

Sonderdruck aus

Innovatives Recht

Festschrift für Ivo Schwander

Herausgegeben von Franco Lorandi und Daniel Staehelin

Laurent Killias

Michael Kramer

Thomas Rohner

**Gewährt Art. 158 ZPO eine
«pre-trial discovery» nach
US-amerikanischem Recht?**

Gewährt Art. 158 ZPO eine «pre-trial discovery» nach US-amerikanischem Recht?

LAURENT KILLIAS / MICHAEL KRAMER / THOMAS ROHNER¹

Inhaltsübersicht

I.	Einleitung	934
II.	Kurzer Überblick über das pre-trial discovery Verfahren nach US-amerikanischem Recht	934
III.	Die vorsorgliche Beweisführung gemäss Art. 158 Abs. 1 Bst. b ZPO zur Abklärung der Prozesschancen	937
	A. Einleitung	937
	B. Die vorsorgliche Abklärung der Prozesschancen in den kantonalen Zivilprozessordnungen	937
	C. Die Abklärung von Beweis- und Prozesschancen als schutzwürdiges Interesse nach Art. 158 Abs. 1 Bst. b ZPO	939
	1. Vorbemerkungen	939
	2. Voraussetzungen für vorsorgliche Beweisabnahmen zur Abklärung der Beweis- und Prozesschancen	940
	a) Rechtliches oder faktisches Interesse?	940
	b) Glaubhaftmachen eines materiell-rechtlichen Anspruchs	941
	c) Präzise Bezeichnung relevanter Beweismittel	942
	d) Ausschluss und Einschränkung der vorsorglichen Beweisabnahme	943
	3. Beschränkung der Beweismittel?	944
	4. Weitere verfahrensrechtliche Fragen	945
	a) Analoge Anwendung der Bestimmungen über die vorsorglichen Massnahmen	945
	b) Beweisabnahme und deren Wiederholung im Hauptverfahren	946
	c) Auflage der Gerichtskosten und Parteientschädigung	947
	d) Verweigerung der Mitwirkung	947
IV.	Schlussfolgerungen	948

¹ Wir danken RAin MLaw Janine Demont für ihre Unterstützung bei der Verfassung dieses Aufsatzes.

I. Einleitung

Die Schweizerische Zivilprozessordnung («ZPO») regelt in Art. 158 ZPO die vorsorgliche Beweisabnahme. Nach dieser Bestimmung kann eine vorsorgliche Beweisabnahme in drei Fällen gewährt werden:

Das Gericht kann einmal Beweis abnehmen, «wenn das Gesetz einen entsprechenden Anspruch gewährt» (Art. 158 Abs. 1 Bst. a ZPO). Diese Bestimmung ist deklaratorisch. Denn das (materielle) Bundesrecht sieht für bestimmte Fälle einen Anspruch auf Sachverhaltsfeststellung ausserhalb eines Prozesses vor (wie bspw. Art. 204 Abs. 2 OR, Art. 367 Abs. 2 OR etc.).

Wie nach den meisten kantonalen Prozessordnungen sieht auch die ZPO die vorsorgliche Beweissicherung bei Gefährdung des Beweismittels vor (Art. 158 Abs. 1 Bst. b ZPO).

Schliesslich können vorsorglich Beweise auch abgenommen werden, falls ein «schutzwürdiges Interesse» vorliegt (Art. 158 Abs. 1 Bst. b ZPO). Die Möglichkeit, Beweise aufgrund eines schutzwürdigen Interesses vorsorglich abzunehmen, war nur in wenigen kantonalen Prozessordnungen vorgesehen.

In der Lehre wird vereinzelt befürchtet, dass die vorsorgliche Beweisabnahme auf Grund eines «schutzwürdigen Interesses» zu einem sog. pre-trial discovery Verfahren nach US-amerikanischem Prozessrecht führen könnte. Ob diese Befürchtung begründet ist, soll im Rahmen dieses kurzen Beitrages thesenartig diskutiert werden.

Dieser kurze Diskussionsbeitrag ist Ivo Schwander gewidmet, der ausländischen Rechtsinstituten gegenüber offen und interessiert ist und dem für die kollegiale Zusammenarbeit herzlich gedankt sei.

II. Kurzer Überblick über das pre-trial discovery Verfahren nach US-amerikanischem Recht

Nach US-amerikanischem Recht kann die Gegenpartei im Rahmen eines sog. pre-trial discovery Verfahrens in einem sehr frühen Verfahrensstadium verpflichtet werden, umfassend Beweismittel offenzulegen.² Damit soll letztlich eine möglichst umfassende Ermittlung des Sachverhalts und dadurch die Herstellung einer gewissen Waffengleichheit zwischen den Parteien ermöglicht werden. Die Parteien sollen

² OLIVER RIECKERS, Europäisches Wettbewerbsverfahren und US-amerikanische Discovery, in: RIW 2005, S. 19 ff., S. 19.

nämlich hinsichtlich der Kenntnis der prozessrelevanten Tatsachen und Beweismittel möglichst die gleiche Ausgangslage haben.³

Die pre-trial discovery findet zwar – anders als es der Terminus vermuten lässt – nach Anhebung der Klage (in der Regel eine unsubstantiierte, kurze Klageschrift), aber vor dem eigentlichen Hauptverfahren (dem «trial») statt.⁴

Die pre-trial discovery nach US-amerikanischem Recht dient, wie erwähnt, der umfassenden Beweisermittlung und -offenlegung durch die Gegenpartei.⁵ Jede Partei hat im Rahmen einer pre-trial discovery folgende weitgehenden Möglichkeiten der Informationsbeschaffung: «depositions» (mündliche Befragung von Parteien oder Zeugen aufgrund mündlicher oder schriftlicher Fragen); «written interrogatories» (schriftliche Fragen an die Gegenpartei zu Rechts- und Sachverhaltsbehauptungen); «production of documents or things» (Vorlage von Urkunden und anderen Beweisgegenständen durch Parteien oder Dritte); «permission to enter upon land or other property, for inspection and other purposes» (Augenschein); «physical and mental examinations» (medizinische Untersuchungen) und «requests for admissions» (Aufforderung zum Geständnis).⁶

Im Rahmen der pre-trial discovery ist die Gegenpartei zu einer sehr weitgehenden Informationsoffenlegung verpflichtet. Dennoch ist der Anspruch auf Offenlegung nicht unbeschränkt. So kann die Preisgabe von Informationen verweigert werden, wenn es sich etwa um geschützte Informationen, wie beispielsweise solche zwischen Anwalt und Klient, handelt.⁷ Das Begehren auf Herausgabe von Beweismitteln kann auch dann verweigert werden, wenn die bezeichneten Beweismittel von vornherein nicht prozessrelevant sind.⁸ Allerdings wird gerade an dieses Erfordernis keine hohe Hürde gestellt. Denn das beantragte Beweismittel muss nicht zwangsläufig

³ CLAUDIA GÖTZ, Amerikanisches Discovery für Verfahren im Ausland, in: SJZ 2006, S. 269 ff., S. 270; ROLF A. SCHÜTZE, Rechtsverfolgung im Ausland, Prozessführung vor ausländischen Gerichten und Schiedsgerichten, 4. Aufl. Berlin 2009, Rz. 276; PHILIPP FISCHER/ALEXANDRE RICHA, U.S. pretrial discovery on Swiss soil, Beiheft 49 zur Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Basel 2010, Rz. 101.

⁴ FISCHER/RICHA (Fn. 3), Rz. 12; KEVIN M. McDONALD/CHRISTOPH F. WETZLER, Discover the Opportunities – US Discovery im Prozess, in: RIW 2000, S. 212 ff., S. 212; MARKUS MÜLLER-CHEN, Aus dem US-amerikanischen Discovery-Verfahren gewonnene Beweise im internationalen Zivilprozess- und Schiedsrecht in der Schweiz, in: Peter Gauch/Franz Werro/Pascal Pichonnaz (Hrsg.), Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier, Genf/Zürich/Basel 2008, S. 925 ff., S. 927 f.

⁵ RIECKERS (Fn. 2), S. 19.

⁶ HEINRICH NAGEL/PETER GOTTWALD, Internationales Zivilprozessrecht, 6. Aufl. Köln 2007, Rz. 20; GIORGIO BERNINI, The civil law approach to discovery: a comparative overview of the taking of evidence in the anglo-american and continental arbitration systems, in: Lawrence W. Newman/Richard D. Hill (Hrsg.), The Leading Arbitrators' Guide to International Arbitration, 2. Aufl. Huntington 2008, S. 265 ff., S. 269; GÖTZ (Fn. 3), S. 270 f.

⁷ GÖTZ (Fn. 3), S. 271 sowie Fn. 18; NAGEL/GOTTWALD (Fn. 6), Rz. 20; FISCHER/RICHA (Fn. 3), Rz. 56 f.

⁸ JOHN B. OAKLEY/VIKRAM D. AMAR, American Civil Procedure, A Guide to Civil Adjudication in US Courts, The Hague 2009, S. 172.

dem direkten Beweis einer Tatsache dienen.⁹ Die Gegenpartei hat somit die sich in ihrem Besitz befindenden Beweismittel selbst dann offenzulegen, wenn lediglich ein geringer Bezug der Beweismittel zur im Prozess liegenden Streitigkeit besteht.

Für das Begehren auf Offenlegung genügen bereits vage Umschreibungen der geforderten Informationen; solche Begehren würden nach kontinentaleuropäischem Rechtsverständnis in der Regel als verpönte «fishing expeditions» (Beweisbeforsungen) qualifiziert werden.¹⁰ Deshalb sind Fälle, in welchen amerikanische Gerichte mittels einer sogenannten «protective order» (Schutzanordnung) einschreiten, in der Praxis eher selten.¹¹

Die pre-trial discovery ist sehr stark durch den Parteibetrieb geprägt. Deshalb setzt die pre-trial discovery kein entsprechendes Gesuch beim zuständigen Gericht voraus. Sie erfolgt in der Regel ohne aktive Beteiligung eines Gerichts. Die amerikanischen Gerichte greifen erst ein, wenn eine Partei ihre Pflicht zur Offenlegung der Beweismittel nicht oder nur teilweise erfüllt.¹²

Falls sich eine Partei zu Unrecht weigert, ihre discovery-Pflichten zu erfüllen, untersteht sie der strafrechtlichen Sanktion des «contempt of court»; für gewisse Konstellationen kann das Gericht in solchen Fällen auch von der Fiktion ausgehen, dass die in Rede stehende Behauptung als erstellt gilt.¹³

Es ist unbestritten, dass die pre-trial discovery zu einer erheblichen Prozessverteuerung führen kann. So werden immer wieder Fälle kolportiert, in welchen der klägerischen Partei Wagen voller Dokumente oder Unmengen elektronischer Daten übergeben werden; bei umfangreichen Verfahren können oft Dutzende von Anwälten mit einer teuren Logistik (z.B. Datenerfassungs-/Datenverarbeitungssysteme etc.) in ein pre-trial discovery Verfahren involviert sein.¹⁴

⁹ Black's Law Dictionary, Brian A. Garner (Hrsg.), 9. Aufl. St. Paul 2009, Ausführungen zum Begriff «discovery», S. 533; OAKLEY/AMAR (Fn. 8), S. 172; RIECKERS (Fn. 2), S. 19; FISCHER/RICHA (Fn. 3), Rz. 54 f.

¹⁰ GÖTZ (Fn. 3), S. 271; MÜLLER-CHEN (Fn. 4), S. 927 f.; NAGEL/GOTTWALD (Fn. 6), Rz. 20; RIECKERS (Fn. 2), S. 19 f.; FISCHER/RICHA (Fn. 3), Rz. 54.

¹¹ FISCHER/RICHA (Fn. 3), Rz. 61; OAKLEY/AMAR (Fn. 8), S. 172; SCHÜTZE (Fn. 3), Rz. 280.

¹² BERNINI (Fn. 6), S. 268 f.; FISCHER/RICHA (Fn. 3), Rz. 51 f.; GÖTZ (Fn. 3), S. 269 ff.

¹³ FISCHER/RICHA (Fn. 3), Rz. 64.

¹⁴ Illustrativ etwa der Fall SAP/PeopleSoft, vgl. hierzu CLAIRE ZILLMAN, Damaging Discovery, in: Litigation 2011, A Supplement to the American Lawyer & Corporate Counsel, Spring Edition 2011, S. 30 ff. (abrufbar unter: <http://www.americanlawyer-digital.com/americanlawyer/lit2011spring/#pg28>).

Nicht selten wird deshalb als Folge des aufwändigen pre-trial discovery Verfahrens entweder von einer Klage abgesehen oder mit dem Gesuchsgegner ein Vergleich geschlossen.¹⁵

III. Die vorsorgliche Beweisführung gemäss Art. 158 Abs. 1 Bst. b ZPO zur Abklärung der Prozesschancen

A. Einleitung

Die vorsorgliche Beweisführung wird in der ZPO in Art. 158 geregelt. Nach Abs. 1 dieser Bestimmung kann das Gericht jederzeit Beweis abnehmen, wenn «das Gesetz» einen entsprechenden Anspruch gewährt (Bst. a) oder die gesuchstellende Partei eine Gefährdung des Beweismittels oder ein schutzwürdiges Interesse glaubhaft macht (Bst. b). Mit Bezug auf das Verfahren verweist Art. 158 Abs. 2 ZPO auf die Bestimmungen über die vorsorglichen Massnahmen (Art. 248 ff. ZPO).

Im Folgenden soll kurz untersucht werden, ob der Gesetzgeber mit der vorsorglichen Beweisabnahme auf Grund eines «schutzwürdigen Interesses» i.S.v. Art. 158 Abs. 1 Bst. b ZPO quasi «durch die Hintertüre» ein pre-trial discovery Verfahren nach US-amerikanischem Vorbild eingeführt hat.

Die Möglichkeit, Beweise vorsorglich und bereits bei Vorliegen eines «schutzwürdigen Interesses» (und damit ohne Nachweis einer Beweisgefährdung und ohne, dass sich der Anspruch aus dem materiellen Recht ergibt) abzunehmen, war nur in wenigen kantonalen Prozessordnungen geregelt. Nach einer kurzen Darstellung der früheren kantonalen Regelungen (sogleich B) soll anschliessend untersucht werden, ob die Abklärung von Prozesschancen ein «schutzwürdiges Interesse» i.S.v. Art. 158 Abs. 1 Bst. b ZPO darstellt und bejahendenfalls unter welchen Voraussetzungen ein entsprechendes Gesuch gutgeheissen wird (unten C).

B. Die vorsorgliche Abklärung der Prozesschancen in den kantonalen Zivilprozessordnungen

Die meisten kantonalen Zivilprozessordnungen sahen die Beweisabnahme vor Rechtshängigkeit nur für den Fall vor, dass die Abnahme von Beweisen gefährdet

¹⁵ FISCHER/RICHA (Fn. 3), Rz. 102.

war.¹⁶ In einem solchen Fall hatte der Gesuchsteller glaubhaft zu machen, dass eine spätere Beweisabnahme unmöglich (z.B. im Falle eines todkranken Zeugen) oder nur erschwert möglich (z.B. im Falle des baldigen Wegzugs eines Zeugen ins Ausland) sein würde.¹⁷

Einzelne kantonale Zivilprozessordnungen sahen jedoch vor, dass Beweismittel unter bestimmten Voraussetzungen auch ohne gleichzeitige Glaubhaftmachung einer Beweisgefährdung vorsorglich abgenommen werden konnten:

- So bestimmte das Zivilprozessrecht des *Kantons Bern* in Art. 227, dass Beweise bei Vorliegen eines rechtlichen Interesses vorsorglich abgenommen werden können. Nach dem klaren Wortlaut von Art. 227 ZPO/BE reichten rein faktische Interessen jedoch nicht aus; vielmehr war ein rechtliches Interesse erforderlich.¹⁸ Ob ein rechtliches Interesse vorlag, prüften die Berner Gerichte jedoch nur summarisch.¹⁹ Ein rechtliches Interesse wurde für die Fälle verneint, in welchen die fraglichen Beweismittel untauglich waren oder die zu beweisende Tatsache offensichtlich unerheblich war.²⁰
- Das Zivilprozessrecht von *Basel-Stadt* gewährte für bestimmte Konstellationen ebenfalls eine vorsorgliche Beweisabnahme, ohne dass gleichzeitig eine Beweisgefährdung geltend gemacht werden musste. Nach der Praxis musste ein schutzwürdiges Interesse glaubhaft gemacht werden.²¹ Als schutzwürdiges Interesse galt die Vermeidung oder Vereinfachung eines Prozesses (z.B. Beantragung einer Expertise über körperliche Unfallfolgen).²² Ein schutzwürdiges Interesse

¹⁶ Vgl. § 209 ff. ZPO/AG; Art. 254 ff. ZPO/AI; Art. 229 f. ZPO/AR; § 190 ff. ZPO/BL; Art. 250 ff. und Art. 323 ZPO/GE; Art. 209 ff. ZPO/GR; Art. 237 ff. ZPO/GL; § 228 ZPO/LU; Art. 287 ff. ZPO/NE; Art. 218 ff. ZPO/NW; Art. 251 ff. ZPO/OW; Art. 199 ZPO/SG; Art. 308 ff. ZPO/SH; § 268 ff. ZPO/SO; § 185 ff. ZPO/SZ; § 170 ZPO/TG; Art. 376 ff. ZPO/TI; Art. 182 ff. ZPO/UR; Art. 159 ff. ZPO/VS; § 129 ff. ZPO/ZG; § 231 ff. ZPO/ZH.

¹⁷ Vgl. statt vieler RICHARD FRANK/HANS STRÄULI/GEORG MESSMER, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. Zürich 1997, § 231 ZPO/ZH Rz. 2; MARK SCHWEIZER, Vorsorgliche Beweisabnahme nach schweizerischer Zivilprozessordnung und Patentgesetz, in: ZZZ 2010, S. 3 ff., S. 4.

¹⁸ FRANZ KELLERHALS/ANDREAS GÜNGERICH/BERNHARD BERGER, Bernisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl. Bern 2003, Rz. 04.202; vgl. auch Entscheid der 1. Zivilkammer des Appellationshofs des Kantons Bern vom 21. Mai 2008, APH 08 241 (abrufbar unter: http://www.justice.be.ch/justice/de/index/entscheide/entscheide_rechtsprechung/entscheide.html).

¹⁹ GEORG LEUCH et. al., Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, Kommentar samt einem Anhang zugehöriger Erlasse, 5. Aufl. Bern 2000, Art. 227 ZPO/BE Rz. 1b.

²⁰ LEUCH et. al. (Fn. 19), Art. 227 ZPO/BE Rz. 1b.

²¹ Entscheid des Appellationsgerichts Basel (Ausschuss) vom 14. April 1950, in: SJZ 1951, S. 279 f., S. 279; BRUNO HABERTHÜR, Praxis zur Basler Zivilprozessordnung, mit Erläuterungen, Band 2, Basel 1964, § 156 ZPO/BS Rz. 1.

²² HABERTHÜR (Fn. 21), § 156 ZPO/BS Rz. 1; Entscheid des Appellationsgerichts Basel (Fn. 21), S. 279 f.; ADRIAN STAEHELIN/THOMAS SUTTER, Zivilprozessrecht, nach den Gesetzen der Kantone Basel-Stadt und Basel-Landschaft unter Einbezug des Bundesrechts, Zürich 1992, Rz. 111.

wurde in der Regel verneint, falls der Gesuchsteller Einsicht in die Geschäftsakten oder die Beschaffung von sonst nicht zugänglichem Prozessmaterial verlangte.²³ Die Abnahme der Beweismittel war insofern beschränkt, weil lediglich ein Augenschein oder eine Expertise beantragt werden konnte (vgl. § 156 ZPO/BS).

- Eine ähnliche Regelung sah auch das Prozessrecht des *Kantons Waadt* vor. Denn nach Art. 249 der ZPO/VD konnte der Gesuchsteller die vorsorgliche Erstellung einer Expertise beantragen, sofern er ein schützenswertes Interesse glaubhaft machte. Ein solches Interesse wurde auch für die Abklärung der Prozesschancen bejaht. Der Gesuchsteller hatte glaubhaft zu machen, dass die Expertise für die Geltendmachung seiner angeblichen Ansprüche gegen die potentielle Gegenpartei tauglich sei.²⁴
- Die Zivilprozessordnung des *Kantons Freiburg* bestimmte in Art. 261 Abs. 1, dass die Erstellung einer Expertise über Tatsachen, welche in einem späteren Prozess vorgebracht werden können, auch vor Rechtshängigkeit beantragt werden kann. Der Nachweis einer Gefährdung war gemäss Gesetzestext für die vorprozessuale Einholung einer Expertise keine Voraussetzung. Lediglich für eine «andere vorsorgliche Beweisführung» musste eine Beweisgefährdung nachgewiesen werden (vgl. Art. 261 Abs. 2 ZPO/FR).
- Der *Kanton Jura* sah hinsichtlich der Voraussetzungen für eine vorsorgliche Beweisführung ebenfalls eine nach Beweismitteln differenzierte Lösung vor. Grundsätzlich genügte das Vorliegen eines schützenswerten Interesses (vgl. Art. 225 ZPO/JU). Wurde jedoch vorsorglich die Befragung der Gegenpartei beantragt, musste die Gefährdung einer späteren Befragung innerhalb des Prozesses glaubhaft gemacht werden (vgl. Art. 220 ZPO/JU).

C. Die Abklärung von Beweis- und Prozesschancen als schutzwürdiges Interesse nach Art. 158 Abs. 1 Bst. b ZPO

1. Vorbemerkungen

Nach US-amerikanischem Recht dient das pre-trial discovery letztlich der umfassenden Abklärung der Prozesschancen in einem frühen Verfahrensstadium.

²³ HABERTHÜR (Fn. 21), § 156 ZPO/BS Rz. 1.

²⁴ JEAN-FRANÇOIS PLOUDRET/JACQUES HALDY/DENIS TAPPY, *Procédure civile vaudoise*, 3. Aufl. Lausanne 2002, Art. 249 ZPO/VD Rz. 1 f.; vgl. auch den Entscheid des Kantonsgerichts Waadt vom 25. März 2010, 49/2010/JCL (abrufbar unter: <http://www.vd.ch/fr/themes/etat-droit-finances/justice/lois-jurisprudence-et-circulaires-du-tribunal-cantonal/tc-autres-cours/>), S. 4.

Es stellt sich deshalb die Frage, ob Art. 158 ZPO dem potentiellen Kläger ähnlich weitgehende Informationsbeschaffungsrechte wie das amerikanische Prozessrecht gewährt.

Zunächst ist unbestritten, dass die Abklärung der Beweis- und Prozessaussichten zu den «schutzwürdigen Interessen» i.S.v. Art. 158 Abs. 1 Bst. b ZPO zählt. Die Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung hält jedenfalls fest, dass Art. 155 E-ZPO (heute Art. 158 ZPO) auch der Abklärung von Beweis- und Prozessaussichten dient, weil damit unter Umständen aussichtslose Prozesse vermieden werden können.²⁵ Diese Ansicht wird auch von der Lehre geteilt.²⁶

Im Folgenden soll deshalb kurz beleuchtet werden, unter welchen Voraussetzungen die vorsorgliche Beweisabnahme zur Abklärung der Beweis- und Prozesschancen beantragt werden kann. Für die übrigen Varianten einer vorsorglichen Beweisabnahme nach Art. 158 Abs. 1 ZPO (Gefährdung der Beweismittel, materiell-rechtlicher Anspruch) gelten teilweise andere Voraussetzungen, die im Folgenden unberücksichtigt bleiben.

Im Unterschied zum amerikanischen pre-trial discovery Verfahren, das vom Parteienbetrieb geprägt ist, setzt die vorsorgliche Beweisabnahme in jedem Fall eine entsprechende vorgängige Anordnung des zuständigen Gerichts voraus.

2. Voraussetzungen für vorsorgliche Beweisabnahmen zur Abklärung der Beweis- und Prozesschancen

a) Rechtliches oder faktisches Interesse?

Zunächst stellt sich die Frage, ob das «schutzwürdige Interesse» i.S.v. Art. 158 Abs. 1 Bst. b ZPO wie bei einzelnen kantonalen Prozessordnungen (oben B) ein rechtliches Interesse des Gesuchstellers voraussetzt oder ob ein faktisches Interesse ausreicht.

²⁵ Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) vom 28. Juni 2006, BBl 2006 7221 ff. (nachfolgend: Botschaft ZPO), S. 7315.

²⁶ PETER REETZ, Der Beweis im Bauprozess: Beweissicherung, Beweislast und Beweiswürdigung, in: Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht (Hrsg.), Schweizerische Baurechtstagung 2009, Freiburg 2009, S. 119 ff., Rz. 12; WALTER FELLMANN, Die vorsorgliche Beweisführung nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, in: Walter Fellmann/Stephan Weber (Hrsg.), Haftpflichtprozess 2010, Unbezifferte Forderungsklage, Teilklage, Streitverkündungsklage, Beweis und Sammelklage im Lichte der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Beiträge zur Tagung vom 5. Mai 2010, Zürich 2010, S. 97 ff. (nachfolgend zit.: FELLMANN, Haftpflichtprozess), S. 102; SCHWEIZER (Fn. 17), S. 3; HANS SCHMID, Kommentar zu Art. 158 ZPO, in: Paul Oberhammer (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Kurzkommentar, Basel 2010, Art. 158 ZPO Rz. 3; ISAAK MEIER/MIGUEL SOGO, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Eine kritische Darstellung aus der Sicht von Praxis und Lehre, Zürich 2010, S. 310.

Im Unterschied etwa zur Regelung in Art. 227 Abs. 1 ZPO/BE und § 131 ZPO/BS bestimmt der Wortlaut von Art. 158 Abs. 1 Bst. b ZPO nicht explizit, dass ein rechtliches Interesse vorliegen muss.

Die Frage, ob auch ein faktisches Interesse an der vorprozessualen Abklärung der Beweis- und Prozesschancen ausreicht, wird weder in der Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung thematisiert noch war sie Gegenstand der parlamentarischen Beratungen.²⁷

Auf Grund des Umstands, dass kantonale Regelungen teilweise ausdrücklich das Vorliegen eines rechtlichen Interesses vorsahen, ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber von Art. 158 Abs. 1 Bst. b ZPO bewusst auf eine Unterscheidung zwischen rechtlichem und faktischem Interesse verzichten wollte.

Es ist deshalb mit der h.L. davon auszugehen, dass ein rein faktisches Interesse an der vorsorglichen Beweisführung i.S.v. Art. 158 Abs. 1 Bst. b ZPO ausreicht.²⁸

b) Glaubhaftmachen eines materiell-rechtlichen Anspruchs

Falls der Gesuchsteller die vorsorgliche Beweisabnahme mit der Abklärung seiner Prozesschancen begründet, hat er zunächst glaubhaft zu machen, dass er einen materiell-rechtlichen Anspruch (in der Regel einen Anspruch aus Vertrag oder unerlaubter Handlung) gegenüber dem Gesuchsgegner hat.²⁹ An einen solchen Nachweis dürfen jedoch keine hohen Anforderungen gestellt werden. Denn im Rahmen der vorsorglichen Beweisabnahme kann und darf nicht umfassend geklärt werden, ob der behauptete materiell-rechtliche Anspruch des Gesuchstellers begründet ist oder nicht. Diese Frage muss im Hauptverfahren geklärt werden.³⁰ Die Glaubhaftma-

²⁷ Das Parlament hat Art. 155 E-ZPO (heute Art. 158 ZPO) unverändert übernommen (vgl. AmtlBull 2007 SR 634 ff., 2008 NR 632 ff., 2008 NR 943 ff., 2008 SR 725 ff., 2008 NR 1626 ff., 2008 SR 884 ff., 2008 NR 1975); vgl. auch WALTER FELLMANN, Kommentar zu Art. 158 ZPO, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Zürich 2010 (nachfolgend zit.: FELLMANN, ZPO Komm.), Art. 158 ZPO Rz. 4 und SCHWEIZER (Fn. 17), S. 6.

²⁸ PETER GUYAN, Kommentar zu Art. 158 ZPO, in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2010, Art. 158 ZPO Rz. 5; FELLMANN, ZPO Komm. (Fn. 27), Art. 158 ZPO Rz. 19; FELLMANN, Haftpflichtprozess (Fn. 26), S. 102; SCHWEIZER (Fn. 17), S. 11; a.M. wohl MEIER/SOGO (Fn. 26), S. 311.

²⁹ ALEXANDER ZÜRCHER, Kommentar zu Art. 59 ZPO, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Zürich 2010, Art. 59 ZPO Rz. 12; MYRIAM A. GEHRI, Kommentar zu Art. 59 ZPO, in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2010, Art. 59 ZPO Rz. 6; IVO SCHWANDER, Prozessvoraussetzungen in der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung, in: ZZZ 2008/2009, S. 195 ff., S. 200.

³⁰ SCHWEIZER (Fn. 17), S. 15; SCHMID (Fn. 26), Art. 158 ZPO Rz. 4; DOMINIK GASSER/BRIGITTE RICKLI, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Kurzkommentar, Zürich 2010, Art. 158 ZPO Rz. 8; REETZ (Fn. 26), Rz. 21.

chung des behaupteten materiell-rechtlichen Anspruchs dient primär der Klärung der Frage, ob die beantragte Beweisabnahme für die Geltendmachung des angeblichen Anspruches überhaupt relevant ist oder nicht. Denn auch im Rahmen von Art. 158 ZPO können keine Beweismittel abgenommen werden, die von vornherein für die Beurteilung des (behaupteten) Anspruches untauglich sind. Vor diesem Hintergrund hat der Gesuchsteller zwar glaubhaft zu machen, dass er einen materiell-rechtlichen Anspruch gegenüber dem Gesuchsgegner hat. Eine Abweisung des Gesuchs unter Hinweis auf eine nicht glaubhaft gemachte Anspruchsgrundlage sollte jedoch nur in offensichtlichen Fällen erfolgen.³¹

c) Präzise Bezeichnung relevanter Beweismittel

Der Gesuchsteller hat weiter glaubhaft zu machen, dass die von ihm beantragte Abnahme eines bestimmten Beweismittels für die Abklärung der Beweis- und Prozesschancen überhaupt relevant ist. Die vorsorgliche Beweisabnahme, die der Abklärung der Prozesschancen dient, erfolgt sachlogisch vor der Rechtshängigkeit und damit vor dem Behauptungsverfahren. Da die Parteien zu diesem Zeitpunkt noch keine umfassenden Behauptungen vorgetragen haben, kann das Gericht auch nicht abschliessend beurteilen, welche Behauptungen zum Sachverhalt für die Beurteilung des Falles überhaupt relevant sind und deshalb zum Beweis verstellt werden müssen. Das angerufene Gericht hat somit lediglich zu beurteilen, ob die beantragte Abnahme eines Beweismittels für die Beurteilung der Prozesschancen bezüglich des angeblich materiell-rechtlichen Anspruches überhaupt tauglich wäre.

Vor diesem Hintergrund ist der Gesuchsteller verpflichtet, die Beweismittel möglichst präzise zu bezeichnen.³² Wird etwa die Edition von Unterlagen verlangt, so sind diese Dokumente möglichst genau zu bezeichnen; reine Beweisausforschungen (sog. fishing expeditions) sind auch im Rahmen von Art. 158 Abs. 1 Bst. b ZPO unzulässig.³³ Hingegen dürfen aber nicht die gleichen Anforderungen an ein Editionsbegehren gestellt werden wie im Rahmen des Hauptverfahrens, in welchem die Parteien ihre Standpunkte bereits ausführlich dargelegt haben.³⁴

Will der Gesuchsteller bestimmte Zeugen befragen lassen, hat er die Fragen vorzulegen;³⁵ denn nur auf diese Weise kann festgestellt werden, ob die Fragen für die Abklärung der Beweis- und Prozesschancen überhaupt relevant sein könnten. Dasselbe

³¹ SCHWEIZER (Fn. 17), S. 10.

³² MEIER/SOGO (Fn. 26), S. 311; SCHWEIZER (Fn. 17), S. 15.

³³ GASSER/RICKLI (Fn. 30), Art. 158 ZPO Rz. 5; RAINER EGLI, Verfahren vor dem Einzelgericht Audienz: Erste Erfahrungen und aktuelle Fragen, in: Seminarunterlagen zur 5. Zürcher Tagung zum Zivilprozessrecht vom 14. April 2011, Beitrag 6, S. 7; SCHWEIZER (Fn. 17), S. 13 ff.

³⁴ A.M. MEIER/SOGO (Fn. 26), S. 311 i.V.m. S. 308 f.

³⁵ STAEHELIN/SUTTER (Fn. 22), Rz. 114.

gilt für die Einholung eines Gutachtens; die vom Gutachter zu beantwortenden Fragen sind vom Gesuchsteller vorformuliert vorzulegen.³⁶

d) Ausschluss und Einschränkung der vorsorglichen Beweisabnahme

Die Frage, ob ein materiell-rechtlicher Anspruch besteht, hängt in der Regel von verschiedenen Haftungsvoraussetzungen ab (Pflichtverletzung, Schaden, Verschulden, adäquater Kausalzusammenhang etc.). Die Abklärung der Prozesschancen im Rahmen von Art. 158 ZPO kann sich grundsätzlich auf alle Haftungsvoraussetzungen beziehen. Dennoch dürfte bei einer vorsorglichen Beweisabnahme die Abklärung der Prozesschancen bezüglich der Pflichtverletzung und/oder des Schadens im Vordergrund stehen.

Kein schutzwürdiges Interesse besteht für den seltenen Fall, dass der geltend gemachte Anspruch offensichtlich ausgewiesen ist oder vom Gesuchsgegner anerkannt wird; in einem solchen Fall ist dem Gesuchsteller zuzumuten, direkt Klage anzuheben.

Eine Beweisabnahme im Sinne von Art. 158 Abs. 1 Bst. b ZPO ist weiter auch dann ausgeschlossen, wenn der Gesuchsteller das Beweismittel auf einem anderen Weg beschaffen kann.³⁷ Dies wäre etwa dann der Fall, wenn Urkunden ohne weiteres aus inländischen oder ausländischen öffentlich zugänglichen Quellen/Registern beschafft werden können.

Nicht gefolgt werden kann der Ansicht, die ein schutzwürdiges Interesse für die Fälle verneint, in welchen dem Gesuchsteller das Einreichen einer unbezifferten Forderungsklage zumutbar ist.³⁸ Eine solche Einschränkung lässt sich nicht in Art. 158 Abs. 1 Bst. b ZPO hineinlesen. Nach dieser Vorschrift können grundsätzlich auch die Beweis Chancen mit Bezug auf die Schadenshöhe vorprozessual abgeklärt werden. Die Frage, bis zu welcher Höhe ein bestimmter Schaden unter Umständen nachweisbar ist, ist eine wesentliche Information im Hinblick auf eine mögliche Klageeinleitung. Für den Nachweis des Bestands und der Höhe eines Schadens dürfte jedoch eine vorsorgliche Beweisführung vielfach bereits aus praktischen Gründen nicht geeignet sein: In komplexen Fällen kann das Gericht zu diesen schwierigen Themen Beweise sinnvollerweise erst dann abnehmen, wenn die Parteien im Behauptungsverfahren ihrer Substantiierungspflicht nachgekommen sind.

³⁶ SCHMID (Fn. 26), Art. 158 ZPO Rz. 4; SCHWEIZER (Fn. 17), S. 12.

³⁷ SCHWEIZER (Fn. 17), S. 10; vgl. auch EGLI (Fn. 33), S. 7, welcher sich dieser Ansicht anschliesst.

³⁸ So MEIER/SOGO (Fn. 26), S. 311; SCHMID (Fn. 26), Art. 158 ZPO Rz. 4; a.M. STAEHELIN/SUTTER (Fn. 22), S. 136, welche gerade verlangen, dass anstelle der Einreichung einer unbezifferten Forderungsklage das Verfahren der vorsorglichen Beweisabnahme zu beschreiten ist, wenn dadurch die Bezifferung möglich wird.

Die Gewährung der vorsorglichen Beweisabnahme i.S.v. Art. 158 Abs. 1 Bst. b ZPO hängt auch nicht davon ab, dass der Gesuchsteller glaubhaft macht, die Entscheidung, ob der Hauptprozess geführt werden soll, sei noch offen.³⁹ Eine solche Ansicht widerspricht dem Zweck der Bestimmung von Art. 158 Abs. 1 Bst. b ZPO; denn der Gesuchsteller will ja gerade im Rahmen einer vorsorglichen Beweisabnahme abklären, wie seine Prozesschancen sind und gestützt darauf entscheiden, ob er klagen will oder nicht. Zudem ist auch unklar, wie der Gesuchsteller glaubhaft machen soll, dass für ihn der Entscheid, ob er klagen will oder nicht, noch offen ist.

In diesem Zusammenhang stellt sich die weitere Frage, ob Art. 158 Abs. 1 Bst. b ZPO lediglich für bestimmte Verfahren massgeblich sein soll. Dies ist wohl zu verneinen. Denn eine solche Einschränkung ergibt sich weder aus dem Wortlaut noch aus dem Zweck dieser Bestimmung. Art. 158 Abs. 1 Bst. b ZPO ist somit für sämtliche strittigen Verfahren massgeblich. Da diese Bestimmung dazu dient, aussichtslose Prozesse zu vermeiden, wird die vorsorgliche Beweisabnahme primär vom potentiellen Kläger in Anspruch genommen werden.

3. Beschränkung der Beweismittel?

Die wenigen kantonalen Prozessordnungen, die überhaupt eine vorsorgliche Beweisabnahme für die Abklärung der Beweis- und Prozesschancen zulassen, sahen in der Regel eine Beschränkung der Beweismittel vor.

So bestimmte etwa Art. 249 ZPO/VD, dass die vorsorgliche Beweisabnahme gestützt auf ein schützenswertes Interesse auf das Beweismittel der Expertise beschränkt ist.⁴⁰ Demgegenüber war die Regelung nach der Berner Zivilprozessordnung wohl grosszügiger; es scheint, als wäre ausdrücklich nur die Beweisaussage ausgeschlossen gewesen, weil das Gericht diese gemäss Art. 279 ZPO/BE erst anordnen konnte, falls nach Prüfung des gesamten Beweismaterials noch Zweifel über Tatsachen bestanden.⁴¹

Im Unterschied zu einzelnen kantonalen Regelungen sieht der Wortlaut von Art. 158 Abs. 1 Bst. b ZPO keine ausdrückliche Beschränkung der Beweismittel vor. Auch in der Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung finden sich keine Hinweise, wonach das Verfahren gemäss Art. 158 ZPO auf bestimmte Beweismittel beschränkt ist.

Trotz des Wortlauts von Art. 158 ZPO, der keine Beweismittelbeschränkung vorsieht, wird von einem Teil der Lehre differenziert. So wird etwa die Ansicht vertreten, für

³⁹ So aber MEIER/SOGO (Fn. 26), S. 311.

⁴⁰ POUURET/HALDY/TAPPY (Fn. 24), Art. 249 ZPO/VD Rz. 1.

⁴¹ LEUCH et. al. (Fn. 19), Art. 222 ZPO/BE Rz. 2b.

die Abklärung der Prozesschancen seien die persönliche Befragung und Beweisaussage unzulässig;⁴² nach einer anderen Lehrmeinung gilt dies auch für die Zeugenbefragung, sofern der Zeuge zu einem späteren Zeitpunkt zur Mitwirkung angehalten werden könne.⁴³

Zunächst ist unbestritten, dass auch im Rahmen der vorsorglichen Beweisabnahme nach Art. 158 ZPO der *numerus clausus* der zulässigen Beweismittel gilt (Art. 168 ZPO).

Im Unterschied zu den früheren kantonalen Regelungen sind hingegen keine Gründe für eine Beschränkung auf bestimmte Beweismittel ersichtlich. Ein Teil der Lehre nimmt deshalb an, dass sämtliche Beweismittel im Verfahren gemäss Art. 158 ZPO abgenommen werden können.⁴⁴ Dies ist grundsätzlich zutreffend. Eine Ausnahme sollte jedoch für die Beweisaussage nach Art. 192 ZPO gelten. Denn ob eine Beweisaussage angeordnet wird, steht alleine im Ermessen des Gerichts und wird in jedem Fall erst nach bereits durchgeführter Parteibefragung vorgenommen.⁴⁵

Die Verweigerungsgründe nach Art. 163 ff. ZPO gelten auch im Anwendungsbereich von Art. 158 ZPO.

4. Weitere verfahrensrechtliche Fragen

a) Analoge Anwendung der Bestimmungen über die vorsorglichen Massnahmen

Nach Art. 158 Abs. 2 ZPO erfolgt die vorsorgliche Beweisabnahme nach den Regeln über die vorsorglichen Massnahmen. Auf Grund der Besonderheiten einer vorsorglichen Beweisabnahme zur Klärung der Prozesschancen ist jedoch im Einzelnen zu prüfen, welche Bestimmungen des vorsorglichen Massnahmeverfahrens analog anwendbar sind und welche nicht.⁴⁶

Das Gesuch um Abnahme von Beweisen erfolgt im summarischen Verfahren (Art. 158 Abs. 2 i.V.m. Art. 248 Bst. d ZPO). In aller Regel wird deshalb der Gesuchsgegnerin die Möglichkeit eingeräumt, zum Begehren auf vorsorgliche Beweisabnahme Stellung zu nehmen (Art. 253 ZPO). Bei der Abklärung von Prozesschancen

⁴² MEIER/SOGO (Fn. 26), S. 311; gl.M. wohl auch SCHMID (Fn. 26), Art. 158 ZPO Rz. 2.

⁴³ REETZ (Fn. 26), Rz. 14.

⁴⁴ GASSER/RICKLI (Fn. 30), Art. 158 ZPO Rz. 8; FELLMANN, ZPO Komm. (Fn. 27), Art. 158 ZPO Rz. 30; SCHWEIZER (Fn. 17), S. 12 und Fn. 42; GUYAN (Fn. 28), Art. 158 ZPO Rz. 4.

⁴⁵ Botschaft ZPO, S. 7326.

⁴⁶ JOHANN ZÜRCHER, Kommentar zu Art. 158 ZPO, in: Alexander Brunner/Dominik Gasser/Ivo Schwander (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Kommentar, Zürich/St. Gallen 2011, Art. 158 ZPO Rz. 15.

i.S.v. Art. 158 Abs. 1 Bst. b ZPO sind superprovisorische Massnahmen (also ohne vorherige Anhörung des Gesuchgegners) in aller Regel ausgeschlossen.⁴⁷

b) Beweisabnahme und deren Wiederholung im Hauptverfahren

Falls die Voraussetzungen für eine vorläufige Beweisabnahme erfüllt sind, ist das Beweismittel nach den für das ordentliche Beweisverfahren geltenden Vorschriften (Art. 169 ff. ZPO) abzunehmen. Der Gesuchsteller hat die Gerichts- und Beweiskosten, welche durch die von ihm beantragten Beweiserhebungen veranlasst werden, vorzuschliessen (Art. 102 ZPO). Die Parteien haben das Recht, an der Beweisabnahme teilzunehmen (Art. 155 Abs. 3 ZPO).

In diesem Zusammenhang stellt sich die weitere Frage, ob Beweise, welche bereits im Verfahren der vorsorglichen Beweisführung abgenommen wurden, in einem darauf folgenden Hauptverfahren nochmals abgenommen werden können. Art. 158 ZPO enthält diesbezüglich keine explizite Regelung.

Demgegenüber sah etwa die Zivilprozessordnung des Kantons Bern in Art. 228 ZPO/BE ausdrücklich vor, dass die vorsorgliche Beweisführung die ordentliche Beweisführung nicht ausschliesse. Deshalb war die umfassende Wiederholung der Beweisabnahme im Hauptverfahren ohne weitere Voraussetzungen zulässig. Eine solche Wiederholung konnte das Gericht auch von Amtes wegen anordnen.⁴⁸ Ebenso sah Art. 256 der Zivilprozessordnung des Kantons Waadt vor, dass die vorsorgliche Beweisführung das Gericht im Hauptverfahren nicht daran hinderte, erneut Beweis über dieselben Tatsachen abzunehmen. Nach der Praxis wurde eine neue Expertise im Hauptverfahren allerdings nur bei Vorliegen neuer Beweise oder Tatsachen angeordnet.⁴⁹

Vereinzelt wird die Ansicht vertreten, ein im Rahmen von Art. 158 Abs. 1 ZPO abgenommener Beweis könne im Hauptverfahren grundsätzlich nicht wiederholt werden.⁵⁰ Die Begründung, bei der Beweisabnahme im Rahmen des Hauptverfahrens sei auch keine Wiederholung vorgesehen und das Gesetz sehe für die vorsorgliche Beweisführung keine abweichende Regelung vor,⁵¹ überzeugt allerdings nicht. Denn die vorsorgliche Beweisabnahme zur Abklärung der Prozesschancen erfolgt vor Rechtshängigkeit. Zu diesem Zeitpunkt hatten die Parteien gar keine Gelegenheit, zum Sachverhalt umfassend Stellung zu nehmen. Deshalb muss eine Wiederholung bereits aus Gründen des rechtlichen Gehörs zulässig sein. Folglich muss für beide

⁴⁷ GASSER/RICKLI (Fn. 30), Art. 158 ZPO Rz. 6; a.M. SCHWEIZER (Fn. 17), S. 25.

⁴⁸ LEUCH et. al. (Fn. 19), Art. 228 ZPO/BE Rz. 1.

⁴⁹ POUURET/HALDY/TAPPY (Fn. 24), Art. 249 ZPO/VD Rz. 4.

⁵⁰ GUYAN (Fn. 28), Art. 158 ZPO Rz. 1.

⁵¹ GUYAN (Fn. 28), Art. 158 ZPO Rz. 1 i.V.m. Art. 155 ZPO Rz. 13.

Parteien die Möglichkeit bestehen, die Beweismittel im Hauptverfahren erneut abzunehmen.⁵² Abgesehen davon bezweckt die vorsorgliche Beweisabnahme nicht, das Beweisverfahren generell vorwegzunehmen und unterliegen nur die im Hauptverfahren abgenommenen Beweise der Beweiswürdigung.⁵³

Daraus folgt, dass Beweise, die im Rahmen von Art. 158 Abs. 1 Bst. b ZPO vorsorglich abgenommen wurden, grundsätzlich im Hauptverfahren erneut abgenommen werden können.

c) Auflage der Gerichtskosten und Parteientschädigung

Die ZPO enthält keine Regelung mit Bezug auf die Nebenfolgen wie die Verteilung der Prozesskosten. Bei einem Verfahren, welches letztlich nur dazu dient, die Prozess- und Beweisancen des Gesuchstellers zu klären, kann es im Normalfall kein Obsiegen oder Unterliegen geben.⁵⁴ Wird dem Gesuch auf Abnahme bestimmter Beweismittel stattgegeben, ist dem Gesuchsteller keine Parteientschädigung zuzusprechen; zudem hat er die Gerichtskosten zu tragen. Wird das Gesuch hingegen vollständig abgewiesen, hat der Gesuchsteller die Gerichtskosten zu tragen und dem Gesuchsgegner eine Parteientschädigung zu bezahlen.⁵⁵

d) Verweigerung der Mitwirkung

Nach US-amerikanischem Prozessrecht kann die ungerechtfertigte Weigerung, an einer Beweisabnahme im Rahmen des pre-trial discovery mitzuwirken, strafrechtlich sanktioniert werden (oben II).

Demgegenüber enthält Art. 158 ZPO keine ausdrückliche Regelung für den Fall, dass sich der Gesuchsteller oder die dritte Person unberechtigterweise weigert, an der Beweisabnahme mitzuwirken.

Für die Beweisabnahme nach Klageanhebung sieht die ZPO Mitwirkungspflichten der Parteien und der Dritten vor (Art. 160 ZPO). Verweigert eine Partei die Mitwirkung unberechtigterweise, wird dies vom Gericht bei der Beweiswürdigung berücksichtigt (Art. 164 ZPO). Verweigert hingegen die dritte Person die Mitwirkung unbe-

⁵² YVES RÜEDI, Kommentar zu Art. 158 ZPO, in: Myriam A. Gehri/Michael Kramer (Hrsg.), ZPO Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Zürich 2010, Art. 158 ZPO Rz. 3; FELLMANN, ZPO Komm. (Fn. 27), Art. 158 ZPO Rz. 46; FELLMANN, Haftpflichtprozess (Fn. 26), S. 109; GASSER/RICKLI (Fn. 30), Art. 158 ZPO Rz. 8; hinsichtlich der Einholung eines neuen Gutachtens im Hauptverfahren vgl. auch REETZ (Fn. 26), Rz. 21.

⁵³ SCHWEIZER (Fn. 17), S. 15; SCHMID (Fn. 26), Art. 158 ZPO Rz. 4; GASSER/RICKLI (Fn. 30), Art. 158 ZPO Rz. 8; REETZ (Fn. 26), Rz. 21.

⁵⁴ ZÜRCHER (Fn. 46), Art. 158 ZPO Rz. 20.

⁵⁵ FELLMANN, ZPO Komm. (Fn. 27), Art. 158 Rz. 36 ff.; ZÜRCHER (Fn. 46), Art. 158 ZPO Rz. 20, vertritt die Ansicht, dass die Gerichtskosten grundsätzlich dem Gesuchsteller aufzuerlegen sind.

rechtigterweise, so sieht das Gesetz verschiedene Sanktionsmöglichkeiten vor (Art. 167 ZPO).

Falls sich der Gesuchsgegner im Rahmen einer vorsorglichen Beweisabnahme nach Art. 158 Abs. 1 Bst. b ZPO etwa weigert, die angeordnete Herausgabe bestimmter Unterlagen zu edieren, kann nicht die in Art. 164 ZPO vorgesehene Rechtsfolge greifen. Denn bei der vorsorglichen Beweisabnahme i.S.v Art. 158 Abs. 1 Bst. b ZPO geht es «lediglich» um die Abschätzung der Prozesschancen. Das angerufene Gericht hat nicht einen materiell-rechtlichen Anspruch zu beurteilen und deshalb auch keine Beweise für bestrittene Tatsachenbehauptungen zu würdigen. Deshalb ist Art. 164 ZPO auch nicht analog anwendbar. Verweigert eine Partei unberechtigterweise ihre Mitwirkung, so kann dies lediglich bei der Verteilung der Prozesskosten berücksichtigt werden, falls sich herausstellen sollte, dass der Kläger den Prozess (auch) wegen der später vom Beklagten editierten Urkunden verloren hat (vgl. Art. 107 Abs. 1 Bst. b ZPO).⁵⁶

Weigert sich hingegen eine Drittperson ungerechtfertigterweise an der vorsorglichen Beweisabnahme mitzuwirken, ist Art. 167 ZPO analog anwendbar. Diesfalls kann das Gericht die in dieser Bestimmung vorgesehenen Sanktionsmöglichkeiten anordnen.

IV. Schlussfolgerungen

Gestützt auf Art. 158 Abs. 1 Bst. b ZPO kann eine vorsorgliche Beweisabnahme zur Beurteilung von Beweis- und Prozesschancen beantragt werden. Die teilweise geäußerte Befürchtung, Art. 158 Abs. 1 Bst. b ZPO führe zu einer pre-trial discovery nach US-amerikanischem Prozessrecht, ist wegen der erheblichen Unterschiede jedoch unbegründet.

Denn im Unterschied zum amerikanischen Recht setzt eine vorsorgliche Beweisabnahme nach Art. 158 Abs. 1 Bst. b ZPO in jedem Fall eine gerichtliche Anordnung voraus. Im Anwendungsbereich von Art. 158 Abs. 1 Bst. b ZPO muss der Gesuchsteller zumindest glaubhaft machen, dass die beantragte vorsorgliche Beweisabnahme für die Abklärung der Prozesschance tauglich und relevant ist. Reine Beweisausforschungen (fishing expeditions) sind auch nach Inkrafttreten der Schweizerischen ZPO weiterhin ausgeschlossen.

⁵⁶ SCHWEIZER (Fn. 17), S. 15 f.