

DIE RECHTSPRECHUNG DES BUNDES- GERICHTS ZUR VORSORGLICHEN BEWEISFÜHRUNG NACH ART. 158 ZPO - EIN UPDATE

PATRICK WAGNER

Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Haftpflicht- und Versicherungsrecht,
schadenanwaelte AG, Basel

THIBAUT MEYER

Rechtsanwalt, schadenanwaelte AG, Basel

Stichworte: Art. 158 ZPO, vorsorgliche Beweisführung, Zivilprozess

Der Erstunterzeichnete hat (zusammen mit RA Rainer Deecke) in einer in der Anwaltsrevue 2015, S. 269 ff. erschienenen Zusammenstellung die Praxis des Bundesgerichts zur vorsorglichen Beweisführung nach Art. 158 ZPO von deren Inkrafttreten bis Juni 2015 aufgezeigt. Es handelte sich damals um nicht weniger als 17 Urteile.

Im vorliegenden Beitrag sollen die seither vom Bundesgericht in diesem Bereich ergangenen Urteile, sofern sie Erwägungen enthalten, die nicht lediglich solche früherer Entscheide wiederholen, aufgelistet werden, um schliesslich - fast 10 Jahre nach dessen Schaffung - ein weiteres Zwischenfazit zur Bedeutung dieses Prozessinstruments zu ziehen. Auch die Bundesgerichtsurteile dieser Reihe betreffen (mit einer Ausnahme) Abs. 1 lit. b. *Variante 2* von

Art. 158 ZPO, also die vorsorgliche Beweisführung *zur Abklärung der Prozess- und Beweisaussichten*.

In der nachfolgenden Tabelle wird die Rechtsprechung in chronologischer Reihenfolge dargestellt. Neben der Verfahrensnummer werden der Kanton der Vorinstanzen, der/die Rechtsvertreter/in der gesuchstellenden Partei, das beantragte Beweismittel sowie die aus unserer Sicht entscheidenden Erwägungen aufgeführt.

4A_334/2015 = BGE 141 I 241	ZH	Philip Stolklin	Gutachten	<ul style="list-style-type: none"> - Der Beschwerdeführer geht also fehl, wenn er aus Art. 29a BV einen kostenlosen Zugang zum vorsorglichen Beweisführungsverfahren ableiten will, wobei offenbleiben kann, ob dieses Verfahren überhaupt in den sachlichen Anwendungsbereich von Art. 29a BV fällt (4.1). - Der Beschwerdeführer geht damit fehl, wenn er sich gestützt auf Art. 6 Ziff. 1 EMRK einen kostenfreien Zugang zum vorsorglichen Beweisverfahren verschaffen will (4.2.4). - Soweit der Beschwerdeführer aus einer ganzen Kaskade von völkerrechtlichen Verpflichtungen und Rechten der Schweizerischen Bundesverfassung einen Anspruch auf weitgehend risikoloses Prozessieren auf Kosten der Allgemeinheit ableiten will, kann ihm damit kein Erfolg beschieden sein (4.3.4).
5A_296/2015	BE	Philipp Troesch / Michel Kertai	Parteibefragung	<ul style="list-style-type: none"> - Mit der Beschwerde gegen den Entscheid über die vorsorgliche Beweisführung (Art. 158 ZPO) kann nur die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden (Art. 98 BGG; BGE 138 III 46 E. 1.1; 133 III 638 E. 2) (1).

