



Dokument	Anwaltsrevue 2015 S. 269
Autor	Patrick Wagner, Rainer Deecke
Titel	DIE RECHTSPRECHUNG DES BUNDESGERICHTS ZUR VORSORGLICHEN BEWEISFÜHRUNG NACH ART. 158 ZPO
Publikation	Das Praxismagazin des schweizerischen Anwaltsverbands
Herausgeber	Schweizerischer Anwaltsverband
Frühere Herausgeber	
ISSN	1422-5778
Verlag	Stämpfli Verlag AG, Bern

Anwaltsrevue 2015 S. 269

DIE RECHTSPRECHUNG DES BUNDESGERICHTS ZUR VORSORGLICHEN BEWEISFÜHRUNG NACH ART. 158 ZPO*

PATRICK WAGNER

Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Haftpflcht- und Versicherungsrecht,
schadenanwaelte.ch, Basel/Zürich

RAINER DEECKE

Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Haftpflcht- und Versicherungsrecht,
schadenanwaelte.ch, Zug

Stichworte: Art. 158 ZPO, vorsorgliche Beweisführung, Zivilprozess

Das Bundesgericht hat sich seit Inkrafttreten der neuen ZPO bis heute (Juni 2015) in nicht weniger als 17 Urteilen mit Fragen rund um Art. 158 ZPO befasst. Allesamt betreffen diese Urteile Abs. 1 lit. b. Variante 2, also die vorsorgliche Beweisführung *zur Abklärung der Prozess- und Beweisaussichten*. In der nachfolgenden Tabelle wird diese Rechtsprechung in chronologischer Reihenfolge dargestellt. Neben der Verfahrensnummer werden der Kanton der Vorinstanzen, die/der Rechtsvertreter/in der geschustellenden Partei, das beantragte Beweismittel sowie die aus unserer Sicht entscheidenden Erwägungen aufgeführt.

* Es handelt sich um die schriftliche Fassung eines von den Schreibenden an den Weiterbildungstagen des Schweizerischen Anwaltsverbandes vom 12. 9. 2014 im Stade de Suisse gehaltenen Referates, angereichert durch die zwischenzeitlich erschienene Praxis des Bundesgerichts



4A_532/2011 = 138 III 76	AG	Eugen Marbach	Augenschein	<p>Die gesuchstellende Partei hat glaubhaft zu machen, dass ein Hauptsacheanspruch besteht (2.1.1).</p> <p>Gemäss Botschaft wird mit dem Begriff des schutzwürdigen Interesses in Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO auf die Möglichkeit Bezug genommen, eine vorsorgliche Beweisführung auch zur Abklärung der Beweis- und Prozessaussichten durchzuführen (2.4.2).</p> <p>Die Gesuchstellerin, die sich auf Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO stützt, muss daher glaubhaft machen, dass ein Sachverhalt vorliegt, gestützt auf den ihr das materielle Recht einen Anspruch gegen die Gesuchsgegnerin gewährt und zu dessen Beweis das abzunehmende Beweismittel dienen kann (2.4.2).</p> <p>Lediglich für Tatsachen, die mit dem vorsorglich abzunehmenden Beweismittel bewiesen werden sollen, kann keine eigentliche Glaubhaftmachung verlangt werden (2.4.2).</p>
4A_118/2012	LU	Marco Unternährer	Zeugen	<p>Sind Protokolle und Zeugenbescheinigungen vorhanden, aus denen sich ergibt, welcher Zeuge welche Sachverhaltsdarstellung bestätigt, bedarf es keiner vorprozessualen Einvernahme dieser Zeugen (2.2).</p>
4A_448/2012	ZH	Ursina Pally Hofmann	Gutachten	<p>Es wurde kein (Versorger-)Schaden und somit kein Hauptsacheanspruch glaubhaft gemacht, weshalb das Gesuch abgewiesen wird (2.4).</p>

