

Zivilprozessordnung. Art. 158 Abs. 1 lit. b, Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 1 ZPO. Vorsorgliche Beweisführung. Art. 158 ZPO regelt die Beweisabnahme vor Rechtshängigkeit des Verfahrens. Ein schutzwürdiges Interesse im Sinne von Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO ist gegeben, wenn die vorsorgliche Beweisabnahme beantragt wird, um die Prozesschancen besser einschätzen zu können beziehungsweise einen aussichtslosen Prozess zu vermeiden. Übersieht die Vorinstanz, dass sie in Nachachtung von Art. 158 Abs. 1 ZPO die beantragten Beweise abzunehmen gehabt hätte und entscheidet sie lediglich über ein Akteneinsichtsrecht, wurde über die beantragte vorsorgliche Beweisführung nicht entschieden. Da somit ein wesentlicher Teil des Gesuches nicht beurteilt wurde, Rückweisung der Sache an die Vorinstanz, damit diese die vorsorgliche Beweisführung durchführt und die Beweise abnimmt.

Obergericht, 15. März 2013, OG Z 12 18

Aus den Erwägungen:

in Erwägung, dass

- das an die Vorinstanz gerichtete Gesuch der Berufungsklägerin (damals Gesuchstellerin) vom 25. September 2012 mit "Gesuch um vorsorgliche Beweisführung/Massnahmen" überschrieben war;

- gemäss Art. 158 Abs. 1 ZPO das Gericht jederzeit Beweise abnimmt, wenn das Gesetz einen entsprechenden Anspruch gewährt (lit. a) oder wenn die gesuchstellende Partei eine Gefährdung der Beweismittel oder ein schutzwürdiges Interesse glaubhaft macht (lit. b);

- Art. 158 ZPO unter anderem die vorliegend interessierende Beweisabnahme vor Rechtshängigkeit des Verfahrens regelt (Nicolas Passadelis, in Baker & McKenzie [Hrsg.], Handkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Bern 2010, Art. 158 N. 1);

- die Berufungsklägerin im Wesentlichen ausführt, dass sie zur Einschätzung der Prozesschancen die vorsorgliche Beweisführung anbegehrt (VI-act. 02.01 S. 10 Ziff. 3.9.1 und OG-act. 2.1 S. 6 Ziff. 2.9.2);

- die Berufungsklägerin damit ein schutzwürdiges Interesse im Sinne von Art. 158 Abs. 1 lit. b 2. Satzteil ZPO geltend macht;

- gemäss der bundesrätlichen Botschaft ein schutzwürdiges Interesse gegeben ist, wenn die vorsorgliche Beweisabnahme beantragt wird, um die Prozesschancen besser einschätzen zu können beziehungsweise einen aussichtslosen Prozess zu vermeiden (Nicolas Passadelis, a.a.O., Art. 158 N. 6);

- damit das von der ZPO verlangte schutzwürdige Interesse der Berufungsklägerin erfüllt ist;

- die Glaubhaftmachung als weitere Voraussetzung gemäss Art. 158 Abs. 1 lit. b in fine ZPO ebenfalls vorliegt, dies denn auch schon die Vorinstanz zutreffend festhält (angefochtener Entscheid: E. 2.1, 1. Abschnitt in fine, S. 6);

- gemäss Art. 158 Abs. 1 ZPO das Gericht bei Vorliegen der Voraussetzungen von Art. 158 Abs. 1 lit. a oder lit. b ZPO die Beweise abzunehmen hat;

- die Vorinstanz übersehen hat, dass sie in Nachachtung von Art. 158 Abs. 1 ZPO die beantragten Beweise abzunehmen gehabt hätte, es nicht genügt, lediglich Akteneinsicht nach Art. 541 OR zu gewähren;

- Gesagtes erhellt, dass sich damit die Berufung als begründet erweist und unter Aufhebung des angefochtenen Entscheides gutzuheissen ist;

- die Rechtsmittelinstanz die Sache an die erste Instanz zurückweisen kann, wenn ein wesentlicher Teil der Klage nicht beurteilt wurde (Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 1 ZPO);

- die vorsorgliche Beweisabnahme durch das Gericht wesentlicher Teil des vor Vorinstanz eingereichten Gesuches vom 25. September 2012 war, daran die in der Begründung des Gesuches unter Buchstabe D Ziff. 3.9.5 gewählte etwas missverständliche Formulierung ("Die Gesuchstellerin ist lediglich daran interessiert und hat gestützt auf Art. 541 OR auch ein Recht darauf, bereits vorgängig der Klageerhebung Einsicht nehmen zu können in alle Beweisurkunden, über welche die Gesuchsgegnerin mit Bezug auf den Geschäftsgang des RFS-Konsortiums verfügt.") nichts ändert, die Vorinstanz in der Folge aber lediglich über ein Akteneinsichtsrecht entschied, sie dabei eine Einreichung der Akten beim Gericht zwecks Einsichtnahme als wenig zweckmässig erachtete (angefochtener Entscheid: E. 2.2, 1. Abschnitt, S. 10), über die beantragte vorsorgliche Beweisführung nicht entschieden wurde (angefochtener Entscheid: Dispositiv-Ziff. 1);

- daher eine Rückweisung an die Vorinstanz angezeigt ist;

- kommt hinzu, dass aus Sicht der Parteien ein Interesse an der Rückweisung bestehen kann, damit sie nicht einer Instanz verlustig gehen (Beat Mathys, in Baker & McKenzie [Hrsg.], a.a.O., Art. 318 N. 12; Alexander Brunner, in Paul Oberhammer [Hrsg.], Kurzkommentar zur Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2010, Art. 318 N. 3);

- die Vorinstanz die vorsorgliche Beweisführung durchzuführen und die Beweise abzunehmen hat, indem sie die Berufungsbeklagte verpflichtet, die von der Berufungsklägerin angebehrten Beweise beim Gericht einzureichen und in der Folge der Berufungsklägerin Einsicht in die eingereichten Akten zu gewähren;

- die Vorinstanz gleichzeitig die Berufungsbeklagte auf ihre Mitwirkungspflichten (und das Verweigerungsrecht) gemäss Art. 160 Abs. 1 lit. b ZPO hinzuweisen hat (Art. 161 ZPO);

- die Vorinstanz überdies die Berufungsbeklagte auf die Säumnisfolgen und die entsprechenden Vollstreckungsmassnahmen aufmerksam zu machen hat, welche auf Antrag der obsiegenden Berufungsklägerin (Art. 236 Abs. 3 ZPO) bei Nichtmitwirkung im Falle einer Säumnis anzuordnen sind (Art. 343 Abs. 1 ZPO; s. zum Ganzen: Georg Naegeli, in Paul Oberhammer [Hrsg.], a.a.O., Art. 236 N. 17);