4A_191/2015 = 141 III 564	GE	Nicolas Rouiller	Urkundenedition	<ul style="list-style-type: none"> - Le droit à la reddition de compte fondé sur l'art. 400 al. 1 CO est une prétention de droit matériel, et non un droit de nature procédurale (cf. arrêt 5A_768/2012 du 17 mai 2013 consid. 4.1). En tant que droit accessoire indépendant, il peut faire l'objet d'une action en exécution. En ordonnant au mandataire de fournir l'information ou les documents requis, le juge règle définitivement le sort de la prétention, qui «s'épuise» avec la communication des renseignements ou des pièces (cf. ATF 138 III 728 consid. 2.7 p. 732 s.). Le jugement, revêtu de l'autorité de la chose jugée, doit être rendu après un examen complet en fait et en droit (cf. arrêt précité du 17 mai 2013 consid. 4.1). Selon la jurisprudence, le juge ne peut pas ordonner par voie provisionnelle une mesure qui, par sa nature, implique un jugement définitif de la prétention à protéger, comme la reddition de compte au sens de l'art. 400 al. 1 CO (cf. ATF 138 III 728 consid. 2.7 p. 732 s.; pour le droit à la consultation des comptes de la SA [art. 697h CO], ATF 120 II 352 consid. 2b p. 355). De même, la procédure de preuve à futur en vue d'évaluer les chances de succès d'une action future ne peut pas être utilisée pour faire valoir une prétention en reddition de compte contestée par la partie adverse (cf. GASSER/RICKLI, Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], Kurzkommentar, 2^e éd. 2014, n° 6 ad art. 85 CPC p. 85 s.). En effet, saisi d'une requête fondée sur l'art. 158 al. 1 let. b in fine CPC, le juge examine uniquement, sous l'angle de la vraisemblance, si le requérant dispose d'un intérêt digne de protection à l'administration de la preuve requise; il ne rend pas un jugement définitif sur un droit matériel (cf. ATF 140 III 12 consid. 3.3.3 p. 13 s.; ATF 141 III 241 consid. 3.3.1 p. 245 et 4.2.3 p. 248), après un examen complet en fait et en droit. En résumé, la voie de la preuve à futur n'est pas ouverte pour faire valoir le droit que la recourante invoque en réalité, à savoir une prétention en reddition de compte fondée sur l'art. 400 al. 1 CO (E 4.2.2).
4A_352/2015 = BGE 142 III 40	GE	Alexandre de Weck	Gutachten	<ul style="list-style-type: none"> - Tous les moyens de preuve prévus par les art. 168 ss CPC peuvent être administrés en preuve à futur hors procès, et ce conformément aux règles qui leur sont applicables. Lorsqu'il s'agit d'une expertise, les règles des art. 183-188 CPC s'appliquent (E. 3.1.2) - L'administration de la preuve à futur «hors procès» ne prive pas les parties du droit de requérir du tribunal saisi de la cause au fond qu'il ordonne que la preuve soit administrée à nouveau. Toutefois, si le tribunal s'estime suffisamment renseigné par l'expertise effectuée à titre de preuve à futur, il peut renoncer à ordonner une nouvelle expertise. L'expertise ordonnée en procédure de preuve à futur a en effet la valeur d'une expertise judiciaire (E. 3.1.3). - Il y a toutefois lieu d'admettre qu'un tiers puisse aussi intervenir dans une procédure de preuve à futur «hors procès». (...) Certes, la procédure de preuve à futur n'aboutit pas à un jugement qui tranche des droits, de sorte que la condition posée par l'art. 74 CPC – que le litige soit jugé en faveur de l'une des parties – ne peut être remplie en tant que telle. Mais cette procédure, formellement indépendante, n'a de raison d'être qu'en relation avec un procès futur sur le fond, dans lequel l'expertise pourra être utilisée. Par conséquent, il faut et il suffit que le tiers intervenant à la procédure de preuve à futur «hors procès» rende vraisemblable qu'il pourrait intervenir à titre accessoire dans le procès futur sur le fond et qu'il a, de ce fait, intérêt à participer à l'administration de l'expertise en procédure de preuve à futur par des questions, des modifications de questions et des demandes d'explications à l'intention de l'expert ou en lui posant des questions complémentaires (art. 185 al. 2 et 187 al. 4 CPC) (E. 3.2.2). - Il reste donc à examiner jusqu'à quand une intervention peut être présentée au cours d'une procédure de preuve à futur «hors procès» (E. 3.3). - Conformément à l'art. 74 CPC, l'intervention est possible en tout temps (jederzeit). Autrement dit, l'intervenant peut requérir sa participation et se joindre à la procédure en tout état de cause, tant que celle-ci est pendante, donc aussi en appel ou dans le recours limité au droit (Message du 28 juin 2006 relatif au code de procédure civile suisse, FF 2006 6896 ad art. 72-75; cf. notamment STAHELIN et al., op. cit., § 13 n° 57 p. 198; ZUBER/GROSS, op. cit., n° 18 ad art. 74 CPC p. 814 s.); l'intervention n'est en revanche pas possible pour la première fois devant le Tribunal fédéral, seul celui qui a pris part à la procédure devant l'autorité cantonale ayant la qualité de partie à la procédure de recours fédérale (cf. art. 76 al. 1 LTF) (3.3.1).
4A_229/2016	ZH	Ilhan Gönüller	Beweissausage	<ul style="list-style-type: none"> - Wird unabhängig von der Einleitung des Hauptprozesses um vorsorgliche Beweisführung ersucht, so gilt der abweisende kantonale Entscheid als Endentscheid, bei bereits hängigem Hauptverfahren dagegen als Zwischenentscheid i. S. von Art. 93 BGG (Urteile 4A_342/2014 vom 17. Oktober 2014 E. 1; 4A_225/2013 vom 14. November 2013 E. 1.1, nicht publ. in: BGE 140 III 16; 138 III 76 E. 1.2 S. 79, 46 E. 1.1 S. 46 f.). Die Rechtshängigkeit der Hauptsache tritt bereits mit der Einreichung eines Schlichtungsgesuchs ein (Art. 62 Abs. 1 ZPO; BGE 141 III 101 E. 2.6; Urteil 4A_482/2015 vom 7. Januar 2016 E. 2.1) (1.2).
5A_295/2016 = 143 III 113	AG	Stefanie Mathys-Währner	Urkundenedition	<ul style="list-style-type: none"> - (...) Dementsprechend muss die gesuchstellende Partei einen Beweisantrag stellen, der sich unmittelbar auf die zu beweisende Tatsache bezieht. Sowohl für den Richter als auch für die Gegenpartei muss eindeutig ersichtlich sein, welche Beweismittel zu welchen Tatsachenbehauptungen angerufen werden. Zudem ist der Beweisantrag zu spezifizieren (vgl. Art. 221 Abs. 1 lit. e ZPO) (4.4.1).
4A_307/2017	ZH	Roman Heiz	Gutachten	<ul style="list-style-type: none"> - Der Nachteil, der gemäss Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG ausnahmsweise zur Beschwerde berechtigt, ist daher unbeschrieben der Eigenständigkeit des Verfahrens um vorsorgliche Beweisführung nur dann rechtlicher Natur, wenn er auch durch einen Entscheid über den materiellen Anspruch in der Hauptsache nicht beseitigt werden kann (BGE 141 III 80 E. 1.2). Er kann daher – entsprechend dem Zweck des Verfahrens – allenfalls darin liegen, dass Beweise wegen ungenügender Erhebungen (unterlassene Fragen an Zeugen, ungenügende Instruktion des Experten etc.) später nicht mehr zur Verfügung stehen. Ob jedoch überflüssige oder gar unzulässige Fragen gestellt und vom Experten beantwortet worden sind, ist Gegenstand der Beweiswürdigung, für welche das Gericht zuständig ist, das über den materiellen Anspruch zu befinden hat (2.4).

4A_441/2017	LU	Raphaël Mahaim Augenschein u. Gutachten	- Für die Beweisabnahme müssen die Behauptungen derart in Einzeltatsachen zerlegt werden, dass sie dem Beweis zugänglich sind (BGE 143 III 113 E. 4.4.1 S. 119 mit Hinweisen). Da die Beschwerdeführer Beweismassnahmen an den Bauten begehren, deren Abbruch bevorsteht, hätten sie konkret behaupten müssen, welche (in der Expertise E. _____ nicht enthaltenen) Feststellungen an diesen Bauten sie für die von ihnen in der Widerklage behaupteten Mängel oder für die behauptete Verletzung der Regeln der Baukunde als erforderlich erachten. Die allgemeine Behauptung, die tatsächlichen Grundlagen seien im Gutachten E. _____ nicht hinreichend erhoben, genügt dafür nicht (2.3).
4A_597/2018	LU	Raphael Zingg Gutachten	- Wird ein Verfahren betreffend vorsorgliche Beweisführung nach Durchführung von Beweismassnahmen geschlossen, so ist die Beweislage naturgemäss nicht mehr dieselbe wie bei der Bewilligung des Gesuchs und bei Eröffnung des Verfahrens. Ist daher der Gesuchsteller der Ansicht, das Verfahren sei zu Unrecht geschlossen worden und es seien zur Abklärung der Prozessausichten weitere Beweismassnahmen erforderlich, hat er aufgrund der aktuell vorliegenden Beweise zu begründen, dass diese zur Beurteilung seines materiellen Anspruchs noch nicht ausreichen. Ebenso wie bei der ursprünglichen Stellung seines Gesuchs um vorsorgliche Beweisabnahme hat der Gesuchsteller daher darzutun, dass die bisher vorliegenden Beweise im Blick auf einen konkreten Anspruch, den er durchsetzen will, die Abschätzung der Prozesschancen nicht erlauben. Er kann sich insbesondere nicht damit begnügen, zu behaupten, er könne die Prozesschancen nach wie vor nicht abschätzen; vielmehr hat er wiederum mit Blick auf die materiellen Ansprüche, die er durchsetzen will, konkret darzutun, dass ihm die Abschätzung seiner Chancen auch unter Berücksichtigung der bereits vorsorglich erhobenen Beweise noch immer nicht möglich ist und er daher an weiteren Beweisabnahmen ein schutzwürdiges Interesse hat (1.4.2).

Anzeige

«Jenseits von richtig und falsch liegt ein Ort, dort treffen wir uns.»



Institut für systemische Entwicklung
und Fortbildung

KLÄRUNGSHILFE UND DIE LUST AM DOPPELN

Methoden im Umgang mit Vorwürfen und Kränkungen in eskalierten Konflikten.
Seminar mit Christian Prior,
Dipl. Psych., Mediator, Unternehmensberater
Mi./Do., 18./19. November 2020

SYSTEMISCHER WERKZEUGKOFFER

Systemische Interventions- und Handlungsmöglichkeiten für Mediation und Konfliktberatung.
Seminar mit Raymund Solèr,
lic. iur., Coach und Mediator SDM
Di./Mi., 25./26. Mai 2021

DIE KUNST DES FRAGENS

Eine Frage, in der richtigen Art und Weise gestellt, ermöglicht einen neuen Blick auf das anstehende Problem und öffnet den Weg für eine Lösung.
Seminar mit Heiner Krabbe,
Dipl.-Psych., Mediator
Di./Mi., 13./14. April 2021

Mediative
Kompetenzen
machen
den Unterschied.

IEF Institut für systemische Entwicklung und Fortbildung
Schulhausstrasse 64, 8002 Zürich, Tel. 044 362 84 84, ief@ief-zh.ch, www.ief-zh.ch