

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF120024-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
Dr. L. Hunziker Schnider und Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach
sowie Gerichtsschreiber lic. iur. D. Oehninger.

Urteil vom 14. Mai 2012

in Sachen

A._____ AG,

Gesuchsgegnerin und Berufungsklägerin,

vertreten durch B._____ AG, diese vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____,

gegen

C._____,

Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____,

betreffend
vorsorgliche Beweisführung

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes s.V. des Bezirksgerichtes
Dietikon vom 22. März 2012 (ET110005)

Erwägungen:

I.

1. Die Berufungsbeklagte hat am 12. Dezember 2008 einen Autounfall erlitten (act. 8/1 und 8/3/1). Um ihre Prozesschancen gegen die Haftpflichtversicherung der Unfallverursacherin besser abschätzen zu können, beantragte die Berufungsbeklagte vor Vorinstanz die vorsorgliche Abnahme eines medizinischen Gutachtens (nach Art. 158 ZPO) über die medizinischen Dauerfolgen des Unfalls. Die Vorinstanz entsprach diesem Begehren mit Verfügung vom 22. März 2012 (act. 8/21= 3).

2. Dagegen erhob die Berufungsklägerin (Haftpflichtversicherung) rechtzeitig Berufung (act. 2, vgl. act. 8/22/2), mit dem Antrag, die vorinstanzliche Verfügung sei aufzuheben und das Gesuch um vorsorgliche Beweisführung sei (unter Kosten- und Entschädigungsfolge für die Berufungsbeklagte) abzuweisen, eventuell sei die Sache zur Abweisung des Gesuchs an die Vorinstanz zurückzuweisen. Zudem sei die Vollstreckung der angefochtenen Verfügung aufzuschieben. Mit Verfügung der Präsidentin vom 16. April 2012 wurde der Berufung keine aufschiebende Wirkung zuerkannt, der Berufungsklägerin Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses und der Berufungsbeklagten Frist zur Berufungsantwort angesetzt (act. 10). Beides ging rechtzeitig ein (act. 14 und 15). Die Berufungsbeklagte stellte in der Berufungsantwort zudem ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und beantragte an ihrer Stelle ihren Rechtsvertreter Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____ als alleinigen Zustellungsempfänger ins Rubrum aufzunehmen (act. 14 S. 4). Letzterem ist ohne weiteres zu entsprechen. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen und die Prozessleitung delegiert. Das vorliegende Verfahren ist spruchreif. Auf die Vorbringen der Parteien ist in der Folge – soweit entscheiderelevant – einzugehen.

II.

1. In Bezug auf das Rechtsmittel macht die Berufungsbeklagte geltend, die vorprozessuale vorsorgliche Beweisführung sei als vorsorgliche Massnahme beschleunigt durchzuführen. Zudem sei die vorprozessuale vorsorgliche Beweisführung einer Beweisverfügung während des Verfahrens gleichzusetzen, was bedeute, dass es sich beim angefochtenen Entscheid um einen Inzidenzentscheid handle, gegen welchen die Beschwerde das primär zu ergreifende Rechtsmittel sei. Somit hätte die Berufungsklägerin, sofern überhaupt ein Rechtsmittel zulässig sei, einen nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil gemäss Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO darzulegen gehabt (act. 14 S. 5 ff.).

2. Diese Auffassung der Berufungsbeklagten lässt ausser Acht, dass gemäss klarem Wortlaut des Gesetzes auf Verfahren betreffend die vorsorgliche Beweisführung, ob vorprozessual oder während des Verfahrens, die Bestimmungen über die vorsorglichen Massnahmen zur Anwendung kommen (Art. 158 Abs. 2 ZPO). Ausnahmen sieht das Gesetz nicht vor. Es versteht sich von selbst, dass die Bestimmungen zu den vorsorglichen Massnahmen nicht absolut, sondern nur soweit Anwendung finden, als dies nicht gerade sinnlos wäre (z.B. bei 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, da auch die vorsorglichen Massnahmen regelmässig dringlich sind. Die genannten Einwände der Berufungsbeklagten sind daher nicht stichhaltig, und das Rechtsmittel ist als Berufung entgegenzunehmen, zumal dem Rechtsvertreter der Berufungsbeklagten die diesbezügliche Praxis der Kammer wohl bekannt ist.

3.1 Weiter bringt die Berufungsbeklagte in der Berufungsantwort vor, die Berufungsklägerin werde in ihrer Rechtsposition durch die vorinstanzliche Verfügung gar nicht beeinträchtigt, weshalb kein Rechtsschutzinteresse ihrerseits ersichtlich sei. Es sei daher nicht auf das angehobene Rechtsmittel einzutreten (act. 14 S. 9).

3.2 Da die Berufungsklägerin als Gesuchsgegnerin im vorinstanzlichen Verfahren Partei ist und zudem ihrem Antrag auf Abweisung des Gesuchs um vorsorgliche Beweiserhebung durch die Vorinstanz nicht entsprochen wurde und das Beweisergebnis schliesslich gegen sie Handhabe bieten soll, hat die Berufungsklägerin ohne weiteres Anrecht auf Überprüfung des vorinstanzlichen Entscheids durch die Kammer (Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO). Damit erübrigen sich Weiterungen zur Frage der Beschwer der Berufungsklägerin.

4. 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). Dies gilt auch für Entscheide über die vorsorgliche Beweisführung, wobei der Streitwert der Hauptsache massgebend ist (vgl. OGer ZH LF110134 vom 12. Januar 2012). Ausgehend von einem Streitwert von mindestens Fr. 100'000.– (vgl. act. 8/2 und 8/6 je S. 2) ist die Berufung vorliegend zulässig. 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 Folgendes (act. 2 = 8/21 S. 6 ff.): Der Kausalzusammenhang zwischen Auffahrunfall und Schaden sei notwendige Voraussetzung eines Haftungsanspruchs, weshalb das Interesse an einer vorgängigen Abklärung der

Kausalität zur Abschätzung der Prozesschancen grundsätzlich zu bejahen sei. Das beantragte medizinische Gutachten erscheine grundsätzlich geeignet, um die Frage des Kausalzusammenhangs zu klären, zumal nicht unwahrscheinlich sei, dass infolge eines Auffahrunfalls ein Schleudertrauma resultiere, welches gesundheitliche Beschwerden nach sich ziehe und Kosten bzw. Erwerbsausfall verursachen könne. Ein Haftungsanspruch der Gesuchstellerin gegenüber der Haftpflichtversicherung der Unfallverursacherin sei somit nicht auszuschließen. Es sei teilweise aktenkundig, dass die Gesuchstellerin vor dem Unfall beschwerdefrei gewesen sei, danach jedoch konstant über erhebliche Schmerzen geklagt habe. Die ärztlichen Berichte und Gutachten seien bezüglich die Frage der Kausalität des Unfalls uneinheitlich. Da zudem die Begutachtung der Berufungsbeklagten im sozialversicherungsrechtlichen Verfahren nicht den Vorgaben der Zivilprozessordnung entspreche, sei davon auszugehen, dass das Sachgericht im Zivilverfahren ein angebotenes gerichtliches Gutachten wohl als Beweismittel abzunehmen hätte. Es sei im Weiteren fraglich, ob das Sachgericht bei einem Antrag auf Anordnung eines gerichtlichen Gutachtens im Rahmen eines Haftpflichtverfahrens dieses angebotene Beweismittel durch antizipierte Beweiswürdigung ablehnen würde, nur weil bereits andere Gutachten vorliegen. Der Summarrichter könne diese Frage jedenfalls nicht vorweg entscheiden.

3. Die Berufungsklägerin rügt hingegen im Wesentlichen, es sei vorliegend gerade kein schutzwürdiges Interesse der Berufungsbeklagten an einer vorsorglichen Begutachtung auszumachen. Des Weiteren lägen zum Ablauf des Unfalls, abgesehen vom Polizeirapport und einem Unfallaufnahmeprotokoll keine weitergehenden Abklärungen bei den Akten, namentlich noch keine unfallphysikalische Beurteilung. Damit sei weder der genaue mechanische Ablauf des Unfalls noch die Intensität von dessen Auswirkungen auf die Klägerin genügend belegt. Weil zudem die Beklagte noch keine Gelegenheit gehabt habe, ihre Sachdarstellung im Prozess vorzubringen und entsprechende Beweisanträge zu stellen, könne ein vorsorgliches medizinisches Gutachten nur auf die Schilderungen der Klägerin und die auf diesen basierenden Arztberichte abstellen. Unter solchen Voraussetzungen sei aber vorauszusehen, dass ein jetzt eingeholtes Gutachten schon aus

diesen Gründen im späteren materiellen Prozess nicht beweiskräftig und damit nicht verwertbar wäre.

Die Berufungsklägerin macht im Weiteren geltend, sie habe die behaupteten Beeinträchtigungen der Berufungsbeklagten bestritten und zudem geltend gemacht, dass sie allenfalls auf andere, unfallfremde Umstände zurückgehen würden. Im Rahmen einer Begutachtung wie sie die Klägerin wünsche und sie die Vorinstanz angeordnet habe, würden solche unfallfremde Umstände aber nicht oder höchstens unzureichend geprüft. Zudem widersetzte sich die Berufungsbeklagte ausdrücklich der Akteneinsicht der Berufungsklägerin, weshalb sie noch nicht zu den Akten habe Stellung nehmen bzw. die nötigen Beweise sowie Gegenbeweise habe antreten können. Auch wenn eine sozialversicherungsrechtliche Begutachtung nicht unbedingt den Vorgaben im Zivilprozess entspreche, könne sie doch wesentliche Erkenntnisse liefern, die im Rahmen einer gerichtlichen Begutachtung mitberücksichtigt werden könnten (act. 2 S. 4 ff.).

4.1 Die als Begründung vorgebrachten Tatsachenbehauptungen der Berufungsklägerin erweisen sich teilweise als neu im Prozess (Art. 317 Abs. 1 ZPO), nachdem sich die Berufungsklägerin vor Vorinstanz nur mit einer knappen Stellungnahme zum Begehren der Berufungsbeklagten geäußert hatte (act. 12), in der sie die Adäquanz und die natürliche Kausalität des Unfalls pauschal bestritt und auf das laufende sozialversicherungsrechtliche Verfahren verwies, welches der Berufungsbeklagten genügend Informationen zu allfälligen Unfallfolgen liefere.

4.2 Somit sind sämtliche Tatsachenbehauptungen der Berufungsklägerin bezüglich den Hergang des Unfalls, wie auch das Vorliegen unfallfremder Umstände als mögliche Ursache für eine allfällige Schädigung der Berufungsbeklagten verspätet, da sie bereits vor Vorinstanz substantiiert ins Verfahren einzuführen gewesen wären (Art. 55 Abs. 1 und Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO). Die entsprechenden Beanstandungen der Berufungsklägerin sind deshalb nicht zu hören. Dass die Berufungsklägerin vor Vorinstanz die natürliche wie auch die adäquate Kausalität des Unfalls zur behaupteten Schädigung pauschal bestritt, steht der vorsorglichen Erhebung eines Gutachtens nicht grundsätzlich entgegen, geht es doch gerade um die Klärung dieses Zusammenhangs.

5. Die Berufungsbeklagte lässt ausführen, sie sei selbstverständlich bereit der Vorinstanz und dem Gutachter sämtliche ihr zur Verfügung stehenden Aktenstücke vorzulegen. Diese Argumentation verkennt, dass die Gegenseite etwas anderes rügt, nämlich dass sie selber keine Akteneinsicht habe, weshalb es ihr nicht möglich sei, zum zu begutachtenden Sachverhalt Stellung zu nehmen, was wiederum eine sinnvolle Begutachtung verunmögliche, weil dadurch ebendieser Sachverhalt nicht fixiert werden könne, was das Gutachten unbrauchbar mache, zumal schon jetzt absehbar sei, dass man sich über die einem allfälligen Schaden zugrunde liegende Faktenlage uneinig sei. Diesem Vorbringen der Berufungsklägerin ist – unter Vorbehalt der für dieses Verfahren (noch nicht aber für einen späteren Prozess in der Hauptsache) einschlägigen Novenproblematik – grundsätzlich beizupflichten, auch wenn die Berufungsklägerin vor Vorinstanz diesbezüglich vorbehaltlos zum Gesuch der Berufungsbeklagten Stellung genommen hat (vgl. act. 12). Doch kann im Sinne der nachfolgenden Ausführungen auf weitere Erörterungen in diesem Zusammenhang verzichtet werden.

6. So ist aufgrund der rechtlichen Vorbringen der Berufungsklägerin und im Rahmen der Rechtsanwendung von Amtes wegen zu prüfen (Art. 57 ZPO), ob die Vorinstanz das Vorliegen eines schutzwürdigen Interesses der Berufungsbeklagten zu Recht bejaht hat (Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO), auch wenn die genannten Behauptungen der Berufungsklägerin zum Sachverhalt verspätet sind.

7. Diesbezüglich bringt die Berufungsklägerin vor, die Berufungsbeklagte verfüge mit den diversen der Vorinstanz eingereichten medizinischen Unterlagen (mehr als ein Dutzend teils umfangreiche Arztberichte [act. 8/3/11-17, 20-26] und zwei medizinische Gutachten [act. 8/3/18, 19]) längst über zahlreiche und ausführliche Fachmeinungen, die es ihr erlaubten, die Prozesschancen abzuschätzen. Zu definitiven Erkenntnissen führe jedenfalls erst der Prozess in der Hauptsache; das Institut der vorsorglichen Beweisführung dürfe nicht dazu dienen, die Klägerin vor jedem Prozessrisiko zu bewahren. Im Übrigen macht die Berufungsklägerin geltend, die Berufungsbeklagte könne sich jederzeit selbst bei Ärzten und anderen Fachleuten beurteilen lassen und gestützt darauf ihre Prozesschancen beurteilen. Sie sei dabei weder auf die Mitwirkung der Berufungsklägerin noch auf

ein gerichtliches Gutachten angewiesen. Auch die generelle Eignung des beantragten Gutachtens als mögliches Beweismittel stehe einem schutzwürdigen Interesse der Berufungsbeklagten an vorsorglicher Beweisführung im beantragten Sinne entgegen (act. 2 S. 4 ff.).

8. Die Berufungsbeklagte entgegnet Folgendes: Der Hinweis der Gegenseite auf die vielen Arztberichte vermöge nicht das schutzwürdige Interesse zu unterlaufen. Zwar sei die Berufungsbeklagte von verschiedensten Ärzten untersucht worden. Doch fehle ein den Erfordernissen des Zivilprozessrechts entsprechender polydisziplinärer Sachverständigenbericht und es liege auch kein Schiedsgutachten vor. Folglich habe die Berufungsbeklagte Anspruch auf eine abschliessende, allgemein bzw. auf allen Arztberichten abgestützte Fachmeinung um ihre Prozesschancen abschätzen zu können. Dies umso mehr, als ihr gestützt auf Art. 6 EMRK, Art. 8 ZGB und Art. 152 ZPO ein Rechtsanspruch auf vorsorgliche Beweisführung nach Art. 158 ZPO zustehe (act. 14 S. 13 f.).

9.1 Bezüglich des von der Berufungsbeklagten behaupteten Rechtsanspruchs auf vorsorgliche Beweisführung (Art. 158 Abs. 1 lit. a ZPO), gibt sich diese die Antwort gleich selber (act. 14 S. 14 N 44): Art. 158 Abs. 1 lit. a ZPO meint nur spezialgesetzliche Normen (Bestimmungen des materiellen Zivilrechts), zu denen Art. 58 und 65 SVG nicht gehören (vgl. Fellmann in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 158 N 9 ff.; Johann Zürcher, DIKE-Komm-ZPO, Art. 158 N 7). Ein gesetzlicher Anspruch auf vorsorgliche Beweisführung fällt vorliegend daher ausser Betracht.

