

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PF150026-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Ge-
richtsschreiberin MLaw D. Weil

Urteil vom 20. Mai 2015

in Sachen

A._____,

Gesuchsteller und Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

B.____ **AG**,

Gesuch- und Beschwerdegegnerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y._____,

betreffend
vorsorgliche Beweisführung

Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes Audienz des Bezirksge-
richtes Zürich vom 30. März 2015 (ET110012)

Erwägungen:

1.

1.1. Am 23. März 2011 machte der Gesuchsteller und Beschwerdeführer (fortan Beschwerdeführer) gegen die Gesuchs- und Beschwerdegegnerin (fortan Beschwerdegegnerin) ein Verfahren um vorsorgliche Beweisführung beim Einzelgericht Audienz am Bezirksgericht Zürich (fortan Vorinstanz) anhängig. Prozessual beantragte er die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (act. 5/1). Mit Verfügung vom 3. Oktober 2011 wurde der Antrag des Beschwerdeführers auf unentgeltliche Prozessführung und Bewilligung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters im Umfang von Fr. 11'000.– abgewiesen. Im Mehrumfang wurde dem Beschwerdeführer die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt und es wurde ihm in der Person von lic. iur. X. _____ ein unentgeltlicher Rechtsvertreter bestellt (act. 5/42a Disp. Ziff. 1).

Mit Verfügung vom 6. Januar 2015 entzog die Vorinstanz dem Beschwerdeführer die unentgeltliche Rechtspflege mit Wirkung ab Verfügungsdatum (act. 5/106 Disp. Ziff. 2). Auf Beschwerde des Beschwerdeführers hob das Obergericht des Kantons Zürich mit Urteil vom 6. Februar 2015 Dispositiv Ziffer 2 dieser Verfügung wegen Verletzung des rechtlichen Gehörs auf und wies das Verfahren im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurück (act. 5/112).

In der Folge holte die Vorinstanz die Stellungnahme des Beschwerdeführers ein (act. 5/113 und 5/120). Mit Verfügung vom 30. März 2015 entschied die Vorinstanz abermals dahingehend, dass sie dem Beschwerdeführer die mit Verfügung vom 3. Oktober 2011 im Fr. 11'000.– übersteigenden Umfang bewilligte unentgeltliche Rechtspflege mit Wirkung ab Datum der Verfügung entziehe, wobei ein Erledigungsentscheid infolge Abstandsnahme oder Nichtleistung des Kostenvorschusses noch von der bisherigen Bewilligung erfasst sei (act. 3 = 5/130).

1.2. Dagegen erhob der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 17. April 2015 Beschwerde (act. 2, vgl. Sendenachweis act. 5/131). Er beantragt, es sei Ziffer 1 der Verfügung vom 30. März 2015 aufzuheben und dem Beschwerdeführer die un-

entgeltliche Rechtspflege im bisherigen Umfang weiterhin zu gewähren. Prozessual beantragte er, es sei ein zweiter Schriftenwechsel anzusetzen und es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuzubilligen (act. 2 S. 2). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen. Eine Stellungnahme ist nicht einzuholen (Art. 119 Abs. 3 ZPO, Art. 322 Abs. 1 ZPO). Das Verfahren ist spruchreif.

1.3. Anzumerken ist, dass die Beschwerdegegnerin entsprechend der Eingaben in den vorinstanzlichen Akten (namentlich act. 5/6) sowie in früheren obergerichtlichen Verfahren (vgl. Erw. 1.6 im Urteil des Obergerichts vom 6. Mai 2014, Geschäfts-Nr. LF130080-O/U) als B. _____ AG, ..., und nicht als C. _____ AG, ..., aufzunehmen war. Die Vorinstanz wird ihr Rubrum ebenfalls entsprechend anpassen haben.

2.

2.1. Mit der Beschwerde können (a) die unrichtige Rechtsanwendung und (b) die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Neue Anträge, neue Tatsachen und neue Beweismittel sind im Beschwerdeverfahren grundsätzlich ausgeschlossen (Art. 326 ZPO), weil es bei der Beschwerde nicht um die Fortführung des erstinstanzlichen Prozesses, sondern im Wesentlichen um eine Rechtskontrolle des vorinstanzlichen Entscheides geht (ZK ZPO-FREIBURGHaus/AFHELDt, 2. Aufl., Art. 326 N 3).

Der Beschwerdeführer rügt im Wesentlichen die Verletzung des Rechtssicherheits- und Vertrauensprinzips nach Art. 6 EMRK. Es habe kein Grund vorgelegen, um auf die formell rechtskräftige Verfügung vom 3. Oktober 2011 zurückzukommen, zumal dieses Vorhaben auch gegen den Gleichheitssatz verstosse. Verletzt werde zudem das Recht auf Verbeiständung nach Art. 29 Abs. 3 BV und Art. 6 EMRK, die Rechtsweggarantie im Sinne von Art. 6 EMRK und Art. 29a BV und das Diskriminierungsverbot, wie es in Art. 8 BV und Art. 8 i.V.m. Art. 14 EMRK gewährt werde (act. 2 S. 4).

2.2. Die Vorinstanz erwog, der Entscheid betreffend Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege stelle eine verwaltungsrechtliche Verfügung dar, die grund-

sätzlich bis zum Abschluss des Hauptverfahrens wegen ursprünglicher oder nachträglicher Fehlerhaftigkeit abänderbar sei. Nach Art. 120 ZPO entziehe das Gericht die unentgeltliche Rechtspflege, wenn der Anspruch darauf nicht mehr bestehe oder nie bestanden habe. Das Bundesgericht habe mit Entscheid vom 16. Januar 2014 erwogen, dass für gesonderte Beweiserhebungen ohne Gefahr des Rechtsverlustes, wie sie Art. 158 Abs. 1 lit. b (zweite Alternative) ZPO zur Verfügung stelle, die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ausgeschlossen sei. Dies gelte auch dann, wenn die gesuchstellende Partei ein schutzwürdiges Interesse an der vorsorglichen Beweisführung zur Abklärung der Prozesschancen glaubhaft gemacht habe (BGE 140 III 12, E. 3.3.3 ff.). Mit anderen Worten bestehe bei solchen Gesuchen keine gesetzliche Grundlage, auf die sich die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege abstützen lasse. Es handle sich somit um eine ursprüngliche Fehlerhaftigkeit der Verfügung, mit der die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt worden sei, da Art. 158 ZPO seit Inkrafttreten keine Änderung erfahren habe. Deshalb dürfe die Verfügung vom 3. Oktober 2011 in Anwendung von Art. 120 ZPO abgeändert werden.

Selbst wenn davon auszugehen wäre – so die Vorinstanz weiter –, dass es sich um eine blosse Praxisänderung handle, wäre der Entzug der unentgeltlichen Rechtspflege mit Wirkung ex nunc unter Berücksichtigung des Vertrauensgrundsatzes zulässig. Der Beschwerdeführer habe keine Dispositionen konkret behauptet und glaubhaft gemacht, die gegen den (künftigen) Entzug der unentgeltlichen Rechtspflege sprächen. Die Fortdauer der unentgeltlichen Rechtspflege wäre denn auch mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz nicht vereinbar. Sodann gehe es nicht um eine Neuurteilung der Voraussetzungen der fehlenden Aussichtslosigkeit und der Mittellosigkeit. Grund für den Entzug sei, dass in Verfahren der vorsorglichen Beweisführung zur Abklärung der Prozesschancen die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege per se ausgeschlossen sei. Die vom Beschwerdeführer vorgebrachten Argumente gegen den Bundesgerichtsentscheid stünden dem Entzug der unentgeltlichen Rechtspflege für die Zukunft ebenfalls nicht entgegen. Es sei nicht die Aufgabe einer ersten Instanz, einen kürzlich veröffentlichten Leitentscheid des Bundesgerichts in Frage zu stellen. Für ein Abweichen

von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung fehle es an einem triftigen Grund (act. 3 = 5/130 = 6).

2.3. Der Beschwerdeführer bringt zur Begründung im Wesentlichen vor, dass es sich bei der Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege nicht um einen Dauersachverhalt handle. Angesichts der formellen Rechtskraft sei von einer Entscheidung auszugehen, die bis zum Abschluss des Verfahrens andauere und nicht kurz vor Beendigung aufgehoben werden könne. Eine blossе Praxisänderung sei nur ausnahmsweise ein Grund, um auf eine formell rechtskräftige Verfügung zurückzukommen, und zwar wenn wichtige Polizeigüter betroffen seien, was hier nicht der Fall sei. Eine Gerichtsentscheidung vermöge Geschehisse nur für die Zukunft zu beeinflussen, nicht auch bereits Entscheidungen, die in einem Zeitpunkt ergangen seien, als der Betroffene noch nichts von der neuen Praxis habe wissen können. Für die unentgeltliche Rechtspflege seien somit stets die Voraussetzungen im Moment der Gesuchseinreichung von Bedeutung.

Selbst wenn von einem Dauersachverhalt auszugehen wäre – so der Beschwerdeführer weiter –, dürfe die unentgeltliche Rechtspflege nicht entzogen werden, da es an der offensichtlichen Unrichtigkeit fehle. Der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege bestehe nach wie vor. Die diesbezügliche Rechtslage habe sich nicht geändert, einzig die Praxis des Bundesgerichts habe sich geändert. Mithin stütze er sich auf seine von Verfassung und Konvention eingestanden Rechte, die vor und nach dem Entscheid universelle Geltung beanspruchen würden. Deshalb verbiete es sich nur schon vom Ansatz her, von einer rechtlich falschen Verfügung auszugehen. Die Verfügung vom 3. Oktober 2011 sei sowohl im Entscheidzeitpunkt als auch danach richtig gewesen. Es fehle somit an einem Revisionsgrund und an der offensichtlichen Unrichtigkeit. Entsprechend verbiete sich ein Rückkommen.

Der Widerruf verletze das Rechtssicherheitsgebot und das Gleichheitsgebot. Ausserdem werde der Vertrauensschutz verletzt. Nach drei Jahren Verfahrenszeit habe er darauf vertrauen können, dass die Vorinstanz das Verfahren nun zu Ende führe, was voraussetze, dass ihm die unentgeltliche Rechtspflege gewährt werde. Die Vorinstanz habe nicht beachtet, dass das Verfahren kurz vor seinem Ab-

schluss stehe, nur noch die Beauftragung des Gutachters folge, nachdem nun alle Probleme vom schutzwürdigen Interesse bis zur Fragestellung gelöst seien. Deshalb sei das Vertrauen nochmals unter erhöhten Gesichtspunkten zu werten. Bezüglich der von der Vorinstanz beanstandeten mangelnden Substantiierung der Dispositionen sei zu beachten, dass der Anwalt angesichts des Berufsgeheimnisses wohl kaum in der Lage sein dürfte, zu substantiieren, welche Klienten er wegen des vorliegenden Falls abgelehnt habe. Zu den Dispositionen des Beschwerdeführers selbst sei anzumerken, dass er nach wie vor mittellos sei, zumal er seinen spärlichen Notgroschen mittlerweile wohl verwendet habe. Damit dürfte es ihm unmöglich sein, die unterlassenen Dispositionen anzugeben. Hinzu komme, dass diesbezüglich die Untersuchungsmaxime gelte und Negatives nicht zu beweisen sei. Der Vertrauensschutz werde zudem dadurch verstärkt, dass das Bundesgericht ihm das schützenswerte Interesse an der Abklärung zugebilligt habe. Die Argumentation der Vorinstanz, der Beschwerdeführer werde bevorzugt, überzeuge nicht. Zum einen habe er bislang noch keine Leistungen bezogen, zum anderen habe es die Vorinstanz unterlassen zu definieren, gegenüber wem er bevorzugt worden wäre.

Sodann wäre der Entzug der unentgeltlichen Rechtspflege auch bei Vorliegen eines Widerrufgrundes unzulässig. Der Entzug stelle für sich alleine eine Verletzung der Rechtsweggarantie dar, da er – der Beschwerdeführer – sich dann das Verfahren nämlich nicht leisten könnte. Mit dem Entzug der unentgeltlichen Rechtspflege werde auch der Anspruch auf Waffengleichheit verletzt. Der Beschwerdeführer stehe einem Versicherungsunternehmen gegenüber. Die vorsorgliche Beweisabnahme sei als Mittel zu betrachten, das die Waffengleichheit ermögliche. Die Verweigerung stelle deshalb eine Verletzung dieses Gebotes dar. Zudem bestehe der verfassungs- und konventionsrechtliche Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege in allen Verfahren, somit auch im Verfahren der vorsorglichen Beweisführung nach Art. 158 ZPO. Dieses Verfahren nur noch wohlhabenden Personen zur Verfügung zu stellen, würde zu einer Ungleichbehandlung führen, die mangels sachlicher Grundlage das Rechtsgleichheitsverbot verletze. Der Beschwerdeführer werde aufgrund seiner wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit diskriminiert. Das Bundesgericht habe die Vereinbarkeit dieser Rechtsprechung mit

dem Diskriminierungsverbot der BV oder der EMRK nicht geprüft, weshalb zu kurz greife, wenn die Vorinstanz argumentiere, diese Fragen hätten sich bereits gestellt, als das Bundesgericht den Leitentscheid erlassen habe (act. 2 S. 2 ff.).

2.4. Soweit sich der Beschwerdeführer mit seinen Ausführungen über die Rechtskraft gegen die grundsätzliche Möglichkeit des Entzugs der einmal gewährten unentgeltlichen Rechtspflege richtet, ist ihm die Regelung von Art. 120 ZPO entgegen zu halten. Art. 120 ZPO nennt die Voraussetzungen, unter welchen gutheissende Entscheide über die unentgeltliche Rechtspflege wieder aufgehoben werden dürfen. Dabei handelt es sich um eine *lex specialis* zur allgemeinen Regel von Art. 256 Abs. 2 ZPO über die materielle Rechtskraft von Anordnungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit (BK ZPO-BÜHLER, Art. 120 N 3). Nach Art. 120 ZPO kann die unentgeltliche Rechtspflege wieder entzogen werden, wenn der Anspruch darauf nicht mehr besteht oder nie bestanden hat. Die Auffassung des Beschwerdeführers, dass nur der Moment der Gesuchseinreichung von Bedeutung sei, stimmt somit nicht.

Eine verfassungskonforme Auslegung dieser Regelung, namentlich unter Berücksichtigung des Vertrauensschutzes, gebietet, dass sich der Entzug (Widerruf) nach derselben Interessensabwägung richtet wie der Widerruf von verwaltungsrechtlichen Verfügungen über Dauerleistungen. Somit ist das Interesse an der richtigen Anwendung des objektiven Rechts dem Interesse an der Rechtssicherheit bzw. dem Vertrauensschutz gegenüberzustellen und je nachdem, welches Interesse überwiegt, die Rechtmässigkeit eines Widerrufs zu bejahen oder nicht (BK ZPO-BÜHLER, Art. 120 N 9). Der Vertrauensschutz hat zur Folge, dass ein Entzug der unentgeltlichen Rechtspflege grundsätzlich nur mit Wirkung *ex nunc et pro futuro* erfolgen kann (BK ZPO-BÜHLER, Art. 120 N 22). Beim Honoraranspruch des unentgeltlichen Rechtsvertreters ist zu beachten, dass dieser sich für die in der Vergangenheit liegenden Aufwendungen auf das gerichtlich erteilte Mandat verlassen kann. Jedoch hat er keinen Anspruch auf Weiterführung des Mandates auf Kosten der Gerichtskasse, wenn die Voraussetzungen dafür nicht gegeben sind (KUKO ZPO-JENT-SØRENSEN, 2. Aufl., Art. 120 N 9).

In BGE 140 III 12 hat das Bundesgericht festgehalten, dass sich die Aufgabe des Staates darauf beschränke, den Einzelnen dann zu unterstützen, wenn er ohne diese finanzielle Unterstützung eines Rechts verlustig ginge oder sich gegen einen als unzulässig erachteten Eingriff nicht wehren könnte. Dem Gesuchsteller im Verfahren um vorsorgliche Beweisabnahme zur Abklärung von Prozessaussichten drohe kein Rechtsverlust, wenn ihm die vorsorgliche Abnahme verweigert werde. Im Verfahren der vorsorglichen Beweisführung nach Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO stünden keine (materiellrechtlichen) Rechte oder Pflichten der Parteien zur Beurteilung. Das Gericht habe sich in diesem Verfahren nicht zur Aussicht der beabsichtigten Klage zu äussern. Es nehme nur die beantragten Beweise *lege artis* ab. Für die gesonderte Beweiserhebung ohne Gefahr des Rechtsverlustes sei die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ausgeschlossen.

Es stellt sich die Frage, ob diese Rechtsprechung des Bundesgericht für gutgeheissene Gesuche um unentgeltliche Rechtspflege in pendenten Verfahren einen Aufhebungsgrund nach Art. 120 ZPO darstellt. Dies ist gestützt auf den Wortlaut "wenn der Anspruch darauf nicht mehr besteht oder nie bestanden hat" zu bejahen, wird durch die genannte Rechtsprechung doch geklärt, dass der Anspruch nicht besteht (somit gar nie bestanden hat). Gemäss Literatur werden zwar von Art. 120 ZPO in erster Linie Fälle erfasst, in denen der Gesuchsteller die unentgeltliche Rechtspflege gestützt auf falsche Angaben erlangte oder er während des Verfahrens zu den nötigen Mitteln kommt. Gemäss einem Teil der Literatur ist er Entzug sodann auch bei der veränderten Chancenbeurteilung denkbar, z.B. wenn während des laufenden Verfahrens ein bundesgerichtliches Präjudiz ergeht, welches die bisher offene Frage klärt (KUKO ZPO-JENT-SØRENSEN, 2. Aufl., Art. 120 N 5). Ansonsten sollen die Aussichten nicht abermals geprüft werden können. Zur Frage was geschieht, wenn für eine Verfahrensart der Anspruch auf die unentgeltliche Rechtspflege gänzlich versagt wird, äussert sich die Literatur gemäss den gängigen Kommentaren nicht (vgl. BK ZPO-BÜHLER, Art. 120 N 9 ff.; BSK ZPO-RÜEGG, 2. Aufl., Art. 120 N 1 f.; ZK ZPO-EMMEL, 2. Aufl., N 1 ff.). Es handelt sich um eine äusserst seltene Konstellation. Diese muss aber klarerweise einen Grund darstellen, um die unentgeltliche Rechtspflege für die Zukunft zu versagen. Analog zur Konstellation des bundesgerichtlichen Präjudizes, das zwischenzeitlich

ergeht und die klare Aussichtslosigkeit des Prozesses zur Folge hat, entfällt auch vorliegend eine Voraussetzung der unentgeltlichen Rechtspflege, nämlich dass diese im besagten Verfahren überhaupt in Frage kommt. Damit ist die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege bzw. deren Fortbestand aus heutiger Sicht offensichtlich unrichtig.

Daran – nämlich dass die genannte Rechtsprechung einen Grund darstellt, für künftige Handlungen keine unentgeltliche Rechtspflege mehr zu gewähren, auch wenn das Gesuch einst gutgeheissen wurde – vermögen die Argumente des Beschwerdeführers nichts zu ändern. Vielmehr argumentiert er widersprüchlich, wenn er einerseits Interessen seines Rechtsvertreters geltend macht, Mandate im Hinblick auf den Fortgang des Verfahrens abgelehnt zu haben, andererseits aber vorbringt, das Verfahren stehe kurz vor dem Abschluss, müsse doch nur noch der Gutachter beauftragt werden. Ohnehin hat er (wie ausgeführt) keinen Anspruch auf die Weiterführung des Mandates seines Rechtsvertreters auf Kosten der Gerichtskasse, wenn die Voraussetzungen dafür nicht gegeben sind. Zudem ist es der Tätigkeit eines Anwalts immanent, dass selbst grosse Mandate unvermittelt entfallen können, sei es wegen Auflösung des Mandatsverhältnisses, Erledigung durch Vergleich oder anderem. Auch wenn der Beschwerdeführer seinen Notgroschen mittlerweile verbraucht hätte (was er nicht behauptet, sondern lediglich als Möglichkeit in den Raum stellt), würde dies dem Entzug nicht entgegenstehen, da es sich dabei nicht um eine Disposition handelt, die er im Vertrauen auf die gewährte unentgeltliche Rechtspflege getätigt hätte. Falls der Beschwerdeführer hätte Geld ansparen können, sofern er vom künftigen Entzug geahnt hätte, dann wäre ihm die unentgeltliche Rechtspflege ohnehin in jenem Umfang zu entziehen gewesen. Relevante Dispositionen, die im Vertrauen auf die Verfügung getätigt wurden, sind somit nur die bisherigen Aufwendungen des Rechtsvertreters – diese werden bei einem Entzug ex nunc jedoch nicht tangiert.

Der Vorinstanz ist zuzustimmen, dass der Beschwerdeführer bevorzugt würde, falls kein Entzug ex nunc erfolgt. Die hiergegen vorgebrachten Argumente des Beschwerdeführers verfangen nicht: Bislang hat der Beschwerdeführer sehr wohl vom kostenlosen Prozessieren profitiert; sein Rechtsvertreter wird für seine Aufwendungen bis zum Entscheid vom 30. März 2015 durch die Gerichtskasse angemessen entschädigt und die Gerichtskosten des bisherigen Verfahrens fallen ausser Ansatz. Zudem hat die Vorinstanz definiert, gegenüber wem der Beschwerdeführer bevorzugt würde, nämlich gegenüber Dritten, die ein Gesuch um vorsorgliche Beweisführung zur Abklärung ihrer Prozesschancen einreichen. Der Beschwerdeführer würde somit gegenüber anderen mittellosen Parteien, die heute dasselbe Rechtsbegehren stellen und die ebenfalls ein schutzwürdiges Interesse haben, bevorteilt. Dies gilt – wie die Vorinstanz zutreffend ausführte – umso mehr, weil das Gutachten bislang noch nicht in Auftrag gegeben worden ist. Zu beachten ist, dass ein Erledigungsentscheid infolge Abstandsnahme oder Nichtleistung des Kostenvorschusses ebenfalls noch von der bisherigen Bewilligung erfasst wäre. Der Beschwerdeführer erleidet somit durch den Entzug auch keinen wirklichen Nachteil – abgesehen davon, dass er nicht zum gewünschten vorprozessualen Gutachten kommt, sofern er die Kosten hierzu nicht aufzubringen vermag. Da dies jedoch keinen Rechtsverlust zur Folge hat (das Gutachten dient nicht der Klärung bzw. dem Beweis prozessual strittiger Ansprüche), vermag dieser Nachteil den Fortbestand der unentgeltlichen Rechtspflege nicht zu begründen.

Mit der Vorinstanz ist sodann zu schliessen, dass es keinen Anlass gibt, den aktuellen Bundesgerichtsentscheid im Grundsatz zu hinterfragen. Das Bundesgericht hat den Entscheid unter Berücksichtigung der verfassungsmässigen Rechte gefällt, namentlich des verfassungsrechtlichen Anspruchs auf unentgeltliche Rechtspflege. Die bundesgerichtliche Argumentation geht im Übrigen dahin, dass der Staat nur dort finanzielle Unterstützung zu bieten hat, wo ansonsten ein Rechtsverlust droht. Insofern wiegen auch die Rechtsweggarantie und die Waffengleichheit nicht gleich schwer. Zwar bietet das Verfahren um vorsorgliche Beweisführung einen Anhaltspunkt für die Beurteilung der Prozesschancen. Das Re-

sultat ist jedoch nur dann wirklich weiterführend, wenn dadurch zwischen den Parteien ein Vergleich geschlossen werden kann, ohne dass ein Hauptprozess angehoben werden muss. Ist dies nicht der Fall, ist aus dem Verfahren wenig gewonnen: Die gesuchstellende Partei hat gestützt auf das Gutachten ihre Prozesschancen selbst abzuschätzen; eine diesbezügliche Einschätzung des Gerichts erhält sie nicht. Sodann ist das so erlangte Gutachten im Hauptprozess allenfalls gar nicht ausschlaggebend, weil der massgebliche Sachverhalt in jenem Verfahren durch Bestreitungen der Gegenseite anders bzw. überhaupt erst verbindlich definiert wird. Dem Mittellosen einen solchen Prozess zu ermöglichen, wenn er sogleich den Hauptprozess anheben kann, erscheint nicht erforderlich. Auch vermögen die Ausführungen des Beschwerdeführers zur Diskriminierung nicht zu überzeugen. Tatsache ist, dass einer nicht mittellosen Partei mehr Möglichkeiten zur Verfügung stehen: Sie kann beispielsweise auch einen aussichtslosen Prozess anheben oder sich ohne Notwendigkeit durch einen Rechtsanwalt vertreten lassen. Die mittellose Partei hingegen wird gemäss Gesetz und bundesgerichtlicher Praxis lediglich soweit unterstützt, wie dies zur Wahrung begründet erscheinender Rechte tatsächlich erforderlich erscheint. Dabei handelt es sich nicht um eine unzulässige Ungleichbehandlung.

2.5. Nach dem Gesagten vermag der Beschwerdeführer keinen Beschwerdeggrund darzulegen. Entsprechend ist die Beschwerde abzuweisen. Mit dem Entscheid in der Sache wird das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung gegenstandslos.

3.

Im Verfahren um unentgeltliche Rechtspflege werden keine Gerichtskosten erhoben (Art. 119 Abs. 6 ZPO). Das gilt nach Auffassung der Kammer – entgegen der in BGE 137 III 470 vertretenen Auffassung – auch für das vorliegende Rechtsmittelverfahren (vgl. dazu OGer ZH, NQ110017 vom 8. September 2011; OGer ZH PC110052 vom 23. November 2011).

Ein Gesuch um unentgeltliche Rechtsverbeiständung für das Rechtsmittelverfahren hat der Beschwerdeführer zu Recht nicht gestellt, hätte dieses doch abgewiesen werden müssen, da die unentgeltliche Rechtspflege – wie ausgeführt – in Verfahren betreffend vorsorglicher Beweisführung zur Abklärung von Prozessaussichten ausgeschlossen ist.

Der Beschwerdegegnerin ist keine Parteientschädigung zuzusprechen, da sie sich nicht äussern musste.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die Kosten fallen ausser Ansatz.
3. Der Beschwerdegegnerin wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdegegnerin unter Beilage eines Doppels von act. 2, sowie an das Einzelgericht Audienz am Bezirksgericht Zürich und an die Obergerichtskasse, 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 beträgt Fr. 130'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw D. Weil

versandt am:
22. Mai 2015