

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF120042-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichterin lic. iur. M. Stamm-
bach sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Findeisen.

Beschluss und Urteil vom 30. Juli 2012

in Sachen

A. _____,

Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Gesuchsgegner und Beschwerdegegner,

betreffend

vorsorgliche Beweisführung / unentgeltliche Rechtspflege

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes Audienz des Bezirksgerichtes
Zürich vom 18. Juni 2012 (ET120017)

Erwägungen:

I.

1. Am 2., 9. und 13. März 2009 begab sich der Ehemann der Gesuchstellerin beim Gesuchsgegner in ärztliche Behandlung. Am 16. März 2009 verstarb er (act. 4/M1).

2. Mit Eingabe vom 11. Juni 2012 liess die Gesuchstellerin beim Einzelgericht im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich ein Begehren um vorsorgliche Beweisführung in Form eines gerichtlichen Gutachtens stellen und ersuchte gleichzeitig um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege inklusive Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands (act. 1 S. 2). Mit Urteil vom 18. Juni 2012 wies die Vorinstanz sowohl das Begehren um vorsorgliche Beweisführung (Dispositivziffer 2) als auch das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Dispositivziffer 1) ab (act. 5a S. 8 = act. 9 S. 8 = act. 11 S. 8).

Am 4. Juli 2012 (Datum Eingabe und Poststempel) führte die Gesuchstellerin daraufhin gegen die Abweisung des Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege (Dispositivziffer 1) rechtzeitig Beschwerde und stellte auch für das obergerichtliche Verfahren ein entsprechendes Gesuch (inklusive Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands; act. 10 S. 3; vgl. auch act. 6). Auf die Einholung von Kostenvorschuss und Rechtsmittelantwort wurde verzichtet (Art. 98 ZPO; Art. 322 ZPO).

II.

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 (lit. a) und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (lit. b). Als aussichtslos gelten Rechtsbegehren, bei denen nach summarischer Prüfung die Gewinnaussichten beträchtlich geringer erscheinen als die Verlustgefahren und des-

halb kaum als ernsthaft bezeichnet werden können. 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).

2. a) Die Vorinstanz wies das Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege zufolge offensichtlicher Aussichtslosigkeit des Sachbegehrens ab (act. 5a S. 7 = act. 9 S. 7 = act. 11 S. 7). Sie führte aus, dass die Gesuchstellerin kein schutzwürdiges Interesse an der vorsorglichen Beweisführung glaubhaft gemacht habe. Mit dem anonymen schriftlichen Bericht eines ihrer beratenden Fachärzte für innere Medizin (act. 4/M7), der Legalinspektion durch das Institut für Rechtsmedizin vom 19. März 2009 (act. 4/M5) und dem Kurzgutachten von Dr. med. C._____, Facharzt für innere Medizin und Chefarzt am Bezirksspital ..., vom 9. Juli 2009 (act. 4/M6), habe sie vielmehr bereits über ausreichende Grundlagen zur Abwägung der weiteren Dispositionen gegen den Gesuchsgegner verfügt (act. 5a S. 3 = act. 9 S. 3 = act. 11 S. 3). Daneben habe die Gesuchstellerin weder einen Schaden substantiiert noch gar glaubhaft gemacht oder etwas zum Anspruch auf Genugtuung gesagt. Insbesondere ergebe sich aus der alleinigen Tatsache, dass der Verstorbene ihr Ehemann gewesen sei nicht schlüssig, dass die Gesuchstellerin ihren Versorger verloren und einen finanziellen Schaden erlitten habe. Aus den eingereichten Unterlagen könne gegenteils der Eindruck entstehen, dass eine Einkommenseinbusse durch Ehegattenpension und Witwenrente ausgeglichen werde.

Hinzu komme, dass die Gesuchstellerin die Qualifikation des ärztlichen Verhaltens als fahrlässige Tötung und damit die Anwendbarkeit der ausserordentlichen Verjährungsfrist nach Art. 60 Abs. 2 OR bei weitem nicht glaubhaft gemacht habe. In diesem Zusammenhang falle auf, dass eine (beim behaupteten Delikt von Amtes wegen einzuleitende) Strafuntersuchung nicht thematisiert worden sei. Es sei daher denkbar, dass von Anfang an zu wenig Verdachtsmomente vorgelegen hätten oder eine Untersuchung (etwa auf Anzeige hin) nicht anhand genommen oder wieder eingestellt worden sei. Die Argumentation, wonach für die Beurteilung einer allfälligen Strafbarkeit des Gesuchsgegners auf ein Sachverständigengutachten abzustellen sei, verfange nicht, weil sich dieser nur mit bereits bekannten respektive behaupteten Fakten auseinanderzusetzen habe (act. 5a S. 4 f. = act. 9 S. 4 f. = act. 11 S. 4 f.).

Schliesslich diene das Institut der vorsorglichen Beweisführung der beweismässigen Untermauerung eines behaupteten Sachverhalts und eine Sachverhaltsausforschung - wie sie mit der ersten Frage im Katalog der Gesuchstellerin bezweckt werde - sei unzulässig. Unzulässig seien des Weiteren Fragen, die vom Gutachter die Beurteilung, die Würdigung oder die Beantwortung von Rechtsfragen verlangen würden. Der Gesuchstellerin gehe es bei der Erforschung der Todesursache ihres Ehemanns offenkundig weder um den Beweis von bestrittenen Tatsachen noch um die Klärung des natürlichen Kausalzusammenhangs, sondern vielmehr um die Würdigung von unbestrittenen und noch nicht bekannten Fakten bzw. die Feststellung der Adäquanz des Kausalzusammenhangs. Stets drehten sich ihre Fragen daher um eine Wertung; namentlich darum ob die Behandlung fehlerhaft, eine Massnahme vertretbar, eine Interpretation richtig oder falsch gewesen oder ob Sorgfaltspflichten verletzt worden seien. Damit beabsichtige die Gesuchstellerin letztlich die Erstellung eines unzulässigen Rechtsgutachtens. Aus all diesen Gründen sei das Gesuch um vorsorgliche Beweisführung abzuweisen (act. 5a S. 6 f. = act. 9 S. 6 f. = act. 11 S. 6 f.).

b) Dagegen brachte die Gesuchstellerin in ihrer Beschwerde vor, dass die Vorinstanz auf den Inhalt der medizinischen Berichte und ihre Vorbringen zur Notwendigkeit einer vorsorglichen Beweisabnahme trotz deren Vorliegens, nicht

eingegangen sei. Die Vorinstanz stütze sich bei ihrer Einschätzung auf den Entscheid des Obergerichts vom 20. Dezember 2011 im Geschäft Nr. LF1100116-O. Darin seien jedoch insgesamt 29 medizinische Berichte, gutachterliche Einschätzungen und Zeugnisse vorhanden gewesen. Demgegenüber lägen hier lediglich zwei medizinische Dokumente vor. In beiden Dokumenten werde zwar darauf hingewiesen, dass die Beurteilenden wahrscheinlich anders gehandelt hätten. Bei beiden Ärzten handle es sich jedoch nicht um Hausärzte sondern um Ärzte mit dem FMH-Fortbildungstitel innere Medizin. Ob auch ein Hausarzt den medizinischen Standard von Fachärzten für innere Medizin hätte einhalten müssen, sei ungeklärt. Zudem habe sich keiner der beiden Ärzte zur allfälligen Verletzung der ärztlichen Kunst geäußert oder festgestellt, dass die Behandlung durch den Gesuchsgegner noch im Ermessensspielraum gelegen habe. Es sei jedoch durchaus möglich, dass die beurteilenden Mediziner anders gehandelt hätten, die Behandlung durch den Gesuchsgegner aber dennoch lege artis gewesen sei. Die beiden ärztlichen Dokumente stellten somit keine taugliche Grundlage zur Einschätzung der Prozesschancen dar. Wenn die Vorinstanz gestützt darauf die Aussichtslosigkeit bejahe, tue sie dies zu Unrecht. Die Legalinspektion vermöge schliesslich zur Klärung der Frage nach der Fehlerhaftigkeit der Behandlung des Gesuchsgegners keine Informationen zu liefern, weil sich ein allfälliger Kunstfehler vorliegend nicht in einem Befund am Körper zeige (act. 10 S. 8 f.).

Hinsichtlich des Schadens sei keine Quantifizierung verlangt, sondern lediglich die Glaubhaftmachung der Tatsache, dass die Gesuchstellerin durch den Verlust ihres Ehemanns einen Versorgerschaden erlitten habe. Ein Beweis - wie von der Vorinstanz verlangt - sei nicht nötig. Zudem sei notorisch, dass eine Ehefrau als nahe Angehörige beim Tod ihres Ehemanns eine Genugtuung fordern könne, wenn dieser Tod durch einen Dritten verursacht worden sei. Der Ehemann der Gesuchstellerin sei denn auch in ihren Armen gestorben und die Ehe intakt gewesen (act. 10 S. 10 f.).

Weiter habe sie in ihrem Begehren sehr wohl Anhaltspunkte für eine unsorgfältige Behandlung und die Kausalität dargetan, um das zum Tod seines Patienten führende pflichtwidrig unvorsichtige Handeln des Gesuchsgegners glaubhaft

zu machen (act. 1 S. 8 f. Tod trotz Behandlung wegen einschlägiger Beschwerden beim Gesuchsgegner, medizinische Einschätzung von zwei qualifizierten Ärzten; act. 1 S. 11: falsche Interpretation der erhobenen Befunde, Unterlassung weiterer notwendiger Untersuchungen). Pflichtwidrige Unvorsicht bedeute im Rahmen einer ärztlichen Behandlung dasselbe wie ein Verstoss gegen die anerkannten Regeln der ärztlichen Kunst. Dies gelte auch für die Frage der Beurteilung der Kausalität. Auch für die strafrechtliche Beurteilung des gesuchsgegnerischen Verhaltens sei es unerlässlich, dass ein Gutachter beurteile, ob die Regeln der ärztlichen Kunst verletzt worden seien. Es gehe dabei nicht um eine strafrechtliche Qualifikation durch den Gutachter sondern lediglich um die Wertung des Verhaltens des Gesuchsgegners aus medizinischer Sicht. Um die Ausforschung des Sachverhalts könne es bereits deshalb nicht gehen, weil sich dieser bereits aus den (medizinischen) Akten ergebe. Die gestellten Fragen seien bei der Erstellung eines medizinischen Gutachtens denn auch absolut üblich und zulässig. Ein Gutachter, der das Verhalten seines Kollegen rein beschreibend wiedergebe, ohne anschliessend die medizinische Wertung oder Würdigung vorzunehmen, wonach dessen Vorgehen nach medizinischen Gesichtspunkten den Regeln der ärztlichen Kunst entspreche, sei überflüssig (act. 10 S. 11 f.). Der Richter sei darauf angewiesen, dass ihm der Gutachter aufzeige, wann eine Behandlung die Regeln der ärztlichen Kunst verletze, also medizinisch nicht mehr vertretbar und damit ausserhalb des ärztlichen Ermessens liege. Die vorgeschlagenen Fragen im Katalog des Gesuchs vom 11. Juni 2012 würden vom Gutachter keine rechtliche Wertung der Behandlung sondern eine begründete medizinische Wertung und Würdigung verlangen. Als Laie könne kein Richter die Frage nach der medizinischen Vertretbarkeit eines Vorgehens beantworten. Es brauche dazu den medizinischen Fachmann. Der Richter habe dann das Gutachten hinsichtlich Vollständigkeit, Schlüssigkeit, Nachvollziehbarkeit und Widerspruchsfreiheit zu würdigen (act. 10 S. 13). Selbst unzulässige Fragen würden das Begehren um Begutachtung im Verfahren um vorsorgliche Beweisabnahme jedoch nicht als aussichtslos erscheinen lassen. Vielmehr wäre der Fragenkatalog nach Stellungnahme durch den Gesuchsgegner mit hoher Wahrscheinlichkeit ergänzt oder umgeschrieben worden, bis er den Anforderungen und Wünschen genügt hätte (act. 10 S. 14).

3. a) 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, welche die Glaubhaftmachung eines schutzwürdigen Interesses voraussetzt (act. 1 S. 9 f.). Dazu machte sie geltend, das Institut der vorsorglichen Beweisführung erlaube die Klärung der Beweis- und Prozessaussichten vor Einleitung eines aufwändigen und teuren Gerichtsverfahrens zur Verjährungs- und Haftungsfrage. Diese Fragen würden vom Gericht üblicherweise mittels Gutachten beantwortet. Der Experte habe sich umfassend mit dem medizinischen Sachverhalt und der Meinung anderer Ärzte auseinanderzusetzen. Zudem gälten für den Gutachter die gleichen Ausstandsgründe wie für Gerichtspersonen, und er sei zur Wahrheit verpflichtet. Ein gerichtliches Gutachten erlaube auch vorliegend, die medizinische Beurteilung der Behandlung durch den Gesuchsgegner. Dadurch werde der Gesuchstellerin ermöglicht, Prozesschancen und -risiken abzuschätzen. Da die Gesuchstellerin mittellos sei und sich die Beweisbarkeit der fehlerhaften ärztlichen Behandlung und des natürlichen Kausalzusammenhangs ausserhalb eines ordentlichen Zivilprozesses als weit kostengünstiger erweise, liessen sich die Prozesschancen und -risiken ohne übermässige Kosten einschätzen. Die Gesuchstellerin werde in die Lage versetzt, einen aussichtslosen Prozess zu vermeiden. Erwiesen sich die Chancen als gut, werde der ordentliche Prozess durch das vorprozessual erstellte Gutachten vereinfacht, worin insgesamt das schutzwürdige Interesse der Gesuchstellerin bestehe (act. 1 S. 9 f.). Zudem müsse auch für die Beurteilung einer allfälligen Strafbarkeit des Gesuchsgegners und der damit verbundenen Anwendung der ausserordentlichen Verjährungsfrist auf ein Sachverständigengutachten abgestellt werden. Auf andere Weise könne die Beurteilung eines Straftatbestandes nicht beurteilt werden. Daher lasse sich die Rechtsfrage der Verjährung nur aufgrund der in einem Gutachten festgestellten Tatsachen beantworten. Da mit der Einrede der Verjährung durch den Gesuchsgegner zu rechnen sei, müsse der Gesuchstellerin auch diesbezüglich ein schutzwürdiges Interesse zugestanden werden (act. 1 S. 10 ff.). Daraus folge, dass die Gesuchstellerin ihre Prozesschancen und -risiken sowohl im Hinblick auf die zu erwartende Einrede der Verjährung als auch die Haftung des Gesuchsgegners erst nach Durchführung der

vorsorglichen Beweiserhebung und des daraus hervorgehenden Gutachtens auf kostengünstige Art einschätzen könne (act. 1 S. 12).

b) 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 ständiger obergerichtlicher Praxis - lediglich dann gegeben, wenn die vorsorgliche Beweisführung zu deren Beurteilung auch *notwendig* und *geeignet* ist. Sowohl das Bestehen des schutzwürdigen Interesses als auch das Nichtbestehen sind 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. So wird das schutzwürdige Interesse praxisgemäss insbesondere dann verneint, wenn das Beweismittel ohne Weiteres anderweitig als durch vorsorgliche Beweisführung beschafft werden kann, oder es als offensichtlich unerheblich oder untauglich erscheint (OGer ZH LF110116-O vom 20. Dezember 2011 und die noch nicht publizierten OGer ZH LF120024-O vom 14. Mai 2012 und OGer ZH LF110134-O vom 11. April 2012; auch Botschaft vom 28. Juni 2006, S. 7315; und zum Ganzen auch 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.; SCHWEIZER, Vorsorgliche Beweisabnahme nach schweizerischem Zivilprozess- und Patentgesetz, ZZZ 2010, S. 10).