9.2 Das schutzwürdige Interesse nach Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO gründet darauf, dass die vorsorgliche Beweisabnahme die Abschätzung der Prozesschancen erlaubt und so eine aussichtslose Prozessführung verhindert oder eine vergleichsweise Einigung wahrscheinlich wird. In diesem Sinne ist eine polydisziplinäre Begutachtung ein wichtiges Beweismittel für die Beurteilung der Kausalität in Schleudertrauma-Fällen (BGE 134 V 109 E. 9.3 f.). Das schutzwürdige Interesse ist zu verneinen, wenn das angestrebte Beweismittel ohne Weiteres anderweitig als durch vorsorgliche Beweisführung beschafft werden kann, oder wenn das Beweismittel als offensichtlich unerheblich oder untauglich erscheint (Mark Schwei-

zer, Vorsorgliche Beweisabnahme nach schweizerischem Zivilprozess- und Patentgesetz, ZZZ 2010, S. 10, m.w.H.). Demgemäss ist ein Interesse an der vorsorglichen Beweisführung ferner zu verneinen, wenn bereits genügend Grundlagen vorhanden sind, um gestützt darauf die Prozesschancen abzuschätzen. So etwa beim Vorliegen einer detaillierten medizinischen Dokumentation des Beschwerdebildes und zahlreichen ärztlichen Stellungnahmen und Einschätzungen zu dessen Auswirkungen (vgl. OGer ZH LF110116 vom 20. Dezember 2011, E. 2.7 f.). Die vorgängige Abklärung der Prozesschancen kann und muss ohne abschliessende Beweismwürdigung erfolgen, zumal – wie die Berufungsklägerin zutreffend anführt – der nach dem Willen der Berufungsbeklagten heute zu begutachtende Sachverhalt für einen späteren Prozess nicht fixiert ist, was die Aussagekraft eines vorprozessualen Gutachtens auf Begehren einer Partei zusätzlich schmälert.

9.3 Davon einmal abgesehen legte die Berufungsbeklagte bezüglich der Folgen des fraglichen Unfalls eine Vielzahl von Befundaufnahmen und Einschätzungen (auch der Kausalität) von diversen medizinischen Fachleuten sowie insbesondere drei Gutachten (davon ein inter- bzw. polydisziplinäres, zur Terminologie vgl. BGE 134 V 109 E. 9.3 f.) ins Recht:

- Bericht von Dr. med. D._____ (Neurologe) vom 3. Februar 2009 (act. 8/3/11),
- Bericht Dr. med. E._____ (Rheumatologe) vom 23. Januar 2009 (act. 8/3/12),
- Berichte Dr. med. F._____ (allg. Medizin) vom 19. Januar 2009 (act. 8/3/13) und vom 24. Februar 2009 (act. 8/3/14),
- MRI G._____ -Spital (Dr. med. H._____) vom 18. Februar 2009 (act. 8/3/15),
- Bericht Dr. med. D._____ (Neurologe) vom 12. März 2009 (act. 8/3/16),
- Bericht med. Masseur SRK-FA I._____ vom 29. Januar 2009 (act. 8/3/17),
- Gutachten Dr. med. J._____ (Neurologe) vom 16. Juli 2009 (act. 8/3/18),

- Gutachten Dr. med. K._____ (Psychiater) vom 12. Juli 2009 (act. 8/3/19),
- inter-/polydisziplinäres Gutachten L._____ AG von Dr. med. M._____ (physikalische Medizin/Rehabilitation/Sportmedizin/Manuelle Medizin) und Physiotherapeut N._____ bzw. Dr. med. O._____ (physikalische Medizin/Rehabilitation/Rheumatologie) vom 28. September 2009 (act. 8/3/20),
- Bericht Dr. med. D._____ (Neurologe) vom 9. September 2009 (act. 8/3/21),
- div. Berichte P._____ -Klinik (Dres. med. Q1._____ und Q2._____ bzw. Q3._____ und Psychotherapeutin Q4._____, act. 8/3/227a-d),
- Bericht Dr. med. F._____ (allg. Medizin) vom 1. September 2010 (act. 8/3/24),
- Bericht Dr. med. R1._____ (Psychiater) und Dr. phil. klin. psych. R2._____ (klin. Psychologe) vom 5. April 2011 (act. 8/3/23),
- Bericht Dr. med. D._____ (Neurologe) vom 28. April 2011 (act. 8/3/25),
- Austrittsbericht G._____ -Spital, Dres. med. S1._____, S2._____ und S3._____ vom 1. September 2011 (act. 8/3/26).

Neben zahlreichen identischen Dokumenten reichte die Berufungsklägerin vor Vorinstanz zusätzliche Belege ein, über welche die Berufungsbeklagte ebenfalls verfügen müsste, bzw. welche ihr spätestens ab jenem Zeitpunkt vorlagen. So eine Stellungnahme zu obgenanntem inter-/polydisziplinären Gutachten durch Dr. med. T._____ (Allg.- und Unfallchirurgie/Gutachter ...) vom 27. Oktober 2009 so wie die Befundaufnahme nach dem Unfall und Unterlagen betreffend das sozialversicherungsrechtliche Verfahren (vgl. act. 8/12).

9.4 Damit verfügt die Berufungsbeklagte über eine breite und auch bezüglich der involvierten medizinischen Spezialgebiete reich gefächerte Basis an fachärztlichen Erhebungen und Einschätzungen der (möglichen) Unfallfolgen und – entgegen ihrer Behauptung – sogar über drei (davon ein inter-/polydisziplinäres) Gutachten, welche sie selber ins Recht gelegt hat (act. 8/3/18-20). Inwiefern sich

die Berufungsbeklagte in einem allfälligen späteren Hauptsachenprozess gegen die Aussagen besagter Gutachten prozessual wehren können, ist primär eine Frage ihrer eigenen Analyse der zukünftigen Prozesschancen. Um diese aus medizinischer Sicht besser abschätzen zu können, taugen die Gutachten allemal. Die Frage der prozessualen Verwertbarkeit stellt sich ja umgekehrt bezüglich des von der Berufungsbeklagten angestrebten vorsorglichen Gutachtens auch: Solange der Sachverhalt in den für das Gutachten wesentlichen Punkten umstritten und nicht 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 vorsorglich bestellten Gutachter ist, den umstrittenen Sachverhalt in eigener Würdigung für einen späteren Hauptsachenprozess zu erstellen.

9.5 Nach dem Gesagten kann die von einem fachkundigen Rechtsanwalt vertretene Berufungsbeklagte gestützt auf die bisherige Aktenlage jedenfalls entscheiden, ob sie einen Haftpflichtprozess als aussichtsreich erachtet. Ein schutzwürdiges Interesse der Berufungsbeklagten an der Erstellung eines gerichtlichen, medizinischen Gutachtens im Rahmen der vorsorglichen Beweisführung bestünde nur dann, wenn die vorliegenden ärztlichen Gutachten (insbesondere das inter-/polydisziplinäre) und Berichte keine adäquate Grundlage zur Beurteilung der Prozesschancen darstellen würden. Doch erlauben die aus verschiedenen fachärztlichen Disziplinen abgegebenen Befundaufnahmen und Einschätzungen zu den Beschwerden der Berufungsbeklagten und deren Kausalität zum Unfall die Beurteilung der Beweisaussichten hinsichtlich Schaden und Kausalzusammenhang durch die Berufungsbeklagte. Ein weiteres Gutachten ist dazu nicht notwendig; die Berufungsbeklagte hat basierend auf der von ihr vorgelegten, umfassenden fachärztlichen Dokumentation ihrer gesundheitlichen Beschwerden und deren Zusammenhang mit dem Unfall ihre Prozesschancen abzuschätzen. An der verbleibenden Ungewissheit über den Prozessausgang würde auch ein zusätzliches Gutachten nichts ändern, da diese nicht primär medizinischen Ursprungs ist, sondern auch aus den prozessualen Unwägbarkeiten eines späteren Gerichtsverfahrens herrührt. So steht etwa der in der Hauptsache zu beurteilende Sachverhalt

noch nicht fest. Damit ist auch das definitive Beweisthema noch nicht abzusehen. Dennoch erachtet die Berufungsbeklagte die Berufungsklägerin offensichtlich als haftpflichtig, weshalb sie ein sozialversicherungsrechtliches Verfahren anhub und offenkundig auch zivilrechtliche Handhabe sieht, damit hat sie ihre Prozesschancen wohl als positiv gewertet und ein schutzwürdiges Interesse i.S.v. Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO ist ihrerseits – gesamthaft gesehen – nicht glaubhaft gemacht.

