

Art. 154 ZPO, Art. 158 ZPO, Art. 308 ff. ZPO und Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO

Zulässiges Rechtsmittel gegen Entscheide über Gesuche um vorsorgliche Beweisabnahme; Differenzierung danach, ob das Gesuch vor Anhängigmachung des Hauptprozesses oder im Rahmen eines bereits rechtshängigen Prozesses gestellt wird

2. Juli 2018, LA180003-O, Obergericht des Kantons Zürich, I. Zivilkammer

Aus den Erwägungen:

3.1 Das Gericht prüft von Amtes wegen, ob die Prozess- bzw. Rechtsmittelvoraussetzungen erfüllt sind (vgl. Art. 60 ZPO). Die Klägerin bezeichnete ihre Rechtsschrift vom 18. Januar 2018 – entsprechend der Rechtsmittelbelehrung der Vorinstanz – als "Berufung". Als Begründung brachte sie vor, auf Gesuche um vorsorgliche Beweisführung fänden gemäss Art. 158 Abs. 2 ZPO die Bestimmungen über die vorsorglichen Massnahmen Anwendung. Vorsorgliche Massnahmeentscheide seien in vermögensrechtlichen Angelegenheiten mit Berufung anfechtbar, wenn der Streitwert mindestens Fr. 10'000.– betrage, was vorliegend der Fall sei. Somit sei die Berufung gemäss Art. 308 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 ZPO zulässig.

3.2 Der von der Klägerin erwähnte Verweis auf die Bestimmungen über die vorsorglichen Massnahmen in Art. 158 Abs. 2 ZPO gilt nicht absolut. Ein Grossteil der Bestimmungen über die vorsorglichen Massnahmen (so etwa Art. 263, 266, 267, 268 und 269 ZPO) passen auf die vorsorgliche Beweisführung nicht, weshalb ohnehin nur von einer analogen bzw. selektiven Anwendung die Rede sein kann (BSK ZPO-GUYAN, Art. 158 N 7 und 9; ZK ZPO-FELLMANN, Art. 158 N 23 f.). In Bezug auf das zulässige Rechtsmittel ist vorab zu unterscheiden, ob das Gesuch um vorsorgliche Beweisabnahme vor oder nach Rechtshängigkeit des Hauptverfahrens gestellt wird.

3.2.1 Das Bundesgericht betont die Eigenständigkeit des Verfahrens über die vorsorgliche Beweisführung, wenn das Gesuch vor Einleitung des

Hauptprozesses gestellt wird (BGer 4A_128/2017 vom 12. Mai 2017, E. 5.2, mit Verweis auf BGE 142 III 40 E. 3.1.1). Die Einreichung eines vorprozessualen Gesuchs im Sinne von Art. 158 ZPO führt zur Eröffnung eines eigenständigen Beweisabnahmeverfahrens. Wird das Gesuch abgewiesen, so weist diese Abweisung Elemente eines Endentscheides auf, da damit das eigenständige Beweisverfahren beendet wird (vgl. BGer 4A_441/2017 vom 4. Dezember 2017, E. 1.1.1). Diese Auffassung berücksichtigt zudem den Umstand, dass im Zeitpunkt der Abweisung des Gesuchs keine Klarheit darüber besteht, ob in der Folge die Klage überhaupt rechtshängig gemacht wird (SEILER, Die Anfechtung von prozessleitenden Verfügungen und weitere Aspekte der Beschwerde nach Art. 319 ff. ZPO, in: BJM 2018, S. 65 ff., S. 78 f.). Nach dem Gesagten sind Entscheide über die Abweisung der vorsorglichen Beweisführung *vor* Anhängigmachung des Hauptprozesses als Endentscheide in einem (eigenständigen) vorsorglichen Massnahmeverfahren zu qualifizieren, welche mit Berufung im Sinne von Art. 308 ff. ZPO angefochten werden können (STANISCHEWSKI, Die vorsorgliche Beweisführung nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich 2015, S. 51 Rz 47, m.w.H.; vgl. auch BGer 4A_128/2017 vom 12. Mai 2017, E. 2.1.1).

3.2.2 Anders verhält es sich jedoch, wenn das Gesuch um vorsorgliche Beweisabnahme – wie vorliegend – im Rahmen eines bereits rechtshängigen Prozesses gestellt wird. In diesem Fall bezweckt die vorsorgliche Beweisführung lediglich die zeitliche Vorverlegung der Beweisabnahme, nicht aber die Einleitung eines eigenständigen (Beweis)Verfahrens. Folglich entfällt das verfahrensabschliessende Element auch bei der Abweisung des Gesuchs, womit hier sowohl die Gutheissung wie auch die Abweisung als einfache prozessleitende Verfügungen zu qualifizieren sind (SEILER, a.a.O., S. 80). Es handelt sich diesfalls um eine Beweisverfügung nach Art. 154 ZPO (STANISCHEWSKI, a.a.O., S. 56 Rz 51), mit welcher lediglich die Frage beantwortet wird, ob die beantragte Beweisabnahme zeitlich vorverlagert wird oder nicht. Demgemäss sind Entscheide über Gesuche zur vorweggenommenen Abnahme gefährdeter Beweise im Hauptverfahren als verfahrensleitende Verfügungen zu qualifizieren, die nur mit Beschwerde nach Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO angefochten

werden können, sofern ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht (vgl. BGer 4A_128/2017 vom 12. Mai 2017, E. 5.2, m.w.H.; ZK ZPO-FELLMANN, Art. 158 N 44f; KUKO ZPO-SCHMID, Art. 158 N 10; STANISCHEWSKI, a.a.O., S. 56 Rz 51; GÄUMANN/MARGHITOLA, Editionspflichten nach der eidgenössischen Zivilprozessordnung, in: Jusletter vom 14. November 2011, Rz 88; SCHWEIZER, Vorsorgliche Beweisabnahme nach schweizerischer Zivilprozessordnung und Patentgesetz, in: ZZZ 2010, S. 3 ff., S. 33).

3.2.3 Die Rechtsmittelbelehrung der Vorinstanz erweist sich nach dem Gesagten als unzutreffend. Falsche Rechtsmittelbelehrungen einer Behörde vermögen die gesetzliche Rechtsmittelordnung allerdings nicht zu verändern. Die von der Klägerin im Vertrauen auf die unrichtige Belehrung der Vorinstanz erhobene Berufung gegen die Verfügung vom 4. Januar 2018 ist daher als Beschwerde entgegenzunehmen und zu behandeln. Der nicht leicht wiedergutzumachende Nachteil im Sinne von Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO liegt bei gefährdeten Beweismitteln auf der Hand. Werden die Urkunden – wie von der Klägerin behauptet – aufgrund der abgelaufenen Aufbewahrungsfrist tatsächlich vernichtet, stehen diese Beweismittel später definitiv nicht mehr zur Verfügung. Die Klägerin riskiert damit möglicherweise, dass ihre Klage mangels Beweisen rechtskräftig abgewiesen wird. Auch die übrigen Rechtsmittelvoraussetzungen sind erfüllt: Die Beschwerde der durch die angefochtene Verfügung beschwerten Klägerin wurde form- und fristgerecht erhoben (Art. 321 Abs. 1 und 2 i.V.m. Art. 158 Abs. 2 sowie Art. 248 lit. d ZPO), enthält hinreichend klar gestellte Anträge und der einverlangte Kostenvorschuss ging rechtzeitig ein.