



**Universität
Zürich^{UZH}**

Rechtswissenschaftliche Fakultät

Vorsorgliche Beweisführung



Rechtsgrundlage

ZPO 158

Vorsorgliche Beweisführung

- (1) Das Gericht nimmt jederzeit Beweis ab, wenn:
 - (a) das Gesetz einen entsprechenden **Anspruch** gewährt; *oder*
 - (b) die gesuchstellende Partei eine **Gefährdung der Beweismittel** *oder* ein **schutzwürdiges Interesse** glaubhaft macht.
- (2) Anzuwenden sind die Bestimmungen über die vorsorglichen Massnahmen.



ZPO 158 I a – Voraussetzungen

- **gesetzlicher Anspruch** auf vorsorgliche Beweisabnahme
 - OR 204 II (Kaufvertragsrecht)
 - OR 367 II (Werkvertragsrecht)
 - OR 427 I (Kommissionsvertragsrecht)
 - OR 445 I (Frachtvertragsrecht)
- Auch wenn in ZPO 158 I a nicht explizit erwähnt, kann sich ein Anspruch auf vorsorgliche Beweisabnahme auch aus Vertrag (einschliesslich AGB) ergeben



ZPO 158 I b Var. 1 – Voraussetzungen (1)

- Beweismittelgefährdung
 - Risiko, dass ein bestimmter Beweis im nachfolgenden Prozess oder in einem späteren Stadium des bereits rechtshängigen Prozesses nicht mehr erhoben werden kann, weil
 - das **Beweismittel verloren geht** oder entscheidend an **Beweiskraft verliert**
 - Beispiel: Einvernahme eines todkranken Zeugen
 - oder sich **die Situation verändert**, die mit dem Beweismittel nachgewiesen werden sollte
 - Beispiel: Vorzeitiger Augenschein infolge Einsturzgefahr eines Gebäudes



ZPO 158 I b Var. 1 – Voraussetzungen (2)

- Umfasst sowohl Erschwerung als auch Verunmöglichung der Beweisabnahme
 - Beispiel einer relevanten Erschwerung:
 - Dauerhafte Abreise eines Zeugen ins Ausland, auch wenn dort eine rogatorische (d.h. rechtshilfeweise) Einvernahme möglich sein sollte
 - Beispiel für das Fehlen einer relevanten Erschwerung:
 - Abnahme des Erinnerungsvermögens des Zeugen aufgrund Zeitablaufs (BGer 4A_118/2012, E. 2.1):
«Das abnehmende Erinnerungsvermögen liegt in der Natur dieses Beweismittels und rechtfertigt für sich allein keine vorsorgliche Beweisabnahme»



ZPO 158 I b Var. 1 – Voraussetzungen (3)

- **Glaubhaftmachen** der Voraussetzungen
 - Bei Gesuch **vor Einleitung** des Hauptsacheverfahrens
 - Glaubhaftmachen der Beweismittelgefährdung
 - Abweisung des Gesuchs nach wohl h.L. nur, wenn die Beweisabnahme zur Verfolgung eines rechtlichen Interesses des Gesuchstellers völlig untauglich ist
 - Bei Gesuch **während Rechtshängigkeit** des Hauptsacheverfahrens
 - Glaubhaftmachen der Beweismittelgefährdung
 - Glaubhaftmachen der Beweiserheblichkeit der nachzuweisenden Tatsache
 - Glaubhaftmachen der Tauglichkeit des Beweismittels



ZPO 158 I b Var. 2 – Allgemeines

- schutzwürdiges Interesse
 - Ratio: vorgängige Abklärung der Beweis- und Prozessaussichten
 - Vermeidung aussichtsloser Prozesse
 - Förderung einvernehmlicher Streitbeilegung
 - sowohl der vermeintliche Anspruchsinhaber als auch der vermeintliche Anspruchsgegner kann ein schutzwürdiges Interesse haben
- Unstatthaft: sog. **Beweisbefragungsbegehren** (*fishing expeditions*)
 - Andere potenzielle Möglichkeiten der Informationsbeschaffung: materielle Auskunftsansprüche (z.B. OR 400 I); Strafanzeige und Konstituierung als Privatklägerschaft; ggf. ausländische Verfahren (vgl. insb. 28 USC § 1782 [USA]: *discovery* im Hinblick auf ausländische Gerichtsverfahren)



ZPO 158 I b Var. 2 – Voraussetzungen (1)

- Erforderlicher Bezug zum Hauptsacheanspruch strittig:
 - BGer und wohl h.L.: Glaubhaftmachen *des Hauptsacheanspruchs* erforderlich
 - ausgenommen Tatsachen, die mit dem beantragten Beweismittel bewiesen werden sollen – diesbezüglich genügt eine substantiierte Behauptung (BGE 140 III 16, E. 2.2.2; BGE 138 III 76, E. 2.4.2)
 - falls *Anspruchsgegner* = Gesuchsteller: Glaubhaftmachen der Anforderungen, die an die Begründung des Rechtsschutzinteresses bei einer negativen Feststellungsklage gestellt werden
 - Gegenansicht: Glaubhaftmachen, *dass ein Hauptsacheanspruch zwischen den Parteien strittig ist oder voraussichtlich strittig werden wird* und die Beweisabnahme dazu geeignet ist, zur Erledigung des Streits beizutragen
- Relativierung des Meinungsstreits: auch nach h.M. sind die Anforderungen nicht zu überspannen



ZPO 158 I b Var. 2 – Voraussetzungen (2)

- Bedürfnis nach Klärung der Beweis- bzw. Prozessaussichten
 - fehlt, wenn bereits genügend Beweismittel vorhanden sind, auf deren Basis die Prozess- und Beweisaussichten abgeschätzt werden können
 - Fehlt das schutzwürdige Interesse bei Vorliegen von Privatgutachten?
 - Nach geltendem Recht: i.d.R. nein (BGE 140 III 16, E. 2.5), da blosser Parteibehauptung
 - de lege ferenda: Privatgutachten als Beweismittel (revZPO 177)
 - könnte künftig dazu führen, dass bei Vorliegen beweiskräftiger Privatgutachten ein schutzwürdiges Interesse an vorsorglicher Beweisführung zur Erstellung eines gerichtlichen Gutachtens (ZPO 183 ff.) verneint wird
- Tauglichkeit des Beweismittels
 - beantragte Beweisabnahme darf nicht a priori ungeeignet sein, zur Klärung der Prozessaussichten beizutragen



ZPO 158 I b Var. 2 – Voraussetzungen (3)

- Subsidiarität der vorsorglichen Beweisführung?
 - h.M.: nein; insbesondere fehlt das schutzwürdige Interesse nicht schon deshalb, weil die Klageerhebung in der Hauptsache möglich und zumutbar wäre
 - a.A.: vorsorgliche Beweisführung nur bei Fehlen zumutbarer Rechtsschutzalternativen (vgl. etwa OGer ZH, LF110116 E. 2.9; Dike-Komm ZPO-ZÜRCHER, Art. 158 N 16)



Beweismass

- Voraussetzungen der vorsorglichen Beweisführung sind glaubhaft zu machen
- pro memoria:
 - Glaubhaftmachen bedeutet nicht, dass das Gericht von der Richtigkeit der Behauptung überzeugt sein muss
 - Es genügt, dass aufgrund objektiver Anhaltspunkte eine gewisse Wahrscheinlichkeit für die fragliche Tatsache spricht, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht hat



Verfahren der vorsorglichen Beweisführung (1)

- Gesuch kann sowohl **vor** als auch **während** der Rechtshängigkeit des Hauptprozesses gestellt werden
- Verweis auf die Bestimmungen über die vorsorglichen Massnahmen (ZPO 158 II i.V.m. 261 ff.)
 - Aber: viele formell vom Verweis erfasste Bestimmungen passen nicht auf vorsorgliche Beweisführung
 - ZPO 261 (die Voraussetzungen für die vorsorgliche Beweisführung werden in ZPO 158 I a und b selbst geregelt)
 - ZPO 262 (der «Inhalt» der vorsorglichen Beweisführung richtet sich nach ZPO 168)
 - ZPO 263 (Androhung des Dahinfallens der Massnahme passt nicht zur vorsorglichen Beweisabnahme, da nach erfolgter Beweisabnahme nichts mehr dahinfliegen kann)
 - ZPO 267 (keine Vollstreckung der Beweisabnahme möglich bzw. erforderlich)
 - ZPO 268 f. (passen nicht auf die vorsorgliche Beweisführung)
 - in seltenen Fällen: Anwendbarkeit von ZPO 264 und 265
 - Konsequenz: Der Verweis ist primär für das **Bewilligungsverfahren** relevant



Verfahren der vorsorglichen Beweisführung (2)

- Beweisabnahme als solche richtet sich nach den allgemeinen Vorschriften des Beweisrechts (ZPO 150 ff.)
- Im Verfahren auf vorsorgliche Beweisführung findet **keine Würdigung der Beweise** (ZPO 157) statt!
- Verfahrensherrschaft der gesuchstellenden Partei oder des Gerichts? (im Einzelnen str.)
 - BGer: Gesuchsteller hat [abweichend von der Rechtslage im Hauptsacheverfahren] Fragen an Zeugen und Sachverständige vorzulegen; Gegenpartei kann eigene Fragen sowie Zusatz- und Ergänzungsfragen stellen
 - Auswahl von Sachverständigen obliegt aber auch bei der vorsorglichen Beweisführung primär dem Gericht (Parteien können Stellung nehmen und Vorschläge machen)



Zulässige Beweismittel

- **Bewilligungsverfahren:** Glaubhaftmachen der Tatsachen, die nicht ihrerseits mit dem im Rahmen der vorsorglichen Beweisführung abzunehmenden Beweismittel bewiesen werden sollten, grds. mittels Urkunden (ZPO 158 II i.V.m. 248 d und 254) (str.)
- **Beweisabnahmeverfahren:**
 - ZPO 254 I gilt nicht für Beweismittel, deren Abnahme mit der vorsorglichen Beweisführung begehrt wird
 - Zulässigkeit der Beweismittel hängt vom Hauptsacheverfahren ab
 - vorsorgliche Beweisführung als vorgelagertes Beweisverfahren
 - i.d.R. kann daher jedes in ZPO 168 I vorgesehene Beweismittel vorsorglich abgenommen werden



Mitwirkungslast der Gegenpartei

- ZPO 160 I statuiert Mitwirkungs**last** der Parteien im Rahmen des Beweisverfahrens
 - **keine Pflicht**, da nicht erzwingbar (vgl. ZPO 164) – anders bei Dritten (vgl. ZPO 167)
 - Berücksichtigung der Mitwirkungsverweigerung im Rahmen der Beweiswürdigung (ZPO 164)
 - Bei der vorsorglichen Beweisführung nicht möglich, da keine Beweiswürdigung stattfindet (→ Folie 136)
 - bei vorsorglicher Beweisführung wegen Beweisgefährdung: Berücksichtigung im Rahmen des Hauptprozesses, wenn das Beweismittel dann nicht mehr verfügbar ist
 - Aber: keine Präklusion bzgl. des fraglichen Beweismittels infolge fehlender Mitwirkung
 - *Beispiel*: Die Gegenpartei weigert sich im Rahmen der vorsorglichen Beweisführung, die beantragte Urkunde zu edieren; im Hauptprozess reicht sie die Urkunde ein und gewinnt den Prozess
 - denkbar sind jedoch Kostenfolgen zu Lasten der Partei, die die Mitwirkung im Rahmen der vorsorglichen Beweisführung verweigert hat (ZPO 107 I f)



Verwertung der abgenommenen Beweise im Hauptprozess

- Im Rahmen der vorsorglichen Beweisführung abgenommenes Beweismittel kann im späteren Hauptprozess verwertet werden
 - unabhängig davon, auf welchen Grund sich die vorsorgliche Beweisführung gestützt hat (ZPO 158 I lit. a bzw. b Var. 1 oder 2)
- Vorsorgliche Beweisabnahme schliesst nicht aus, dass im Hauptprozess weitere Beweise zum selben Beweisthema abgenommen werden



Kosten und unentgeltliche Rechtspflege (1)

- **Gesuch während Rechtshängigkeit des Hauptprozesses**
 - Prozesskosten sind im Hauptprozess selbst zu verlegen
 - Anwendbar sind die allgemeinen Bestimmungen der ZPO 95 ff.
 - Gericht kann daher etwa Vorschuss verlangen für Auslagen, die durch die beantragte Beweiserhebung veranlasst werden (ZPO 102)



Kosten und unentgeltliche Rechtspflege (2)

- **Gesuch vor Rechtshängigkeit des Hauptprozesses**
 - **Gerichtskosten**
 - Gesuchstellende Partei kann zur Leistung eines Kostenvorschusses verpflichtet werden (ZPO 98)
 - Für die Bemessung ist – neben dem Zeitaufwand – primär der Streitwert massgebend
 - Gesuchstellende Partei trägt die Gerichtskosten im Verfahren der vorsorglichen Beweisführung
 - Gilt auch dann, wenn die Gegenpartei erfolglos die Abweisung des Gesuchs beantragt hat (BGE 140 III 30, E. 3.5)
 - Stellen von Zusatz- oder Ergänzungsfragen durch die Gegenpartei macht diese nicht kostenpflichtig (BGE 139 III 33, E. 4.3 – 4.6)
 - Ausnahme: Gegenpartei stellt ein eigenständiges Widergesuch
 - Im späteren Hauptprozess kann die gesuchstellende Partei die bezahlten Gerichtskosten als Auslagen (i.S.v. ZPO 95 III a) geltend machen, sofern sie notwendig waren
 - Ersatz im Rahmen der Parteientschädigung bei Obsiegen



Kosten und unentgeltliche Rechtspflege (3)

- **Gesuch vor Rechtshängigkeit des Hauptprozesses (Fortsetzung)**
 - **Parteientschädigung**
 - Gesuchstellende Partei hat der Gegenpartei eine Parteientschädigung auszurichten (BGE 140 III 30, E. 3.6)
 - gilt selbst dann, wenn sich die Gesuchsgegnerin dem Gesuch erfolglos widersetzt (BGE 140 III 30: keine «unterliegende» Partei im Verfahren der vorsorglichen Beweisführung, Kostenverteilung richtet sich nach ZPO 107 I f [Billigkeit])
 - Gesuchstellende Partei kann indes nicht zur vorgängigen Leistung einer Sicherheit für die Parteientschädigung verpflichtet werden (ZPO 99 III c)
 - Im Hauptprozess kann die gesuchstellende Partei die Kosten für die Parteientschädigung als Auslagen (i.S.v. ZPO 95 III a) geltend machen, sofern sie notwendig waren
 - Ersatz im Rahmen der Parteientschädigung bei Obsiegen



Kosten und unentgeltliche Rechtspflege (4)

- **Gesuch vor Rechtshängigkeit des Hauptprozesses (Fortsetzung)**
 - **Unentgeltliche Rechtspflege:**
 - bis anhin nach bundesgerichtlicher Rspr. zumindest bei ZPO 158 I lit. b kein Anspruch
 - Argumente des BGer: keine Beurteilung materieller Rechte und Pflichten; Gesuchsteller könnte Hauptsacheverfahren einleiten und dort unentgeltliche Rechtspflege erhalten (BGE 141 I 241)
 - per 1.1.2025 kraft expliziter gesetzlicher Bestimmung zulässig (revZPO 118 II zweiter Satz)
 - **Streitwert**
 - Als Streitwert des Verfahrens der vorsorglichen Beweisführung gilt der **Streitwert der Hauptsache** (ggf. zu schätzen)
 - Abstellen auf den Streitwert der Hauptsache kann die vorsorgliche Beweisführung in bestimmten Fällen (insb. in Haftpflichtprozessen) prohibitiv teuer machen
 - partielle Abhilfe künftig durch Möglichkeit der unentgeltlichen Rechtspflege im Rahmen der vorsorglichen Beweisführung