

Vorsorgliche Beweisabnahme nach schweizerischer Zivilprozessordnung und Patentgesetz

von Dr. iur. MARK SCHWEIZER, Rechtsanwalt, LL.M., Zürich

Die schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) verleiht dem Recht der vorsorglichen Beweisabnahme gegenüber der Rechtslage in den meisten Kantonen einen wesentlich breiteren Anwendungsbereich.¹ Während die meisten Kantone nur die vorsorgliche Beweissicherung bei Gefährdung des Beweismittels kennen, sieht die schweizerische Zivilprozessordnung einen Anspruch auf vorsorgliche Beweisführung bei «schutzwürdigem Interesse» vor (Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO). Damit wird die Abklärung von Beweis- und Prozessaussichten auch ohne Gefährdung des Beweismittels ermöglicht.² Für die meisten Kantone ist dies ein eigentlicher Paradigmenwechsel. Die vorsorgliche Beweisabnahme – bisher ein Spezialfall vorsorglicher Massnahmen³ – entwickelt sich zu einem eigenständigen Rechtsinstitut. Die Zahl der Gesuche um vorsorgliche Beweisführung dürfte unter der neuen ZPO ansteigen, da eine kostengünstige und relativ risikolose Möglichkeit der Abklärung von Prozesschancen geschaffen wird.

In diesem Aufsatz sollen die Voraussetzungen, die Schranken und das Verfahren des Anspruchs auf vorsorgliche Beweisabnahme gemäss Art. 158 ZPO erläutert werden. Vorab wird kurz auf die bisherige kantonale Rechtslage und die Gesetzgebungsgeschichte von Art. 158 ZPO eingegangen. Ein spezielles Augenmerk gilt dem neuen Anspruch auf genaue Beschreibung gemäss Art. 77 Patentgesetz (PatG, SR 232.14) in der Fassung, wie sie mit vollständigem In-Kraft-Treten des Patentgerichtsgesetzes (PatGG, SR 173.41) gilt. Dieser Anspruch ist der «saisie contrefaçon» in der Form der «saisie description» im romanischen Prozessrecht nachgebildet und stellt ein Novum im schweizerischen Prozessrecht dar.

1 Im Folgenden wird die schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008, BBl 2009 21 ff., als «ZPO» bezeichnet. Kantonale Zivilprozessordnungen werden als «ZPO-Kantonskürzel», z.B. «ZPO-BE» bezeichnet.

2 Botschaft zur eidgenössischen Zivilprozessordnung (ZPO) vom 28. Juni 2006 («Botschaft zur ZPO»), BBl 2006 7221 ff., 7315.

3 Die Qualifikation von Beweissicherungsmassnahmen als vorsorgliche Massnahmen bejahend MAX GULDENER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl. Zürich 1979, 576; verneinend ISAAK MEIER, Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes, Zürich 1983, 48 f.; GERHARD WALTER, Die internationale Zuständigkeit schweizerischer Gerichte für «vorsorgliche Massnahmen» – oder: Art. 10 IPRG und seine Geheimnisse, AJP 1992, 61-65, 62; SABINE KOFMEL-EHRENZELLER, Der vorläufige Rechtsschutz im internationalen Verhältnis, Tübingen 2005, 13; das Bundesgericht hat die Frage in BGE 114 II 435, E. 2c, offengelassen.

Terminologisch wird jede Beweisabnahme ausserhalb des ordentlichen Beweisverfahrens als «vorsorgliche Beweisabnahme» bezeichnet. «Beweissicherung» wird eine vorsorgliche Beweisabnahme genannt, die wegen Gefährdung des Beweismittels erfolgt, während vorsorgliche Beweisabnahmen aus anderen Gründen als «vorsorgliche Beweisführung» bezeichnet werden.

I. Bisheriges kantonales Recht zur vorsorglichen Beweissicherung und Beweisführung

Die meisten Kantone erlauben eine vorsorgliche Beweisabnahme nur, wenn glaubhaft gemacht ist, dass die spätere Abnahme im Rahmen des ordentlichen Beweisverfahrens erschwert oder unmöglich ist.⁴ Typische Beispiele sind der Zeuge, der schwer krank ist und voraussichtlich vor dem ordentlichen Beweisverfahren sterben wird, oder eine einsturzgefährdete Baute. Daneben sehen verschiedene kantonale Zivilprozessordnungen den «amtlichen Befund» über den tatsächlichen Zustand einer Sache vor, soweit dieser ohne besondere Fachkenntnisse festgestellt werden kann (z.B. der Zustand einer Mietwohnung bei Mietantritt). Der amtliche Befund wird nicht durch ein Gericht angeordnet, sondern auf einseitiges Begehren direkt durch die zuständige Behörde vorgenommen (im Aargau: der Betreibungsbeamte, § 215 Abs. 1 ZPO-AG; in Zürich: der Gemeindeammann, § 234 ZPO-ZH). Die amtliche Befundaufnahme setzt keine Beweismittelgefährdung voraus.⁵ In der schweizerischen Zivilprozessordnung ist der amtliche Befund nicht vorgesehen, jedoch planen verschiedene Kantone, ihn als Institut des kantonalen Rechts beizubehalten.⁶

Weiter enthalten die meisten kantonalen Zivilprozessordnungen einen (deklaratorischen) Verweis auf die Normen des materiellen Zivilrechts, die ausdrücklich einen Anspruch auf vorprozessuale Feststellung eines relevanten Sachverhaltes gewähren oder eine Obliegenheit zur unverzüglichen Feststellung des Sachverhalts statuieren.⁷

4 Z. B. § 209 Abs. 1 ZPO-AG; Art. 199 Abs. 1 lit. a ZPO-SG; Art. 248 Abs. 1 ZPO-VD; § 231 ZPO-ZH.

5 RICHARD FRANK/HANS STRÄULI/GEORG MESSMER, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, Gesetz über den Zivilprozess vom 13. Juni 1976 mit einem Anhang zu verfahrensrechtlichen Bestimmungen des zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetzes, Zürich 1997, § 234 N 1; ALFRED BÜHLER/ANDREAS EDELMANN/ALBERT KILLER, Kommentar zur aargauischen Zivilprozessordnung, Zivilrechtspflegegesetz (Zivilprozessordnung, ZPO) vom 18. Dezember 1984, Aarau 1998, § 215 N 2.

6 Siehe hinten, S. 12.

7 Die Verweise sind deklaratorischer Natur, weil die Kantone im Rahmen ihres Prozessrechts keine Normen erlassen dürfen, welche die Verwirklichung des Bun-

Keine Gefährdung des Beweismittels für eine vorprozessuale Beweisabnahme verlangen die Kantone Bern (Art. 222 ZPO-BE) und Basel-Stadt.⁸ In Lehre und Rechtsprechung zum kantonalen Anspruch auf vorsorgliche Beweisabnahme nach der basel-städtischen und der bernischen Zivilprozessordnung ist anerkannt, dass eine vorsorgliche Beweisführung jederzeit auch zur Abklärung der Prozessaussichten zulässig ist.⁹ Die ZPO-VD sieht in Art. 249 Abs. 1 eine «expertise hors procès» vor, die nur von der Glaubhaftmachung eines schutzwürdigen Interesses abhängt und sowohl zum Befund über Tatsachen dienen kann, deren Feststellung besondere Fachkenntnisse erfordert, als auch zum Befund über Tatsachen, die ohne besondere Fachkenntnisse festgestellt werden können.¹⁰

Die Kantone Ob- und Nidwalden schliesslich kennen eine vorprozessuale Editionsspflicht von Urkunden, wenn es ohne Edition der Urkunden nicht möglich ist, die Klageschrift zu verfassen.¹¹ Die vorprozessuale Edition setzt nach der kantonalen Praxis voraus, dass das prozessuale Interesse an der Edition und ein materiellrechtlicher Editionsanspruch glaubhaft gemacht werden.¹² Eine eigenständige prozessrechtliche vorprozessuale Editionsspflicht wird nicht begründet.

II. Gesetzgebungsgeschichte der vorsorglichen Beweisführung gemäss schweizerischer Zivilprozessordnung

Der Vorentwurf der Expertenkommission vom Juni 2003¹³ («VE-ZPO») sah einen Anspruch auf Beweissicherung nur vor, wenn die Gefährdung

deszivilrechts verunmöglichen (BGE 115 II 129, E. 5.2). Wo Bundesrecht einen Anspruch auf sofortige Beweisabnahme gewährt, muss das kantonale Verfahrensrecht daher ein entsprechendes Verfahren zur Verfügung stellen, das nicht von weiteren Voraussetzungen – wie der Gefährdung des Beweismittels – abhängig gemacht werden darf.

8 ADRIAN STAEHELIN/THOMAS SUTTER, *Zivilprozessrecht*, Nach den Gesetzen der Kantone Basel-Stadt und Basel-Landschaft unter Einbezug des Bundesrechts, Zürich 1992, Rz. 111, unter Hinweis auf ein Urteil des Appellationsgerichts Basel-Stadt vom 14. April 1950, SJZ 47, 1951, S. 279.

9 GEORG LEUCH/OMAR MARBACH/Franz KELLERHALS/MARTIN STERCHI, *Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern*, Kommentar samt einem Anhang zugehöriger Erlasse, Bern 2000, Art. 222 N 1.a; STAEHELIN/SUTTER (FN 8), Rz. 111.

10 JEAN-FRANÇOIS POUURET/JACQUES HALDY/DENIS TAPPY, *Procédure civile vaudoise*, Lausanne 2002, Art. 249 N 1.

11 Art. 148 ZPO-NW; Art. 149 ZPO-OW.

12 OGer NW vom 6. November 2003, E. 1 c) bb), erhältlich unter www.nw.ch -> Gerichte -> Rechtsprechung.

13 Erhältlich unter www.ejpd.admin.ch -> Themen -> Staat & Bürger -> Gesetzgebung -> Zivilprozessrecht.

des Beweismittels glaubhaft gemacht wurde.¹⁴ In der Vernehmlassung wurde diese einschränkende Voraussetzung durch den Kanton Basel-Stadt und die Grüne Partei kritisiert; beide schlugen vor, die vorsorgliche Beweisführung auch ohne Gefährdung des Beweismittels zur Abklärung der Prozessaussichten zuzulassen.¹⁵

Die Kritik überzeugte den Bundesrat offenbar und die Bestimmung über die vorsorgliche Beweissicherung wurde erweitert auf eine allgemeine Vorschrift über die vorsorgliche Beweisführung, die voraussetzt, dass der Gesuchsteller entweder eine Gefährdung des Beweismittels oder ein «schutzwürdiges Interesse» glaubhaft macht (Art. 155 Abs. 1 lit. b E-ZPO). In der Botschaft wird ausgeführt, das schutzwürdige Interesse könne insbesondere auch in der Abklärung der Beweis- und Prozessaussichten liegen und die vorläufige Beweisführung trage dazu bei, aussichtslose Prozesse zu vermeiden.¹⁶

In der parlamentarischen Beratung erfuhr Art. 155 E-ZPO keine Änderung, einzig die Nummerierung änderte sich, so dass die Vorschrift über die vorsorgliche Beweisführung nun in Art. 158 ZPO zu finden ist.

III. Voraussetzungen des Anspruchs auf vorsorgliche Beweisführung

Art. 158 Abs. 1 ZPO hält fest, dass das Gericht jederzeit Beweise abnimmt, wenn entweder ein entsprechender gesetzlicher Anspruch besteht oder die gesuchstellende Partei eine Gefährdung der Beweismittel oder ein schutzwürdiges Interesse glaubhaft macht. Im Folgenden wird auf die einzelnen Voraussetzungen eingegangen.

1. Gesetzlicher Anspruch

Nach Art. 158 Abs. 1 lit. a ZPO nimmt das Gericht jederzeit Beweise ab, «wenn das Gesetz einen entsprechenden Anspruch gewährt». Das Bundesrecht gewährt einen solchen Anspruch insbesondere in Art. 202 OR (Feststellung von Mängeln der Kaufsache beim Viehkauf), Art. 204 Abs. 2 OR (Feststellung von Mängeln der Kaufsache beim Distanzkauf), Art. 367 Abs.

¹⁴ Vgl. Art. 151 Abs. 1 VE-ZPO; Begleitbericht zum Vorentwurf, S. 78 (beide erhältlich unter www.ejpd.admin.ch -> Themen -> Staat & Bürger -> Gesetzgebung -> Zivilprozessrecht).

¹⁵ Zusammenstellung der Vernehmlassungen zum Vorentwurf für ein Bundesgesetz über die Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), S. 408 f. (erhältlich unter www.ejpd.admin.ch/ejpd/de/home/themen/staat_und_buerger/ref_gesetzgebung/ref_zivilprozessrecht.html).

¹⁶ Botschaft zur ZPO, BBl 2006 7315.

2 OR (Feststellung der Werkmängel durch einen Sachverständigen),¹⁷ Art. 427 Abs. 1 OR (Feststellung der Mängel an zugesandtem Kommissionsgut), Art. 445 Abs. 1 OR (Feststellung von Ablieferungshindernissen bei verderblichem Frachtgut) und Art. 453 Abs. 1 OR (Feststellung des Zustands des Frachtguts). Diesen Bestimmungen ist gemeinsam, dass sie eine Obliegenheit zur sofortigen Feststellung eines rechtserheblichen Sachverhalts statuieren, deren Nichtbeachtung zu einem Rechtsverlust (so z.B. Art. 202 Abs. 1 OR) oder einer Beweislastumkehr (so z.B. Art. 204 Abs. 2 OR) führt. Im Falle von Art. 427 Abs. 2 OR wird gar eine eigentliche Pflicht zur sofortigen Feststellung des Sachverhalts statuiert, deren Missachtung eine Haftung zur Folge hat.

An anderen Stellen gewährt das Bundesrecht einen Anspruch auf vorsorgliche Beweissicherung nur unter den Voraussetzungen, die für vorsorgliche Massnahmen im Allgemeinen gelten.¹⁸ Der Gesuchsteller muss insbesondere glaubhaft machen, dass ihm ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht, der nur durch die sofortige Beweisabnahme abgewendet werden kann. Damit gewähren diese Normen keinen Anspruch, der über Art. 261 Abs. 1 i.V.m. Art. 262 ZPO hinausgeht: bei gegebenen Voraussetzungen – die in Art. 261 Abs. 1 ZPO nicht anders umschrieben sind als im Markenschutz-, Design- und Urheberrechtsgesetz – kann das Gericht jede Anordnung treffen, die geeignet ist, den drohenden Nachteil abzuwenden. Darunter fällt ohne Zweifel auch die Abnahme eines Beweismittels, dessen spätere Abnahme gefährdet erscheint. Meines Erachtens haben diese materiellrechtlichen Bestimmungen für die Beweissicherung keinen eigenständigen Regelungsgehalt mehr, der über das hinausgehen würde, was die schweizerische Zivilprozessordnung unter den gleichen Voraussetzungen gewährt.

2. *Gefährdung der Beweismittel*

Als alternative Voraussetzung für die jederzeitige Abnahme eines Beweismittels verlangt die ZPO eine Gefährdung der Beweismittel (Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO).¹⁹ Der Gesuchsteller muss glaubhaft machen, dass eine Abnahme im ordentlichen Beweisverfahren, das im Anschluss an das Behauptungsverfahren stattfindet (Art. 231 ZPO), nicht mehr möglich sein wird.

¹⁷ Art. 250 lit. b Ziff. 4 ZPO schreibt für die Bezeichnung des Sachverständigen nach Art. 367 OR das summarische Verfahren vor.

¹⁸ Art. 59 Abs. 2 MSchG, Art. 38 Abs. 2 DesG und Art. 65 Abs. 2 URG. Art. 28c ZGB wird mit In-Kraft-Treten der ZPO aufgehoben (Art. 402 ZPO i.V.m. Anhang 1, Ziff. 3).

¹⁹ Das Gesetz verwendet den Plural, aber es genügt, wenn ein Beweismittel gefährdet ist, nämlich dasjenige, dessen Abnahme begehrt wird.

Klassische Beispiele sind der bereits erwähnte todkranke Zeuge oder das einsturzgefährdete Haus.²⁰

Nicht klar ist aufgrund des Wortlauts der Bestimmung, ob es genügt, wenn die spätere Abnahme eines Beweismittels erschwert, aber nicht unmöglich, ist. Beispiel wäre ein Zeuge, der seinen Wohnsitz ins Ausland verlegen wird;²¹ eine rechtshilfweise Einvernahme ist möglich, führt aber erfahrungsgemäss zu erheblichen Verfahrensverzögerungen. Die meisten kantonalen Zivilprozessordnungen lassen es ausdrücklich genügen, wenn die spätere Abnahme eines Beweismittels erschwert ist;²² die ZPO hingegen verlangt, dass das Beweismittel «gefährdet» ist.

Meines Erachtens sprechen prozessökonomische Gründe dafür, eine vorsorgliche Beweisabnahme auch zuzulassen, wenn die spätere Abnahme nicht unmöglich, aber mit erheblich grösserem Zeit- und Kostenaufwand verbunden ist.²³ Die Frage, ob auch eine Erschwerung unter den Begriff der Gefährdung zu subsumieren ist, ist jedoch von geringer praktischer Bedeutung, da der Gesuchsteller ein schutzwürdiges Interesse an der Abnahme des Beweismittels hat, wenn er glaubhaft machen kann, dass ihm ein Anspruch gegen den Gesuchsgegner zusteht, zu dessen Beweis das Beweismittel tauglich ist. Die Gefährdung oder Erschwerung der Beweisabnahme muss er dann nicht mehr glaubhaft machen.²⁴

3. *Schutzwürdiges Interesse*

Als wichtigste Neuerung im Recht der vorsorglichen Beweisführung lässt die schweizerische Zivilprozessordnung neben der Beweismittelgefährdung ein glaubhaft gemachtes «schutzwürdiges Interesse» («un intérêt digne de protection», «un interesse degno di protezione») des Gesuchstellers für die vorsorgliche Beweisabnahme genügen (Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO). Das schutzwürdige Interesse muss sich offensichtlich auf die vorzeitige Abnahme des Beweismittels beziehen. Wie bereits erwähnt, nennt die Botschaft die Abklärung der Prozessaussichten ausdrücklich als schutzwürdiges Interesse im Sinne von Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO.²⁵

20 Botschaft zur ZPO, BBl 2006 7315.

21 STAEHELIN/SUTTER (FN 8), Rz. 111.

22 So z.B. § 209 Abs. 1 ZPO-AG; Art. 199 Abs. 1 lit. a ZPO-SG; Art. 248 Abs. 1 ZPO-VD; § 231 ZPO-ZH.

23 Ebenso PETER GUYAN in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung (Basler Kommentar), Basel 2010, Art. 158 N 3.

24 GUYAN (FN 23), Art. 158 N 5 weist zu Recht darauf hin, dass auf die Tatbestandsvariante der Gefährdung hätte verzichtet werden können.

25 Botschaft zur ZPO, BBl 2006 7315.

Den Begriff des schutzwürdigen Interesses verwendet die ZPO sonst nur noch im Zusammenhang mit den Prozessvoraussetzungen (Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO). Das «schutzwürdige Interesse» als Prozessvoraussetzung ist gleichbedeutend mit dem Rechtsschutzinteresse gemäss herkömmlicher Terminologie.²⁶ Bei Leistungs- und Gestaltungsclagen ist das Rechtsschutzinteresse regelmässig gegeben.²⁷ Speziell begründet werden muss es nur bei Feststellungsklagen²⁸ und wenn ein Anspruch noch nicht besteht, aber möglicherweise in Zukunft bestehen wird (drohende Rechtsverletzungen).²⁹

Das schutzwürdige Interesse im Sinne von Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO muss sich auf die Abnahme des Beweismittels beziehen und nicht auf den Hauptanspruch,³⁰ aber das Interesse an der Beweisabnahme ist abhängig vom Interesse am damit zu beweisenden Anspruch. Ein schutzwürdiges Interesse an der vorsorglichen Abnahme eines Beweismittels liegt vor, wenn das Beweismittel dem Beweis eines Anspruchs dienen kann, an dessen klageweisen Durchsetzung der Gesuchsteller ein schutzwürdiges Interesse im Sinne von Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO hat.

Der Gesuchsteller muss daher glaubhaft machen, dass ein Sachverhalt vorliegt, bei dessen Verwirklichung ihm das materielle Privatrecht einen Anspruch gegen den Gesuchsgegner gewährt, und zu dessen Beweis das abzunehmende Beweismittel dienen kann.³¹ Nicht verlangt werden darf, dass er das Vorliegen genau dieser Tatsache glaubhaft macht, die er mit dem abzunehmenden Beweismittel beweisen will, sonst würde der Zweck der vorsorglichen Beweisführung, die Beweisaussichten abzuklären, vereitelt. Stellt das abzunehmende Beweismittel das einzige Beweismittel dar, mit

26 THOMAS SUTTER-SOMM, Die Verfahrensgrundsätze und die Prozessvoraussetzungen, ZZZ 2007, S. 301–326, 317.

27 STEPHEN BERTI, Zum Einfluss ungeschriebenen Bundesrechts auf den kantonalen Zivilprozess im Lichte der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts, Zürich 1989, N 188; MAX GULDENER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich 1979, S. 205; SUTTER-SOMM (FN 26), S. 317; OSCAR VOGEL/KARL SPÜHLER/MYRIAM A. GEHRI, Grundriss des Zivilprozessrechts und des internationalen Zivilprozessrechts der Schweiz, 8. Aufl., Bern 2006, § 33 N 13.

28 Grundlegend BGE 110 II 352.

29 Siehe BGer, sic! 2009, S. 888, «Rechtsschutzinteresse»; mit Anmerkung von DAVID RÜETSCHI, sic! 2009, S. 890.

30 Vgl. ER am KGer SG, Urteil vom 16. März 2009, RZ.2009.4, E. 2 (erhältlich unter www.gerichte.sg.ch -> Rechtsprechung -> Kantonsgericht).

31 ISAAK MEIER/MIGUEL SOGO, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Eine kritische Darstellung aus der Sicht von Praxis und Lehre, Zürich 2010, S. 311. Ebenso die kantonale Praxis im Waadtland zum «intéret légitime», das Voraussetzung für die ausserprozessuale Anordnungen einer Expertise ist, POUDET/HALDY/TAPPY (FN 10), Art. 249 N 2.

teilten Sache, die auch das schutzwürdige Interesse an der Klage entfallen lässt (Art. 59 Abs. 2 lit. e ZPO).

Macht der Gesuchsteller geltend, die vorsorgliche Beweisführung diene der Feststellung, dass dem Gesuchsgegner kein Anspruch gegen den Gesuchsteller zustehe, so muss sein schutzwürdiges Interesse an der Abwehr dieses Anspruchs speziell begründet werden. Der Fall ist analog dem Rechtsschutzinteresse bei der negativen Feststellungsklage zu behandeln. Der Kläger muss an der sofortigen Feststellung ein erhebliches tatsächliches oder rechtliches Interesse haben. Ein erhebliches tatsächliches Interesse ist namentlich gegeben, wenn die Rechtsbeziehungen der Parteien ungewiss sind, die Fortdauer der Ungewissheit dem Kläger nicht zugemutet werden darf, weil sie ihn in seiner Bewegungsfreiheit hindert und die Ungewissheit durch die richterliche Feststellung behoben werden kann.³⁷ Dabei muss der Kläger darlegen, dass sein Interesse an der Klärung der Rechtslage das Interesse des Gläubigers, selber den Zeitpunkt für die Geltendmachung des Anspruchs – und damit insbesondere den Zeitpunkt der Beweisführung – zu bestimmen, überwiegt.³⁸

Der Gesuchsteller, der eine vorsorgliche Beweisabnahme zur Feststellung des Nicht-Bestehens eines Anspruchs erwirken will, muss daher glaubhaft machen, dass ein schutzwürdiges Interesse an der sofortigen Feststellung des Nicht-Bestandes der Forderung im Sinne der zitierten Rechtsprechung vorliegt. Insbesondere wird er darlegen müssen, weshalb sein Interesse an der sofortigen Beweisführung das Interesse des Gläubigers, selber den Zeitpunkt zu bestimmen, wann er über seinen Anspruch Beweis führen will, überwiegt.

4. Weitere Voraussetzungen?

Nach MEIER hängt die vorsorgliche Beweisabnahme zur Abklärung der Prozessaussichten von den weiteren (ungeschriebenen) Voraussetzungen ab, dass der Gesuchsteller glaubhaft macht, dass die Entscheidung, ob der Hauptprozess geführt werden soll, für ihn noch offen ist.³⁹ Ansonsten könne ihm zugemutet werden, die Klage bereits einzuleiten. Zudem müsse sich der Gesuchsteller bereit erklären, sämtliche (sich in seinem Besitz befindlichen) Beweismittel offenzulegen, falls der Gesuchsgegner dies verlange.⁴⁰ Eine gesetzliche Grundlage findet sich für diese zusätzlichen Voraussetzun-

37 BGE 120 II 20, E. 3. a) mit Hinweisen.

38 BGE 120 II 20, E. 3. a) mit Hinweisen.

39 MEIER/SOGO (FN 31), S. 311.

40 MEIER/SOGO (FN 31), S. 311.

gen nicht. Meines Erachtens sind diese zusätzlichen Voraussetzungen daher abzulehnen.

IV. Rechtsfolge des Anspruchs auf vorsorgliche Beweisabnahme

Sind die Voraussetzungen für eine vorläufige Beweisabnahme erfüllt, so ist das Beweismittel nach den im ordentlichen Beweisverfahren geltenden Vorschriften (Art. 169 ff. ZPO) abzunehmen. Der Gesuchsteller muss die Auslagen des Gerichts vorschliessen, die durch die von ihm beantragten Beweiserhebungen veranlasst werden (Art. 102 ZPO);⁴¹ es sei denn, diese seien ihm wegen Mittellosigkeit erlassen worden (vgl. Art. 118 ZPO). Abgenommen werden können alle zulässigen Beweismittel, also Zeugnis, Urkunde, Augenschein, Gutachten, schriftliche Auskunft, Parteibefragung und Beweisaussage (vgl. Art. 168 ZPO). Anders als z.B. die bernische ZPO (Art. 222 ZPO-BE) stellt die schweizerische ZPO keine besonderen Voraussetzungen für die vorsorgliche Parteibefragung und Beweisaussage auf.⁴² Die Parteien haben das Recht, an der Beweisabnahme teilzunehmen (Art. 155 Abs. 3 ZPO), dies gilt auch dann, wenn die vorsorgliche Beweisabnahme ausnahmsweise superprovisorisch angeordnet wurde.⁴³ Soll ein Gutachten eingeholt werden, so verlangt die bisherige kantonale zürcherische Praxis, dass die vom Gutachter zu beantwortenden Fragen vom Gesuchsteller vorformuliert werden,⁴⁴ was wohl auch unter der schweizerischen Zivilprozessordnung zu gelten hat.

Das Gesuch um vorsorgliche Beweisführung begründet keine Rechtshängigkeit der Hauptsache (vgl. Art. 62 ZPO) und vermag weder Fristen zu wahren noch zu unterbrechen.⁴⁵

41 ADRIAN STAEHELIN/DANIEL STAEHELIN/PASCAL GROLIMUND, Zivilprozessrecht, Nach dem Entwurf für eine schweizerische Zivilprozessordnung und weiteren Erlassen – unter Einbezug des internationalen Rechts, Zürich/Basel/Genf 2008, § 18 Rz. 144. Der Gesuchsteller kann Ersatz seiner Kosten in einem eventuellen Hauptverfahren geltend machen.

42 Für MEIER/SOGO (FN 31), S. 311, können persönliche Befragung und Beweisaussage nicht vorsorglich abgenommen werden. Da eine entsprechende gesetzliche Einschränkung aber trotz (dem Gesetzgeber zweifellos bekannten) kantonalen Vorbildern wie Art. 222 ZPO-BE fehlt, handelt es sich m.E. um ein qualifiziertes Schweigen und es ist nicht möglich, durch Auslegung den Katalog der vorsorglich abzunehmenden Beweismittel einzuschränken.

43 STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (FN 41), § 18 Rz. 143.

44 ZR 109 (2010), Nr. 7, unter Hinweis auf ZR 60 (1961) Nr. 71.

45 URS GASSER/BRIGITTE RICKLI, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Kurzkommentar, Zürich 2010, Art. 158 N 7.

V. Schranken der vorsorglichen Beweisabnahme

1. *Verweigerungsrechte*

Selbstverständlich dürfen auch im Rahmen der vorsorglichen Beweisabnahme keine Beweismittel abgenommen werden, deren Abnahme die betroffene Partei berechtigterweise verweigern darf. Die Verweigerungsrechte beziehen sich auf die Zeugnis-, Auskunfts- und Editionsspflicht.⁴⁶

Die Parteien können Verweigerungsrechte geltend machen, wenn sie eine ihr im Sinne von Art. 165 ZPO nahestehende Person der Gefahr strafrechtlicher Verfolgung oder zivilrechtlicher Verantwortlichkeit aussetzen oder sich wegen Verletzung eines Geheimnisses nach Art. 321 StGB strafbar machen würden (Art. 163 ZPO).

Dritte können Verweigerungsrechte geltend machen (a) zur Feststellung von Tatsachen, die sie oder eine ihr im Sinne von Art. 165 ZPO nahestehende Person der Gefahr strafrechtlicher Verfolgung oder zivilrechtlicher Verantwortlichkeit aussetzen würde; (b) soweit sie sich wegen Verletzung eines Geheimnisses nach Art. 321 StGB strafbar machen würden (mit gewissen Ausnahmen); (c) zur Feststellung von Tatsachen, die ihnen als Beamte oder als Behördenmitglieder in ihrer amtlichen Eigenschaft anvertraut worden sind oder die sie bei Ausübung ihres Amtes wahrgenommen haben; (d) wenn sie als Ombudsperson oder Mediator über Tatsachen aussagen müssten, die sie im Rahmen der betreffenden Tätigkeit wahrgenommen haben; (e) über die Identität der Autorin oder des Autors oder über Inhalt und Quellen ihrer Informationen, wenn sie sich beruflich oder als Hilfsperson mit der Veröffentlichung von Informationen im redaktionellen Teil eines periodisch erscheinenden Mediums befassen (Art. 166 Abs. 1 ZPO). Die Träger anderer gesetzlich geschützter Geheimnisse können die Mitwirkung verweigern, wenn sie glaubhaft machen, dass das Geheimhaltungsinteresse das Interesse an der Wahrheitsfindung überwiegt (Art. 166 Abs. 2 ZPO).

2. *Keine Ausforschung*

GASSER/RICKLI befürchten, dass die vorsorgliche Beweisführung zu «fishing expeditions»,⁴⁷ resp. zur Ausforschung der Gegenpartei, missbraucht werden kann, weil diese zur vorprozessualen Edition von Urkunden gezwungen werden kann. Auch MEIER geht davon aus, dass der Gesuchs-

⁴⁶ Rechtstechnisch sind die Parteien wie erwähnt zur Mitwirkung nicht verpflichtet, sondern nur bei unberechtigter Verweigerung belastet, indem die Weigerung bei der Beweiswürdigung gegen sie berücksichtigt werden kann, Botschaft zur ZPO, BBl 2006 7316.

⁴⁷ GASSER/RICKLI (FN 45), Art. 158 N 5.

gegner vorprozessual sich in seinem Gewahrsam befindliche Urkunden edieren muss.⁴⁸ Beide warnen davor, dass die vorsorgliche Beweisführung nicht zur «pre trial discovery»⁴⁹ des amerikanischen Zivilprozessrechts verkommen dürfe,⁵⁰ in deren Rahmen die beteiligten Parteien grundsätzlich alle Informationen offenzulegen haben, die für die Begründung eines Anspruchs oder für die Verteidigung relevant sind.⁵¹

Die schweizerische ZPO – wie bereits sämtliche kantonalen Zivilprozessordnungen⁵² – kennt nach Rechtshängigkeit der Klage eine prozessuale Last der Parteien, in ihrem Besitz⁵³ befindliche Urkunden mit Ausnahme der anwaltlichen Korrespondenz, soweit sie die berufsmässige Vertretung einer Partei oder einer Drittperson betrifft, dem Richter (und damit der Gegenpartei) vorzulegen (Art. 160 Abs. 1 lit. b ZPO). Weigert sich eine Partei unberechtigterweise, eine Urkunde vorzulegen, so berücksichtigt dies das Gericht bei der Beweiswürdigung (Art. 164 ZPO). Insbesondere kann das Gericht annehmen, dass die nicht vorgelegte Urkunde den von der Gegenpartei behaupteten Inhalt hat.⁵⁴ Zwangsmittel können gegenüber einer Partei nicht angedroht werden, wohl aber gegenüber mitwirkungspflichtigen Dritten (Art. 167 Abs. 1 ZPO).

Entscheidender Unterschied der Editionslast nach ZPO zur «pre trial discovery» amerikanischen Rechts ist neben dem Zeitpunkt der Edition – in der Schweiz erst im Beweisverfahren – dass die Editionslast voraussetzt, dass die Partei, welche die Edition verlangt, substantiierte Tatsachenbehauptungen aufgestellt hat, die mittels der zu edierenden Urkunden nur noch bewiesen werden sollen.⁵⁵ Der Kläger muss mit anderen Worten den

48 MEIER/SOGO (FN 31), S. 311.

49 Siehe dazu ULRIKE BÖHM, Amerikanisches Zivilprozessrecht, Köln 2005, Rz. 388 ff.

50 GASSER/RICKLI (FN 45), Art. 158 N 5; MEIER/SOGO (FN 31), S. 312.

51 Federal Rules of Civil Procedure (2009), Rule 26(b) (1).

52 KARL SPÜHLER/DOMINIK VOCK, Urkundenedition nach den Prozessordnungen der Kantone Zürich und Bern, SJZ 1999, S. 41–46, 41.

53 Nach zürcherischer Praxis genügt es, wenn die Partei über die Urkunde verfügungsberechtigt ist, ZR 55 (1956) Nr. 12; FRANK/STRÄULI/MESSMER (FN 5), § 183 N 5. Die ZPO erwähnt nicht ausdrücklich, dass sich die Urkunde im Gewahrsam der herausgabebelasteten Partei befinden muss, doch wird dies stillschweigend vorausgesetzt, STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (FN 41), § 18 Rz. 106; nach MEIER/SOGO (FN 31), S. 319 f., genügt es auch nach ZPO, dass die belastete Partei über die Urkunde verfügungsberechtigt ist.

54 STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (FN 41), § 18 Rz. 106; MEIER/SOGO (FN 31), S. 301.

55 SPÜHLER/VOCK (FN 52), S. 42; WALDER-RICHLI/GROB-ANDERMACHER (FN 31), § 29 Rz. 117; ZR 95 (1996) Nr. 62 E. 5.3. Der Kläger kann aber seine Vermutungen «in die Form positiver Behauptungen kleiden», um seiner Behauptungslast zu genügen, DIETER GESSLER, Informationsbeschaffung mit den Mitteln des

Sachverhalt bereits kennen;⁵⁶ die Edition dient nicht der Klärung des Sachverhalts, sondern zu dessen Beweis.⁵⁷ Die zu edierenden Urkunden müssen so genau bezeichnet werden, dass die mit der Edition belastete Partei ohne Schwierigkeiten die Urkunde ermitteln kann,⁵⁸ was nicht notwendigerweise heisst, dass eine Urkunde genau datiert werden muss.⁵⁹ Diese Voraussetzungen – die auch bei der vorprozessualen Edition gelten – verhindern, dass die prozessuale Edition zur Ausforschung dienen kann.

Die Weigerung des Gesuchsgegners, einem vorprozessualen Editionsbegehren nachzukommen, bleibt zudem weitgehend sanktionslos: Die unberechtigte Verletzung der Editionslast durch eine Partei kann nur durch Berücksichtigung bei der Beweiswürdigung sanktioniert werden. Im Verfahren der vorsorglichen Beweisabnahme findet aber keine Beweiswürdigung statt. Das Gericht entscheidet nicht über den Hauptanspruch und damit auch nicht darüber, ob der Beweis für den (substantiiert behaupteten) anspruchsbegründenden Sachverhalt erbracht wurde. Legt die herausgabebelastete Partei die fragliche Urkunde in einem späteren Prozess über den Hauptanspruch vor, so folgt aus der Weigerung, die Urkunde vorprozessual herauszugeben, nicht, dass das Gericht im Hauptprozess die Urkunde nicht mehr beachten dürfte. Anders zu urteilen hiesse, das Gericht zu verpflichten, entgegen dem tatsächlichen Sachverhalt zu entscheiden.⁶⁰ Die Partei, welche sich vorprozessual geweigert hat, eine Urkunde vorzulegen, wird

Zivilprozesses, SJZ 2004, S. 433–439, 435, unter Hinweis auf GULDENER (FN 3), S. 189.

56 ARIELLE ELAN VISSON, Droit à la production de pièces et «discovery», Droit fédéral, droits cantonaux de Vaud, Genève, Zurich et droit anglais, Zürich 1997, S. 346.

57 ZR 95 (1996) Nr. 62 E. 5.3. Die ältere kantonale zürcherische Praxis verlangte, dass die Partei, welche die Edition verlangt, auch den Inhalt der zu edierenden Urkunde bezeichnen muss, OGer ZH vom 24. November 1975, SJZ 1977, S. 23, E. II, unter Hinweis auf GUSTAV AMMANN, Die Pflicht zur Edition von Urkunden, Zürich 1931, S. 25. Das scheint mir zu weit zu gehen: die Rechtsfolge der unberechtigten Verweigerung der Edition, nämlich, dass der behauptete Sachverhalt als erwiesen betrachtet wird, kann eintreten, wenn eine genügend bestimmte Behauptung vorliegt, es bedarf nicht notwendigerweise der Bezeichnung des Inhalts der Urkunde.

58 PETER HERZOG, Die Editionsspflicht nach neuer zürcherischer Zivilprozessordnung: unter Berücksichtigung der Editionspflichten aufgrund des Bundesprivatrechtes, Zürich 1980, S. 26; MARKUS AFFOLTER, Die Durchsetzung von Informationspflichten im Zivilprozess, Bern 1993, S. 56 f.

59 ZR 95 (1996) Nr. 62 E. 5.3; MEIER/SOGO (FN 31), S. 309.

60 Bei der unberechtigten Weigerung, eine Urkunde im ordentlichen Beweisverfahren vorzulegen, gilt zwar auch die Fiktion, dass der von der beweisbelasteten Partei behauptete Sachverhalt zutrifft. Aber da hier weder Gericht noch beweisbelastete Partei den tatsächlichen Inhalt der Urkunde kennen, steht die Fiktion nicht in einem *offenbaren* Gegensatz zur materiellen Wahrheit.

allerdings trotz Obsiegens in einem späteren Hauptprozess die Prozesskosten tragen müssen, wenn sie gerade wegen der Vorlage der Urkunde den Hauptprozess gewonnen hat (gestützt auf Art. 107 Abs. 1 lit. b ZPO).

Eine Pflicht zur vorprozessualen Edition von Urkunden durch die (künftigen) Parteien kann sich aus materiellem Recht ergeben.⁶¹ Diese Editions- und Auskunftsansprüche können entweder im ordentlichen Verfahren, oder, wenn die Rechtslage klar und die Sachlage liquide ist, im Verfahren des Rechtsschutzes in klaren Fällen (Art. 257 ZPO) geltend gemacht werden.⁶² Für die Auskunftserteilung an Aktionäre und Gläubiger einer Aktiengesellschaft, an Mitglieder einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung und an Genossenschafter⁶³ schreibt die ZPO das summarische Verfahren vor (Art. 250 lit. c Ziff. 7 ZPO).

3. *Schutz von Geschäftsgeheimnissen*

Gefährdet die Beweisabnahme die schutzwürdigen Interessen einer Partei oder Dritter, wie insbesondere deren Geschäftsgeheimnisse, so trifft das Gericht die erforderlichen Massnahmen (Art. 156 ZPO). Dies gilt natürlich auch im Rahmen der vorsorglichen Beweisabnahme. Im Rahmen des summarischen Verfahrens ist das schutzwürdige Interesse von der Partei glaubhaft zu machen, die sich darauf beruft. Ein Geheimnis ist eine Tatsache, die weder offenkundig noch allgemein zugänglich ist,⁶⁴ und bezüglich derer ein Geheimhaltungsinteresse und Geheimhaltungswillen des Geheimnisherrn besteht.⁶⁵ Ein Geschäftsgeheimnis muss sich zudem entweder auf den Fabrikationsvorgang, d.h. die technische Seite der Produktion (Fabrikationsgeheimnis), oder auf den kaufmännischen oder betriebswirtschaftlichen Bereich eines Unternehmens beziehen.⁶⁶ Ein schützenswertes Geheimhal-

61 SPÜHLER/VOCK (FN 52), S. 42, unter Hinweis auf BGE 82 II 564 E. 4, ZR 75 (1976) Nr. 77, ZR 95 (1996) Nr. 62; FRANK/STRÄULI/MESSMER (FN 5), vor § 183 N 5; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (FN 41), § 18 Rz. 110; MEIER/SOGO (FN 31), S. 306.

62 MEIER/SOGO (FN 31), S. 306; WALDER-RICHLI/GROB-ANDERMACHER (FN 35), § 29 Rz. 126.

63 Art. 697 Abs. 4, 697h Abs. 2, 802 Abs. 4 und 857 Abs. 3 OR.

64 BGE 80 IV 22, E. 2.a).

65 GÜNTER STRATENWERTH/GUIDO JENNY, Straftaten gegen Individualinteressen, 6. Aufl., Bern 2003, § 22(I)(1).

66 Obwohl die ZPO in Art. 156 nur Geschäftsgeheimnisse erwähnt, fallen Fabrikationsgeheimnisse ebenfalls unter diesen Begriff; eine klare Abgrenzung zwischen den beiden Begriffen ist ohnehin oft nicht möglich, STRATENWERTH/JENNY (FN 65), § 22(I)(1).

tungsinteresse besteht nur dann, wenn die entsprechenden Informationen das Ergebnis der wirtschaftlichen Vorgänge beeinflussen können.⁶⁷

Die Schutzmassnahmen müssen verhältnismässig sein und sind auf das Erforderliche zu beschränken.⁶⁸ Zu denken ist an die Beschränkung des Akteneinsichtsrechts, der Parteiöffentlichkeit bei einem Augenschein oder an die Teilabdeckung von Urkunden.⁶⁹ Die Beweisabnahme ist nur dann vollständig zu verweigern, wenn es keine andere Möglichkeit gibt, das schutzwürdige Interesse der betroffenen Partei zu wahren.⁷⁰

VI. Der Anspruch auf genaue Beschreibung nach Art. 77 PatG

Art. 77 PatG in der Fassung, wie sie nach vollständigem In-Kraft-Treten des Patentgerichtsgesetzes gilt, hält fest, dass eine Partei, die glaubhaft macht, dass ein ihr zustehender Anspruch verletzt ist oder eine Verletzung zu befürchten ist, verlangen kann, dass eine genaue Beschreibung der angeblich widerrechtlich angewendeten Verfahren, der angeblich widerrechtlich hergestellten Erzeugnisse sowie der zur Herstellung dienenden Hilfsmittel oder die Beschlagnahme dieser Gegenstände erfolgt. Diese Bestimmung ist der «saisie contrefaçon»⁷¹ im romanischen Prozessrecht nachgebildet – STIEGER bezeichnet sie als «saisie helvétique»⁷² – und stammt im wesentlichen aus dem Vorentwurf der Expertenkommission zum Bundesgesetz über das Bundespatentgericht von 2006 (siehe Art. 41 VE-PatGG);⁷³ sie ist auch eine der in der EU-Richtlinie zur Durchsetzung der Rechte des Geistigen Eigentums vorgesehenen Beweissicherungsmassnahmen.⁷⁴

Der neue Art. 77 PatG soll der «Unzulänglichkeit» – so der Begleitbericht zum VE-PatGG – Abhilfe schaffen, dass die blosser Unkenntnis der Einzelheiten der vermuteten Patentverletzung beim Patentinhaber nicht als nicht

67 STRATENWERTH/JENNY (FN 65), § 22(I)(1).

68 Botschaft zur ZPO, BBl 2006 7314; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (FN 41), § 18 Rz. 25.

69 Botschaft zur ZPO, BBl 2006 7314; MEIER/SOGO (FN 31), S. 302.

70 MEIER/SOGO (FN 31), S. 302.

71 In Frankreich geregelt in Art. L. 615–5 des Code de la propriété intellectuelle.

72 WERNER STIEGER, Prozessieren über Immaterialgüterrechte in der Schweiz: Ein Quantensprung steht bevor, GRUR Int 2010, S. 574–588, 587.

73 Erläuternder Bericht zum Vorentwurf für ein Bundesgesetz über das Bundespatentgericht vom 29. November 2006, S. 30. Der Bericht ist erhältlich unter www.ige.ch/juristische-infos/rechtsgebiete/patente/patentanwalts-und-patentgerichtsgesetz.html.

74 Richtlinie 2004/48/EG vom 29. April 2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums (ABl. EU Nr. L 195 S. 16, «EU-Durchsetzungsrichtlinie»), Art. 7 Abs. 1.

leicht wiedergutzumachender Nachteil gilt.⁷⁵ Damit muss der Patentinhaber, der bei Verfahrenspatenten oft nicht sicher sein kann, ob sein Patent verletzt wird, unter geltendem Recht bis zum Abschluss des ordentlichen Beweisverfahrens warten, ehe er weiss, ob seine Erfindung widerrechtlich benutzt wurde⁷⁶ – und trägt ein sehr erhebliches Kostenrisiko.

Deshalb gewährt Art. 77 Abs. 1 lit. a PatG in seiner neuen Fassung einen Anspruch auf genaue Beschreibung eines angeblich patentverletzenden Verfahrens oder Erzeugnisses, der nur davon abhängt, dass der Gesuchsteller glaubhaft macht, dass sein Patent verletzt ist oder eine Verletzung zu befürchten ist (Art. 77 Abs. 2 PatG). Mit dieser Voraussetzung soll verhindert werden, «dass die Beschreibung zur allgemeinen Ausforschung der Gegenseite missbraucht und bereits beim leisesten Verdacht einer Schutzrechtsverletzung gewährt wird».⁷⁷ Diese Ermahnung ist vor dem Hintergrund der Praxis zur saisie contrefaçon in Frankreich zu sehen, gemäss der es genügt, dass der Gesuchsteller ein nicht offenkundig ungültiges Schutzrecht vorlegt, dessen Verletzung aber nicht wahrscheinlich sein muss.⁷⁸ Allerdings dürfen die Anforderungen an die Glaubhaftmachung der Patentverletzung auch nicht übertrieben werden, wenn die Bestimmung zur genauen Beschreibung nicht toter Buchstabe bleiben soll.

Die Bemerkung in der Botschaft zum Patentgerichtsgesetz, dass die genaue Beschreibung «als vorsorgliche Massnahme zur Beweissicherung und nicht zur Beschaffung von Beweismitteln dient»,⁷⁹ findet keine Stütze im Gesetz und scheint in Anbetracht der neuen Bestimmung zur vorsorglichen Beweisabnahme in der ZPO, welche die vorsorgliche Beweisabnahmen zur Abklärung der Prozessaussichten ausdrücklich zulässt, überholt. Die genaue Beschreibung soll dem Patentinhaber gerade Kenntnis über die Einzelheiten der Verletzung verschaffen⁸⁰ und dient damit auch der Beweisbeschaffung, nicht bloss der Beweissicherung. Die Abnahme anderer Beweismittel als der genauen Beschreibung, beispielsweise eines Zeugen, kann der Patentinhaber bei gegebenen Voraussetzungen ohnehin auf dem Weg von Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO verlangen.

75 Erläuternder Bericht zum Vorentwurf für ein Bundesgesetz über das Bundespatentgericht vom 29. November 2006, 30.

76 Erläuternder Bericht zum Vorentwurf für ein Bundesgesetz über das Bundespatentgericht vom 29. November 2006, 30.

77 Botschaft zum Patentgerichtsgesetz, BBl 2008 494; ebenso STIEGER (FN 72), S. 587.

78 STEFAN HUBER, Entwicklung transnationaler Modellregeln für Zivilverfahren, Am Beispiel der Dokumentenvorlage, Univ., Diss.Heidelberg 2007, Tübingen 2008, S. 201 f.

79 Botschaft zum Patentgerichtsgesetz, BBl 2008 494.

80 Erläuternder Bericht zum Vorentwurf für ein Bundesgesetz über das Bundespatentgericht vom 29. November 2006, S. 30.

Art. 77 Abs. 1 lit. b PatG gewährt weiter einen Anspruch auf Beschlagnahme von widerrechtlich hergestellten Erzeugnissen sowie der zur Herstellung dienenden Hilfsmittel. Dieser Anspruch besteht aber nur unter den für eine vorsorgliche Massnahme üblichen Voraussetzungen, also insbesondere der Glaubhaftmachung eines nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils, der z.B. darin bestehen kann, dass sich der Gesuchsgegner dieser Erzeugnisse entäussert oder sie verändert. Art. 77 Abs. 2 PatG, der auf diese Voraussetzung verzichtet, bezieht sich nach seinem Wortlaut nur auf die Beschreibung im Sinne von Art. 77 Abs. 1 lit. a PatG. Der revidierte Art. 77 PatG ändert demnach bezüglich der Beschlagnahme (angeblich) patentverletzender Gegenstände gegenüber dem geltenden Recht nichts.

Die genaue Beschreibung wird durch ein Mitglied des Bundespatentgerichts vorgenommen, nötigenfalls unter Beizug einer sachverständigen Person, wobei die antragstellende Partei bei der Beschreibung grundsätzlich anwesend sein darf (Art. 77 Abs. 3 PatG e contrario). Weil die Gefahr der Verletzung von Geschäfts- und insbesondere Fabrikationsgeheimnissen im Patentrecht besonders gross ist,⁸¹ sieht Art. 77 Abs. 3 PatG in seiner neuen Fassung vor, dass die antragstellende Partei von der Teilnahme an der Beschreibung ausgeschlossen werden kann, wenn die Gegenpartei geltend macht, dass ihre Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisse gefährdet werden. Auch hier wird die Partei, die Geschäftsgeheimnisse geltend macht, das Bestehen dieser Geheimnisse zumindest glaubhaft machen müssen. Gemäss Botschaft wird der Ausschluss der antragstellenden Partei zum Schutz der Geschäftsgeheimnisse der betroffenen Partei die Regel sein.⁸² Nicht zu übersehen ist die Gefahr, dass ein Richter eine Verletzungshandlung nicht erkennen kann, da dies u.U. ein Vorverständnis voraussetzt, das dem Richter notwendigerweise fehlt. In Deutschland wurde zum Besichtigungsanspruch nach § 140c Abs. 1 DE-PatG die Praxis entwickelt, nur die Parteivertreter, nicht aber die Parteien zur Besichtigung zuzulassen, und die Vertreter zur Verschwiegenheit zu verpflichten, bis die Geheimhaltungsinteressen geklärt sind.⁸³ Eine solche Lösung, die den beidseitigen Interessen Rechnung trägt, ist auch für die Praxis zum Anspruch auf genaue Beschreibung bedenkenswert.

81 Siehe die in der Vernehmlassung geäusserten Bedenken zu Art. 41 VE-PatGG, Botschaft zum Patentgerichtsgesetz, BBl 2008 494.

82 Botschaft zum PatGG, BBl 2008 495.

83 TILMAN MÜLLER-STOY, Der Besichtigungsanspruch gemäss § 140c PatG in der Praxis – Teil 2: Der Schutz der Interessen des Anspruchsgegners, Mitteilungen der deutschen Patentanwälte 6/2010, S. 267–276, 270; die «Düsseldorfer Praxis» wird bestätigt durch BGH, Beschluss vom 16. November 2009, X ZB 37/08, «Lichtbogenschürung».

Bevor die Gesuchstellerin vom Inhalt der Beschreibung Kenntnis nimmt, erhält die Gegenpartei Gelegenheit zur Stellungnahme (Art. 77 Abs. 5 PatG). In dieser Stellungnahme kann sie insbesondere vorbringen, dass die Beschreibung Geschäftsgeheimnisse enthält, die der Gesuchstellerin nicht zu offenbaren sind.⁸⁴ Dabei können an patentverletzenden Ausführungsformen definitionsgemäss keine Geschäftsgeheimnisse bestehen, denn der Geheimnisbegriff setzt voraus, dass die geheimzuhaltende Tatsache nicht allgemein bekannt ist. Durch die Veröffentlichung der Patentschrift ist die beanspruchte technische Lehre allgemein bekannt und nicht mehr geheimnisfähig. Auch ist das Interesse, eine patentverletzende Ausführungsform geheimzuhalten, nie schützenswert, selbst wenn ausnahmsweise Geschäftsgeheimnisse an der Ausführungsform bestehen (z.B. bei abhängigen Erfindungen).⁸⁵

Soweit die genaue Beschreibung Geschäftsgeheimnisse enthält, kann das Gericht zur Wahrung der schutzwürdigen Interessen der betroffenen Partei beispielsweise den Zugang zum Dokument beschränken oder einzelne Stellen einschwärzen.⁸⁶ Da damit der Patentinhaberin weitgehend verunmöglicht wird, die Frage der Patentverletzung aufgrund der Beschreibung zu beurteilen, ist bei der Zensur Zurückhaltung zu üben. In der deutschen Rechtsprechung wird postuliert, zum Schutz möglicherweise berührter Geheimhaltungsinteressen des vermeintlichen Verletzers im vorsorglichen Beweisverfahren erstellte Sachverständigengutachten nur dem Parteivertreter (Patent- oder Rechtsanwalt) zuzustellen und diesen (unter Strafdrohung) umfassend zur Verschwiegenheit zu verpflichten, bis über die Offenlegung des Gutachtens an den Antragsteller entschieden wurde.⁸⁷ Dies ermöglicht dem Parteivertreter, in Kenntnis des Inhalts des Gutachtens (oder der Beschreibung) zu den geltend gemachten Geheimhaltungsinteressen Stellung zu nehmen. Ohne diese Möglichkeit muss sich das Gericht einseitig auf die Behauptungen des Antragsgegners verlassen. Die Lösung der deutschen Praxis scheint auch für die Schweiz eine gangbare Lösung, die gleichzeitig die berechtigten Geheimhaltungsinteressen des angeblichen Verletzers und das Interesse des Patentinhabers, die Verletzung feststellen zu können, wahrt. Die Strafdrohung kann über Art. 292 StGB (Ungehorsam gegen amtliche Verfügungen) erreicht werden.

84 Botschaft zum Patentgerichtsgesetz, BBl 2008 495.

85 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14. Januar 2009, BeckRS 2009, 17532, unter Hinweis auf LG Düsseldorf, InstGE 6, 189, «Walzen-Formgebungsmaschine»; THOMAS KÜHNEN/EVA GESCHKE, Die Durchsetzung von Patenten in der Praxis, 3. Aufl. Köln 2008, Rz. 170.

86 Botschaft zum Patentgerichtsgesetz, BBl 2008 495.

87 BGH, Beschluss vom 16. November 2009, X ZB 37/08, B III. 5, «Lichtbogen-schnürung».

VII. Der amtliche Befund nach kantonalem Recht

Verschiedene kantonale Zivilprozessordnungen kennen das Institut des amtlichen Befundes zur Feststellung eines tatsächlichen Zustands, soweit dieser ohne besondere Fachkenntnisse festgestellt werden kann.⁸⁸ Der amtliche Befund spielt in Bausachen und bei der Abnahme von Mietwohnungen eine wichtige Rolle, weil er, anders als die vorsorgliche Beweisabnahme nach bisherigem Recht, nicht von einer Beweisgefährdung abhängt⁸⁹ und ohne gerichtliches Verfahren schnell, unkompliziert und kostengünstig die Feststellung tatsächlicher Verhältnisse erlaubt. Die schweizerische Zivilprozessordnung kennt den amtlichen Befund nicht. Unter Hinweis darauf, dass der amtliche Befund kein Spezialfall der vorsorglichen Beweisführung sei,⁹⁰ sieht der Entwurf des Gerichtsorganisationsgesetzes (E-GOG-ZH) des Kantons Zürich in seinem § 134 auch nach In-Kraft-Treten der schweizerischen Zivilprozessordnung das (kantonalrechtliche) Institut der Befundaufnahme vor.⁹¹

Das Institut des amtlichen Befundes ist zweifellos äusserst nützlich, und dass die schweizerische Zivilprozessordnung es nicht vorsieht, bedauerlich. Ob man jedoch davon ausgehen kann, es liege eine «(offenkundig auf einem Versehen beruhende) echte Lücke nach Art. 1 Abs. 2 ZGB» vor,⁹² die bundesrechtlich zu schliessen sei, wobei die Kantone die Zuständigkeit zu regeln haben, muss bezweifelt werden. Der amtliche Befund ist eine Form der vorsorglichen Beweisabnahme in dem Sinne, dass ausserhalb des ordentlichen Beweisverfahrens Beweismittel für Tatsachen abgenommen werden, die für einen (künftigen) Prozess relevant sein können. Das Verfahren und die Voraussetzungen der vorsorglichen Beweisabnahme sind in Art. 158 ZPO grundsätzlich abschliessend geregelt. Wo das kantonale Recht

88 Z.B. § 215 ZPO-AG; Art. 241 ZPO-GL; § 234 ZPO-ZH.

89 FRANK/STRÄULI/MESSMER (FN 5), § 234 N 1; BÜHLER/EDELMANN/KILLER (FN 5), § 215 N 2.

90 Erläuterungen zum E-GOG-ZH, Stand 25. September 2008, 6. Teil Verfahrensbestimmungen, S. 7 (erhältlich unter http://www.regierungsrat.zh.ch/internet/rr/de/grundseite/vorlagen_des_kantons/08-07.html).

91 Ebenso § 19 des Entwurfs für ein Einführungsgesetz zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, E-EG ZPO, des Kantons Aargau (www.ag.ch/regierungsrat/de/pub/geschaeftedesregierungsrats/vernehmlassungen/archiv__abgelaufene_vernehmlassungen.php?controller=Vernehmlassungen&status=abgeschlossen&id=141), Art. 16 E-EG ZPO des Kantons Glarus (www.landsgemeinde.gl.ch/2010/pdf/memorial.pdf) und Art. 81 Gerichtsgesetz des Kantons Nidwalden (erhältlich unter www.nw.ch -> Vernehmlassungen).

92 PETER REETZ, Der Beweis im Bauprozess: Beweissicherung, Beweislast und Beweiswürdigung, in: Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht (Hrsg.), Schweizerische Baurechtstagung 2009, Freiburg 2009, S. 119–154, Rz. 9.

den amtlichen Befund nicht vorsieht, gibt es keinen bundesrechtlichen Anspruch auf einen amtlichen Befund.

Man kann sich sogar fragen, ob die Kantone in diesem Bereich noch legiferieren können.⁹³ Weil der amtliche Befund ohne Anhörung der Gegenpartei und ohne Möglichkeit, dagegen ein Rechtsmittel zu ergreifen, erfolgt, kann die betroffene Partei die (eventuelle) Bundesrechtswidrigkeit allerdings nicht rügen. Da dem Gericht nicht untersagt werden kann, das Ergebnis eines amtlichen Befundes frei zu würdigen (Art. 157 ZPO), dürfte der amtliche Befund in den Kantonen, die ihn nach kantonalem Recht weiterhin vorsehen, in der Praxis auch in Zukunft eine wichtige Rolle spielen.

VIII. Verfahren

1. *Örtliche Zuständigkeit*

Die schweizerische Zivilprozessordnung verweist für das Verfahren der vorsorglichen Beweisabnahme auf das Verfahren der vorsorglichen Massnahmen (Art. 158 Abs. 2 ZPO). Dieser Verweis umfasst auch die Bestimmungen über die örtliche und sachliche Zuständigkeit für vorsorgliche Massnahmen. Zuständig sind demnach die Gerichte, die für die Hauptsache zuständig sind – d.h. die über die Klage zu entscheiden hätten, in deren Rahmen das abzunehmende Beweismittel verwendet werden soll – oder die Gerichte am Ort, an dem die Massnahme zu vollstrecken, d.h. das Beweismittel abzunehmen, ist (Art. 13 ZPO).

2. *Sachliche Zuständigkeit*

Die Regelung der sachlichen Zuständigkeit bleibt auch nach In-Kraft-Treten der schweizerischen Zivilprozessordnung kantonalem Recht vorbehalten (Art. 4 Abs. 1 ZPO). Nach dem Entwurf des zürcherischen Gerichtsorganisationsgesetzes nimmt vor Rechtshängigkeit der Einzelrichter vorsorglich Beweise ab (§ 133 E-GOG-ZH). Während hängigem Hauptverfahren ist die Präsidentin des zuständigen Gerichts für die vorsorgliche Beweisabnahme zuständig (§ 119 Abs. 2 lit. c E-GOG-ZH).

Wo Bundesrecht eine einzige kantonale Instanz vorschreibt (vgl. Art. 5 ZPO), ist diese Instanz auch für vorsorgliche Beweisabnahmen im Rahmen

⁹³ Die ZPO regelt das Verfahren für alle Zivilstreitigkeiten abschliessend, Botschaft zur ZPO, BBl 2006 7257. Lücken bestehen bei der freiwilligen Gerichtsbarkeit, die nicht vollständig durch Bundesrecht geregelt ist, Botschaft zur ZPO, a.a.O. Der amtliche Befund gehört m.E. zur streitigen Gerichtsbarkeit, denn er dient in der Regel dazu, Beweise für einen zukünftigen Prozess zu beschaffen.

ihrer sachlichen Zuständigkeit zuständig. Dies ergibt sich daraus, dass Art. 158 Abs. 2 ZPO auf die Bestimmungen über die vorsorglichen Massnahmen verweist und die einzige kantonale Instanz gemäss Art. 5 Abs. 2 ZPO auch für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen vor Rechtshängigkeit zuständig ist. Dasselbe gilt für vorsorgliche Beweisabnahmen zum Beweis von Hauptansprüchen, die in die handelsgerichtliche Zuständigkeit fallen, wo die Kantone ein Handelsgericht vorsehen (Art. 6 Abs. 5 ZPO). Das Bundespatentgericht ist ausschliesslich zuständig zur vorsorglichen Beweisabnahme von Beweismitteln, die dem Beweis von Ansprüchen dienen sollen, die in seine sachliche Zuständigkeit fallen (Art. 26 Abs. 1 lit. b PatGG).

3. *Zuständigkeit staatlicher Gerichte trotz Schiedsabrede?*

Wird eine Streitigkeit von einer (gültigen und zulässigen) Schiedsabrede erfasst, so schliesst dies die staatliche Gerichtsbarkeit grundsätzlich aus. Auf entsprechende Einrede hin muss sich das staatliche Gericht für unzuständig erklären (Art. 61 ZPO).⁹⁴ Für vorsorgliche Massnahmen besteht bei der internen Schiedsgerichtsbarkeit gemäss ZPO eine konkurrierende Zuständigkeit der staatlichen Gerichte (Art. 374 Abs. 1 ZPO); d.h. der Massnahmekläger kann wählen, ob er das zuständige staatliche oder das Schiedsgericht anruft.⁹⁵ Dies gilt nach herrschender Lehre auch für die internationale Schiedsgerichtsbarkeit, wenn die Parteien nichts anderes vereinbart haben.⁹⁶

Unter den Begriff der vorsorglichen Massnahmen fallen auch Beweissicherungsmassnahmen (Art. 374 Abs. 1 ZPO). Dies gilt nach herrschender Lehre auch für die internationale Schiedsgerichtsbarkeit.⁹⁷ Für Massnah-

⁹⁴ Siehe statt aller VOGEL/SPÜHLER/GEHRI (FN 27), § 66 N 42.

⁹⁵ DANIEL WEHRLI, Die Schiedsgerichtsbarkeit, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler (Hrsg.), Die künftige schweizerische Zivilprozessordnung. Mitglieder der Expertenkommission erläutern den Vorentwurf, Zürich/Basel/Genf 2003, S. 108–129, 121.

⁹⁶ BERNHARD BERGER/Franz KELLERHALS, Internationale und interne Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Bern 2006, Rz. 1167; ELLIOTT GEISINGER, Les relations entre l'arbitrage commercial international et la justice étatique en matière de mesures provisionnelles, SJ 2005 II, S. 375–396, 385; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (FN 41), § 29 Rz. 40; FRANK VISCHER in: Daniel Girsberger (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum IPRG, Kommentar zum Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (IPRG) vom 18. Dezember 1987, 2. Aufl., Zürich 2004, Art. 183 N 3; a.M. THOMAS RÜEDE/REIMER HADENFELDT, Schweizerisches Schiedsgerichtsrecht. Nach Konkordat und IPRG, Zürich 1993, S. 252, die nach Konstituierung auch ohne dahingehende Vereinbarung der Parteien eine ausschliessliche Zuständigkeit des Schiedsgerichts postulieren.

⁹⁷ BERGER/KELLERHALS (FN 95), Rz. 1140 unter Hinweis auf PIERRE LALIVE/

men zur Sicherung gefährdeter Beweise ist dies auch sachgerecht, denn dort ist die Beweisabnahme begriffsnotwendig dringlich und kann durch ein noch nicht konstituiertes Schiedsgericht nicht rechtzeitig vorgenommen, resp. bei verweigerter Mitwirkung des Gesuchsgegners nicht rasch genug durchgesetzt, werden.

Die vorsorgliche Beweisabnahme nach der schweizerischen ZPO geht jedoch über die traditionelle Beweissicherung hinaus und umfasst auch die vorsorgliche Beweisführung. Art. 374 Abs. 1 ZPO hingegen spricht nur von Massnahmen «zur Sicherung von Beweismitteln»; die h.L. zu Art. 183 IPRG von Massnahmen, die «dem Schutz gefährdeter Beweise» dienen.⁹⁸ Vorsorgliche Beweisabnahmen, die ohne Beweisgefährdung angeordnet werden können, werden vom Gesetzeswortlaut nicht erfasst, resp. von der herrschenden Lehre nicht bedacht.

Meines Erachtens können solche vorsorglichen Beweisabnahmen nicht zu den Beweissicherungsmassnahmen im Sinne von Art. 374 Abs. 1 ZPO, resp. den vorsorglichen Massnahmen nach Art. 183 IPRG, gezählt werden. Fällt der zu beweisende Anspruch in den Anwendungsbereich einer Schiedsabrede, so ist daher die vorsorgliche Beweisabnahme durch staatliche Gerichte ausgeschlossen, wenn keine Beweismittelgefährdung glaubhaft gemacht wurde.⁹⁹ Dies entspricht der gesetzlichen Regelung, dass Schiedsgerichte die Beweise selber abnehmen¹⁰⁰ und dem mutmasslichen Willen der Parteien, ihre Streitigkeit nicht vor staatlichen Gerichten auszutragen.

4. *Gang des Verfahrens*

Aufgrund des Verweises in Art. 158 Abs. 2 ZPO finden auf das Verfahren der vorsorglichen Beweisabnahme die Bestimmungen über die vorsorglichen Massnahmen Anwendung. Das Verfahren der vorsorglichen Beweisabnahme ist folglich ein summarisches Verfahren (vgl. Art. 248 lit. d ZPO), und die zulässigen Beweismittel sind grundsätzlich auf Urkunden beschränkt (Art. 254 ZPO; die Beschränkung gilt nicht für das abzuneh-

JEAN-FRANÇOIS POUURET/CLAUDE REYMOND, *Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse*, Édition annotée et commentée du Concordat sur l'arbitrage du 27 mars 1969 et des dispositions sur l'arbitrage international de la Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé, Lausanne 1989, Art. 183 N 6; RÜEDE/HADENFELDT (FN 95), S. 253; a.M. GERHARD WALTER/WOLFGANG BOSCH/JÜRGEN BRÖNNIMANN, *Internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz*, Kommentar zu Kapitel 12 des IPR-Gesetzes, Bern 1991, S. 135 f.

98 BERGER/KELLERHALS (FN 95), Rz. 1140.

99 WALTER/BOSCH/BRÖNNIMANN (FN 96), S. 136, schliessen die Zuständigkeit staatlicher Gerichte auch für Beweissicherungsmassnahmen aus.

100 Art. 375 Abs. 1 ZPO; Art. 184 Abs. 1 IPRG.

mende Beweismittel). Was den Gang des Massnahmeverfahrens betrifft, so räumt die schweizerische Zivilprozessordnung den Gerichten ein grosses Ermessen ein.¹⁰¹ Grundsätzlich ist ein nicht offensichtlich unzulässiges oder unbegründetes Gesuch – das in dringenden Fällen mündlich gestellt werden kann (Art. 252 Abs. 2 ZPO) – der Gegenpartei zur mündlichen oder schriftlichen Stellungnahme zuzustellen (Art. 253 ZPO).

Bei besonderer Dringlichkeit, insbesondere bei Vereitelungsgefahr, kann das Gericht vorsorgliche Massnahmen sofort und ohne Anhörung der Gegenpartei anordnen (Art. 265 Abs. 1 ZPO). GASSER/RICKLI sehen im Rahmen der vorsorglichen Beweisführung für superprovisorische Anordnungen keinen Raum, denn vereitle die Gegenpartei die Beweisabnahme z.B. durch Vernichtung des Beweismittels, so könne dies später zu ihrem Nachteil im Rahmen der Beweiswürdigung berücksichtigt werden.¹⁰² Das gilt aber nur dann, wenn der Gegenpartei die Vernichtung des Beweismittels nachgewiesen werden kann und nur der Inhalt des Beweismittels streitig ist. Häufig wird die Gegenpartei, die das Beweismittel vernichtet hat, die Existenz des Beweismittels – z.B. eines schutzrechtsverletzenden Gegenstandes – an und für sich bestreiten. Kantonale Gerichte haben folglich Beweissicherungsmassnahmen auch superprovisorisch angeordnet, wenn glaubhaft gemacht wurde, dass die Gegenpartei das Beweismittel vernichten wird – z.B. indem sie raubkopierte Software von ihren Computern löscht.¹⁰³ Es spricht nichts dagegen, vorsorgliche Beweisabnahmen auch unter der schweizerischen ZPO superprovisorisch anzuordnen, wenn dem Gesuchsteller bei Anhörung der Gegenpartei ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht, insbesondere, weil die Gefahr besteht, dass die Beweismittel vernichtet werden.¹⁰⁴

101 FRANZ HASENBÖHLER, Beweisrecht, vorsorgliche Massnahmen und Schutzschrift, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler (Hrsg.), Die künftige schweizerische Zivilprozessordnung. Mitglieder der Expertenkommission erläutern den Vorentwurf, Zürich/Basel/Genf 2003, S. 26–50, 42.

102 GASSER/RICKLI (FN 45), Art. 158 N 6.

103 KGer GR, sic! 2007, S. 287, «Software-Razzia»; anders OGer ZH, sic! 1999, S. 590, «Schwarzkopien», das die Möglichkeit der superprovisorischen Beweissicherung im Rahmen von Art. 65 URG zwar nicht grundsätzlich ausschliesst, aber keine Vereitelungsgefahr gegeben sieht, wenn die Software im Rahmen des ordentlichen Geschäftsbetriebes benötigt wird.

104 STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (FN 41), § 18 Rz. 143; GUYAN (FN 23), Art. 158 N 9. Die EU-Durchsetzungsrichtlinie, Art. 7 Abs. 1, sieht ebenfalls vor, dass Beweissicherungsmassnahmen ohne Anhörung der anderen Partei getroffen werden können, wenn durch eine Verzögerung dem Rechtsinhaber wahrscheinlich ein nicht wieder gutzumachender Schaden entstünde, oder wenn nachweislich die Gefahr besteht, dass Beweise vernichtet werden.

Die ZPO überlässt es dem Ermessen des Gerichts, ob es eine Verhandlung durchführen oder aufgrund der Akten entscheiden will (Art. 256 Abs. 1 ZPO). Inhalt der gerichtlichen Anordnung im Falle der vorsorglichen Beweisabnahme ist wie bereits erwähnt die Abnahme des begehrten Beweismittels, allenfalls verbunden mit Anordnungen zur Wahrung schutzwürdiger Interessen der Gegenpartei (vgl. Art. 156 ZPO). Nicht angeordnet wird im Rahmen der vorsorglichen Beweisführung die Prosequierung der Hauptsache (Art. 263 ZPO).¹⁰⁵ Anders als ein gewährtes Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen bringt ein gewährtes Gesuch um vorsorgliche Beweisabnahme keine prozessuale Obliegenheit mit sich, die Hauptsache innert bestimmter Frist im ordentlichen Verfahren einzuklagen. Entsprechend kann der Entscheid über die Verlegung der Prozesskosten auch nicht auf das Hauptverfahren verschoben werden (vgl. Art. 104 Abs. 3 ZPO), sondern die Kosten müssen bereits mit dem Entscheid über die vorsorgliche Beweisabnahme verlegt werden.¹⁰⁶

5. *Streitwert, Prozesskosten*

Der Streitwert ist von zentraler Bedeutung für die Zulässigkeit der Rechtsmittel in vermögensrechtlichen Streitigkeiten (vgl. Art. 308 Abs. 2 ZPO) und mitbestimmend für die Festlegung der Prozesskosten.¹⁰⁷ Nach Art. 91 Abs. 1 ZPO bestimmt sich der Streitwert nach dem Rechtsbegehren. Lautet das Rechtsbegehren nicht auf eine bestimmte Geldsumme, so setzt das Gericht den Streitwert fest, sofern sich die Parteien darüber nicht einigen oder ihre Angaben offensichtlich unrichtig sind (Art. 91 Abs. 2 ZPO). Dabei hat das Gericht auf den objektiven Wert der Streitsache abzustellen, wobei die bisherige reiche Praxis zum Streitwert herangezogen werden kann.¹⁰⁸

Der Streitwert eines Gesuchs um vorsorgliche Beweisabnahme bemisst sich nach dem Streitwert des mit dem Beweismittel zu beweisenden Hauptanspruchs;¹⁰⁹ ein Beweismittel hat keinen intrinsischen Wert, sein Wert ergibt sich aus dem Zweck, dem es dienen soll. Es ist also aus objektiver Sicht anhand des Gesuchs zu ermitteln, welchen Anspruch der Gesuchsteller im Hauptsacheverfahren verfolgen will. Handelt es sich dabei um einen nicht-vermögensrechtlichen Anspruch, so ist auch das Gesuch um vorsorgliche Beweisführung nicht vermögensrechtlicher Natur.

¹⁰⁵ GUYAN (FN 23), Art. 158 N 9.

¹⁰⁶ A.M. STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (FN 41), § 18 Rz. 144.

¹⁰⁷ Botschaft zur ZPO, BBl 2006 7290.

¹⁰⁸ Botschaft zur ZPO, BBl 2006 7291.

¹⁰⁹ So die deutsche Praxis, BGH, Beschluss vom 16. Sept. 2004, III ZB 33/04, MDR 2005, 162; EGON SCHNEIDER/KURT HERGET (Hrsg.), Streitwert-Kommentar für den Zivilprozess, 12. Aufl. Köln 2007, Rz. 4865.

Was die Prozesskosten (Gerichtskosten und Parteientschädigung) anbelangt, so bleibt die Tarifhoheit auch nach In-Kraft-Treten der schweizerischen Zivilprozessordnung grundsätzlich bei den Kantonen.¹¹⁰ Die ZPO schreibt ausschliesslich vor, dass die Gerichtskosten pauschaliert bemessen werden (Art. 96 ZPO); unzulässig wäre es, für jede einzelne Handlung des Gerichts eine Gebühr zu erheben.¹¹¹ Der Streitwert ist eine wichtige, aber nicht die einzige Grösse zur Bestimmung von Gerichtskosten und Parteientschädigung.¹¹² Tarife, die sich lediglich auf den Streitwert abstützen, sind zu starr und können zu unverhältnismässigen und prohibitiven Kosten führen.¹¹³ Neben dem Streitwert sind auch die Schwierigkeit und Bedeutung der Angelegenheit und der Aufwand von Gericht und Parteien zu berücksichtigen.¹¹⁴ Bezogen auf ein Gesuch um vorsorgliche Beweisabnahme bedeutet dies, dass die Prozesskosten den geringeren Aufwand, den eine vorsorgliche Beweisabnahme verglichen mit einem Hauptverfahren mit sich bringt, reflektieren müssen.

Die Prozesskosten trägt grundsätzlich die unterliegende Partei (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Nach der zürcherischen Praxis zur Beweissicherung nach kantonalem Recht wurden die Prozesskosten der Gesuchstellerin überbunden und keine Parteientschädigung zugesprochen; dies wurde damit begründet, dass die Gesuchsgegnerin regelmässig gar nicht angehört wurde.¹¹⁵ Andere Kantone, z.B. St. Gallen, sprachen auch bei Beweissicherungsmassnahmen eine Parteientschädigung zu.¹¹⁶

M.E. sind in den Fällen, in denen sich der Gesuchsgegner dem Gesuch widersetzt, die Prozesskosten der unterliegenden Partei zu auferlegen. Widersetzt sich der Gesuchsgegner der vorsorglichen Beweisabnahme nicht, so trägt der Gesuchsteller die Gerichtskosten. Der Gesuchsgegner schuldet in diesem Fall keine Parteientschädigung, weil er, anders als bei einem Prozess über einen materiellrechtlichen Anspruch, das Verfahren nicht durch eine vorprozessuale Anerkennung verhindern konnte: Beweise können nur Gerichte (resp. Gerichtsmitglieder, Art. 155 Abs. 1 ZPO) abnehmen.¹¹⁷

110 Botschaft zur ZPO, BBl 2006 7292.

111 Botschaft zur ZPO, BBl 2006 7292.

112 BGE 120 Ia 171, E. 4.

113 Botschaft zur ZPO, BBl 2006 7290.

114 STAHELIN/STAHELIN/GROLIMUND (FN 41), § 16 Rz. 9, weisen darauf hin, dass das Äquivalenzprinzip auch für Gerichtskosten gilt.

115 FRANK/STRÄULI/MESSMER (FN 5), § 233 N 3.

116 ER am KGer SG, Urteil vom 15. Januar 2009, RZ.2008.59, E. 3; i.c. wurde der Gesuchsgegnerin eine Parteientschädigung von 20 % des streitwertabhängigen mittleren Honorars zugesprochen (erhältlich unter www.gerichte.sg.ch -> Rechtsprechung -> Kantonsgericht).

117 Man kann argumentieren, dass der Schuldner, wenn er weiss, dass ein anspruchsbegründender Sachverhalt vorliegt, den Hauptanspruch anerkennen und

6. *Rechtsmittel*

6.1. Vor Rechtshängigkeit des Prozesses

Die ZPO sieht zwei hauptsächliche Rechtsmittel für den Weiterzug an die oberen kantonalen Gerichte vor, die Berufung und die Beschwerde.¹¹⁸ Die Berufung ist das primäre Rechtsmittel; sie ist zulässig gegen erstinstanzliche End- und Zwischenentscheide einschliesslich erstinstanzlicher Entscheide über vorsorgliche Massnahmen, sofern der Streitwert in vermögensrechtlichen Angelegenheiten mindestens Fr. 10'000 beträgt (Art. 308 ZPO). Nicht mit Berufung anfechtbar sind prozessleitende Verfügungen.¹¹⁹ Die subsidiäre Beschwerde ist zulässig gegen nicht berufungsfähige erstinstanzliche Endentscheide, Zwischenentscheide und Entscheide über vorsorgliche Massnahmen, sowie gegen andere erstinstanzliche Entscheide und prozessleitende Verfügungen in den vom Gesetz bestimmten Fällen oder wenn durch sie ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht (Art. 319 ZPO).

6.1.1 Bei Ablehnung des Gesuchs um vorsorgliche Beweisabnahme

Die ZPO verwendet den Begriff Endentscheid im gleichen Sinne wie das Bundesgerichtsgesetz (Art. 90 BGG).¹²⁰ Ein Endentscheid liegt demnach immer dann vor, wenn das Verfahren (als Ganzes) durch den Entscheid abgeschlossen wird, nicht aber notwendigerweise die Rechtsstreitigkeit als solche.¹²¹ Es ist nicht notwendig, dass der Entscheid seiner Natur nach ein definitiver Entscheid ist.¹²² Wird das Begehren um vorsorgliche Beweisabnahme abgelehnt, liegt demnach ein Endentscheid im Sinne von Art. 308 Abs. 1 lit. a ZPO vor: das Verfahren wird in erster Instanz endgültig abgeschlossen. Wird in vermögensrechtlichen Angelegenheiten die Streitwertgrenze von Fr. 10'000 erreicht, ist daher gegen den das Gesuch abweisenden Entscheid die Berufung zulässig. Daran ändert auch nichts, wenn man den

damit die vorsorgliche Beweisabnahme überflüssig machen kann. Häufig gibt es jedoch Fälle, in denen weder der (angebliche) Gläubiger noch der (angebliche) Schuldner wissen, ob ein Sachverhalt vorliegt, der einen Anspruch begründet (z.B. Risse in einem Gebäude, deren Ursache nicht offensichtlich ist). Es ist unzumutbar, dass der Gesuchsgegner in einer solchen Situation den Hauptanspruch anerkennt, um die vorsorgliche Beweisabnahme zu verhindern.

118 CHRISTOPH LEUENBERGER, Die neue Schweizerische ZPO – Die Rechtsmittel, *Anwaltsrevue* 2008, S. 332–339, 332.

119 Botschaft zur ZPO, BBl 2006 7371.

120 Botschaft zur ZPO, BBl 2006 7343.

121 MARTIN SARBACH, BGG und Zivilverfahren, *Jusletter* 18. Dezember 2006, Rz. 5; FELIX UHLMANN, in: Marcel Alexander Niggli/Peter Uebersax/Hans Wiprächtinger (Hrsg.), *Bundesgerichtsgesetz*, Basel 2007, Art. 90 N 9.

122 BGE 133 III 393, E. 4.

Entscheid über die vorsorgliche Beweisabnahme als Entscheid über eine vorsorgliche Massnahme betrachtet, denn auch gegen Massnahmeentscheide ist aufgrund ausdrücklicher Gesetzesbestimmung die Berufung zulässig (Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO).¹²³ Wird in vermögensrechtlichen Angelegenheiten ein Streitwert von Fr. 10'000 nicht erreicht, so ist die Beschwerde zulässig, weil ein Endentscheid vorliegt (Art. 319 lit. a ZPO).

Nicht berufungs- und beschwerdefähig nach ZPO sind Entscheide einzelner kantonaler Instanzen (Art. 5–7 ZPO) und des Bundespatentgerichts. Gegen sie ist bei gegebenen Voraussetzungen Beschwerde ans Bundesgericht zulässig (Art. 75 BGG). Wo Bundesrecht eine einzige kantonale Instanz vorschreibt (Art. 5 ZPO)¹²⁴ oder das Bundespatentgericht entschieden hat,¹²⁵ müssen die Streitwertgrenzen von Art. 74 Abs. 1 BGG nicht erreicht werden. Die Beschwerde ans Bundesgericht ist zulässig gegen Entscheide, die das Verfahren abschliessen (Art. 90 BGG). Wird ein Gesuch um vorsorgliche Beweisabnahme abgewiesen oder darauf nicht eingetreten, ist die Beschwerde daher ohne weiteres zulässig, wenn die übrigen Voraussetzungen gegeben sind.

Nach Art. 98 BGG ist die Kognition des Bundesgerichts bei Beschwerden gegen Entscheide über vorsorgliche Massnahmen auf die Verletzung verfassungsmässiger Rechte beschränkt.¹²⁶ Vorsorgliche Massnahmen sind einstweilige Verfügungen, die eine rechtliche Frage so lange regeln, bis über sie in einem späteren Hauptentscheid definitiv entschieden wird.¹²⁷ Mit der Beschränkung der Kognition soll verhindert werden, dass sich das Bundesgericht mehrmals mit identischen Fragen in derselben Angelegenheit befassen muss.¹²⁸ Nur wo eine spätere Überprüfung der Anordnung durch das Bundesgericht unter dem Rügespektrum der Art. 95–97 BGG gewährleistet ist, ist die Beschränkung der Kognition gerechtfertigt.¹²⁹

123 Kritisch KARL SPÜHLER, Rechtsmittel, ZZZ 2007, S. 395–400, 399.

124 Art. 74 Abs. 2 lit. b BGG.

125 Art. 74 Abs. 2 lit. e BGG, wie er nach In-Kraft-Treten des Patentgerichtsgesetzes gilt.

126 STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (FN 41), § 16 Rz. 9, weisen darauf hin, dass das Äquivalenzprinzip auch für Gerichtskosten gilt.

127 STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (FN 41), § 22 Rz. 1.

128 Botschaft vom 28. Februar 2001 zur Totalrevision der Bundesrechtspflege, BBl 2001 4336.

129 MARKUS SCHOTT, in: Niggli et al. (Hrsg.) (FN 121), Art. 98 N 10; PETER REETZ, Das neue Bundesgerichtsgesetz unter besonderer Berücksichtigung der Beschwerde in Zivilsachen, Auswirkungen auf die Anfechtung von Entscheiden des Zürcher Obergerichts und Handelsgerichts, SJZ 2007, S. 29–41, 32, schlägt vor, dass immer dann, wenn vorsorgliche Massnahmen Endentscheide sind, d.h. nicht von einem späteren Hauptverfahren gefolgt werden, die Kognitionsbeschränkung von Art. 98 BGG keine Anwendung findet; siehe auch Urteil 4A_12/2010 vom 25. Feb-

Die Abweisung eines Gesuchs um vorsorgliche Beweisabnahme wird nicht in einem späteren Hauptverfahren überprüft. Das Bundesgericht hat daher keine Gelegenheit, in einem späteren Zeitpunkt mit uneingeschränkter Kognition zu beurteilen, ob die vorsorgliche Beweisabnahme zu Recht verweigert wurde. Entscheide über vorsorgliche Beweisabnahmen sind daher keine Entscheide über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG und es können in der Beschwerde alle Rügen nach Art. 95–97 BGG vorgebracht werden.¹³⁰

6.1.2 Bei Gutheissung des Gesuchs um vorsorgliche Beweisabnahme

Wird das Gesuch um vorsorgliche Beweisabnahme gutgeheissen, so schliesst dieser Entscheid das Verfahren vor der ersten Instanz nicht ab: die gleiche Instanz muss auch das Beweismittel abnehmen; erst mit dessen Abnahme ist das Verfahren abgeschlossen. Die Verfügung, das beantragte Beweismittel vorsorglich abzunehmen ist daher entweder ein (ebenfalls mit Berufung anfechtbarer) Zwischenentscheid oder eine (nur unter eingeschränkten Voraussetzungen mit Beschwerde anfechtbare) prozessleitende Verfügung.

Die schweizerische Zivilprozessordnung definiert den Begriff des Zwischenentscheides nicht im Kapitel Rechtsmittel. Jedoch hält die ZPO in ihrem Art. 237 fest, dass das Gericht einen Zwischenentscheid fällen kann (aber nicht muss), wenn (i) durch abweichende oberinstanzliche Beurteilung sofort ein Endentscheid herbeigeführt und (ii) so ein bedeutender Zeit- und Kostenaufwand erspart werden kann. Der Begriff des Zwischenentscheides im Sinne von Art. 308 Abs. 1 lit. a ZPO entspricht demjenigen von Art. 237 ZPO; er ist demnach enger als derjenige nach Art. 93 BGG.¹³¹

Klar ist, dass die obere kantonale Instanz durch einen (das Gesuch um vorsorgliche Beweisabnahme ablehnenden) Entscheid sofort einen Endentscheid herbeiführen kann. Fraglich ist, ob dadurch ein bedeutender Zeit- und Kostenaufwand erspart wird. M.E. verursacht die Abnahme eines einzelnen Beweismittels regelmässig keinen so bedeutenden Kosten- und Zeitaufwand, dass ein Zwischenentscheid gerechtfertigt ist.¹³² Vielmehr ist die Verfügung über die vorsorgliche Abnahme des Beweismittels als prozessleitende Verfügung zu qualifizieren, die dann (mit Beschwerde) angefochten werden kann, wenn ein nicht leicht wiedergutzumachender

ruar 2010, E. 2 (keine Kognitionsbeschränkung bei Beschwerde gegen einen Ausweisungsentcheid, der nicht in einem nachfolgenden Hauptverfahren überprüft werden kann).

¹³⁰ A.M. Urteil 5A_433/2007 vom 18. Sept. 2007, E. 2 (ohne Begründung).

¹³¹ LEUENBERGER (FN 118), S. 333, rechte Spalte.

¹³² Siehe dazu auch die hinten referierte Rechtsprechung des Bundesgerichts zum «weitläufigen Beweisverfahren» im Sinne von Art. 93 Abs. 1 BGG.

Nachteil droht (Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO). Dies kann bei einer vorsorglichen Beweisabnahme z.B. der Fall sein, wenn durch die Beweisabnahme Geschäftsgeheimnisse des Gesuchsgegners gefährdet werden.

Hat eine einzige kantonale Instanz oder das Bundespatentgericht ein Gesuch um vorsorgliche Beweisabnahme gutgeheissen und wird dieser Entscheidung selbständig eröffnet, so liegt ein Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG vor, da das Verfahren vor der kantonalen Instanz erst mit der Beweisabnahme abgeschlossen ist. Die Beschwerde ans Bundesgericht gegen selbständig eröffnete Zwischenentscheide ist zulässig, wenn sie a) einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken können oder b) wenn die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde (Art. 93 Abs. 1 BGG).

Der Begriff des nicht wieder gutzumachenden Nachteils entspricht demjenigen, der Art. 87 Abs. 2 OG zugrunde lag, so dass das Bundesgericht zu seiner Auslegung die Rechtsprechung zu jener Bestimmung heranzieht.¹³³ Danach muss es sich um einen Nachteil rechtlicher Natur handeln, der sich auch mit einem für die Beschwerde führende Partei günstigen späteren Endentscheid nicht oder nicht vollständig beseitigen lässt.¹³⁴ Ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil in diesem Sinne kann gegeben sein, wenn die Abnahme des Beweismittels Geschäftsgeheimnisse des Gesuchsgegners gefährdet,¹³⁵ ansonsten wird durch die Abnahme eines Beweismittels regelmässig kein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil bewirkt.

Bei den Voraussetzungen nach Art. 93 Abs. 1 lit. b BGG steht fest, dass das Bundesgericht durch Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen kann. Jedoch ist zweifelhaft, ob dadurch Zeit oder Kosten für ein «weitläufiges Beweisverfahren» erspart werden. Die Abnahme eines einzelnen Beweismittels lässt sich m.E. nicht unter den Begriff des «weitläufigen Beweisverfahrens» subsumieren. Das Bundesgericht hat beispielsweise festgehalten, dass die Veranlassung einer Expertise zu einem Wasserschaden¹³⁶ oder die Bestimmung des nach einem Fussbruch zu bezahlenden Schadenersatzes¹³⁷ noch keine weitläufigen Beweisverfahren

133 BGE 135 III 127, E. 1.3; 133 III 629, E. 2.3; kritisch FELIX UHLMANN in: Niggli et al. (Hrsg.) (FN 121), Art. 93 N 4.

134 BGE 134 III 188, E. 2.1; BGE 133 III 629, E. 2.3; BGE 133 IV 139, E. 4; BGE 133 IV 335, E. 4; BGE 133 V 645, E. 2.1; Urteil 4A_85/2007 vom 11. Juni 2007, E. 3.1.

135 BGE 129 II 183, E. 3.2.2; WALTER KÄLIN, Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde, Bern 1994, 343, Fn. 135.

136 Urteil 4A_605/2009 vom 13. Januar 2010.

137 Urteil 4A_11/2010 vom 3. Februar 2010; ähnlich Urteil 4A_490/2008 vom 4. März 2009.

sind.¹³⁸ Auf jedem Fall obliegt es dem Beschwerdeführer, die Voraussetzungen von Art. 93 BGG substantiiert darzulegen, ansonsten auf die Beschwerde nicht eingetreten wird.¹³⁹ Im Regelfall wird gegen die Gutheissung eines Gesuchs um vorsorgliche Beweisabnahme die Beschwerde ans Bundesgericht nur möglich sein, wenn durch die Beweisabnahme ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht.

Die nicht ganz übersichtliche Situation betreffend Rechtsmittel gegen vorsorgliche Beweisabnahmen vor Rechtshängigkeit des Hauptprozesses wird in der nachstehenden Tabelle zusammengefasst dargestellt.

| Ausgang Vorinstanz | Gutheissung des Gesuchs | | Abweisung ¹⁴⁰ des Gesuchs | |
|--|--|--|--|--|
| | Streitwert über Fr. 10'000.– | Streitwert unter Fr. 10'000.– | Streitwert über Fr. 10'000.– | Streitwert unter Fr. 10'000.– |
| Untere kantonale Instanz | i.d.R. kein Rechtsmittel; ausnahmsweise Beschwerde nach ZPO 319 lit. b Ziff. 2 | i.d.R. kein Rechtsmittel; ausnahmsweise Beschwerde nach ZPO 319 lit. b Ziff. 2 | Berufung, ZPO 308 lit. a oder b | Beschwerde, ZPO 319 lit. a oder b |
| Einziges kantonale Instanz oder Bundespatentgericht | i.d.R. kein Rechtsmittel; ausnahmsweise Beschwerde in Zivilsachen nach BGG 72 ff./93 | i.d.R. kein Rechtsmittel; ausnahmsweise Beschwerde in Zivilsachen nach BGG 72 ff./93 | Beschwerde in Zivilsachen nach BGG 72 ff./90 | Beschwerde in Zivilsachen nach BGG 72 ff./90 |

Tabelle 1: Rechtsmittel gegen vorsorgliche Beweisabnahmen vor Rechtshängigkeit.

138 Die Einvernahme von 13 Zeugen und Edition von Jahresrechnungen und Buchhaltungsunterlagen ist jedoch ein weitläufiges Beweisverfahren, Urteil 4A_209/2007 vom 5. September 2007, E. 1.2.

139 BGE 118 II 91, E. 1a; Urteil 4A_35/2007 vom 2. Mai 2007, E. 2. Unter dem OG machte das Bundesgericht eine Ausnahme von der Begründungspflicht, wenn «es klar auf der Hand [liegt], dass ein bedeutender Aufwand an Zeit und Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren erforderlich sein wird, d.h. [...] bereits unzweifelhaft aus dem angefochtenen Urteil oder aus der Natur des Falles hervor[geht]» (Urteil 4C_31/2007 vom 20. März 2007, E. 1.3, unter Hinweis auf BGE 118 II 91, E. 1a).

140 Oder Nichteintreten.

6.2. *Nach Rechtshängigkeit des Prozesses*

Eine vorsorgliche Beweisabnahme ist auch nach Rechtshängigkeit des Prozesses über den Hauptanspruch möglich;¹⁴¹ i.d.R. aber nur dann, wenn eine Beweismittelgefährdung glaubhaft gemacht wird, d.h. zu befürchten ist, dass das Beweismittel im ordentlichen Beweisverfahren nicht mehr abgenommen werden kann.¹⁴²

Die Rechtsmittelordnung bei vorsorglichen Beweisabnahmen nach Rechtshängigkeit des Prozesses ist einigermaßen einfach: die vorsorgliche Beweisabnahme ist hier immer eine prozessleitende Verfügung, sie führt nie – auch nicht bei Abweisung – zur Beendigung des Verfahrens. Wenn eine untere kantonale Instanz über die vorsorgliche Beweisabnahme entscheidet, ist daher unabhängig vom Streitwert die Beschwerde immer nur unter der Voraussetzung von Art. 319 lit. b ZPO zulässig; d.h. es muss ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil drohen. Bei Abweisung des Gesuchs um vorsorgliche Beweisabnahme kann ein solcher Nachteil darin bestehen, dass das Beweismittel im ordentlichen Beweisverfahren nicht mehr abgenommen werden kann;¹⁴³ bei einer Guttheissung in der bereits erwähnten Gefährdung von Geheimhaltungsinteressen.

Entscheidet während der Rechtshängigkeit des Prozesses eine einzige kantonale Instanz oder das Bundespatentgericht in einem selbständig eröffneten Zwischenentscheid über eine vorsorgliche Beweisabnahme, so ist eine Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht unter den Voraussetzungen von Art. 93 lit. a BGG (nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil) zulässig. Eine Beschwerde nach Art. 93 lit. b BGG scheitert auf jeden Fall daran, dass der Entscheid des Bundesgerichts nicht sofort einen Endentscheid herbeiführen kann.

Literaturverzeichnis

MARKUS AFFOLTER, Die Durchsetzung von Informationspflichten im Zivilprozess, Bern 1993.

GUSTAV AMMANN, Die Pflicht zur Edition von Urkunden, Zürich 1931.

BERNHARD BERGER/FRANZ KELLERHALS, Internationale und interne Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Bern 2006.

STEPHEN BERTI, Zum Einfluss ungeschriebenen Bundesrechts auf den kantonalen Zivilprozess im Lichte der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts, Zürich 1989.

¹⁴¹ GUYAN (FN 23), Art. 158 N 1.

¹⁴² Das schutzwürdige Interesse an der Abklärung der Prozesschancen kann eine vorsorgliche Beweisabnahme offensichtlich nicht mehr rechtfertigen, wenn der Prozess bereits rechtshängig ist.

¹⁴³ Urteil 5A_211/2007 vom 16. August 2007, E. 3.1.

ULRIKE BÖHM, *Amerikanisches Zivilprozessrecht*, Köln 2005.

ALFRED BÜHLER/ANDREAS EDELMANN/ALBERT KILLER, *Kommentar zur aargauischen Zivilprozessordnung. Zivilrechtspflegegesetz (Zivilprozessordnung, ZPO) vom 18. Dezember 1984*, Aarau 1998.

RICHARD FRANK/HANS STRÄULI/GEORG MESSMER, *Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung. Gesetz über den Zivilprozess vom 13. Juni 1976 mit einem Anhang zu verfahrensrechtlichen Bestimmungen des zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetzes*, 3. Aufl., Zürich 1997.

URS GASSER/BRIGITTE RICKLI, *Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO). Kurzkomentar*, Zürich 2010.

ELLIOTT GEISINGER, *Les relations entre l'arbitrage commercial international et la justice étatique en matière de mesures provisionnelles*, SJ 2005 II, S. 375–396.

DIETER GESSLER, *Informationsbeschaffung mit den Mitteln des Zivilprozesses*, SJZ 2004, S. 433–439.

DANIEL GIRSBERGER, *Zürcher Kommentar zum IPRG. Kommentar zum Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (IPRG) vom 18. Dezember 1987*, 2. Aufl., Zürich 2004.

MAX GULDENER, *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, 3. Aufl., Zürich 1979.

PETER GUYAN in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (Hrsg.), *Schweizerische Zivilprozessordnung (Basler Kommentar)*, Basel 2010.

FRANZ HASENBÖHLER, *Beweisrecht, vorsorgliche Massnahmen und Schutzschrift*, in: THOMAS SUTTER-SOMM/FRANZ HASENBÖHLER (Hrsg.), *Die künftige schweizerische Zivilprozessordnung. Mitglieder der Expertenkommission erläutern den Vorentwurf*, Zürich, Basel, Genf 2003, S. 26–50.

PETER HERZOG, *Die Editionspflicht nach neuer zürcherischer Zivilprozessordnung: unter Berücksichtigung der Editionspflichten aufgrund des Bundesprivatrechtes*, Zürich 1980.

STEFAN HUBER, *Entwicklung transnationaler Modellregeln für Zivilverfahren. Am Beispiel der Dokumentenvorlage*, Tübingen 2008.

WALTER KÄLIN, *Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde*, 2. Aufl., Bern 1994.

SABINE KOFMEL-EHRENZELLER, *Der vorläufige Rechtsschutz im internationalen Verhältnis*, Tübingen 2005.

THOMAS KÜHNEN/EVA GESCHKE, *Die Durchsetzung von Patenten in der Praxis*, 3. Aufl. Köln 2008.

PIERRE LALIVE/JEAN-FRANÇOIS POUDRET/CLAUDE REYMOND, *Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse. Édition annotée et commentée du Concordat sur l'arbitrage du 27 mars 1969 et des dispositions sur l'arbitrage international de la Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé*, Lausanne 1989.

GEORG LEUCH/OMAR MARBACH/FRANZ KELLERHALS/MARTIN STERCHI, *Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern. Kommentar samt einem Anhang zugehöriger Erlasse*, 5. Aufl., Bern 2000.

CHRISTOPH LEUENBERGER, *Die neue Schweizerische ZPO – Die Rechtsmittel*, Anwaltsrevue 2008, S. 332–339.

ISAAK MEIER, *Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes*, Zürich 1983.

ISAAK MEIER/MIGUEL SOGO, *Schweizerisches Zivilprozessrecht. Eine kritische Darstellung aus der Sicht von Praxis und Lehre*, Zürich 2010.

MARCEL ALEXANDER NIGGLI/NIGGLI-UEBERSAX-WIPRÄCHTIGER, Hg.(Hrsg.), *Bundesgerichtsgesetz*, Basel 2007.

JEAN-FRANÇOIS POUURET/JACQUES HALDY/DENIS TAPPY, Procédure civile vaudoise, 3. Aufl., Lausanne 2002.

PETER REETZ, Das neue Bundesgerichtsgesetz unter besonderer Berücksichtigung der Beschwerde in Zivilsachen. Auswirkungen auf die Anfechtung von Entscheiden des Zürcher Obergerichts und Handelsgerichts, SJZ 2007, S. 29–41.

PETER REETZ, Der Beweis im Bauprozess: Beweissicherung, Beweislast und Beweiswürdigung, in: INSTITUT FÜR SCHWEIZERISCHES UND INTERNATIONALES BAURECHT (Hrsg.), Schweizerische Baurechtstagung 2009, Freiburg 2009, S. 119–154.

THOMAS RÜEDE/REIMER HADENFELDT, Schweizerisches Schiedsgerichtsrecht. Nach Konkordat und IPRG, 2. Aufl., Zürich 1993.

MARTIN SARBACH, BGG und Zivilverfahren, Jusletter 18. Dezember 2006.

EGON SCHNEIDER/KURT HERGET (Hrsg.), Streitwert-Kommentar für den Zivilprozess, 12. Aufl. Köln 2007.

KARL SPÜHLER, Rechtsmittel, ZZZ 2007, S. 395–400.

KARL SPÜHLER/DOMINIK VOCK, Urkundenedition nach den Prozessordnungen der Kantone Zürich und Bern, SJZ 1999, S. 41–46.

ADRIAN STAEHELIN/DANIEL STAEHELIN/PASCAL GROLIMUND, Zivilprozessrecht. Nach dem Entwurf für eine schweizerische Zivilprozessordnung und weiteren Erlassen – unter Einbezug des internationalen Rechts, Zürich, Basel, Genf 2008.

ADRIAN STAEHELIN/THOMAS SUTTER, Zivilprozessrecht. Nach den Gesetzen der Kantone Basel-Stadt und Basel-Landschaft unter Einbezug des Bundesrechts, Zürich 1992.

WERNER STIEGER, Prozessieren über Immaterialgüterrechte in der Schweiz: Ein Quantensprung steht bevor, GRUR Int 2010, S. 574–588.

GÜNTER STRATENWERTH/GUIDO JENNY, Straftaten gegen Individualinteressen, 6. Aufl., Bern 2003.

THOMAS SUTTER-SOMM, Die Verfahrensgrundsätze und die Prozessvoraussetzungen, ZZZ 2007, S. 301–326.

ARIELLE ELAN VISSON, Droit à la production de pièces et «discovery». Droit fédéral, droits cantonaux de Vaud, Genève, Zurich et droit anglais, Zürich 1997.

OSCAR VOGEL/KARL SPÜHLER/MYRIAM A. GEHRI, Grundriss des Zivilprozessrechts und des internationalen Zivilprozessrechts der Schweiz, 8. Aufl., Bern 2006.

HANS ULRICH WALDER-RICHLI/BÉATRICE GROB-ANDERMACHER, Zivilprozessrecht. Nach den Gesetzen des Bundes und des Kantons Zürich unter Berücksichtigung weiterer kantonaler Zivilprozessordnungen und der Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 sowie unter Einschluss internationaler Aspekte, 5. Aufl., Zürich 2009.

GERHARD WALTER, Die internationale Zuständigkeit schweizerischer Gerichte für «vorsorgliche Massnahmen» – oder: Art. 10 IPRG und seine Geheimnisse, AJP 1992, S. 61–65.

GERHARD WALTER/WOLFGANG BOSCH/JÜRGEN BRÖNNIMANN, Internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz. Kommentar zu Kapitel 12 des IPR-Gesetzes, Bern 1991.

DANIEL WEHRLI, Die Schiedsgerichtsbarkeit, in: THOMAS SUTTER-SOMM/FRANZ HASENBÖHLER (Hrsg.), Die künftige schweizerische Zivilprozessordnung. Mitglieder der Expertenkommission erläutern den Vorentwurf, Zürich, Basel, Genf 2003, S. 108–129.