

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LF130025-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. F. Gohl Zschokke.

## Urteil vom 7. Juni 2013

in Sachen

**A.**\_\_\_\_\_,

Klägerin und Berufungsklägerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_\_,

gegen

**B.**\_\_\_\_ AG,

Beklagte und Berufungsbeklagte,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y.\_\_\_\_\_,

betreffend  
**vorsorgliche Beweisführung**

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Winterthur vom 4. April 2013 (ET130001)

## **Erwägungen:**

### 1. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1.1. A. \_\_\_\_\_ (im Folgenden: die Berufungsklägerin) erlitt am 27. Januar 2005, am 18. Oktober 2005 und am 5. Juli 2010 Strassenverkehrsunfälle (act. 1 S. 2 f.). Alle drei wurden durch LenkerInnen von Personenwagen verursacht, deren Halter bei der B. \_\_\_\_\_ AG (im Folgenden: die Berufungsbeklagte) eine Motorfahrzeughaftpflichtversicherung abgeschlossen hatten (act. 1 S. 3 und act. 9 S. 9). Die Berufungsklägerin vertritt den Standpunkt, dass sie aufgrund der drei Auffahrunfälle, bei welchen sie sich je eine Distorsion (Trauma) der Halswirbelsäule zugezogen habe, bis heute gesundheitlich beeinträchtigt und erheblich eingeschränkt sei. Gestützt auf Art. 58 i.V.m. Art. 65 SVG sei die Berufungsbeklagte zivilrechtlich verantwortlich. Vor der allfälligen Einleitung eines entsprechenden Haftpflichtprozesses benötige die Berufungsklägerin zur Abklärung der Beweis- und Prozessaussichten verbindliche fachliche Informationen zur medizinischen Situation im Hinblick auf die Unfallkausalität der Beschwerden, deren Umfang und Auswirkungen auf die Arbeitsfähigkeit im Beruf und Haushalt sowie die übrigen Lebensbereiche. Hierzu erscheine ein unabhängiges polydisziplinäres Gutachten in den Fachdisziplinen Psychiatrie, Rheumatologie, Neurologie inkl. Neuropsychologie und Innere Medizin als geeignet (act. 1 S. 2 ff.).

1.2. Mit Eingabe vom 13. Februar 2013 (act. 1) leitete die Berufungsklägerin beim Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Winterthur gegen die Berufungsbeklagte ein Verfahren betreffend vorsorgliche Beweisführung ein. Sie verlangte, es sei ein gerichtliches Gutachten zur Frage der medizinischen Dauerfolgen der am 27. Januar 2005, am 18. Oktober 2005 und am 5. Juli 2010 erlittenen Unfälle erheben zu lassen; unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Berufungsbeklagten (vgl. act. 1 S. 2). Als Bestandteil ihres Begehrens reichte die Berufungsklägerin einen zweiseitigen Fragenkatalog ein (act. 1 S. 17 f. = act. 3/49; vgl. act. 1 S. 13).

1.3. In der Folge setzte das Einzelgericht der Berufungsklägerin mit Verfügung vom 20. Februar 2013 (act. 4) Frist zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses an und forderte die Berufungsbeklagte zur Stellungnahme auf. Der Kostenvorschuss wurde rechtzeitig geleistet (vgl. act. 6) und die Berufungsbeklagte äusserte sich innert erstreckter Frist mit Eingabe vom 20. März 2013 samt Beilagen (act. 9 und act. 10/1-4; vgl. auch act. 5 S. 2 und act. 7). Sie beantragte, auf das Gesuch um vorsorgliche Beweisführung sei nicht einzutreten, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich 8 % Mehrwertsteuer zu Lasten der Berufungsklägerin (act. 9 S. 2).

1.4. Das Einzelgericht trat mit Verfügung vom 4. April 2013 (act. 12 = act. 15 = act. 17) auf das Begehren der Berufungsklägerin nicht ein (vgl. Dispositivziffer 1). Es setzte die Entscheidgebühr auf Fr. 1'700.-- fest und auferlegte sie der Berufungsklägerin (vgl. Dispositivziffer 2). Überdies verpflichtete es die Berufungsklägerin, der Berufungsbeklagten eine Parteientschädigung von Fr. 2'000.-- (zuzüglich 8 % MwSt) zu bezahlen (vgl. Dispositivziffer 3).

1.5. Dagegen erhob die Berufungsklägerin mit Eingabe vom 18. April 2013 (Datum Poststempel; act. 16) rechtzeitig Berufung beim Obergericht des Kantons Zürich (vgl. act. 13 S. 1). Den mit Verfügung vom 23. April 2013 (act. 21) auferlegten Kostenvorschuss von Fr. 3'500.-- leistete die Berufungsklägerin fristgerecht (vgl. act. 22 und act. 23). Mit Verfügung vom 23. April 2013 (act. 21) wurde der Berufungsbeklagten eine Frist von zehn Tagen angesetzt, um die Berufung schriftlich zu beantworten. Sie tat dies rechtzeitig mit Eingabe vom 14. Mai 2013 (Datum Poststempel; act. 26; vgl. auch act. 25/1), welche die Berufungsklägerin am 17. Mai 2013 zur Kenntnis erhielt (vgl. act. 27).

## 2. Zur Berufung

2.1. Das Gericht nimmt jederzeit Beweis ab, wenn das Gesetz einen entsprechenden Anspruch gewährt oder die gesuchstellende Partei eine Gefährdung der Beweismittel oder ein schutzwürdiges Interesse glaubhaft macht (vgl. Art. 158 Abs. 1 ZPO). Sowohl die Parteien als auch die Vorinstanz haben richtig erkannt, dass (gemäss der Botschaft) mit dem Begriff des schutzwürdigen Interesses in

Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO auf die Möglichkeit Bezug genommen wird, eine vorsorgliche Beweisführung auch zur Abklärung der Beweis- und Prozessaussichten durchzuführen. Sie soll dazu beitragen, aussichtslose Prozesse zu vermeiden (BGE 138 III 81 mit Hinweis auf BBI 2006 7315; vgl. act. 1 S. 12, act. 9 S. 3 f. und act. 12 S. 3).

An das Bestehen eines schutzwürdigen Interesses sind keine hohen Anforderungen zu stellen. Dieses ist grundsätzlich nur dann zu verneinen, wenn es sich als offensichtlich inexistent erweist, was namentlich der Fall sein kann, wenn das beantragte Beweismittel offenkundig untauglich ist (BGE 4A\_322/2012 vom 21. Februar 2013, Erw. 2.2.1 mit weiteren Hinweisen; vgl. auch act. 16 S. 11). In gleicher Weise ist von einem fehlenden schutzwürdigen Interesse auszugehen, wenn die verlangte Beweisabnahme gar nicht (mehr) erforderlich ist, um die Beweis- und Prozessrisiken abzuschätzen, da die notwendigen Beweise bzw. Entscheidungsgrundlagen bereits vorliegen. Zu denken ist etwa im Hinblick auf allfällige Haftpflichtprozesse wegen Personenschäden an das Vorliegen einer detaillierten medizinischen Dokumentation des Beschwerdebildes und zahlreichen ärztlichen Stellungnahmen und Einschätzungen zu dessen Auswirkungen (vgl. OGer LF120024 vom 14. Mai 2012, Erw. III.9.2 mit Hinweis auf OGer LF110116 vom 20. Dezember 2011, Erw. 2.7 f.).

2.2. Im angefochtenen Entscheid gelangte die Vorinstanz zum Schluss, dass die Berufungsklägerin kein schutzwürdiges Interesse an der beantragten vorsorglichen Beweisabnahme glaubhaft gemacht habe, weshalb auf ihr diesbezügliches Gesuch nicht einzutreten sei (act. 12 S. 6).

2.3. Zur Begründung führte die Vorinstanz primär an, dass im vorliegenden Verfahren die Begutachtung der Berufungsklägerin zur Diskussion stehe. Das Gutachten würde allein auf der Basis der von der Berufungsklägerin eingereichten Unterlagen und ihrer Ausführungen erstellt. Erschwerend komme hinzu, dass die Berufungsklägerin selbst geltend mache, es lägen keine organisch ausgewiesenen Unfallfolgen vor, womit die erhebliche Gefahr bestehe, die Erstellung eines im Hauptprozess verwertbaren Gutachtens werde durch die alleinige Verfahrensherrschaft der Berufungsklägerin durchkreuzt. Der Beweiswert eines so erlangten

Gutachtens erscheine damit schon aus diesem Grund von vornherein als höchst eingeschränkt. Damit sei aber auch das Rechtsschutzinteresse der Berufungsklägerin an der vorsorglichen Abnahme eines solchen Gutachtens nicht glaubhaft gemacht (act. 12 S. 4 f.).

2.3.1. Entgegen der von der Berufungsklägerin vertretenen Ansicht (vgl. act. 16 S. 7) hat die Vorinstanz mit diesen Ausführungen die grundsätzliche Tauglichkeit des geforderten Gutachtens zur Klärung ihrer Beweis- und Prozesschancen in keiner Weise in Frage gestellt. Sie hat lediglich die Auffassung vertreten, einem solchen Gutachten käme von vornherein lediglich ein eingeschränkter Beweiswert zu (vgl. auch act. 26 S. 8). Selbst wenn Letzteres zutreffen sollte, so wäre dies jedoch lediglich im Rahmen der freien Beweiswürdigung im Sinne von Art. 157 ZPO zu beachten. Dieser Umstand allein vermöchte den Verzicht auf eine vorsorgliche Beweisabnahme keinesfalls zu rechtfertigen, hat doch jede Partei das Recht, dass das Gericht die von ihr form- und fristgerecht angebotenen tauglichen Beweismittel abnimmt (Art. 152 Abs. 2 ZPO). Demzufolge kann hier offen bleiben, ob dem geforderten Gutachten tatsächlich nur ein beschränkter Beweiswert zuzumessen wäre. Vor diesem Hintergrund erübrigt es sich auch, auf die Vorbringen der Parteien zu diesem Punkt näher einzugehen (vgl. act. 16 S. 7 ff., act. 9 S. 4 und S. 6 sowie act. 26 S. 9 ff.).

2.3.2. Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass das von der Berufungsklägerin beantragte Gutachten zum Beweis eines allfälligen Schadens und als Mittel zum Nachweis der natürlichen Kausalität grundsätzlich tauglich wäre.

2.4. Die Vorinstanz verneinte jedoch auch aus einem anderen Grund das Vorliegen eines schutzwürdigen Interesses. Sie erwog, dass die Berufungsklägerin bereits über diverse medizinische Unterlagen verfüge, die das von ihr geltend gemachte Beschwerdebild seit dem ersten Unfall dokumentieren und sich zur Unfallkausalität äussern würden. Insbesondere habe sie ein im Rahmen eines sozialversicherungsrechtlichen Verfahrens erstelltes interdisziplinäres Gutachten vom 4. September 2007 vorgelegt, in welchem die Fragen nach dem Kausalzusammenhang der geltend gemachten Beschwerden mit den Unfällen vom 27. Januar 2005 und vom 18. Oktober 2005 polydisziplinär beurteilt worden seien. Sodann

lägen Stellungnahmen zur Unfallkausalität dreier verschiedener Ärzte datierend vom Januar 2009 und vom November 2010 vor, mithin also auch für die Zeit nach dem dritten Unfall vom 5. Juli 2010 (act. 12 S. 5 mit Hinweis auf act. 3, insbesondere act. 3/33 und act. 3/38-41).

2.4.1. Das polydisziplinäre Gutachten der C.\_\_\_\_\_ vom 4. September 2007 (act. 3/33, im Folgenden: C.\_\_\_\_\_ -Gutachten) äussert sich umfassend zu den Unfällen vom 27. Januar 2005 und vom 18. Oktober 2005. Es beantwortet einen umfangreichen Fragenkatalog, welcher in etwa demjenigen entspricht, den die Berufungsklägerin im vorinstanzlichen Verfahren zu Handen der gerichtlich zu bestellenden Sachverständigen vorgelegt hat (vgl. act. 1 S. 17 f.). Das C.\_\_\_\_\_ -Gutachten gelangt zum Schluss, dass die Berufungsklägerin an keinen gesundheitlichen Beeinträchtigungen mehr leide, die alleinig oder teilursächlich auf die Unfälle vom 27. Januar 2005 und vom 18. Oktober 2005 zurückzuführen seien (vgl. act. 3/33 S. 18 und S. 20).

Dagegen wendet die Berufungsklägerin in ihrer Berufungsschrift – wie bereits im vorinstanzlichen Verfahren – ein, das fragliche Gutachten sei vor der mit BGE 137 V 210 eingeläuteten Rechtspraxis erstellt worden. Der Berufungsklägerin seien damals noch nicht die Mitwirkungsrechte nach dem C.\_\_\_\_\_ -Grundsatzurteil zugestanden (act. 1 S. 10 und act. 16 S. 12). Dies trifft zwar zu. Den versicherten Personen wurde mit dem erwähnten Bundesgerichtsurteil – unter Aufgabe der bisherigen Rechtsprechung – neu ein Anspruch eingeräumt, sich vorgängig zu den Gutachterfragen zu äussern (BGE 137 V 258, Erw. 3.4.2.9). Überdies wurde erkannt, es bestehe ein Anspruch auf ein Gerichtsgutachten, wenn die Abklärungsergebnisse aus dem Verwaltungsverfahren in rechtserheblichen Punkten nicht ausreichend beweiswertig sind (BGE 137 V 265, Erw. 4.4.1.5). Im betreffenden Entscheid wurde aber auch ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Anwendbarkeit dieser justiziablen Korrektive auf laufende Verfahren nicht bedeute, dass nach altem Verfahrensstandard eingeholte Gutachten ihren Beweiswert per se verlören. Vielmehr sei im Rahmen einer gesamthaften Prüfung des Einzelfalls mit seinen spezifischen Gegebenheiten und den erhobenen Rügen entscheidend, ob das abschliessende Abstellen auf die vorhandenen Beweisgrundlagen im an-

gefochtenen Entscheid vor Bundesrecht standhalte (BGE 137 V 266, Erw. 6). Es ist deshalb der Berufungsbeklagten insofern beizupflichten, als auch C.\_\_\_\_-Gutachten, die vor dem 4. Oktober 2012 (recte: 28. Juni 2011) erstellt wurden, nicht grundsätzlich unbrauchbar sind (act. 9 S. 17 mit Hinweis auf BGer 8C\_872/2012 vom 31. Januar 2013).

Die Berufungsklägerin hat weder im vorinstanzlichen Verfahren noch in ihrer Berufungsschrift konkrete Beanstandungen gegen das C.\_\_\_\_-Gutachten genannt (vgl. act. 1 und act. 16). Der Umstand allein, dass die Berufungsklägerin die Schlussfolgerungen der Gutachter bezüglich der Art der Beschwerden einerseits und Einschränkung der Arbeits- und Leistungsfähigkeit andererseits vehement bestreitet (act. 1 S. 10), genügt hierfür jedenfalls nicht. Insbesondere blieben auch die Ausführungen der Berufungsbeklagten unbestritten, wonach die bereits seit 2005 anwaltlich vertretene Berufungsklägerin nie geltend gemacht habe, ihre Begutachtung sei nicht seriös und korrekt durchgeführt worden (act. 9 S. 16; vgl. act. 11).

Mit Bezug auf das C.\_\_\_\_-Gutachten macht die Berufungsklägerin in ihrer Berufungsschrift überdies erneut geltend, das Bundesgericht habe in einem jüngst ergangenen Entscheid ausgeführt, dass verwaltungsexternen Gutachten, die nach alter Rechtslage ergangen seien, ein geringerer Beweiswert zugesprochen werden müsse. Bereits bei geringen Zweifeln sei daher der Anspruch auf ein neues Gutachten gegeben (act. 1 S. 10 mit Hinweis auf BGer 9C\_495/2012, Erw. 2.3 mit weiteren Hinweisen und act. 16 S. 12 f.). Hierzu ist vorab festzuhalten, dass der von der Berufungsklägerin zitierte Bundesgerichtsentscheid den Fall einer Partei behandelt, welche vor der fraglichen Praxisänderung zur C.\_\_\_\_-Begutachtung aufgeboten wurde und deren C.\_\_\_\_-Gutachten bei Erlass des BGE 137 V 210 am 28. Juni 2011 bereits vorlag. Das Bundesgericht hält im fraglichen Urteil ausdrücklich fest, dass der Umstand, dass die Mitwirkungsrechte der versicherten Person nach der neuen Rechtsprechung nicht zum Tragen gekommen seien, nicht zwangsläufig zu einer neuen Begutachtung führe; denn es wäre unverhältnismässig, wenn nach den alten Regeln eingeholte Gutachten ungeachtet ihrer jeweiligen Überzeugungskraft den Beweiswert einbüssten (vgl. BGer 9C\_495/2012 vom 4. Oktober 2010,

Erw. 2.2). Allerdings sei dem Umstand, dass ein nach altem Standard in Auftrag gegebenes Gutachten eine massgebende Entscheidungsgrundlage bilde, bei der Beweiswürdigung Rechnung zu tragen. In dieser Übergangssituation lasse sich die beweisrechtliche Situation der versicherten Person mit derjenigen bei versicherungsinternen medizinischen Entscheidungsgrundlagen vergleichen, wo selbst schon relativ geringe Zweifel an der Zuverlässigkeit und Schlüssigkeit der ärztlichen Feststellungen genügten, um eine neue Begutachtung anzuordnen (vgl. BGer 9C\_495/2012 vom 4. Oktober 2010, Erw. 2.3).

Auch hier fällt auf, dass die Berufungsklägerin nicht dargelegt hat, inwiefern Zweifel an der Zuverlässigkeit und Schlüssigkeit der ärztlichen Feststellungen bestehen könnten (vgl. act. 1). Sie hat einzig erwähnt, dass das Sozialversicherungsgericht Kritik an der gutachterlichen Antwort zur Frage der natürlichen Kausalität geübt, jedoch keinen eigenen Entscheid in diesem Punkt getroffen habe, da es die adäquate Kausalität verneint habe (act. 1 S. 10 mit Hinweis auf act. 3/37, Erw. 4.2.). Die Behauptung bezüglich der angeblich geübten Kritik ist jedoch – wie die Berufungsbeklagte richtig bemerkt hat (act. 9 S. 17) – unzutreffend (vgl. act. 3/37 S. 12).

Das C.\_\_\_\_-Gutachten basiert auf einer vollständigen Anamneseerhebung sowie einer gründlichen neurologischen, orthopädischen, psychiatrischen und internistischen Untersuchung. Die von den Gutachtern gemachten Ausführungen und gezogenen Schlüsse sind aufgrund der Akten nachvollziehbar (vgl. auch act. 9 S. 16). Es ist folglich nicht ersichtlich, weshalb sich betreffend die Unfälle vom 27. Januar 2005 und vom 18. Oktober 2005 eine neuerliche Begutachtung der Berufungsklägerin aufdrängen könnte. Mit dem C.\_\_\_\_-Gutachten verfügt die Berufungsklägerin über ein taugliches Mittel zur Abschätzung ihrer Beweis- und Prozesschancen. Daran vermag auch ihr Hinweis nichts zu ändern, dass die adäquate Kausalität im Haftpflichtrecht wesentlich weiter gefasst sei als diejenige im sozialen Unfallversicherungsrecht (act. 1 S. 10 f. mit Hinweis auf BGer 4A\_171/2012 vom 25. Juni 2012, Erw. 2.3 und act. 16 S. 13). Wie die Berufungsbeklagte zu Recht eingewandt hat, würde sich in einem allfälligen Hauptprozess primär die Frage nach der natürlichen Kausalität zwischen den Unfallereignissen und der von der Berufungsklägerin geltend gemachten Beeinträchtigung bzw.

dem daraus angeblich resultierenden Schaden stellen, welche sowohl im Haftpflicht- als auch im Sozialversicherungsrecht nach den selben Grundsätzen zu beantworten wäre (act. 9 S. 19 f. und act. 26 S. 4, je mit Hinweis auf BGer 4A\_494/2009 vom 17. November 2009). Schliesslich geht auch aus dem von der Berufungsklägerin zusammen mit ihrer Berufungsschrift eingereichten Rechtsgutachten von Prof. Dr. G.\_\_\_\_\_, "Zur Frage der Zulässigkeit von medizinischen Gutachten als vorsorgliche Beweisführung nach Art. 158 ZPO vor Einleitung eines Haftpflichtprozesses" (act. 19/3), nichts hervor, weshalb angenommen werden müsste, die Berufungsklägerin sei für die Beurteilung ihrer Beweis- und Prozessaussichten bezüglich der ersten zwei Unfälle auf das von ihr beantragte Gutachten angewiesen.

2.4.2. Gestützt auf das C.\_\_\_\_\_-Gutachten stellte die D.\_\_\_\_\_ als involvierte UVG-Versicherung mit Verfügung vom 27. November 2007 (vgl. act. 3/34) die Leistungen per 30. September 2007 (wegen mangelnder natürlicher und adäquater Kausalität) vollumfänglich ein. Eine gegen diesen Entscheid erhobene Einsprache der Berufungsklägerin wurde abgewiesen, worauf diese mit Beschwerde an das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich gelangte (vgl. act. 3/37 S. 3). Mit Urteil des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich vom 3. Juni 2010 (act. 3/37) wurde die Beschwerde abgewiesen. Die erwähnten Entscheide liegen der Berufungsklägerin ebenfalls zur Beurteilung ihrer Beweis- und Prozesschancen vor.

Während die Berufungsklägerin im vorinstanzlichen Verfahren lediglich darauf hingewiesen hat, dass das Sozialversicherungsgericht in seinem Entscheid die Frage nach der natürlichen Kausalität offen gelassen habe, da eine Leistungspflicht des UVG-Versicherers mangels adäquater Kausalität entfallen sei (act. 1 S. 6 und S. 8), macht sie in ihrer Berufungsschrift neu geltend, das Sozialversicherungsgericht hätte die Beschwerde gestützt auf das die natürliche Kausalität verneinende C.\_\_\_\_\_-Gutachten ohne Adäquanzprüfung abweisen können, was es aber nicht getan habe, woraus geschlossen werden könne, dass auch das Gericht – zumindest in diesem Punkt – Zweifel am Gutachten gehegt habe (act. 16 S. 13). Diese Behauptungen sind nicht nur verspätet und deshalb unbeachtlich

(vgl. Art. 317 Abs. 1 ZPO), sondern auch als bloße Unterstellung zu qualifizieren. Sie vermögen das C. \_\_\_\_\_-Gutachten nicht in Frage zu stellen. Das Sozialversicherungsgericht hielt in der betreffenden Erwägung 4.2 lediglich fest, die auffallende Verlagerung des Schmerzpunktes im Laufe der Zeit lasse effektiv Zweifel an der natürlichen Kausalität aufkommen. Diese Frage könne jedoch offen gelassen werden. Denn bei einem HWS-Beschleunigungstrauma und äquivalenten Unfallmechanismus könne der natürliche Kausalzusammenhang, auch wenn – wie bei der Berufungsklägerin – keine organisch ausgewiesenen Unfallfolgen vorlägen, nicht ohne Weiteres ausgeschlossen werden (act. 3/37 S. 12). Soweit die Berufungsklägerin in diesen Ausführungen auch einen Widerspruch erblicken mag (vgl. act. 1 S. 7), ist ihr entgegen zu halten, dass ein solcher es ihr nicht verunmöglichen würde, das Urteil des Sozialversicherungsgerichtes zur Abschätzung ihrer Beweis- und Prozessrisiken angemessen zu berücksichtigen. Das Selbe hat mit Bezug auf den Einwand der Berufungsklägerin zu gelten, wonach die adäquate Kausalität im Haftpflichtrecht wesentlich weiter gefasst sei als diejenige im sozialen Unfallversicherungsrecht (act. 1 S. 10 f. mit Hinweis auf BGer 4A\_171/2012 vom 25. Juni 2012, Erw. 2.3 und act. 16 S. 13).

2.4.3. Der Berufungsklägerin ist dahingehend zuzustimmen, dass das C. \_\_\_\_\_ - Gutachten vom 4. September 2007 zur Abwägung der Prozessrisiken hinsichtlich des letzten Unfalles vom 5. Juli 2010 nicht genügt (act. 1 S. 11 sowie act. 16 S. 11 und S. 13). Es liegen diesbezüglich jedoch diverse weitere Unterlagen vor, die ihr eine Abschätzung der Beweis- und Prozessaussichten ermöglichen.

So hält Dr. med. E. \_\_\_\_\_ in einem Bericht vom 10. November 2010 (act. 3/41) seine Befunde und Wahrnehmungen fest. Seinen Ausführungen zufolge habe er am 7. Juli 2010 telefonisch den Bescheid erhalten, dass die Berufungsklägerin am 5. Juli 2010 wieder einen Auffahrunfall gehabt habe; Reaktion am 6. Juli 2010 mit Übelkeit und Brechreiz. Sie habe alte bewährte Medikamente wie Mefenacid und Mydocalm gewünscht, die vom Ehegatten in der Arztpraxis abgeholt worden seien. Anlässlich der Konsultation vom 1. Oktober 2010 habe die Berufungsklägerin angegeben, dass es wieder schlimmer sei mit den Schmerzen, ausgelöst durch das erneute Erlebnis. Zwischenzeitlich habe die Berufungsklägerin auch Spiraldy-

namik ausprobiert. Er habe ihr wieder klassische Physiotherapie verordnet (act. 3/41 S. 2). Überdies liegt der Berufungsklägerin der Physiotherapiebericht von F. \_\_\_\_\_ vom 7. Juli 2011 (act. 3/42) über die Behandlung vom 8. November 2010 bis zum 25. Januar 2011 vor.

Es trifft zwar zu, dass die von der Berufungsklägerin beigebrachten medizinischen Berichte den formalen Erfordernissen an ein Gutachten nicht genügen und ihnen kein Beweiswert wie einem Gutachten von unabhängigen Sachverständigen zukäme (act. 1 S. 11 und act. 16 S. 13). Dies ist zur Abschätzung der Beweis- und Prozessrisiken indessen nicht erforderlich; eine solche kann und muss ohne abschliessende Beweiswürdigung erfolgen (vgl. act. 12 S. 5 f. mit Hinweis auf OGer LF110116 vom 20. Dezember 2011, Erw. 2.7; vgl. auch act. 26 S. S. 16 und S. 19). Aus dem selben Grund beruft sich die Berufungsklägerin in ihrer Berufungsschrift erfolglos darauf, die vorhandenen Arztberichte würden nicht dazu taugen, die Frage der natürlichen Kausalität und damit die Prozesschancen zu beurteilen, da die behandelnden Ärzte aufgrund ihrer auftragsrechtlichen Stellung im Zweifel eher zu Gunsten ihrer Patienten aussagen würden (act. 16 S. 14 mit Hinweis auf BGer 8C\_812/2007 vom 6. Oktober 2008, Erw. 8.2, BGer 8C\_772/2007 vom 6. Mai 2008, Erw. 5.2.3 und BGer 6B\_547/2007 vom 1. Februar 2008, Erw. 2.3).

Zu Recht hat die Berufungsbeklagte wiederholt darauf hingewiesen, dass es sich beim Unfall vom 5. Juli 2010 um eine Bagatellkollision gehandelt haben muss (act. 9 S. 5, S. 14 und S. 18 sowie act. 26 S. 6). Gemäss dem von der Berufungsklägerin eingereichten und von dieser ebenfalls unterzeichnetem Unfallprotokoll (act. 3/43) gab es bei der fraglichen Kollision keine Verletzten. Insbesondere liegt ein unfallanalytisches Gutachten der Berufungsbeklagten vom 15. Februar 2011 vor, gemäss welchem die kollisionsbedingte Geschwindigkeitsänderung des Fahrzeuges der Berufungsklägerin maximal zwischen 3,8 und 6,8 km/h betragen habe. Die Person im Fahrzeug der Berufungsklägerin habe sich infolge der Kollision in einem Winkel von ca. 0 Grad (zur Fahrzeuglängsachse) nach hinten bewegt (vgl. act. 3/46, insbesondere S. 1, S. 9 und S. 11). Die Berufungsklägerin hat weder im vorinstanzlichen Verfahren noch in ihrer Berufungsschrift geltend gemacht, die kollisionsbedingte Geschwindigkeitsänderung sei höher als 6,8 km/h

ausgefallen (vgl. act. 1, act. 9 S. 5 und act. 11). Wie die Berufungsbeklagte zutreffend bemerkt hat, sind derart niedrige Delta-v-Werte, d.h. solche unter 10 bis 15 km/h in der Regel gar nicht geeignet, chronische gesundheitliche Beschwerden zu verursachen (act. 9 S. 5, S. 14 und S. 18 sowie act. 26 S. 6, je mit Hinweis auf das Urteil des HGer vom 26. Juni 2012, HG090209, S. 30 ff. mit dortigen Hinweisen). Die Berufungsklägerin verfügt demnach nicht nur über zahlreiche medizinische, sondern auch über weitere Dokumente und Kenntnisse, die es ihr ermöglichen, ihre Beweis- und Prozessaussichten hinsichtlich ihres dritten Unfalles abzuschätzen.

2.5. Auf Grund der dargelegten Erwägungen ist im Einklang mit der Berufungsbeklagten (act. 9 S. 7, S. 15 und S. 21) und der Vorinstanz (vgl. act. 12 S. 5 f.) davon auszugehen, dass sich bereits mit Hilfe der vorhandenen Unterlagen (vgl. act. 3/1-49) die Beweis- und Prozessaussichten abschätzen lassen. Das von der Berufungsklägerin beantragte weitere Gutachten ist – entgegen der von ihr vertretenen Auffassung (act. 16 S. 12) – hierfür nicht erforderlich. Die Berufungsklägerin hat daher ein schutzwürdiges Interesse im Sinne von Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO nicht glaubhaft gemacht. Der von der Berufungsklägerin erhobene Vorwurf, die Vorinstanz habe die letztgenannte Bestimmung unrichtig angewendet (act. 16 S. 6), erweist sich damit als haltlos. Die Berufung ist folglich abzuweisen, und das angefochtene Urteil ist zu bestätigen (Art. 318 Abs. 1 lit. a ZPO).

### 3. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Die Gerichtskosten für das Berufungsverfahren sind in Anwendung von § 4 Abs. 1 in Verbindung mit § 8 Abs. 1 sowie § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG auf Fr. 2'500.-- festzusetzen. Sie sind ausgangsgemäss der Berufungsklägerin aufzuerlegen und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen (Art. 106 Abs. 1 und Art. 111 Abs. 1 ZPO). Überdies ist die Berufungsklägerin zu verpflichten, der Berufungsbeklagten eine Parteientschädigung von Fr. 1'500.-- zu bezahlen (§ 4 i.V.m. § 9 i.V.m. § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV; Art. 95 Abs. 1 lit. b und Abs. 3 lit. b i.V.m. Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Berufungsbeklagte hat im Berufungsverfahren keinen Ersatz der Mehrwertsteuer verlangt (vgl. act. 26, insbesondere S. 2 und

S. 23); es ist ihr deshalb auch kein solcher zuzusprechen (vgl. das Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts vom 17. Mai 2006; ZR 104 Nr. 76).

**Es wird erkannt:**

1. Die Berufung wird abgewiesen, und die Verfügung des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Winterthur vom 4. April 2013 wird bestätigt.
2. Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren wird auf Fr. 2'500.-- festgesetzt, der Berufungsklägerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
3. Die Berufungsklägerin wird verpflichtet, der Berufungsbeklagten für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 1'500.-- zu bezahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an das Einzelgericht des Bezirksgerichtes Winterthur, je gegen Empfangsschein, sowie an die Obergerichtskasse.

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 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. F. Gohl Zschokke

versandt am: