

# ius.focus

## Zivilprozessrecht

### Vorsorgliche Beweisführung: schutzwürdiges Interesse

Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO

**Der Anspruch auf vorsorgliche Beweiswürdigung aufgrund schutzwürdiger Interessen setzt voraus, dass die Voraussetzungen des behaupteten Anspruchs glaubhaft gemacht werden.** [139]

BGer 4A\_532/2011 vom 31. Januar 2012 (publiziert als BGE 138 III 76)

Im Hinblick auf einen allfälligen Patentverletzungsprozess hatte die Gesuchstellerin, Inhaberin eines europäischen Patents, das auch in der Schweiz eingetragen ist, am 11. April 2011 beim Handelsgericht des Kantons Aargau ein Gesuch auf vorsorgliche Beweisführung gemäss Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO (Durchführung eines Augenscheins und Dokumentierung der in Augenschein genommenen Anlage) gestellt. Nach Abweisung dieses Gesuchs mit Entscheid vom 9. August 2011 führte die Gesuchstellerin Beschwerde in Zivilsachen beim Bundesgericht. Gemäss Art. 98 BGG konnte sie dabei nur die Verletzung verfassungsmässiger Rechte rügen (E. 1.4). Sie machte eine willkürliche Einschränkung ihres Anspruchs auf Klärung der Beweis- und Prozessaussichten geltend (E. 2). Das Handelsgericht hatte seinen Entscheid insbesondere damit begründet, dass in patentrechtlichen Fällen für die Anordnung einer vorsorglichen Beweisführung neben den Voraussetzungen von Art. 158 ZPO auch jene von Art. 77 PatG erfüllt sein müssten. Demzufolge sei die Glaubhaftmachung des Hauptsacheanspruchs erforderlich, während es unter Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO genüge, den Hauptsacheanspruch in den Grundzügen darzulegen und einzelne zur Identifikation notwendige Tatsachen glaubhaft zu machen (E. 2.1.1).

Das Bundesgericht verwarf diese Begründung. Vorab betonte es die Unterscheidung zwischen der vorsorglichen Beweisführung aufgrund eines gesetzlichen Anspruchs (Art. 158 Abs. 1 lit. a ZPO) und jener aufgrund eines schutzwürdigen Interesses (Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO). Gestützt auf Art. 158 Abs. 1 lit. a ZPO könnten die in Art. 77 PatG vorgesehenen Beweismassnahmen unter den dort geltenden

Voraussetzungen vorsorglich verlangt werden. Davon unabhängig seien andere Beweismassnahmen, wie z.B. ein Augenschein, deren vorsorgliche Durchführung gestützt auf Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO aufgrund eines schutzwürdigen Interesses verlangt werde. In diesen Fällen dürfe nicht verlangt werden, dass die spezialgesetzlichen Voraussetzungen, etwa jene gemäss Art. 77 PatG, zusätzlich erfüllt seien (E. 2.4.1). Dementsprechend stellte sich die Frage, welche Anforderungen an die Glaubhaftmachung eines schutzwürdigen Interesses zu stellen sind. Dazu führte das Bundesgericht aus, dass ein schutzwürdiges Interesse an einer vorsorglichen Beweisführung gemäss Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO mit der blossen Behauptung eines Bedürfnisses, Beweis- und Prozessaussichten abzuklären, nicht hinreichend glaubhaft gemacht sei. Vielmehr müsse die Gesuchstellerin glaubhaft machen, dass ein Sachverhalt vorliege, gestützt auf den ihr das materielle Recht einen Anspruch gegen die Gesuchsgegnerin gewähre, und zu dessen Beweis das abzunehmende Beweismittel dienen könne. Eine vorsorgliche Beweisführung könne nur mit Blick auf einen konkreten materiellrechtlichen Anspruch verlangt werden, hänge doch das Interesse an einer Beweisabnahme vom Interesse an der Durchsetzung eines damit zu beweisenden Anspruchs ab. Lediglich für Tatsachen, die mit dem vorsorglich abzunehmenden Beweismittel bewiesen werden sollen, könne keine eigentliche Glaubhaftmachung verlangt werden, weil sonst der Zweck der vorsorglichen Beweisführung vereitelt würde. Das Bundesgericht kam zum Schluss, dass das Handelsgericht Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO nicht willkürlich angewendet habe, indem es von der Gesuchstellerin die Glaubhaftmachung der Voraussetzungen des behaupteten Anspruchs (hier: einer Teilnahmehandlung gemäss Art. 66 lit. d PatG) verlangt hatte (E. 2.4.2).

#### Kommentar

Der Entscheid ist zu begrüßen. Einerseits soll die Schwelle für die vorsorgliche Beweisführung, wie vom Gesetzgeber beabsichtigt, niedrig gehalten werden. Dementsprechend sollen spezialgesetzliche Voraussetzungen (wie vorliegend jene gemäss Art. 77 Abs. 2 PatG) nicht auf Beweismassnahmen angewendet werden, welche spezialgesetzlich nicht besonders geregelt sind.

Andererseits soll die Schwelle eine solche bleiben, auch wenn sie niedrig ist. Ganz voraussetzungslos soll die vorsorgliche Beweisführung nicht möglich sein. Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO soll nicht Basis einer verpönten Beweisforschung bieten. Es ist deshalb richtig, wenn das Bundesgericht verlangt, dass die Voraussetzungen des behaupteten Anspruchs glaubhaft gemacht werden müssen. Besteht kein Anspruch – bzw. ist ein solcher nicht

glaubhaft gemacht –, so braucht es auch keine Beweisführung.

Nicht klar ist nach dem Urteil, ob die vom Bundesgericht festgehaltene Voraussetzung, nämlich die Glaubhaftmachung eines Hauptsacheanspruchs, auch dann gilt, wenn die vorsorgliche Beweisführung wegen Gefährdung der Beweismittel (ebenfalls Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO) erfolgt. Das Bundesgericht machte seine Ausführungen nämlich unter dem Titel «Begriff des schutzwürdigen Interesses an einer vorsorglichen Beweisführung gemäss Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO» (siehe Regeste) und damit zur einen Variante dieser Bestimmung. Für die vorsorgliche Beweisführung wegen Beweisgefährdung gibt es denn auch Entscheide, welche ausdrücklich verneinen, dass bei dieser Variante ein Hauptsacheanspruch glaubhaft gemacht werden muss (siehe etwa den Entscheid des Kantonsgerichts St. Gallen, RZ. 2009.4, ius.focus 2010, Nr. 286). Die Erwägungen des Bundesgerichts scheinen eher darauf hinzudeuten, dass es eine Glaubhaftmachung des Hauptsacheanspruchs auch bei der Beweisgefährdung verlangen wird.

Christian Oetiker