

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF160016-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Ersatzrichter lic. iur. H. Meister sowie Gerichtsschreiberin MLaw N. Seebacher.

Urteil vom 14. März 2016

in Sachen

A._____ GmbH,

Klägerin und Berufungsklägerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

B._____,

Beklagte und Berufungsbeklagte,

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y1._____ und / oder Rechtsanwältin lic. iur. Y2._____,

betreffend
vorsorgliche Beweisführung

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Bülach vom 4. Februar 2016 (ET160001)

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2 f.)

- " 1. Es sei das Gesuch um vorsorgliche Beweisführung superprovisorisch gutzuheissen und die vorsorgliche Beweisführung in der Form der Abnahme des Beweismittels der Beweisaussage der Gesuchsgegnerin am Freitag, 5. Februar 2016, direkt im Anschluss an die Vergleichsverhandlung um 09.00 Uhr im Verfahren EE150007 am Bezirksgericht Bülach, durchzuführen.
2. Es seien der Gesuchsgegnerin im Rahmen der vorsorglichen Beweisführung unter Androhung der Strafe gemäss Art. 306 StGB die folgenden Fragen zu stellen oder durch die Gesuchstellerin stellen zu lassen:
[...]
3. Eventualiter sei eine Parteiaussage der Gesuchsgegnerin superprovisorisch als Beweismittel abzunehmen und der Gesuchsgegnerin die Fragen (1) bis (16) gemäss Antrag Ziff. 2 zu stellen oder durch die Gesuchstellerin stellen zu lassen.
4. Eventualiter sei nach Abnahme der Parteiaussage der Gesuchsgegnerin gemäss Antrag Ziff. 4 superprovisorisch die Beweisaussage der Gesuchsgegnerin als Beweismittel abzunehmen und der Gesuchsgegnerin die Fragen (1) bis (16) gemäss Antrag Ziff. 2 zu stellen oder durch die Gesuchstellerin stellen zu lassen.
5. Alles unter üblicher Kosten- und Entschädigungsfolge zzgl. MwSt."

Urteil des Einzelgerichts des Bezirkes Bülach vom 4. Februar 2016

(act. 5 = act. 9 = act. 11)

1. Das Gesuch der Klägerin um vorsorgliche Beweisführung vom 4. Februar 2016 wird abgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'500.- festgesetzt und der Klägerin auferlegt.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
- 4.-5. Schriftliche Mitteilung / Berufung

Berufungsanträge:

(act. 10 S. 2 ff.)

" 1. In Gutheissung der Berufung sei das Gesuch um vorsorgliche Beweisführung gutzuheissen und die vorsorgliche Beweisführung in Form der Abnahme des Beweismittels der Beweisaussage der Berufungsbeklagten innert 10 Tagen am Bezirksgericht Bülach durchzuführen und ihr unter Androhung der Strafe gemäss Art. 306 StGB die folgenden Fragen zu stellen oder durch die Gesuchstellerin stellen zu lassen:

[...]

2. Eventualiter sei das Gesuch um vorsorgliche Beweisführung gutzuheissen und die vorsorgliche Beweisführung in Form der Abnahme des Beweismittels der Parteibefragung sowie anschliessender Beweisaussage der Berufungsbeklagten innert 10 Tagen am Bezirksgericht Bülach durchzuführen für die in Ziff. 1 aufgezählten Fragen.
3. Eventualiter sei der Entscheid vom 4. Februar 2016 aufzuheben und der Vorinstanz zur Neuurteilung zurückzuweisen.
4. Die Prozesskosten (Gerichtskosten und Parteientschädigung; zzgl. MWST) des Berufungsverfahrens seien der Berufungsbeklagten aufzuerlegen."

Erwägungen:

I.

Sachverhalt und Prozessgeschichte

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

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

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

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

4. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 1-7). Da sich die Berufung der Klägerin – wie nachfolgend noch dazulegen wird – sofort als unbegründet erweist, kann in Anwendung von Art. 312 Abs. 1 ZPO auf das Einholen einer Berufungsantwort der Beklagten verzichtet werden. Das Verfahren erweist sich dementsprechend heute in allen Belangen als spruchreif.

II.

Prozessuale Vorbemerkungen

1. Der vorinstanzliche Entscheid betrifft ein Gesuch um vorsorgliche Beweisführung, auf welches die Bestimmungen über die vorsorglichen Massnahmen Anwendung finden (Art. 158 Abs. 1 ZPO). Erstinstanzliche Massnahmeentscheide sind grundsätzlich mit Berufung anfechtbar (Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO), wobei in vermögensrechtlichen Angelegenheiten die Berufung nur zulässig ist, wenn der Streitwert der zuletzt aufrecht erhaltenen Rechtsbegehren mindestens Fr. 10'000.– beträgt (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Zur Bestimmung des Streitwertes ist in Verfahren betreffend vorsorgliche Beweisführung aufgrund des allgemeinen Verweises in Art. 158 Abs. 2 ZPO an das Massnahmerecht anzuknüpfen, weshalb sich der Streitwert für die vorsorgliche Beweisführung nach dem Streitinteresse im Hauptprozess richtet (OGer ZH, LF110134 vom 12. Januar 2012; BGE 140 III 12, E. 3.3). Dieses beträgt vorliegend Fr. 241'556.–, entsprechend der Forderung,

welche die Klägerin in einem allfälligen Hauptprozess gegen die Beklagte geltend machen will (vgl. act. 1 S. 4 ff.). Die Berufung ist dementsprechend zulässig.

