

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr. LB120081-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin  
Dr. L. Hunziker Schnider und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Houweling-Wili

## Urteil vom 31. Oktober 2012

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Beklagter und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. W. \_\_\_\_\_

vertreten durch Rechtsanwalt lic. utr. iur. Y. \_\_\_\_\_

gegen

**B.** \_\_\_\_\_ **AG,**

Klägerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Prof. Dr. iur. Y. \_\_\_\_\_

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Z. \_\_\_\_\_

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen einen Beschluss der 3. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich vom 3. September 2012; Proz. CG120031**

## **Erwägungen:**

### **I.**

*(Übersicht zum Sachverhalt/Prozessgeschichte)*

1. Mit Schriftsatz vom 15. März 2012 machte die B. \_\_\_\_\_ AG beim Bezirksgericht Zürich eine Klage anhängig (vgl. act. 4/2). Mit der Klage beantragt sie – unter Vorbehalt der Nachklage – die Verpflichtung von A. \_\_\_\_\_ als Beklagtem zur Bezahlung von gut Fr. 22'573'000.-- nebst Zins an sie. Die von der B. \_\_\_\_\_ AG (nachfolgend nur: die Klägerin) geltend gemachte Forderung gründet in einer drei Unterkonti umfassenden Kontobeziehung zwischen den Parteien, die auf das Jahr 2004 zurück geht (vgl. act. 4/2 S. 6). In deren Rahmen räumte sie A. \_\_\_\_\_ (nachfolgend nur: der Beklagte) auch Kredite ein, ab ca. Oktober 2009 bis zur Limite von 50 Millionen Franken (vgl. act. 4/4/2). Die Kredite nutzte der Beklagte laut Klägerin (auch) zu Optionsgeschäften auf den C. \_\_\_\_\_-Index, indem er zunehmend Put-Optionen auf diesen verkaufte. Da sich die Kreditsituation des Beklagten anfangs August 2011 drastisch verschlechtert habe, seien zur Bereinigung der Situation nach Rücksprache mit dem Beklagten dessen offene Put-Optionen glatt gestellt und die Wertschriften veräussert worden. Die Veräusserung aller Wertschriften habe indessen nicht ausgereicht, um den vom Beklagten beanspruchten Kredit vollständig zurückzuzahlen (vgl. act. 4/2 S. 3 f.)

Nach Darstellung der Klägerin (vgl. a.a.O., S. 3 Rz. 2) handelt es sich beim Beklagten um eine Persönlichkeit, die durch jahrzehntelange Berufserfahrung mit den Finanzmärkten und Finanzinstrumenten sowie deren Wirkungsweisen und Risiken vertraut ist (vgl. dazu auch act. 4/4/4-7). Der Beklagte selbst lässt sich als sehr risikofreudigen Ex-Banker darstellen (vgl. act. 4/10 S. 4). In der Verwaltung seines Vermögens (ausser in Bezug auf ein Unterkonto, das seinen persönlichen Belangen gedient haben soll), liess der Beklagte sich der Bank gegenüber offenbar seit Sommer 2010 durch eine D. \_\_\_\_\_ vertreten (vgl. act. 4/2 S. 6 und dazu act. 4/4/9-12), auch wenn er geltend macht, er habe sich die Verwaltung selbst vorbehalten (vgl. act. 4/10 S. 4).

2. Am 30. März 2012 setzte der bezirksgerichtliche Referent dem Beklagten Frist an, um die Klage schriftlich zu beantworten (act. 4/8). Mit Eingabe vom 20. April 2012 stellte der Beklagte beim Bezirksgericht den Antrag, die Klägerin zur Edition diverser Urkunden zu verpflichten und ihm die Frist zum Einreichen der schriftlichen Klageantwort abzunehmen (vgl. act. 4/10).

Das Bezirksgericht holte daraufhin von der Klägerin eine Stellungnahme zu den Anträgen des Beklagten ein und nahm dem Beklagten die Frist zur Klageantwort ab. Nachdem die Klägerin innert erstreckter Frist eine Stellungnahme eingereicht hatte (vgl. act. 4/19) und diese dem Beklagten anfangs Juli 2012 zugestellt worden war (vgl. act. 4/20), wies das Bezirksgericht den Antrag des Beklagten mit Beschluss vom 3. September 2012 ab und setzte erneut Frist zur schriftlichen Beantwortung der Klage an (vgl. act. 5 [= act. 3 = act. 4/21]).

3. Dagegen führt der Beklagte mit Schriftsatz vom 20. September 2012 (vgl. act. 2 f.) rechtzeitige Berufung, mit folgenden Anträgen (vgl. act. 2 S. 2 f.):

1. Der Beschluss des Bezirksgerichts Zürich vom 3. September 2012, Geschäfts-Nr. CG120031-L, sei aufzuheben.
2. Die Klägerin sei zu verpflichten, folgende Unterlagen zu edieren:
  - a) Kundenprofil ("...") betreffend den Beklagten inklusive Nachträge.
  - b) Protokollnotizen betreffend Beratungsaktivitäten der Klägerin im Zusammenhang mit der Nachlassplanung für den Beklagten.
  - c) Verwaltungsratsprotokolle der Klägerin, soweit sie sich mit dem Beklagten befassen (Auszüge).
  - d) Protokoll des Kreditausschusses der Klägerin vom 8. August 2011 betreffend die Kundenbeziehung mit dem Beklagten, insbesondere Kreditüberschreitung und Liquidation des Portfolios des Beklagten.
  - e) Bericht der internen Revision der Klägerin betreffend die Kundenbeziehung der Klägerin mit dem Beklagten, insbesondere Kreditüberschreitung und Liquidation des Portfolios des Beklagten.
  - f) Interne Reglemente der Klägerin betreffend Aufzeichnung von Kundeninstruktionen per Telefon.
  - g) Telefonprotokolle betreffend die in der Klageschrift Rz. 56 f. erwähnten Telefonaufnahmen zwischen der Klägerin und dem Beklagten vom 8. August 2011.
  - h) Interne Richtlinien/Weisungen der Klägerin betreffend Aufsicht über das Handelsdesk der Klägerin.

- i) Interne Richtlinien/Weisungen der Klägerin betreffend Kreditüberwachung, insbesondere in Bezug auf das Portfolio des Beklagten.
  - j) Interne Richtlinien/Weisungen der Klägerin betreffend Berechnung und Nachführung der Margen, insbesondere der sog. TOFF-Margen ("Traded Options and Futures").
3. Eventualiter sei das Verfahren zur vorsorglichen Beweisabnahme betreffend die in Ziff. 2 lit. a-j bezeichneten Unterlagen an die Vorinstanz zurückzuweisen.
  4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Klägerin.

Am 27. September 2012 wurde vom Beklagten als Berufungskläger ein Kostenvorschuss i.S. des Art. 98 ZPO eingeholt (vgl. act. 6), der in der Folge geleistet wurde. Beigezogen worden waren zuvor schon die vorinstanzlichen Akten. Wie nachfolgend zu zeigen sein wird, erweist sich die Berufung sogleich als unbegründet und ist die Sache spruchreif. Auf das Einholen einer Antwort der Klägerin ist deshalb gestützt auf Art. 312 Abs. 1 ZPO zu verzichten. Der Klägerin ist jedoch noch ein Doppel der Berufungsschrift (act. 2) zuzustellen.

## II.

### *(Zur Berufung im Einzelnen)*

1. Beim angefochtenen Beschluss handelt es sich um eine prozessleitende Anordnung i.w.S. zum Thema einer Beweiserhebung bzw. -abnahme i.S. des Art. 155 und 160 ZPO. Der Sache nach geht es bei ihm sodann um eine Beweisverfügung i.S. des Art. 154 ZPO, die im Rahmen des ordentlichen Verfahrens gemäss den Art. 220 ff. ZPO in einem sog. gewöhnlichen Zivilprozess erlassen wurde. Vom Regelfall der gesetzlichen Ordnung zu den Beweiserhebungen, wie sie in den Art. 231 ZPO i.V.m. den Art. 154 f. ZPO vorgesehen ist, erging der Beschluss jedoch aufgrund eines Antrages des Beklagten gestützt auf Art. 158 ZPO analog den Regeln über die vorsorglichen Massnahmen (vgl. Art. 158 Abs. 2 ZPO). Er ist deshalb – anders als die übrigen Beweisverfügungen gemäss Art. 154 ZPO – der Berufung zugänglich (vgl. Art. 314 ZPO i.V.m. Art. 248 lit. d. ZPO).

1.1 Das Berufungsverfahren stellt bei gewöhnlichen Zivilprozessen, wie hier einer gegeben ist, im Grundsatz die Fortsetzung des Prozesses aufgrund des vor der ersten Instanz vorgetragenen Sachverhaltes dar (zu den Ausnahmen vgl. Art. 317 ZPO). Mit der Berufung ist daher die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes

durch die Vorinstanz sowie eine unrichtige Rechtsanwendung der Vorinstanz zu rügen (Art. 310 ZPO). Gemäss Art. 311 Abs. 1 ZPO sind deshalb entsprechende Rügen von der Berufung führenden Partei in der Berufungsschrift einzeln vorzutragen und zu begründen. Gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO sind ferner neue Tatsachen und Beweismittel im Berufungsverfahren nur dann noch zu berücksichtigen, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor der ersten Instanz hatten vorgebracht werden können. Dabei spielt es keine Rolle, dass ein mit Berufung anfechtbarer vorinstanzlicher Entscheid nach den Regeln des summarischen Verfahrens erging. Die sich daraus ergebenden Besonderheiten für das Berufungsverfahren beschränken sich grundsätzlich auf die von Art. 314 ZPO getroffenen Regelungen.

Die Kammer hat wiederholt festgehalten, aus den Art. 310 f. und Art. 317 Abs. 1 ZPO fliesse eine Begründungslast der Berufung führenden Partei, und zwar in zwei Richtungen. Einerseits besteht die Last, sich sachbezogen mit den Entscheidungsgründen des erstinstanzlichen Entscheides auseinander zu setzen und dem Berufungsgericht darzulegen, inwiefern die erste Instanz den Sachverhalt unrichtig festgestellt haben soll und/oder Recht falsch angewendet habe (so z.B. einlässlich in OGer ZH, Urteil LB110049 vom 5. März 2012, E. 1.1 und E. 1.2, mit Verweisen etwa auf HUNGERBÜHLER, in: Dike-Komm-ZPO, Zürich/St. Gallen 2011, Art. 311 N 27-29 und N 33 sowie REETZ/THEILER, in: Kommentar zur ZPO, Zürich 2010, Art. 311 N 36). Wiederholungen des bereits vor der ersten Instanz Vorgebrachten genügen den gesetzlichen Anforderungen an eine Begründung daher ebenso wenig wie allgemeine Kritik am angefochtenen Entscheid bzw. den erstinstanzlichen Erwägungen (vgl. auch BGE 138 III 375). Andererseits hat eine Partei, welche neue Tatsachen und/oder Beweismittel im Berufungsverfahren einführen will, der Rechtsmittelinstanz und der Gegenpartei jeweils darzulegen, dass dies ohne Verzug erfolgt ist und weshalb es ihr trotz zumutbarer Sorgfalt nicht möglich gewesen war, die Tatsache und/oder das Beweismittel bereits vor erster Instanz vorzubringen (vgl. etwa VOLKART, in: Dike-Komm-ZPO, a.a.O., Art. 317 N 14 f., REETZ/HILBER, a.a.O., Art. 317 N 49; siehe auch OGer ZH, Urteil LB110049 vom 5. März 2012, E. 1.1 und E. 1.2). Fehlt es an dergleichen Darlegungen, erweisen sich die Berufung und/oder deren Beantwortung in Bezug auf die darin vorgetra-

genen Noven und Beweismittel als unbegründet und bleiben diese Noven bzw. Beweismittel nur schon insofern konsequenterweise unbeachtlich.

**1.2** Was letzteres betrifft (Noven und neue Beweismittel), kann vorweg festgehalten werden, dass der Beklagte in der Berufungsschrift nirgends darlegt, er bringe Sachverhalte vor, die er dem Bezirksgericht noch nicht vorgetragen habe. Entsprechend fehlen auch Darlegungen dazu, dass dem Bezirksgericht trotz zumutbarer Sorgfalt noch nicht Vorgetragenes nun in der Berufung ohne Verzug dargelegt werde. Analoges gilt hinsichtlich der Beweismittel bzw. der Bezeichnung von Unterlagen und objektiven Anhaltspunkten in der Berufungsschrift, welche der Beklagte zur Glaubhaftmachung seines Anspruches gemäss Art. 158 ZPO herbeiziehen will oder wollte und dem Bezirksgericht noch nicht bezeichnet hatte. Demzufolge blieben allenfalls vom Beklagten in der Berufungsschrift vorgetragene Noven usw. von vornherein unbeachtlich. Von daher erübrigt es sich, vertiefter der Frage nachzugehen, ob der Beklagte in der Berufungsschrift Noven usw. überhaupt vorgetragen hat und es kann im Folgenden auf den Sachverhalt und die Anhaltspunkte zur Glaubhaftmachung abgestellt werden, die vom Beklagten dem Bezirksgericht vorgetragen wurden.

**2. - 2.1** Der Beklagte hat sein Gesuch um vorsorgliche Beweisführung dem Bezirksgericht gegenüber auf den zweiten Halbsatz von Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO abgestützt (vgl. act. 4/10 S. 5 f.). Gemäss dieser Bestimmung ist für eine vorsorgliche Beweisabnahme durch das Gericht ein schutzwürdiges Interesse erforderlich, das weder in der Gefährdung der Beweismittel besteht (vgl. Art. 158 Abs. 1 lit. b, erster Halbsatz, ZPO) noch aus einem entsprechenden gesetzlichen Anspruch folgt (vgl. Art. 158 Abs. 1 lit. a ZPO).

Auch im Berufungsverfahren hält der Beklagte an dieser Grundlage seines Gesuches fest (vgl. act. 2, dort etwa S. 7 [Rz. 15]), und das zu Recht: Wie nachstehend zu zeigen sein wird, behauptete er bereits gegenüber dem Bezirksgericht nirgends, sein Gesuch gründe auf einem gesetzlichen Anspruch i.S. des Art. 158 Abs. 1 lit. a ZPO und legte er folglich einen solchen auch nicht dar. Ebenso wenig machte er eine Gefährdung der Beweismittel geltend und behauptete er keine entsprechenden Sachverhalte.

Das Bezirksgericht hat sich im angefochtenen Beschluss daher richtigerweise auf die Prüfung des beklaglichen Gesuches einzig unter dem Gesichtspunkt des schutzwürdigen Interesses gemäss Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO beschränkt. Die gleiche Beschränkung ergibt sich für das Berufungsverfahren.

**2.2** Mit seinem Gesuch beantragt der Beklagte vorsorglich die Edition diverser Urkunden der Klägerin zu den Prozessakten, wie sie in Art. 160 Abs. 1 lit. b ZPO i.V.m. den Art. 163 f. und 161 f. ZPO geregelt ist.

Sein schutzwürdiges Interesse, die Klägerin zu dieser Edition zu verpflichten, begründete der Beklagte gegenüber dem Bezirksgericht zur Hauptsache damit, er werde in der Klageantwort bzw. Widerklage (vgl. act. 4/10 S. 4 [Rz. 4, 7 und 8]) geltend machen, die Klägerin sei aufgrund vertraglich vereinbarter Überwachungspflichten sowie einem zwischen den Parteien zusätzlich bestehenden besonderen Vertrauensverhältnis verpflichtet gewesen, seine Kreditbenutzung zu überwachen und ihm mitzuteilen, falls Aufträge nicht mehr im Rahmen des Kreditrahmens ausgeführt werden könnten (vgl. act. 4/10 S. 6). Die Klägerin habe diese Pflichten verletzt. Sie hätte spätestens ab dem 28./29. Juli 2011 daher keine weiteren Aufträge mehr annehmen und ausführen dürfen. Die von der Klägerin vorgenommene Liquidation und der daraus resultierende Kreditsaldo hätte sich so vermeiden lassen. Er könnte sich heute auf einen positiven Saldo gegenüber der Klägerin berufen, der in der Klageantwort bzw. Widerklage näher spezifiziert werde. Im Eventualstandpunkt in der Widerklage werde er aufweisen, dass die von der Klägerin veranlasste und durchgeführte Liquidation unsorgfältig und schadensvergrössernd gewesen sei (vgl. a.a.O., S. 4 [dort Rz. 7 f.]).

Weiter führte der Beklagte zum Thema im Wesentlichen aus, erst nach der Vorlage der zu Edition verlangten Dokumente sei es ihm möglich, die in der Klageschrift vorgebrachten Argumente zu überprüfen und diese ggf. substantiiert zu bestreiten bzw. mögliche eigene Ansprüche gegen die Klägerin geltend zu machen (vgl. a.a.O., S. 11 [Rz. 40] und etwa S. 9 [Rz. 29]). Ebenso bestehe aufgrund der Vorschrift des Art. 224 Abs. 1 ZPO "ein schützenswertes Interesse an den zu edierenden Dokumenten ... zur Einschätzung seiner Prozesschancen einer möglichen Widerklage" (a.a.O., Rz. 30).

An dieser Auffassung hält der Beklagte im Berufungsverfahren gleichfalls fest, wobei er der Sache nach noch hervorhebt, im Abschätzen von Prozesschancen liege das schutzwürdige Interesse und es gehe bei seinem Gesuch darum, "in einem frühen Prozesstadium die Prozesschancen (hier: für eine Klageantwort bzw. Widerklage) besser abzuschätzen" (vgl. act. 2 Rz. 17). Andernorts ist davon die Rede, durch die Edition der beantragten Urkunden solle das besondere Vertrauensverhältnis und die Überwachungspflicht der Klägerin nachgewiesen werden (vgl. a.a.O., Rz. 24 und Rz. 28). Werde dem Begehren nicht stattgegeben, würde der Zweck der vorsorglichen Beweisführung vereitelt (a.a.O. Rz. 28). Diesen Zweck – und damit zugleich das bzw. sein schutzwürdiges Interesse (vgl. etwa a.a.O. Rz. 33, Rz. 36) – sieht er in der "Abklärung bzw. bessere[n] Abschätzung von Prozess- und Beweisaussichten in Hinblick auf Klageantwort bzw. Widerklage" (vgl. a.a.O. Rz. 28).

**3. - 3.1** Mit vorsorglicher Beweisführung i.S. des Art. 158 ZPO ist die Erhebung von Beweisen schon vor dem gesetzlich vorgesehenen Beweisverfahren im Rahmen eines hängigen Zivilprozesses gemeint (vgl. statt vieler: ZÜRCHER, in: Dike-Komm-ZPO, a.a.O., Art. 158 N 1 und N 6). Sie erweist sich somit als Abweichung vom Regelfall der Beweiserhebung bzw. -abnahme, mithin als Ausnahmefall in zeitlicher Hinsicht und dabei ausschliesslich unter dem Gesichtspunkt der Vorzeitigkeit. Sie kann auf Verlangen einer Partei durchgeführt werden, bevor überhaupt ein Prozess rechtshängig ist oder im Rahmen eines rechtshängigen Verfahrens. Dabei ist im zweiten Fall zu unterscheiden, ob es sich um ein Schlichtungsverfahren handelt, dessen Einleitung die Rechtshängigkeit (resolutiv bedingt) bewirkt, oder um ein gerichtliches Verfahren. Im gerichtlichen Verfahren kommt die vorsorgliche Beweisführung übrigens neben die gerichtlich angeordnete Beweiserhebung bzw. -abnahme im Rahmen der Instruktionsverhandlung gemäss Art. 226 ZPO zu stehen, eine Beweiserhebung welche unter Beachtung insbesondere der Art. 150, 152 und 154 ZPO vorzunehmen ist. Mit Blick darauf, dass die Prozessleitung nicht den Parteien, sondern einzig dem Gericht obliegt (vgl. Art. 124 Abs. 1 ZPO, erster Satz), erscheint die vorsorgliche Beweisführung auf Verlangen einer Partei, soweit sich das nicht auf einen gesetzlichen Anspruch

oder Gefährdung der Beweismittel abstützt, gegenüber der gerichtlich anzuordnenden vorzeitigen Beweiserhebung übrigens als nachrangig.

Wegen ihres Ausnahmecharakters in zeitlicher Hinsicht, aber auch weil sie auf Verlangen bloss einer Partei anzuordnen ist und daher im Interesse dieser Partei liegt, bedarf die vorsorgliche Beweisführung stets einer besonderen Rechtfertigung. Das versteht sich vor dem Hintergrund, dass es sich beim Zivilprozess regelmässig um ein Zweiparteienverfahren handelt, in dem beide Parteien zunächst den Sachverhalt aus ihrer Sicht und gemäss ihren Interessen darzulegen haben, eigentlich von selbst.

Der Art. 158 Abs. 1 ZPO listet in einer abschliessenden Aufzählung drei wichtige Gründe auf, darunter in seiner lit. b – wie schon gesehen (vorn Ziff. II/2.1) – die Gefährdung des Beweismittels (ein Sachverhalt, dem Dringlichkeit immanent ist, was für sich allein schon die Vorzeitigkeit rechtfertigt) und das sog. schutzwürdige Interesse. Mit letzterem visiert der Gesetzgeber vor allem die vorprozessuale Möglichkeit an, eine im Interesse der gesuchstellenden Partei liegende Abklärung der Beweis- und Prozessaussichten durchzuführen. Dies soll verhindern helfen, dass aussichtslose Prozesse geführt werden (vgl. etwa BGE 138 III 81 [mit Verweis auf die Botschaft], ferner etwa ZÜRCHER, a.a.O., Art. 158 N 11, oder SCHWEIZER, in: CPC commenté, Bâle 2011, Art. 158 N 14, endlich FELLMANN, in: Kommentar zur ZPO, Zürich 2010, Art. 158 N 17). Als Beispiele für die Bejahung des schutzwürdigen Interesses auf vorzeitige Beweisabnahme wird in der Literatur denn auch (fast ausschliesslich) die vorprozessuale Abklärung von Prozess- und Beweisaussichten durch Gutachten und andere Massnahmen bei unklaren sachverhältnlichen Verhältnissen genannt (vgl. etwa FELLMANN, a.a.O., Art. 158 N 18, SCHMID, in: KuKo-ZPO, Basel 2010, Art. 158 N 3, GASSER/RICKLI, Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkomentar, Zürich/St. Gallen 2010, N 4, GUYAN, in: BSK-ZPO, Basel 2010, Art. 158 N 5). Denn solche vorprozessualen Beweisabnahmen können für einen künftigen Kläger zur Geltendmachung oder einem allfälligen künftigen Beklagten zur Abwehr von Ansprüchen insbesondere deshalb hilfreich sein, weil es sich bei ihnen nicht um Parteigutachten oder Abklärungen durch eine Partei handelt, sondern um gerichtlich erhobene Beweismittel.

Umgekehrt wird ein schutzwürdiges Interesse auf vorsorgliche Beweisführung verneint, wenn die Beweisabnahme über Editionsbegehren der Ausforschung der Gegenpartei dient, bzw. sog. Fischzügen mit dem Ziel der Informationsbeschaffung (auf Neudeutsch "fishing expedition" genannt; vgl. GASSER/ RICKLI, a.a.O., Art. 158 N 5, SCHMID, a.a.O., Art. 158 N 4, ZÜRCHER, a.a.O., Art. 158 N 13). Das liegt auf der Hand, geht es doch bei der Informationsbeschaffung durch Ausforschung der Gegenpartei um anderes als um die Ausübung eines Rechtes (wie das z.B. bei gesetzlich geregelten Auskunftsrechten der Fall wäre) und ebenfalls um anderes als um die – gerade auch vorprozessuale – Klärung unklarer Sachverhalte, wie es der Begriff der Beweisabnahme bzw. -führung anzeigt.

**3.2** Das schutzwürdige Interesse ist von der Partei glaubhaft zu machen, welche die vorsorgliche Beweisabnahme verlangt.

Beim Begriff des schutzwürdigen Interesses handelt es sich – unbeschadet dessen, was der Gesetzgeber mit ihm in Bezug auf vorsorgliche Beweisabnahme primär anvisiert – um einen sog. unbestimmten Rechtsbegriff. Er ist daher stets einzelfallbezogen zu konkretisieren, analog etwa dem Begriff des "öffentlichen Interesses" oder dem des "wichtigen Grundes". Bei dieser Konkretisierung ist – was die vorstehend aufgeführten Beispiele verdeutlichen – in erster Linie zu berücksichtigen, worauf sich die vorsorgliche Beweisführung bezieht und warum. Wesentlicherweise wird diese Beweisführung bzw. -abnahme nämlich durch ihren Gegenstand bestimmt und damit ebenso die Schutzwürdigkeit des Interesses an ihr. Massgeblich ist folglich ebenfalls der Zweck, der mit der vorsorglichen Beweisabnahme verfolgt wird (Interesse an der Durchsetzung eines konkreten materiell-rechtlichen Anspruchs; vgl. BGE 138 III 81), sowie mit Blick auf den Ausnahmecharakter der vorsorglichen Beweisabnahme endlich auch der Zeitpunkt, in dem sie verlangt wird (vorprozessual oder im Rahmen eines bereits hängigen Verfahrens; dazu vgl. etwa SCHMID, a.a.O., Art. 158 N 6, FELLMANN, a.a.O., Art. 158 N 15 f., oder SCHWEIZER, a.a.O., Art. 158 N 14). Denn mit dem Letzteren verbunden sind zugleich die Interessenlagen der Parteien im Lichte allfälliger gesetzlicher Regelungen dazu. In der Literatur zu Recht erwähnt wird daher, dass dann, wenn eine Klageerhebung aufgrund der Sachlage möglich und zumutbar

ist, kein schutzwürdiges Interesse an einer vorsorglichen, also vorzeitigen Beweisabnahme gegeben sein kann (vgl. ZÜRCHER, a.a.O., Art. 158 N 12, mit Verweis).

Von einer gesuchstellenden Partei sind demzufolge alle diejenigen Gesichtspunkte, welche es gestatten, die Schutzwürdigkeit ihres Anliegens auf eine vorsorgliche, also vorzeitige Beweisabnahme zu bejahen, auf den konkreten Einzelfall ihres Gesuchs bezogen darzulegen und glaubhaft zu machen.

**3.3** Die Klägerin hat den Beklagten mit einer Klage ins Recht gefasst. Die vom Gesetzgeber mit der Norm primär anvisierte Möglichkeit, vorprozessual Prozess- bzw. Beweisancen abzuklären (zwecks Vermeidung unnötiger Prozesse) besteht daher gerade nicht mehr und kann daher als schutzwürdiges Interesse nicht mehr geltend gemacht werden. Darauf hat das Bezirksgericht der Sache nach bereits zutreffend hingewiesen (vgl. act. 5 [= act. 3 = act. 4/21] S. 3) und dem Beklagten daher zu Recht ein entsprechendes schutzwürdiges Interesse abgesprochen.

**3.3.1** Ist eine Klage beim Gericht anhängig gemacht worden, so regelt die ZPO den weiteren Verfahrensgang, namentlich welche Partei in welchem Verfahrensschritt und -stadium ihre Sachdarstellung sowie ihre Angriffs- und Verteidigungsmittel zu bezeichnen hat sowie wann und unter welchen weiteren Voraussetzungen (vgl. Art. 150-152 ZPO) darüber Beweis abzunehmen ist (vgl. Art. 231 ZPO). Die Interessenlagen beider Parteien werden damit grundsätzlich vom Gesetz bestimmt, wie auch grundsätzlich durch das Gesetz bestimmt ist, dass es im Schriftenwechsel und in der Hauptverhandlung nicht darum gehen kann, die Prozess- und Beweisancen abzuklären (SCHMID, a.a.O., Art. 158 N 6, FELLMANN, a.a.O., Art. 158 N 15 f.). Vielmehr ist die Zeit der Chancenabklärung vorbei, kann ein Prozess zwangsläufig nicht mehr vermieden werden, sondern geht es darum, den Prozess durchzuführen und die Klage im kontradiktorischen Verfahren zu prüfen sowie die Beweise abzunehmen, nachdem die Parteien ihre jeweiligen Sachverhaltsdarstellungen abgegeben haben. Soweit der Beklagte immer wieder geltend macht, sein schutzwürdiges Interesse liege im Abschätzen seiner Prozess- und

Beweischancen namentlich für die Klageantwort, übergeht er das und erweist sich seine Berufung insofern offensichtlich als unbegründet.

Nicht anders verhält es sich ebenfalls hinsichtlich der Prozess- und Beweischancen der Widerklage, die der Beklagte erheben will oder zu erheben ins Auge fasst. Denn zum einen setzt das Erheben der Widerklage eine rechtshängige Hauptklage voraus und führt das Erheben der Widerklage gar nicht zu einem neuen Prozess, der vermieden werden könnte. Zum anderen besteht kein Zwang, eine Widerklage zu erheben (Gegenforderungen können z.B. auch verrechnungsweise in einer Klageantwort in den Prozess eingebracht werden) und noch weniger ein Zwang, die Widerklage erst mit der Klageantwort gemäss Art. 224 ZPO zu erheben (Widerklagen können bekanntlich schon im Schlichtungsverfahren anhängig gemacht werden). Bei dieser Sachlage, welche auf einer gesetzgeberischen Interessenabwägung fusst, erweist sich das Erheben der Widerklage spätestens mit der Klageantwort folglich stets ohne Weiteres als möglich und zumutbar und begründet der Umstand, dass eine beklagte Partei das Erheben einer Widerklage ins Auge fasst, per se noch kein schutzwürdiges Interesse im Sinne des Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO. Das gilt erst recht dann, wenn sich die Widerklage in Bezug auf den Sachverhalt, wie hier gemäss Beklagtem, der insoweit nicht wesentlich zwischen Klageantwort und Widerklage differenziert, mit dem in der Klageantwort Vorzubringenden im Wesentlichen ohnehin deckt oder zu decken scheint, so dass die Abklärung der Prozess- und Beweischancen der Widerklage letztlich auf die gleiche Abklärung in Bezug auf die Klageantwort führte.

Nichts anderes lässt sich – um auch das zu erwähnen – aus der vom Berufungskläger zitierten Judikatur herleiten (so z.B. BGE 138 III 76 ff. oder Urteil der Kammer vom 11. April 2012 im Geschäft Nr. LF110134). Diese befasst sich durchwegs mit Gesuchen um vorprozessuale vorläufige Beweisführung. Zu beurteilen war dort das schutzwürdige Interesse jeweils im Lichte eines im Wesentlichen gerade anderen Sachverhaltes als hier, wo eine Klage schon angehoben ist und nebst der Klageantwort, die daher zu erstatten ist, noch eine zusätzlich mit der Klageantwort allenfalls zu erhebende Widerklage im Raume steht.

**3.3.2** Andere Sachverhalte, welche ein schutzwürdiges Interesse an einer vorzeitigen Beweisabnahme im Rahmen des bereits hängigen Prozesses begründen

könnten, werden vom Beklagten ebenfalls nicht vorgetragen. So behauptet er insbesondere nirgends näher, die von ihm beantragte Edition der Urkunden bereits vor der Klageantwort und der allfälligen Sachdarstellung in einer Widerklage führe zu einer wie auch immer gearteten Vereinfachung des Verfahrens, sei insoweit sachlich und in seinem Interesse geboten, sich nicht auf einen umfangreichen Prozess einlassen zu müssen. Er behauptet das zu Recht nicht, stellt er doch bereits heute das Gegenteil in Aussicht, nämlich einen umfangreichen Prozess, angereichert mutmasslich durch eine Widerklage. Es kann daher offen bleiben, ob in einer "Prozessabkürzung" durch vorsorgliche Beweisführung schon vor Klageantwort (und nicht erst danach) überhaupt ein schutzwürdiges Interesse liegen kann.

Anzufügen ist dem der Vollständigkeit halber, dass der Beklagte ebenfalls nicht begründet geltend macht (etwa in Anlehnung an BGE 138 III 81 f.), bei den Urkunden, deren Edition er beantragt, handle es sich um die einzigen Beweismittel, mit denen er seinen Anspruch beweisen könne. Bereits nach dem vorhin Dargelegten behauptet er solches wiederum zu Recht nicht (und es ist insoweit missig, nochmals näher darauf hinzuweisen, dass im zitierten Bundesgerichtsentscheid das schutzwürdige Interesse im Lichte eines gerade anders gearteten Sachverhaltes konkretisiert wurde). Er behauptet dergleichen überdies zu Recht ebenso wenig, weil er den Anspruch bislang ja noch gar nicht näher bezeichnet hat, sondern dies seiner Klageantwort usw. vorbehält. Mit seinem Gesuch verlangt der Beklagte dann aber nichts anderes, als Beweise zu letztlich noch gar nicht näher Behauptetem abzunehmen. Dass über Unbehauptetes und damit über einen insoweit noch unbekanntem Anspruch kein Beweis abgenommen werden kann, liegt nachgerade auf der Hand. Das charakterisiert das Gesuch des Beklagten, die Klägerin zur Edition von diversen Urkunden zu ihren Interna verpflichten zu lassen im Hinblick auf einen Anspruch, den er sich näher darzulegen erst noch vorbehält, als augenfälligen Versuch, die Klägerin als Gegenpartei auszuforschen. Dass das im Interesse des Beklagten liegt, erscheint unzweifelhaft. Allein das zeichnet dieses Interesse des Beklagten, das sich über die gesetzlichen Regelungen zum kontradiktorischen Verfahrensgang und die damit verbundenen ge-

setzgeberischen Interessenwertungen hinwegsetzt, nicht als schutzwürdig, sondern höchstens als das Gegenteil dessen.

Naheliegend ist es deshalb auch, dass der Beklagte in seiner Berufungsschrift keinen stichhaltigen Grund dafür zu benennen vermag, weshalb es ihm nicht zugemutet werden könne, ohne die von ihm beantragte Edition auf die Klage zu antworten und seine allfällige Widerklage zu begründen. Soweit es der Illustration des eben Gesagten noch bedürfte, kann beispielhaft darauf verwiesen werden, dass der Beklagte u.a. sinngemäss vorbringt, es gehe etwa darum, das von ihm in der Klageantwort bzw. Widerklage erst noch näher vorzubringende besondere Vertrauensverhältnis in eben der Klageantwort bzw. Widerklage aufgrund der edierten Urkunden nachzuweisen (vgl. act. 2 S. 9, dort Rz. 24). Dass der Beklagte damit selbst nicht behauptet, er sei ohne die Urkunden, deren Edition er vorab beantragt (hier: Protokollnotizen zu Besprechungen zwischen ihm und Mitarbeitenden der Klägerin; vgl. a.a.O.), sachlich ausser Stande, dieses besondere Vertrauensverhältnis in der Klageantwort usw. näher zu behaupten, muss nicht weiter erörtert werden – es wäre denn auch schlicht nicht ersichtlich, warum der Beklagte das nicht vermöchte. Die gesetzliche Anordnung der Art. 222 und 224 ZPO auferlegen dem Beklagten als wesentliche Aufgabe hinwieder nichts anderes, als mit der Klageantwort usw. den Sachverhalt darzustellen, also u.a. eben das angesprochene Vertrauensverhältnis näher zu behaupten. Sie verlangen hingegen von ihm als wesentliche Aufgabe gerade nicht, bereits den Nachweis, also den Beweis des von ihm Behaupteten zu erbringen. Dass er das Gegenteil dessen als seine Aufgabe vortragen lässt, in Umkehr der gesetzlichen Anordnungen und den damit verbundenen Wertungen der Interessenlagen beider Parteien, ändert daran einsichtigerweise nichts. Die Berufung erweist sich somit ebenfalls aus allen weiteren hier angesprochenen Gründen offensichtlich als unbegründet.

**3.4** Im Sinne einer Zusammenfassung bleibt festzuhalten, dass sich die Berufung aus mehreren Gründen im einzelnen und insgesamt als offensichtlich unbegründet erweist. Sie ist daher abzuweisen; das führt zugleich (vgl. Art. 318 Abs. 1 lit. a ZPO) zur Bestätigung des Beschlusses des Bezirksgerichtes vom 3. September 2012.

Bei diesem Ergebnis erübrigt es sich, auf die Auffassung des Bezirksgerichts im angefochtenen Beschluss einzugehen, wonach es dem Beklagten obgelegen hätte, seine Anträge auf Edition diverser Urkunden noch näher zu spezifizieren, namentlich die Urkundenbeweismittel genauer zu bezeichnen. Es mögen hier – bloss abrundend – die Anmerkungen genügen, dass diese Auffassung, soweit sie im Wesentlichen damit begründet wird, es gelte bei der vorsorglichen Beweisführung bzw. -abnahme darum, eine "fishing expedition" zu vermeiden (vgl. act. 5 [= act. 3 = act. 4/21] S. 5 f.), mit Blick auf das unter dieser Ziff. II/3 bereits Erwogene durchaus zutrifft. Sie trifft aber ebenso deshalb zu, weil von einer Partei, die im Rahmen eines bereits hängigen gerichtlichen Verfahrens die vorzeitige Beweisabnahme verlangt, erwartet werden muss, dass sie sowohl den Beweisgegenstand als auch die Beweismittel dazu in einer den Grundsätzen des Beweisrechts in etwa genügenden Art vorlegt, analog dem, wie es im Fall der Gefährdung der Beweismittel zu verlangen ist (gl.M. im Ergebnis etwa SCHMID, a.a.O., Art. 158 N 6), zumal Vergleichbares bereits vorprozessual zu beachten ist (vgl. BGE 138 III 81: "muss glaubhaft machen, dass ein Sachverhalt vorliegt ... zu dessen Beweis das abzunehmende Beweismittel dienen kann"). Dass das mit der Klagebegründung beginnende kontradiktorische Hin und Her, welches dem Herausschälen dessen dient, um das es im Urteil geht (vgl. FELLMANN, a.a.O., Art. 158 N 20), höhere Anforderungen an die Bezeichnung von Beweisgegenstand und Beweismittel durch eine Partei rechtfertigt als im vorprozessualen Stadium, ist dabei nur sachgerecht. Was der Beklagte dagegen in seiner Kritik am bezirksgerichtlichen Beschluss vorbringt, würde folglich ebenfalls nicht durchschlagen.

### III.

#### *(Kosten- und Entschädigungsfolge)*

Die Kosten- und Entschädigungsfolgen für das Berufungsverfahren können noch nicht definitiv geregelt werden, sondern erst im Rahmen des bezirksgerichtlichen Hauptverfahrens, und zwar gemäss dessen Ausgang (vgl. Art. 104 Abs. 1 und Abs. 3 ZPO). Sie sind deshalb dem Endentscheid des Bezirksgerichtes in der Hauptsache vorbehalten, der sich insoweit auch über den allfälligen Ersatz des

bezogenen Kostenvorschusses auszusprechen hat (vgl. Art. 111 Abs. 2 ZPO). Heute ist daher einzig die Entscheidgebühr festzusetzen, und zwar gemäss dem §12 Abs. 1 und 2 sowie dem § 8 Abs. 1 GebV OG und unter Berücksichtigung der weiteren Grundsätze, die bei der Bestimmung des Kostenvorschusses in der Verfügung vom 27. September 2012 angewandt und angezeigt wurden (vgl. act. 6 S. 2); deshalb kann hier ohne Weiteres darauf verwiesen werden.

**Es wird erkannt:**

1. Die Berufung wird abgewiesen und es wird der Beschluss vom 3. September 2012 des Bezirksgerichtes Zürich, 3. Abteilung, bestätigt.
2. Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren wird auf Fr. 10'000.-- festgesetzt und mit dem vom Berufungskläger und Beklagten geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
3. Die Verlegung der Kosten des Berufungsverfahrens und die Festsetzung einer allfälligen Parteientschädigung werden dem Endentscheid des Bezirksgerichts vorbehalten.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerin und Berufungsbeklagte unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an das Bezirksgericht Zürich, 3. Abteilung, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.  
Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Streitigkeit. Der Streitwert der Hauptsache beträgt rund Fr. 22'573'000.  
Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. A. Katzenstein

lic. iur. K. Houweling-Wili

versandt am: