

ZH_OBERGERICHT LF160016 vom 14. März 2016

ZH Obergericht, 2016-03-14, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LF160016

FR: ZH_OBERGERICHT LF160016 du 14 mars 2016

IT: ZH_OBERGERICHT LF160016 del 14 marzo 2016

Erwägungen

E. 1

Die Klägerin und Berufungsklägerin (nachfolgend Klägerin) ist eine GmbH mit Sitz in C._____, welche im Wesentlichen die Erbringung von Beratungsleistungen in den Bereichen Organisations- und Prozessberatung sowie Informations- und Kommunikationstechnologie bezweckt und sich als Generalunternehmung für Organisations- und Informatikprojekte offeriert (act. 3/B1). Einziger Gesellschafter und Geschäftsführer der Klägerin ist D._____ (act. 3/B1), der Ehemann der Beklagten und Berufungsbeklagten (nachfolgend Beklagte). Die Eheleute D._____/ B._____ sind gemäss Angaben der Klägerin seit dem 11. Juni 1999 verheiratet, leben jedoch seit Mitte Juli 2014 getrennt (act. 1 S. 4). Zur Regelung der Trennungsfolgen ist vor dem Bezirksgericht Bülach ein Eheschutzverfahren (Geschäfts-

- 4 - Nr. EE150007-C) anhängig, in dessen Rahmen auf den 5. Februar 2016 zur Instruktionsverhandlung vorgeladen wurde (act. 3/B8).

E. 2

Mit am 4. Februar 2016 überbrachter Eingabe stellte die Klägerin beim Einzelgericht des Bezirkes Bülach (nachfolgend Vorinstanz) das vorgenannte Begehren um vorsorgliche Beweisführung (act. 1 S. 2 ff.). Dieses wurde von der Vorinstanz mit Urteil vom gleichen Tag abgewiesen (act. 5 = act. 9 = act. 11, nachfolgend zitiert als act. 9).

E. 2.1

a) Die Klägerin stellt sich auf den Standpunkt, sie habe ihr Gesuch um vorsorgliche Beweisaussage ausdrücklich damit begründet, dass sie ihre Prozesschancen abgeklärt haben wolle, was gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ein hinreichendes schutzwürdiges Interesse darstelle (act. 10 S. 6). Der von ihr dargestellte materiell-rechtliche Anspruch erscheine liquid und nachvollziehbar, soweit der behauptete Sachverhalt stimme. Ein liquides Beweismittel für die von ihr behauptete Vereinbarung gebe es aber nicht, insbesondere hätten die Parteien keinen schriftlichen Vertrag geschlossen. Bewiesen und unbestritten sei, dass die Zahlungen erfolgt seien und dass die Beklagte eherechtliche Ansprüche im Eheschutzverfahren gestellt habe. Einziges Beweismittel, welches über den Rechtsgrund der Zahlung (einschliesslich der besagten Resolutivbedingung) Auskunft geben könne, sei die Aussage der Parteien, allen voran die Aussage der Beklagten. Es sei anzunehmen, dass D._____, der gleichzeitig ihr Geschäftsführer und der Ehemann der Beklagten sei, den von ihr dargestellten Sachverhalt bestätigen werde, seine Aussage aber im Rahmen der Beweiswürdigung nicht alleine den Beweis für den behaupteten Sachverhalt werde erbringen könne. Vielmehr werde es bei der Beweiswürdigung entscheidend auf die Aussage der anderen Partei, der Beklagten, ankommen, aus welchem Grund und in welchem Kontext sie die Zahlung erhalten habe.

Wolle man demnach von der eigenen Partei- aussage absehen (die ja immer als Beweismittel existiere), bestehe ein einziges Beweismittel, nämlich die Aussage der Beklagten. Da das abzunehmende Be- weismittel das einzige darstelle, könne eine Glaubhaftmachung des anspruchs- begründenden Sachverhaltes ohnehin nicht verlangt werden; das schutzwürdige Interesse sei mit dessen substantiiertes Behauptung hinreichend erstellt; alleine

- 12 - schon deshalb hätte die Vorinstanz das Gesuch gutheissen und die Beweisaus- sage durchführen müssen (act. 10 S. 8). b) Die Klägerin übersieht, dass die von ihr zitierte bundesgerichtliche Recht- sprechung einzig die Frage betrifft, inwieweit Tatsachen, zu deren Beweis die vorsorgliche Beweisführung dienen kann, im Rahmen eines Gesuchs um vorsorg- liche Beweisführung bereits zu substantiieren sind. Konkret hat das Bundesge- richt in diesem Zusammenhang klargestellt, dass für solche Tatsachen keine ei- gentliche Glaubhaftmachung verlangt wird, da sonst der Zweck von Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO, nämlich die vorprozessuale Abklärung von Beweisaussichten zu ermöglichen, vereitelt würde. Stellt das abzunehmende Beweismittel das einzige dar, mit dem die gesuchstellende Partei ihren Anspruch beweisen kann, muss es deshalb nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung genügen, dass sie das Vorlie- gen der anspruchsbegründenden Tatsachen lediglich substantiiert behauptet (BGE 138 III 76 E. 2.4.2 m.w.H.). Für den vorliegenden Fall bedeutet dies, dass die Klägerin den von ihr behaupteten Rückerstattungsanspruch nicht glaubhaft machen, sondern lediglich substantiiert behaupten muss. Entgegen der Klägerin ergibt sich aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung jedoch nicht, dass ein schutzwürdiges Interesse im Sinne von Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO alleine durch den Umstand begründet wird, dass nur ein einziges Beweismittel in Frage kommt. Dass die Vorinstanz das Gesuch der Klägerin nur schon deshalb hätte gutheissen müssen, weil die Klägerin einen materiellrechtlichen Anspruch, zu dessen Beweis (angeblich) nur ein einziges Beweismittel in Frage kommt, substantiiert behauptet hat, erweist sich dementsprechend als unzutreffend. Nur der Vollständigkeit halber anzufügen ist, dass es gemäss Frage 9 der gemäss Antrag der Klägerin an die Beklagte im Rahmen der Beweisaussage zu stellenden Fragen zumindest zwei weitere Zeugen für einen allfälligen Vergleichs- vertrag zu geben scheint (vgl. act. 1 S. 3; act. 10 S. 3: "Hat der Geschäftsführer der Gesuchstellerin Ihnen gegenüber in den Vergleichsgesprächen, unter ande- rem in Gegenwart von zwei Rechtsanwälten, d.h. in Gegenwart von zwei potenti- ellen Zeugen [...]"), weshalb nicht ohne Weiteres davon ausgegangen werden kann, dass es sich bei der Aussage der Beklagten um das einzige Beweismittel

- 13 - für den Standpunkt der Klägerin handelt. Da – wie gesagt – jedoch unabhängig von der Anzahl verfügbarer Beweismittel immer auch ein schutzwürdiges Interes- se an der vorzeitigen Beweisabnahme vorliegen muss, erübrigen sich diesbezüg- liche Weiterungen.

E. 2.2

a) Weiter bemängelt die Klägerin, die Vorinstanz habe ein schutzwürdiges Interesse an der von ihr beantragten Beweisabnahme zu Unrecht mit dem Argu- ment abgewiesen, der Standpunkt der Beklagten sei ihr bereits bekannt. Dies tref- fe nicht zu; vielmehr müsse die Beklagte mit ausdrücklicher Aufforderung zur wahrheitsgemässen Aussage und unter Androhung der Straffolge erst noch förm- lich zum Sachverhalt befragt werden und sich zu sämtlichen damit zusammen- hängenden Fragen äussern (act. 10 S. 10). Erst aufgrund der Beweisaussage der Beklagten werde sie abschätzen können, ob der Rückforderungsprozess Aussicht auf Erfolg habe. Mit dem vorinstanzlichen Entscheid werde sie aber dazu ge-

zwungen, auf Geratewohl gegen die Beklagte einen Forderungsprozess einzuleiten, einen umfassenden Schriftenwechsel abzuwarten und namhafte Kosten zu bevorschussen, um dann in einigen Jahren im Rahmen einer Hauptverhandlung zu erfahren, dass man sich dies alles eigentlich hätte sparen können, wenn nur die vorsorgliche Beweisführung gestattet worden wäre. Genau vor dieser Situation wolle das Institut der vorsorglichen Beweisführung aber schützen, indem vor Verfahrenseinleitung die Prozessaussichten abgeklärt würden (act. 10 S. 10). b) Ob die (Partei- oder) Beweisaussage der Gegenpartei im Rahmen einer vorsorglichen Beweisführung bereits vor Einleitung des Hauptprozesses als Beweismittel abgenommen werden kann, ist in der Literatur umstritten. Der die Zulässigkeit verneinende Teil der Lehre argumentiert, die vorsorgliche Beweisführung dürfe nicht zur Folge haben, dass die von der Beweisabnahme betroffene Person in ihrer zukünftigen Prozessführung und Verteidigung eingeengt werde. Eine vorsorgliche persönliche Befragung der Partei oder eine Beweisaussage würde die Prozessführung und -taktik im allenfalls folgenden Prozess jedoch wesentlich beeinflussen und beeinträchtigen (ISAAK MEIER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, S. 311; BK ZPO-BRÖNNIMANN, Art. 158 N 16; wohl auch JOHANN ZÜRCHER, Dike-Komm ZPO, Online Stand 20. Oktober 2013, Art. 158 N 18). Diese

- 14 - Problematik wird auch vom die Zulässigkeit befürwortenden Teil der Lehre erkannt, doch verweisen diesen Autoren darauf, dass dieses Problem dadurch entschärft werde, dass der Gegenpartei nicht nur die Verweigerungsrechte nach Art. 163 ZPO offen stünden, sondern die Verweigerung der Aussage im Rahmen der Parteibefragung und der Beweisaussage vorprozessual generell keine Konsequenzen habe. So berücksichtige das Gericht die Weigerung mitzuwirken nämlich erst bei der Beweiswürdigung (Art. 164 ZPO) und eine solche finde bei der vorsorglichen Beweisführung vor Einleitung des Prozesses eben gerade nicht statt (ZK ZPO-FELLMANN, 3. Aufl. 2016, Art. 158 N 30; ähnlich: TANJA DOMEJ, Art. 158 ZPO in der Praxis - Ende einer Hoffnung?, in: HAVE 2014 S. 69 ff., S. 86). Die Vorinstanz hat die Zulässigkeit der Befragung der Gegenpartei im Rahmen einer vorsorglichen Beweisführung bejaht (act. 6 S. 6, E. 7.3), hat aber gleichzeitig auf die vorgenannte Problematik verwiesen und dazu festgehalten, es erweise sich als missbräuchlich, die prozessuale Stellung der Beklagten auf dem Weg der vorsorglichen Beweisabnahme zu schmälern (act. 6 S. 7, E. 7.3). Auch hat sie auf die sich ergebenden praktischen Probleme verwiesen, weil die Beklagte ihre Aussage faktisch verweigern könnte (act. 6 S. 8, E. 7.3). Endlich kann die Frage der grundsätzlichen Zulässigkeit der vorprozessualen Abnahme der Beweisaussage der Gegenpartei im vorliegenden Verfahren jedoch offen gelassen werden, da im konkreten Fall ein schützenswertes Interesse der Klägerin an der vorprozessualen Abnahme der Beweisaussage der Beklagten von vornherein zu verneinen ist. Dazu Folgendes:

E. 2.3

a) Grundsätzlich hat jede Partei, welche beabsichtigt, einen von ihr behaupteten Anspruch gerichtlich durchzusetzen, ein Interesse daran zu wissen, ob sie mutmasslich obsiegen wird oder nicht. Dies alleine kann jedoch nicht zur Begründung eines schutzwürdigen Interesses im Sinne von Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO genügen (KuKo ZPO-SCHMID, 2. Aufl., Art. 158 N 4). Entsprechend hat das Bundesgericht in einem Entscheid vom 19. Juni 2012 festgehalten, der blosser Hinweis auf den Umstand, dass die Aussagen bestimmter Zeugen nicht leicht abschätzbar seien, rechtfertige keine vorsorgliche Beweisabnahme, weil im Vorfeld eines Pro-

- 15 - zesses nie mit Gewissheit feststehe, wie ein Zeuge aussage und im Verfahren der vorsorglichen Beweisführung keine Beweiswürdigung stattfinde (BGer 4A.118/2012 vom 19. Juni 2012, E. 2.2). Zur Begründung eines schutzwürdigen Interesses zur Abklärung der Prozessaussichten muss vielmehr eine Konstellation vorliegen, in welcher die vorsorgliche Beweisabnahme prozessökonomisch sinnvoll erscheint, so z.B. bei einer Expertise zur Abklärung der Kausalität der Unfallfolgen oder der Echtheit eines Bildes. Im Auge zu behalten ist insbesondere, dass eine vorsorgliche Beweisführung nie zur definitiven Klärung eines bestimmten Sachverhaltselementes oder -komplexes führt, da erst im Hauptprozess alle Elemente des Sachverhaltes im Recht liegen und zum Gegenstand eines Beweisverfahrens gemacht werden können. Erst dieser führt deshalb zu definitiven Erkenntnissen, speziell bezüglich Relevanz von Tatsachenbehauptungen, Beweislast und Beweiswürdigung (SCHMID, a.a.O., Art. 158 N 4; ZÜRCHER, a.a.O., Art. 158 N 14; DOMINIK GASSER/BRIGITTE RICKLI, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 2014, Art. 158 N 4; vgl. auch BGer 4A_532/2011 vom 31. Januar 2012, E. 2.1.1 [nicht publiziert in BGE 138 III 76]). b) Vorliegend führt die Klägerin grundsätzlich selbst an, die Beklagte bestreite den von ihr dargestellten Sachverhalt bzw. insbesondere den den Zahlungen zugrunde liegenden Rechtsgrund des Vergleichsvertrages und stelle sich stattdessen auf den Standpunkt, die Zahlungen seien aufgrund erbrachter Arbeitsleistungen erfolgt (act. 1 S. 8). Das ihrer Meinung nach dennoch bestehende Interesse an einer vorsorglichen Beweisführung zur Abklärung der Prozesschancen begründet sie damit, dass entgegen der Haltung der Vorinstanz nicht davon ausgegangen werden könne, die Beklagte werde ihren Ausführungen im Rahmen einer Beweisaussage ohnehin widersprechen. Vielmehr zeige sich aus anwaltlicher Perspektive, dass die Mehrheit der Menschen oftmals grösste Schwierigkeiten bekunde, generell oder gerade vor Gericht zu lügen, ohne zu erröten. Deshalb mache es einen Unterschied, ob die Beklagte über ihre Anwältin ausrichten lasse, dass es die behauptete Vereinbarung nicht gegeben habe, oder ob die Beklagte selbst, dem Richter in die Augen schauend, auf klare Fragen antworten müsse. Es gebe durchaus Menschen, die in solchen Situationen schamlos lügen könnten,

- 16 - doch würden die meisten Menschen den Sachverhalt zugeben oder sich in unglaubwürdigen Aussagen und Ausreden verlieren (act. 10 S. 11). c) Diese Ausführungen der Klägerin ändern nichts daran, dass die beantragte vorzeitige Beweisabnahme vorliegend keinem prozessökonomischen Ziel entspricht und insbesondere nicht glaubhaft ist, dass die vorzeitige Beweisabnahme der Klägerin eine bessere Abschätzung ihrer Prozesschancen ermöglicht. Vielmehr hat die Vorinstanz zutreffend festgehalten, die Klägerin könne das bestehende Prozessrisiko aufgrund der ihr bekannten Position der Beklagten bereits heute hinreichend abschätzen (act. 9 S. 5, E. 6). Dass die Klägerin sinngemäss geltend macht, es sei nicht ausgeschlossen, dass die Beklagte im Rahmen der vorsorglichen Beweisführung den von ihr geltend gemachten Sachverhalt einstehe, begründet kein schützenswertes Interesse an einer vorzeitigen Abnahme der Beweisaussage der Beklagten. Zunächst könnte nämlich mit diesem Argument in jedem Fall, in welchem die Gegenpartei den klägerischen Standpunkt bestreitet, ihre Befragung im Rahmen einer vorsorglichen Beweisführung verlangt werden. Wie die Vorinstanz richtig festgehalten hat, ist es zudem nicht Zweck der Beweisaussage, die Gegenpartei mit der damit verbundenen Strafandrohung unter Druck zu setzen (act. 6 S. 7, E. 7.3). Auch der Hinweis darauf, dass die Parteibefragung und die Beweisaussage der freien Beweiswürdigung unterliegen würden, weshalb es für den Ausgang des Verfahrens betreffend die Abklärung der Prozesschancen nicht nur darauf ankomme, was die Beklagte wortwörtlich antworte,

sondern auch auf die Art und Weise, wie dies geschehe (act. 10 S. 11), vermag, zumindest im vorliegenden Fall, in welchem die grundsätzliche Haltung der Gegenpartei bereits bekannt ist, kein prozessökonomisches Ziel an der vorzeitigen Abnahme dieses Beweismittels zu begründen. Die Klägerin verkennt, dass im Rahmen der vorsorglichen Beweisführung – wie bereits gesagt – eben gerade keine Beweiswürdigung stattfindet. Ob die Beklagte in ihren Aussagen glaubwürdig gewirkt hat (act. 10 S. 11), wird dementsprechend im Rahmen der vorsorglichen Beweisführung nicht gewürdigt. Wenn die Klägerin ferner argumentiert, sie habe ein Interesse daran, bei der Bestimmung ihrer Prozessaussichten auch auf ihren (persönlichen) Eindruck abzustellen, ob die Beklagte in ihrer Aussage glaubwürdig gewirkt habe oder nicht, verkennt sie, dass es bei der Beweiswürdigung einzig auf die Meinung des Gerichts ankommt; ein schutzwürdiges Interesse an einer Partei- oder Beweisaussage wäre deshalb nur dann zu bejahen, wenn aus dieser Aussage zuverlässige Erkenntnisse darüber gewonnen werden könnten, wie das für die Hauptsache zuständige Gericht die Beweisaussage einst würdigen wird. Dies ist vorliegend nicht der Fall. d) Hinzu kommt, dass Beweisausforschungsbegehren im Rahmen der vorsorglichen Beweisführung generell unzulässig sind, dient diese doch nicht der Klärung des Sachverhaltes, sondern zu dessen Beweis (dazu FELLMANN, a.a.O., Art. 158 N 17b m.w.H.). Demgemäss darf die vorsorgliche Beweisaussage der Gegenpartei gestützt auf Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO nicht zur Informationsbeschaffung und Sachverhaltsklärung angerufen werden, um hernach gestützt auf die dadurch gewonnen Erkenntnisse die für die Anspruchsbegründung relevanten Tatsachen in den Prozess einzubringen. Andernfalls würde über diese Bestimmung – auch in Fällen ohne entsprechende Grundlage im materiellen Recht bzw. unabhängig vom Vorliegen der Voraussetzung eines entsprechenden, materiell-rechtlichen Informationsanspruchs – eine Möglichkeit geschaffen, die Gegenpartei zu Informationszwecken zu befragen, was nicht Sinn und Zweck der Norm sein kann. Soweit die Klägerin ihr Interesse an der vorsorglichen Beweisführung deshalb im Weiteren damit begründet, dass selbst wenn die Beklagte die behauptete Vereinbarung im Rahmen der Beweisaussage bestreite, es doch möglich sei, aus ihren Aussagen beispielsweise Hinweise darauf zu gewinnen, dass nach dem Vertrauensprinzip eben doch ein Vertrag zustande gekommen sei (act. 10 S. 11 f.), ist dies von vornherein nicht schutzwürdig. e) Damit hat die Vorinstanz das Bestehen eines schutzwürdigen Interesses im Sinne von Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO richtigerweise verneint und das Gesuch der Klägerin um vorsorgliche Beweisführung zu Recht abgewiesen. Die Berufung der Klägerin erweist sich damit als unbegründet und ist deshalb abzuweisen.

- 18 - V. Kosten- und Entschädigungsfolgen 1. Ausgangspunkt für die Kostenberechnung für das Berufungsverfahren bildet in vermögensrechtlichen Streitigkeiten gestützt auf § 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 4 Abs. 1 GebV OG der Streitwert. Dieser beträgt vorliegend Fr. 241'556.– (vgl. vorstehend Ziff. II.2). Ausgehend davon ist die Entscheidgebühr für das zweitinstanzliche Verfahren gestützt auf § 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. §§ 4 Abs. 1 und 2 sowie 8 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 2'500.– festzusetzen. 2. Ausgangsgemäss wird die Klägerin für das zweitinstanzliche Verfahren kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO), wobei die Gerichtskosten gestützt auf Art. 111 Abs. 1 ZPO aus dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss zu beziehen sind. Der Beklagten ist mangels Umtriebe im zweitinstanzlichen Verfahren keine Parteient-schädigung zuzusprechen. Es wird erkannt: 1. Die Berufung wird abgewiesen, und der Entscheid des Einzelgerichts des Bezirkes Bülach vom 4. Februar 2016 bestätigt. 2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr.

2'500.– festgesetzt, der Klägerin und Berufungsklägerin auferlegt und aus dem von dieser geleisteten Kostenvorschuss bezogen. 3. Der Beklagten und Berufungsbeklagten wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

E. 3

Hiergegen hat die Klägerin Berufung erhoben und dabei die vorgenannten Berufungsanträge gestellt. Ein mit Verfügung vom 1. März 2016 einverlangter Kostenvorschuss (act. 14) wurde fristgerecht geleistet (act. 15-16).

E. 4

Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte und Berufungsbeklagte unter Beilage des Doppels von act. 10, und an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein, sowie an die Obergerichtskasse. Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

- 19 -

E. 5

Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG sowie ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 241'556.–. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Obergericht des Kantons Zürich II. Zivilkammer Die Gerichtsschreiberin: MLaw N. Seebacher versandt am: 15. März 2016

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.