

Anmerkung zu BGE 138 III 76 – „Schlammzuführung“ (erschieden in sic! 2012, 334-335)

Das Urteil des BGer ist sehr zu begrüssen, denn es erlaubt, dass Art. 158 ZGB ein wichtiges Instrument zur Abklärung der Prozessaussichten (auch) in Patentsachen werden kann (dazu unten). Eine kritische Beleuchtung verdient aber zunächst die Feststellung, dass ein Entscheid, mit dem ein Gesuch um vorsorgliche Beweisführung, das zur Abklärung der Prozessaussichten eingereicht wurde, abgewiesen wird, ein Entscheid über eine vorsorgliche Massnahme sei (E. 1.4 des Urteils).

Unbestritten ist, dass ein das Gesuch um vorsorgliche Beweisabnahme abweisender Entscheid - anders als ein das Gesuch gutheissender Entscheid - ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG ist. Aber ist ein solcher Entscheid auch ein Entscheid über eine vorsorgliche Massnahme im Sinne von Art. 98 BGG, was zur Beschränkung der Rügen auf die Verletzung verfassungsmässiger Rechte führt? Das BGer verweist zur Begründung seiner die Frage bejahenden Antwort einzig auf BGE 133 III 638 E. 2.

BGE 133 III 638 betraf eine Besitzeschutzklage nach Art. 927 Abs. 2 ZGB. In Erwägung 2 hielt das BGer fest, "Die Besitzeschutzklage zielt auf die Wiederherstellung oder die Aufrechterhaltung des früheren Zustandes. [...] Beim Besitzeschutz handelt es sich folglich [...] um eine vorsorgliche Massnahme im Sinn von Art. 98 BGG, [...]". Entscheidend für die Qualifikation als vorsorgliche Massnahme war also, dass die Besitzeschutzklage auf die Wiederherstellung oder Aufrechterhaltung des früheren Zustandes gerichtet ist.

[Nachträglich eingefügte Anmerkung: Dies ist nicht richtig. Auf der entsprechenden Seite der amtlichen Sammlung befinden sich zwei Urteile. Das BGer wollte auf das weiter unten erwähnte Urteil 5A_433/2007 vom 18. September 2007 verweisen, das ebenfalls unter BGE 133 III 638 publiziert ist.]

In der Tat werden vorsorgliche Massnahmen allgemein definiert als einstweilige Verfügungen, die eine rechtliche Frage so lange regeln, bis über sie in einem späteren Hauptentscheid definitiv entschieden wird (statt aller A. Staehelin/D. Staehelin/P. Grolimund, Zivilprozessrecht, Zürich 2008, § 22 N 1). Mit der Beschränkung der Kognition soll verhindert werden, dass sich das BGer mehrmals mit identischen Fragen in derselben Angelegenheit befassen muss (Botschaft vom 28. Februar 2001 zur Totalrevision der Bundesrechtspflege, BBl 2001, 4336). Nur wo eine spätere Überprüfung der Anordnung durch das BGer unter dem Rügespektrum der Art. 95-97 BGG gewährleistet ist, ist die Beschränkung der Kognition gerechtfertigt (BSK BGG-Schott, BGG 98 N 10). Wo diese Möglichkeit fehlt, greift die Kognitionsbeschränkung von Art. 98 BGG nicht, wie das BGer im Zusammenhang mit einer Beschwerde gegen einen mietrechtlichen Ausweisungsentscheid unter Hinweis auf die zitierte Literaturstelle festgehalten hat (Urteil 4A_12/2010 vom 25. Februar 2010, E. 2). Ein Teil der Lehre geht so weit, zu verlangen, dass immer dann, wenn ein Endentscheid vorliegt, die Sache also nicht in einem anschliessenden Hauptverfahren nochmals geprüft wird, die Kognitionsbeschränkung von Art. 98 BGG keine Anwendung findet (P. Reetz, Das neue Bundesgerichtsgesetz unter besonderer Berücksichtigung der Beschwerde in Zivilsachen, Auswirkungen auf die Anfechtung von Entscheiden des Zürcher OGer und HGer, SJZ 2007, 29-41, 32).

Die Abweisung eines Gesuchs um vorsorgliche Beweisabnahme wird aber nicht in einem späteren Hauptverfahren überprüft. Das BGer hat daher keine Gelegenheit, in einem späteren Zeitpunkt mit uneingeschränkter Kognition zu beurteilen, ob die vorsorgliche Beweisabnahme zu Recht verweigert wurde. Entscheide über vorsorgliche Beweisabnahmen sind daher keine Entscheide über vorsorgliche

Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG und es müssen in einer Beschwerde daher alle Rügen nach Art. 95-97 BGG vorgebracht werden können. Die gegenteilige Beurteilung im hier kommentierten Entscheid des BGer überzeugt nicht und ist mit dem Hinweis auf BGE 133 III 638 E. 2, der eine Besitzschutzklage betraf, ungenügend begründet (einschlägiger wäre ein Hinweis auf das Urteil vom 18. September 2007, 5A_433/2007, E. 2 gewesen; aber auch dort fehlt jede Begründung dafür, weshalb eine vorsorgliche Beweisabnahme als vorsorgliche Massnahme im Sinne von Art. 98 BGG zu qualifizieren ist).

Die Beschränkung der Kognition auf die Verletzung verfassungsmässiger Rechte bei der Prüfung von kantonalen Entscheidungen zur vorsorglichen Beweisabnahme führt zur sehr realen Gefahr, dass sich verschiedene kantonale Übungen zur vorsorglichen Beweisabnahme etablieren. Dies widerspricht dem gesetzgeberischen Ziel, mit der Einführung der schweizerischen ZPO "die lokale[n] Gerichtsinstanzen, die nur Ortsansässige zuverlässig kennen" und welche die Freizügigkeit der Anwälte behindern, abzuschaffen (Botschaft zur ZPO, BBl 2006, 7229). Gerade bei der Auslegung so offener Begriffe wie des für den Art. 158 ZPO zentralen Begriffs des "schutzwürdigen Interesses" bedarf es einer einzigen Rechtsmittelinstanz mit voller (rechtlicher) Kognition, um die Vereinheitlichung der Prozessordnung in der Praxis zu gewährleisten. Nicht jeder kantonale Entscheid ist so schlecht begründet, dass er eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft, wobei nicht nur die Begründung, sondern auch das Ergebnis willkürlich ist (so die bundesgerichtliche Umschreibung der Willkür in der Rechtsanwendung). Die beschränkte Kognition nach Art. 98 BGG ist daher nicht geeignet, die Einheit der Rechtsordnung zu gewährleisten.

Die Gutheissung eines Gesuchs um vorsorgliche Beweisabnahme ist ein Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG, weil er das Verfahren vor der kantonalen Instanz nicht abschliesst (es folgt die Beweisabnahme). Zwischenentscheide (die nicht die örtliche Zuständigkeit betreffen) können nur mit Beschwerde angefochten werden, wenn sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken können oder wenn die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde (Art. 93 Abs. 1 lit a und b BGG). Der nicht wieder gutzumachende Nachteil im Sinne von Art. 93 BGG ist dabei ein rechtlicher Nachteil, wie das BGer in zwei neueren Urteilen sehr deutlich gemacht hat (BGE 137 III 324 E. 1.1, "Nespresso"; Urteil vom 30. November 2011, 4A_478/2011, E. 1.1). Als nicht wieder gutzumachender Nachteil kommt bei der Gutheissung der vorsorglichen Beweisabnahme eigentlich nur die Verletzung von Geschäftsgeheimnissen infrage. Der Gesuchsgegner muss darlegen, dass die vorsorgliche Beweisabnahme, resp. die genaue Beschreibung, zu einer Verletzung seiner Geschäftsgeheimnisse führt. Gelingt ihm dies, ist die Beschwerde ans BGer auch gegen einen das Gesuch um vorsorgliche Beweisabnahme gutheissenden Entscheid zulässig, denn die Verletzung von Geschäftsgeheimnissen ist ein rechtlicher Nachteil (es wird in eine geschützte Rechtsposition des Gesuchsgegners eingegriffen; Schadenersatz, selbst wenn die Höhe des Schadens bewiesen werden könnte, kann diesen Eingriff nicht ungeschehen machen).

Was die bundesgerichtliche Umschreibung der Voraussetzungen für die vorsorgliche Beweisabnahme nach Art. 158 ZPO (auch) in Patentsachen anbelangt, so ist dem Urteil zuzustimmen. Das *lex specialis* Argument des HGer Aargau überzeugt schon deshalb nicht, weil die genaue Beschreibung nach Art. 77 Abs. 1 lit. b PatG etwas anderes ist als der Augenschein nach Art. 181 f. ZPO. Der Patentinhaber hat daher, wie das BGer zu recht festhält, die Möglichkeit, neben den Beweismitteln, die nach Art. 158 ZPO vorsorglich abgenommen werden können (d. h. den Beweismitteln gemäss Art. 168 Abs. 1

ZPO) zusätzlich eine genaue Beschreibung nach Art. 77 PatG zu verlangen. Art. 77 PatG gibt dem Patentinhaber mehr als anderen Schutzrechtsinhabern, nicht weniger. Nach seiner Fassung, wie er seit dem 1. Januar 2012 in Kraft ist, bedarf es auch für die genaue Beschreibung keine Glaubhaftmachung eines nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils mehr (Art. 77 Abs. 2 PatG). Der Gesuchsteller muss aber, wie auch für den Anspruch auf vorsorgliche Beweisabnahme nach Art. 158 ZGB, glaubhaft machen, dass ihm ein Anspruch gegen den Gesuchsgegner zusteht, zu dessen Beweis die vorsorglich abzunehmenden Beweismittel, resp. die genaue Beschreibung, dienen können.

Für den Anspruch auf vorsorgliche Beweisabnahme nach Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO hat das BGer nun unmissverständlich festgehalten, dass die Glaubhaftmachung genau jener Tatsachen, die mittels der vorsorglichen Beweisabnahme bewiesen werden sollen, gerade nicht verlangt werden kann, weil sonst der Zweck von Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO, die vorprozessuale Abklärung von Beweisaussichten zu ermöglichen, vereitelt würde. Es genügt daher, wenn solche Tatsachen substantiiert behauptet werden (E. 2.4.2). Meines Erachtens muss dies auch für den Anspruch auf genaue Beschreibung nach Art. 77 Abs. 1 lit. b PatG gelten; d.h. jene Tatsachen, die der Gesuchsteller nur durch die genaue Beschreibung beweisen kann, muss er nicht glaubhaft machen, sondern nur substantiiert behaupten.

RA Dr. Mark Schweizer, LL.M. (Ann Arbor), derzeit Gast am Max Planck Institut zur Erforschung der Gemeinschaftsgüter, Bonn