c) Gestützt darauf sowie die weiteren nachfolgend erwähnten Umstände, ergeben sich für das Rechtsbegehren vor Vorinstanz Gewinnaussichten von deut-

lich unter 50% (mit entsprechenden Verlustgefahren). Damit sind jedoch die Gewinnaussichten des Prozesses insgesamt beträchtlich geringer als die Verlustgefahren. Schwergewichtig fällt dabei insbesondere die verstrichene Zeitdauer seit dem Ableben des Ehegatten der Gesuchstellerin und die damit zusammenhängende Tatsache ins Gewicht, dass dem Begehren nach summarischer Prüfung ein strafrechtliches Verhalten des Gesuchsgegners zugrunde gelegt werden müsste. Diesbezüglich steht fahrlässige Tötung durch Unterlassung im Zentrum. Wer pflichtwidrig untätig bleibt, ist jedoch gestützt auf den entsprechenden Tatbestand nur dann strafbar, wenn ihm nach den Umständen der Tat derselbe Vorwurf gemacht werden kann, wie wenn er diese durch ein aktives Tun begangen hätte (Art. 11 Abs. 3 StGB). Woraus sich eine derartige Gewichtung der geltend gemachten falschen Interpretation der erhobenen Befunde bzw. der Unterlassung weiterer notwendiger Untersuchungen ergeben soll, ist nicht klar. Dass es sich um einen gänzlich chancenlosen Prozess handelt, ist zur Bejahung der Aussichtslosigkeit denn auch nicht nötig. Wesentlich ist vielmehr die hypothetische Frage, ob sich eine über die nötigen finanziellen Mittel verfügende Partei bei vernünftiger Überlegung zum betreffenden Prozess entschliessen oder davon absehen würde. Selbst wenn die Gerichtskosten - allenfalls sogar inklusive einer Prozessentschädigung an eine ebenfalls anwaltlich vertretene Gegenpartei in mindestens demselben Umfang (vgl. dazu JOHANN ZÜRCHER, DIKE-Komm-ZPO, Art. 158 N 22) - tiefer ausfallen sollten als bei einem ordentlichen Zivilverfahren, würde eine Partei den vorliegenden Prozess mit dem ermittelten Verlustrisiko bei vernünftiger Überlegung auf eigene Kosten wohl nicht führen. Es ist vielmehr davon auszugehen, dass eine vernünftige Person, die ihren Anwalt selbst bezahlen müsste, gestützt auf den publizierten obergerichtlichen Entscheid, die Schwierigkeiten bezüglich Glaubhaftmachung eines strafbaren Verhaltens ohne Vorliegen von Erkenntnissen aus einem Strafverfahren (vgl. dazu auch act. 10 S. 6) und die nachstehend aufgeführten weiteren Umstände von der Anhängigmachung der gesuchstellerischen Begehren absehen würde.

Als weitere Umstände fallen in Betracht, dass die Aussichten des vorinstanzlichen Begehrens auch unter dem Aspekt der Glaubhaftmachung der Notwendig-

keit des beantragten Gutachtens zur Beurteilung der Beweis- und Prozesschancen der anvisierten Klage und dessen Geeignetheit als ungünstig erscheinen.

Einerseits reichte die Gesuchstellerin vor Vorinstanz einen anonymen schriftlichen Bericht eines ihrer beratenden Fachärzte für innere Medizin (act. 4/M7) und ein Kurzgutachten von Dr. med. C._____, Facharzt für innere Medizin und Chefarzt am Bezirksspital ..., vom 9. Juli 2009 (act. 4/M6) zu den Akten. Die anonyme ärztliche Einschätzung bezeichnet das in den Akten liegende Elektrokardiogramm (EKG) als pathologisch und kommt zum Schluss, dass gestützt darauf sowie aufgrund der massiven Hypertonie (Bluthochdruck) und der deutlichen Erhöhung der Blutfettwerte weitere Abklärungen notwendig gewesen wären (act. 4/M7 S. 2 f.). Im Kurzgutachten kam Dr. med. C._____ zum Schluss, dass der Ehemann der Gesuchstellerin wohl anders hätte behandelt werden müssen und der Krankheitsverlauf dann ein anderer gewesen wäre (act. 4/M6 S. 2). In der bei den Akten liegenden Legalinspektion vom 19. März 2009 wird als Todesursache "vermutlich akutes Herzversagen" genannt (act. 4/M5). Weshalb gestützt auf diese ärztlichen Einschätzungen eine Veranschlagung der Prozesschancen in medizinischer Hinsicht nicht möglich sein sollte, ist nicht einsichtig. Immerhin sprach selbst die Gesuchstellerin vor Vorinstanz davon, dass aufgrund der vorliegenden medizinischen Unterlagen eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür spreche, dass die Behandlung durch den Gesuchsgegner nicht sorgfältig und kausal für den Tod des Ehemanns der Gesuchstellerin gewesen sei (act. 1 S. 8 f.). Entsprechend macht sie den Gesuchsgegner auch für allfällige finanzielle Einbussen und seelische Unbill zivilrechtlich verantwortlich. Es ist nicht ersichtlich, weshalb Ergänzungs- bzw. Folgefragen nicht den bereits befassten Konsularärzten hätten unterbreitet werden können. Vielmehr ist davon auszugehen, dass die von der Gesuchstellerin als zur Konkretisierung der Prozesschanceneinschätzung notwendig erachteten weiteren Informationen (act. 10 S. 8: Muss auch ein Hausarzt den medizinischen Standard für Fachärzte für innere Medizin einhalten? Verletzte der Gesuchsgegner die Regeln der ärztlichen Kunst oder lag seine Behandlung noch im Ermessensspielraum?) ohne Weiteres anderweitig als durch vorsorgliche Beweisführung hätten beschafft werden können. Abgesehen davon äussern sich - entgegen der Vorbringen der Gesuchstellerin - die jeweiligen Ärzte in beiden zu