2. Die Berufung gegen einen im summarischen Verfahren erlassenen Entscheid ist bei der Rechtsmittelinstanz innert 10 Tagen seit Zustellung des begründeten Entscheides schriftlich einzureichen (Art. 311 Abs. 1 i.V.m. Art. 314 Abs. 1 ZPO). Es gilt die Rüge- bzw. Begründungsobliegenheit, was bedeutet, dass die Berufung führende Partei sich mit den Erwägungen der Vorinstanz im Einzelnen auseinanderzusetzen und konkret aufzuzeigen hat, was am angefochtenen Urteil oder am Verfahren des Bezirksgerichts falsch war (BGE 138 III 374, E. 4.3.1). Da die vorliegende Berufung rechtzeitig (vgl. act. 7) erhoben wurde, konkrete Begehren sowie eine Begründung enthält (Art. 311 Abs. 1 ZPO) und auch der Vorschuss geleistet wurde (act. 16), ist auf die Berufung einzutreten.

3. Mit der Berufung kann sowohl die unrichtige Rechtsanwendung wie auch die unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Gerügt werden kann auch die (blosse) Unangemessenheit eines Entscheides, da es sich bei der Berufung um ein vollkommenes Rechtsmittel handelt. Neue Tatsachen und Beweismittel werden nur im Rahmen von Art. 317 Abs. 1 ZPO zugelassen, d.h. wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten.

Die Berufungsinstanz ist weder an die Argumente der Parteien noch an die Begründung des vorinstanzlichen Entscheides gebunden (vgl. BGE 133 II 249 E. 1.4.1). Im Entscheid über die Berufung ist auf die erhobenen Rügen einzugehen. Die Begründungspflicht (Art. 53 ZPO) verpflichtet das Gericht indes nicht dazu, sich mit jedem einzelnen rechtlichen oder sachverhaltlichen Einwand der Parteien eingehend auseinanderzusetzen. Vielmehr darf sich das Gericht in der Begründung seines Entscheids auf die wesentlichen Überlegungen konzentrieren, von welchen es sich hat leiten lassen und auf die sich sein Entscheid stützt. Dem ist im Folgenden nachzuleben.

III.

Vorinstanzlicher Parteistandpunkt und Entscheid

1. Die Klägerin hat zur Begründung des ihr gegen die Beklagte zustehenden materiellrechtlichen Anspruchs zusammengefasst ausgeführt, nach der Trennung der Eheleute D._____/B._____, sei es zu verschiedenen Gesprächen gekommen, in deren Rahmen man eine Lösung für die weitere Regelung des Getrenntlebens gesucht habe. Sie habe ihren Geschäftsführer D._____, hierbei unterstützt. Im Zuge der geführten Gespräche habe man schliesslich eine für alle Beteiligten tragbare Einigung erzielt. Als Teil dieser Einigung habe sie der Beklagten mittels Überweisung vom 4. September 2015 eine einmalige Kapitalabfindung von Fr. 182'000.– ausgerichtet, welche als "Bonus" bezeichnet worden sei (act. 1 S. 5 f.). Da ein früher bestehendes Arbeitsverhältnis der Beklagten mit ihr im Januar 2015 aufgelöst worden sei (act. 1 S. 5) und die Arbeitsleistungen der Beklagten im Jahr 2014 alles andere als befriedigend gewesen seien, hätte die Beklagte keinen Bonus (im herkömmlichen Sinne) zugesprochen erhalten. Der Beklagten sei auch zuvor noch nie ein Bonus zugesprochen worden. Der einzige Grund eine als "Bonus" bezeichnete Kapitalabfindung an die Beklagte zu zahlen, sei ihr alleiniges Interesse daran gewesen, ihren Geschäftsführer von den durch die Trennung entstehenden privaten Unannehmlichkeiten zu entlasten. Die Überlegung sei gewesen, dass sich ihr Geschäftsführer wieder vollumfänglich um das Unternehmen kümmern könne, sobald die Angelegenheit mit seiner Ehefrau durch einen endgültigen *clean cut* geregelt sei. Daher sei die Vereinbarung, wie dies bei aussergerichtlichen Vereinbarungen üblich sei, unter der auflösenden Bedingung gestanden, dass die Parteien akzeptieren würden, per Saldo aller gegenseitigen Ansprüche vollständig auseinandergesetzt zu sein und sie es entsprechend unterlassen würden, gerichtlich oder anderweitig Ansprüche irgendwelcher Art gegenüber einer Partei des Vergleichs geltend zu machen (act. 1 S. 6). Zudem sei gemäss dieser ausgerichtlichen Einigung vorgesehen gewesen, dass trotz Fehlens eines Arbeitsverhältnisses der Beklagten ein Lohn für die Monate Februar bis September 2015 bezahlt werden solle. Als Bedingung sei vereinbart worden, dass die Beklagte per sofort in ein neues Anstellungsverhältnis mit ihr (mit demselben

Lohn wie im alten Arbeitsverhältnis) eintrete und inskünftig vollmotiviert für sie arbeite und einen entsprechenden Umsatz generiere. In der Folge habe sie der Beklagten acht Monatslöhne (für die Monate Februar bis September 2015) als eine Art Antrittsprämie überwiesen, gesamthaft Fr. 59'556.–. Insgesamt habe die Beklagte von ihr Fr. 241'556.– ausbezahlt erhalten, um einen allumfassenden *clean cut* zwischen ihrem Geschäftsführer und der Beklagten herbeizuführen. Die Beklagte habe dann aber weder das Arbeitsverhältnis angetreten, noch habe sie wie vereinbart von der gerichtlichen Geltendmachung weiterer Ansprüche abgesehen. Vielmehr habe die Beklagte im notwendigerweise durchzuführenden Eheschutzverfahren monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 28'750.– verlangt. Die auflösende Bedingung, unter der die Leistungen des aussergerichtlichen Vergleichs getätigt worden seien, sei somit eingetreten. Somit stehe ihr gegenüber der Beklagten ein Anspruch auf die Rückzahlung des Betrages von Fr. 241'556.– zu (act. 1 S. 7).

Im Zusammenhang mit dem Vorliegen eines schutzwürdigen Interesses an einer vorsorglichen Beweisabnahme hat die Klägerin ferner vorgebracht, es sei strittig, ob die Zahlungen aufgrund eines Vergleiches oder aufgrund von Arbeitsleistungen erfolgt seien. Da der Vergleichsvertrag mündlich abgeschlossen worden sei, herrsche bei ihr eine beweisnotstandähnliche Situation (act. 1 S. 8). Sie trage mit einer allfälligen Forderungsklage in der Höhe von Fr. 241'556.– ein erhebliches Kosten- und Beweisrisiko, da sie mittels Regelbeweis das Zustandekommen des erwähnten (mündlichen abgeschlossenen) Vergleichsvertrages beweisen müsse. Dieser Vergleichsvertrag lasse sich hauptsächlich aus den Aussagen der Parteien rekonstruieren. Dabei habe die Beklagte ein Interesse daran, einen solchen Vergleichsvertrag als nicht gegeben darzustellen und ihre Aussagen – nach der Einreichung der Forderungsklage – auf den Klageinhalt und die offerierten (und beigelegten) Beweismittel abzustimmen. Die vorsorgliche Beweisführung solle deshalb in erster Linie einen Überraschungseffekt zeitigen, bei dem die Beklagte möglichst unbefangen, korrekt und ohne vorgängige Vorbereitung durch ihre Rechtsvertretung Stellung nehmen solle (act. 1 S. 9). In zweiter Linie solle die vorsorgliche Beweisführung (in der Form der Abnahme der Beweisaussage der Beklagten) der Abklärung der Beweisaussichten und somit der Prozesschancen in

einem ansonsten aufwändigen Prozess dienen. Das Gesuch um vorsorgliche Beweisführung diene darum auch der Prozessökonomie (act. 1 S. 9).

2. Die Vorinstanz hat ihren abweisenden Entscheid im Wesentlichen damit begründet, dass die Klägerin nicht über ein schützenswertes Interesse an der von ihr beantragten vorsorglichen Beweisführung verfüge (act. 9 S. 5 ff., E. 6-7).

So sei der Klägerin die Position der Beklagten bereits bekannt und sie wisse deshalb bereits heute um das (nach Einschätzung der Klägerin offenbar hohe) Risiko, dass die Beklagte ihrer Darstellung widersprechen werde. Basierend darauf könne die Klägerin ihr Prozessrisiko bereits heute abschätzen, was sie in ihrem Gesuch denn auch schon getan habe (act. 9 S. 5, E. 6). Weiter bestehe kein schützenswertes Interesse an dem von der Klägerin durch die Befragung der Beklagten beabsichtigten Überraschungseffekt. Einerseits müsse davon ausgegangen werden, dass die Parteien bzw. ihre Rechtsvertreter sich in der offenbar seit längerer Zeit andauernden Streitigkeit bereits ausführlich über ihre jeweiligen Positionen informiert hätten, wobei im Eheschutzverfahren offenbar bereits eine Hauptverhandlung stattgefunden habe; schon aufgrund dessen sei das Vorliegen eines Interesses an einem Überraschungseffekt zu verneinen (act. 9 S. 5, E. 7.2).

Zudem sei das Erzielen eines Überraschungseffektes bei einer Einvernahme generell nicht schutzwürdig: Zwar sei es zutreffend, dass bei der Frage, ob eine vorsorgliche Beweisführung superprovisorisch anzuordnen (und dementsprechend ein Überraschungseffekt notwendig) sei, zu berücksichtigen sei, ob Vereitelungsgefahr bestehe. Zunächst sei allerdings die Frage zu beantworten, ob überhaupt eine Beweisabnahme zu erfolgen habe, also insbesondere, ob daran ein schutzwürdiges Interesse bestehe. Dass ein Interesse an einem Überraschungseffekt per se schutzwürdig sei, sei damit also noch nicht gesagt (act. 9 S. 6, E. 7.3.). Aus der Begründung der Klägerin ergebe sich, dass im Wesentlichen eine inhaltliche Veränderung des verfügbaren Beweismittels zu befürchten sei. Durchaus richtig sei, dass dies – sei es unter dem Titel der Gefährdung des Beweismittels oder unter dem Titel des schutzwürdigen Interesses – meistens zureichender Anlass für eine vorsorgliche Beweisabnahme bilde, etwa wenn eine Veränderung von Dokumenten oder eine Beeinflussung von Zeugen durch die

Gegenpartei ernsthaft zu befürchten sei. Allerdings handle es sich bei der Beweisaussage um ein spezielles Beweismittel. Zwar weise die Klägerin zu Recht darauf hin, dass die Partei- bzw. Beweisaussage zumindest grundsätzlich kein subsidiäres Beweismittel sei, was ihren Beweiswert angehe. Richtig sei auch, dass eine Partei- bzw. Beweisaussage formell grundsätzlich auch im Rahmen einer vorläufigen Beweisabnahme abgenommen werden könne. Dennoch müsse der Tatsache Rechnung getragen werden, dass Partei-bzw. Beweisaussagen Besonderheiten aufweisen würden: "Prototypische" Beweise seien von den Parteien mehr oder weniger unabhängig, sei es, weil es sich um Sachbeweise handle, sei es, weil es sich um grundsätzlich neutrale Zeugen handle. Die Partei- bzw. Beweisaussage sei insofern anders, als sie von einer Partei stamme, welche im Verfahren ihren eigenen Standpunkt und ihre eigenen Interessen vertrete. Die Funktion der Partei- bzw. Beweisaussage sei die, dass eine Partei dazu angehalten werde, ihren in der Regel bereits geäußerten Standpunkt noch einmal unter Strafdrohung zu wiederholen, dies in der (in Tat und Wahrheit wohl oftmals weitgehend fiktiven) Annahme, die Partei werde durch die Strafdrohung eher wahrheitsgemässe und somit verwertbarere Aussagen machen. Die Funktion der Partei- bzw. Beweisaussage sei es also, die Partei ihren Standpunkt quasi noch einmal "feierlich bekräftigen" zu lassen. Nicht Funktion einer solchen Aussage sei es hingegen, die Partei zu überrumpeln, unter Druck zu setzen oder dazu zu zwingen, überstürzt und unvorbereitet Aussagen zu einem Thema zu machen. Vor diesem Hintergrund sei es missbräuchlich, die Beklagte in der Art zu überrumpeln, wie die Klägerin dies beantrage; ihre Befragung würde dadurch auf dem Weg der vorsorglichen Beweisaussage einen inquisitorischen, compulsiven Charakter bekommen, welcher in dieser Art prozessrechtlich nicht vorgesehen sei. Zusätzlich sei die Beklagte dazu gezwungen, ihren Standpunkt in einem etwaigen Forderungsprozess zwischen den Parteien bereits im Vorfeld in den wesentlichen Punkten formell verbindlich offenzulegen. Dadurch werde ihre prozessuale Stellung ungerechtfertigterweise verändert. Als Beklagte habe sie sich nämlich erst nach der Klägerin zu äussern. Das Instrument der Partei- bzw. Beweisaussage ändere an diesem Grundsatz nichts. Damit sei es ebenfalls missbräuchlich, die prozessuale Stellung der Beklagten auf dem Weg der vorläufigen Beweisabnah-

me zu schmälern (act. 9 S. 7, E. 7.3). Hinzu kämen nach Meinung der Vorinstanz quasi unüberwindbare praktische Probleme, da die Beklagte jedenfalls faktisch die Aussage verweigern könne (act. 9 S. 8, E. 7.3).

IV.

Zur Berufung im Einzelnen

1. Die Klägerin wirft der Vorinstanz vor, sie habe Art. 158 ZPO unrichtig angewendet, indem sie das von ihr geltend gemachte schutzwürdige Interesse an einer vorsorglichen Beweisführung zu Unrecht verneint habe.

Anzumerken ist, dass das Argument des Überraschungseffektes im Berufungsverfahren nicht aufrecht erhalten wird (act. 10 S. 14 f.). Vielmehr hat die Klägerin ihre Berufung einzig mit dem Interesse an der vorsorglichen Einvernahme der Beklagten zur Abklärung ihrer Prozesschancen begründet (act. 10 S. 6 ff., S. 15). Weiterungen zur Schutzwürdigkeit des von der Klägerin ursprünglich beabsichtigten Überraschungseffektes erübrigen sich damit und es ist im Folgenden einzig zu prüfen, ob der Klägerin entgegen der Vorinstanz ein schutzwürdiges Interesse an der Durchführung einer vorsorglichen Beweisführung zur Abklärung ihrer Beweis- und Prozessaussichten für einen allfälligen Forderungsprozess gegen die Beklagte zukommt.

2. Gemäss Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO nimmt das Gericht jederzeit Beweis ab, wenn die gesuchstellende Partei eine Gefährdung der Beweismittel oder ein schutzwürdiges Interesse glaubhaft macht. Gemäss der Botschaft wird mit dem Begriff des schutzwürdigen Interesses in Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO auf die Möglichkeit Bezug genommen, eine vorsorgliche Beweisführung auch zur Abklärung der Beweis- und Prozessaussichten durchzuführen. Diese Möglichkeit soll dazu beitragen, aussichtslose Prozesse zu vermeiden (Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28. Juni 2006, BBl 2006 7221, S. 7315; BGE 138 III 76 E. 2.4.2 S. 81). Mit der blossen Behauptung eines Bedürfnisses, Beweis- und Prozessaussichten abzuklären, ist ein schutzwürdiges Interesse an einer vorsorglichen Beweisführung jedoch noch nicht hinreichend glaubhaft gemacht. Eine vor-

sorgliche Beweisführung kann nur mit Blick auf einen konkreten materiellrechtlichen Anspruch verlangt werden, hängt doch das Interesse an einer Beweisabnahme vom Interesse an der Durchsetzung eines damit zu beweisenden Anspruchs ab. Eine gesuchstellende Partei, die sich auf Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO stützt, muss daher glaubhaft machen, dass ein Sachverhalt vorliegt, gestützt auf den ihr das materielle Recht einen Anspruch gegen die Gegenpartei gewährt, und zu dessen Beweis das abzunehmende Beweismittel dienen kann (BGE 138 III 76 E. 2.4.2; BGE 140 III 16 E. 2.2.2 je m.w.H.).

2.1 a) Die Klägerin stellt sich auf den Standpunkt, sie habe ihr Gesuch um vorsorgliche Beweisaussage ausdrücklich damit begründet, dass sie ihre Prozesschancen abgeklärt haben wolle, was gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ein hinreichendes schutzwürdiges Interesse darstelle (act. 10 S. 6). Der von ihr dargestellte materiell-rechtliche Anspruch erscheine liquid und nachvollziehbar, soweit der behauptete Sachverhalt stimme. Ein liquides Beweismittel für die von ihr behauptete Vereinbarung gebe es aber nicht, insbesondere hätten die Parteien keinen schriftlichen Vertrag geschlossen. Bewiesen und unbestritten sei, dass die Zahlungen erfolgt seien und dass die Beklagte eherechtliche Ansprüche im Eheschutzverfahren gestellt habe. Einziges Beweismittel, welches über den Rechtsgrund der Zahlung (einschliesslich der besagten Resolutivbedingung) Auskunft geben könne, sei die Aussage der Parteien, allen voran die Aussage der Beklagten. Es sei anzunehmen, dass D._____, der gleichzeitig ihr Geschäftsführer und der Ehemann der Beklagten sei, den von ihr dargestellten Sachverhalt bestätigen werde, seine Aussage aber im Rahmen der Beweiswürdigung nicht alleine den Beweis für den behaupteten Sachverhalt werde erbringen könne. Vielmehr werde es bei der Beweiswürdigung entscheidend auf die Aussage der anderen Partei, der Beklagten, ankommen, aus welchem Grund und in welchem Kontext sie die Zahlung erhalten habe. Wolle man demnach von der eigenen Parteiaussage absehen (die ja immer als Beweismittel existiere), bestehe ein einziges Beweismittel, nämlich die Aussage der Beklagten. Da das abzunehmende Beweismittel das einzige darstelle, könne eine Glaubhaftmachung des anspruchsbegründenden Sachverhaltes ohnehin nicht verlangt werden; das schutzwürdige Interesse sei mit dessen substantiiertem Behauptung hinreichend erstellt; alleine

schon deshalb hätte die Vorinstanz das Gesuch gutheissen und die Beweisaussage durchführen müssen (act. 10 S. 8).

b) Die Klägerin übersieht, dass die von ihr zitierte bundesgerichtliche Rechtsprechung einzig die Frage betrifft, inwieweit Tatsachen, zu deren Beweis die vorsorgliche Beweisführung dienen kann, im Rahmen eines Gesuchs um vorsorgliche Beweisführung bereits zu substantiieren sind. Konkret hat das Bundesgericht in diesem Zusammenhang klargestellt, dass für solche Tatsachen keine eigentliche Glaubhaftmachung verlangt wird, da sonst der Zweck von Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO, nämlich die vorprozessuale Abklärung von Beweisaussichten zu ermöglichen, vereitelt würde. Stellt das abzunehmende Beweismittel das einzige dar, mit dem die gesuchstellende Partei ihren Anspruch beweisen kann, muss es deshalb nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung genügen, dass sie das Vorliegen der anspruchsbegründenden Tatsachen lediglich substantiiert behauptet (BGE 138 III 76 E. 2.4.2 m.w.H.). Für den vorliegenden Fall bedeutet dies, dass die Klägerin den von ihr behaupteten Rückerstattungsanspruch nicht glaubhaft machen, sondern lediglich substantiiert behaupten muss. Entgegen der Klägerin ergibt sich aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung jedoch nicht, dass ein schutzwürdiges Interesse im Sinne von Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO alleine durch den Umstand begründet wird, dass nur ein einziges Beweismittel in Frage kommt. Dass die Vorinstanz das Gesuch der Klägerin nur schon deshalb hätte gutheissen müssen, weil die Klägerin einen materiellrechtlichen Anspruch, zu dessen Beweis (angeblich) nur ein einziges Beweismittel in Frage kommt, substantiiert behauptet hat, erweist sich dementsprechend als unzutreffend.

Nur der Vollständigkeit halber anzufügen ist, dass es gemäss Frage 9 der gemäss Antrag der Klägerin an die Beklagte im Rahmen der Beweisaussage zu stellenden Fragen zumindest zwei weitere Zeugen für einen allfälligen Vergleichsvertrag zu geben scheint (vgl. act. 1 S. 3; act. 10 S. 3: "*Hat der Geschäftsführer der Gesuchstellerin Ihnen gegenüber in den Vergleichsgesprächen, unter anderem in Gegenwart von zwei Rechtsanwältinnen, d.h. in Gegenwart von zwei potentiellen Zeugen [...]?*"), weshalb nicht ohne Weiteres davon ausgegangen werden kann, dass es sich bei der Aussage der Beklagten um das einzige Beweismittel

für den Standpunkt der Klägerin handelt. Da – wie gesagt – jedoch unabhängig von der Anzahl verfügbarer Beweismittel immer auch ein schutzwürdiges Interesse an der vorzeitigen Beweisabnahme vorliegen muss, erübrigen sich diesbezügliche Weiterungen.

2.2 a) Weiter bemängelt die Klägerin, die Vorinstanz habe ein schutzwürdiges Interesse an der von ihr beantragten Beweisabnahme zu Unrecht mit dem Argument abgewiesen, der Standpunkt der Beklagten sei ihr bereits bekannt. Dies treffe nicht zu; vielmehr müsse die Beklagte mit ausdrücklicher Aufforderung zur wahrheitsgemässen Aussage und unter Androhung der Straffolge erst noch förmlich zum Sachverhalt befragt werden und sich zu sämtlichen damit zusammenhängenden Fragen äussern (act. 10 S. 10). Erst aufgrund der Beweisaussage der Beklagten werde sie abschätzen können, ob der Rückforderungsprozess Aussicht auf Erfolg habe. Mit dem vorinstanzlichen Entscheid werde sie aber dazu gezwungen, auf Geratewohl gegen die Beklagte einen Forderungsprozess einzuleiten, einen umfassenden Schriftenwechsel abzuwarten und namhafte Kosten zu bevorschussen, um dann in einigen Jahren im Rahmen einer Hauptverhandlung zu erfahren, dass man sich dies alles eigentlich hätte sparen können, wenn nur die vorsorgliche Beweisführung gestattet worden wäre. Genau vor dieser Situation wolle das Institut der vorsorglichen Beweisführung aber schützen, indem vor Verfahrenseinleitung die Prozessaussichten abgeklärt würden (act. 10 S. 10).

b) Ob die (Partei- oder) Beweisaussage der Gegenpartei im Rahmen einer vorsorglichen Beweisführung bereits vor Einleitung des Hauptprozesses als Beweismittel abgenommen werden kann, ist in der Literatur umstritten. Der die Zulässigkeit verneinende Teil der Lehre argumentiert, die vorsorgliche Beweisführung dürfe nicht zur Folge haben, dass die von der Beweisabnahme betroffene Person in ihrer zukünftigen Prozessführung und Verteidigung eingeengt werde. Eine vorsorgliche persönliche Befragung der Partei oder eine Beweisaussage würde die Prozessführung und -taktik im allenfalls folgenden Prozess jedoch wesentlich beeinflussen und beeinträchtigen (ISAAK MEIER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, S. 311; BK ZPO-BRÖNNIMANN, Art. 158 N 16; wohl auch JOHANN ZÜRCHER, Dike-Komm ZPO, Online Stand 20. Oktober 2013, Art. 158 N 18). Diese

Problematik wird auch von die Zulässigkeit befürwortenden Teil der Lehre erkannt, doch verweisen diesen Autoren darauf, dass dieses Problem dadurch entschärft werde, dass der Gegenpartei nicht nur die Verweigerungsrechte nach Art. 163 ZPO offen stünden, sondern die Verweigerung der Aussage im Rahmen der Parteibefragung und der Beweisaussage vorprozessual generell keine Konsequenzen habe. So berücksichtige das Gericht die Weigerung mitzuwirken nämlich erst bei der Beweiswürdigung (Art. 164 ZPO) und eine solche finde bei der vorsorglichen Beweisführung vor Einleitung des Prozesses eben gerade nicht statt (ZK ZPO-FELLMANN, 3. Aufl. 2016, Art. 158 N 30; ähnlich: TANJA DOMEJ, Art. 158 ZPO in der Praxis - Ende einer Hoffnung?, in: HAVE 2014 S. 69 ff., S. 86).

Die Vorinstanz hat die Zulässigkeit der Befragung der Gegenpartei im Rahmen einer vorsorglichen Beweisführung bejaht (act. 6 S. 6, E. 7.3), hat aber gleichzeitig auf die vorgenannte Problematik verwiesen und dazu festgehalten, es erweise sich als missbräuchlich, die prozessuale Stellung der Beklagten auf dem Weg der vorsorglichen Beweisabnahme zu schmälern (act. 6 S. 7, E. 7.3). Auch hat sie auf die sich ergebenden praktischen Probleme verwiesen, weil die Beklagte ihre Aussage faktisch verweigern könnte (act. 6 S. 8, E. 7.3). Endlich kann die Frage der grundsätzlichen Zulässigkeit der vorprozessualen Abnahme der Beweisaussage der Gegenpartei im vorliegenden Verfahren jedoch offen gelassen werden, da im konkreten Fall ein schützenswertes Interesse der Klägerin an der vorprozessualen Abnahme der Beweisaussage der Beklagten von vornherein zu verneinen ist. Dazu Folgendes:

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

zesses nie mit Gewissheit feststehe, wie ein Zeuge aussage und im Verfahren der vorsorglichen Beweisführung keine Beweiswürdigung stattfinde (BGer 4A.118/2012 vom 19. Juni 2012, E. 2.2). Zur Begründung eines schutzwürdigen Interesses zur Abklärung der Prozessaussichten muss vielmehr eine Konstellation vorliegen, in welcher die vorsorgliche Beweisabnahme prozessökonomisch sinnvoll erscheint, so z.B. bei einer Expertise zur Abklärung der Kausalität der Unfallfolgen oder der Echtheit eines Bildes. Im Auge zu behalten ist insbesondere, dass eine vorsorgliche Beweisführung nie zur definitiven Klärung eines bestimmten Sachverhaltselementes oder -komplexes führt, da erst im Hauptprozess alle Elemente des Sachverhaltes im Recht liegen und zum Gegenstand eines Beweisverfahrens gemacht werden können. Erst dieser führt deshalb zu definitiven Erkenntnissen, speziell bezüglich Relevanz von Tatsachenbehauptungen, Beweislast und Beweiswürdigung (SCHMID, a.a.O., Art. 158 N 4; ZÜRCHER, a.a.O., Art. 158 N 14; DOMINIK GASSER/BRIGITTE RICKLI, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 2014, Art. 158 N 4; vgl. auch BGer 4A_532/2011 vom 31. Januar 2012, E. 2.1.1 [nicht publiziert in BGE 138 III 76]).

b) Vorliegend führt die Klägerin grundsätzlich selbst an, die Beklagte bestreite den von ihr dargestellten Sachverhalt bzw. insbesondere den den Zahlungen zugrunde liegenden Rechtsgrund des Vergleichsvertrages und stelle sich stattdessen auf den Standpunkt, die Zahlungen seien aufgrund erbrachter Arbeitsleistungen erfolgt (act. 1 S. 8). Das ihrer Meinung nach dennoch bestehende Interesse an einer vorsorglichen Beweisführung zur Abklärung der Prozesschancen begründet sie damit, dass entgegen der Haltung der Vorinstanz nicht davon ausgegangen werden könne, die Beklagte werde ihren Ausführungen im Rahmen einer Beweisaussage ohnehin widersprechen. Vielmehr zeige sich aus anwaltlicher Perspektive, dass die Mehrheit der Menschen oftmals grösste Schwierigkeiten bekunde, generell oder gerade vor Gericht zu lügen, ohne zu erröten. Deshalb mache es einen Unterschied, ob die Beklagte über ihre Anwältin ausrichten lasse, dass es die behauptete Vereinbarung nicht gegeben habe, oder ob die Beklagte selbst, dem Richter in die Augen schauend, auf klare Fragen antworten müsse. Es gebe durchaus Menschen, die in solchen Situationen schamlos lügen könnten,

doch würden die meisten Menschen den Sachverhalt zugeben oder sich in unglaubwürdigen Aussagen und Ausreden verlieren (act. 10 S. 11).

c) Diese Ausführungen der Klägerin ändern nichts daran, dass die beantragte vorzeitige Beweisabnahme vorliegend keinem prozessökonomischen Ziel entspricht und insbesondere nicht glaubhaft ist, dass die vorzeitige Beweisabnahme der Klägerin eine bessere Abschätzung ihrer Prozesschancen ermöglicht. Vielmehr hat die Vorinstanz zutreffend festgehalten, die Klägerin könne das bestehende Prozessrisiko aufgrund der ihr bekannten Position der Beklagten bereits heute hinreichend abschätzen (act. 9 S. 5, E. 6). Dass die Klägerin sinngemäss geltend macht, es sei nicht ausgeschlossen, dass die Beklagte im Rahmen der vorsorglichen Beweisführung den von ihr geltend gemachten Sachverhalt eingestehe, begründet kein schützenswertes Interesse an einer vorzeitigen Abnahme der Beweisaussage der Beklagten. Zunächst könnte nämlich mit diesem Argument in jedem Fall, in welchem die Gegenpartei den klägerischen Standpunkt bestreitet, ihre Befragung im Rahmen einer vorsorglichen Beweisführung verlangt werden. Wie die Vorinstanz richtig festgehalten hat, ist es zudem nicht Zweck der Beweisaussage, die Gegenpartei mit der damit verbundenen Strafandrohung unter Druck zu setzen (act. 6 S. 7, E. 7.3). Auch der Hinweis darauf, dass die Parteibefragung und die Beweisaussage der freien Beweiswürdigung unterliegen würden, weshalb es für den Ausgang des Verfahrens betreffend die Abklärung der Prozesschancen nicht nur darauf ankomme, was die Beklagte wortwörtlich antworte, sondern auch auf die Art und Weise, wie dies geschehe (act. 10 S. 11), vermag, zumindest im vorliegenden Fall, in welchem die grundsätzliche Haltung der Gegenpartei bereits bekannt ist, kein prozessökonomisches Ziel an der vorzeitigen Abnahme dieses Beweismittels zu begründen. Die Klägerin verkennt, dass im Rahmen der vorsorglichen Beweisführung – wie bereits gesagt – eben gerade keine Beweiswürdigung stattfindet. Ob die Beklagte in ihren Aussagen glaubwürdig gewirkt hat (act. 10 S. 11), wird dementsprechend im Rahmen der vorsorglichen Beweisführung nicht gewürdigt. Wenn die Klägerin ferner argumentiert, sie habe ein Interesse daran, bei der Bestimmung ihrer Prozessaussichten auch auf ihren (persönlichen) Eindruck abzustellen, ob die Beklagte in ihrer Aussagen glaubwürdig gewirkt habe oder nicht, verkennt sie, dass es bei der Be-

weiswürdigung einzig auf die Meinung des Gerichts ankommt; ein schutzwürdiges Interesse an einer Partei- oder Beweisaussage wäre deshalb nur dann zu bejahen, wenn aus dieser Aussage zuverlässige Erkenntnisse darüber gewonnen werden könnten, wie das für die Hauptsache zuständige Gericht die Beweisaussage einst würdigen wird. Dies ist vorliegend nicht der Fall.

d) Hinzu kommt, dass Beweisausforschungsbegehren im Rahmen der vorsorglichen Beweisführung generell unzulässig sind, dient diese doch nicht der Klärung des Sachverhaltes, sondern zu dessen Beweis (dazu FELLMANN, a.a.O., Art. 158 N 17b m.w.H.). Demgemäss darf die vorsorgliche Beweisaussage der Gegenpartei gestützt auf Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO nicht zur Informationsbeschaffung und Sachverhaltsklärung angerufen werden, um hernach gestützt auf die dadurch gewonnen Erkenntnisse die für die Anspruchsbegründung relevanten Tatsachen in den Prozess einzubringen. Andernfalls würde über diese Bestimmung – auch in Fällen ohne entsprechende Grundlage im materiellen Recht bzw. unabhängig vom Vorliegen der Voraussetzung eines entsprechenden, materiellrechtlichen Informationsanspruchs – eine Möglichkeit geschaffen, die Gegenpartei zu Informationszwecken zu befragen, was nicht Sinn und Zweck der Norm sein kann. Soweit die Klägerin ihr Interesse an der vorsorglichen Beweisführung deshalb im Weiteren damit begründet, dass selbst wenn die Beklagte die behauptete Vereinbarung im Rahmen der Beweisaussage bestreite, es doch möglich sei, aus ihren Aussagen beispielsweise Hinweise darauf zu gewinnen, dass nach dem Vertrauensprinzip eben doch ein Vertrag zustande gekommen sei (act. 10 S. 11 f.), ist dies von vornherein nicht schutzwürdig.

e) Damit hat die Vorinstanz das Bestehen eines schutzwürdigen Interesses im Sinne von Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO richtigerweise verneint und das Gesuch der Klägerin um vorsorgliche Beweisführung zu Recht abgewiesen. Die Berufung der Klägerin erweist sich damit als unbegründet und ist deshalb abzuweisen.

V.

Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Ausgangspunkt für die Kostenberechnung für das Berufungsverfahren bildet in vermögensrechtlichen Streitigkeiten gestützt auf § 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 4 Abs. 1 GebV OG der Streitwert. Dieser beträgt vorliegend Fr. 241'556.– (vgl. vorstehend Ziff. II.2). Ausgehend davon ist die Entscheidgebühr für das zweitinstanzliche Verfahren gestützt auf § 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. §§ 4 Abs. 1 und 2 sowie 8 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 2'500.– festzusetzen.
2. Ausgangsgemäss wird die Klägerin für das zweitinstanzliche Verfahren kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO), wobei die Gerichtskosten gestützt auf Art. 111 Abs. 1 ZPO aus dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss zu beziehen sind. Der Beklagten ist mangels Umtriebe im zweitinstanzlichen Verfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen, und der Entscheid des Einzelgerichts des Bezirkes Bülach vom 4. Februar 2016 bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'500.– festgesetzt, der Klägerin und Berufungsklägerin auferlegt und aus dem von dieser geleisteten Kostenvorschuss bezogen.
3. Der Beklagten und Berufungsbeklagten wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte und Berufungsbeklagte unter Beilage des Doppels von act. 10, und an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein, sowie an die Obergerichtskasse.

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

5. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG sowie ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 241'556.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw N. Seebacher

versandt am:
15. März 2016