

Vorsorgliche Beweisführung; Voraussetzungen; zulässige Beweismittel; Kosten- und Entschädigungsfolgen im Rechtsmittelverfahren – Art. 106 und Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO.

Im Rahmen der vorsorglichen Beweisführung nach Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO ist die Edition von Urkunden bei Drittpersonen zulässig, sofern auch die allgemeinen Voraussetzungen nach Art. 160 Abs. 1 lit. b ZPO erfüllt sind (E. 3).

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach das Verfahren der vorsorglichen Beweisführung nicht dazu verwendet werden kann, um einen von der Gegenpartei bestrittenen materiellrechtlichen Informationsanspruch geltend zu machen, ist nicht anwendbar auf die beantragte Edition von Urkunden bei einer Drittperson, gegenüber welcher kein materiellrechtlicher Anspruch der gesuchstellenden Partei besteht (E. 4.3).

Voraussetzungen für die vorsorgliche Beweisführung vorliegend bejaht (E. 5).

Anders als im erstinstanzlichen Verfahren gibt es im Rechtsmittelverfahren bei der vorsorglichen Beweisführung stets eine obsiegende und eine unterliegende Partei. Daher richten sich die Kosten- und Entschädigungsfolgen nach dem Unterliegerprinzip (E. 7.2).

OGE 10/2017/15/A vom 13. November 2018

Veröffentlichung im Amtsbericht

Sachverhalt

Im April 2009 übertrug A. seiner Schwester B. verschiedene Vermögenswerte. Im Jahr 2015 verstarb B. Sie hinterliess als gesetzliche Erben und Rechtsnachfolger ihre drei Kinder C., D. und E. In der Folge versuchte A., von C., D. und E. die übertragenen Vermögenswerte zurückzuerhalten, was diese indes verweigerten. Strittig ist insbesondere, ob zwischen A. und B. eine (mündliche) Vereinbarung über die Aufbewahrung, Verwaltung und Rückerstattung der Vermögenswerte bestand oder ob es sich um eine Schenkung handelte.

A. gelangte mit einem Gesuch um vorsorgliche Beweisführung an das Kantonsgericht Schaffhausen und beantragte die Einvernahme der Treuhänderin F., die im Auftrag von B. separate Steuerberechnungen bzw. Vermögensaufstellungen erstellt haben soll, welche die Vermögenswerte betreffen, die er B. übertragen habe. Zudem beantragte A. die Edition verschiedener sich bei F. befindlichen Urkunden. Das Kantonsgericht wies das Gesuch von A. ab. Das Obergericht hiess die dagegen gerichtete Berufung gut.

Aus den Erwägungen

3. Nach Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO nimmt das Gericht jederzeit Beweis ab, wenn die gesuchstellende Partei ein schutzwürdiges Interesse glaubhaft macht. Mit dem Begriff des schutzwürdigen Interesses wird auf die Möglichkeit Bezug genommen, eine vorsorgliche Beweisführung zur Abklärung der Beweis- und Prozessaussichten durchzuführen (BGE 140 III 16 E. 2.2.1 S. 19). Mit dieser Möglichkeit soll dazu beigetragen werden, aussichtslose Prozesse zu vermeiden (Botschaft des Bundesrates zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28. Juni 2006, BBI 2006 7221 ff., S. 7315). An das Bestehen eines schutzwürdigen Interesses sind keine hohen Anforderungen zu stellen. Es wäre etwa dann zu verneinen, wenn das beantragte Beweismittel untauglich ist (BGE 140 III 16 E. 2.2.2 S. 20).

Eine vorsorgliche Beweisführung nach Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO kann nur mit Blick auf einen glaubhaft gemachten konkreten materiellrechtlichen Anspruch verlangt werden, zu dessen Beweis das abzunehmende Beweismittel dienen kann. Die Anforderungen an die Glaubhaftmachung dürfen dabei nicht überspannt werden. Stellt das abzunehmende Beweismittel das einzige dar, mit dem der materiellrechtliche Anspruch bewiesen werden kann, genügt es, wenn der Gesuchsteller das Vorliegen der anspruchsbegründenden Tatsachen lediglich substantiiert und schlüssig behauptet (BGE 140 III 16 E. 2.2.2 S. 19 f.).

Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung kann das Verfahren der vorsorglichen Beweisführung, das der Einschätzung der Erfolgsaussichten einer zukünftigen Klage dient, nicht dazu verwendet werden, um einen von der Gegenpartei bestrittenen materiellrechtlichen Informationsanspruch geltend zu machen (BGE 141 III 564 E. 4.2.2. S. 568; 143 III 113 E. 4.3 S. 114).

Im Rahmen der vorsorglichen Beweisführung nach Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO sind grundsätzlich alle auch im Hauptsacheverfahren zulässigen Beweismittel zulässig, wobei ein Teil der Lehre der Zulassung der persönlichen Befragung und der Beweisaussage kritisch gegenüber steht, da damit die zukünftige Prozessführung der Gegenseite eingeengt werde (Isaak Meier, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich/Basel/Genf 2010, S. 311; Johann Zürcher, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], Kommentar, 2. A., Zürich/St.Gallen 2016, Art. 158 N. 18, S. 1279; Hans Schmid, in: Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], ZPO, Kurzkommentar, 2. A., Basel 2013, Art. 158 N. 5, S. 790; zustimmend KGer GR ZK2 12 10 vom 3. Mai 2012 E. 6b/aa; nur bzgl. der Beweisaussage: Jürgen Brönnimann, in: Hausheer/Walter [Hrsg.], Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band II, Bern 2012, Art. 158 N. 16, S. 1719). Soweit aus denselben Gründen eine Lehrmeinung "in vielen Fällen" auch eine Un-

zulässigkeit der Edition von Urkunden im Rahmen der vorsorglichen Beweisführung vertritt (Zürcher, Art. 158 N. 18, S. 1279; zustimmend KGer GR ZK2 12 10 vom 3. Mai 2012 E. 6b/aa), scheint diese Lehrmeinung primär die Edition bei der Gegenpartei und nicht bei Drittpersonen vor Augen zu haben. Es ist jedenfalls kein Grund ersichtlich, wieso im Hauptsacheverfahren zulässige Editionsbegehren gegenüber einer Drittperson im Rahmen der vorsorglichen Beweisführung nicht zugelassen werden sollten, zumal auch im Massnahmeverfahren die Verweigerungsrechte Dritter (Art. 165 f. ZPO) zu beachten sind. Eine weitere Lehrmeinung, wonach der Gesuchsteller bei Editionsbegehren im Verfahren der vorsorglichen Beweisführung vor Rechtshängigkeit des Hauptsacheprozesses eine materiell-rechtliche Editionsspflicht nachzuweisen habe (Walter Fellmann, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 3. A., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 158 N. 31, S. 1200), verträgt sich sodann nicht mit der erwähnten bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Verhältnis der vorsorglichen Beweisführung zu materiellrechtlichen Auskunftsansprüchen (BGE 141 III 564 E. 4.2.2. S. 568; 143 III 113 E. 4.3 S. 114). Immerhin ist bei einem Editionsbegehren im Rahmen der vorsorglichen Beweisführung zu verlangen, dass dieses zugleich die allgemeinen Voraussetzungen für die Edition gemäss Art. 160 Abs. 1 lit. b ZPO erfüllt: Die zu edierenden Urkunden und deren Inhalt sind so präzise zu bezeichnen, dass für die herausgabepflichtige Person zweifelsfrei feststeht, welche Dokumente sie zu edieren hat (HGer ZH HE140508 vom 21. Mai 2015 E. 3; Franz Hasenböhler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 3. A., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 160 N. 13, S. 1223).

4.1. Nach Ansicht des Kantonsgerichts und der Berufungsbeklagten handelt es sich beim Gesuch des Berufungsklägers um nichts anderes als um die Geltendmachung eines materiellrechtlichen Informationsanspruchs, und zwar des auftragsrechtlichen Anspruchs auf Rechenschaftsablegung nach Art. 400 Abs. 1 OR.

4.2. Nach Art. 400 Abs. 1 OR hat der Beauftragte auf Verlangen jederzeit über seine Geschäftsführung Rechenschaft abzulegen und alles, was ihm infolge derselben aus irgendeinem Grunde zugekommen ist, zu erstatten. Die Pflicht zur Rechenschaftsablegung des Beauftragten soll dem Auftraggeber die Kontrolle ermöglichen, ob die Tätigkeiten des Beauftragten einer getreuen und sorgfältigen Ausführung des Auftrags gerecht werden (BGE 141 III 564 E. 4.2.1 S. 567; 139 III 49 E. 4.1.2 S. 54). Die Rechenschaftspflicht bildet Voraussetzung und Grundlage der Ablieferungs- oder Herausgabepflicht und findet ihre Grenzen im Grundsatz von Treu und Glauben (BGE 139 III 49 E. 4.1.2 S. 54).

4.3. Zwischen dem Berufungskläger und F. besteht unbestrittenermassen kein Vertragsverhältnis. Vielmehr soll F. – nach Darstellung des Berufungsklägers – im

Auftrag von B. separate Steuerberechnungen bzw. Vermögensaufstellungen erstellt haben, welche die Vermögenswerte betreffen, die der Berufungskläger B. übertragen habe und in welche der Berufungskläger jeweils Einsicht genommen habe. Somit ist festzuhalten, dass der Berufungskläger gemäss unbestrittener Darstellung jedenfalls keinen materiellrechtlichen Informationsanspruch *gegenüber F.* hat. Die Zulassung der beantragten vorsorglichen Beweisführung gegenüber F. würde folglich – anders als in BGE 141 III 564 – im Ergebnis gerade nicht einem Entscheid im Massnahmeverfahren über einen bestrittenen materiellrechtlichen Informationsanspruch entsprechen.

Daran würde auch nichts ändern, wenn der Berufungskläger zumindest die Herausgabe der gemäss vorliegendem Gesuch zu edierenden Urkunden alternativ klageweise in einem ordentlichen Verfahren *gegenüber den Berufungsbeklagten* durchsetzen könnte. Denn dass der Berufungskläger mit seinem Gesuch nicht etwa einen materiellrechtlichen Informationsanspruch geltend macht, zeigt sich auch darin, dass der Inhalt der beantragten Fragen und der zu edierenden Urkunden alleine auf die streitige Frage des *Bestehens sowie des Inhalts des Auftragsverhältnisses* zwischen dem Berufungskläger und B. abzielt. Hingegen bezweckt der Berufungskläger damit nicht etwa *die Kontrolle der Tätigkeit von B. bzw. die Abklärung, ob sie den (allfälligen) Auftrag sorgfaltsgemäss ausgeführt hatte*, wie es für ein Begehren nach Art. 400 OR typisch wäre.

Es trifft folglich entgegen der Ansicht des Kantonsgerichts und der Berufungsbeklagten nicht zu, dass der Berufungskläger mit der beantragten vorsorglichen Beweisführung einen materiellrechtlichen Informationsanspruch geltend machte. Somit ist festzuhalten, dass das Gesuch des Berufungsklägers jedenfalls nicht mit dieser Begründung abzuweisen ist.

5. Noch nicht beurteilt ist damit, ob das vorliegende Gesuch im Übrigen den Voraussetzungen von Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO genügt. Dies ist von Amtes wegen zu prüfen (BGE 140 III 30 E. 3.4.1 S. 33).

[...]

5.1. Der Berufungskläger stellt sein Gesuch um vorsorgliche Beweisführung mit Blick auf einen behaupteten vertraglichen Anspruch gegenüber den Berufungsbeklagten auf Rückübertragung der Wertschriften und Leistung eines noch zu beziffernden Betrags sowie auf Herausgabe sämtlicher Kontoauszüge und Vermögensverzeichnisse betreffend die Konti und Wertschriftendepots von B., auf denen die übertragenen Vermögenswerte aufbewahrt und verwaltet worden seien.

5.1.1. Die Berufungsbeklagten bestreiten nicht, dass der Berufungskläger verschiedene Vermögenswerte auf B. übertragen hat. Der Berufungskläger belegt

denn auch mehrere, genau spezifizierte, durch ihn getätigte Zahlungen und Übertragungen von Wertschriften auf Drittkonti, wobei B. teilweise als Inhaberin des jeweiligen Empfängerkontos ersichtlich ist. Damit hat der Berufungskläger glaubhaft gemacht, dass er verschiedene Vermögenswerte auf B. übertragen hat.

5.1.2. Als Rechtsgrund für diese Übertragung und damit auch für die geltend gemachten Herausgabe- und Rückerstattungsansprüche gibt der Berufungskläger ein mündlich mit B. begründetes Auftragsverhältnis an, wonach diese die Vermögenswerte für ihn aufbewahren, verwalten und schliesslich rückerstatten sollte. Das Motiv für die Übertragung sollen steuerliche Gründe gewesen sein. Dieser Rechtsgrund für die Übertragung wird von den Berufungsbeklagten zwar bestritten, doch bildet er Gegenstand der vorliegend beantragten vorsorglichen Beweisführung und wurde vom Berufungskläger im Rahmen der vorliegenden vorsorglichen Beweisführung hinreichend substantiiert und schlüssig behauptet.

5.1.3. [...]

5.1.4. Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass der Berufungskläger einen materiellrechtlichen Anspruch gegenüber den Berufungsbeklagten glaubhaft gemacht hat, zu dessen Beweis die beantragte vorsorgliche Beweisabnahme dienen kann.

5.2. Der Berufungskläger begründet sein schutzwürdiges Interesse an einer vorsorglichen Beweisführung damit, dass er darauf angewiesen sei, um seine Beweis- und Prozessaussichten abzuklären.

5.2.1. Zu diesem Zweck beantragt er im Rahmen der vorsorglichen Beweisführung eine Zeugeneinvernahme sowie die Edition verschiedener Urkunden. Die beantragten Beweismittel stellen zulässige Beweismittel im Rahmen der vorsorglichen Beweisführung dar (vorangehende E. 3). Das Editionsbegehren des Berufungsklägers ist zudem hinreichend genau umschrieben, so dass F. ohne Schwierigkeit ermitteln können wird, welche Dokumente sie herauszugeben hat.

5.2.2. Die Berufungsbeklagten machen geltend, dass die an B. übertragenen Wertschriften verkauft und der Erlös unter den Berufungsbeklagten aufgeteilt worden sei; eine Rückübertragung der Wertschriften sei deshalb unmöglich und das vom Berufungskläger im Hauptprozess vorgesehene Rechtsbegehren gehe ins Leere. Zuzufolge des damit untauglichen Antrags mangle es am schutzwürdigen Interesse. Kann eine geschuldete Sache nicht mehr zurückübertragen werden, entsteht ein bereicherungsrechtlicher Ersatzanspruch. Bereits der im Gesuch um vorsorgliche Beweisführung formulierte voraussichtliche Antrag im allfälligen Hauptsacheverfahren umfasst unter anderem die Bezahlung eines noch zu beziffernden Betrags und kann damit auch den Ersatzanspruch umfassen. Zudem bleibt die definitive Formulierung des Rechtsbegehrens dem Hauptsacheverfahren vorbehalten. Der Einwand der Berufungsbeklagten überzeugt somit nicht.

5.2.3. Die Berufungsbeklagten wenden sodann ein, F. könne gestützt auf Art. 163 ZPO ihre Mitwirkung verweigern, da sie als Beauftragte von B. einer Geheimhaltungspflicht und gemäss Standesregeln der Treuhand Suisse einem Berufsgeheimnis unterstehe. Zu Recht weist der Berufungskläger darauf hin, dass F. nicht einem Berufsgeheimnis nach Art. 321 StGB unterstehe, weshalb sie ihre Mitwirkung jedenfalls nicht nach Art. 166 Abs. 1 lit. b ZPO verweigern könne. Zutreffend ist auch, dass es sich bei Art. 166 Abs. 2 ZPO um eine "Kann"-Vorschrift handelt und die Glaubhaftmachung eines überwiegenden Geheimhaltungsinteresses durch die die Mitwirkung verweigernde Person selber zu erfolgen hat. Die Frage, ob F. ihre Mitwirkung im Rahmen des vorsorglichen Beweisverfahrens gestützt auf Art. 166 Abs. 2 ZPO verweigern kann – und ob sie dies überhaupt will –, wird gegebenenfalls im Rahmen der konkreten Beweisabnahme zu klären sein.