den Akten gereichten Einschätzungen sehr wohl zur regelkonformen Behandlung durch einen Hausarzt (z.B. nur schon die jeweils letzten Fragen. In act. 4/M6 [in Verbindung mit der ersten Frage]: "Wurde Herr A1. _____ [Ehemann von A. _____] [vom Hausarzt] lege artis behandelt?" und in act. 4/M7: "Wären weitere hausärztliche Massnahmen indiziert gewesen?"). Zu beachten ist in diesem Zusammenhang auch, dass die Abklärung von Prozesschancen grundsätzlich ohne abschliessende Beweiswürdigung erfolgen muss. Auch wenn ein medizinisches Gutachten im Hauptprozess entscheidend sein mag, ist es nicht zwingend auch zur Abklärung der Prozesschancen erforderlich. Entgegen der Ansicht der Gesuchstellerin kann es dabei nicht auf die Anzahl bereits vorliegender (bzw. eingereichter) ärztlicher Berichte ankommen (act. 10 S. 8); derartiges wurde auch im angeführten obergerichtlichen Urteil nicht entschieden. Ausschlaggebend ist vielmehr allein die Unentbehrlichkeit der vorsorglichen Beweisführung zur Abschätzung der Prozesschancen durch die (fach-)anwaltlich vertretene Gesuchstellerin und damit, ob der Entscheid über die Einleitung eines Haftpflichtprozesses für die (fach-)anwaltlich vertretene Gesuchstellerin aufgrund von anderweitigen Unterlagen möglich war oder nicht. Ein auf den Vorakten aufbauendes, die haftpflichtrechtlich relevanten Fragen verbindlich beantwortendes Gerichtsgutachten ist dazu weder verlangt noch vorliegend notwendig. Im Gegenteil können die wohl im Rahmen der Abschätzung von Prozesschancen schwergewichtig interessierenden Fragen - z.B. diejenige nach der Vertretbarkeit einer Handlung (oder Unterlassung; act. 10 S. 8) oder aber die Gewichtung der Unterlassung(en) im Rahmen der Prüfung eines strafbaren Verhaltens (act. 10 S. 11) - in einem gerichtlichen Gutachten zur Beweisführung eben gerade nicht gestellt werden. Wie die Vorinstanz zutreffend ausführte (act. 5a S. 5 ff. = act. 9 5 ff. = act. 11 5 ff.), ist das, was der Würdigung des Gerichts obliegt, der Beurteilung durch den Gutachter entzogen. Die verbleibende Ungewissheit über den Prozessausgang aufgrund von prozessualen Unwägbarkeiten eines Gerichtsverfahrens könnte schliesslich ohnehin nicht durch ein medizinisches Gutachten beseitigt werden.

