

# **BS\_APPELLATIONSGERICHT ZB.2017.16 vom 10. Juli 2014**

BS Appellationsgericht, 2014-07-10, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs\\_appellationsgericht\\_ZB.2017.16](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_ZB.2017.16)

FR: BS\_APPELLATIONSGERICHT ZB.2017.16 du 10 juillet 2014

IT: BS\_APPELLATIONSGERICHT ZB.2017.16 del 10 luglio 2014

## **Erwägungen**

### **E. 1**

1.1 Angefochten ist der Kostenentscheid des Entscheids des Zivilgerichts vom 9. November 2016. Hiergegen steht als Rechtsmittel alleine die Beschwerde nach Art. 319 lit. b Ziff. 1 in Verbindung mit Art. 110 der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO, SR 272) zur Verfügung. Auf die form- und fristgemässe Beschwerde ist einzutreten. Mit der Beschwerde können die unrichtige Rechtsanwendung und die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts gerügt werden (Art. 320 ZPO).

1.2 Zum Entscheid über die vorliegende Beschwerde ist das Dreiergericht des Appellationsgerichts zuständig (§ 92 Abs. 1 Ziff. 6 des Gesetzes betreffend die Organisation der Gerichte und der Staatsanwaltschaft [GOG, SG 154.100]).

### **E. 2**

2.1 Die vorliegende Beschwerde richtet sich gegen die im Entscheid vom 9. November 2016 erfolgte definitive Verlegung der im Entscheid vom 10. Juli 2014 provisorisch verteilten Prozesskosten des vorsorglichen Beweisverfahrens [...]. Die Beschwerdeführer rügen eine unrichtige Anwendung von Art. 106 Abs. 1 ZPO, weil die Vorinstanz bei der definitiven Verteilung der Kosten des vorsorglichen Beweisverfahrens zu Unrecht nicht auf das Obsiegen bzw. Unterliegen nach Massgabe des Ergebnisses des Hauptprozesses abgestellt habe (Beschwerde Ziff. 6.1).

2.2 Die vorsorgliche Beweisführung erfolgt im Hinblick auf ein eventuelles Hauptverfahren, in dem erst entschieden wird, welche Partei in der Auseinandersetzung über einen behaupteten materiellen Anspruch unterliegt (BGE 140 III 30 E. 3.4.1 S. 33). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann die gesuchstellende Partei im Hauptprozess bei Obsiegen in der Sache auch die Kosten des Verfahrens der vorsorglichen Beweisführung auf die in der Sache unterliegende Partei abwälzen (BGE 140 III 30 E. 3.5 S. 34). Wenn sie hingegen auf die Einleitung eines Hauptprozesses zur Durchsetzung ihres behaupteten materiellen Anspruchs verzichtet, kommt dies ihrem Unterliegen in einem solchen Prozess gleich und hat sie die Kosten des Verfahrens der vorsorglichen Beweisführung endgültig zu tragen (BGE 140 III 30 E. 3.5 S. 34 f.). Somit sind die Prozesskosten des Verfahrens der vorsorglichen Beweisführung im Hauptprozess in Anwendung von Art. 106 Abs. 1 und 2 ZPO nach dessen Ausgang zu verteilen. Dabei ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts nicht auf das Beweisergebnis, sondern auf die Beurteilung der von der gesuchstellenden Partei geltend gemachten materiellen Ansprüche abzustellen (BGE 140 III 30 E. 3.4.1 S. 33; Fellmann, in: Sutter-Somm et al. [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 2016, Art. 158 N 37b; so im Ergebnis auch Leuenberger/Uffer-Tobler, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Auflage, Bern 2016 N 9.55, wonach der Gesuchsteller die provisorisch verlegten Gerichts- und

Parteikosten der vorsorglichen Beweisführung in dem von ihm eingeleiteten Hauptverfahren als Auslagen [Art. 95 Abs. 3 lit. a ZPO] geltend machen könne).

2.3 Die Vorinstanz stellt zutreffend fest, dass die Prozesskosten des Verfahrens der vorsorglichen Beweisführung im Rahmen des Hauptprozesses nach Obsiegen und Unterliegen zu verteilen sind (angefochtener Entscheid E. 6.1). Im Widerspruch zu dieser Feststellung verteilt sie die Kosten aber nicht nach dem Ausgang des Hauptprozesses, sondern nach dem im Hauptprozess zu einer Teilfrage erzielten Beweisergebnis (angefochtener Entscheid E. 6.2). Diese Abweichung wird von der Vorinstanz nicht weiter begründet.

#### **E. 2.4**

2.4.1 Die Beschwerdegegner begründen die Kostenverteilung der Vorinstanz damit, dass ihre Forderung auf Ersatz des Sachschadens und ihre Forderung auf Ersatz des weiteren Schadens, insbesondere des Schadens aus der verspäteten Eröffnung der Massagepraxis, zu unterscheiden seien, dass nur der Sachschaden Gegenstand der vorsorglichen Beweisführung gewesen sei und dass ihre Forderung auf Ersatz des Sachschadens im Hauptprozess im Umfang von 60 % gutgeheissen worden sei (Beschwerdeantwort Ziff. 5■8, 17).

Diese Begründung ist bereits deshalb unzutreffend, weil es sich auch beim behaupteten Schaden aus der verspäteten Eröffnung der Massagepraxis um einen Sachschaden handelt. Dieser wurde von den Beschwerdegegnern damit begründet, dass die geplante Eröffnung der Massagepraxis aufgrund der von den Beschwerdeführern verursachten Schäden am Gebäude der Beschwerdegegner nicht möglich gewesen sei (angefochtener Entscheid E. 4.2). Die Unterscheidung zwischen Personenschaden, Sachschaden und reinem Vermögensschaden oder weiterem Schaden knüpft an die Frage an, welches Rechtsgut primär verletzt worden ist (Rey, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, 4. Auflage, Zürich 2008, N 194; Schwenger, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, 7. Auflage, Bern 2016, N 14.15). Ein Sachschaden ist eine Vermögensverminderung, die auf Beschädigung, Zerstörung oder Verlust einer Sache zurückzuführen ist (Rey, a.a.O., N 306; Schwenger, a.a.O., N 14.16). Insbesondere stellt auch entgangener Gewinn, der die natürlich und adäquat kausale Folge einer Sachbeschädigung ist, einen Sachschaden dar (Rey, a.a.O., N 311). Ein reiner Vermögensschaden oder weiterer Schaden liegt nur vor, wenn eine Vermögensverminderung weder als Personen- noch als Sachschaden zu qualifizieren ist (Schwenger, a.a.O., N 14.16; vgl. Rey, a.a.O., N 329). Entgegen der Behauptung der Beschwerdegegner bildeten die tatsächlichen Voraussetzungen der Schadenersatzforderung aus der verspäteten Praxiseröffnung auch Gegenstand der vorsorglichen Beweisführung. Im Gutachten sind dazu Feststellungen getroffen worden (vgl. vorsorgliche Expertise und Fragenbeantwortung vom 7. November 2011 S. 11; vorsorgliche Expertise, Beantwortung vom Zusatzfragen vom 14. Dezember 2011 S. 7) und die Vorinstanz hat die Abweisung der Schadenersatzforderung aus der verspäteten Praxiseröffnung im Wesentlichen mit dem Gutachten begründet (angefochtener Entscheid E. 4.2). Damit besteht kein Grund, die vollumfängliche Abweisung der Forderung auf Ersatz des Schadens aus der verspäteten Eröffnung der Massagepraxis im Hauptprozess bei der Verteilung der Prozesskosten des Verfahrens der vorsorglichen Beweisführung nicht zu berücksichtigen.

2.4.2 Die Beschwerdegegner behaupten sodann, die Teilzahlung der Beschwerdeführer von CHF 15'120.00 stelle im Prinzip eine Klageanerkennung dar (Beschwerdeantwort Ziff. 19). Dies ist unzutreffend. Die Zahlung erfolgte im September 2014 (angefochtener Entscheid E. 3.6) und musste deshalb von den Beschwerdegegnern bei der Formulierung ihres Schlichtungsgesuchs vom 4. November 2014 bereits berücksichtigt werden.

2.5 Gemäss Art. 106 Abs. 1 ZPO werden die Prozesskosten der unterliegenden Partei auferlegt. Hat keine Partei vollständig obsiegt, so werden die Prozesskosten gemäss Art. 106 Abs. 2 ZPO nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt. Ein geringfügiges Obsiegen oder Unterliegen ist allerdings in der Regel nicht zu berücksichtigen (AGE ZB.2016.12 vom 27. Januar 2017 E. 5; vgl. Rüegg, in: Basler Kommentar, 2. Auflage, 2013, Art. 106 ZPO N 3 und Tappy, CPC commenté, Basel 2011, Art. 106 N 16). Die Beschwerdegegner sind mit den von ihnen geltend gemachten materiellen Ansprüchen im Hauptprozess fast vollumfänglich unterlegen, wie die Vorinstanz zutreffend festgestellt hat (angefochtener Entscheid E. 8.1). Folglich haben sie auch die gesamten Kosten des Verfahrens der vorsorglichen Beweisführung zu tragen.

### **E. 3**

Aufgrund dieser Erwägungen ergibt sich, dass die Beschwerde gutzuheissen ist. Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend haben die Beschwerdegegner die Prozesskosten des Beschwerdeverfahrens zu tragen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens werden in Anwendung von § 2 Abs. 3 und § 6 Abs. 3 in Verbindung mit § 11 der Verordnung über die Gerichtsgebühren (GebV, SG 154.810) auf CHF 2'200.00 festgesetzt.

Der zweitinstanzliche Streitwert beträgt CHF 68'350.95. Die Parteientschädigung wird in Anwendung von § 4 Abs. 1 lit. b Ziff. 9 und § 12 Abs. 2 der Honorarordnung für die Anwältinnen und Anwälte des Kantons Basel-Stadt (HO, SG 291.400) auf CHF 4'400.00 zuzüglich MWST festgesetzt.

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