

Internationale Rechtshilfe. Haager Übereinkommen über die Beweisaufnahme im Ausland in Zivil- und Handelssachen vom 18. März 1970 (HBewÜ70, SR 0.274.132).

Art. 2 BewÜ70: Rechtshilfeersuchen werden der Zentralen Behörde des ersuchten Staates ohne Beteiligung einer weiteren Behörde übermittelt. Wie diese Übermittlung geschieht, spielt grundsätzlich keine Rolle (Erw. II.2-2.2); **Art. 1 Abs. 2 HBewÜ70:** Es ist nicht erforderlich, dass beim ersuchenden Gericht bereits ein Verfahren rechtshängig ist (Erw. II.3); **Art. 3 HBewÜ70,** Ausforschungsbeweise und „fishing expeditions“: Zwei Schutzmechanismen des HBewÜ70 (Erw. II.4); Vorbehalt Ziff. 6 der Schweiz zu **Art. 23 HBewÜ70,** lit. d, Gefährdung schutzwürdiger Interessen: Sinn und Zweck dieses Vorbehalts bestehen darin, der den schweizerischen Interessen zuwiderlaufenden Gefahr von Editionsbegehren mit Ausforschungscharakter zu begegnen. Es wird kein absoluter Schutz des Bankgeheimnisses statuiert. Im konkreten Fall muss eine konkrete Gefährdung bestehen; die Berufung auf das Bankgeheimnis als solches genügt grundsätzlich nicht (Erw. II.4-4.4); **Art. 9 Abs. 1 HBewÜ70, §§ 184 Abs. 1 und 160 ZPO:** Das Zivilprozessrecht des ersuchten Staates entscheidet über ein allfälliges Auskunfts- bzw. Zeugnisverweigerungsrecht. Die Frage, ob die durch den Einzelrichter zur Edition verpflichtete Bank von ihrer Mitwirkungspflicht zu entbinden ist, stellt sich erst dann, wenn sie sich als Geheimnisträgerin auf das Verweigerungsrecht gegenüber dem Einzelrichter beruft und nicht bereits bei der Frage, ob das Rechtshilfeersuchen als solches zulässig und daher durchzuführen ist (Erw. II.5).

Aus den Erwägungen:

„II.2. Die Rekurrentin (Bank X. in Zürich) macht vorab geltend, das Rechtshilfeersuchen müsse gemäss Art. 3 lit. a HBewÜ70 von einer Behörde ausgehen und nicht von einer Privatperson. Als Absender nenne es den Rekursgegner 1, welcher als Rechtsanwalt für den Nachlass von T (...) tätig sei. Damit gehe das Rechtshilfeersuchen von einer Privatperson aus.

2.1 Gemäss Art. 1 Abs. 1 HBewÜ70 kann in Zivil- oder Handelssachen die *gerichtliche Behörde* eines Vertragsstaates nach seinen innerstaatlichen Rechtsvorschriften die zuständige Behörde eines anderen Vertragsstaates ersuchen, eine Beweisaufnahme oder eine andere gerichtliche Handlung vorzunehmen. Dabei

wird die Auffassung vertreten, dass das Rechtshilfeersuchen tatsächlich von einer *Behörde* ausgehen muss, was sich schon aus dem Wortlaut des HBewÜ70 ergibt (BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Wegleitung, S. 20; WALTER/JAMETTI GREINER/SCHWANDER, a.a.O., N. 32 zu Ziffer 61b E). Der Einwand der Rekurrentin, wonach das Rechtshilfeersuchen vorliegend von einer Privatperson ausgehe, zielt (...) ins Leere und erweist sich als aktenwidrig. Wie auch die Vertreter des Rekursgegners 1 ausführen, trägt das Rechtshilfeersuchen, welches bei der hiesigen Zentralbehörde (vgl. Art. 2 HBewÜ70), dem Obergericht des Kantons Zürich, eingegangen ist, sowohl das Gerichtssiegel des Obergerichts in Massachusetts als auch die Unterschrift einer Richterin dieses Obergerichts. Wie das Ersuchen vor diesem Hintergrund nicht von einer gerichtlichen Behörde *ausgehen* soll, bleibt unklar. Sollte der Einwand der Rekurrentin, das Ersuchen gehe von einer Privatperson aus, dahingehend zu verstehen sein, dass das (vom Obergericht in Massachusetts ausgehende) Rechtshilfeersuchen nicht von einer Privatperson *übermittelt* werden dürfe, gilt Folgendes festzuhalten:

2.2 Rechtshilfeersuchen werden der Zentralen Behörde des ersuchten Staates, die das von einer gerichtlichen Behörde eines anderen Vertragsstaates *ausgehende* Rechtshilfeersuchen entgegennimmt (Art. 2 Abs. 1 HBewÜ70), ohne Beteiligung einer weiteren Behörde übermittelt (Art. 2 Abs. 2 HBewÜ70). Wie diese Übermittlung geschieht, spielt dabei keine Rolle, jedenfalls solange es sich (...) um ein Original-Ersuchen handelt, das mit einer Original-Unterschrift der ersuchenden gerichtlichen Behörde versehen ist (dazu ANDREAS L. MEIER, Die Anwendung des Haager Beweisübereinkommens in der Schweiz unter besonderer Berücksichtigung der Beweisaufnahme für U.S.-amerikanische Zivilprozesse, Schriftenreihe für Internationales Recht, Band 86, Basel, Genf, München 1999, S. 167; ungenau WALTER/JAMETTI GREINER/SCHWANDER, a.a.O., N. 37 zu Ziffer 61b E). Insoweit damit das Rechtshilfeersuchen als Absender den Rekursgegner 1 aufgeführt und dieser dieses an die vorgesehene Zentralbehörde, dem Obergericht des Kantons Zürich, übermittelte, ist dies nicht weiter zu beanstanden. Im Übrigen ergibt sich schon aus dem Muster-Formular betreffend Rechtshilfeersuchen des Bundesamtes für Justiz, dass „Absender“ und „Ersuchende Justizbehörde“ nicht zwingend identisch sein müssen (siehe unter <http://www.rhf.admin.ch>).

3. Weiter macht die Rekurrentin geltend, es mangle überhaupt an einem ausländischen Gerichtsverfahren, da vor dem Obergericht in Massachusetts mangels Ladung der Rekursgegnerin 2 kein Prozess stattfinden könne; es fehle damit am erforderlichen Ausgangspunkt einer internationalen Rechtshilfe. (...)

Die Frage, ob die Klage(schrift) der Rekursgegnerin 2 richtig zugestellt wurde und insbesondere auch, ob daraus resultierend in Amerika bzw. in Massachusetts ein Gerichtsverfahren hängig ist, kann offen bleiben, da Art. 1 Abs. 2 HBewÜ70 ein solches gar nicht voraussetzt. Gemäss dem klaren Wortlaut darf um die „Aufnahme von Beweisen, die nicht zur Verwendung in einem bereits anhängigen oder künftigen gerichtlichen Verfahren bestimmt sind“, nicht ersucht werden (Art. 1 Abs. 2 HBewÜ70). Die Formulierung „künftiges gerichtliches Verfahren“ wurde in das HBewÜ70 aufgenommen, um Rechtshilfehandlungen auch für die Beweissicherung vor Klageerhebung (vorsorgliche Beweissicherung bzw. vorsorgliche Feststellung von Tatsachen, nicht aber vorsorgliche Massnahmen, vgl. Art. 1 Abs. 3 HBewÜ70) zu ermöglichen (ANDREAS L. MEIER, a.a.O., S. 126f.; WALTER/JAMETTI GREINER/SCHWANDER, a.a.O., N. 33 zu Ziffer 61b E); was die Gewährung gegenseitiger Rechtshilfe aufgrund von Rechtshilfeersuchen im Anwendungsbereich des HBewÜ70 betrifft, kommt es daher weder darauf an, ob bereits ein Verfahren hängig ist noch wie ein Gerichtsverfahren anhängig gemacht wird (etwa durch gehörige Ladung des oder der Beklagten); auch nicht unmittelbar entscheidend dafür ist das massgeblich anwendbare Recht, dasjenige des ersuchenden oder dasjenige des ersuchten Staates. Der Einwand der Rekurrentin, wonach es an einem hängigen Gerichtsverfahren fehle, ist damit unbegründet.

4. Fällt ein Rechtshilfeersuchen (...) in den Anwendungsbereich des HBewÜ70, so ist bei amerikanischen Ersuchen in der Schweiz zu prüfen, ob bei dessen Ausführung (vgl. Art. 9 HBewÜ70) nicht gegen das Schweizerische Ausforschungsverbot verstossen wird. Ziel des amerikanischen ‚discovery‘-Verfahrens, mithin das Verfahrensstadium zwischen Einreichung der Klage und der Hauptverhandlung, ist es, durch möglichst wenig konkrete Aufforderungen möglichst viele Informationen von der Gegenpartei zu erhalten, um damit eine Klage begründen zu können. Die Möglichkeit der Ausforschung ist geradezu begriffsnotwendig mit dem amerikanischen Verständnis der klägerfreundlichen ‚discovery‘ verbunden. Die Frage im Zusammenhang mit einem amerikanischen Rechtshilfeersuchen ist daher in den meisten Fällen, inwieweit ein Schutz vor solch weitgehenden Ausfor-

schungsbeweisen besteht. Das HBewÜ70 weist dazu grundsätzlich zwei Schutzmechanismen auf: Neben den Inhaltserfordernissen an ein Rechtshilfeersuchen nach Art. 3 HBewÜ70 besteht für einen Vertragsstaat die Möglichkeit, gemäss Art. 23 HBewÜ70 die Erledigung von Verfahren, welche eine ‚pre-trial discovery of documents‘ zum Gegenstand haben, generell zu untersagen (ANDREAS L. MEIER, a.a.O., S. 132f.; dazu auch WALTER/JAMETTI GREINER/SCHWANDER, a.a.O., N. 81ff. zu Ziffer 61b E). Die Schweiz selbst hat einen sogenannten „eingeschränkten Teilvorbehalt“ erklärt (Ziff. 6 der Vorbehalte und Erklärungen der Schweiz in SR 0.274.132, dazu nachfolgend).

4.1 Konkret werden Beweise und deren Bedeutung in einem „pre-trial-discovery“-Verfahren, welche (...) vor allem im anglo-amerikanischen Rechtskreis, aber auch in anderen als common-law-Staaten bekannt sind (vgl. dazu WALTER/JAMETTI GREINER/ SCHWANDER, a.a.O., N. 81ff. zu Ziffer 61b E), von den Parteien vor der Hauptverhandlung ermittelt, damit sie alsdann an der Hauptverhandlung nur noch dem Gericht unterbreitet werden müssen. Charakteristisch für diese Verfahren ist, dass alle Dokumente und Informationen herausverlangt werden können, die auch nur einen entfernten Zusammenhang zum Hauptverfahren haben, aber zur Entdeckung von zulässigen Beweismitteln führen könnten. In diesem Zusammenhang wird von „fishing expedition“ oder von Ausforschungsbeweis gesprochen (WALTER/JAMETTI GREINER/SCHWANDER, a.a.O., N. 81f. zu Ziffer 61b E; BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Wegleitung, S. 26 ff.; NOBEL, Die Rechtshilfe in Zivilsachen, in: SZW/RSDA 1995 S. 72ff. S. 78). Dem schweizerischen Zivilprozessrecht ist ein derartiges Institut fremd. Die Schweiz hat deshalb zu Art. 23 HBewÜ70 (...) einen „eingeschränkten Teilvorbehalt“ abgegeben (dieser Vorbehalt gilt entgegen dem Wortlaut nicht nur für Staaten, welche direkt das "Common Law" kennen; der Vorbehalt will vielmehr generell angewendet werden [ZR 101 Nr. 84]). Danach werden Rechtshilfeersuchen, die ein „pre-trial-discovery-of-documents“-Verfahren zum Gegenstand haben, abgelehnt,

- a) die keine direkte oder notwendige Beziehung mit dem zugrundeliegenden Verfahren aufweisen; oder
- b) in welchen von einer Person verlangt wird, sie solle angeben, welche den Rechtsstreit betreffenden Urkunden sich in ihren Besitz befinden; oder
- c) in denen von einer Person verlangt wird, sie solle auch andere als die im Rechtshilfebegehren spezifizierten Urkunden vorlegen, die sich vermutlich in ihrem Besitz befinden; oder
- d) die schutzwürdige Interessen der Betroffenen gefährden.

4.2 Während lit. a garantieren will, dass die Beweismassnahmen in einem hinreichend relevanten sachlichen Zusammenhang zum Prozessthema stehen, wollen lit. b und lit. c den klassischen Ausforschungsbeweis durch das Verlangen unbestimmter Urkunden verhindern (ANDREAS L. MEIER, a.a.O., S. 142f.; WALTER/JAMETTI GREINER/SCHWANDER, a.a.O., N. 87 zu Ziffer 61b E). Die Vorbehalte lit. a bis c schaffen an sich nichts Neues, sondern vielmehr die gleichen Voraussetzungen, wie sie beispielsweise in der Zürcherischen Zivilprozessordnung (und in den kantonalen Zivilprozessordnungen überhaupt) bereits gelten, nämlich, dass die zu edierenden Urkunden mit genügender Bestimmtheit zu bezeichnen sind, damit diese ohne weitere Schwierigkeiten ermittelt und zusammengestellt werden können (vgl. § 183 ZPO und dazu FRANK/STRÄULI/MESSMER, Kommentar ZPO, N. 3 zu § 183 ZPO). Einzugehen ist einzig auf lit. d des Vorbehaltes (Gefährdung schutzwürdiger Interessen), da sich die Rekurrentin ausschliesslich auf diese Ziffer stützt.

4.3 Sie führt diesbezüglich zur Hauptsache aus, die Schranke der Gefährdung schutzwürdiger Interessen der Betroffenen stelle eine Generalklausel dar, welche unter anderem dem Schweizerischen Bankgeheimnis Rechnung tragen soll. (...) Es sei nicht mit dem Schweizerischen Vorbehalt zu Art. 23 HBewÜ70 vereinbar, wenn vom Bankgeheimnis geschützte Informationen Dritter, welche in einem innerstaatlichen Verfahren nicht offen zu legen wären, an ein ausländisches Gericht (und damit an eine ausländische Steuerbehörde) ausgeliefert werden müssten.

4.4 Nach erwähntem Vorbehalt in lit. d der Schweiz zu Art. 23 HBewÜ70 sollen Rechtshilfeersuchen, die ein „pre-trial-discovery-of-documents“-Verfahren zum Gegenstand haben und schutzwürdige Interessen der Betroffenen gefährden, abgelehnt werden. Von keinem anderen Staat als der Schweiz wurde bisher ein solcher Vorbehalt in dieser generalklauselartigen Form erklärt (ANDREAS L. MEIER, a.a.O., S. 144). Sinn und Zweck dieses Vorbehalts bestehen lediglich darin, der den schweizerischen Interessen zuwiderlaufenden Gefahr von Editionsbegehren *mit Ausforschungscharakter* zu begegnen (BOTSCHAFT, BBI 1993, Bd. III, S. 1261ff., S. 1299). Ein solches liegt entgegen der Ansicht der Rekurrentin klarerweise nicht vor, sind doch die von ihr herausverlangten Aktenstücke im Rechtshilfeersuchen alle hinlänglich bezeichnet. Auch die allgemein gehaltene Klausel des zitierten Vorbehaltes in lit. d stellt diesbezüglich keine Ausnahme dar. Richtig ist, dass die Wegleitung des Bundesamtes für Justiz ausführt, lit. d stelle

eine Generalklausel dar und solle „etwa dem schweizerischen Bank- und Berufsgeheimnis Rechnung tragen“ (a.a.O., S. 27; vgl. auch WALTER/JAMETTI GREINER/SCHWANDER, a.a.O., N. 40f., N. 82ff. zu Ziffer 61b E). Die Wegleitung hält aber auch fest, dass dies nicht dazu führen dürfe, dass Rechtshilfeersuchen, die sich auf ein ‚discovery‘-Verfahren stützen, generell abzulehnen seien (a.a.O., S. 27). Gemäss Botschaft (a.a.O., S. 1301) soll die Formulierung des Vorbehaltes klarstellen, dass es der Schweiz um den Schutz des Betroffenen und nicht um Gründe der Staatsraison geht, das heisst, nicht um den Schutz des Bankgeheimnisses an sich, weshalb also im Vorbehalt nicht ein absoluter Schutz des Bankgeheimnisses statuiert werden soll. Einen generellen Ausschluss aller ‚pre-trial discovery‘-Verfahren zum Schutze des Bank- und Berufsgeheimnisses wie ihn die Schweizerische Bankiervereinigung im Vernehmlassungsverfahren vorgeschlagen hatte, wurde denn auch abgelehnt (BOTSCHAFT, a.a.O., S. 1299). Der Schutz des Betroffenen hingegen soll nur gewährleistet werden, wenn in einem konkreten Fall eine konkrete Gefährdung besteht. Die Rekurrentin beruft sich lediglich auf das Bankgeheimnis als solches und macht - soweit bis zu diesem Zeitpunkt ersichtlich - ausser pauschalen Einwänden (Zufügung eines erheblichen Schadens, Offenlegung der Identität gegenüber Steuerbehörden) in keiner Weise darüber hinausgehende schutzwürdige Interessen geltend. Klar ist jedenfalls, dass der durch die Edition von Beweismitteln allenfalls drohende Prozessverlust einer Prozesspartei (wie beispielsweise der Rekursgegnerin 2) keinesfalls ein schutzwürdiges Interesse darstellt. Daraus folgt, dass der Schweizerische Vorbehalt in lit. d im Sinne von Art. 23 HBewUe70 das vorliegende Rechtshilfeersuchen an sich nicht hindert, wie dies auch der Einzelrichter im Ergebnis implizit erwog und der Durchführung des Rechtshilfeersuchens stattgab.

5. Abschliessend braucht sich die Kammer hingegen nicht mit den Vorbringen der Rekurrentin in Bezug auf das Bankgeheimnis auseinander zu setzen. Die geäusserten Bedenken wird sie vielmehr dem Einzelrichter mitzuteilen haben, denn offensichtlich hält sich die Rekurrentin für berechtigt, die Herausgabe der Urkunden zu verweigern. Genau zu diesem Zwecke setzte ihr der Einzelrichter im angefochtenen Entscheid unter Verweis auf die §§ 184 und 158-160 ZPO aber eine Frist an. Konkret verweist Art. 9 Abs. 1 HBewÜ70, was das Bankgeheimnis bei Rechtshilfe zwischen Vertragsstaaten des HBewÜ70 betrifft, für die Erledigung auf die ‚lex fori‘, was bedeutet, dass das Zivilprozessrecht des ersuchten Staates auch über ein allfälliges Auskunfts- bzw. Zeugnisverweigerungsrecht entscheidet

(vgl. auch Art. 11 HBewÜ70). In Art. 47 Ziff. 4 des Bankengesetzes (BankG, SR 952.0) wird sodann ausdrücklich festgehalten, dass die eidgenössischen und kantonalen Bestimmungen über die Zeugnispflicht und über die Auskunftspflicht gegenüber einer Behörde vorbehalten bleiben. Nicht zuletzt mangels eines Bundesgesetzes betreffend die Zivilrechtshilfe kann der hiesige Richter sich bei der Erledigung von rechtshilfeweisen Editionsbegehren an die ihm vertrauten kantonalen Verfahrensgrundsätze halten (vgl. Art. 122 Abs. 2 BV), wie dies der Einzelrichter zutreffend erwog, indem er ausführte, das um Rechthilfe ersuchte Gericht wende die geeigneten Zwangsmassnahmen in den Fällen und in dem Umfang an, wie es das nationale bzw. eben das kantonale Recht für die Erledigung eines Ersuchens inländischer Behörden oder eines zum gleichen Zwecke gestellten Antrages einer Partei vorsieht (mit Verweis auf Art. 10 Abs. 1 HBewÜ70). Nach Zürcherischem Zivilprozessrecht kann dann gemäss § 184 Abs. 1 ZPO ein Dritter, der zu einer Aktenedition angehalten wird, diese unter Berufung auf die Zeugnisverweigerungsrechte gemäss §§ 158 bis 160 ZPO verweigern. § 160 ZPO hält insbesondere fest, dass das Gericht bei anderen Berufen, die mit einer Schweigepflicht verbunden sind, als diejenigen, welche in § 159 ZPO ausdrücklich genannt sind (die sog. ‚klassischen Berufe‘ wie Anwälte, Ärzte und Seelsorger), die Aussagepflicht bzw. Editionsspflicht erlassen kann, wenn Schutzmassnahmen nach § 145 ZPO nicht ausreichen und das Interesse des Zeugen an der Geheimhaltung dasjenige des Beweisführers an der Offenbarung überwiegt. Anders wäre die Sachlage in Ehesachen, wo von Bundesrecht wegen eine Auskunftspflicht der Bank besteht (Art. 170 Abs. 2 ZGB; SCHWARZ, Das Bankgeheimnis bei Rechtsilfverfahren gemäss dem HBewÜ70, SJZ 91 [1995] S. 283 und S. 285), so dass sich diese von vorneherein nicht auf das Bankgeheimnis berufen könnte. In der vorliegenden Nachlass- bzw. Erbangelegenheit hingegen stellt sich die Frage, ob die durch den angefochtenen Entscheid des Einzelrichters zur Edition verpflichtete Rekurrentin von ihrer Mitwirkungspflicht im geschilderten Sinne zu entbinden ist, erst dann, wenn sie sich als betroffene Person, mithin als Geheimnisträgerin, tatsächlich auf das Verweigerungsrecht nach den §§ 184 bzw. 160 ZPO (gegenüber dem Einzelrichter) beruft. Gegebenenfalls dann und nicht bereits bei der Frage, ob das Rechtshilfeersuchen als solches zulässig und daher durchzuführen ist, ist demzufolge eine Interessenabwägung vorzunehmen. Ob also Berufsgeheimnisse, wie das Bankgeheimnis, geschützt oder gelüftet werden sollen, ist letztlich durch die allenfalls noch vorzunehmende Interessenabwägung dem ein-

zelrichterlichen Ermessen anheim gestellt (vgl. ELIAS HOFSTETTER, Die internationale Rechtshilfe in Straf- und Zivilsachen und das Bankgeheimnis, in: recht 2004, S. 81ff., S. 90). Da der Einzelrichter darüber noch nicht entschieden hat, bildet dies auch nicht Gegenstand des vorliegenden Rekursverfahrens. (...)“

Obergericht des Kantons Zürich,
II. Zivilkammer,
Beschluss vom 16. November 2004
Geschäfts-Nr. NV040009