

**Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO, Eingriff in die Privat-/Geheimsphäre.** *Der drohende Eingriff in den Privat-/Geheimbereich einer Partei (hier: Edition von Steuererklärungen) ist ein ausreichender Nachteil. Art. 154 ZPO, die Beweisverfügung ist zwingend. Die Beweisverfügung muss auch erlassen werden, wenn das Gericht einstweilen nur einzelne Beweise erheben will.*

Das Verfahren in erster Instanz geht um die Rückzahlung eines Darlehens. Nach dem schriftlichen Behauptungsverfahren setzte das Bezirksgericht der einen Partei ohne weitere Erläuterungen Frist an, die Steuererklärungen für mehrere Jahre einzureichen, und sie verlangte das auch vom zuständigen Steueramt. Die betroffene Partei führt dagegen Beschwerde.

(aus dem Entscheid des Obergerichts:)

3.3 Die Klägerin macht geltend, dem Beklagten drohe durch die angefochtenen Verfügungen kein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil nach Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO. Daher sei auf die Beschwerden nicht einzutreten.

3.4.1 Die Entscheidung, ob unter den konkreten Umständen ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil nach Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO droht oder nicht, liegt im (pflichtgemässen) Ermessen des Gerichts (vgl. ZK ZPO-FREIBURGHaus/ AFHELDT, 3. Auflage 2016, Art. 319 N 13). Der drohende Nachteil nach Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO muss nach der Praxis der Kammer und der herrschenden Auffassung nicht zwingend rechtlicher Natur sein, sondern es genügt unter Umständen auch ein bloss tatsächlicher Nachteil (vgl. zum Ganzen OGer ZH RB160036 vom 20. Januar 2017, E. 3.2 mit Hinweisen).

Bei der Annahme, dass ein solcher Nachteil drohe, ist indes Zurückhaltung angebracht. Der Ausschluss der Beschwerde ist in diesen Fällen die gesetzliche Regel, deren Zulässigkeit die Ausnahme. Den Parteien wird der Rechtsmittelweg gegen den erstinstanzlichen Erledigungsentscheid offen stehen. In der voraussichtlich gegebenen Berufung (Art. 308 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 ZPO) werden sie sowohl unrichtige Rechtsanwendung als auch unrichtige Feststellung des Sachverhaltes rügen können (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. Weiter ist darauf zu achten, dass das Haupt- und Beweisverfahren, die zum Entscheid in der Sache führen sollen, nicht ungehörig in die Länge gezogen werden (vgl.

KUKO ZPO-BRUNNER, 2. Auflage 2013, Art. 319 N 13). Im Grundsatz überprüft die obere Instanz das Verfahren der unteren Instanz, wenn sie mit dem Rechtsmittel gegen den Sachentscheid befasst ist (davon ausgenommen selbstredend die prozessleitenden Vorkehren, die nach ausdrücklicher Gesetzesvorschrift selbständig mit Beschwerde anfechtbar sind, vgl. Art. 319 lit. b Ziff. 1 ZPO). Verzögerungen durch wiederholte Beschwerden gegen prozessleitende Verfügungen sollen dadurch vermieden bzw. auf das notwendige Mass beschränkt werden. Das Eintreten auf die Beschwerde ist deshalb im Einzelfall unter dem Aspekt der Interessen der Beschwerde führenden Partei gegen die Verzögerung des Verfahrens abzuwägen, welche mit der Zulassung der Beschwerde verbunden ist (ZPO Rechtsmittel-HOFFMANN-NOWOTNY, Art. 319 N 25 ff.).

Die Beweislast für die Gefahr eines nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils trägt die Beschwerde führende Partei, falls diese Gefahr nicht von vornherein offenkundig ist (BK ZPO-STERCHI, Art. 319 N 15; BLICKENSTORFER, DIKE-Komm-ZPO, 2. Auflage 2016, Art. 319 N 40).

3.4.2 Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG ist im Grundsatz davon auszugehen, dass Entscheide über die Abnahme von Beweismitteln einer Partei keinen nicht wieder gutzumachenden Nachteil zufügen (vgl. BGE 141 III 80 E. 1.2 mit Hinweisen). Mit Blick auf das Erfordernis des nicht *leicht* wieder gutzumachenden Nachteils nach Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO verhält es sich in der Regel gleich. Grund dafür ist – neben dem bereits erwähnten, gegen den Endentscheid zur Verfügung stehenden ordentlichen Rechtsmittel – dass Beweisanordnungen jederzeit abgeändert und ergänzt werden können (vgl. BLICKENSTORFER, DIKE-Komm-ZPO, 2. Auflage 2016, Art. 319 N 42).

Das Bundesgericht macht allerdings mit Blick auf die erwähnte Bestimmung des BGG den Vorbehalt des Geheimnisschutzes (BGer 4A\_63/2016 vom 10. Oktober 2016, E. 1.1; BGer 4A\_195/2010 vom 8. Juni 2010, E. 1.1). Auch insoweit verhält es sich in der zürcherischen Praxis zu Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO gleich. Wird von einer Partei verlangt, geheime Informationen offen zu legen, so kann das einen nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil darstellen. Entgegen der Klägerin beschränkt sich diese Ausnahme aber nicht strikt auf geschäftliche

Geheimnisse. Das Bundesgericht bezeichnet das Geschäftsgeheimnis als Beispiel für ein Geheimnis, dessen drohende Verletzung einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil darstellen kann (vgl. BGer 4A\_195/2010 vom 8. Juni 2010, E. 1.1). Sodann ging es im (von der Klägerin angeführten) Entscheid des Obergerichts Zürich (OGer ZH RA140021) vom 2. März 2015 zwar um Geschäftsgeheimnisse, doch die zentrale, dem Entscheid zugrundeliegende Überlegung (vgl. die nachfolgenden Ausführungen unter Ziff. 3.4.3) ist allgemeiner Natur.

Richtig ist, dass einer Partei bezüglich eigener Geheimnisse kein Verweigerungsrecht zusteht (so die Klägerin; BK ZPO-RÜETSCHI, Vorbemerkungen zu Art. 160-167, N 23). Das gilt indes bei privaten und (eigenen) geschäftlichen Geheimnissen einer Partei gleichermassen. Das Fehlen eines Verweigerungsrechts erlaubt deshalb entgegen der Klägerin (...) keine Rückschlüsse darauf, ob die Verletzung des Geheimnisses einen nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil darstellen kann.

3.4.3 Würde der Beklagte angehalten, geheimnisgeschützte Urkunden herauszugeben, so wären die geschützten Informationen dem Geheimbereich (zumindest gegenüber dem Gericht und der Gegenpartei) unwiederbringlich entzogen. Zwischen privaten und geschäftlichen Geheimnissen einer Partei besteht dabei kein relevanter Unterschied. Würde die Zulässigkeit der Beschwerde gegen die Editionsanordnung selber verneint, so müsste die davon betroffene Partei somit, wenn sie die Anordnung für ungerechtfertigt hält, die Mitwirkung verweigern, um ihr Geheimnis zu schützen. Damit müsste diese Partei die Folgen nach Art. 164 ZPO auf sich nehmen und darauf hoffen, dass die Rechtsmittelinstanz ihren Standpunkt (ungeachtet der verweigerten Herausgabe) gutheisst. Der Partei würde die Möglichkeit entzogen, der Editionsanordnung – wenn sie im Rechtsmittelverfahren Bestand hat – nachzukommen, um die Folgen von Art. 164 ZPO zu vermeiden. Das würde diese Partei erheblich benachteiligen (vgl. OGer ZH RA140021 vom 2. März 2015, E. II./1.3; strenger allerdings noch OGer ZH PC120009 vom 27. Februar 2013, E. 6b). Die von der Klägerin erwähnte Möglichkeit, Schutzmassnahmen nach Art. 156 ZPO zu beantragen, ändert daran nichts Massgebliches, da solche Schutzmassnahmen die drohende Verletzung der Ge-

heimsphäre allenfalls etwas mildern, aber im Kern nicht verhindern können. Die drohende Verletzung sowohl geschäftlicher als auch privater Geheimnisse kann somit einen nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil nach Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO darstellen (in diesem Sinne auch ZPO Rechtsmittel-HOFFMANN-NOWOTNY, Art. 319 N 26, sowie LEU, DIKE-Komm-ZPO, 2. Auflage 2016, Art. 154 N 206, und BLICKENSTORFER, DIKE-Komm-ZPO, 2. Auflage 2016, Art. 319 N 42 Anm. 80).

3.4.4 Was den Nachweis des Geheimhaltungsinteresses angeht, macht die Klägerin geltend, der Beklagte habe nicht dargelegt, welche Daten in den Steuererklärungen vertraulich seien bzw. seiner Privatsphäre und derjenigen seiner Ehefrau angehören sollten. Er habe daher (so sinngemäss die Klägerin) den ihm drohenden Nachteil nicht genügend begründet. Dem ist nicht zu folgen. Unabhängig von einer genauen Umschreibung der geheimen Inhalte ist ohne weiteres davon auszugehen, dass die Vorlage sämtlicher Steuererklärungen der Jahre 2002 bis 2013 (darin eingeschlossen – so richtig der Beklagte – Wertschriften- und Schuldenverzeichnisse sowie sämtliche Beiblätter), d.h. die umfassende Offenlegung der wirtschaftlichen Verhältnisse der Familie über mehr als 10 Jahre hinweg, die Privatsphäre des Beklagten und seiner Ehefrau erheblich tangieren würde.

Die mit der Zulässigkeit der Beschwerde verbundene Verzögerung des Verfahrens ist demgegenüber in der vorliegenden Konstellation von geringerem Gewicht, zumal die Beurteilung der Beschwerde, wie nachfolgend gezeigt wird, keinen unverhältnismässigen Aufwand erfordert und eine allfällige Wiederholung des angefochtenen Verfahrensschritts das erstinstanzliche Verfahren nicht über Gebühr verzögert.

3.4.5 Aus den geschilderten Gründen sind die Beschwerden gegen die Verfügungen vom 11. und 19. April 2017 zulässig. Beide Beschwerden wurden unter Berücksichtigung der Ostergerichtsferien (Art. 145 Abs. 1 lit. a ZPO) rechtzeitig (...) sowie schriftlich und begründet erhoben. Daher ist auf die Beschwerden einzutreten.

Ob dem Beklagten auch aufgrund des (von ihm gerügten) Verzichts der Vorinstanz auf eine Beweisverfügung nach Art. 154 ZPO (vgl. dazu die nachfol-

genden Ausführungen) ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht, kann danach offen bleiben. Ebenfalls ist nicht näher auf die Frage einzugehen, ob die Beschwerde aufgrund des (vom Beklagten gerügten) Unterbleibens einer Beweisverfügung als Rechtsverweigerungs- bzw. Rechtsverzögerungsbeschwerde entgegen zu nehmen wäre (so wohl LEU, DIKE-Komm-ZPO, 2. Auflage 2017, Art. 154 N 199).

4.1 Der Beklagte rügt, er habe gemäss Art. 154 ZPO Anspruch auf Erlass einer Beweisverfügung, welche festhalte, wer welche Tatsachen zu beweisen habe bzw. den Gegenbeweis zu erbringen habe und welche Beweismittel dafür zugelassen würden. Die Vorinstanz habe keine solche Verfügung erlassen. Die Verfügungen vom 11. und 19. April 2017 enthielten keine sachliche Begründung. Mit ihrem Vorgehen, direkt Beweismittel zu erheben, verunmögliche ihm die Vorinstanz die sachgerechte Wahrung seiner Parteirechte. Sodann hätten beide Parteien auf Anregung der Vorinstanz hin auf die Durchführung der Hauptverhandlung verzichtet. Danach gehe es nicht an, noch Akteneditionen zu verfügen und damit Beweisabnahmen durchzuführen. Was die angeordnete Edition seiner Steuererklärungen angehe, macht der Beklagte geltend, diese seien für die Prüfung der Klage nicht relevant.

4.2 Die Klägerin ist demgegenüber der Auffassung, die Verfügungen vom 11. und 19. April 2017 genügten den Anforderungen an eine Beweisverfügung. Eine solche müsse nicht begründet werden und könne jederzeit abgeändert werden. Daher stehe auch der Verzicht auf die Hauptverhandlung einer Beweisverfügung und -abnahme nicht entgegen. Die angeordnete Edition der Steuererklärungen des Beklagten sei für die Beurteilung der Klage erforderlich. Die Beschwerde sei daher, wenn auf sie eingetreten werde, abzuweisen.

4.3 Zutreffend ist, dass die Beweisverfügung nach Art. 154 ZPO als prozessleitende Verfügung jederzeit abgeändert und ergänzt werden kann. Das ergibt sich bereits aus dem Wortlaut des Gesetzes. Der weitere Wortlaut von Art. 154 ZPO legt fest, dass die Beweisverfügung die zugelassenen Beweismittel zu bezeichnen und zu bestimmen hat, welcher Partei zu welchen Tatsachen der Haupt- und Gegenbeweis obliegt.

4.3.1 Die Beweisverfügung hat im Verfahren Ordnungs-, Informations- und Kontrollfunktion. Sie ist das Drehbuch bzw. Prozessprogramm im Hinblick auf die Beweisabnahme. Zunächst zwingt sie das Gericht, den Prozessstoff zu sichten und zu prüfen, was des Beweises bedarf und was nicht. Die Verteilung der Beweislast gibt den Parteien eine Einschätzung über die rechtliche Einordnung des Falls sowie darüber, ob das Gericht ihre Behauptungen so aufnimmt, wie sie gemeint wurden (vgl. LEU, DIKE-Komm-ZPO, 2. Auflage 2016, Art. 154 N 27 ff.; vgl. auch BK ZPO-BRÖNNIMANN, Art. 154 N 3 ff.).

4.3.2 Die angefochtenen Verfügungen vom 11. und 19. April 2017 genügen diesen Anforderungen nicht. Zwar ist der Vorinstanz mit der Klägerin (...) der Umstand alleine, dass sie als Beweisabnahmen lediglich die angefochtenen Editionsanordnungen erliess, nicht vorzuwerfen. Eine inhaltliche Aufteilung der Beweisverfügung ist nicht verboten (vgl. aber die Ausführungen von LEU, DIKE-Komm-ZPO, 2. Auflage 2016, Art. 154 N 52, wonach eine "scheibchenweise" Erledigung des Beweisverfahrens – und der Beweisverfügung – mit Blick auf deren Funktion nicht wünschenswert ist; eine Aufteilung der Beweisverfügung setzt daher sachliche Gründe voraus).

Indessen fehlt in den angefochtenen Verfügungen eine konkrete Angabe darüber, welche Tatsachen bewiesen werden sollen. Der Verweis auf S. 5 der Replik, der nach der Klägerin dafür genügt (...), ist nicht schlüssig, da die Klägerin die Edition der Steuerunterlagen nicht nur an dieser Stelle, sondern auch auf anderen Seiten der Replik verlangte. Im Einzelnen lässt sich den angefochtenen Verfügungen somit nicht entnehmen, welche Tatsachen mit den edierten Steuererklärungen 2002 bis 2013 bewiesen werden sollen (zumal die Behauptungen auf act. 5/25 S. 5 nur die Jahre 2002 bis 2005 betreffen, ein Bezug zu späteren Jahren nicht ersichtlich ist und die Verfügungen sich nicht dazu äussern, weshalb gerade die auf S. 5 der Replik vorgebrachten Behauptungen bewiesen werden sollen und die anderen nicht). Wenn eine Partei (insbesondere der Kläger) nicht weiss, welche Tatsachen mit einer bestimmten Beweisabnahme bewiesen werden sollen, ist das Recht auf Stellungnahme zum Beweisergebnis (Art. 232 ZPO)

beeinträchtigt. Die mangelhaften Verfügungen verletzen daher (entgegen der Klägerin, ...) die Parteirechte des Beklagten.

Ob ein blosser Verweis auf die Vorbringen einer Partei grundsätzlich den Anforderungen von Art. 154 ZPO zu genügen vermöchte (so die Klägerin, act. 15 S. 10 [und RB170017 act. 12 S. 8], unter Hinweis auf BSK ZPO-GUYAN, 2. Auflage 2013, Art. 154 N 3), kann danach offen bleiben.

4.3.3 Die angefochtenen Verfügungen enthalten auch keine Hinweise auf die Beweislast. Die von der Klägerin angeführte Ansicht von LEUENBERGER, wonach in der Beweisverfügung lediglich die subjektive Beweisführungslast und nicht auch die objektive Beweislast aufgezeigt werden soll, ist in der Lehre stark umstritten und entspricht im Allgemeinen nicht der Zürcher Praxis (vgl. zur Kritik an dieser Ansicht LEU, DIKE-Komm-ZPO, 2. Auflage 2016, Art. 154 N 47 Anm. 91, sowie MÜLLER, Beweisen nach der ZPO, in: Tatsachen - Verfahren - Vollstreckung, Festschrift für Isaak Meier, Zürich 2015, S. 487 ff., S. 490 f., sowie DERSELBE, ZPO – Praktische Fragen aus Richtersicht, SJZ 110/2014 S. 369 ff., S. 373 f. [insb. zur Zürcher Praxis]; vgl. auch die differenzierenden Ausführungen bei ZK ZPO-HASENBÖHLER, 3. Auflage 2016, Art. 154 N 15 ff.). Nach dem zur Funktion der Beweisverfügung Gesagten ist ferner der Ansicht der Klägerin nicht zu folgen, wonach die Angaben zur Beweis- bzw. Beweisführungslast einzig den Zweck hätten, zu bestimmen, wer Kostenvorschüsse leisten müsse. Daher kann nicht gesagt werden, die fehlenden Angaben zur Beweislast seien unschädlich, weil keine Vorschüsse verlangt worden seien (so die Klägerin, a.a.O.).

Die Verfügungen vom 11./19. April 2017 genügen den Anforderungen somit auch unter diesem Blickwinkel (Angaben zur Beweislastverteilung) nicht. Es ist dazu auf den klaren Wortlaut von Art. 154 ZPO zu verweisen: "...wird bestimmt, welcher Partei zu welchen Tatsachen der Haupt- oder der Gegenbeweis obliegt...". Letztlich unabhängig davon, ob damit gesagt wird, wer die Folgen der Beweislosigkeit trägt (objektive Beweislast nach Art. 8 ZGB), oder nur, wer welchen Beweis zu führen hat (subjektive Beweislast; vgl. zu den Begriffen ZK ZPO-HASENBÖHLER, 3. Auflage 2016, Art. 154 N 16 f.), hat die Beweisverfügung sich zur Verteilung des Haupt- und Gegenbeweises hinsichtlich bestimmter Beweis-

themen zu äussern. Die angefochtenen Verfügungen verletzen deshalb Art. 154 ZPO.

4.3.4 Das Gesagte führt zur Gutheissung der Beschwerden und zur Aufhebung der angefochtenen Verfügungen. Das Verfahren ist, da die Sache nicht spruchreif ist, zur Ergänzung des Verfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 327 Abs. 3 lit. a ZPO), insbesondere zur Prüfung des Erlasses einer den Anforderungen genügenden Beweisverfügung. Was den Verzicht der Parteien auf die Durchführung der Hauptverhandlung angeht, stellt die Klägerin zu Recht fest, nach dem Verzicht angeordnete Beweisabnahmen seien vom Verzicht nicht umfasst (...; vgl. dazu ZK ZPO-LEUENBERGER, 3. Auflage 2016, Art. 233 N 1b). Das bedeutet, dass den Parteien das Recht zustehen wird, zu den Beweisabnahmen (schriftlich oder mündlich) Stellung zu nehmen (Art. 232 ZPO).

Obergericht, II. Zivilkammer  
Beschluss und Urteil vom 26. Juni 2017  
Geschäfts-Nr.: RB170016-O/U