

Art. 154 ZPO, Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO, Anfechtung einer Beweisverfügung. *Beweisverfügungen sind nur ganz eingeschränkt anfechtbar.*

Die Parteien stehen in einem Haftpflichtprozess. Das Bezirksgericht beschloss, welche Beweise es abnehmen werde, und dazu gehörten insbesondere nicht die beantragten Editionen von Akten und ein betriebswirtschaftliches Gutachten.

(aus den Erwägungen des Obergerichts:)

(II.) 1. Zur Eintretensfrage:

1.1 Die angefochtene altrechtliche Beweisabnahmeverfügung nach § 140 ZPO/ZH datiert vom 10. November 2011. Sie wurde somit nach Inkrafttreten der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung ZPO vom 19. Dezember 2008 eröffnet. Daher richtet sich das Rechtsmittelverfahren nach neuem Recht (Art. 405 Abs. 1 ZPO). Dass der vor Vorinstanz nach wie vor hängige Forderungsprozess zwischen den Parteien nach dem alten Recht zu Ende zu führen ist (Art. 404 Abs. 1 ZPO), ändert daran nichts (ZR 110/2011 Nr. 32). Für den Prüfungsrahmen des zweitinstanzlichen Verfahrens ist gleichwohl massgeblich, ob die Vorinstanz das auf ihr Verfahren anwendbare Recht richtig angewendet hat.

1.2 Beim angefochtenen Entscheid handelt es sich um eine prozessleitende Verfügung (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage 1997, § 140 N 1; nach dem neuen Recht verhielte es sich nicht anders, vgl. ZK ZPO-Hasenböhler, Art. 154 N 5). Solche Entscheide sind nicht berufungsfähig (vgl. Art. 308 Abs. 1 ZPO). Dagegen ist die Beschwerde gegeben, wenn sie entweder im Gesetz ausdrücklich vorgesehen ist, oder wenn durch die Verfügung ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht (Art. 319 lit. b ZPO).

Eine Beschwerde gegen Beweisverfügungen wird vom Gesetz nicht ausdrücklich vorgesehen. Die vorliegende Beschwerde ist daher nur zulässig, wenn dem Kläger infolge des angefochtenen Entscheids ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht.

Das Vorliegen der Rechtsmittelvoraussetzungen (Zulässigkeitsvoraussetzungen des Rechtsmittels) ist von Amtes wegen zu prüfen (ZK ZPO-Reetz, Vorbemerkungen zu Art. 308 ff., N 50), doch, wie allgemein bei der Prüfung von Prozessvoraussetzungen, nur auf Basis des dem Gericht vorgelegten Tatsachenmaterials (Müller, DIKE-Komm-ZPO, Art. 60 N 1). Fehlt die Rechtsmittelvoraussetzung des drohenden, nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils, so ist auf die Beschwerde nicht einzutreten (ZK ZPO-Reetz, Vorbemerkungen zu Art. 308 ff., N 50; vgl. auch OGer ZH PF110056, Beschluss vom 11. Oktober 2011).

1.3 / 1.3.1 Die Beklagte macht geltend, ihr drohe ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil mit Blick auf die von ihr beantragte und von der Vorinstanz abgelehnte Edition von Unterlagen des Klägers, weil die Gefahr bestehe, dass der Kläger die betreffenden Akten, sofern sie überhaupt noch vorhanden seien, im Laufe des Verfahrens vernichten könnte, bestehe doch für solche Akten nach Art. 962 OR lediglich eine 10jährige Aufbewahrungspflicht. Die Gefahr bestehe umso mehr, da der Kläger im jetzigen Verfahrensstadium bereits wisse, dass die Beklagte ihren Beweis mit diesen Unterlagen führen wolle. Die Vernichtung der Unterlagen würde es der Beklagten verunmöglichen, den Beweis zu führen. Auch in den Kommentaren werde darauf hingewiesen, dass die unzutreffende Abweisung eines Beweisantrages einen schwer wiegenden Nachteil zur Folge haben könne, wenn eine wesentliche Beweiserschwerung drohe. Dabei werde als Beispiel explizit die Vernichtung von Unterlagen bzw. die Gefahr des Verschwindenlassens von Beweismitteln genannt (act. 2 S. 5 f.).

1.3.2 Der Entscheid, ob unter den konkret dargelegten Umständen ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil nach Art. 319 lit. b ZPO droht oder nicht, liegt im (pflichtgemässen) Ermessen des Gerichts (vgl. ZK ZPO-Freiburghaus/Afheldt, Art. 319 N 13). Der nicht leicht wieder gutzumachende Nachteil kann gemäss der Praxis der Kammer, welche der herrschenden Lehre entspricht, nicht nur rechtlicher, sondern auch tatsächlicher Natur sein. Er muss aber erheblich sein, und das Eintreten auf die Beschwerde ist unter dem Aspekt der Interessen der Beschwerdeführer abzuwägen gegen die Verzögerung des Verfahrens, welche mit der Beschwerde verbunden ist (vgl. ZR 110/2011 Nr. 87; vgl. auch Blickenstorfer, DIKE-Komm-ZPO, Art. 319 N 39 ff., ZK ZPO-Freiburghaus/Afheldt, Art. 319 N 15, je mit weiteren Hinweisen).

1.3.3 Grundsätzlich ist bei der Annahme eines drohenden und nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils Zurückhaltung angebracht. Zu bedenken ist, dass die Parteien gegen den erstinstanzlichen Erledigungsentscheid Berufung erheben werden können (Art. 308 Abs. 1 lit.

a und Abs. 2 ZPO). Mit dieser kann sowohl unrichtige Rechtsanwendung als auch unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 310 lit. a und b ZPO). Es steht somit ein vollkommenes Rechtsmittel zur Verfügung, mit dem die rechtlichen Konsequenzen der angefochtenen Verfügung – sofern notwendig – korrigiert werden können.

Der Umstand alleine, dass der Prozess allenfalls früher beendet werden könnte, rechtfertigt es nicht, eine Beschwerde gegen die angefochtene Verfügung zuzulassen, ist eine solche doch stets auch mit einem entsprechenden Zeitaufwand und einer Verlängerung der Verfahrensdauer verbunden (vgl. OGer ZH RB110022, Beschluss vom 19. Oktober 2011, E. 3.3).

Im Allgemeinen ist die Nichtabnahme eines Zeugen daher mit der Anfechtung des End- oder Zwischenentscheids (und nicht bereits bei der Abweisung des Beweisantrags) anzufechten (vgl. Leu, DIKE-Komm-ZPO, Art. 154 N 176). Gleiches gilt für alle Beweismittel. Die Beschwerde ist daher gegen Beweisverfügungen insgesamt nur ausnahmsweise zulässig (vgl. Reich, Stämpfli Handkommentar, ZPO, Art. 319 N 8, 10; gl. M. Gehri, in: Gehri/Kramer, ZPO Kommentar, Zürich 2010, Art. 319 N 3; vgl. auch ZK ZPO-Hasenböhler, Art. 154 N 25).

1.3.4 Betreffend das beantragte betriebswirtschaftliche Gutachten bringt die Beklagte in der Beschwerdebegründung nicht vor, weshalb sie der Ansicht ist, ihr drohe durch die angefochtene Verfügung ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil. Ein solcher Nachteil ergibt sich auch ansonsten nicht aus den Akten, zumal die blossе Verzögerung des Prozesses in dem Sinne, dass die Beklagte die Abnahme ihres Beweisantrages allenfalls (falls die Vorinstanz nicht zuvor auf die Beweisverfügung zurückkommt, was sie jederzeit kann, vgl. nachfolgend II./2.1) erst in einem Rechtsmittelverfahren gegen den erstinstanzlichen Erledigungsentscheid erstreiten kann, wie erwähnt keinen genügenden Nachteil darstellt. Deshalb ist auf die Beschwerde diesbezüglich nicht einzutreten.

1.3.5 Betreffend die Edition von Unterlagen beim Kläger macht die Beklagte wie erwähnt geltend, der Kläger könnte die Unterlagen vernichten, da es, soweit die Unterlagen mehr als 10 Jahre zurück liegen, keine Aufbewahrungspflicht mehr gebe (act. 2 S. 5 f.).

Zutreffend ist, dass eine Kommentarmeinung das Vorliegen eines nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils bejaht, wenn eine wesentliche Beweiserschwerung etwa im Sinne der Vernichtung von Unterlagen droht (Leu, DIKE-Komm-ZPO, Art. 154 N 176). Indessen ist eine solche Gefährdung angesichts des geschilderten Ausnahmecharakters der Zulässigkeit der

Beschwerde zumindest konkret zu behaupten, unter Nennung von greifbaren Anhaltspunkten, wonach eine Vernichtung von Unterlagen wahrscheinlich erscheint. Teilweise wird gar vom "Nachweis" des drohenden Nachteils gesprochen (vgl. ZK ZPO-Hasenböhler, Art. 154 N 25, mit Hinweis auf die Botschaft zur neuen ZPO), was, wenn darunter der volle Beweis verstanden würde, wohl zu weit geht. Jedenfalls vermag aber die bloße allgemeine Mutmassung, die Gegenpartei könnte Unterlagen vernichten, weil sie nicht zu deren Aufbewahrung verpflichtet sei, nicht zu genügen. Die gegenteilige Ansicht würde den Ausnahmecharakter der Beschwerde gegen Beweisverfügungen aushöhlen und ist daher abzulehnen.

Damit ist auf die Beschwerde auch bezüglich der beantragten Editionsverpflichtungen nicht einzutreten.

Obergericht, II. Zivilkammer

Beschluss vom 6. Februar 2012

Geschäfts-Nr.: PE110026-O/U