

# **BGer 4A 597/2018 vom 27. Juni 2019**

Bundesgericht, 2019-06-27, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_4A\\_597\\_2018](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4A_597_2018)

FR: TF 4A 597/2018 du 27 juin 2019

IT: TF 4A 597/2018 del 27 giugno 2019

## **Regeste**

Vorsorgliche Beweisführung | Vertragsrecht

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Das Bundesgericht prüft die Zulässigkeit der Beschwerde von Amtes wegen ( Art. 29 Abs. 1 BGG ).

#### **E. 1.1**

Der angefochtene Entscheid betrifft eine Zivilsache ( Art. 72 BGG ), die Beschwerde richtet sich gegen den Entscheid eines oberen kantonalen Gerichts, das als Rechtsmittelinstanz entschieden hat ( Art. 75 BGG ), die Beschwerdeführer sind mit ihren Anträgen nicht vollständig durchgedrungen ( Art. 76 BGG ), der Streitwert ist erreicht ( Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG ) und die Beschwerdefrist ist eingehalten ( Art. 100 BGG ).

#### **E. 1.2**

Die Beschwerde ist zulässig gegen Entscheide, die das Verfahren abschliessen ( Art. 90 BGG ). Gegen Vor- und Zwischenentscheide, welche weder die Zuständigkeit noch den Ausstand betreffen, ist die Beschwerde dagegen gemäss Art. 93 Abs. 1 BGG nur zulässig, wenn sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken können (lit. a) 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 (lit. b).

##### **E. 1.2.1**

Ein Nichteintretensentscheid einer Rechtsmittelbehörde schliesst zwar das Verfahren vor der Rechtsmittelinstanz ab; richtet sich das Rechtsmittel aber seinerseits gegen einen erstinstanzlichen Zwischenentscheid, so gilt auch der Rechtsmittelentscheid als Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 Abs. 1 BGG ( BGE 142 III 653 E. 1.1 S. 654 f. mit Hinweis). Das Obergericht hat im angefochtenen Entscheid angenommen, der erstinstanzliche Entscheid schliesse das Massnahmeverfahren nicht ab bzw. ein abschliessender Entscheid sei in diesem Verfahren der vorsorglichen Beweisabnahme gar nicht erforderlich. Es hat aus diesem Grund den erstinstanzlichen Entscheid nicht als Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 308 Abs. 1 lit. c ZPO qualifiziert und die Berufungsfähigkeit verneint.

##### **E. 1.2.2**

Auf die vorsorgliche Beweisführung nach Art. 158 ZPO sind die Bestimmungen über die vorsorglichen Massnahmen ( Art. 261 ff. ZPO ) anwendbar ( Art. 158 Abs. 2 ZPO ).

Verfahrensabschliessende Entscheide über vorsorgliche Massnahmen gelten als Endentscheide, wenn sie in einem eigenständigen Verfahren ergehen; dagegen als Zwischenentscheide, wenn sie vor oder während eines Hauptverfahrens erlassen werden ( BGE 144 III 475 E.1.1; 138 III 76 E. 1.2; 333 E. 1.2 S. 334 f.; 137 III 324 E. 1.1 S. 327 f.). Das Gesuch um vorsorgliche Beweisführung ist hier unabhängig von einem Hauptverfahren - zur Abklärung der Prozesschancen - gestellt worden. Es handelt sich um ein eigenständiges Verfahren. Entscheide, welche ein solches eigenständiges Massnahmeverfahren abschliessen, sind Endentscheide. Dies trifft namentlich zu, wenn ein Gesuch um vorsorgliche Beweisführung abgewiesen wird ( BGE 138 III 76 E. 1.2 S. 79). Entscheide, mit denen ein Gesuch um vorsorgliche Beweisführung gutgeheissen wird, sind dagegen Zwischenentscheide, weil damit das Verfahren betreffend die vorsorgliche Beweisführung erst eröffnet wird (FELLMANN, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.] Kommentar ZPO 3. Aufl. 2016, N 44a zu Art. 158).

### **E. 1.2.3**

Die vorsorgliche Beweisführung unterscheidet sich von der ordentlichen nur dadurch, dass sie zeitlich vorgelagert ist ( BGE 143 III 113 E. 4.4.1 S. 188 f. mit Verweisen). Die Vorinstanz geht daher zutreffend davon aus, dass konkrete Beweisanordnungen (auch) im Rahmen des Massnahmeverfahrens über die vorsorgliche Beweisführung als prozessleitende Verfügungen zu qualifizieren sind ( Art. 124 Abs. 1 ZPO ), die gemäss Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO nur mit Beschwerde angefochten werden können, wenn durch sie ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht (vgl. FELLMANN, a.a.O., FREI, Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2012, N 13 zu Art. 124 ZPO , insbesondere für die Beweisverfügung als "Programm des Beweisverfahrens", auch HASENBÖHLER, Das Beweisrecht der ZPO, 2015, S. 61, 63, BRÖNNIMANN, Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2012, N 3,5 zu Art. 154 ZPO ).

### **E. 1.2.4**

Der im angefochtenen Entscheid wörtlich zitierte "Kostenentscheid" des erstinstanzlichen Richters vom 4. Mai 2018 stellt ausdrücklich fest: " Die vorsorgliche Beweisabnahme ist somit abgeschlossen." Es wird sodann der Antrag auf ein Obergutachten abgewiesen und entschieden, die Beschwerdeführer brächten für einen zusätzlichen Klärungsbedarf nichts vor. Der erstinstanzliche Richter hat damit das Verfahren betreffend die vorsorgliche Beweisführung, das mit Entscheid vom 24. Januar 2017 eröffnet wurde, geschlossen und sämtliche weiteren Anträge abgewiesen. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz wird mit diesem Entscheid nicht nur über konkrete Beweisanträge entschieden, sondern es wird das Verfahren der vorsorglichen Beweismassführung abgeschlossen und es wird über die Kosten dieses Verfahrens - unter Vorbehalt einer anderen Verlegung im Hauptverfahren - entschieden.

### **E. 1.2.5**

Im erstinstanzlichen Entscheid werden nicht nur konkrete Beweisanordnungen getroffen bzw. konkrete weitere Beweisanträge abgewiesen, sondern es wird das (selbständige) Massnahmeverfahren überhaupt geschlossen und damit sinngemäss festgestellt, dass der Zweck der vorsorglichen Beweisführung erreicht ist, zu dem das Verfahren eröffnet wurde. Dieser Entscheid stellt ebenso wie die Abweisung eines Gesuchs um vorsorgliche Beweisführung einen Massnahmeentscheid im Sinne von Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO bzw.

319 lit. a ZPO dar, der das Verfahren im Sinne von Art. 90 BGG abschliesst. Weshalb der förmliche Abschluss des Massnahmeverfahrens nicht erforderlich sein soll, ist dem angefochtenen Entscheid nicht zu entnehmen und auch nicht ersichtlich.

#### **E. 1.2.6**

Der erstinstanzliche Richter hat mit dem Abschluss des selbständigen Massnahmeverfahrens einen Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG erlassen, die Vorinstanz ist auf das kantonale Rechtsmittel gegen diesen Endentscheid nicht eingetreten und die Beschwerde gegen den Nichteintretensentscheid der Vorinstanz richtet sich demgemäss gegen einen Endentscheid. Insoweit ist die Beschwerde zulässig.

#### **E. 1.3**

Mit dem angefochtenen Entscheid ist die Vorinstanz auf die Berufung gegen den erstinstanzlichen Entscheid nicht eingetreten und hat auch die Beschwerde dagegen (abgesehen vom Kostenentscheid) als unzulässig erklärt. Mit der Beschwerde gegen einen Nichteintretensentscheid kann grundsätzlich nur beantragt werden, die Vorinstanz hätte auf das Rechtsmittel eintreten und die Sache materiell behandeln müssen. Soweit die Beschwerdeführer beantragen, das Verfahren über die vorsorgliche Beweisaufnahme sei weiterzuführen und in Ziffern 3 bis 10 ihrer Rechtsbegehren die Durchführung weiterer zusätzlicher Beweisabnahmen begehren, kann auf ihre Beschwerde nicht eingetreten werden. Die Beschwerde ist nur insoweit zulässig, als sinngemäss beantragt wird, die Vorinstanz habe die Berufung materiell zu beurteilen.

#### **E. 1.4**

Mit der Beschwerde gegen Entscheide über vorsorgliche Massnahmen kann nur die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden ( Art. 98 BGG ). Für solche Verfassungsrügen gilt das strenge Rügeprinzip ( Art. 106 Abs. 2 BGG ). Das bedeutet, dass das Bundesgericht nur klar und detailliert erhobene und soweit möglich belegte Rügen prüft. Auf ungenügend begründete Rügen und rein appellatorische Kritik am angefochtenen Entscheid tritt es nicht ein ( BGE 134 II 244 E. 2.2 S. 246; 133 II 396 E. 3.1 S. 399 f.). Wird die Verletzung des Willkürverbots geltend gemacht, muss die beschwerdeführende Person dartun, inwiefern der angefochtene Entscheid an einem qualifizierten und offensichtlichen Mangel leidet. Denn willkürlich ist ein Entscheid nicht schon dann, wenn eine andere Lösung ebenfalls vertretbar oder gar vorzuziehen wäre, sondern nur, wenn er offensichtlich unhaltbar ist, in klarem Widerspruch zur tatsächlichen Situation steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft ( BGE 144 II 281 E. 3.6.2 S. 287, 140 III 16 E. 2.1 S. 18 je mit Verweisen). Eine Berichtigung oder Ergänzung der Sachverhaltsfeststellungen kommt ebenfalls nur in Frage, wenn die kantonale Instanz verfassungsmässige Rechte verletzt hat ( BGE 133 III 585 E. 4.1 S. 588), was die rechtsuchende Partei wiederum präzise geltend zu machen hat ( BGE 142 II 433 E. 4.4 S. 444; 140 III 264 E. 2.3 S. 266 mit Hinweisen).

#### **E. 1.4.1**

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 eines bestimmten Sachverhalts ( BGE 143 III 133 E. 4.4 S. 118 mit Verweisen). Die Möglichkeit, Beweise zur Abklärung von Prozesschancen zu erheben, soll dazu beitragen, aussichtslose Prozesse zu vermeiden (

BGE 140 III 16 E. 2.2.1 S. 19; BGE 138 III 76 E. 2.4.2 S. 81 mit Hinweisen). Um ein schutzwürdiges Interesse an einer vorsorglichen Beweisführung glaubhaft zu machen, kann sich der Gesuchsteller freilich nicht mit der Behauptung begnügen, dass ein Bedürfnis danach bestehe, Beweis- und Prozessaussichten abzuklären. Er kann eine vorsorgliche Beweisführung nur mit Blick auf die Durchsetzung eines konkreten materiellrechtlichen Anspruchs verlangen. Wer sich auf Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO beruft, muss daher glaubhaft machen, dass ein Sachverhalt vorliegt, gestützt auf den das materielle Recht ihm einen Anspruch gegen den Prozessgegner verschafft und zu dessen Beweis das abzunehmende Beweismittel dienen kann (ausführlich: BGE 138 III 76 E. 2.4.2 S. 81 f. mit Hinweisen). Denn von der möglichen Durchsetzung dieses Anspruchs hängt das erforderliche Interesse an der Beweisabnahme ab und dieses Interesse fehlt insbesondere, wenn es der Gesuchstellenden Partei lediglich darum geht, ein bereits vorliegendes Gutachten mit einem weiteren Gutachten in Frage zu stellen ( BGE 140 III 16 E. 2.2.2 S. 19/20).

#### **E. 1.4.2**

Wird ein Verfahren betreffend vorsorgliche Beweisführung nach Durchführung von Beweismassnahmen geschlossen, so ist die Beweislage naturgemäss nicht mehr dieselbe wie bei der Bewilligung des Gesuchs und bei Eröffnung des Verfahrens. Ist daher der Gesuchsteller der Ansicht, das Verfahren sei zu Unrecht geschlossen worden und es seien zur Abklärung der Prozessaussichten weitere Beweismassnahmen erforderlich, hat er aufgrund der aktuell vorliegenden Beweise zu begründen, dass diese zur Beurteilung seines materiellen Anspruchs noch nicht ausreichen. Ebenso wie bei der ursprünglichen Stellung seines Gesuchs um vorsorgliche Beweisabnahme hat der Gesuchsteller daher darzutun, dass die bisher vorliegenden Beweise im Blick auf einen konkreten Anspruch, den er durchsetzen will, die Abschätzung der Prozesschancen nicht erlauben. Er kann sich insbesondere nicht damit begnügen zu behaupten, er könne die Prozesschancen nach wie vor nicht abschätzen; vielmehr hat er wiederum im Blick auf die materiellen Ansprüche, die er durchsetzen will, konkret darzutun, dass ihm die Abschätzung seiner Chancen auch unter Berücksichtigung der bereits vorsorglich erhobenen Beweise noch immer nicht möglich ist und er daher an weiteren Beweisabnahmen ein schutzwürdiges Interesse hat.

#### **E. 1.4.3**

Die Beschwerdeführer behaupten nicht, sie hätten in ihrer Berufung an die Vorinstanz ihr schutzwürdiges Interesse im Blick auf konkret in Aussicht genommene Klagebegehren begründet (vgl. Art. 311 Abs. 1 ZPO ; BGE 142 I 93 E. 8.2 S. 94 mit Verweisen). Sie bringen in ihrer Beschwerde an das Bundesgericht vielmehr vor, das Gutachten sei mangelhaft. Damit verkennen sie, dass ein schutzwürdiges Interesse namentlich fehlt, wenn es nur darum geht, ein bereits vorliegendes Gutachten mit einem weiteren Gutachten in Frage zu stellen. Die Beschwerdeführer behaupten auch in ihrer Beschwerde ans Bundesgericht nur, die bisher erhobenen Beweise seien mangelhaft und lückenhaft. Ihrer Begründung ist indes nicht zu entnehmen, welche verfassungsmässigen Rechte die Vorinstanz inwiefern verletzt haben könnte, indem sie auf das kantonale Rechtsmittel nicht eingetreten ist. Die Beschwerde genügt den Anforderungen an die Begründung gemäss Art. 98 BGG insofern nicht.

#### **E. 1.4.4**

Auf die Beschwerde ist nicht einzutreten, soweit sie sich gegen den Nichteintretensentscheid der Vorinstanz richtet.

### **E. 1.5**

Die Beschwerdeführer beantragen, die Expertenkosten von Fr. 27'975.20 seien angemessen zu kürzen und auf maximal Fr. 5'000.-- festzulegen.

### **E. 1.6**

Die Vorinstanz hat festgestellt, es sei aus den Akten ersichtlich, dass der Gutachter das Gericht darauf hingewiesen habe, das vorläufige weiche Kostendach von Fr. 6'000.-- werde deutlich nicht ausreichen. Zwar habe das Gericht die Parteien darüber nicht informiert, was die Beschwerdeführer zu Recht monierten. Aber die Voraussetzungen einer Staatshaftung seien klarerweise nicht erfüllt, da die pflichtwidrige Unterlassung weder einen Einfluss auf die tatsächlich anfallenden Gutachterkosten gehabt habe noch aufgrund des Verhaltens der Beschwerdeführer im weiteren Verfahrensverlauf davon auszugehen sei, dass sie bei entsprechender Orientierung einen Gesuchsrückzug in Erwägung gezogen hätten. Die Vorinstanz hat mit dieser Begründung sowohl die Übernahme der Kosten durch die Staatskasse wie eine Reduktion der ausgewiesenen Expertisekosten abgelehnt.

### **E. 1.7**

Die Beschwerdeführer behaupten, der Gutachter habe sich Pflichtwidrigkeiten und unsorgfältige Arbeit vorwerfen zu lassen. Sie verweisen dafür auf Ziffern 39 ihrer Beschwerdeschrift ans Bundesgericht, wo sie nach einem Globalverweis auf ihre Berufung begründen, was sie gegen das Gutachten einwenden. Damit genügen sie den Anforderungen an die Begründung nicht ( Art. 42 Abs. 2 BGG ), ist den Ausführungen doch nicht ansatzweise zu entnehmen, inwiefern Recht verletzt worden sein soll (Art. 106 Abs. 2 GG). Ausserdem bringen sie vor, es beständen keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass das Kostendach von Fr. 6'000.-- gegenüber dem Gutachter erhöht worden sei. Erst recht sei ihnen die Erhöhung nicht mitgeteilt worden. Unter diesen Umständen halten sie für willkürlich, dass ihnen die Kosten des Gutachtens vollständig überbunden werden und rügen, die Bestimmungen der ZPO über die Kostenverlegung würden auch für den Fall schwer verletzt, dass das Kostendach tatsächlich erhöht worden sein sollte. Auch diesen Ausführungen ist nicht zu entnehmen, inwiefern durch den angefochtenen Kostenentscheid welche verfassungsmässigen Rechte der Beschwerdeführer verletzt worden sein sollten; insbesondere wird Willkür weder in Bezug auf die Sachverhaltsfeststellungen noch in Bezug auf die Rechtsanwendung hinreichend gerügt ( Art. 106 Abs. 2 BGG ). Mangels hinreichender Begründung ist auf die Beschwerde auch betreffend die Kosten der Expertise nicht einzutreten.

### **E. 2**

Auf die Beschwerde ist nicht einzutreten. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Gerichtskosten den Beschwerdeführern (solidarisch, intern je zur Hälfte) zu auferlegen ( Art. 66 Abs. 1 BGG ). Sie haben dem durch einen Anwalt vertretenen Beschwerdegegner überdies dessen Parteikosten für das bundesgerichtliche Verfahren zu entschädigen ( Art. 68 Abs. 2 BGG ).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.