unaufgeforderten Stellungnahme vom 28. Mai 2011 äusserte sich der Berufungsbeklagte zum geltend gemachten Vorzustand, zum Drogenkonsum und zum Unfall vom Juni 2009, wobei er sie als irrelevant bezeichnet, teilweise anders darstellt und die Zusammenhänge mit den heutigen Beschwerden bestreitet (act. 18 S. 26-30). Die Berufungsklägerin duplizierte sodann mit Eingabe vom 10. August 2011 (act. 32 S. 13 ff.).

Augenscheinlich sind zwischen den Parteien also nicht nur die mit dem beantragten Gutachten zu klärenden Fragen der heutigen Beschwerden und der Kausalität zum Unfall vom März 2005, sondern der Sachverhalt überhaupt umstritten. Bei den genannten, umstrittenen Sachverhaltspunkten handelt es sich um solche, die Einfluss auf die Beantwortung der Frage der Kausalität zwischen den allfälligen heutigen Beschwerden und dem Unfall vom März 2005 haben könnten. Für die gutachterliche Beurteilung der Kausalität sind sie daher von Bedeutung. Solange der Sachverhalt in den für das Gutachten wesentlichen Punkten solcherart umstritten und nicht annähernd erstellt ist, kann ein Gutachten im Rahmen der vorsorglichen Beweisführung für die Beurteilung der Beweis- und Prozessaussichten die mit dem Instrument angestrebte Klärung nicht bringen. Daran ändert nichts, dass der Gutachter Einsicht in die gesamten vorliegenden Akten hat, weil es nicht am Gutachter ist, den umstrittenen Sachverhalt in eigener Würdigung zu erstellen. Ist bereits heute erkennbar, dass das Gutachten in einem ordentlichen Prozess – nach Erstellung des kompletten Sachverhalts für die Klärung der Frage der Kausalität – wird ergänzt oder gar ersetzt werden müssen, wäre das Gutachten zu wenig aussagekräftig als dass es sich überhaupt eignen würde, um die

Prozesschancen mit einer gewissen Verlässlichkeit abzuschätzen. Auch taugt es nicht als Grundlage für Vergleichsgespräche, die allenfalls zur Vermeidung eines nachfolgenden Prozesses führten. Ein schützenswertes Interesse an der vorsorglichen Beweisführung ist deshalb zu verneinen.

7.6 Die Berufung ist daher gutzuheissen, und es ist das Begehren des Berufungsbeklagten um eine vorprozessuale, vorsorgliche Erstellung eines Gutachtens mangels Nachweis eines schützenswerten Interesses abzuweisen.

8. Damit erübrigt sich auch eine Auseinandersetzung mit der Frage des allfälligen Rechtsmissbrauchs des Berufungsklägers. Bloss ergänzend ist aber anzufügen, dass sich die Vorinstanz mit dem von der Berufungsklägerin erhobenen Vorwurf, der Berufungsbeklagte handle rechtsmissbräuchlich, auseinandergesetzt hat. In Erwägung 2.2.3.5 des vorinstanzlichen Entscheides legt die Vorinstanz dar, weshalb das beschriebene Verhalten des Berufungsbeklagten nicht rechtsmissbräuchlich sei (act. 48 S. 8 f.), weshalb nicht ersichtlich wäre, worauf die Berufungsklägerin mit ihrer Behauptung abzielt. Darüber hinaus wiederholt sie in der Berufungsschrift lediglich den bereits vor Vorinstanz erhobenen Vorwurf, ohne sich mit der Begründung der Vorinstanz auseinanderzusetzen und darzulegen, inwiefern dieser Entscheid falsch sein sollte. Das genügt den Anforderungen an die Begründung des Rechtsmittels nicht (vgl. ZR 110/2011 Nr. 81; OGer ZH, PF110034 vom 22. August 2011), weshalb darauf nicht einzutreten wäre.

IV.

1. Mit dem neuen Entscheid der Berufungsinstanz ist auch über die Prozesskosten des erstinstanzlichen Verfahrens zu entscheiden (Art. 318 Abs. 3 ZPO). Ausgangsgemäss sind die Kosten des erst- und zweitinstanzlichen Verfahrens dem Berufungsbeklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

2. Ausgehend von einem Streitwert in Höhe von Fr. 130'000.-- (vgl. act. 54) ist sowohl die erstinstanzliche Entscheidgebühr als auch die Entscheidgebühr für das zweitinstanzliche Verfahren auf je Fr. 5'000.-- festzusetzen (§§ 4 Abs. 1 und 8 Abs. 1 GebV OG bzw. i.V.m. § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG). Die erst-

instanzliche Entscheidgebühr ist aus dem vom Berufungsbeklagten im erstinstanzlichen Verfahren geleisteten Kostenvorschuss zu beziehen (vgl. act. 42a und act. 44). Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege unter Vorbehalt der Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO einstweilen auf die Staatskasse zu nehmen.

3. Der Berufungsbeklagte hat die Berufungsklägerin für das erstinstanzliche Verfahren mit Fr. 10'000.-- (Art. 95 Abs. 3 lit. b ZPO; §§ 4 Abs. 1, 9 und 11 Abs. 1 und 2 AnwGebV) und für das zweitinstanzliche Verfahren mit Fr. 3'000.-- zu entschädigen (Art. 95 Abs. 3 lit. b ZPO; §§ 4 Abs. 1, 9, 11 Abs. 1 und 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV).

4. Der unentgeltliche Rechtsbeistand des Berufungsbeklagten wird nach Vorlage seiner jeweiligen Honorarnoten für das erstinstanzliche Verfahren (im Fr. 6'000.-- übersteigenden Umfang) durch die Vorinstanz und für das Berufungsverfahren mit separatem Beschluss zu entschädigen sein.

Es wird beschlossen:

1. Dem Berufungsbeklagten wird für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt und Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____ als unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung gemäss nachfolgendem Urteil.

Sodann wird erkannt:

1. Die Berufung wird gutgeheissen.
2. Das Gesuch des Berufungsbeklagten um vorsorgliche Beweisabnahme in der Form eines gerichtlichen Gutachtens zu den medizinischen Dauerfolgen des erlittenen Unfalls wird abgewiesen.

3. Die erstinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 5'000.-- festgesetzt, dem Berufungsbeklagten auferlegt und mit dem von ihm bei der Vorinstanz geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
4. Die Berufungsklägerin ist vom Berufungsbeklagten für das erstinstanzliche Verfahren mit Fr. 10'000.-- zu entschädigen.
5. Der unentgeltliche Rechtsbeistand des Berufungsbeklagten, Rechtsanwalt lic. iur. Y._____, wird nach Vorlage seiner Honorarnote für das erstinstanzliche Verfahren im Fr. 6'000.-- übersteigenden Umfang durch die Vorinstanz entschädigt werden.
6. Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren wird auf Fr. 5'000.-- festgesetzt und dem Berufungsbeklagten auferlegt, jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Staatskasse genommen. Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
7. Die Berufungsklägerin ist vom Berufungsbeklagten für das Berufungsverfahren mit Fr. 3'000.-- zu entschädigen.
8. Der unentgeltliche Rechtsbeistand des Berufungsbeklagten, Rechtsanwalt lic. iur. Y._____, wird nach Vorlage seiner Honorarnote für das Berufungsverfahren mit separatem Beschluss entschädigt werden.
9. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an das Einzelgericht Audienz des Bezirksgerichtes Zürich, je gegen Empfangsschein.
10. 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. 130'000.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Wili

versandt am: