

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LA180003-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende,
Oberrichterin Dr. D. Scherrer und Oberrichter lic. iur. M. Spahn
sowie Gerichtsschreiber lic. iur. M. Kirchheimer

Beschluss vom 2. Juli 2018

in Sachen

A._____ SA,

Klägerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X1._____ und / oder
Rechtsanwalt lic. iur. X2._____

gegen

B._____,

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y1._____ und / oder
Rechtsanwältin MLaw Y2._____

betreffend **arbeitsrechtliche Forderung**

**Beschwerde gegen eine Verfügung des Arbeitsgerichtes Meilen vom
4. Januar 2018 (AG170001-G)**

Erwägungen:

1. Sachverhalt und Vorgeschichte

1.1 Die Klägerin und Berufungsklägerin (fortan Klägerin) ist eine börsenkotierte Aktiengesellschaft mit Sitz in C._____. Sie ist im Bereich der digitalen und analogen Aussenwerbung tätig, d.h. in der Installation und dem Unterhalt von Werbeflächen, die sich teils auf öffentlichem und teils auf privatem Grund befinden. Der Zweck der Gesellschaft lautet gemäss Handelsregisterauszug wie folgt (vgl. Urk. 8/4/3): "*achat, vente, administration et gestion de participations dans le domaine publicitaire*". Bis ins Jahr 2012 firmierte die Klägerin noch unter "A1._____ Holding SA" (Urk. 8/2 Rz 9 f.; Urk. 8/18 Rz 12 f.; Urk. 8/4/3 und 8/21/15).

1.2 Die Beklagte und Berufungsbeklagte (fortan Beklagte) war von Januar 2004 bis Dezember 2010 bei der Klägerin angestellt. Von Januar 2006 bis November 2009 war sie zudem Mitglied der Geschäftsleitung der Klägerin (Urk. 8/2 Rz 12; Urk. 8/18 Rz 14 und 180; Urk. 2 S. 2; Urk. 8/21/15). Als "Chief Corporate Development" war die Beklagte insbesondere für die Auswahl und Evaluierung geeigneter Akquisitionsobjekte im Ausland zuständig (Urk. 8/2 Rz 13; Urk. 8/18 Rz 181).

1.3 Nach einer gescheiterten Expansion nach D._____ geriet die Klägerin ab dem Jahr 2010 in die Negativ-Schlagzeilen. Die Neue Zürcher Zeitung fasste die damaligen Geschehnisse in einem Artikel vom tt.mm.2010 mit der Überschrift "A1._____ im ... [des Staates D._____] Korruptionssumpf" pointiert wie folgt zusammen (Urk. 8/21/16; vgl. auch: [www.nzz.ch/A1._____im_... \[des Staates D._____\] korruptionssumpf-...7](http://www.nzz.ch/A1._____im_..._des_Staates_D._____korruptionssumpf-...7), letztmals besucht am 20.06.2018):

"Drei Dinge sind unbestritten. Erstens: Die altehrwürdige A1._____ ist abgezockt worden. Zweitens: Der Schaden beträgt 150 Mio. Fr. oder ein Drittel des heutigen Börsenwertes. Drittens: Der Bösewicht heisst E._____ [auch: "E._____", Anmerkung des Gerichts], ein ... [des Staates D._____] Unternehmer. Da hört die Einigkeit aber bereits auf. Vor allem bei der Frage, welche Entscheidungsträger für die D._____-Expansion und deren grandio-

ses Scheitern verantwortlich sind. Um die Deutungshoheit über die Vergangenheit wird auch mit harten Bandagen gekämpft."

1.4 Die rechtliche Auseinandersetzung zwischen der Klägerin und der Beklagten steht in Zusammenhang mit den vorstehenden Ereignissen in D._____. Die Klägerin macht unter anderem geltend, dass die Beklagte am 15. Februar 2007 eine Schmiergeldzahlung bzw. ein "Kick-Back" von E._____ in der Höhe von EUR 1.5 Mio. erhalten habe, die sie als ehemalige Arbeitnehmerin gestützt auf Art. 321b OR an die Klägerin abzuliefern habe. Die betreffende Zahlung sei nicht nur komplett ohne ersichtlichen Rechtsgrund geleistet worden, sie sei von der Beklagten gegenüber der Klägerin auch weder offengelegt noch abgerechnet worden (Urk. 8/2 Rz 24-26; Urk. 8/25 Rz 8). Die Beklagte bestreitet diese Vorwürfe. Bei der Zahlung von EUR 1.5 Mio. auf ihr Konto habe es sich nicht um einen "Kick-Back" gehandelt, sondern um eine Provision von E._____ an F._____, welcher ursprünglich den Kontakt zwischen der Klägerin und E._____ hergestellt hatte. Die Beklagte habe sich im Rahmen dieses Provisionsvertrages zwischen E._____ und F._____ bereit erklärt, ihnen bei der Übergabe des Geldes behilflich zu sein. Aus diesem Grund habe sie E._____ ihr Konto bei der Bank G._____ AG angegeben und sich als Überbringerin des Provisionsbetrages einspannen lassen. Nach Eingang der besagten Provisionszahlung auf ihrem Bankkonto, habe sie die Summe (in Schweizer Franken umgerechnet) in zwei Tranchen (Fr. 400'000.– am 16. Februar 2007 und Fr. 2'031'500.– am 20. November 2007) bar abgehoben und am 20. November 2007 im Hotel H._____ in Zürich in einem Plastiksack an F._____ übergeben. Sie habe somit von der Zahlung von E._____ über EUR 1.5 Mio. nichts selbst behalten; sie habe auch nicht anderweitig von ihren "Überbringer-Diensten" profitiert (Urk. 8/18 Rz 82 ff.).

2. Prozessgeschichte

2.1 Am 16. Juni 2017 machte die Klägerin die vorliegende (Stufen)Klage am Bezirksgericht Meilen anhängig und stellte dabei folgende Anträge (Urk. 8/2 S. 2):

- "1. Die Beklagte sei unter Androhung der Bestrafung mit Busse gemäss Art. 292 StGB im Zuwiderhandlungsfall zu verpflichten, der Klägerin innert 14 Tagen ab Rechtskraft des Urteils Auskunft zu geben und Rechenschaft abzulegen über sämtliche Vergütungen, Zuwendungen,

Zahlungen etc., die sie während ihrer Tätigkeit bei der Klägerin von Dritten erhalten hat und die einen Zusammenhang mit ihrer Tätigkeit bei der Klägerin aufweisen, insbesondere solche von E._____, I._____, J._____ GmbH, K._____, L._____, M._____ LLC und N._____ Limited.

2. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin einen nach erfolgter Rechenschaftsablage gemäss Rechtsbegehren Nr. 1 zu beziffernden Betrag, mindestens aber EUR 1'500'000 oder den entsprechenden Gegenwert in CHF, nebst Zins zu 5 % seit wann rechtens, spätestens aber seit dem 31. Oktober 2010, zu bezahlen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

2.2 In ihrer Klageantwort vom 16. Oktober 2017 beantragte die Beklagte die Abweisung der Klage und stellte gleichzeitig diverse prozessuale Anträge (Urk. 8/18), woraufhin das Verfahren mit Verfügung vom 5. Dezember 2017 gestützt auf Art. 125 lit. a ZPO auf einzelne Fragen bzw. einzelne Rechtsbegehren beschränkt wurde (Urk. 8/32). Mit Eingabe vom 20. November 2017 stellte die Klägerin sodann folgendes "Gesuch um vorsorgliche Beweisabnahme" (Urk. 8/25):

- "1. Es sei die Bank G._____ AG, ... [Adresse], anzuweisen, folgende Unterlagen zu edieren:
 - a) detaillierte Kontoauszüge für den Zeitraum vom 1. Januar 2007 bis am 31. Dezember 2007 für alle Konten der Beklagten, insbesondere das Konto CH1;
 - b) Kontoeröffnungsunterlagen für alle Konten der Beklagten, insbesondere das Konto CH1;
 - c) GWG Dossier, Ergebnisse besonderer Abklärungen und CRM-Einträge im Zusammenhang mit Zahlungseingängen und -ausgängen auf den Konten der Beklagten, insbesondere zur Überweisung von EUR 1'500'000 vom 15. Februar 2007 und zu den Auszahlungen von CHF 400'000 vom 16. Februar 2007 und von CHF 2'031'500 vom 20. November 2007.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

2.3 Nachdem die Beklagte zum vorstehenden Gesuch um vorsorgliche Beweisabnahme Stellung nehmen konnte (Urk. 8/29), erliess die Vorinstanz am 4. Januar 2018 folgende Verfügung (Urk. 8/35 = Urk. 2):

1. Der klägerische prozessuale Antrag auf vorsorgliche Beweisführung wird abgewiesen.
2. [Mitteilungssatz].
3. [Rechtsmittelbelehrung: Berufung, 10 Tage].

2.4 Gegen diesen Entscheid erhob die Klägerin mit Eingabe vom 18. Januar 2018 fristgerecht Berufung mit folgenden Anträgen (Urk. 1 S. 2):

- "1. Es sei die Verfügung des Bezirksgerichts Meilen, Arbeitsgericht, vom 4. Januar 2018 (Geschäfts-Nr. AG170001-G) aufzuheben.
2. Es sei das Gesuch um vorsorgliche Beweisabnahme vom 20. November 2017 gutzuheissen und die Bank G._____ AG, ... [Adresse], anzuweisen, folgende Unterlagen zu edieren:
 - a) detaillierte Kontoauszüge für den Zeitraum vom 1. Januar 2007 bis am 31. Dezember 2007 für alle Konten der Berufungsbeklagten, insbesondere das Konto CH1;
 - b) Kontoeröffnungsunterlagen für alle Konten der Berufungsbeklagten, insbesondere das Konto CH1;
 - c) GWG Dossier, Ergebnisse besonderer Abklärungen und CRM-Einträge im Zusammenhang mit Zahlungseingängen und -ausgängen auf den Konten der Berufungsbeklagten, insbesondere zur Überweisung von EUR 1'500'000 vom 15. Februar 2007 und zu den Auszahlungen von CHF 400'000 vom 16. Februar 2007 und von CHF 2'031'500 vom 20. November 2007.
3. Eventualiter sei die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Berufungsbeklagten."

2.5 Der von der Klägerin mit Verfügung vom 23. Januar 2018 eingeforderte Kostenvorschuss in Höhe von Fr. 5'000.– ging fristgerecht bei der Obergerichtskasse ein (Urk. 7 und 9). Die Berufungsantwort der Beklagten datiert vom 19. März 2018 (Urk. 11) und wurde der Gegenpartei mit Verfügung vom 4. April 2018 zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 17). Mit Eingabe vom 20. April 2018 nahm die Klägerin unaufgefordert zur Berufungsantwort Stellung (Urk. 18). Gestützt auf das allgemeine Replikrecht reichte die Beklagte daraufhin am 2. Mai 2018 ebenfalls eine unaufgeforderte Stellungnahme ein (Urk. 20), welche am 11. Mai 2018 der Klägerin zugestellt wurde (Urk. 23). Weitere Eingaben erfolgten nicht.

3. Prozessuales

3.1 Das Gericht prüft von Amtes wegen, ob die Prozess- bzw. Rechtsmittelvoraussetzungen erfüllt sind (vgl. Art. 60 ZPO). Die Klägerin bezeichnete ihre Rechtsschrift vom 18. Januar 2018 – entsprechend der Rechtsmittelbelehrung der Vorinstanz (Urk. 2, Dispositivziffer 3) – als "Berufung" (Urk. 1). Als Begründung

brachte sie vor, auf Gesuche um vorsorgliche Beweisführung fänden gemäss Art. 158 Abs. 2 ZPO die Bestimmungen über die vorsorglichen Massnahmen Anwendung. Vorsorgliche Massnahmeentscheide seien in vermögensrechtlichen Angelegenheiten mit Berufung anfechtbar, wenn der Streitwert mindestens Fr. 10'000.– betrage, was vorliegend der Fall sei. Somit sei die Berufung gemäss Art. 308 Abs.1 lit. b und Abs. 2 ZPO zulässig (Urk. 1 Rz 3-5).

3.2 Der von der Klägerin erwähnte Verweis auf die Bestimmungen über die vorsorglichen Massnahmen in Art. 158 Abs. 2 ZPO gilt nicht absolut. Ein Grossteil der Bestimmungen über die vorsorglichen Massnahmen (so etwa Art. 263, 266, 267, 268 und 269 ZPO) passen auf die vorsorgliche Beweisführung nicht, weshalb ohnehin nur von einer analogen bzw. selektiven Anwendung die Rede sein kann (BSK ZPO-GUYAN, Art. 158 N 7 und 9; ZK ZPO-FELLMANN, Art. 158 N 23 f.). In Bezug auf das zulässige Rechtsmittel ist vorab zu unterscheiden, ob das Gesuch um vorsorgliche Beweisabnahme vor oder nach Rechtshängigkeit des Hauptverfahrens gestellt wird.

3.2.1 Das Bundesgericht betont die Eigenständigkeit des Verfahrens über die vorsorgliche Beweisführung, wenn das Gesuch *vor* Einleitung des Hauptprozesses gestellt wird (BGer 4A_128/2017 vom 12. Mai 2017, E. 5.2, mit Verweis auf BGE 142 III 40 E. 3.1.1). Die Einreichung eines vorprozessualen Gesuchs im Sinne von Art. 158 ZPO führt zur Eröffnung eines eigenständigen Beweisabnahmeverfahrens. Wird das Gesuch abgewiesen, so weist diese Abweisung Elemente eines Endentscheides auf, da damit das eigenständige Beweisverfahren beendet wird (vgl. BGer 4A_441/2017 vom 4. Dezember 2017, E. 1.1.1). Diese Auffassung berücksichtigt zudem den Umstand, dass im Zeitpunkt der Abweisung des Gesuchs keine Klarheit darüber besteht, ob in der Folge die Klage überhaupt rechtshängig gemacht wird (SEILER, Die Anfechtung von prozessleitenden Verfügungen und weitere Aspekte der Beschwerde nach Art. 319 ff. ZPO, in: BJM 2018, S. 65 ff., S. 78 f.). Nach dem Gesagten sind Entscheide über die Abweisung der vorsorglichen Beweisführung *vor* Anhängigmachung des Hauptprozesses als Endentscheide in einem (eigenständigen) vorsorglichen Massnahmeverfahren zu qualifizieren, welche mit Berufung im Sinne von Art. 308 ff. ZPO angefochten

werden können (STANISCHEWSKI, Die vorsorgliche Beweisführung nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich 2015, S. 51 Rz 47, m.w.H.; vgl. auch BGer 4A_128/2017 vom 12. Mai 2017, E. 2.1.1).

3.2.2 Anders verhält es sich jedoch, wenn das Gesuch um vorsorgliche Beweisabnahme – wie vorliegend – im Rahmen eines bereits rechtshängigen Prozesses gestellt wird. In diesem Fall bezweckt die vorsorgliche Beweisführung lediglich die zeitliche Vorverlegung der Beweisabnahme, nicht aber die Einleitung eines eigenständigen (Beweis)Verfahrens. Folglich entfällt das verfahrensabschliessende Element auch bei der Abweisung des Gesuchs, womit hier sowohl die Gutheissung wie auch die Abweisung als einfache prozessleitende Verfügungen zu qualifizieren sind (SEILER, a.a.O., S. 80). Es handelt sich diesfalls um eine Beweisverfügung nach Art. 154 ZPO (STANISCHEWSKI, a.a.O., S. 56 Rz 51), mit welcher lediglich die Frage beantwortet wird, ob die beantragte Beweisabnahme zeitlich vorverlagert wird oder nicht. Demgemäss sind Entscheide über Gesuche zur vorweggenommenen Abnahme gefährdeter Beweise im Hauptverfahren als verfahrensleitende Verfügungen zu qualifizieren, die nur mit Beschwerde nach Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO angefochten werden können, sofern ein nicht leicht wiedergutmachender Nachteil droht (vgl. BGer 4A_128/2017 vom 12. Mai 2017, E. 5.2, m.w.H.; ZK ZPO-FELLMANN, Art. 158 N 44f; KUKO ZPO-SCHMID, Art. 158 N 10; STANISCHEWSKI, a.a.O., S. 56 Rz 51; GÄUMANN/MARGHITOLA, Editionspflichten nach der eidgenössischen Zivilprozessordnung, in: Jusletter vom 14. November 2011, Rz 88; SCHWEIZER, Vorsorgliche Beweisabnahme nach schweizerischer Zivilprozessordnung und Patentgesetz, in: ZZZ 2010, S. 3 ff., S. 33).

3.2.3 Die Rechtsmittelbelehrung der Vorinstanz erweist sich nach dem Gesagten als unzutreffend. Falsche Rechtsmittelbelehrungen einer Behörde vermögen die gesetzliche Rechtsmittelordnung allerdings nicht zu verändern. Die von der Klägerin im Vertrauen auf die unrichtige Belehrung der Vorinstanz erhobene Berufung gegen die Verfügung vom 4. Januar 2018 (Urk. 2) ist daher als Beschwerde entgegenzunehmen und zu behandeln. Der nicht leicht wiedergutmachende Nachteil im Sinne von Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO liegt bei gefährdeten Beweismitteln auf der Hand. Werden die Urkunden – wie von der Klägerin behauptet – auf-

grund der abgelaufenen Aufbewahrungsfrist tatsächlich vernichtet, stehen diese Beweismittel später definitiv nicht mehr zur Verfügung. Die Klägerin riskiert damit möglicherweise, dass ihre Klage mangels Beweisen rechtskräftig abgewiesen wird. Auch die übrigen Rechtsmittelvoraussetzungen sind erfüllt: Die Beschwerde der durch die angefochtene Verfügung beschwerten Klägerin wurde form- und fristgerecht erhoben (Art. 321 Abs. 1 und 2 i.V.m. Art. 158 Abs. 2 sowie Art. 248 lit. d ZPO), enthält hinreichend klar gestellte Anträge und der einverlangte Kostenvorschuss ging rechtzeitig ein (Urk. 7 und 9).

3.3 Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel sind im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO). Was im erstinstanzlichen Verfahren nicht behauptet oder eingereicht wurde, kann im Beschwerdeverfahren nicht mehr nachgeholt werden. Es herrscht grundsätzlich ein umfassendes Novenverbot sowohl für echte als auch unechte Noven (BGer 5A_872/2012 vom 22. Februar 2013, E. 3; BGer 5A_405/2011 vom 27. September 2011, E. 4.5.3; ZK ZPO-FREIBURGHAUS/AFHELDT, Art. 326 N 4).

4. Erwägungen der Vorinstanz und Vorbringen der Parteien

4.1 *Erwägungen der Vorinstanz*

4.1.1 Die Vorinstanz hat das Gesuch der Klägerin um vorsorgliche Beweisabnahme mit folgender Begründung abgewiesen: Nach der Rechtsprechung könne der Richter nicht eine vorgezogene Beweisführung anordnen, die an sich ein endgültiges Urteil über den zu schützenden Anspruch wie die Rechenschaftsablegung nach Art. 400 Abs. 1 OR darstelle (BGE 141 III 564). Räume das Gesetz einer Partei einen materiellrechtlichen Informationsanspruch ein, könne dieser nicht auf dem Weg der vorsorglichen Beweisführung geltend gemacht werden (BGE 143 III 113 E. 4.3; Urk. 2 S. 6).

4.1.2 Die Beklagte stütze ihr Rechtsbegehren auf Art. 321b OR und mache somit im ursprünglichen Arbeitsverhältnis der Parteien begründete, materiellrechtliche Auskunftsansprüche gegenüber der Beklagten geltend. Die vorstehend er-

wähnte und für sämtliche materiellrechtlichen Informationsansprüche geltende Rechtsprechung des Bundesgerichts zur vorsorglichen Beweisführung sei im vorliegenden Zusammenhang zweifellos einschlägig und auch für die Rechenschafts- und Herausgabepflicht des Arbeitnehmers massgeblich. Nachdem das Gesetz – konkret Art. 321b OR – der Klägerin einen materiellrechtlichen Informationsanspruch einräume, könne dieser nicht auf dem Weg der vorsorglichen Beweisführung geltend gemacht werden (Urk. 2 S. 6).

4.1.3 Aus der umfassenden Formulierung des klägerischen Rechtsbegehrens Ziff. 1 (Urk. 8/2 S. 2) – "sämtliche Vergütungen, Zuwendungen, Zahlungen etc." – sowie der ausdrücklichen Erwähnung von "E._____, I._____" gehe hervor, dass das materiellrechtliche Auskunfts- und Rechenschaftsbegehren der Klägerin auch den Sachverhalt "Akquisition in D._____" betreffe, der vorliegend, im Zusammenhang mit dem klägerischen Antrag auf vorsorgliche Beweisführung, im Fokus stehe. Folglich werde die Beklagte – vorausgesetzt der klägerische Anspruch auf Rechenschaftsablegung betreffend die "Akquisition in D._____" gemäss ihrem Rechtsbegehren Ziff. 1 werde letztendlich geschützt – mittels einer nachvollziehbaren Abrechnung Auskunft zu erteilen haben; letzteres unter Aushändigung der entsprechenden Belege. Bei diesen Belegen wiederum dürfte es sich (zumindest teilweise) um dieselben Dokumente handeln, die die Klägerin bereits heute mittels der vorsorglichen Beweisführung von der Bank G.____ AG erhältlich zu machen versuche. Nach dem Gesagten bestehe angesichts der erwähnten Rechtsprechung im vorliegenden Fall kein Raum für eine vorsorgliche Beweisführung. Damit erübrige es sich, auf die weiteren Einwendungen der Beklagten einzugehen (Urk. 2 S. 7 f.).

4.2 Vorbringen der Klägerin

4.2.1 Vor Obergericht bringt die Klägerin zusammengefasst vor, in ihrem Gesuch vor Vorinstanz habe sie im Detail dargelegt, dass

- die abzunehmenden Beweismittel aufgrund der Parteivorbringen im Hauptverfahren erheblich und zum Beweis der strittigen Tatsachen geeignet seien;

- die Beweismittel gefährdet seien, weil die gesetzliche Aufbewahrungsfrist für die zu edierenden Dokumente am 1. Januar 2018 abgelaufen sei und jederzeit mit einer Vernichtung der Beweismittel gerechnet werden müsse; und
- die Tatsache, dass materiellrechtliche Auskunftsansprüche bestünden, einer vorsorglichen Beweisabnahme nur entgegenstehe, wenn die Beweisabnahme der Abklärung von Prozesschancen diene, nicht aber, wenn eine Gefährdungslage vorliege (Urk. 1 Rz 20).

4.2.2 Die Erwägung der Vorinstanz, wonach die Bundesgerichtsentscheide BGE 141 III 564 und BGE 143 III 113 eine vorsorgliche Beweisabnahme beim Bestehen von materiellrechtlichen Auskunftsansprüchen immer ausschliessen würden, sei falsch. Beiden Entscheiden sei ein anderer Sachverhalt zugrunde gelegen: Sowohl in BGE 141 III 564 als auch in BGE 143 III 113 habe der Gesuchsteller eine vorsorgliche Beweisführung beantragt, um die Erfolgsaussichten einer allfälligen Klage abzuschätzen. Im Unterschied zu diesen Fällen mache die Klägerin vorliegend eine Gefährdung der Beweismittel i.S.v. Art. 158 Abs. 1 lit. b 1. HS ZPO geltend. Der Klägerin gehe es mit dem Gesuch um vorsorgliche Beweisabnahme nicht um die Abschätzung von Erfolgsaussichten einer zukünftigen Klage gegen die Beklagte, sei diese doch bereits am 16. Juni 2017 beim Bezirksgericht Meilen eingereicht worden (Urk. 1 Rz 27-29).

4.2.3 Es liege auf der Hand, dass das Verfahren der vorsorglichen Beweisführung, das der Einschätzung der Erfolgsaussichten einer künftigen Klage diene, nicht dazu verwendet werden dürfe, den von der Gegenpartei bestrittenen Anspruch auf Rechenschaftsablegung geltend zu machen. Wie im Gesuch dargelegt, gehe es der Klägerin vorliegend aber nicht darum. Die Klägerin wolle vielmehr einen drohenden Verlust von rechtserheblichen Beweismitteln verhindern, die (i) im Hauptverfahren früher oder später ohnehin abgenommen werden müssten, (ii) mit den von der Rechenschaftspflicht abgedeckten Unterlagen nicht deckungsgleich seien und (iii) von einer Dritten – vorliegend der Bank – und nicht von der Beklagten herausverlangt würden. Würden die in BGE 141 III 564 und BGE 143 III 113 entwickelten Grundsätze auch auf den Fall angewendet werden, wo der Verlust

von Beweismitteln drohe, wäre die gesuchstellende Partei immer dann schutzlos, wenn ihr zufälligerweise ein materiellrechtlicher Auskunftsanspruch zustehe. Ein solches Ergebnis sei unlogisch, weil der Gesetzgeber die Rechtsposition des Arbeitgebers (Art. 321b OR), des Auftraggebers (Art. 400 OR) oder des Ehegatten (Art. 170 ZGB) mit der Einräumung von Auskunfts- und Rechenschaftsansprüchen gerade habe verbessern wollen. Wenn die Vorinstanz ungeachtet dieser Umstände und ohne sich mit der Argumentation der Klägerin auseinanderzusetzen davon ausgehe, dass eine vorsorgliche Beweisabnahme aufgrund des Bestehens von Rechenschaftsansprüchen generell ausgeschlossen sei, wende sie Art. 158 ZPO falsch an und verletze Bundesrecht (Urk. 1 Rz 31-34).

4.3 Vorbringen der Beklagten

4.3.1 Die Beklagte bringt im Wesentlichen vor, das Bundesgericht habe seine hier interessierende Rechtsprechung keineswegs auf Fälle der Prozesschancenabklärung beschränkt. Eine Differenzierung nach dem Motiv, das dem Gesuch um vorsorgliche Beweisführung zugrunde liege, sei den entsprechenden Bundesgerichtsentscheiden nicht zu entnehmen. Das Bundesgericht habe in BGE 141 III 564 erwogen, dass das Recht auf Rechenschaftsablegung gestützt auf Art. 400 Abs. 1 OR eine selbständig einklagbare (materiellrechtliche) Forderung und kein verfahrensrechtlicher Anspruch sei. Über eine solche Forderung urteile der Richter definitiv, indem er die Erteilung von Auskünften oder Herausgabe von Beweismitteln anordne. Diese Entscheidung solle nach vollständiger Abklärung des Sachverhalts und der Rechtsfragen gefällt werden. Das definitive Urteil über eine strittige Rechenschaftsablegungspflicht dürfe folglich weder durch eine vorsorgliche Massnahme vorweggenommen werden noch dürfe das Verfahren der vorsorglichen Beweisführung dazu verwendet werden, den von der Gegenpartei bestrittenen Anspruch auf Rechenschaftsablegung geltend zu machen. Wesentlich für die Abweisung des Gesuchs um vorsorgliche Beweisführung bei Vorliegen eines materiellrechtlichen Informationsanspruchs sei also nicht der Anlass für das Gesuch gewesen, sondern der Konflikt zwischen der definitiven Natur der Auskunftserteilung und der bloss vorläufigen Beweisabnahme (Urk. 11 Rz 14-18).

4.3.2 Behaupte eine Partei, die Gegenpartei sei gestützt auf eine materiellrechtliche Pflicht zur Herausgabe von Urkunden und zur Erteilung von Auskünften verpflichtet, könne sie diese mit einer selbstständigen Klage im ordentlichen Verfahren bzw. mit einer Stufenklage einfordern. Editions- und Informationspflichten materiellrechtlicher Natur könnten aber nicht im Verfahren der vorsorglichen Beweisführung geltend gemacht werden. Die Vorinstanz habe somit zu Recht entschieden, dass die bundesgerichtliche Rechtsprechung auch auf das streitgegenständliche Gesuch der Klägerin Anwendung finde. Wo die Vorwegnahme einer endgültigen Auskunftserteilung drohe, dürfe nicht vorsorglich Beweis abgenommen werden. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts stelle sicher, dass ein vom Arbeitgeber behaupteter und vom Arbeitnehmer bestrittener Auskunftsanspruch vom Richter im dafür vorgesehenen Verfahren unter vollständiger Abklärung des Sachverhaltes und der Rechtsfragen geprüft werde (Urk. 11 Rz 22-24).

4.3.3 Überdies ergebe sich weder aus BGE 141 III 564 noch aus BGE 143 III 113, dass der Gegner des (materiellrechtlichen) Informationsanspruches dieselbe Person sein müsse wie der Adressat der beantragten (vorsorglichen) Edition. Es sei denn auch nicht ersichtlich, weshalb eine solche Differenzierung relevant sein sollte. Mit der zitierten Rechtsprechung solle vermieden werden, dass durch die vorzeitige Edition das Urteil über den materiellrechtlichen Informationsanspruch faktisch vorweggenommen werde, indem Unterlagen herausgegeben würden, die später nicht mehr zurückgenommen werden könnten. Ob die Parteien dabei die gleichen seien, sei irrelevant. Relevant sei einzig, dass die Klägerin mit Gutheissung der vorsorglichen Beweisabnahme in den Besitz eines wesentlichen Teils jener Informationen gelangen würde, die sie mit ihrer Stufenklage im ordentlichen Verfahren geltend mache – und deren Herausgabe von der Beklagten bestritten werde (Urk. 11 Rz 28 f.).

5. Materielle Beurteilung

5.1 Nach 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. Mit dem Begriff des schutzwürdigen Interesses nimmt das Gesetz auf die Möglichkeit Bezug, eine vorsorgliche Beweisführung

auch zur Abklärung der Beweis- und Prozessaussichten durchzuführen. Gegenstand des Verfahrens der vorsorglichen Beweisführung ist nicht die abschliessende materiellrechtliche Beurteilung der streitigen Rechte oder Pflichten, sondern ausschliesslich eine Beweisabnahme im Hinblick auf die Feststellung oder Würdigung eines bestimmten Sachverhalts. Mit Blick auf diesen Zweck sind grundsätzlich alle in Art. 168 Abs. 1 ZPO vorgesehenen Beweismittel einer vorsorglichen Beweisführung zugänglich. An die Zulässigkeit einer Beweisabnahme im Verfahren nach Art. 158 ZPO dürfen dabei keine geringeren Anforderungen gestellt werden als an eine solche im Hauptprozess. Die vorsorgliche Beweisführung unterscheidet sich nämlich von der ordentlichen nur dadurch, dass sie zeitlich vorgelagert ist. Dementsprechend muss die gesuchstellende Partei einen Beweisantrag stellen, der sich unmittelbar auf die zu beweisende Tatsache bezieht. Neben der Gefährdung der Beweismittel hat die gesuchstellende Partei somit auch deren Tauglichkeit und die Beweiserheblichkeit der nachzuweisenden Tatsachen glaubhaft zu machen (ZK ZPO-FELLMANN, Art. 158 N 16). Sowohl für den Richter als auch für die Gegenpartei muss eindeutig ersichtlich sein, welche Beweismittel zu welchen Tatsachenbehauptungen angerufen werden. Zudem ist der Beweisantrag im Sinne von Art. 221 Abs. 1 lit. e ZPO zu spezifizieren. So ist im Falle eines beantragten Urkundenbeweises (Art. 177 ff. ZPO) das zu edierende Schriftstück nach Art und Inhalt der Urkunde genau zu bezeichnen (BGE 143 III 113 E. 4.4.1).

5.2 Die Klägerin begründet ihr Gesuch um vorsorgliche Beweisabnahme vorliegend damit, dass die entsprechenden Beweismittel (Urkunden) gefährdet seien, weil die gesetzliche Aufbewahrungsfrist für die zu edierenden Dokumente am 1. Januar 2018 abgelaufen sei und jederzeit mit einer Vernichtung der Beweismittel gerechnet werden müsse (Urk. 8/25 Rz 21 ff.). Ein Beweismittel gilt als gefährdet, wenn es später, wenn es greifbar sein sollte, voraussichtlich nicht mehr oder nicht mehr im gleichen Zustand abgenommen werden kann. Das Tatbestandsmerkmal ist erfüllt, wenn der Verlust eines Beweismittels droht (BSK ZPO-GUYAN, Art. 158 N 3). Beispiele für gefährdete Beweismittel bilden etwa ein einsturzgefährdetes Gebäude, ein todkranker Zeuge, der Unfallort auf einer präparierten Skipiste, ein verderbliches Beweismittel oder ein umstrittener Werkmangel, der behoben werden muss, um weiteren Schaden zu verhindern. Aber auch Urkun-

den, deren Vernichtung oder Verschwinden droht, können gefährdete Beweismittel darstellen (STANISCHEWSKI, a.a.O., S. 8 f. Rz 9).

5.3 Die Vorinstanz wies das Gesuch der Klägerin um vorsorgliche Beweisführung unter Berufung auf zwei Bundesgerichtsurteile (BGE 141 III 564 und BGE 143 III 113) ab. Nachdem der Klägerin als Arbeitgeberin ein materiellrechtlicher Informationsanspruch zustehe, könne sie diesen nicht auf dem Weg der vorsorglichen Beweisführung geltend machen – so die Vorinstanz (Urk. 2 S. 6).

5.3.1 Der neuere von der Vorinstanz zitierte Bundesgerichtsentscheid vom 23. Februar 2017 (BGE 143 III 113) betraf die Auskunftspflicht der Ehegatten nach Art. 170 ZGB. Der Ehemann beantragte im Hinblick auf eine allfällige Abänderungsklage gemäss Art. 129 ZGB, seine von ihm geschiedene Ehefrau sei aufzufordern "umfassend Auskunft über ihre Einkommen [...] zu erteilen". In diesem Zusammenhang hielt das Bundesgericht in Erwägung 4.3 folgendes fest:

"Räumt das Gesetz einer Partei einen materiellrechtlichen Informationsanspruch ein, kann dieser nicht auf dem Weg der vorsorglichen Beweisführung geltend gemacht werden (BGE 141 III 564 E. 4.2 S. 566 ff.). Deshalb ist zuerst zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin ihrem früheren Ehemann gegenüber gestützt auf das materielle Recht zur Auskunft verpflichtet ist."

Nach einer umfassenden Auseinandersetzung mit der entsprechenden Thematik kam das Bundesgericht zum Schluss, der in Art. 170 ZGB verankerte materiellrechtliche Auskunftsanspruch wirke nicht derart über die Auflösung der Ehe hinaus, dass er auch noch im Zusammenhang mit einem Abänderungsverfahren nach Art. 129 ZGB oder im Hinblick darauf als gesetzliche Grundlage für ein Auskunftsbegehren angerufen werden könne. Bei einer Abänderung nach Art. 129 ZGB stehe gerade nicht die naheheliche Solidarität im Vordergrund, sondern eine Veränderung von Umständen, die sich erst nach der Auflösung der Ehe ergeben habe (BGE 143 III 113 E. 4.3.5). Da somit dem geschiedenen Ehemann kein materiellrechtlicher Auskunftsanspruch zustand, prüfte das Bundesgericht anschliessend, ob die Anordnung, mit der das Bezirksgericht die geschiedene Ehefrau zur Auskunft über ihr Einkommen aufgefordert hatte, im konkreten Fall unter den Titel der vorsorglichen Beweisführung im Sinne von Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO

subsumiert werden könne (BGE 143 III 113 E. 4.4). Das Bundesgericht erwog in diesem Zusammenhang, der Gesuchsteller habe kein konkretes Beweismittel genannt, dessen Abnahme das Gericht (vorsorglich) anordnen solle. Es ergebe sich weder aus dem ursprünglichen Gesuch noch aus den kantonalen Richtersprüchen, welche Beweismittel im Sinne von Art. 168 Abs. 1 ZPO nun im Rahmen einer vorsorglichen Beweisführung abgenommen werden sollten. Schütze die Vorinstanz das Auskunftsbegehren trotzdem unter dem Titel von Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO, so verkenne sie offensichtlich die gesetzlichen Voraussetzungen einer vorsorglichen Beweisführung. Nachdem es den Anforderungen an ein Gesuch um vorsorgliche Beweisführung nicht genüge, sei das Begehren um Auskunftserteilung des geschiedenen Ehemannes vollumfänglich abzuweisen (BGE 143 III 113 E. 4.4.2).

5.3.2 Im zweiten von der Vorinstanz zitierten Bundesgerichtsurteil (BGE 141 III 564) ging es um eine auftragsrechtliche Rechenschaftsablegung nach Art. 400 Abs. 1 OR. Eine panamaische Gesellschaft beabsichtigte eine Forderungsklage gegen eine in C._____ domizilierte Bank anzustreben, weil diese angeblich ihre auftragsrechtlichen Sorgfaltspflichten verletzt habe. Um die Erfolgsaussichten dieser Klage einschätzen zu können, stellte die Klägerin (vorprozessual) ein Gesuch um vorsorgliche Beweisführung, worin sie die Edition diverser Urkunden beantragte. Das Bundesgericht erwog diesbezüglich in Erwägung 4.2.2, das Recht auf Rechenschaftsablegung gestützt auf Art. 400 Abs. 1 OR sei ein materiellrechtlicher Anspruch und kein Verfahrensrecht. Gemäss Rechtsprechung könne der Richter nicht eine vorsorgliche Massnahme anordnen, die an sich ein endgültiges Urteil über den zu schützenden Anspruch wie die Rechenschaftsablegung nach Art. 400 Abs. 1 OR darstelle. Gestützt auf diese Erkenntnis hielt das Bundesgericht sodann folgendes Fest (BGE 141 III 564, E. 4.2.2):

"De même, la procédure de preuve à futur en vue d'évaluer les chances de succès d'une action future ne peut pas être utilisée pour faire valoir une prétention en reddition de compte contestée par la partie adverse."

Übersetzung gemäss Pra 105 (2016) Nr. 80:

"Desgleichen kann das Verfahren der vorsorglichen Beweisführung, das der Einschätzung der Erfolgsaussichten einer zukünftigen Klage dient, nicht dazu verwendet werden, um den von der Gegenpartei bestrittenen Anspruch auf Rechenschaftsablegung geltend zu machen."

5.3.3 Aufgrund der vorstehenden Ausführungen wird ersichtlich, dass die beiden von der Vorinstanz zur Begründung ihres Entscheids herangezogenen Bundesgerichtsurteile drei wesentliche Unterschiede im Vergleich zum vorliegenden Fall aufweisen:

5.3.3.1 In den Bundesgerichtsentscheiden wurden die Gesuche um vorsorgliche Beweisführung jeweils vorprozessual, d.h. vor Anhängigmachung der Klage gestellt. Zu diesem Zeitpunkt stand noch nicht einmal fest, ob die angestrebte Klage überhaupt jemals eingereicht wird. Im Stadium einer vorsorglichen Beweisführung vor Einleitung des Hauptprozesses steht das Prozessthema noch nicht abschliessend fest. Im Unterschied dazu beantragt die Klägerin in casu die vorsorgliche Beweisabnahme während eines bereits rechtshängigen Prozesses. Die Klägerin hat in ihrer Klageschrift den rechtserheblichen Sachverhalt sowie die entsprechenden Tatsachenbehauptungen bereits vorgetragen. Es geht vorliegend somit nicht um die Sammlung des relevanten Prozessstoffes im Hinblick auf eine zukünftige Klage, sondern lediglich um die zeitliche Vorverlegung der Beweisabnahme im einem bereits anhängigen Prozess.

5.3.3.2 Die Klägerin begründet ihr Gesuch um vorsorgliche Beweisführung mit der Gefährdung der Beweismittel. Im Unterschied dazu ging es den Gesuchstellern in den beiden vorerwähnten Bundesgerichtsurteilen um die (vorprozessuale) Abklärung von Prozess- bzw. Beweis Chancen. Dabei steht die Gewinnung von Informationen in Form von potentiellen Beweismitteln im Vordergrund, die dem Gesuchsteller bei seiner Entschlussfassung helfen sollen, ob er das Kostenrisiko eines Hauptprozesses eingehen und einen solchen tatsächlich einleiten will (BGE 141 I 241 E. 4.2.3). Im Gegensatz dazu beabsichtigt die Klägerin vorliegend die vorzeitige Abnahme von Beweismitteln, da diesen (angeblich) die Vernichtung droht. Träfe dies zu, wäre eine spätere Abnahme der streitgegenständlichen Be-

weismittel nicht mehr möglich. Im Unterschied zu den vorerwähnten Entscheiden des Bundesgerichts steht vorliegend somit die Existenz bzw. die spätere Verfügbarkeit der Beweismittel zur Diskussion.

5.3.3.3 Der dritte massgebliche Unterschied betrifft die involvierten Parteien. Im Unterschied zu den beiden Bundesgerichtsentscheiden richtet sich das Editionsbegehren der Klägerin vorliegend gegen eine – vom Hauptverfahren nicht betroffene – Drittperson. Der von der Klägerin geltend gemachte (materiellrechtliche) Informationsanspruch im Sinne von Art. 321b OR besteht (wenn überhaupt) nur gegenüber der Beklagten als ehemalige Arbeitnehmerin. Die hier interessierenden Kontobeziehungen bestehen hingegen zwischen der G._____ AG und der Beklagten. Entsprechend verfügt die Klägerin über keine materiellrechtlichen Auskunfts- bzw. Informationsansprüche gegenüber der vom Editionsbegehren betroffenen Bank. Das Begehren um vorsorgliche Beweisführung richtet sich im vorliegenden Fall somit nicht gegen eine Verfahrenspartei sondern gegen eine am Hauptprozess unbeteiligte Drittperson, welche selbst keine materiellrechtliche Rechenschaftspflicht (gegenüber der Klägerin) trifft.

5.3.4 Aufgrund der vorgenannten Unterschiede kann der vorliegende Fall nicht unbesehen mit den beiden von der Vorinstanz zitierten Bundesgerichtsurteilen gleichgesetzt werden. Die erwähnten Besonderheiten (Zeitpunkt und Motiv des Gesuchs, involvierte Parteien) müssen bei der Entscheidungsfindung mitberücksichtigt werden. Dies hat die Vorinstanz nicht getan. Sie hielt diesbezüglich lediglich fest, die vom Bundesgericht im Zusammenhang mit der Rechenschaftspflicht des Beauftragten entwickelte Praxis zur vorsorglichen Beweisführung sei mit BGE 143 III 113 "ausdrücklich" auf sämtliche materiellrechtlichen Informationsansprüche ausgedehnt worden, weshalb diese Rechtsprechung vorliegend "zweifelloos einschlägig" und auch für die Rechenschafts- und Herausgabepflicht des Arbeitnehmers massgeblich sei (Urk. 2 S. 6). Eine solche explizite Erweiterung der Rechtsprechung ist dem betreffenden Bundesgerichtsentscheid allerdings nicht zu entnehmen. In allgemeiner Weise hielt das Bundesgericht in BGE 143 III 113 E. 4.3 in einem einzigen Satz lediglich fest, dass ein materiellrechtlicher Informationsanspruch nicht auf dem Weg der vorsorglichen Beweisführung geltend gemacht

werden könne und verwies diesbezüglich explizit auf BGE 141 III 564 E. 4.2. In diesem Entscheid vom 16. Dezember 2015 erwog das Bundesgericht, dass die vorgenannte Einschränkung in Verfahren der vorsorglichen Beweisführung zur Anwendung gelange, die der *Einschätzung der Erfolgsaussichten einer zukünftigen Klage* diene (BGE 141 III 564 E. 4.2.2):

"De même, la procédure de preuve à futur en vue d'évaluer les chances de succès d'une action future ne peut pas être utilisée pour faire valoir une prétention en reddition de compte contestée par la partie adverse." (Hervorhebungen durch das Gericht)

Dass diese Rechtsprechung auch in Verfahren der vorsorglichen Beweisführung Anwendung finden solle, in denen der Verlust von gefährdeten Beweismitteln droht, ist weder BGE 141 III 564 noch BGE 143 III 113 zu entnehmen. In beiden Urteilen ging es ausschliesslich um die Abklärung von Prozess- bzw. Beweis-chancen im Zusammenhang mit einer zukünftigen Klage. Die Gefährdung von Beweismitteln war dabei kein Thema, weshalb sich die entsprechende bundesgerichtliche Rechtsprechung auch nicht auf solche Fälle bezog. Es gibt in den zitierten Urteilen keine Hinweise darauf, dass das Bundesgericht seine Rechtsprechung auch auf Fälle der Beweismittelgefährdung ausweiten wollte. Eine solche uneingeschränkte Ausdehnung auf Verfahren der vorsorglichen Beweisabnahme aufgrund gefährdeter Beweismittel würde zwangsläufig zu stossenden Ergebnissen führen. Diesfalls müsste die gesuchstellende Partei den Untergang bzw. die Vernichtung von Beweismitteln in Kauf nehmen, nur weil ihr (zufälligerweise) auch materiellrechtliche Auskunftsansprüche zustehen. Mit dem (prozessrechtlichen) Institut der vorsorglichen Beweisabnahme soll jedoch genau verhindert werden, dass gefährdete Beweismittel untergehen und später im Rahmen des ordentlichen Beweisverfahrens nicht mehr zur Verfügung stehen – unabhängig davon, ob gleichzeitig noch materiellrechtliche Auskunftspflichten bestehen oder nicht. Dabei ist zu berücksichtigen, dass das Zivilprozessrecht eine dienende Funktion hat. Es ist darauf ausgerichtet, dem materiellen Recht zum Durchbruch zu verhelfen. Seine dienende Funktion bestimmt auch die Auslegung des Prozessrechts (BGE 139 III 457 E. 4.4.3.3). Würde man die vorsorgliche Beweisabnahme bei einer Beweismittelgefährdung nur dann zulassen, wenn der gesuchstellenden Par-

tei *keine* Rechenschaftsansprüche aus dem materiellen Recht zustehen, hätte dies den möglichen Verlust von an sich tauglichen Beweismitteln zur Folge. Die klagende Partei würde damit Gefahr laufen, eine bestehende Forderung im Hauptverfahren mangels Beweisen nicht mehr durchsetzen zu können, nur weil ihr gleichzeitig materiellrechtliche Auskunftsansprüche zustehen. Bei tatsächlich gefährdeten Beweismitteln muss somit eine vorsorgliche Beweisführung auch dann möglich sein, wenn der gesuchstellenden Partei materiellrechtliche Informationsansprüche zustehen sollten. Dies muss umso mehr dann gelten, wenn das Gesuch im Rahmen eines bereits anhängigen Hauptprozesses gestellt wird und sich zudem gegen eine unbeteiligte Drittperson richtet. In diesem Zusammenhang ist ferner zwischen der materiellen Auskunftspflicht (zu Informationszwecken) und der prozessualen Edition (zu Beweis Zwecken) zu unterscheiden.

5.3.5 Auskunfts- und Editions Pflichten können gestützt auf unterschiedliche Rechtsgrundlagen begründet werden. Beim Auskunftsanspruch des Arbeitgebers gegenüber einer Arbeitnehmerin nach Art. 321b OR handelt es sich um einen materiellrechtlichen Anspruch. Davon zu unterscheiden sind prozessuale Editions- und Auskunftspflichten gestützt auf das Verfahrensrecht, welche in Art. 150 ff. ZPO geregelt werden. Jede Partei hat das Recht zu beantragen, dass das Gericht über streitige und entscheidrelevante Tatsachen Beweise abnimmt, nötigenfalls auch die Gegenpartei oder Dritte zur Herausgabe von Urkunden verpflichtet (vgl. Art. 160 Abs. 1 lit. b ZPO). Wer welche Beweismittel einzureichen hat, legt das Gericht in einer Beweisverfügung fest (Art. 154 ZPO; vgl. BGer 5A_421/2013 vom 19. August 2013, E. 1.2.1 f.). Die prozessrechtliche Mitwirkungspflicht gemäss Art. 160 Abs. 1 ZPO dient – anders als die materiellrechtlichen Auskunftsrechte – nicht der Ermittlung und Feststellung des Sachverhalts, sondern dem Beweis einer bereits bekannten Tatsache. Im Unterschied zur prozessualen Editions pflicht verschafft ein materiellrechtlicher Auskunftsanspruch der beweisbelasteten Partei somit Zugang zu neuen Informationen und dient nicht nur zur Herausgabe von Dokumenten, die bereits Bekanntes und im Prozess Behauptetes zu beweisen vermögen. Mit der allfälligen Guttheissung des prozessualen Editionsbegehrens im Rahmen einer vorsorglichen Beweisabnahme wird die Frage der materiellrechtlichen Auskunftspflicht (der Beklagten) im Sinne von Art. 321b OR nicht be-

antwortet. Vorliegend stützt sich der Editionsantrag der Klägerin gegenüber der Bank G._____ AG auf die prozessuale Mitwirkungspflicht im Sinne von Art. 160 Abs. 1 ZPO. Zwischen diesen beiden Parteien bestehen keine vertraglichen Rechenschaftspflichten, welche die Bank zur Herausgabe von Dokumenten verpflichten würden. Entsprechend dient der vorliegende Editionsantrag nicht der Klärung des Sachverhalts, sondern zu dessen Beweis. Es geht alleine um die (vorzeitige) Abnahme von Beweismitteln, mit welchen bereits bekannte und im Verfahren behauptete Tatsachen bewiesen werden sollen. Demgemäss darf die vorsorgliche Beweisabnahme gestützt auf Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO nicht zur Informationsbeschaffung und Sachverhaltsklärung angerufen werden, um hernach gestützt auf die dadurch gewonnenen Erkenntnisse die für die Anspruchsbegründung relevanten Tatsachen in den Prozess einzubringen. In diesem Zusammenhang ist schliesslich festzuhalten, dass die Editionsspflicht einer Drittpartei im Sinne von Art. 160 Abs. 1 ZPO – entgegen der Ansicht der Vorinstanz (Urk. 2 S. 7) und der Beklagten (Urk. 11 Rz 31-33) – nicht nur diejenigen Urkunden umfasst, welche gleichzeitig vom materiellrechtlichen Auskunftsanspruch zwischen den Prozessparteien gedeckt sind. Eine Drittpartei kann im Rahmen der Beweisabnahme verpflichtet werden, sämtliche in ihrem Besitz befindlichen Urkunden herauszugeben, die notwendig und geeignet sind, einen rechtserheblichen und streitigen Sachverhalt zu beweisen (vgl. zum Ganzen ZK ZPO-HASENBÖHLER, Art. 160 N 11 ff.); vorbehalten bleiben die Verweigerungsrechte gemäss Art. 165 ff. ZPO sowie die anwaltliche Korrespondenz (vgl. Art. 160 Abs. 1 lit. b ZPO). Die materiellrechtliche Informationspflicht einer Verfahrenspartei einerseits und die prozessuale Editionsspflicht Dritter andererseits müssen nach dem Gesagten klar auseinandergehalten werden (vgl. BK ZPO II-Rüetschi, Art. 160 N 21).

5.3.6 Neben den drei bereits dargelegten Unterschieden (vgl. vorstehend E. 5.3.3) stützt sich das klägerische Gesuch um vorsorgliche Beweisführung in casu somit auch auf eine andere Rechtsgrundlage als diejenigen in den von der Vorinstanz zitierten Bundesgerichtsentscheiden. Im Unterschied zu den erwähnten höchstrichterlichen Urteilen geht es vorliegend nicht um die Beschaffung von neuen Informationen (Sachverhaltsermittlung) sondern um ein prozessuales Editionsbegehren zur Sicherung (potentiell) gefährdeter Beweismittel (vgl. vorste-

hend E. 5.3.5). Die in diesem Zusammenhang zu beweisenden Tatsachen müssen bereits substantiiert behauptet und form- und fristgerecht in den Prozess eingebracht worden sein, damit eine verpönte Beweisausforschung verhindert werden kann (BK ZPO II-Brönnimann, Art. 158 N 14; vgl. auch ZR 115/2016 Nr. 64). Nach dem Gesagten spricht auch die unterschiedliche Rechtsgrundlage vorliegend für die Zulässigkeit einer vorsorglichen Beweisabnahme aufgrund einer Gefährdung von Beweismitteln – auch wenn der Klägerin allenfalls materiellrechtliche Auskunftsansprüche gegenüber der Beklagten zustehen sollten, was die Vorinstanz allerdings nicht abschliessend geprüft hat (vgl. Urk. 2 S. 6 und Urk. 8/18 Rz 143 ff.).

5.4 Zusammenfassend unterscheidet sich der vorliegende Fall wesentlich von den beiden Bundesgerichtsurteilen, welche die Vorinstanz zur Begründung ihres Entscheides herangezogen hat. Insbesondere kann die von der Vorinstanz zitierte Rechtsprechung des Bundesgerichts aufgrund folgender Unterschiede nicht auf das streitgegenständliche Gesuch der Klägerin vom 20. November 2017 (Urk. 8/25) übertragen werden:

- Das Gesuch der Klägerin wurde nicht vorprozessual sondern während eines hängigen Hauptverfahrens gestellt;
- Das Gesuch der Klägerin dient nicht der Evaluierung zukünftiger Prozesschancen sondern der Sicherung (angeblich) gefährdeter Beweise;
- Das Gesuch der Klägerin richtet sich nicht gegen eine Verfahrenspartei sondern gegen eine unbeteiligte Drittperson, welche keine materiellrechtlichen Rechenschaftspflichten gegenüber der Klägerin hat;
- Beim Gesuch der Klägerin handelt es sich um ein prozessuales Editionsbegehren im Sinne von Art. 160 Abs. 1 ZPO (zu Beweis Zwecken) und nicht um ein materiellrechtliches Auskunftsbegehren (zu Informationszwecken).

Aufgrund der vorstehenden Erwägungen stehen in casu allfällige materiellrechtliche Informationsansprüche der Klägerin der beantragten vorsorglichen Beweisführung zur Sicherung gefährdeter Beweismittel nicht entgegen. Die Beschwerde

ist bei Gutheissung in der Regel ein kassatorisches Rechtsmittel (Art. 327 Abs. 3 lit. a ZPO). In Gutheissung der Beschwerde ist daher die angefochtene Verfügung der Vorinstanz aufzuheben und die Sache zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 327 Abs. 3 lit. a ZPO). Eine Rückweisung ist auch deshalb angezeigt, weil die letzte Rechtsschrift der Klägerin im vorinstanzlichen Verfahren (Urk. 8/34) der Gegenpartei erst zusammen mit der angefochtenen Verfügung zugestellt wurde (Urk. 2 Dispositivziffer 2). Aufgrund der Aktenlage steht zum jetzigen Zeitpunkt noch nicht fest, wie der neue Entscheid im Ergebnis ausfallen wird, weshalb die Vorinstanz je nach Ausgang des Verfahrens der Beklagten in Bezug auf die Eingabe der Klägerin vom 14. Dezember 2017 (Urk. 8/34) das rechtliche Gehör zu gewähren haben wird. Nach dem Gesagten ist das Verfahren heute noch nicht spruchreif, da die Beklagte zur letzten Eingabe der Klägerin vor Vorinstanz noch keine Stellung nehmen konnte, was aufgrund des strikten Novenverbots (vgl. vorstehend E. 3.3) im Rahmen des vorliegenden Beschwerdeverfahrens nicht nachgeholt werden kann. Infolge der Rückweisung erübrigen sich weitere Ausführungen zu den zusätzlichen Einwendungen der Beklagten (vgl. Urk. 11 Rz 34-66).

6. Kosten- und Entschädigungsfolgen

6.1 Bei diesem Ausgang des Beschwerdeverfahrens rechtfertigt es sich, lediglich eine Entscheidgebühr für das Rechtsmittelverfahren festzusetzen und die Verteilung der zweitinstanzlichen Gerichtskosten sowie den Entscheid über die Parteientschädigung dem Entscheid der Vorinstanz zu überlassen (Art. 104 Abs. 4 ZPO; KUKO ZPO-SCHMID Art. 104 N 7; BSK ZPO-RÜEGG Art. 104 N 7; BK ZPO I-STERCHI Art. 104 N 16).

6.2 Der Streitwert der vorsorglichen Beweisführung richtet sich nach demjenigen des mit dem betreffenden Beweismittel zu beweisenden Hauptanspruchs, d.h. nach den Begehren im Hauptprozess. Ein Beweismittel hat keinen eigenen Wert, sondern immer nur den Wert des Zwecks, dem es dienen soll. Vorliegend handelt es sich bei der beantragten vorsorglichen Beweisführung um einen Bestandteil des Hauptverfahrens, womit der Streitwert dafür nicht separat berechnet werden muss (STANISCHEWSKI, a.a.O., S. 43 f. Rz 38; SCHWEIZER, a.a.O., S. 26 f.;

ZK ZPO-FELLMANN, Art. 158 N 26b). Aufgrund des klägerischen Rechtsbegehrens in der Klageschrift ist von einem Streitwert von mindestens EUR 1.5 Mio. auszugehen (Urk. 8/2 S. 2). Allerdings muss in Bezug auf den Kostenentscheid dem geringeren Aufwand, den ein Gesuch um vorsorgliche Beweisführung im Vergleich zum Hauptverfahren mit sich bringt, Rechnung getragen werden (STANISCHEWSKI, a.a.O., S. 44 Rz 38; SCHWEIZER, a.a.O., S. 27). Nach dem Gesagten ist die Entscheidegebühr in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 2 Abs. 1, § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 8 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 5'000.– festzusetzen. Dabei ist vorzu-merken, dass die Klägerin im Beschwerdeverfahren einen Gerichtskostenvor-schuss in ebendieser Höhe geleistet hat (Urk. 9).

Es wird beschlossen:

1. Die Verfügung des Arbeitsgerichtes Meilen vom 4. Januar 2018 wird aufgehoben und die Sache wird zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.

2. Die zweitinstanzliche Entscheidegebühr wird auf Fr. 5'000.– festgesetzt.

Es wird vorgemerkt, dass die Klägerin für das vorliegende Beschwerdeverfahren einen Gerichtskostenvorschuss von Fr. 5'000.– geleistet hat.

3. Die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen des Beschwerdeverfahrens wird dem Endentscheid der Vorinstanz vorbehalten.

4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, 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 Angelegenheit. Der Streitwert beträgt mehr als Fr. 30'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 2. Juli 2018

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. M. Kirchheimer

versandt am:
am