10. Die Berufung ist daher gutzuheissen, und das Begehren der Berufungsbeklagten um vorsorgliche Beweisabnahme ist mangels Nachweis eines schützenswerten Interesses abzuweisen.

IV.

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).

2. Die Berufungsbeklagte sah sich, nachdem die Vorinstanz zu ihren Gunsten entschieden hatte, als Beklagte mit vorliegendem Rechtsmittelverfahren konfrontiert und vertrat daher keine von vornherein aussichtslose Position. Aufgrund der zutreffenden und nach wie vor geltenden vorinstanzlichen Erwägungen zu ihren finanziellen Verhältnissen – worauf im Übrigen verwiesen werden kann (act. 3 = 8/21 je S. 3 f.) – ist die Berufungsbeklagte mittellos im Sinne des Gesetzes, weshalb ihr die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____ als unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen ist.

V.

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 der Berufungsbeklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

2. Ausgehend von einem Streitwert der Hauptsache von Fr. 100'000.– (vgl. act. 8/2 und 8/6 je S. 2) ist sowohl die vorinstanzliche Entscheidgebühr als auch die Entscheidgebühr für das Rechtsmittelverfahren auf je Fr. 4'375.– festzusetzen (§ 2 Abs. 1, § 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 4 i.V.m. § 8 Abs. 1 GebV OG). Die erstinstanzliche Entscheidgebühr ist zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege durch die Vorinstanz (act. 3 = 8/21 je S. 9) und die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist zufolge der durch die Kammer zu gewährenden unentgeltlichen Rechtspflege, je unter Vorbehalt der Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO, einstweilen auf die Staatskasse zu nehmen. Der von der Berufungsklägerin für das Rechtsmittelverfahren geleistete Kostenvorschuss ist dieser zu retournieren (vgl. act. 10 und act. 15, Art. 122 Abs. 1 lit. c ZPO).

3. Ausgangsgemäss hat die Berufungsbeklagte die Berufungsklägerin – mangels einem entsprechenden Antrag vor Vorinstanz (act. 12) – zwar nicht für das erstinstanzliche Verfahren (Art. 95 Abs. 3 lit. a und c ZPO) aber wohl für das zweitinstanzliche Verfahren mit Fr. 5'000.– zu entschädigen (Art. 95 Abs. 3 lit. b ZPO; Art. 106 Abs. 1 ZPO; § 2 Abs. 1, § 4 i.V.m. § 13 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 9 i.V.m. § 11 Abs. 1 i.V.m. § 12 Abs. 2 AnwGebV). Da die Berufungsklägerin Sitz im Ausland hat, ist ihr hingegen der beantragte Mehrwertsteuerzusatz nicht zuzusprechen (vgl. Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichtes über die Mehrwertsteuer vom 17. Mai 2006).

4. Der unentgeltliche Rechtsbeistand der Berufungsbeklagten wird nach Vorlage seiner jeweiligen Honorarnoten für das erstinstanzliche Verfahren durch die Vorinstanz und für das Berufungsverfahren mit separatem Beschluss zu entschädigen sein.

Es wird beschlossen:

1. Der 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.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird gutgeheissen, und das Gesuch der Berufungsbeklagten um vorsorgliche Beweisabnahme in der Form eines gerichtlichen Gutachtens zu den medizinischen Dauerfolgen des erlittenen Unfalls wird abgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr für das erst- und das zweitinstanzliche Verfahren wird auf je Fr. 4'375.– festgesetzt, für beide Verfahren der Berufungsbeklagten auferlegt, jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Staatskasse genommen. Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten. Der Berufungsklägerin wird der geleistete Vorschuss von Fr. 4'375.– zurückerstattet.
3. Für das erstinstanzliche Verfahren wird der Berufungsklägerin keine Parteientschädigung ausgerichtet.
4. Die Berufungsbeklagte wird verpflichtet, der Berufungsklägerin für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 5'000.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Einzelgericht des Bezirksgerichts Dietikon, je gegen Empfangsschein, und an die Obergerichtskasse.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

6. 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 mindestens Fr. 100'000.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. D. Oehninger

versandt am: