

# Das schutzwürdige Interesse als Voraussetzung für den Anspruch auf vorsorgliche Beweisführung gemäss Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO

CYRILL A. H. CHEVALLEY\*

SCHLAGWÖRTER	Vorsorgliche Beweisführung – Vorsorgliche Massnahme – Zivilprozessrecht – pre-trial discovery – Schweiz
ZUSAMMENFASSUNG	Art. 158 Abs. 1 lit. b Var. 2 der Schweizerischen Zivilprozessordnung gewährt einer Partei die Möglichkeit zur Klärung von Prozesschancen mittels vorsorglicher Beweisführung. Der Beitrag untersucht die Konkretisierung des dafür vorausgesetzten schutzwürdigen Interesses durch Rechtsprechung und Lehre und plädiert für eine grosszügigere Praxis.
RÉSUMÉ	L'art. 158 al. 1 let. b var. 2 du Code de procédure civile suisse permet à une partie de clarifier les chances de succès d'un procès futur. Ceci exige un intérêt digne de protection qui doit être rendu vraisemblable par le requérant. Cette contribution étudie la concrétisation de cette condition par la jurisprudence et la doctrine et plaide pour une pratique moins stricte.
ABSTRACT	Art. 158 para. 1 lit. b var. 2 of the Swiss Civil Procedure Code allows a party to evaluate the chances of a potential litigation through pre-trial taking of evidence. This requires a legitimate interest. The article discusses the way in which case law and doctrine interpret this condition and advocates a less restrictive interpretation.

## I. Einleitung

Normalerweise findet die gerichtliche Beweisabnahme während eines rechtshängigen Prozesses im sog. Beweisstadium statt.<sup>1</sup> Ausnahmsweise besteht gemäss Art. 158 Abs. 1 ZPO<sup>2</sup> jedoch «jederzeit», also auch ausserhalb dieses formalisierten Verfahrensabschnitts und sogar ohne Vorliegen eines rechtshängigen Prozesses, ein Anspruch

auf vorsorgliche Beweisführung («preuve à futur»; «assunzione di prove a titolo cautelare»<sup>3</sup>).

Die vorsorgliche Beweisführung nach schweizerischem Zivilprozessrecht kennt drei unterschiedliche Ausprägungen.<sup>4</sup> Art. 158 Abs. 1 lit. a ZPO verweist auf andere Bestimmungen des Bundesrechts<sup>5</sup>, welche einen Anspruch

\* CYRILL A. H. CHEVALLEY, MLaw bil. (Basel/Genf), Advokat. Der vorliegende Aufsatz beruht auf der vom Autor im Zuge des baselstädtischen Anwaltsexamens vom Herbst 2022 verfassten Hausarbeit. Dem Aufgabensteller und damaligen Präsidenten der Advokaten-Prüfungsbehörde Basel-Stadt, lic. iur. Bruno Lötscher-Steiger, ehem. Zivilgerichtspräsident Basel-Stadt, danke ich für die Empfehlung zur Publikation.

Dieser Beitrag ist lizenziert unter Creative Commons Lizenz CC BY-NC-ND. DOI dieses Artikels: 10.3256/978-3-03929-036-9\_05.

<sup>1</sup> Botschaft des Bundesrates zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) vom 28. Juni 2006, BBl 2006 7221 ff., 7315; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 158 N 1; WALTER FELLMANN, Die vorsorgliche Beweisführung nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, in: Walter Fellmann/Stephan Weber (Hrsg.), Haftpflichtprozess 2010, Zürich 2010, 97 ff., 99.

<sup>2</sup> Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (Zivilprozessordnung, ZPO; SR 272).

<sup>3</sup> Botschaft ZPO 2006 (Fn. 1), BBl 2006 7315; ADRIAN STAEHELIN/DANIEL STAEHELIN/PASCAL GROLIMUND, Zivilprozessrecht, Unter Einbezug des Anwaltsrechts und des internationalen Zivilprozessrechts, 3. Aufl., Zürich 2019, § 18 N 142; NICOLAS JEANDIN/AUDE PEYROT, Précis de procédure civile, Genf 2015, N 410; FABIENNE HOHL, Procédure civile, Tome I: Introduction et théorie générale, 2. Aufl., Bern 2016, N 2165 ff.

<sup>4</sup> CR CPC-SCHWEIZER, Art. 158 N 1; SAMUEL BAUMGARTNER/ANNETTE DOLGE/ALEXANDER R. MARKUS/KARL SPÜHLER, Schweizerisches Zivilprozessrecht und Grundzüge des internationalen Zivilprozessrechts, 10. Aufl., Bern 2018, Kap. 10 N 277. Ein Teil der Lehre will das Bestehen eines vertraglichen Anspruchs als vierte Kategorie anerkennen (FELLMANN [Fn. 1], 99 f. m.w.N.; a.M. FLORA STANISCHEWSKI, Die vorsorgliche Beweisführung nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich 2015, N 18: Zivilprozessrecht nicht der vertraglichen Modifikation zugänglich). Darauf kann aus Raumgründen nicht eingegangen werden.

<sup>5</sup> Siehe z.B. Art. 204 Abs. 2 und 3 Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Fünfter Teil: Obligationenrecht, vom 30. März 1911 (OR; SR 220), Art. 367 Abs. 2 OR, Art. 427 Abs. 1 OR, Art. 65 lit. a Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte vom 9. Oktober 1992 (Urheberrechtsgesetz, URG; SR 231.1), hierzu ausf. MATTEO SALVADÈ, Assunzione di prove a titolo

auf vorsorgliche Beweisführung<sup>6</sup> gewähren.<sup>7</sup> Des Weiteren sieht Art. 158 Abs. 1 lit. b Var. 1 ZPO einen Anspruch auf vorsorgliche Beweisführung vor, wenn eine Partei die Gefährdung von Beweismitteln<sup>8</sup> glaubhaft macht.<sup>9</sup> Schliesslich hat eine Partei gemäss Art. 158 Abs. 1 lit. b Var. 2 ZPO einen Anspruch auf vorsorgliche Beweisführung, wenn sie ein schutzwürdiges Interesse glaubhaft macht.<sup>10</sup> Seit Inkrafttreten der ZPO am 1. Januar 2011 bot diese dritte Tatbestandsvariante zu den meisten Kontroversen Anlass.<sup>11</sup> Sie ist Gegenstand des vorliegenden Aufsatzes. Im Zentrum steht hierbei die Interpretation des «schutzwürdigen Interesses»<sup>12</sup>.

---

cautelare in base al Codice di diritto processuale civile svizzero (CPC), Diss. Luzern 2017, Zürich 2017, N 132 ff.

<sup>6</sup> Nicht darunter fallen materiellrechtliche Ansprüche auf Rechnungslegung oder Herausgabe von Beweismitteln (siehe z.B. Art. 170 Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 [ZGB; SR 210]; Art. 400 Abs. 1 OR; BGE 143 III 113, 114, E. 4.3; KUKO ZPO-BAUMGARTNER, Art. 158 N 4).

<sup>7</sup> Botschaft ZPO 2006 (Fn. 1), BBl 2006 7315; WALTER FELLMANN, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Art. 158 N 11; KUKO ZPO-BAUMGARTNER, Art. 158 N 4.

<sup>8</sup> Z.B. Einvernahme eines todkranken Zeugen, Augenschein bei einem einsturzgefährdeten Gebäude oder drohende Vernichtung von Akten wegen Ablauf der gesetzlichen Aufbewahrungsfrist (OGer ZH RA190001 [19. März 2019], E. 4.6 f.; Botschaft ZPO 2006 [Fn. 1], BBl 2006 7315; WALTER FELLMANN, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Art. 158 N 12; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 158 N 8).

<sup>9</sup> THOMAS SUTTER-SOMM, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 2017, N 916. Dies umfasst die Verunmöglichung und die signifikante Erschwerung der späteren Beweisabnahme (WALTER FELLMANN, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], Art. 158 N 13; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 158 N 8; HOHL [Fn. 3], N 2169).

<sup>10</sup> SUTTER-SOMM (Fn. 9), N 916.

<sup>11</sup> Vgl. LAURENT KILLIAS/MICHAEL KRAMER/THOMAS ROHNER, Gewährt Art. 158 ZPO eine «pre-trial discovery» nach US-amerikanischem Recht?, in: Franco Lorandi/Daniel Staehelin (Hrsg.), Innovatives Recht, Festschrift für Ivo Schwander, Zürich/St. Gallen 2011, 933 ff., 934; MARKUS SCHMID, Hohe Hürden für die erfolgreiche Durchsetzung von Haftpflichtansprüchen, HAVE 2021, 204 ff., 207. S.a. die Rechtsprechungsübersichten bei PATRICK WAGNER/THIBAUT MEYER, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur vorsorglichen Beweisführung nach Art. 158 ZPO – Ein Update, Anwaltsrevue 2020, 423 ff.; PATRICK WAGNER/RAINER DEECKE, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur vorsorglichen Beweisführung nach Art. 158 ZPO, Anwaltsrevue 2015, 269 ff.

<sup>12</sup> Französisch: «intérêt digne de protection»; Italienisch: «interesse degno di protezione». Die drei Fassungen in den Amtssprachen Deutsch, Französisch und Italienisch sind in gleicher Weise verbindlich (Art. 14 Abs. 1 Satz 2 Bundesgesetz über die Sammlungen des Bundesrechts und das Bundesblatt vom 18. Juni 2004 [Publikationsgesetz, PublG; SR 170.512]).

Nachfolgend werden zunächst die Grundlagen der vorsorglichen Beweisführung nach Art. 158 Abs. 1 lit. b Var. 2 ZPO skizziert.<sup>13</sup> Den Kern der Untersuchung bildet die Konkretisierung des schutzwürdigen Interesses durch Rechtsprechung und Lehre.<sup>14</sup> Der Aufsatz schliesst mit Handlungsempfehlungen für die Praxis<sup>15</sup> sowie einer Synthese der wichtigsten Erkenntnisse<sup>16</sup>.

## II. Art. 158 Abs. 1 lit. b Var. 2 ZPO im Allgemeinen

### A. Entstehungsgeschichte

#### 1. Kantonale Vorbilder

Alle Kantone kannten die Möglichkeit einer vorsorglichen Beweisführung, soweit das Bundesrecht eine solche vorsah oder eine Partei eine Beweisgefährdung glaubhaft machte.<sup>17</sup> Eine darüber hinausgehende Möglichkeit der vorsorglichen Beweisführung bestand hingegen nur in wenigen Kantonen.

Im Kanton Basel-Stadt konnte eine Partei gestützt auf § 156 ZPO BS<sup>18</sup> die Vornahme eines Augenscheins oder die Erstellung einer Expertise verlangen, wenn sie ein schutzwürdiges Interesse glaubhaft machte.<sup>19</sup> Schutzwürdig war das Interesse an der Vermeidung oder Vereinfachung eines Prozesses, nicht aber die Intention, sonst nicht zugängliches Prozessmaterial zu beschaffen oder Einsicht in die Geschäftsakten der Gegenpartei zu erlangen.<sup>20</sup> Eine

---

<sup>13</sup> Siehe II.

<sup>14</sup> Siehe III.

<sup>15</sup> Siehe IV.

<sup>16</sup> Siehe V.

<sup>17</sup> MAX GULDENER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 1979, 578 f.; SALVADÈ (Fn. 5), N 56; s.a. KILLIAS/KRAMER/ROHNER (Fn. 11), 937; STANISCHEWSKI (Fn. 4), N 1; CHRISTOPH LEUENBERGER, Beweis, in: Yvo Hangartner (Hrsg.), Das st. gallische Zivilprozessgesetz, Referate der Tagung des Schweizerischen Instituts für Verwaltungskurse vom 14. und 21. Juni 1991 in St. Gallen, St. Gallen 1991, 105 ff., 133.

<sup>18</sup> Zivilprozessordnung des Kantons Basel-Stadt vom 8. Februar 1875 (ZPO BS), in Kraft bis 31. Dezember 2010.

<sup>19</sup> BRUNO HABERTHÜR, § 156 ZPO BS, in: Bruno Habertür (Hrsg.), Praxis zur Basler Zivilprozessordnung, mit Erläuterungen, Band 2, Basel 1964, N 1.

<sup>20</sup> AppGer BS (14. April 1950), SJZ 1951, 279 f., 279; HABERTHÜR (Fn. 19), N 1; ADRIAN STAEHELIN/THOMAS SUTTER, Zivilprozessrecht, nach den Gesetzen der Kantone Basel-Stadt und Basel-Landschaft unter Einbezug des Bundesrechts, Zürich 1992, § 14 N 111.

ähnliche Regelung kannte der Kanton Basel-Landschaft für haftpflichtrechtliche Fälle.<sup>21</sup>

Auch im Kanton Bern konnte eine Partei jederzeit über Tatsachen, die sie in einem allfälligen Prozess geltend machen wollte, einen vorsorglichen Beweis führen (Art. 222 Satz 1 ZPO BE<sup>22</sup>). Die Gegenpartei konnte sich dem nur widersetzen, wenn sie sofort nachwies, dass der Gesuchsteller kein Rechtsschutzinteresse hatte.<sup>23</sup> Als solches galt auch die Abklärung der Beweis- und Prozessaussichten vor Einleitung eines Hauptverfahrens; einer Beweisgefährdung oder zeitlicher Dringlichkeit bedurfte es grundsätzlich nicht.<sup>24</sup> Eine ähnliche Regelung bestand im Kanton Jura (vgl. Art. 225 CPC JU<sup>25</sup>).<sup>26</sup>

Im Kanton Waadt konnte eine Partei schon vor Einleitung eines Hauptverfahrens eine «expertise hors procès» beantragen, sofern sie ein «intérêt légitime» glaubhaft machte (vgl. Art. 249 CPC VD<sup>27</sup>).<sup>28</sup> Einer Beweisgefährdung bedurfte es nicht (Art. 248 Abs. 1 CPC VD *e contrario*).<sup>29</sup> Ein schutzwürdiges Interesse setzte voraus, dass die Tatsachen, über welche Beweis zu führen war, es dem Gesuchsteller *pri-*

*ma facie* erlauben würden, Rechte gegen eine andere Partei abzuleiten.<sup>30</sup> Auch im Kanton Freiburg konnte eine Partei jederzeit eine Expertise verlangen über Tatsachen, die sie in einem schon hängigen oder allfälligen späteren Prozess anrufen wollte, ohne dass es des Nachweises einer Beweisgefährdung bedurfte (Art. 261 Abs. 1 CPC FR<sup>31</sup>).<sup>32</sup>

Die Rechtsprechung in St. Gallen schliesslich liess eine vorsorgliche Beweiserhebung trotz der in Art. 199 Abs. 1 lit. a ZPO SG<sup>33</sup> verlangten Beweisgefährdung mit Zustimmung aller Parteien auch zu, wenn dies die Chance eines Vergleichs und damit der Verfahrenskürzung bot.<sup>34</sup>

## 2. Gesetzgebungsverfahren

Art. 151 Abs. 1 VE ZPO 2003<sup>35</sup> sah die vorsorgliche Beweisführung unter dem Sachtitel «Beweissicherung» lediglich für Fälle vor, in denen das Bundesrecht einen Anspruch gewährte oder eine Beweisgefährdung bestand.<sup>36</sup> Erst auf entsprechende Anregungen<sup>37</sup> im Vernehmlassungsverfahren hin wurde das schutzwürdige Interesse als dritte Tatbestandsvariante in Art. 155 Abs. 1 lit. b E ZPO 2006<sup>38</sup>

<sup>21</sup> Siehe § 190 Abs. 2 Gesetz betreffend die Zivilprozessordnung vom 21. September 1961 (ZPO BL), in Kraft bis 31. Dezember 2010; hierzu STAEHELIN/SUTTER (Fn. 20), § 14 N 111.

<sup>22</sup> Zivil-Prozess-Ordnung für den Kanton Bern vom 7. Juli 1918 (ZPO BE), in Kraft bis 31. Dezember 2010.

<sup>23</sup> MAX KUMMER, Grundriss des Zivilprozessrechts, nach den Prozessordnungen des Kantons Bern und des Bundes, 4. Aufl., Bern 1984, 184.

<sup>24</sup> OGer BE APH 08 241 (21. Mai 2008), E. II.3; GEORG LEUCH/OMAR MARBACH/Franz KELLERHALS/Martin STERCHI, Art. 222 ZPO BE, in: Georg Leuch/Omar Marbach/Franz Kellerhals/Martin Sterchi/Andreas Güngerich (Hrsg.), Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, Kommentar samt einem Anhang zugehöriger Erlasse, 5. Aufl., Bern 2000, N 1a; FRANZ KELLERHALS/ANDREAS GÜNGERICH/BERNHARD BERGER, Zivilprozessrecht, dargestellt anhand der Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 3. Aufl., Bern 2004, N 04.199; KUMMER (Fn. 23), 184. Eine Ausnahme bildete die vorsorgliche Zeugenbefragung, vgl. Art. 222 Satz 2 ZPO BE; OGer BE APH 08 241 (21. Mai 2008), E. II.3.

<sup>25</sup> Code de procédure civile du Canton du Jura du 9 novembre 1978 (CPC JU), in Kraft bis 31. Dezember 2010.

<sup>26</sup> KILLIAS/KRAMER/ROHNER (Fn. 11), 939; SALVADÈ (Fn. 5), N 64.

<sup>27</sup> Code de procédure civile du Canton de Vaud du 14 décembre 1966 (CPC VD), in Kraft bis 31. Dezember 2010.

<sup>28</sup> JEAN-FRANÇOIS POUURET/JACQUES HALDY/DENNIS TAPPY, Art. 249 ZPO VD, in: Jean-François Poudret/Jacques Haldy/Dennis Tappy (Hrsg.), Procédure civile vaudoise, 3. Aufl., Lausanne 2002, N 1 f.; s.a. MICHEL HEINZMANN/CORINNE COPT, Expertise hors procès, Arrêt du tribunal cantonal vaudois du 9 mars 2011 (66/I), BR 2011, 201 f., 201 m.w.N.

<sup>29</sup> TC VD (23. September 1999), JdT 2000 III, 34 ff., 36, E. 2a; POUURET/HALDY/TAPPY (Fn. 28), N 1.

<sup>30</sup> TC VD (23. September 1999), JdT 2000 III, 34 ff., 36, E. 2a; POUURET/HALDY/TAPPY (Fn. 28), N 1 f.

<sup>31</sup> Code de procédure civile du Canton de Fribourg du 28 avril 1953 (CPC FR), in Kraft bis 31. Dezember 2010.

<sup>32</sup> KILLIAS/KRAMER/ROHNER (Fn. 11), 939.

<sup>33</sup> Zivilprozessgesetz des Kantons St. Gallen vom 20. Dezember 1990 (ZPO SG), in Kraft bis 31. Dezember 2010.

<sup>34</sup> HGer SG (3. Juni 1997), GVP 1997 Nr. 46, 102 f., E. 2; KGer SG (1. Juni 1988), GVP 1988 Nr. 68, 106 f., 106, E. 2b; CHRISTOPH LEUENBERGER/BEATRICE UFFER-TOBLER, Art. 199 ZPO SG, in: Christoph Leuenberger/Beatrice Uffer-Tobler (Hrsg.), Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St. Gallen, Zivilprozessgesetz vom 20. Dezember 1990, Bern 1999, N 1b; LEUENBERGER (Fn. 17), 133.

<sup>35</sup> Vorentwurf der Expertenkommission für eine Schweizerische Zivilprozessordnung, Juni 2003, <https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/staat/gesetzgebung/archiv/zivilprozessrecht/entw-zpo-d.pdf>, abgerufen am 24. März 2023.

<sup>36</sup> Bericht der Expertenkommission zum Vorentwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung, Juni 2003, <https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/staat/gesetzgebung/archiv/zivilprozessrecht/vn-ber-d.pdf>, abgerufen am 24. März 2023, 78; KUKO ZPO-BAUMGARTNER, Art. 158 N 8.

<sup>37</sup> Siehe insb. Stellungnahme Kanton Basel-Stadt zu Art. 151 VE ZPO 2003 (vgl. Zusammenstellung der Vernehmlassungen zum Vorentwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung, <https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/staat/gesetzgebung/archiv/zivilprozessrecht/ve-ber.pdf.download.pdf/veber.pdf>, abgerufen am 24. März 2023, 408).

<sup>38</sup> Entwurf zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28. Juni 2006, BBl 2006 7413 ff.

aufgenommen.<sup>39</sup> Nach der Botschaft wird damit auf die «Abklärung der Beweis- und Prozessaussichten»<sup>40</sup> zur Vermeidung aussichtsloser Prozess Bezug genommen, wie sie in manchen Kantonen bereits bestand.<sup>41</sup> In den Räten gab die Bestimmung zu keinen Diskussionen Anlass.<sup>42</sup>

## B. Rechtsnatur der vorsorglichen Beweisführung

Teile der Literatur ordnen das in Art. 158 Abs. 1 lit. b Var. 2 ZPO geregelte Institut als spezielle vorsorgliche Massnahme ein.<sup>43</sup> Hauptargument ist Art. 158 Abs. 2 ZPO, der auf die Bestimmungen über die vorsorglichen Massnahmen verweist.<sup>44</sup> Zudem qualifiziert das Bundesgericht Entscheide über Gesuche nach Art. 158 Abs. 1 lit. b Var. 2 ZPO wegen ihrer fehlenden materiellen Rechtskraftfähigkeit als Entscheide über vorsorgliche Massnahmen nach Art. 98 BGG.<sup>45</sup>

Die gegenteilige Auffassung qualifiziert die vorsorgliche Beweisführung i.S.v. Art. 158 Abs. 1 lit. b Var. 2 ZPO als Vorverlegung eines Verfahrensschrittes in ein formell eigenständiges Verfahren.<sup>46</sup> Anders als bei vorsorglichen Massnahmen gemäss Art. 261 ff. ZPO gehe es nicht um die Abwendung einer bestehenden oder drohenden Verletzung rechtlicher Ansprüche.<sup>47</sup> Diese Auffassung überzeugt. Dass manche Verfahrensbestimmungen über vorsorgliche Massnahmen sinngemäss<sup>48</sup> Anwendung finden, ändert nichts daran, dass es sich der Sache nach um eine prozessökonomisch motivierte vorgezogene Beweisab-

nahme handelt.<sup>49</sup> Zudem geht die hier interessierende Bestimmung auf kantonale Vorbilder zurück, welche nicht dem einstweiligen Rechtsschutz, sondern der Prozessökonomie dienen.<sup>50</sup>

## C. Wesentliche Charakteristika

### 1. Formell eigenständiges Verfahren

Die vorsorgliche Beweisführung stellt ein rechtlich eigenständiges Verfahren dar.<sup>51</sup> Dieses richtet sich gemäss Art. 158 Abs. 2 ZPO nach den Bestimmungen über das summarische Verfahren (Art. 252 ff. ZPO).<sup>52</sup> Es besteht ein alternativer, zwingender Gerichtsstand am Ort der Hauptsache und am Ort, an welchem die Massnahme vollstreckt werden soll (Art. 13 ZPO).<sup>53</sup> Ein Verfahren nach Art. 158 ZPO führt nicht zur Rechtshängigkeit der Hauptsache.<sup>54</sup> Nach erfolgter Beweisabnahme befindet das Gericht über die Kosten- und Entschädigungsfrage

<sup>39</sup> Botschaft ZPO 2006 (Fn. 1), BBl 2006 7315; vgl. CI CPC-TREZZINI, Art. 158 N 41.

<sup>40</sup> Botschaft ZPO 2006 (Fn. 1), BBl 2006 7315.

<sup>41</sup> Botschaft ZPO 2006 (Fn. 1), BBl 2006 7315.

<sup>42</sup> Siehe FELLMANN (Fn. 1), 98 m.w.N.

<sup>43</sup> BK ZPO-BRÖNNIMANN, Art. 158 N 2; SUTTER-SOMM (Fn. 9), N 917; KATHRIN KLETT, Der Immaterialgüterrechtsprozess am Bundesgericht, sic! 2013, 125 ff., 126.

<sup>44</sup> BK ZPO-BRÖNNIMANN, Art. 158 N 2; SUTTER-SOMM (Fn. 9), N 917.

<sup>45</sup> Vgl. BGer 4A\_532/2011 (31. Januar 2012), E. 1.4 (nicht publ. in: BGE 138 III 76) mit Verweis auf BGE 133 III 638, 639, E. 2 (betreffend die vorsorgliche Beweisführung gemäss Art. 222 ff. ZPO BE, s.a. I.L.A.1); vgl. KLETT (Fn. 43), 126.

<sup>46</sup> STEFAN GÄUMANN/RETO MARGHITOLA, Editionsspflichten nach der eidgenössischen Zivilprozessordnung, Jusletter 14. November 2011, N 89; STANISCHEWSKI (Fn. 4), N 20; s.a. HEINZMANN/COPT (Fn. 28), 201.

<sup>47</sup> STANISCHEWSKI (Fn. 4), N 20; vgl. (betreffend Art. 10 IPRG) GERHARD WALTER, Die internationale Zuständigkeit schweizerischer Gerichte für «vorsorgliche Massnahmen» – oder: Art. 10 IPRG und seine Geheimnisse, AJP 1992, 61 ff., 62.

<sup>48</sup> Siehe II.C.1.

<sup>49</sup> Vgl. BGE 142 III 40, 44, E. 3.1.2: «procédure probatoire spéciale de procédure civile». S.a. BGer 4A\_351/2021 (26. April 2022), E. 3.1.4, wonach sich die vorsorgliche Beweisführung nach Art. 158 Abs. 1 lit. b Var. 2 ZPO von der ordentlichen nur dadurch unterscheidet, dass sie zeitlich vorgelagert sei.

<sup>50</sup> Siehe II.A.1. Offenbleiben muss an dieser Stelle aus Raumgründen, ob für die vorsorgliche Beweisführung bei Beweisgefährdung (lit. b Var. 1) anders zu entscheiden wäre; m.E. spricht vieles dafür (ebenso STANISCHEWSKI [Fn. 4], N 20; a.M. DENIS PIOTET, Note CACI 2014/216, JdT 2014 III, 129 ff., 131).

<sup>51</sup> BGer 4A\_421/2018 (8. November 2018), E. 4; CA NE CACIV.2020.40 (14. September 2020), RJN 2020, 333 ff., E. 3.

<sup>52</sup> BGE 142 III 40, 44, E. 3.1.2; WALTER FELLMANN, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Art. 158 N 23; BSK ZPO-GUYAN, Art. 158 N 7.

<sup>53</sup> BGE 138 III 555, 557, E. 2.2; BSK ZPO-GUYAN, Art. 158 N 8. Sachliche und funktionelle Zuständigkeit richten sich nach dem kantonalen Recht (Art. 4 Abs. 1 ZPO; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 158 N 17). Im Kanton Basel-Stadt ist das Einzelgericht des Zivilgerichts für die erstinstanzliche Beurteilung zuständig (§ 70 Abs. 1 und § 71 Abs. 1 lit. b Gesetz betreffend die Organisation der Gerichte und der Staatsanwaltschaft vom 3. Juni 2015 [Gerichtsorganisationsgesetz, GOG BS; SG BS 154.100]). Im Rechtsmittelverfahren entscheidet das Dreiergericht des Appellationsgerichts (§ 92 Abs. 1 Ziff. 6 GOG BS; siehe AppGer BS ZB.2021.44 [28. Januar 2022], E. 1).

<sup>54</sup> BENJAMIN SCHUMACHER, Kapitel 8, Teil II: Vorsorgliche Beweisführung, in: Ulrich Haas/Reto Marghitola (Hrsg.), Fachhandbuch Zivilprozessrecht, Zürich 2020, 248 ff., N 8.192. Dementsprechend kommt ihm auch keine verjährungsunterbrechende Wirkung zu; Verwirkungsfristen werden ebenfalls nicht gewahrt (BERNHARD BERGER/ANDREAS GÜNGERICH/CHRISTOPH HURNI/RETO STRITTMATTER, Zivilprozessrecht, Unter Berücksichtigung der bernischen und zürcherischen Einföhrungsgesetzgebung, 2. Aufl., Bern 2021, N 1041).

und schliesst das Verfahren.<sup>55</sup> Es besteht keine Pflicht zur Prosequierung; das Gericht darf auch keine Frist hierzu ansetzen.<sup>56</sup> Die Verwertung der abgenommenen Beweise in einem allfälligen Hauptsacheprozess ist keiner Verwirklichungsfrist unterworfen.<sup>57</sup>

Obwohl i.d.R. der mutmassliche Anspruchsberechtigte ein Verfahren nach Art. 158 Abs. 1 lit. b Var. 2 ZPO einleitet, steht dieses nach herrschender Lehre auch der Gegenpartei offen, um z.B. die Chancen einer drohenden Klage abzuklären.<sup>58</sup>

## 2. Vorbehalt der erneuten Beweisabnahme

Zweck des Verfahrens ist einzig die Beweisabnahme zur Feststellung eines bestimmten Sachverhalts.<sup>59</sup> Es erfolgt keine materiellrechtliche Beurteilung des streitigen Rechtsverhältnisses.<sup>60</sup> Das Gericht befindet sich auch nicht über die Erfolgchancen einer allfälligen Klage.<sup>61</sup> Eine Partei kann daher im Hauptsacheprozess mangels *res iudicata* die erneute Abnahme eines bereits vorsorglich erhobenen Beweises beantragen; das Gericht darf einen solchen Antrag aber ablehnen, wenn es keinen Bedarf mehr dafür sieht.<sup>62</sup>

## 3. Kosten

### a. Gerichtskosten und Parteientschädigung

Die Kostenauflegung erfolgt nicht nach dem in Art. 106 ZPO niedergelegten Unterliegerprinzip, da nicht über materiellrechtliche Ansprüche entschieden wird und es somit auch keine obsiegende oder unterliegende Partei gibt.<sup>63</sup> Stattdessen sind die Gerichtskosten nach Verursacherprinzip dem Gesuchsteller als Verursacher

des Verfahrens aufzuerlegen (Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO).<sup>64</sup> Vorbehalten bleibt eine spätere Abwälzung im Hauptverfahren.<sup>65</sup> Zudem hat der Gesuchsgegner einen Anspruch auf Parteientschädigung.<sup>66</sup> Für das Rechtsmittelverfahren wird hingegen das Unterliegerprinzip angewendet.<sup>67</sup>

### b. Ausschluss der unentgeltlichen Rechtspflege

Nach der Rechtsprechung besteht im Verfahren nach Art. 158 Abs. 1 lit. b Var. 2 ZPO kein Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege.<sup>68</sup> Es gehe es einzig darum, das Vorhandensein von Tatsachen beweismässig zu klären; materiellrechtliche Rechte oder Pflichten stünden nicht zur Beurteilung.<sup>69</sup> Einer mittellosen Partei drohe demnach kein Rechtsverlust.<sup>70</sup> Zudem könne sie auch direkt einen Hauptsacheprozess einleiten und dort die unentgeltliche Rechtspflege beantragen.<sup>71</sup> Dieser Rechtsprechung erwuchs berechtigte Kritik.<sup>72</sup> Dieser hat der Gesetzgeber in der am 17. März 2023 verabschiedeten Revision<sup>73</sup>

<sup>55</sup> BGer 4D\_57/2020 (24. Februar 2021), E. 3.1.

<sup>56</sup> BGer 4A\_9/2013 (18. Juni 2013), E. 5; SCHUMACHER (Fn. 54), N 8.157.

<sup>57</sup> BGer 4A\_9/2013 (18. Juni 2013), E. 5; CI CPC-TREZZINI, Art. 158 N 89.

<sup>58</sup> CI CPC-TREZZINI, Art. 158 N 42; TANJA DOMEJ, Art. 158 ZPO in der Praxis – Ende einer Hoffnung?, in: Walter Fellmann/Stephan Weber (Hrsg.), Haftpflichtprozess 2014, Zürich 2014, 69 ff., 77; ISAAK MEIER, Vorsorgliche Beweisführung zur Wahrung eines schutzwürdigen Interesses, SJZ 2014, 309 ff., 317.

<sup>59</sup> BGE 143 III 113, 118, E. 4.4.1; BGE 142 III 40, 44, E. 3.1.3.

<sup>60</sup> BGE 143 III 113, 118, E. 4.4.1; BGer 4D\_57/2020 (24. Februar 2021), E. 3.1; BK ZPO-BRÖNNIMANN, Art. 158 N 28; HOHL (Fn. 3), N 2180.

<sup>61</sup> BGE 142 III 40, 44, E. 3.1.3.

<sup>62</sup> BGE 143 III 113, 118, E. 4.4.1; HOHL (Fn. 3), N 2204 f.

<sup>63</sup> BGE 140 III 30, 34 f., E. 3.5; BGer 4D\_57/2020 (24. Februar 2021), E. 3.2; JOHANN ZÜRCHER, DIKE Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Art. 158 N 20; SUTTER-SOMM (Fn. 9), N 917a.

<sup>64</sup> BGE 140 III 30, 34 f., E. 3.5; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 158 N 23. Dies gilt selbst dann, wenn der Gesuchsgegner erfolglos die Abweisung des Gesuchs um vorsorgliche Beweisführung beantragt hat (BGE 140 III 30, 34 f., E. 3.5 f.; SUTTER-SOMM [Fn. 9], N 917a; CR CPC-SCHWEIZER, Art. 158 N 14b). Ausgenommen bleiben Fälle, in denen der Gesuchsgegner durch sein eigenes Verhalten erhebliche Kosten verursacht (BGer 4A\_606/2018 [4. März 2020], E. 6).

<sup>65</sup> BGE 139 III 33, 37, E. 4.5; WALTER FELLMANN, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Art. 158 N 37; SUTTER-SOMM (Fn. 9), N 917a.

<sup>66</sup> BGE 140 III 30, 35, E. 3.6; BSK ZPO-GUYAN, Art. 158 N 11.

<sup>67</sup> OGer SH 10/2017/15/A (13. November 2018), Amtsbericht 2018, 96 ff., E. 7.2; OGer ZH PF140028 (22. August 2014), E. 5.2.1 f. S.a. implizit BGer 4A\_336/2013 (10. Dezember 2013), E. 4 (nicht publ. in: BGE 140 III 24); BGer 4A\_225/2013 (14. November 2013), E. 3 (nicht publ. in: BGE 140 III 16).

<sup>68</sup> BGE 140 III 12, 13 f., E. 3.3.3, 14, E. 3.4; ebenso HOHL (Fn. 3), N 2198.

<sup>69</sup> BGE 140 III 12, 13 f., E. 3.3.3, 14, E. 3.4.

<sup>70</sup> BGE 140 III 12, 13 f., E. 3.3.3, 14, E. 3.4.

<sup>71</sup> BGE 141 I 241, 252, E. 4.3.4; gl.M. CI CPC-TREZZINI, Art. 158 N 103.

<sup>72</sup> Ausf. PC CPC-CHABLOZ/COPT, Art. 158 N 24; PHILIP STOLKIN, Die vorsorgliche Beweisführung, das Recht auf Beweis und das schützenswerte Interesse in der neuen Zivilprozessordnung, HAVE 2014, 14 ff., 26; DANIEL WUFFLI, Vorsorgliche Beweisführung – kein Verfahren für Bedürftige, ZZZ 2014, 141 ff., 143 f.

<sup>73</sup> Die Revision steht (Stand 24. März 2023) noch unter dem Vorbehalt eines fakultativen Referendums. Als Zeitpunkt für das Inkrafttreten steht gemäss unverbindlicher Auskunft des Bundesamtes für Justiz vom 24. März 2023 gegenwärtig der 1. Januar 2025 im Vordergrund; das definitive Datum ist aber noch offen. Der Schlussabstimmungstext ist verfügbar unter <https://www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2020/20200026/>

Rechnung getragen und den Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege explizit normiert.<sup>74</sup>

### III. Das schutzwürdige Interesse im Besonderen

#### A. Bedeutung und Interessenlage

Rechtsprechung und Lehre gehen mit Verweis auf die Materialien davon aus, schutzwürdig i.S.v. Art. 158 Abs. 1 lit. b Var. 2 ZPO sei die Abklärung von Beweis- und Prozessaussichten.<sup>75</sup> Dadurch sollen aussichtslose Prozesse vermieden werden.<sup>76</sup> Ausserdem wird der vorsorglichen Beweisführung das Potenzial zugeschrieben,<sup>77</sup> schwachen Parteien eine vergleichsweise kostengünstige Möglichkeit zu bieten, um das Erfolgspotenzial einer allfälligen Klage zu prüfen und einen aussichtsreichen Prozess dann anzustreben.<sup>78</sup> Ferner kann das Beweisergebnis die Bereitschaft

der Parteien zur vergleichsweisen Erledigung der Streitsache motivieren, so namentlich wenn die Gegenpartei die Erfolgchancen eines allfälligen Verfahrens erkennt.<sup>79</sup>

Ob auch eine Vereinfachung des Hauptsacheprozesses resultiert,<sup>80</sup> ist hingegen zweifelhaft, denn eine rechtliche Bindung an die Ergebnisse der vorsorglichen Beweisabnahme besteht nicht.<sup>81</sup> Ferner steht einer allfälligen zukünftigen Entlastung der Justiz eine aktuelle zusätzliche Belastung gegenüber.<sup>82</sup>

Diese Vorteile hinsichtlich Prozessökonomie und Rechtsdurchsetzung stehen indes in einem Spannungsverhältnis zu den Interessen der Gegenpartei. Es ist nicht die *ratio legis* von Art. 158 Abs. 1 lit. b Var. 2 ZPO, einer Partei überhaupt erst die Grundlagen zu verschaffen, um die für den Hauptsacheprozess erforderlichen Tatsachenbehauptungen zu formulieren.<sup>83</sup> Die Gegenpartei ist daher vor nach schweizerischer Auffassung verpönt<sup>84</sup> Ausforschungsbeweisen («*fishing expeditions*») zu schützen, also Beweisunterlagen, welche der Beschaffung von (insbesondere vertraulichen) Informationen oder der Sachverhaltsabklärung nach dem Zufallsprinzip dienen.<sup>85</sup> Auch anderweitige rechtsmissbräuchliche, insbesondere schikanöse, Gesuche müssen abgewehrt werden können.<sup>86</sup>

Schlussabstimmungstext%201%20SN%20D.pdf, abgerufen am 24. März 2023.

<sup>74</sup> Art. 118 Abs. 2 Satz 2 ZPO z.F. (vgl. Fn. 73). Ebenso bereits Art. 118 Abs. 2 Satz 2 Entwurf zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (Verbesserung der Praxistauglichkeit und der Rechtsdurchsetzung) vom 26. Februar 2020, BBl 2020 2785 ff.; Botschaft zur Änderung der Schweizerischen Zivilprozessordnung (Verbesserung der Praxistauglichkeit und der Rechtsdurchsetzung) vom 26. Februar 2020, BBl 2020 2697 ff., 2745.

<sup>75</sup> Vgl. BGE 138 III 76, 81, E. 2.4.2 mit Verweis auf Botschaft ZPO 2006 (Fn. 1), BBl 2006 7315; s.a. BGE 141 I 241, 249, E. 4.2.3; BGE 140 III 12, 14, E. 3.3.3; BGer 4A\_351/2021 (26. April 2022), E. 3.1.4; OGer ZH LF110116 (20. Dezember 2011), CAN 2012 Nr. 27, 81 ff., 82; KGer SZ ZK2 2018 10 (1. Juni 2018), EGV-SZ 2018 A.3.2, 30 ff., E. 3; KGer FR 102 2017 322 (12. Februar 2018), E. 4; CJ GE ACJC/909/2017 (25. Juli 2017), E. 1; CACI VD, HC/2023/34 (30. Januar 2023), E. 4.2; BK ZPO-BRÖNNIMANN, Art. 158 N 9; JOHANN ZÜRCHER, DIKE Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Art. 158 N 12; OFK ZPO-SCHMID, Art. 158 N 9; BERGER/GÜNGERICH/HURNI/STRITTMATTER (Fn. 54), N 1040; JEANDIN/PEYROT (Fn. 3), N 410; PETER REETZ, Der neue Bauprozess – Tiefenbohrungen in der ZPO, in: Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht (Hrsg.), Schweizerische Baurechtstagung 2011, Freiburg 2011, 65 ff., 78; FRANÇOIS BOHNET, La procédure sommaire selon le Code de procédure civile suisse, RJJ 2008, 263 ff., 292.

<sup>76</sup> Botschaft ZPO 2006 (Fn. 1), BBl 2006 7315; BGE 143 III 113, 118, E. 4.4.1; BGE 138 III 76, 81, E. 2.4.2; HOHL (Fn. 3), N 2172; CHRISTOPH HURNI, Vorsorgliche Beweisführung zwecks Abklärung der Prozessaussichten (vier Leitentscheide des Bundesgerichts), ZBJV 2014, 85 ff., 86.

<sup>77</sup> In der Realität verhält es sich aufgrund der hohen Anforderungen, welche inzwischen an das schutzwürdige Interesse gestellt werden, anders, siehe IV.

<sup>78</sup> DOMEJ (Fn. 58), 72; FELLMANN (Fn. 1), 102.

<sup>79</sup> BGE 140 III 12, 14, E. 3.3.3; SHK ZPO-PASSADELIS, Art. 158 N 6; DOMEJ (Fn. 58), 71.

<sup>80</sup> So BSK ZPO-GUYAN, Art. 158 N 5; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (Fn. 3), § 18 N 141; STANISCHESKI (Fn. 4), N 11; krit. DOMEJ (Fn. 58), 71.

<sup>81</sup> DOMEJ (Fn. 58), 71. Siehe aber II.C.2.

<sup>82</sup> DOMEJ (Fn. 58), 72.

<sup>83</sup> HGer ZH HE170139 (10. August 2017), ZR 2018, 95 ff., E. 4.3; OGer ZH LF160046 (14. September 2016), E. 4.2; MEIER (Fn. 58), 310.

<sup>84</sup> YVES WALDMANN, Informationsbeschaffung durch Zivilprozess, Diss. Basel 2008, Basel 2009, 297; REETZ (Fn. 75), 79; MARK LIVSCHITZ/OLIVER SCHMID, Sie wollen klagen – Ihr Gegner hat die Beweise, Beweisausforschungsstrategien und ihre Abwehr: Neuerungen im Kontext der eidgenössischen Prozessordnungen aus Sicht der Praxis, AJP 2011, 739 ff., 741. Nur scheinbar anders ISAAK MEIER/MIGUEL SOGO, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Eine kritische Darstellung aus der Sicht von Praxis und Lehre, Zürich 2010, 309, die den Ausforschungsbeweis nicht *per se* ablehnen. Auch sie postulieren indes relativ enge Schranken für Art. 158 Abs. 1 lit. b Var. 2 ZPO (vgl. MEIER/SOGO [Fn. 84], 311 f.; s.a. MEIER [Fn. 58], 311 f.), sodass ihre Auffassung eher in der Begründung denn im Ergebnis divergiert.

<sup>85</sup> OGer ZH LF160046 (14. September 2016), E. 4.2; DOMINIK GASSER/BRIGITTE RICKLI, DIKE Kurzkommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, Art. 158 N 5; KILLIAS/KRAMER/ROHNER (Fn. 11), 942; GÄUMANN/MARGHITOLA (Fn. 38), N 47. Ausf. zum Ausforschungsbeweis WALDMANN (Fn. 84), 297 m.w.N.

<sup>86</sup> DOMEJ (Fn. 58), 72.

## B. Dogmatische Einordnung

Fraglich ist, ob das schutzwürdige Interesse nach Art. 158 Abs. 1 lit. b Var. 2 ZPO als Prozessvoraussetzung oder als Begründetheitserfordernis zu qualifizieren ist. Von Bedeutung ist dies namentlich für die Frage, ob sein Fehlen einen Nichteintretensentscheid oder eine Abweisung des Gesuchs nach sich zieht.<sup>87</sup>

Anfänglich tendierten vereinzelt kantonale Gerichte zu einer Einordnung des schutzwürdigen Interesses als Prozessvoraussetzung und traten, sofern dieses nicht gegeben war, nicht ein.<sup>88</sup> Auch einzelne Stimmen in der Literatur nahmen an, es fehle bereits an einer Prozessvoraussetzung, wenn z.B. ein beantragtes Beweismittel offenkundig untauglich oder irrelevant für das Verfahren wäre.<sup>89</sup>

Inzwischen hat sich jedoch die Auffassung durchgesetzt, dass sich das schutzwürdige Interesse (Art. 158 Abs. 1 lit. b Var. 2 ZPO) mit dem Rechtsschutzinteresse (Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO) inhaltlich überschneidet, aber nicht mit diesem identisch ist und eine Begründetheitserfordernis bildet.<sup>90</sup> Aufgrund der Überschneidung von Prozessvoraussetzung und Begründetheitserfordernis findet die Theorie der doppelrelevanten Tatsachen<sup>91</sup> Anwendung.<sup>92</sup> Deswegen ist prinzipiell auf das Gesuch einzutreten und das schutzwürdige Interesse erst bei der Frage der Begründetheit zu untersuchen.<sup>93</sup> Fehlt es, so ist das Gesuch abzuweisen.<sup>94</sup> Eine Besonderheit besteht insofern, als das Vorliegen des schutzwürdigen Interesses von Amtes wegen zu prüfen ist.<sup>95</sup>

## C. Konkretisierung in Rechtsprechung und Lehre

### 1. Übersicht

Wie zuvor erörtert wurde,<sup>96</sup> gilt es bei der Auslegung und praktischen Handhabung des «schutzwürdigen Interesses» eine Balance zwischen konfligierenden Interessen zu finden.<sup>97</sup> Diesbezüglich haben sich zwei hauptsächliche Positionen etabliert.<sup>98</sup> Sie unterscheiden sich primär in der Frage, ob der Gesuchsteller den Bestand eines Hauptsacheanspruchs glaubhaft machen muss oder bloss den Umstand, dass dieser zwischen den Parteien streitig ist. Weitgehend Einigkeit besteht hingegen, dass der Gesuchsteller kumulativ ein spezifisches Bedürfnis zur Vornahme der beantragten Abklärung glaubhaft machen muss.<sup>99</sup>

Gemeinsam ist diesen beiden Meinungen, dass die blosser Behauptung eines Bedürfnisses zur Klärung von Beweis- und Prozessaussichten nicht genügt.<sup>100</sup> Eine dritte Auffassung, welche dies mit Verweis auf den Gesetzeswortlaut anders sah,<sup>101</sup> vermochte sich zu Recht nicht durchzusetzen. Es widerspräche der intendierten Förderung der Prozessökonomie,<sup>102</sup> wenn eine Partei ein Verfahren nach Belieben einleiten könnte, ohne dessen praktischen Nutzen aufzeigen zu müssen.

### 2. Glaubhaftmachen von Hauptsacheanspruch oder Rechtsstreit?

#### a. Meinung 1: Glaubhaftmachen eines Hauptsacheanspruchs

Das Bundesgericht<sup>103</sup> und ihm folgend die kantonale Judikatur<sup>104</sup> sowie das Bundespatentgericht<sup>105</sup> vertreten die Auf-

<sup>87</sup> Vgl. STANISCHEWSKI (Fn. 4), N 13.

<sup>88</sup> OGer ZH LF110116 (20. Dezember 2011), E. 2.10.

<sup>89</sup> JÜRGEN BRÖNNIMANN, Aspekte der vorsorglichen Beweisführung nach Art. 158 ZPO, in: Annette Dolge (Hrsg.), Substantiieren und Beweisen, Zürich 2013, 61 ff., 66 f. und Fn. 34.

<sup>90</sup> Vgl. HGer ZH HE210064 (29. Juli 2021), E. 2.3; KUKO ZPO-BAUMGARTNER, Art. 158 N 9; SCHUMACHER (Fn. 54), N 8.154; SALVADÈ (Fn. 5), N 182; implizit auch BGE 140 III 30, 33, E. 3.4.1; BGE 140 III 12, 14, E. 3.3.3.

<sup>91</sup> Hierzu allg. BGE 147 III 159, 162, E. 2.1.2; CR CPC-BOHNET, Art. 60 N 21.

<sup>92</sup> Vgl. HGer ZH HE210064 (29. Juli 2021), E. 3.2.

<sup>93</sup> HGer ZH HE210064 (29. Juli 2021), E. 2.3 m.w.N. Eine Ausnahme müsste entsprechend den für doppelrelevante Tatsachen geltenden Grundsätzen bei offenkundig missbräuchlichen Tatsachenbehauptungen gelten (vgl. BGE 141 III 294, 300, E. 5.1). Dies kann hier aber nicht vertieft untersucht werden.

<sup>94</sup> Vgl. HGer ZH HE210064 (29. Juli 2021), E. 3.2.c; hierzu allg. BGE 141 III 294, 298 f., E. 5.2.

<sup>95</sup> BGE 140 III 30, 33, E. 3.4.1; KUKO ZPO-BAUMGARTNER, Art. 158 N 31.

<sup>96</sup> Siehe III.A.

<sup>97</sup> DOMEJ (Fn. 58), 72.

<sup>98</sup> Siehe III.C.2.

<sup>99</sup> Siehe III.C.3.

<sup>100</sup> BGE 143 III 113, 118, E. 4.4.1; BGE 138 III 76, 81, E. 2.4.2; DOMEJ (Fn. 58), 73; YANIV BENHAMOU/GUILLAUME BRAIDI/ARNAUD NUSSBAUMER, La restitution d'informations: quelques outils à la disposition du praticien, AJP 2017, 1302 ff., 1315; RAMON MABILLARD, Zwischen Beweisanspruch und freier Beweiswürdigung im Zivilprozess, SZPP 2021, 518 ff., 539.

<sup>101</sup> LIVSCHITZ/SCHMID (Fn. 84), 743.

<sup>102</sup> Siehe II.A.2 und III.A.

<sup>103</sup> Grundlegend BGE 138 III 76, 81, E. 2.4.2; seither statt vieler BGE 143 III 113, 118, E. 4.4.1; BGE 140 III 16, 20, E. 2.2.2; BGer 4A\_323/2022 (5. Dezember 2022), E. 4.1.

<sup>104</sup> KGer BL 400 21 166 (21. September 2021), CAN 2022 Nr. 19, 87 ff., E. 3; OGer ZG Z2 2012 27 (24. Oktober 2012), CAN 2013 Nr. 79, 208 ff., E. 5; HGer ZH HE170139 (10. August 2017), ZR 2018, 95 ff., E. 4.3; CACI VD, HC/2023/34 (30. Januar 2023), E. 4.2.

<sup>105</sup> BPatGer S2012\_006 (27. April 2012), E. 4 und 5 (mit Verweis auf BGer 4A\_532/2011 [31. Januar 2012; inzwischen publi-

fassung, ein schutzwürdiges Interesse an der Klärung von Beweis- und Prozessaussichten hänge vom Interesse an der Durchsetzung eines damit zu begründenden Anspruchs ab. Deswegen müsse der Gesuchsteller einen Sachverhalt glaubhaft machen, gestützt auf den er einen materiellrechtlichen Anspruch gegen den Gesuchsgegner ableite.<sup>106</sup> Die überwiegende Lehre schliesst sich dieser Auslegung von Art. 158 Abs. 1 lit. b Var. 2 ZPO an.<sup>107</sup> Namentlich gelte es missbräuchliche «*fishing expeditions*» zu verhindern.<sup>108</sup>

Das Beweismass des Glaubhaftmachens setzt voraus, dass für das Vorhandensein einer Tatsache «gewisse Elemente sprechen, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte»<sup>109</sup>. Dabei darf zwar kein zu strenger Massstab angelegt werden, denn es geht noch nicht um die Prüfung der Begründetheit des Hauptsacheanspruchs.<sup>110</sup> Blosses Behaupten genügt indes nicht.<sup>111</sup>

Eine Ausnahme besteht lediglich insoweit, als für jene Tatsachen, zu deren Beweis das vorsorglich abzunehmende Beweismittel dienen soll, keine eigentliche Glaubhaftmachung verlangt werden kann, da sonst die *ratio legis* von Art. 158 Abs. 1 lit. b Var. 2 ZPO vereitelt würde.<sup>112</sup> Sofern das abzunehmende Beweismittel das einzige in

Betracht kommende darstellt, so genügen diesbezüglich substanziierte und schlüssige Behauptungen.<sup>113</sup>

Primär obliegt es dem Gesuchsteller, die erforderlichen Angaben zum Sachverhalt zu tätigen und den Beweisgegenstand zu bestimmen.<sup>114</sup> Bei der vorsorglichen Beweisabnahme sind nach der Rechtsprechung gleich strenge Anforderungen betreffend Substanziierung zu stellen wie im Hauptsacheprozess.<sup>115</sup>

## b. Meinung 2: Glaubhaftmachen eines Rechtsstreits

Andere Teile der Literatur betrachten die von der Rechtsprechung gestellten Anforderungen als überhöht.<sup>116</sup> Mit dem Erfordernis, den Hauptsacheanspruch glaubhaft zu machen, würden strengere Anforderungen stipuliert als jene, die im Hauptverfahren bestehen.<sup>117</sup> In Letzterem werde von einer Partei auch nicht verlangt, einen Anspruch mit dem Beweismass des Glaubhaftmachens zu beweisen, um überhaupt zum Beweis mit Regelbeweismass zugelassen zu werden.<sup>118</sup>

Des Weiteren führe das Erfordernis der Glaubhaftmachung bzw. schlüssigen und substanziierten Behauptung sämtlicher Anspruchsvoraussetzungen dazu, dass der Gesuchsteller gezwungen sei, bereits eine nahezu vollständige Klageschrift zu verfassen.<sup>119</sup> Dies verunmögliche die mit Art. 158 Abs. 1 lit. b Var. 2 ZPO intendierte kostengünstige und einfache Abklärung von Beweis Chancen.<sup>120</sup>

Deswegen sei für das Vorliegen eines Rechtsschutzinteresses (nur) zu verlangen, dass der Gesuchsteller kumulativ glaubhaft macht, dass zwischen ihm und dem Gesuchsgegner der Bestand oder die Höhe eines Hauptsacheanspruchs streitig ist (oder in unmittelbarer Zukunft streitig zu werden droht), und dass die beantragte vorsorgliche Beweisabnahme geeignet ist, zur Lösung dieses Rechtsstreits beizutragen.<sup>121</sup> Ausgeschlossen sei die

ziert als BGE 138 III 76]).

<sup>106</sup> BGE 143 III 113, 118, E. 4.4.1; BGer 4A\_416/2021 (14. Dezember 2021), E. 3.

<sup>107</sup> BSK ZPO-GUYAN, Art. 158 N 5; JOHANN ZÜRCHER, DIKE Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Art. 158 N 15; PC CPC-CHABLOZ/COPT, Art. 158 N 13; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 158 N 11; FRANZ HASENBÖHLER/SONIA YAÑEZ, Das Beweisrecht der ZPO – Bd. 1: Allgemeine Bestimmungen, Mitwirkungspflichten und Verweigerungsrechte, Zürich 2015, N 3.123; SUTTER-SOMM (Fn. 9), N 916; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (Fn. 3), § 18 N 41; BRÖNNIMANN (Fn. 89), 68; KILLIAS/KRAMER/ROHNER (Fn. 11), 941 f.; HURNI (Fn. 76), 68 f.; MEIER (Fn. 58), 312 f.; MARK SCHWEIZER, Vorsorgliche Beweisabnahme nach schweizerischer Zivilprozessordnung und Patentgesetz, ZZZ 2010, 3 ff., 9.

<sup>108</sup> KILLIAS/KRAMER/ROHNER (Fn. 11), 941 f.; REETZ (Fn. 75), 78 f.; MEIER (Fn. 58), 312 f.

<sup>109</sup> Vgl. BGE 132 III 715, 720, E. 3.1; HASENBÖHLER/YAÑEZ (Fn. 98), N 3.122; SUTTER-SOMM (Fn. 9), N 908; STANISCHESKI (Fn. 4), N 19.

<sup>110</sup> BGE 140 III 16, 20, E. 2.2.2; CACI VD, HC/2023/34 (30. Januar 2023), E. 4.2; SCHUMACHER (Fn. 54), N 8.152; KILLIAS/KRAMER/ROHNER (Fn. 11), 942; a.M. PC CPC-CHABLOZ/COPT, Art. 158 N 13 (gleiche Massstäbe wie im Hauptverfahren).

<sup>111</sup> Vgl. BGE 130 III 321, 325, E. 3.3; HGer ZH HE200128 (9. September 2020), E. 5.1.

<sup>112</sup> BGE 138 III 76, 81, E. 2.4.2; AppGer BS ZB.2021.44 (5. Januar 2022), E. 3.2; PC CPC-CHABLOZ/COPT, Art. 158 N 13.

<sup>113</sup> BGE 140 III 16, 20, E. 2.2.2; BGE 138 III 76, 82, E. 2.4.2; s.a. HGer ZH HE170139 (10. August 2017), ZR 2018, 95 ff., E. 4.2; PC CPC-CHABLOZ/COPT, Art. 158 N 13.

<sup>114</sup> BGE 143 III 113, 119, E. 4.4.1.

<sup>115</sup> BGE 143 III 113, 119, E. 4.4.1; BGer 4A\_351/2021 (26. April 2022), E. 3.1.

<sup>116</sup> KUKO ZPO-BAUMGARTNER, Art. 158 N 10; SCHUMACHER (Fn. 54), N 8.154; DOMEJ (Fn. 58), 75 ff.

<sup>117</sup> KUKO ZPO-BAUMGARTNER, Art. 158 N 10.

<sup>118</sup> KUKO ZPO-BAUMGARTNER, Art. 158 N 10; DOMEJ (Fn. 58), 75 ff.

<sup>119</sup> KUKO ZPO-BAUMGARTNER, Art. 158 N 10; SCHMID (Fn. 11), 207.

<sup>120</sup> KUKO ZPO-BAUMGARTNER, Art. 158 N 10.

<sup>121</sup> KUKO ZPO-BAUMGARTNER, Art. 158 N 11; SCHUMACHER (Fn. 54), N 8.154; DOMEJ, (Fn. 58), 77. Siehe aber zur Recht-



vorsorgliche Beweisführung daher einzig bei missbräuchlichen Gesuchen oder offensichtlich unbegründeten Behauptungen betreffend Hauptsacheanspruch. Unbegründet sei dieser vor allem dann, wenn eine *res iudicata* vorliege oder er eindeutig verjährt oder verwirkt sei.<sup>122</sup>

### c. Stellungnahme

Die Rechtsprechung hat sich dahingehend entwickelt, dass ein schutzwürdiges Interesse erst dann bejaht wird, wenn das abzunehmende Beweismittel gleichsam den letzten entscheidenden Schritt zum Nachweis eines streitigen materiellrechtlichen Hauptsacheanspruchs bildet. Dies lässt sich mit der gesetzgeberischen Zielsetzung<sup>123</sup> nur schwer vereinbaren. Es ist z.B. denkbar, dass eine Partei zuerst Kausalitätsfragen betreffend einen Unfall abklären will, bevor sie aufwendige Abklärungen zur Schadensberechnung oder dem Verschulden des mutmasslichen Schädigers unternimmt. Ist dies nicht zulässig, so fördert die vorsorgliche Beweisführung kaum mehr die Prozessökonomie.<sup>124</sup>

Auch aufgrund einer historischen Auslegung erschiene naheliegender, kein umfassendes Glaubhaftmachen des anspruchsbegründenden Sachverhaltes zu fordern.<sup>125</sup> In den meisten Kantonen, welche eine mit Art. 158 Abs. 1 lit. b Var. 2 ZPO vergleichbare Regelung kannten, war dies nämlich nicht verlangt.<sup>126</sup>

## 1. Spezifisches Interesse an der Vornahme der beantragten Abklärung

### a. Grundsatz

Ein schutzwürdiges Interesse an einer vorsorglichen Beweisabnahme i.S.v. Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO setzt des Weiteren voraus, dass der Gesuchsteller ein konkretes Bedürfnis zur Abnahme des von ihm beantragten Beweismittels hat.<sup>127</sup> Fest steht, dass die intendierte Abklärung

sprechung zum zweiten Erfordernis (Glaubhaftmachen der Eignung des beantragten Beweismittels) III.C.3.a.

<sup>122</sup> Vgl. GÄUMANN/MARGHITOLA (Fn. 46), N 42.

<sup>123</sup> Siehe II.A.2.

<sup>124</sup> Warnend bereits GÄUMANN/MARGHITOLA (Fn. 46), N 41.

<sup>125</sup> Ebenso STOLKIN (Fn. 72), 19.

<sup>126</sup> Siehe II.A.1. Anders verhielt es sich einzig für den Kanton Waadt, vgl. POUURET/HALDY/TAPPY (Fn. 28), N 2.

<sup>127</sup> BGE 140 III 16, 23, E. 5; BGer 4A\_416/2021 (14. Dezember 2021), E. 3; SCHUMACHER (Fn. 54), N 8.153; JOHANNES LANDBRECHT, Effiziente Streitbehandlung nach ZPO, ZZZ 2021, 625 ff., 631 f.; PETER GUYAN, Klärung der Aussichten gemäss Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO, SZPP 2015, 271 ff., 276 ff.

der Beweis- und Prozessaussichten nur dann erreicht werden kann, wenn das beantragte Beweismittel gesetzlich zulässig (vgl. Art. 168 ff. ZPO) und zum Beweis der anspruchsbegründenden Tatsache tauglich ist.<sup>128</sup> Kontrovers sind aber allfällige zusätzliche Anforderungen.

### b. Erforderlichkeit der beantragten Beweisabnahme

Die Rechtsprechung und Teile der Literatur verlangen vom Gesuchsteller, dass er darlegt, inwiefern ihm die bisher vorliegenden Beweise nicht erlauben, seine Prozesschancen hinsichtlich eines spezifischen materiellrechtlichen Anspruchs abzuschätzen.<sup>129</sup> Geht es ihm daher beispielsweise nur darum, ein ihm nachteiliges Gutachten durch ein gegenteiliges Gutachten zu widerlegen, so ist das schutzwürdige Interesse nach der Rechtsprechung zu verneinen.<sup>130</sup>

Anders verhält es sich aber dann, wenn das beantragte Beweismittel (deutlich) besser geeignet ist zur Abklärung der Prozesschancen. Verfügt eine Gesuchstellerin beispielsweise für den Nachweis körperlicher Unfallfolgen nur über Arztberichte, die *de lege lata* beweisrechtlich als blosser Bestandteil der Parteivorbringen gelten,<sup>131</sup> so hat sie ein schutzwürdiges Interesse an der Erstellung eines gerichtlichen Gutachtens i.S.v. Art. 183 ff. ZPO.<sup>132</sup>

### c. Nur Beweismittel mit potenziell tragender Rolle?

In manchen Entscheiden deutete das Bundesgericht an, das schutzwürdige Interesse sei nur zu verneinen, wenn

<sup>128</sup> BGE 140 III 16, 23, E. 2.5; WALTER FELLMANN, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Art. 158 N 18 (allerdings krit. betreffend Zulässigkeit von persönlichen Befragungen der Gegenpartei sowie Beweisaussagen); PC CPC-CHABLOZ/COPT, Art. 158 N 3; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 158 N 12; DOMINIK GASSER/BRIGITTE RICKLI, DIKE Kurzkommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, Art. 158 N 8; GUYAN (Fn. 127), 276.

<sup>129</sup> BGer 4A\_165/2020 (14. Dezember 2020), E. 4.1; KGer BL 400 21 166 (21. September 2021), CAN 2022 Nr. 19, 87 ff., E. 3.

<sup>130</sup> BGE 140 III 16, 20, E. 2.2.2; AppGer BS ZB.2021.44 (5. Januar 2022), E. 3.2; KGer BL 400 21 166 (21. September 2021), CAN 2022 Nr. 19, 87 ff., E. 3; ebenso CR CPC-SCHWEIZER, Art. 158 N 14a.

<sup>131</sup> BGE 141 III 433, 437, E. 2.5.3 und 2.6; ebenso PC CPC-CHABLOZ/COPT, Art. 158 N 11. Siehe aber zur laufenden Revision IV.

<sup>132</sup> BGE 140 III 24, 29, E. 3.3.3; OGer ZG Z2 2012 27 (24. Oktober 2012), CAN 2013 Nr. 79, 208 ff., E. 5; PC CPC-CHABLOZ/COPT, Art. 158 N 11.

es offensichtlich fehle, weil beispielsweise das beantragte Beweismittel «klar untauglich»<sup>133</sup> sei.<sup>134</sup>

In anderen Entscheiden wird verlangt, dass das beantragte Beweismittel geeignet sein müsse, in einem allfälligen Hauptverfahren eine «tragende Rolle»<sup>135</sup> zu spielen.<sup>136</sup> Es genüge nicht, wenn die beantragte Beweisabnahme lediglich eine vage Abschätzung der Prozesschancen ermöglichen würde.<sup>137</sup> Die neueste Rechtsprechung<sup>138</sup> indiziert, dass das Bundesgericht sich definitiv einer restriktiven Auslegung zuneigt.<sup>139</sup> Es gehe im Verfahren nach Art. 158 Abs. 1 lit. b Var. 2 ZPO darum, eine möglichst verlässliche Grundlage für die Beurteilung der Prozesschancen zu schaffen.<sup>140</sup> Es bestehe kein voraussetzungsloser Anspruch auf Abnahme sämtlicher Beweismittel, die nicht geradezu objektiv untauglich seien.<sup>141</sup> Auch Teile der Lehre postulieren, das beantragte Beweismittel müsse «entscheidende Beweiskraft»<sup>142</sup> entwickeln können<sup>143</sup> und das erwartete Beweisergebnis offensichtlich gegenüber allen anderen in Betracht kommenden Beweismitteln Bestand haben.<sup>144</sup>

Die zunehmend strenge Haltung der Rechtsprechung wurde zu Recht kritisch aufgenommen.<sup>145</sup> Wenn ein Beweismittel zur Klärung des Sachverhalts beitragen kann, dann ist es prinzipiell auch geeignet, im Sinne der *ratio legis* von Art. 158 Abs. 1 lit. b Var. 2 ZPO zur Abklärung der Prozesschancen und zur aussergerichtlichen Streitbeilegung beizutragen.<sup>146</sup> Zudem lässt sich die Bedeutung eines Beweismittels ohnehin erst nach seiner Abnahme und im Lichte weiterer im Hauptsacheprozess erhobener Beweise wirklich abschätzen.<sup>147</sup>

#### d. Hängiges Verfahren in der Hauptsache als Ausschlussgrund?

Ein Gesuch um vorsorgliche Beweisführung wegen Beweisgefährdung (Art. 158 Abs. 1 lit. b Var. 1 ZPO) kann auch während eines rechtshängigen Hauptsacheprozesses gestellt werden.<sup>148</sup> Aufgrund des Gesetzeswortlauts («jederzeit») ist nach herrschender Auffassung bei Art. 158 Abs. 1 lit. b Var. 2 ZPO gleich zu entscheiden.<sup>149</sup> Der Prozessökonomie diene es auch, wenn eine Partei die Möglichkeit habe, die Chancen im Lichte des aktuellen Verfahrensstandes zu prüfen.<sup>150</sup> Zwar könnte auch das Gericht das Verfahren auf einzelne Fragen beschränken (vgl. Art. 125 lit. a ZPO), aber darauf bestehe kein Anspruch.<sup>151</sup>

Die gegenteilige Auffassung verneint ein schutzwürdiges Interesse, wenn der Prozess rechtshängig ist, denn dann lasse sich der Prozess nicht mehr vermeiden.<sup>152</sup>

Zustimmung verdient m.E. die erstgenannte Auffassung. Zwei Vorbehalte sind aber anzubringen. Erstens muss die vorsorgliche Beweisführung ihren Zweck noch erreichen können, was z.B. nicht der Fall ist, wenn keine neuen Erkenntnisse zu erwarten sind.<sup>153</sup> Zweitens sollte die Zuständigkeit entgegen Art. 13 ZPO<sup>154</sup> beim mit dem Fall befassten Gericht konzentriert werden, um widersprüchliche Ergebnisse zu vermeiden.<sup>155</sup>

<sup>133</sup> Vgl. BGer 5A\_832/2012 (25. Januar 2013), E. 7.1.1: «lorsque le moyen de preuve n'est clairement pas approprié». Für eine grosszügige Handhabung auch STOLKIN (Fn. 72), 19 f.

<sup>134</sup> BGer 4A\_419/2016 (22. März 2017), E. 1.6; BGer 5A\_832/2012 (25. Januar 2013), E. 7.1.1.

<sup>135</sup> BGE 140 III 16, 23, E. 2.5; gl.M. BSK ZPO-GUYAN, Art. 158 N 5.

<sup>136</sup> BGE 140 III 16, 23, E. 2.5; hierzu HURNI (Fn. 76), 88.

<sup>137</sup> BGE 140 III 16, 23, E. 2.5; BSK ZPO-GUYAN, Art. 158 N 5.

<sup>138</sup> Vgl. BGer 4A\_416/2021 (14. Dezember 2021), E. 4.3.

<sup>139</sup> Ebenso die Lesart von PC CPC-CHABLOZ/COPT, Art. 158 N 11. S.a. die kantonale Rechtsprechung: KGer BL 400 21 166 (21. September 2021), CAN 2022 Nr. 19, 87 ff., E. 3.

<sup>140</sup> BGer 4A\_416/2021 (14. Dezember 2021), E. 4.3.

<sup>141</sup> BGer 4A\_416/2021 (14. Dezember 2021), E. 4.3.

<sup>142</sup> BSK ZPO-GUYAN, Art. 158 N 5.

<sup>143</sup> GUYAN (Fn. 127), 274.

<sup>144</sup> BSK ZPO-GUYAN, Art. 158 N 5.

<sup>145</sup> KUKO ZPO-BAUMGARTNER, Art. 158 N 12; SALVADÈ (Fn. 5), N 191.

<sup>146</sup> KUKO ZPO-BAUMGARTNER, Art. 158 N 12.

<sup>147</sup> KUKO ZPO-BAUMGARTNER, Art. 158 N 12; KILLIAS/KRAMER/ROHNER (Fn. 11), 942.

<sup>148</sup> BGer 4A\_128/2017 (12. Mai 2017), E. 5.1; CR CPC-SCHWEIZER, Art. 158 N 14.

<sup>149</sup> BSK ZPO-GUYAN, Art. 158 N 5b; CI CPC-TREZZINI, Art. 158 N 44; MABILLARD (Fn. 100), 538.

<sup>150</sup> CI CPC-TREZZINI, Art. 158 N 45.

<sup>151</sup> CI CPC-TREZZINI, Art. 158 N 46.

<sup>152</sup> SCHWEIZER (Fn. 107), 33.

<sup>153</sup> Siehe III.C.3.b.

<sup>154</sup> Siehe II.C.1.

<sup>155</sup> Dafür bedürfte es angesichts von Art. 13 ZPO sowie des Umstandes, dass ein Verfahren nach Art. 158 Abs. 1 lit. b Var. 2 ZPO keine Litispendenz begründet (siehe II.C.1 m.w.N.) wohl einer Gesetzesänderung. Alternativ könnte Art. 13 ZPO in teleologischer Reduktion vom Verweis in Art. 158 Abs. 2 ZPO ausgenommen werden, was aber eine Änderung der Rechtsprechung bedingen würde (vgl. BGE 138 III 555, 557, E. 2.2). Anders sah dies das Kantonsgericht Basel-Landschaft. Es nahm an, ein Verfahren in der Hauptsache begründe Litispendenz und schliesse damit aufgrund von Art. 59 Abs. 2 lit. d ZPO ein Eintreten auf ein Gesuch nach Art. 158 Abs. 2 lit. d ZPO aus (KGer BL 400 21 166 [21. September 2021], CAN 2022 Nr. 19, 87 ff., E. 5.3). Zwar liege keine Verfahrensidentität im Sinne des zweigliedrigen Streitgegenstandsbegriffs vor; zwecks Verfahrenskoordination sei aber die Kernpunkttheorie zur Anwendung zu bringen (KGer BL 400 21 166 [21. September 2021], CAN 2022 Nr. 19, 87 ff., E. 5.2 f.). Ob dieser Begründung gefolgt werden kann, ist zweifelhaft, muss aus Raumgründen aber offenbleiben.

### e. Subsidiarität gegenüber der Klageerhebung?

Teilweise wird angenommen, das schutzwürdige Interesse sei zu verneinen, wenn die Erhebung einer Klage möglich und zumutbar wäre.<sup>156</sup> Vereinzelt wurde in der Judikatur sogar eine Vergleichsrechnung betreffend mutmassliche Kosten für alternative Vorgehensweisen (z.B. eine Teilklage<sup>157</sup>) durchgeführt.<sup>158</sup>

Andere Teile der Literatur kritisieren dies zu Recht.<sup>159</sup> Jede Partei habe das Recht, die Vorgehensweise selbst zu wählen.<sup>160</sup> Zudem sei eine Subsidiarität gegenüber der Klageerhebung inkompatibel mit der durch Art. 158 Abs. 1 lit. b Var. 2 ZPO bezweckten Prozessvermeidung.<sup>161</sup>

#### 1. Verbot des Präjudizierens der Hauptsache

Die vorsorgliche Beweisführung gemäss Art. 158 Abs. 1 lit. b Var. 2 ZPO darf nicht die Hauptsache präjudizieren.<sup>162</sup> Diese Problematik akzentuiert sich insbesondere bei materiellrechtlichen Ansprüchen auf Auskunftserteilung und Rechenschaftsablegung.<sup>163</sup> So kann beispielsweise nicht verlangt werden, dass ein Vermögensverwalter umfassende Auskünfte erteilt, wenn er den Bestand einer Rechenschaftspflicht nach Art. 400 Abs. 1 OR bestreitet, denn ein Entscheid hierüber setzt eine im Verfahren nach

Art. 158 ZPO nicht stattfindende umfassende Prüfung der Sach- und Rechtslage voraus.<sup>164</sup>

#### 2. Besondere Beschränkungen betreffend Urkundenedition

Mitunter zu den meisten Kontroversen Anlass bot die vorsorgliche Beweisführung betreffend Urkunden (inkl. elektronische Daten).<sup>165</sup> Anfänglich wurde die Befürchtung<sup>166</sup> (oder je nach Perspektive Hoffnung)<sup>167</sup> geäussert, dass Art. 158 Abs. 1 lit. b Var. 2 ZPO umfassende Ausforschungsbeweise ermöglichen könnte.

Die Befürchtungen haben sich als unbegründet erwiesen. Das schutzwürdige Interesse an der Edition von Urkunden geht *a priori* nur so weit, als eine entsprechende Urkundenedition auch im Hauptsacheprozess verlangt werden könnte.<sup>168</sup> Zudem muss der Gesuchsteller die zu edierende Urkunde nach Art und Inhalt so präzise bezeichnen, dass der Gesuchsgegner diese mühelos identifizieren kann.<sup>169</sup> Allgemein gehaltene Auskunftsbegehren genügen nicht.<sup>170</sup>

### VI. Empfehlungen für die Praxis

Aufgrund der hohen Anforderungen an das Glaubhaftmachen des Hauptsacheanspruchs<sup>171</sup> fallen schon für das Gesuch betreffend vorsorgliche Beweisführung i.S.v.

<sup>156</sup> JOHANN ZÜRCHER, DIKE Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Art. 158 N 16; MEIER/SOGO (Fn. 84), 311. S.a. das *obiter dictum* in BGer 4A\_488/2012 (5. November 2012), E. 2.4.

<sup>157</sup> Spezifisch betreffend Teilklage ist allerdings zu bedenken, dass die Rechtsprechung eine negative Feststellungswiderklage über den gesamten Betrag der streitigen Forderung zulässt, was den Streitwert erhöht und entsprechende Kostenrisiken nach sich zieht (hierzu LUKAS RUSCH/MICHELLE LINDHOLM/CYRILL A. H. CHEVALLEY, Die Teilklage in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, ZZZ 2021, 727 ff., 730 ff.). Der in der Revision neu eingeführte Art. 94 Abs. 3 ZPO z.F. (vgl. Fn. 73) bestimmt nun aber, dass sich der Streitwert im Falle einer Widerklage auf eine Teilklage hin auf der Grundlage der Teilklage (d.h. der Hauptklage) berechnet. Dies soll den Teilkläger vor den Kostenrisiken schützen (siehe AB N 2022, 2256; AB S 2023, 7).

<sup>158</sup> OGer ZH LF110116 (20. Dezember 2011), E. 2.9.

<sup>159</sup> WALTER FELLMANN, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Art. 158 N 20; DOMEJ (Fn. 58), 80 f.; STANISCHEWSKI (Fn. 4), N 14; STOLKIN (Fn. 72), 20.

<sup>160</sup> SCHUMACHER (Fn. 54), N 8.155; DOMEJ (Fn. 58), 80 f.

<sup>161</sup> FRANZ HASENBÖHLER, Summarisches Verfahren, insbesondere Rechtsschutz in klaren Fällen und vorsorgliche Massnahmen, Anwaltsrevue 2014, 259 ff., 264; STOLKIN (Fn. 72), 20.

<sup>162</sup> BGE 141 III 564, 568, E. 4.2.2.

<sup>163</sup> Siehe z.B. Art. 400 Abs. 1 OR (hierzu BGE 141 III 564, 568, E. 4.2.2).

<sup>164</sup> BGE 141 III 564, 568, E. 4.2.2; CI CPC-TREZZINI, Art. 158 N 49.

<sup>165</sup> GÄUMANN/MARGHITOLA (Fn. 46), N 44 f.; STANISCHEWSKI (Fn. 4), N 69 ff.; s.a. CI CPC-TREZZINI, Art. 158 N 9; vgl. zur Abgrenzung zwischen Urkundenedition zu Beweiszwecken und Beweisausforschung BGer 4A\_323/2022 (5. Dezember 2022), E. 6.2 (allerdings mit Willkürkognition).

<sup>166</sup> DOMINIK GASSER/BRIGITTE RICKLI, DIKE Kurzkommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, Art. 158 N 5; KILLIAS/KRAMER/ROHNER (Fn. 11), 940; STANISCHEWSKI (Fn. 4), N 69. Es wurden sogar Parallelen zur «*pre-trial discovery*» des US-amerikanischen Zivilprozessrechts evoziert, auch wenn von Anfang an feststand, dass eine solche dem schweizerischen Zivilprozessrecht fremd ist (SCHWEIZER [Fn. 107], 14; s.a. III.A m.w.N.).

<sup>167</sup> LIVSCHITZ/SCHMID (Fn. 84), 743.

<sup>168</sup> WALTER FELLMANN, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Art. 158 N 31; GÄUMANN/MARGHITOLA (Fn. 46), N 44 ff., 48.

<sup>169</sup> BGE 143 III 113, 119, E. 4.4.1; HGer ZH HE170139 (10. August 2017), ZR 2018, 95 ff., E. 4.3; WALTER FELLMANN, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Art. 158 N 17b.

<sup>170</sup> STANISCHEWSKI (Fn. 4), N 73.

<sup>171</sup> Siehe III.C.2.a.

Art. 158 Abs. 1 lit. b Var. 2 ZPO erhebliche Kosten an.<sup>172</sup> Wer solch umfassende tatsächliche und rechtliche Abklärungen unternommen hat und die Prozesschancen als gut betrachtet, ist i.d.R. besser beraten, direkt zu klagen (bzw. ein Schlichtungsgesuch zu stellen, vgl. Art. 197 ff. ZPO).<sup>173</sup> Dann kann eine mittellose Partei schon *de lege lata* die unentgeltliche Rechtspflege beantragen.<sup>174</sup>

Als Alternative könnte dereinst auch der Einsatz eines Privatgutachtens erwogen werden. *De lege lata* kommt diesem zwar nur die Stellung einer Parteibehauptung zu.<sup>175</sup> In der Revision der ZPO vom 17. März 2023 wurde es aber als Urkunde i.S.v. Art. 177 ZPO anerkannt und ihm damit ein höherer Beweiswert verliehen.<sup>176</sup> Dadurch könnte es auch in Vergleichsverhandlungen einen grösseren Wert haben.

## VII. Zusammenfassung und Fazit

Art. 158 Abs. 1 lit. b Var. 2 ZPO birgt das Potenzial, zur effizienten Streitbeilegung beizutragen. Die Konkretisierung, welche das Erfordernis des schutzwürdigen Interesses in der Praxis erfahren hat, überzeugt allerdings nicht. Die zur Verhinderung von missbräuchlichen Ausforschungsbeweisen aufgestellten Schranken haben Art. 158 Abs. 1 lit. b Var. 2 ZPO inzwischen nahezu zur *«lettre morte»*<sup>177</sup> verkommen lassen. Der Gesuchsteller muss einen materiellrechtlichen Hauptsacheanspruch glaubhaft machen<sup>178</sup> und aufzeigen, dass das beantragte Beweismittel von entscheidender Tragweite sein wird.<sup>179</sup> Die vorsorgliche Beweisführung bringt daher im Vergleich zur direkten Einleitung eines Prozesses kaum Vorteile, aber zusätzliche Kosten.<sup>180</sup>

Es wäre zu begrüßen, wenn von dieser allzu strengen Interpretation des schutzwürdigen Interesses wieder abgerückt würde. Es sollte genügen, dass der Gesuchsteller glaubhaft macht, dass zwischen ihm und dem Gesuchsgegner der Bestand oder die Höhe eines Hauptsacheanspruchs streitig ist (oder zu werden droht), und dass die beantragte vorsorgliche Beweisabnahme zur Lösung des Rechtsstreits beitragen kann.<sup>181</sup> Letzteres ist daran zu messen, ob das Ergebnis der Beweisabnahme das Potenzial hat, eine aussergerichtliche Einigung zu fördern oder einer Partei die Aussichtslosigkeit einer Klage aufzuzeigen.<sup>182</sup> Zur Verhinderung von Ausforschungsbeweisen (*«fishing expeditions»*) ist vom Gesuchsteller zu fordern, dass er die zu beweisenden Tatsachen substantiiert behauptet und die abzunehmenden Beweismittel präzise nennt.<sup>183</sup>

<sup>172</sup> SCHMID (Fn. 11), 207.

<sup>173</sup> Vgl. SCHMID (Fn. 11), 207.

<sup>174</sup> Siehe hierzu und zur beschlossenen, aber Stand 24. März 2023 noch unter Referendumsvorbehalt stehenden Änderung im Rahmen der Revision II.C.3.b m.w.N.

<sup>175</sup> BGE 141 III 433, 437, E. 2.5.3 und 2.6.

<sup>176</sup> Siehe Art. 177 ZPO z.F. (vgl. Fn. 73). Ebenso bereits Art. 177 E ZPO 2020 und Botschaft ZPO 2020 (Fn. 74), BBl 2020 2751 f.

<sup>177</sup> SCHMID (Fn. 11), 207.

<sup>178</sup> Siehe III.C.2.a.

<sup>179</sup> Siehe III.C.3.c.

<sup>180</sup> Siehe IV.

<sup>181</sup> KUKO ZPO-BAUMGARTNER, Art. 158 N 11; SCHUMACHER (Fn. 54), N 8.154; DOMEJ (Fn. 58), 77.

<sup>182</sup> KUKO ZPO-BAUMGARTNER, Art. 158 N 11.

<sup>183</sup> KUKO ZPO-BAUMGARTNER, Art. 158 N 11; DOMEJ (Fn. 58), 77.