Anwaltsrevue 2015 S. 269, 270

4A_322/2012	ZH	Philip Stolkin	Gutachten	<p>Der Gesuchsteller, der sich auf Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO stützt, muss daher glaubhaft machen, dass ein Sachverhalt vorliegt, gestützt auf den ihm das materielle Recht einen Anspruch gegen die Gesuchsgegnerin gewährt und zu dessen Beweis das abzunehmende Beweismittel dienen kann (2.2).</p> <p>Verlangt der Gesuchsteller die Einholung eines Gutachtens, obliegt es in erster Linie ihm, dem Gericht die Fragen zu unterbreiten, die dem Experten zu stellen sind. Die Gesuchsgegnerin kann durch eigene Fragen oder durch Zusatz- und Ergänzungsfragen ihren eigenen Standpunkt in das Verfahren einbringen. Zudem kann die Gesuchsgegnerin in ihrer Stellungnahme zum Gesuch auch eine Ausdehnung der Beweisführung auf weitere Tatsachen und Gegenbeweismittel beantragen, sofern auch diesbezüglich die Voraussetzungen von Art. 158 ZPO erfüllt sind (2.2.2).</p>
4D_66/2012	AG	Thomas Siegenthaler	Gutachten	<p>Bei der vorsorglichen Beweisführung gibt es indessen im Normalfall</p>



				keine unterliegende Seite. Nur wenn die vorsorgliche Beweisführung auf Antrag des Gesuchsgegners auf weitere Tatsachen und/oder Beweismittel ausgedehnt wird, hat er für die daraus entstehenden Prozesskosten aufzukommen (4.).
4A_225/2013 = 140 III 16	SO	Christian Thöny	Gutachten	<p>Die Anforderungen an die Glaubhaftmachung dürfen freilich nicht überspannt werden (2.2.2).</p> <p>Ebenfalls kein Interesse an einer vorsorglichen Beweisführung besteht sodann, wenn es der gesuchstellenden Partei lediglich darum geht, ein bereits vorliegendes Gutachten mit einem weiteren Gutachten infrage zu stellen (2.2.2).</p> <p>Verlangt der Gesuchsteller die Einholung eines Gutachtens, obliegt es in erster Linie ihm, dem Gericht die Fragen zu unterbreiten, die dem Experten zu stellen sind. Die Gesuchsgegnerin kann durch eigene Fragen oder durch Zusatz- und Ergänzungsfragen ihren eigenen Standpunkt in das Verfahren einbringen, wobei das Gericht dafür zu sorgen hat, dass der durch das Gesuch definierte Prozessgegenstand gewahrt bleibt und nicht durch Ergänzungsfragen erweitert wird. Der endgültige Entscheid über die Formulierung der Fragen liegt stets beim Gericht. Die Gesuchsgegnerin kann eine Ausdehnung der Beweisführung auf weitere Tatsachen sowie die Abnahme von Gegenbeweismitteln nur insoweit beantragen, als auch diesbezüglich die Voraussetzungen von Art. 158 ZPO erfüllt sind (2.2.3).</p> <p>Bei den vorliegend bereits vorhandenen rund 20 medizinischen Stellungnahmen (Arztzeugnisse, fachärztliche Berichte etc.) handelt es sich beweisrechtlich betrachtet denn auch um blosse Privatgutachten, welche nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung als Bestandteil der Parteivorbringen und nicht als eigentliche Beweismittel gelten. Demgegenüber strebt die Beschwerdeführerin ein gerichtliches Gutachten i. S. von Art. 183 ff. ZPO an. Ist aber ein solches Gutachten im Hauptprozess notwendig, lässt sich ein schutzwürdiges Interesse an dessen vorsorglicher Abnahme nicht willkürfrei verneinen (2.3).</p> <p>Die vorsorgliche Beweisführung nach Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO soll nicht bloss eine vage Abschätzung der Prozesschancen ermöglichen, sondern eine eigentliche Abklärung der Prozessaussichten im Allgemeinen und der Beweisaussichten im Besonderen (2.5).</p>



				Die Kosten für das Gutachten hat der Gesuchsteller zu tragen (3.).
4A_336/2013 = 140 II 24	ZH	Rainer Deecke	Gutachten	<p>Dass das vorliegende MEDAS-Gutachten nicht tauglich wäre, in einem allfälligen Hauptprozess als gerichtliches Gutachten i. S. von Art. 183 ff. ZPO berücksichtigt zu werden, macht die Beschwerdeführerin zu Recht nicht geltend. In der Lehre wird die (zutreffende) Auffassung vertreten, dass der Zivilrichter ein Gutachten, das von einer anderen Behörde in Auftrag gegeben und in einem anderen Verfahren erstattet wurde (z. B. ein im Strafverfahren eingeholtes verkehrstechnisches Gutachten oder eine von einem Sozialversicherungsträger veranlasste medizinische Expertise), als gerichtliches Gutachten beziehen darf (3.3.1.3).</p> <p>Gemäss den Feststellungen der Vorinstanz beantwortet das bereits vorliegende MEDAS-Gutachten im Wesentlichen jene Fragen, welche die Beschwerdeführerin in ihrem Gesuch formuliert hat. Die Vorinstanz ist damit zu Recht zur Auffassung gelangt, dass bereits ein taugliches Gutachten in Bezug auf die Unfälle aus dem Jahr 2005 vorliege und die Beschwerdeführerin damit kein schutzwürdiges Interesse an der vorsorglichen Erstellung eines weiteren Gutachtens hat (3.3.1.4).</p>
4A_589/2013 = 140 III 12	ZH	Philip Stolkin	Gutachten	<p>Die Vorinstanz weist für die Streitwertberechnung zutreffend darauf hin, dass die mutmasslichen Begehren im Hauptprozess massgebend sind (3.3).</p> <p>Da im Verfahren um vorsorgliche Beweisführung nach Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO nicht über materielle Rechte oder Pflichten der Parteien zu entscheiden ist, besteht grundsätzlich kein Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege (3.3.4).</p>
4D_54/2013 = 140 III 30	ZH	Felix Meier	Gutachten	<p>Die Prüfung, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für eine vorsorgliche Beweisführung nach Art. 158 ZPO erfüllt sind, hat – ähnlich wie diejenige über das Vorliegen von Prozessvoraussetzungen – von Amtes wegen zu erfolgen und kann im Rahmen eines selbständig zu eröffnenden Zwischenentscheids vorgenommen werden (3.4.1).</p> <p>Die gesuchstellende Partei hat die Möglichkeit, den Hauptprozess anzustrengen und bei Obsiegen in der Sache auch die Kosten des vorsorglichen Beweisverfahrens auf die in der Sache unterliegende Partei abzuwälzen (3.5).</p>



				Aus den gleichen Überlegungen, namentlich, dass der Gesuchsgegner nicht als unterliegende Partei im Sinne von Art. 106 Abs. 1 ZPO betrachtet werden kann, folgt, dass der Gesuchsgegner Anspruch auf Parteientschädigung für das Gesuchsverfahren hat (3.6).
--	--	--	--	--

Anwaltsrevue 2015 S. 269, 271

4A_429/2013	BL	Stefan Kinzli	Gutachten	<p>Nach den Feststellungen im angefochtenen Entscheid hat die Beschwerdeführerin im vorinstanzlichen Verfahren keine Angaben zu Dauer und Umfang der durch den Gesundheitsschaden bedingten Schmerzen gemacht und auch nicht ausreichend behauptet, dass ihr ein tatsächlicher Schaden entstanden sei (1.3.2.)</p> <p>Gemäss den Feststellungen im angefochtenen Entscheid hat die Beschwerdeführerin in ihrer Berufung weder die Berechnung nach Zeitaufwand noch dem veranschlagten Stundensatz beanstandet, sondern einzig geltend gemacht, der vom Rechtsvertreter des Beschwerdegegners in Rechnung gestellte Aufwand von 51.35 Stunden sei übertrieben. Letzteres ist nicht willkürlich (4.2.2/4.3).</p>
4A_604/2013	TG	Simon Kehl	Gutachten	<p>Dieses stellte fest, dass der Beschwerdeführer namentlich über IV-Arztberichte verfüge und dass die SUVA umfangreiche medizinische und weiteren Abklärungen getroffen habe. Die Behauptung des Beschwerdeführers, er verfüge lediglich über (beweisrechtlich irrelevante) Privatgutachten, trifft nicht zu. Vielmehr hat gemäss den Ausführungen der kantonalen Instanzen die SUVA im sozialversicherungsrechtlichen Verfahren umfangreiche medizinische und andere Abklärungen getroffen, welche zu den vorliegend relevanten Fragen Stellung nimmt. Das Bezirksgericht kam dabei zum Schluss, dass der Gesuchsteller bereits über eine sehr hohe Anzahl an Gutachten, medizinischen Beurteilungen und Stellungnahmen von Fachpersonen verfüge, welche sich zu den relevanten Fragen äussern, wenn auch nicht einheitlich. Damit liegt eine breite Beurteilungsbasis vor, um die Chancen eines allfälligen Prozesses gegen die Beschwerdegegnerin abklären zu können (2.3/2.5).</p>
4A_225/2014	BL	Bruno Muggli	Gutachten	<p>Dass es sich bei einem solchen Entscheid um einen Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 Abs. 1 BGG handelt, gegen den die Beschwerde nur zulässig ist, wenn er einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil rechtlicher Natur bewirken kann (in Erwägung, S. 1).</p>



