

# GR\_GERICHTE ZK1 2021 132 vom 2. November 2021

GR Gerichte, 2021-11-02, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr\\_gerichte\\_ZK1\\_2021\\_132](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_ZK1_2021_132)

FR: GR\_GERICHTE ZK1 2021 132 du 2 novembre 2021

IT: GR\_GERICHTE ZK1 2021 132 del 2 novembre 2021

## Regeste

vorsorgliche Beweisführung | Sachenrecht

## Erwägungen

### E. 1

Besteht ein Anspruch auf vorsorgliche Beweisführung nach Art. 158 Abs. 1 ZPO, nimmt das Gericht die betreffenden Beweise grundsätzlich in Anwendung der Art. 150 ff. ZPO, insbesondere der Art. 160 ff. ZPO, ab. Geht es um die Einholung eines Gutachtens, sind vor der Ernennung der sachverständigen Person die Parteien anzuhören (Art. 183 Abs. 1 Satz 2 ZPO). Aus dem Gehörs- und Mitwirkungsrecht der Parteien ergibt sich unter anderem das Recht, vor der gerichtlichen Ernennung der Gutachtensperson Expertenvorschläge zu unterbreiten oder Einwendungen gegen die vom Gericht vorgeschlagene Gutachtensperson zu erheben. Auch können sich die Parteien zu den mutmasslichen Kosten des Gutachtens äussern (Hans Schmid/Samuel Baumgartner, in: Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], Kurzkomentar ZPO, 3. Aufl., Basel 2021, N 6 zu Art. 183 ZPO).

### E. 2

Aufl., Zürich 2016, N 19 zu Art. 184 ZPO). Für die Höhe der Entschädigung gilt Art. 394 Abs. 3 OR (Thomas Weibel, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 3. Aufl., Zürich 2016, N 9 zu Art. 184 ZPO). Massgebend ist in erster Linie die vertragliche Vereinbarung, auf deren Grundlage die sachverständige Person tätig wird. Die Höhe der Entschädigung wird sinnvollerweise bereits mit der Gutachtenserteilung zumindest im Sinne eines Kostenrahmens festgelegt (Weibel, a.a.O., N 9a zu Art. 184 ZPO). Nicht zu entschädigen sind übermässige oder unnötige Aufwendungen; geschuldet ist nur die Vergütung des objektiv gerechtfertigten Aufwands, welcher bei sorgfältigem und zweckmässigem Vorgehen genügt hätte (BGE 134 I 159 E. 4.4 m.w.H.). Ausserdem sind Kürzungen zulässig, wenn das Gutachten an Mängeln leidet. Ist das Gutachten aus Gründen, die beim Experten

10 / 14 liegen, unbrauchbar, ist keine Entschädigung geschuldet (Müller, a.a.O., N 22 zu Art. 184 ZPO m.w.H.).

### E. 2.1

Beim Erfordernis des drohenden, nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils i.S.v. Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der vom Gericht unter Berücksichtigung der konkreten Umstände und in pflichtgemässer Ausübung des Ermessens konkretisiert werden muss. Als nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil

(rechtlicher Natur) hat jedenfalls ein solcher zu gelten, der auch durch einen für den Beschwerdeführer günstigen Entscheid nicht mehr beseitigt werden kann. Nach der Rechtsprechung des Kantonsgerichts sollen neben Nachteilen rechtlicher Natur unter Umständen auch solche rein tatsächlicher Natur von Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO erfasst werden können. Voraussetzung ist indessen, dass die Lage der betroffenen Partei durch den angefochtenen Entscheid erheblich erschwert wird. Die Behauptungs- und Beweislast für den nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil liegt beim Beschwerdeführer (statt vieler KGer GR ZK1 21 117 v. 26.8.2021 E. 2 m.w.H.).

9 / 14

### **E. 2.2**

Die Beschwerdeführerin behauptet, ihr drohten ohne Aufhebung der angefochtenen Verfügung nicht leicht wiedergutzumachende Nachteile. Der vom Gericht vorgeschlagene Experte (AV. \_\_\_\_\_) führe die Beweisaufnahme laut Offerte zu einem Pauschalhonorar von CHF 80'775.00 durch. Die von ihr vorgeschlagene Expertin (AW. \_\_\_\_\_ AG) offeriere das Gutachten demgegenüber zu einem Preis von knapp CHF 40'000.00. Bleibe es beim angefochtenen Entscheid, dann erleide sie – die Beschwerdeführerin – einen Schaden in Höhe von rund CHF 40'000.00. Diese Mehrkosten würden definitiv bei ihr verbleiben und könnten nicht auf die Gegenparteien in einem Gerichtsverfahren abgewälzt werden. Denn die Kosten des Beweissicherungsverfahrens gemäss Art. 158 ZPO seien gemäss ständiger Gerichtspraxis durch jene Partei zu tragen, welche eine Beweissicherung beantrage. Die Vergabe des Beweissicherungsauftrages an die AV. \_\_\_\_\_ AG bewirke nicht eine Verteuerung des Beweissicherungsverfahrens an sich, sondern führe zu höheren Gutachterkosten zu Lasten der Beschwerdeführerin und damit zu einem finanziellen Schaden bei ihr, welchen sie nicht auf die Beschwerdegegner abwälzen könne (act. A.1 Ziff. 23 f.).

### **E. 2.3**

Die Gutachtenskosten sind als Kosten der Beweisführung Teil der Gerichtskosten (Art. 95 Abs. 2 lit. c ZPO). Im Verfahren der vorsorglichen Beweisführung gehen die Gerichtskosten zu Lasten der Gesuchstellerin, unabhängig davon, ob der Gesuchsgegner Abweisung des Gesuchs beantragt und damit das Vorliegen der Voraussetzungen für eine vorsorgliche Beweisführung bestritten hat (BGE 140 III 30; 139 III 33; PKG 2015 Nr. 13). Die sachverständige Person hat Anspruch auf Entschädigung (Art. 185 Abs. 3 Satz 1 ZPO). Diese umfasst das Honorar und die Auslagen (Heinrich Andreas Müller, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung Kommentar,

### **E. 2.4**

Die Vorinstanz holte bei AV. \_\_\_\_\_ eine Offerte für das zu erstellende Gutachten ein. Dessen Offerte vom 12. Juli 2021 beläuft sich auf einen Betrag von CHF 80'775.00, wobei dieser Betrag mit "Kostendach / pauschal" bezeichnet wird (RG act. III/1 S. 1). Wie aus den "Vorbehalten und Bedingungen" unter Ziffer 3 der Offerte hervorgeht, ist damit ein Pauschalpreis gemeint (RG act. III/1 S. 2). Wird AV. \_\_\_\_\_ als sachverständige Person ernannt, werden somit Gutachtenskosten in der Höhe von CHF 80'775.00 anfallen. Die von der Beschwerdeführerin als Gutachtensperson vorgeschlagene AW. \_\_\_\_\_ AG offerierte am 9. August 2021 die vorgesehene Beweisaufnahme demgegenüber zu einem Preis von "total pauschal" CHF 39'632.75, wobei die Arbeiten laut Offerte "in Regie mit einem Kostendach" ausgeführt würden. Ob es sich bei der genannten Summe von CHF

39'632.75 um einen Pauschal- oder einen Höchstpreis handelt, lässt sich der Offerte nicht klar entnehmen. Höher als CHF 39'632.75 sollten die Gutachtenskosten mit der Beauftragung der AW. \_\_\_\_\_ AG laut Offerte aber nicht ausfallen. Wird der Gutachtensauftrag AV. \_\_\_\_\_ und nicht der AW. \_\_\_\_\_ AG erteilt, drohen der Beschwerdeführerin folglich Mehrkosten von rund CHF 40'000.00.

### **E. 2.5**

Eine Beweisverfügung bewirkt nur in seltenen Fällen einen nicht leicht widerzumachenden Nachteil i.S.v. Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO. Ein solcher ist aber namentlich dann gegeben, wenn die angeordnete Beweisabnahme ausserordentlich kostspielig wäre (Baumgartner, a.a.O., N 13 zu Art. 154 ZPO; vgl. auch die Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Art. 93 Abs. 1 lit. b BGG, etwa BGer 4A\_441/2020 v. 1.10.2020 E. 2). Mit Blick auf die erwähnte Regel, wonach die Kosten der vorsorglichen Beweisführung in einem eigenständigen Verfahren jeweils der Gesuchstellerin auferlegt werden (oben E. 2.3), gingen die erwähnten Mehrkosten von CHF 40'000.00 als Teil der Gerichtskosten (vgl. Art. 95 Abs. 2 lit. c ZPO) im Verfahren um vorsorgliche Beweisführung zulasten der Beschwerdeführerin. Die Beschwerdeführerin hätte zwar grundsätzlich die Möglichkeit, den Hauptprozess anzustrengen und bei Obsiegen in der Sache auch die Kosten des vorsorglichen Beweisverfahrens auf die in der Sache unterliegende Partei abzuwälzen. Ob die Beschwerdeführerin dereinst einmal ein Interesse an einem solchen Hauptprozess haben wird, ist nach dem heutigen Stand der Dinge allerdings ungewiss. Jedenfalls soll sie nicht bloss der Mehrkosten wegen zu einem solchen Hauptprozess motiviert werden, denn das würde dem Ziel der vorsorglichen Beweisführung, unnötige Prozesse zu vermeiden (vgl. BGE 138 III 76 E. 2.4.2), zu-

11 / 14 widerlaufen. Der erhebliche tatsächliche Nachteil ist vor diesem Hintergrund zu bejahen und auf die Beschwerde folglich einzutreten.

### **E. 3**

Die Beschwerdeführerin rügt einen Verfahrensfehler. Die Vorinstanz habe die Offerte von AV. \_\_\_\_\_ mit Entscheid vom 15. Juli 2021 den Parteien zur Stellungnahme zugestellt. Sie – die Beschwerdeführerin – habe mit Schreiben vom 12. August 2021 gegen die Beauftragung von AV. \_\_\_\_\_ opponiert und die Beauftragung der AW. \_\_\_\_\_ AG, die eine viel günstigere Offerte unterbreitet habe, beantragt. Nach Eingang ihrer Stellungnahme, am 20. August 2021, sei die Vorinstanz per E-Mail an AV. \_\_\_\_\_ gelangt und habe ihm verschiedene Fragen zu seiner Offerte gestellt. AV. \_\_\_\_\_ habe daraufhin mit E-Mail vom 20. August 2021 seine Offerte präzisiert. Die Vorinstanz habe weder ihre Anfrage noch die Antwort von AV. \_\_\_\_\_ ihr – der Beschwerdeführerin – zur Kenntnis zugestellt. Ohne weitere Anhörung habe sie am 25. August 2021 den Antrag auf Ernennung der AW. \_\_\_\_\_ AG abgewiesen und die Ernennung von AV. \_\_\_\_\_ bestätigt. Zugleich habe die Vorinstanz den Umfang der Beweissicherung – ohne entsprechenden Antrag der Gesuchsgegner und ohne Begründung – auf Schächte, Wasserschieber, Medienschächte und Messpunkte ausgeweitet. Erst mit der Eröffnung dieser Verfügung habe die Vorinstanz ihr die Korrespondenz vom 20. August 2021 zugestellt. Damit habe sie – die Beschwerdeführerin – keine Gelegenheit erhalten, sich zur Präzisierung/Ergänzung der Offerte von AV. \_\_\_\_\_ zu äussern. Dies verletze ihren Gehörsanspruch gemäss Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 53 ZPO (act. A.1 Ziff. 14 ff.).

### **E. 3.1**

Wie eingangs erwähnt (oben E. 1), hört das Gericht vor der Einholung eines Gutachtens die Parteien an (Art. 183 Abs. 1 Satz 2 ZPO). Die Regel ist Ausdruck des Anspruchs auf rechtliches Gehör der Parteien, der im Zivilprozess allgemein zu beachten ist (Art. 53 ZPO und Art. 29 Abs. 2 BV). Der Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst auch das Recht, von den beim Gericht eingereichten Stellungnahmen Kenntnis zu erhalten und sich dazu äussern zu können (sog. Replikrecht). Die Wahrnehmung des Replikrechts setzt voraus, dass jede dem Gericht eingereichte Stellungnahme oder Vernehmlassung den Beteiligten zugestellt wird, damit diese sich darüber schlüssig werden können, ob sie sich dazu äussern wollen oder nicht (BGE 146 III 97 E. 3.4.1; 142 III 48 E. 4.1.1; 138 I 484 E. 2.1).

### **E. 3.2**

In den Akten findet sich die E-Mail-Korrespondenz zwischen der Vorinstanz und AV. \_\_\_\_\_ vom 20. August 2021. Darin fragte zunächst die Vorinstanz bei AV. \_\_\_\_\_ nach, ob es richtig sei, dass in dessen Offerte, wie bereits in früheren Verfahren mit zahlreichen Eigentümern, die Ermittlung der Koordinaten der Gesuchsgegner (Telefon, Natel, E-Mail, SMS und dergleichen), Terminabspra-

12 / 14 chen sowie – bei Strassen – der Zustand der Schächte, Schieber, inkl. dazugehöriger Schächte enthalten seien (RG act. III/2). AV. \_\_\_\_\_ antwortete, dass Terminvereinbarungen mit den Eigentümern und/oder Mietern enthalten seien. Das Gericht habe keine Aufwendungen für dieses Prozedere, es werde alles durch ihn erledigt. Zudem werde der Ist-Zustand der Strassen dokumentiert und festgehalten. In speziellen Fällen werde die Werkgruppe der Gemeinde involviert. Diese Organisation werde selbständig durchgeführt (RG act. III/3). Aus der prozessleitenden Verfügung vom 25. August 2021 geht sodann hervor, dass diese Präzisierung der Beschwerdeführerin tatsächlich erst zusammen mit der Verfügung zur Kenntnis zugestellt wurde. In den Augen der Vorinstanz handelte es sich bei der Präzisierung, wie sich ihrer prozessleitenden Verfügung vom 25. August 2021 entnehmen lässt (act. B.1 Dispositiv-Ziff. 5), um eine "nachträglich eingeholte Offerte". In der Begründung der angefochtenen Verfügung verglich die Vorinstanz dementsprechend die von der Beschwerdeführerin eingereichte Offerte der AW. \_\_\_\_\_ AG mit der Offerte von AV. \_\_\_\_\_ in der ergänzten Fassung vom 20. August 2021. So hält sie unter anderem fest, dass die Offerte der AW. \_\_\_\_\_ AG unvollständig sei, weil sie dem Zeit-, organisatorischen und administrativen Aufwand keine Rechnung trage (act. B.1 E. 4). Offensichtlich ging die Vorinstanz dabei auf der Grundlage der Antwort von AV. \_\_\_\_\_ vom 20. August 2021 davon aus, dass dieser Aufwand in der Offerte von AV. \_\_\_\_\_ enthalten wäre. Die Vorinstanz stützte sich in ihrer Verfügung vom 25. August 2021 also auch auf die Präzisierung seitens von AV. \_\_\_\_\_ vom 20. August 2021. Um auf diese Präzisierung abstellen zu können, hätte sie der Beschwerdeführerin vorgängig jedoch das rechtliche Gehör gewähren müssen. Dies ist im vorliegenden Fall unbestrittenermassen nicht geschehen, was zur Gutheissung der Beschwerde führt.

### **E. 4**

Der Anspruch auf rechtliches Gehör bildet eine formelle Verfahrensgarantie, womit seine Verletzung grundsätzlich ungeachtet der materiellen Begründetheit des Rechtsmittels zur Gutheissung der Beschwerde und zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids führt (BGE 135 I 187 E. 2.2 m.w.H.). Ausnahmsweise kann die Verletzung des Grundrechts des rechtlichen Gehörs vor der Rechtsmittelin- stanz geheilt werden. Die Heilung ist zulässig,

wenn die Rechtsmittelinstanz über die gleiche Kognition in Rechts- und Tatfragen wie die Vorinstanz verfügt (BGE 142 II 218 E. 2.8.1 m.w.H.). Im Beschwerdeverfahren können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts (Art. 320 ZPO) gerügt werden. In Bezug auf Rechtsfragen verfügt die Beschwerdeinstanz demnach über die gleiche Kognition wie die Vorinstanz, nicht jedoch

13 / 14 bezüglich Tatfragen. Damit ist der angefochtene Entscheid aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen. Die Vorinstanz wird nach Anhörung der Beschwerdeführerin zur E-Mail-Korrespondenz vom 20. August 2021 neu über die Person des Gutachters entscheiden müssen.

#### **E. 5**

Was die Prozesskosten angeht, erscheint mit Blick auf den verursachten Aufwand und das Streitinteresse eine Entscheidegebühr von CHF 1'500.00 als angemessen (Art. 10 VGZ [BR 320.210]). Das Gericht kann Gerichtskosten, die weder eine Partei noch Dritte veranlasst haben, aus Billigkeitsgründen dem Kanton auferlegen (Art. 107 Abs. 2 ZPO). Die Parteien tragen für die Verletzung des rechtlichen Gehörs durch die Vorinstanz keine Verantwortung, weshalb die Gerichtskosten auf die Staatskasse zu nehmen sind. Zudem ist der Beschwerdeführerin zu Lasten des Kantons Graubünden eine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 107 Abs. 2 ZPO spricht zwar nur von Gerichtskosten, gilt aber analog auch für die Parteientschädigung; vgl. BGE 138 III 471 E. 7; KGer GR ZK2 21 30 v. 30.9.2021 E. 7.2). Die Beschwerdeführerin macht für das Beschwerdeverfahren eine Entschädigung von CHF 3'968.75 (inkl. Spesen und MwSt.) geltend, wobei sie von einem Aufwand von 13.5 Stunden zum Stundenansatz von CHF 270.00 ausgeht (act. E. 1). Dieser Aufwand ist angesichts der klaren Sach- und Rechtslage offensichtlich überrissen. Insgesamt erscheint ein Aufwand von rund acht Stunden als angemessen. Mangels Vorliegens einer Honorarvereinbarung sind diese zum üblichen Stundenansatz von CHF 240.00 zu entschädigen (vgl. Art. 3 f. HV [BR 310.250]). Unter Hinzurechnung einer Spesenpauschale und der Mehrwertsteuer resultiert so eine Parteientschädigung von CHF 2'000.00. In diesem Umfang ist die Beschwerdeführerin vom Kanton zu entschädigen.

#### **E. 6**

Da sich die Beschwerde nach dem Gesagten als offensichtlich begründet erweist, ergeht der vorliegende Entscheid in einzelrichterlicher Kompetenz (Art. 18 Abs. 3 GOG).

14 / 14

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