

## *Zivilprozessrecht – Beweisverfügung – KGE (Einzelrichter der Zivilkammer) vom 20. August 2024, X. c. Y. – C3 24 59*

### **Rechtsmittel gegen eine Beweisverfügung**

- Als prozessleitende Verfügung ist eine Beweisverfügung nur dann mit Beschwerde anfechtbar, wenn durch sie ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht (Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO; E. 1.4).
- Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bewirken Anordnungen betreffend die Beweisführung in aller Regel keinen nicht wiedergutzumachenden Nachteil, da es normalerweise möglich ist, mit der Anfechtung des Endentscheids eine zu Unrecht verweigerte Beweiserhebung zu rügen und deren Durchführung zu erwirken. Eine Ausnahme im Sinne eines nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils besteht dann, wenn ein Beweismittel verweigert wird, dessen Existenz gefährdet ist (E. 1.4.1).
- Es obliegt der beschwerdeführenden Partei, den nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil und damit das Vorliegen eines solchen Ausnahmefalls nachzuweisen (E. 1.4.1). Dabei genügt der blosse allgemeine Hinweis auf den Grundsatz der Verfahrensökonomie oder auf das mit dem Zeitablauf verbundene Risiko, dass das Gedächtnis des Zeugen nachlässt, nicht (E. 1.4.4).

### **Voie de droit contre une ordonnance de preuves**

- En tant qu'ordonnance d'instruction, l'ordonnance de preuves est attaquable par la voie du recours pour autant qu'elle entraîne un préjudice difficilement réparable (art. 319 let. b ch. 2 CPC ; consid. 1.4).
- Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, les ordonnances d'instruction n'entraînent en principe pas de préjudice irréparable. Il est en effet normalement possible de se plaindre d'un refus injustifié d'administrer le moyen de preuve requis et d'en obtenir l'administration lors de la contestation de la décision finale. Il faut toutefois admettre l'existence d'un préjudice difficilement réparable lorsque le moyen de preuve requis et refusé risque de disparaître (consid. 1.4.1).
- Il incombe au recourant de prouver l'existence d'un préjudice difficilement réparable (consid. 1.4.1). La simple référence générale au principe de l'économie de procédure ou au risque, lié à l'écoulement du temps, que la mémoire du témoin diminue ne suffit pas (consid. 1.4.4).

### **Sachverhalt (Zusammenfassung)**

Am 11. Dezember 2023 erhob X. eine Klage gegen Y. Im Laufe des Verfahrens liess das Bezirksgericht mit Beweisverfügung vom 2. Mai 2024 Partei- und Zeugenbefragungen, Editionen, eine Expertise sowie die Urkunden gemäss Bordereau als Beweismittel zu, wies jedoch unter anderem die Befragung des Zeugen B. ab. Gegen die Beweisverfügung erhob der Kläger am 13. Mai 2024 Beschwerde ans Kantonsgericht.

## Aus den Erwägungen

**1.4** Eine prozessleitende Verfügung ist (...) nur dann mit Beschwerde anfechtbar, wenn dadurch ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht (Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO).

**1.4.1** Der nicht *leicht* wiedergutzumachende Nachteil im Sinne von Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO ist umfassender und damit nicht deckungsgleich mit dem nicht wiedergutzumachenden Nachteil nach Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG (vgl. Bundesgerichtsurteile 5A\_48/2014 vom 27. Mai 2014 E. 4.4, 5A\_150/2014 vom 6. Mai 2014 E. 3.2; BOHNET/DROESE, Präjudizienbuch ZPO, 2018, N. 7 zu Art. 319 ZPO). Bewirkt ein Entscheid einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil gemäss Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG, liegt indes immer ein solcher nach Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO vor (BGE 137 III 380 E. 2.2).

Von einem drohenden – und damit im Zeitpunkt der Prüfung der Eintretensfrage allenfalls hypothetischen – Nachteil ist auszugehen, wenn dieser selbst mit einem für den Beschwerdeführer günstigen Endentscheid in der Hauptsache nicht leicht wiedergutgemacht werden kann (vgl. BGE 141 III 395 E. 2.5; Bundesgerichtsurteil 5A\_638/2016 vom 2. Dezember 2016 E. 2.5.3). Dies ist in der Regel bei einem Nachteil rechtlicher Natur der Fall. Nach einem Teil der Lehre kann ausnahmsweise ein drohender Nachteil tatsächlicher Natur genügen (FREIBURGHaus/AFHELDt, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. A., 2016, N. 15 zu Art. 319 ZPO; STAEHELIN/BACHOFNER, in: Staehelin/Staehelin/Grolimund [Hrsg.], Zivilprozessrecht, 3. A., 2019, § 26 N. 31a; HOFFMANN-NOWOTNY, in: Kunz/Hoffmann-Nowotny/Stauber [Hrsg.], ZPO-Rechtsmittel Berufung und Beschwerde, Kommentar, 2013, N. 27 zu Art. 319 ZPO m. w. N.; a. A. indes SPÜHLER, Basler Kommentar, 3. A., 2017, N. 7 zu Art. 319 ZPO; STERCHI, Berner Kommentar, N. 12 zu Art. 319 ZPO), insbesondere wenn die Lage der betroffenen Partei durch den angefochtenen Entscheid erheblich erschwert wird (FREIBURGHaus/AFHELDt, a.a.O., N. 14 zu Art. 319 ZPO). Der Begriff des nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils ist jedenfalls restriktiv auszulegen und die Schwelle muss prinzipiell hoch sein (STERCHI, a.a.O., N. 9 zu Art. 319 ZPO), so dass in diesem Bereich die Unzulässigkeit der Beschwerde die Regel und die Zulässigkeit die Ausnahme

bleibt (DONZALLAZ, La notion de « préjudice difficilement réparable » dans le CPC, in: Il Codice di diritto processuale civile svizzero, 2011, S. 191).

Bei Vorladungen (Art. 133/134 ZPO), Terminverschiebungen (Art. 135 ZPO), Fristansetzungen und -erstreckungen (Art. 144 ZPO) oder Beweisanordnungen (Art. 231 ZPO) kommt ein nicht leicht wiedergutmachender Nachteil kaum je in Betracht (STERCHI, a.a.O., N. 14 zu Art. 319 ZPO; BLICKENSTORFER, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. A., 2016, N. 42 zu Art. 319 ZPO). Nach der bundesgerichtlichen Praxis bewirken Anordnungen betreffend die Beweisführung in aller Regel keinen nicht wiedergutzumachenden Nachteil, da es normalerweise möglich ist, mit einer Anfechtung des Endentscheids die zu Unrecht verweigte Beweiserhebung zu erreichen. Ausnahmen können bestehen, z.B. wenn ein Beweismittel, dessen Existenz gefährdet ist, verweigert wird, oder wenn bei Abnahme eines Beweismittels Geheimhaltungsinteressen auf dem Spiel stehen (Bundesgerichtsurteil 4A\_366/2023 vom 1. September 2023 E. 2.3.1). Ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil kann aus einer fehlerhaften Beweisverfügung resultieren, wenn in dieser trotz Parteiantrag ein gebrechlicher Zeuge nicht aufgeführt wird und zu befürchten ist, dass er später, d.h. zur Zeit der Anfechtung des Endentscheids mit Berufung nicht mehr aussagen kann (HASENBÖHLER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. A., 2016, N. 34 zu Art. 154 ZPO). Ein Ausnahmefall liegt vor, wenn ein Beweis später nicht mehr abgenommen werden kann (SPÜHLER, a.a.O., N. 8 zu Art. 319 ZPO). In der Regel sind aber unrichtige Beweisverfügungen oder die Ablehnung eines Zeugen – weil kein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht – erst im Rahmen des Hauptrechtsmittels gegen den Endentscheid anfechtbar (ZWR 2013, S. 151 f., E. 1.2 und 2012, S. 138 ff., E. 2; BLICKENSTORFER, a.a.O., N. 42 zu Art. 319 ZPO; STERCHI, a.a.O., N. 14 zu Art. 319 ZPO; GUYAN, Basler Kommentar, 3. A., 2017, N. 1 zu Art. 154 ZPO).

Es obliegt der beschwerdeführenden Partei, den nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil nachzuweisen (ZWR 2012 S. 140; BRUNNER, in: Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], Kurzkommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. A., Basel 2014, N. 12 zu Art. 319 ZPO; MORET, a.a.O., N. 29.82; vgl. auch BLICKENSTORFER, a.a.O., N. 40 zu Art. 319 ZPO). Fehlt die Rechtsmittelvoraussetzung des drohenden, nicht leicht

wiedergutzumachenden Nachteils, so ist auf die Beschwerde nicht einzutreten.

**1.4.2** Der Beschwerdeführer bringt in seiner Beschwerdeschrift als Begründung für den nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil vor, das Bezirksgericht lehne die vom Kläger beantragte Befragung des Zeugen B. ab. Diese Ablehnung stelle für den Antragsteller einen Schaden dar, der später nur schwer wiedergutzumachen sei. Nicht nur, dass der Zeitablauf das Risiko berge, dass das Gedächtnis des Zeugen beeinträchtigt werde, sondern darüber hinaus würde diese Weigerung dem Grundsatz der Verfahrensökonomie widersprechen, da sie den Kläger im Falle einer Ablehnung seines Antrags in der Hauptsache dazu zwingen würde, das Urteil anzufechten, indem er seinen Antrag auf Vernehmung des Zeugen erneut einreiche. Dies würde das Verfahren unnötig verlängern und dem Grundsatz der Verfahrensökonomie zuwiderlaufen.

**1.4.3** In seiner Beschwerdeantwort führt der Beschwerdegegner aus, der Beschwerdeführer behaupte einerseits, dass der Zeitablauf das Gedächtnis des Zeugen beeinträchtigen würde. Er erkläre jedoch nicht, warum diese Gefahr bestehen würde. Es scheine also nicht, dass der Zeuge an einer Krankheit leiden würde, die das Gedächtnis beeinträchtigen würde, oder dass sich der Zeuge in fortgeschrittenem Alter befinden würde. Es stehe somit fest, dass keine unmittelbare Gefahr bestehe, dass das Gedächtnis des Zeugen durch den Zeitablauf beeinträchtigt werde. Andererseits bringe der Beschwerdeführer vor, dass ihn die Ablehnung des Beweisantrags dazu veranlassen würde, den Endentscheid anzufechten, was gegen den Grundsatz der Prozessökonomie verstosse. Diese Tatsache bilde keinen nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil. Damit werde anerkannt, dass sich der durch die Ablehnung des Beweisantrags erfahrene Nachteil später beseitigen lasse und dieser wiedergutzumachen sei.

**1.4.4** Zunächst ist festzuhalten, dass mit einem für den Beschwerdeführer günstigen Endentscheid in der Hauptsache der von diesem geltend gemachte Nachteil wiedergutgemacht werden kann, indem seine Klage ohne die beantragte Befragung des Zeugen gutgeheissen würde. Der nicht leicht wiedergutzumachende Nachteil wird vom Beschwerdeführer zum einen damit begründet, dass der Zeitablauf das Risiko berge, dass das Gedächtnis des Zeugen beeinträchtigt werde. Genau-

ere Angaben zu diesem Risiko werden nicht dargelegt, obwohl der Beschwerdeführer den Nachteil nachzuweisen hat. Es ist somit nicht erwiesen, dass der Zeuge zur Zeit der Anfechtung des Endentscheids mit Berufung nicht mehr aussagen können und deshalb dieser Beweis später nicht mehr abgenommen werden könnte. Eine Gefährdung der Existenz des Beweismittels ist demnach nicht dargetan. Zum anderen wird ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil aus Gründen der Prozessökonomie geltend gemacht, da der Beschwerdeführer gezwungen wäre, das Urteil anzufechten und die Befragung des Zeugen erneut zu beantragen. Diese Argumentation zeigt jedoch, dass der vorgebrachte Nachteil mit einer Anfechtung des Endentscheids gerade behoben werden könnte und somit wiedergutzumachen wäre.

Im Falle eines für den Beschwerdeführer ungünstigen Endentscheides hat dieser die Möglichkeit, den Hauptentscheid mittels Berufung anzufechten. Vor der Rechtsmittelinstanz kann die unrichtige Rechtsanwendung sowie die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Rechtsmittelinstanz kann Beweise abnehmen (Art. 316 Abs. 3 ZPO) oder allenfalls die Sache zur Vervollständigung des Sachverhalts an die erste Instanz zurückweisen (Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 2 ZPO). Es besteht somit keine Gefahr, dass das beantragte Beweismittel in einem späteren Verfahren nicht mehr vorgebracht werden kann. Zudem kann die Beweisverfügung jederzeit abgeändert oder ergänzt werden (vgl. Art. 154 ZPO), sodass das Beweismittel auch im hängigen Verfahren erneut vorgebracht werden kann.

Durch die angefochtene Beweisverfügung droht dem Beschwerdeführer zusammengefasst klarerweise kein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil. Aus diesem Grund liegt kein taugliches Anfechtungsobjekt vor, weshalb auf die Beschwerde infolge offensichtlicher Unzulässigkeit nicht einzutreten ist.