5.2.4. [...]

5.3. Das Gesuch des Berufungsklägers genügt somit den Voraussetzungen von Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO.

6. [...]

7.1. Das Kantonsgericht wird nach der Durchführung der vorsorglichen Beweisabnahme im Endentscheid über die Kosten- und Entschädigungsfolgen des erstinstanzlichen Verfahrens zu befinden haben.

7.2. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung zum erstinstanzlichen Verfahren dürfen die Kosten- und Entschädigungsfolgen bei der vorsorglichen Beweisführung nicht der Gesuchsgegnerin auferlegt werden (BGE 140 III 30 E. 3.4 f. S. 33 f.).

In BGE 140 III 30 hat sich das Bundesgericht nicht ausdrücklich zur Rechtslage im *Rechtsmittelverfahren* geäussert. Zwar auferlegte es die Kosten des Beschwerdeverfahrens dem Gesuchsteller, doch können daraus keine Schlüsse auf die Kostenverteilung im Verfahren der vorsorglichen Beweisführung gezogen werden, da vor Bundesgericht nur noch Kostenfolgen strittig waren. In zwei kurz vor BGE 140 III 30 erfolgten Entscheiden hingegen hatte das Bundesgericht auf Beschwerde des Gesuchstellers hin dessen jeweiliges Gesuch um vorsorgliche Beweisführung geschützt und der Gesuchsgegnerin ohne eingehende Begründung gemäss "Ausgang des Verfahrens" Kosten- und Entschädigungsfolgen auferlegt (BGer 4A_225/2013 vom 14. November 2013 E. 3, nicht publ. in BGE 140 III 16; BGer 4A_336/2013 vom 10. Dezember 2013 E. 4, nicht publ. in BGE 140 III 24). Soweit in der kantonalen Rechtsprechung oder der Literatur eine explizite Auseinandersetzung mit der Kostenfolge im Rechtsmittelverfahren stattfindet, geht diese insbesondere unter Verweis auf die erwähnte bundesgerichtliche Rechtsprechung von einer Kostenverteilung im Rechtsmittelverfahren nach dem Unterliegerprinzip aus

(OGer ZH PF140028 vom 22. August 2014 E. 5; KGer GR ZK2 16 53 vom 4. Januar 2017 E. 5a; Tanja Domej, Art. 158 ZPO in der Praxis, in: Fellmann/Weber [Hrsg.], Haftpflichtprozess 2014, Zürich/Basel/Genf 2014, S. 69 ff., S. 92; Ernst F. Schmid, Die Nebenfolgen bei vorsorglicher Beweisführung, in: Breitschmid/Jent-Sørensen/Schmid/Sogo [Hrsg.], Tatsachen – Verfahren – Vollstreckung, FS Isaak Meier, Zürich/Basel/Genf 2015, S. 619).

Die Erwägungen in BGE 140 III 30 lassen sich nicht auf das Berufungsverfahren übertragen. Anders als im erstinstanzlichen Verfahren hat das Rechtsmittelverfahren nicht die vorsorgliche Beweisführung selber zum Gegenstand, sondern einzig die Frage, ob die Voraussetzungen für die vorsorgliche Beweisführung erfüllt sind oder nicht. Entsprechend gibt es im Rechtsmittelverfahren stets (zumindest bei unterschiedlichen Anträgen der Parteien) eine obsiegende und eine unterliegende Partei (vgl. OGer ZH PF140028 vom 22. August 2014 E. 5.2.1 und 5.2.2). Zudem hat das Bundesgericht bereits selber das Unterliegerprinzip angewendet. Gibt es eine obsiegende und eine unterliegende Partei, ist sodann die Interessenlage der Parteien unerheblich, da diesfalls nach Art. 106 ZPO und nicht nach Art. 107 ZPO vorzugehen ist. Entsprechend sind die Kosten des vorliegenden Berufungsverfahrens den unterliegenden Berufungsbeklagten aufzuerlegen. [...]