4A_248/2014	VD	Pierre-Yves Bosshard	Gutachten	<p>En revanche, la décision qui ordonne l'administration de cette preuve à futur est une décision incidente au sens de l'art. 93 al. 1. Let. a LTF, qui ne cause pas de dommage irréparable (1.2.3.).</p> <p>D'ailleurs, comme la jurisprudence a déjà eu l'occasion de le préciser, le requérant n'a pas d'intérêt digne de protection à obtenir l'administration d'une expertise à titre de preuve à futur pour clarifier les chances de succès d'un éventuel procès futur (art. 158 al. 1 let. b, 2e cas, CPC) lorsqu'une expertise apte à prouver les faits existe déjà (1.3).</p>
4A_317/2014	SG	Simon Kehl	Gutachten	<p>Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung des Willkürverbots (Art. 9 BV). Sie macht geltend, sie habe den Sachverhalt präzise umschrieben, nämlich: das Unfallereignis (abruptes Bremsmanöver mit Heckaufprall), die erlittenen Verletzungen (Wirbelsäulen-, Schädelhirn- und Zahntraumen) und die Dauerfolgen (Arbeitsunfähigkeit im angestammten Beruf und Einschränkung im Haushalt zu 38%). Die Vorinstanz sei von mangelhafter Substanziierung ausgegangen, weil in den Rechtsschriften auf die UV- und IV-Akten verwiesen und nicht präzisiert worden sei, welche Akten der Gutachter zu beachten habe. Damit verwechsle sie Tatsachenbehauptungen und Beweismittel und verletze willkürlich Art. 221 ZPO. Tatsachenbehauptungen müssen substantiiert in der Rechtsschrift selber erfolgen; die blosser Verweisung auf Aktenstücke ist ungenügend (2.1/2.1).</p>
4A_342/2014	ZG	Patrick Wagner	Schriftliche Auskunft	<p>Beim angefochtenen Entscheid über vorsorgliche Beweisführung handelt es sich um einen Entscheid im Sinne von Art. 98 BGG. Dagegen kann nur die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden. Zu einer Änderung dieser erst kürzlich mehrmals bestätigten Rechtsprechung besteht entgegen der Anregung des Beschwerdeführers kein Anlass.</p> <p>Mit den verlangten Informationen betreffend die Gutachteraufträge, welche die Versicherung D. an Dr. C. gegeben hat, ersucht der Beschwerdeführer nicht um die Abnahme von Beweismitteln, die dem Beweis der anspruchsbegründenden Tatsachen dienen sollen. Vielmehr möchte er anhand dieser Informationen den vorhandenen Arztbericht von Dr. C. in Zweifel ziehen oder die Glaubwürdigkeit seiner Aussagen im Rahmen einer allfälligen Zeugeneinvernahme, die er im Teilklageverfahren</p>



				<p>beantragt hat, infrage stellen. Dazu dient indessen das Verfahren der vorsorglichen Beweisführung nicht, geht es doch bei diesem nicht um die Würdigung, sondern um die Erhebung von Beweisen (5.2).</p> <p>Ob mit der vorsorglichen Beweisführung auch Gegenbeweise erhoben werden können, kann sodann offenbleiben (5.2).</p> <p>Ob ein schutzwürdiges Interesse an der vorsorglichen Beweisführung auch deshalb ausscheidet, weil der Beschwerdeführer sein Informationsbedürfnis im Rahmen des hängigen Teilklageverfahrens einfordern und befriedigen kann, liess die Vorinstanz offen. Da die Frage demnach nicht streitentscheidend ist, braucht auf die diesbezüglichen Vorbringen des Beschwerdeführers nicht eingegangen zu werden (5.4).</p>
4A_32/2015	ZH	Peter Reetz und Julia Steinbach	Gutachten	<p>Damit verkennt die Beschwerdeführerin aber, dass ein Rechtsschutzgesuch gemäss Art. 221 Abs. 1 lit. b und d ZPO sowohl ein Rechtsbegehren als auch Tatsachenbehauptungen zu enthalten hat, wobei die Parteien nach dem vorliegend anwendbaren Art. 55 Abs. 1 ZPO jene Tatsachen darzulegen haben, auf die sie ihr Rechtsbegehren stützen (2.2.2).</p>