Daneben bestreitet der Gesuchsgegner selbst nach Darstellung der Gesuchstellerin sowohl seine Haftung als auch die pflichtwidrig unvorsichtige Verursachung des Todes seines Patienten (act. 1 S. 7 f. und S. 10 f.; act. 4/12+13). Be-

reits die von der Gesuchstellerin angenommene Todesursache eines Herzversagens wird vom Gesuchsgegner bestritten (act. 4/12). Wie von der Gesuchstellerin in ihrer Beschwerde zutreffend bemerkt (act. 10 S. 9), geht diese Todesursache jedoch aus den medizinischen Unterlagen - insbesondere aus der aufgrund einer lediglich äusserlichen Untersuchung erstellten Legalinspektion (act. 4/M5) - nicht hinreichend hervor. Solange sich der Sachverhalt jedoch in den für ein Gutachten wesentlichen Punkten nicht genügend aus den Akten ergibt, derart umstritten und somit nicht annähernd erstellt ist, kann eine Expertise im Rahmen der vorsorglichen Beweisführung zur Beurteilung der Prozess- und Beweisaussichten auch keine Klärung bringen. Die Akteneinsicht des Gutachters ändert daran nichts, weil nicht angeht, dass der Experte den umstrittenen Sachverhalt in eigener Würdigung erstellen muss. Ein Gutachten, von dem jedoch bereits heute erkennbar ist, dass es nach Erstellung des kompletten Sachverhalts in einem ordentlichen Prozess wird ergänzt oder gar ersetzt werden müssen, ist jedoch wenig aussagekräftig. Es eignet sich vielmehr weder dazu, die Prozess- und Beweischancen mit einer gewissen Verlässlichkeit abzuschätzen noch als Grundlage für Vergleichsgespräche zu dienen (bereits Hinweis in OGer ZH LF110116-O vom 20. Dezember 2011; noch nicht publizierte OGer ZH LF120024-O vom 14. Mai 2012 und OGer ZH LF110134-O vom 11. April 2012).

Demnach hat die Vorinstanz das Begehren der Gesuchstellerin um unentgeltliche Rechtspflege zu Recht infolge Aussichtslosigkeit abgewiesen. Aus den erwähnten Gründen ist ihre Beschwerde daher abzuweisen.

III.

Nach Art. 119 Abs. 6 ZPO werden in Verfahren um die unentgeltliche Rechtspflege keine Gerichtskosten erhoben. Für den Rechtsmittelprozess fallen die Gerichtskosten demnach ausser Ansatz (OGer ZH PC110082, mit Kritik an der anderen Praxis des Bundesgerichtes).

Dem Gesuchsgegner sind im Beschwerdeverfahren keine prozessualen Umtriebe entstanden. Für eine Entschädigung zulasten des Staats würde es jedoch

auch an einer gesetzlichen Grundlage fehlen (ZK ZPO-JENNY, Art. 107 N 26; Ku-Ko ZPO-SCHMID, Art. 107 N 15; ADRIAN URWYLER, DIKE-Komm-ZPO, Art. 107 N 15).

Die Gesuchstellerin stellte auch für das Beschwerdeverfahren ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege inklusive ebensolche Rechtsverbeiständung (Art. 119 Abs. 5 ZPO). Infolge der Kostenlosigkeit des Verfahrens wird der Antrag auf unentgeltliche Rechtspflege im Sinne von Art. 118 Abs. 1 lit. a und lit. b ZPO gegenstandslos, und das Gesuch ist entsprechend abzuschreiben. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtsverbeiständung für den Rechtsmittelprozess ist zufolge Aussichtslosigkeit auch der Rechtsmittelbegehren abzuweisen.

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 Rechtsanwältin Dr. X. _____ als unentgeltliche Rechtsbeiständin wird abgewiesen.

und erkannt:

1. Die Beschwerde der Gesuchstellerin wird abgewiesen.
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Gesuchsgegner unter Beilage von act. 10, sowie an die Vorinstanz, 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 richtet sich nach dem Streitinteresse im Hauptprozess (vgl. OGer LF110134-O vom 12. Januar 2012; so auch immer noch BGer 5A_433/2007 vom 18. September 2007).

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Findeisen

versandt am: