

# NW\_GERICHTE 37177 vom 27. September 2024

NW Gerichte, 2024-09-27, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/nw\\_gerichte\\_37177](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/nw_gerichte_37177)

FR: NW\_GERICHTE 37177 du 27 septembre 2024

IT: NW\_GERICHTE 37177 del 27 settembre 2024

## Regeste

Vorsorgliche Beweisabnahme (ZA 24 10)

## Erwägungen

### E. 1.1

Vor Rechtshängigkeit des Hauptprozesses ist die Abweisung der vorsorglichen Beweisführung mit Berufung anfechtbar. Nach der Rechtshängigkeit gilt die Guttheissung oder Abweisung des Gesuchs um vorsorgliche Beweisführung als prozessleitende Verfügung (Karl Spühler, in: Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung [BSK-ZPO], 3. Aufl. 2017, N. 7 zu Art. 308 ZPO). In vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist die Berufung nur zulässig, wenn der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens 10'000.■ Franken beträgt (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Berufungsinstanz gegen Urteile des Kantonsgerichts Nidwalden als Einzelgericht ist das Obergericht Nidwalden, Zivilabteilung (Art. 27 Abs. 1 GerG [NG 261.1]), das in Dreierbesetzung entscheidet (Art. 22 Abs. 1 Ziff. 2 GerG). Angefochten ist das Urteil ZE 23 283 des Kantonsgerichts Nidwalden, Zivilabteilung/Einzelgericht, vom 30. April 2024. Darin wies das Kantonsgericht das Gesuch des Berufungsklägers auf vorsorgliche Beweisabnahme ab, mit welchem er den Beizug einer sachverständigen Person zur Feststellung der Ursachen sowie bisher erkennbaren baulichen Folgen des Wassereintritts in der Liegenschaft an der \_\_, Z. \_\_ beantragte. Der Streitwert eines Gesuchs um vorsorgliche Beweisführung richtet sich nach dem Streitwert eines allfälligen Hauptprozesses (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A\_342/2014 vom 17. Oktober 2014 E. 1 a.E.). Die Vorinstanz hat den Streitwert basierend auf den Angaben des Berufungsklägers und vormaligen Gesuchstellers zu Recht auf Fr. 200'000.– festgelegt (Urteil ZE 23 283 vom 30. April 2024 E. 5.2; vgl. vi-GS 1 f.). Die in der Berufung aufrechterhaltenen Rechtsbegehren umfassen weiterhin die Durchführung einer vorsorglichen Beweisführung. Der Streitwert beträgt demnach weiterhin Fr. 200'000.–. Da bislang kein Hauptprozess rechtshängig ist und es sich vorliegend daher

4■15

nicht um eine prozessleitende Verfügung handelt, ist die Berufung zulässig. Zur Beurteilung der Berufung ist das Obergericht Nidwalden örtlich und sachlich zuständig.

### E. 1.2

Zur Berufung ist berechtigt, wer als Haupt- oder Nebenpartei am Verfahren beteiligt war, das zum angefochtenen Entscheid geführt hat (formelle Beschwerde), überdies durch den angefochtenen Entscheid unmittelbar betroffen ist und ein Rechtsschutzinteresse an dessen Aufhebung oder Abänderung hat (materielle Beschwerde; vgl. Peter Reetz, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2016, N. 30 ff. zu den

Vorbem. zu Art. 308-318 ZPO). Der Berufungskläger war am vorinstanzlichen Verfahren als Gesuchsteller beteiligt und ist durch das angefochtene Urteil unmittelbar betroffen, nachdem sein Gesuch abgewiesen wurde. Er ist damit ohne Weiteres zur Berufung legitimiert.

### **E. 1.3**

Die Berufung ist innert zehn Tagen seit Zustellung des begründeten Entscheids beziehungsweise seit der nachträglichen Zustellung der Entscheidungsbegründung schriftlich und begründet einzureichen (Art. 314 Abs. 1 i.V.m. Art. 311 Abs. 1 ZPO). Der Fristenstillstand gilt nicht (Art. 145 Abs. 2 lit. b ZPO). Der angefochtene Entscheid wurde dem Berufungskläger am 24. Juni 2024 zugestellt (BK-Bel. 2 f.). Die am 2. Juli 2024 eingereichte Berufung erfolgte fristgerecht.

### **E. 1.4**

Die übrigen Prozessvoraussetzungen geben zu keinen Bemerkungen Anlass, womit auf die Berufung einzutreten ist.

### **E. 2**

Mit der Berufung kann eine unrichtige Rechtsanwendung und eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über eine vollständige Überprüfungsbefugnis der Streitsache, mithin über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen. In der schriftlichen Berufungsbegründung (Art. 311 Abs. 1 ZPO) ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist und deshalb abgeändert werden müsste. Dazu hat sich der Berufungskläger inhaltlich mit den vorinstanzlichen Erwägungen

### **5■15**

auseinanderzusetzen und mittels genügend präziser Verweisungen auf die Akten aufzuzeigen, woraus sich der geltend gemachte Berufungsgrund ergeben soll. Pauschale Verweisungen auf frühere Rechtsschriften oder Vorbringen genügen hierfür nicht (vgl. BGE 141 III 569 E. 2.3.3; 138 III 374 E. 4.3.1). Die Berufungsinstanz hat sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der Beanstandungen zu beschränken, die in der Berufungsschrift in rechtsgenügender Weise erhoben werden. In diesem Rahmen ist auf die Parteivorbringen insofern einzugehen, als sie für die Entscheidungsfindung relevant sind. Eine Berufung ist nicht die Fortsetzung des Sachprozesses in einer anderen Instanz (ausführlich Martin H. Sterchi, in: Berner Kommentar ZPO, 2012, N. 6 und 8 f. zu Art. 310 ZPO; Kurt Blickens- torfer, in: ZPO-Komm., 2. Aufl. 2016, N. 8 ff. zu Art. 310 ZPO).

### **E. 3.1**

Die Vorinstanz hielt zusammengefasst dafür, es könne als glaubhaft gemacht angesehen werden, dass es zu Schäden an der Liegenschaft des Berufungsklägers gekommen sei. Allerdings fehle es an Ausführungen, die einen konkreten materiellrechtlichen Anspruch gegen die Berufungsbeklagte zu begründen vermöchten. Es gehe aus der Rechtsschrift nicht hervor, welchen Anspruch der Berufungskläger gegen die Berufungsbeklagte zu haben glaube. Allein aus der Tatsache, dass der Berufungsbeklagte bei der Gesuchsgegnerin seit 2019 für jene Belange versichert gewesen sei, welche die kantonale Gebäudeversicherung ergänzten, und den vorhandenen Feuchtigkeitsschäden lasse sich

kein Anspruch des Berufungsbeklagten ableiten. Im Ergebnis vermöge der Berufungskläger nicht in hinreichendem Masse substantiiert zu behaupten, gestützt auf welche materiellrechtliche Anspruchsgrundlage für die vorhandenen Schäden an der berufungsklägerischen Liegenschaft eine Haftung der Berufungsbeklagten in Betracht komme. Ein Hauptsachenanspruch sei nicht glaubhaft gemacht.

### **E. 3.2**

Dagegen macht der Berufungskläger im Wesentlichen geltend, die Anforderungen an die Glaubhaftmachung dürften nicht überspannt werden, gehe es doch noch nicht um die Prüfung der Begründetheit des Hauptanspruchs (amtl. Bel. 1 Ziff. 7 ff.). Er habe zur Genüge ausgeführt und es sei unbestritten geblieben, dass er gemäss der aufgelegten Police bei der Berufungsbeklagten gegen Wasserschäden versichert sei. Weiter habe er im Gesuch geschrieben, dass es um einen Prozess gegen die Berufungsbeklagte gehe. Für die in der Police bezeichneten Tatbestände sei die Berufungsbeklagte leistungspflichtig. Er gehe davon aus, dass die

6■15

Verschraubung eines Lavabos undicht sei. Er habe konkret seine Vermutung zur Schadensursache dargelegt und verschiedentlich dokumentiert. Mehr sei nicht erforderlich.

### **E. 3.3**

Art. 158 ZPO regelt die vorsorgliche Beweisführung. Nach Abs. 1 nimmt das Gericht jederzeit Beweis ab, wenn das Gesetz einen entsprechenden Anspruch gewährt (lit. a) oder die gesuchstellende Partei eine Gefährdung der Beweismittel oder ein schutzwürdiges Interesse glaubhaft macht (lit. b). Laut Abs. 2 finden die Bestimmungen über die vorsorglichen Massnahmen Anwendung. Zur Glaubhaftmachung eines schutzwürdigen Interesses an einer vorsorglichen Beweisführung genügt die blosser Behauptung des Bedürfnisses, Beweis- und Prozessaussichten abzuklären, nicht. Eine vorsorgliche Beweisführung kann nur mit Blick auf einen konkreten materiellrechtlichen Anspruch verlangt werden, hängt doch das Interesse an einer Beweisabnahme vom Interesse an der Durchsetzung eines damit zu beweisenden Anspruchs ab. Der Gesuchsteller, der sich auf Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO stützt, muss daher glaubhaft machen, dass ein Sachverhalt vorliegt, gestützt auf den ihm das materielle Recht einen Anspruch gegen die Gesuchsgegnerin gewährt und zu dessen Beweis das abzunehmende Beweismittel dienen kann. Lediglich für Tatsachen, die mit dem vorsorglich abzunehmenden Beweismittel bewiesen werden sollen, kann keine eigentliche Glaubhaftmachung verlangt werden, denn sonst würde der Zweck von Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO, die vorprozessuale Abklärung von Beweisaussichten zu ermöglichen, vereitelt. Stellt das abzunehmende Beweismittel das einzige dar, mit dem der Gesuchsteller seinen Anspruch beweisen kann, muss es genügen, dass er das Vorliegen der anspruchsbegründenden Tatsachen lediglich substantiiert und schlüssig behauptet. Die Anforderungen an die Glaubhaftmachung dürfen freilich nicht überspannt werden, geht es doch beim Verfahren der vorsorglichen Beweisabnahme noch nicht um die Prüfung der Begründetheit des Hauptanspruchs (vgl. BGE 140 III 16 E. 2.2.2 mit Hinweisen).

### **E. 3.4**

Im Gesuch vom 22. Dezember 2023 hielt der Berufungskläger im Wesentlichen fest, er sei für Wasserschäden, welche nicht Elementarschäden seien, bei der Berufungsgegnerin versichert (vi-act. 2 Ziff. 6). Seit dem Jahr 2021 bestünden Feuchtigkeitsschäden in der versicherten Liegenschaft (Ziff. 7). Bemühungen zur Ermittlung der Schadensursache konnten diese auf eine undichte Verschraubung eines Lavabos eingrenzen (Ziff. 8). Die Berufungsbeklagte habe

7■15

gewisse Kosten übernommen, lehne jedoch weitere Forderungen für die betroffene Liegenschaft ohne Erklärung ab (Ziff. 9). Unter dem Titel «Rechtliches» brachte der Berufungskläger zusammengefasst vor, es gehe ihm um die Aussichten in einem allfälligen Prozess gegen die Berufungsbeklagte. Im Vordergrund stehe die Aufnahme des status quo, die Sanierung werde die defekte Verschraubung und baulichen Folgeschäden beseitigen. Zur Quantifizierung des Schadens sei ein Vergleich mit dem gegenwärtigen Zustand unabdingbar.

### **E. 3.5**

Angesichts dieser Ausführungen kann der Vorinstanz nicht gefolgt werden, wenn sie geltend macht, es gehe aus dem Gesuch nicht hervor, welchen Anspruch der Berufungskläger gegen die Berufungsbeklagte zu haben glaube. Bereits das zu Beginn des Gesuchs erwähnte Vorliegen eines Versicherungsverhältnisses zwischen den Parteien lässt kaum einen anderen Schluss zu, als dass Ansprüche aus dieser Rechtbeziehung in Frage stehen. Mit den weitergehenden Äusserungen stellte der Berufungskläger sodann jeweils unter Auflage entsprechender Beweise klar, dass eine Versicherung gegen Wasserschäden abgeschlossen wurde und Feuchtigkeitsschäden am versicherten Gebäude bestehen. Wenn auch nicht ausdrücklich entsprechend benannt, so wird jedenfalls sinngemäss erläutert, die Schadensursache habe sich auf einen von der Versicherungsdeckung erfassten Bereich eingrenzen lassen. Die Berufungsbeklagte wolle seine Forderungen jedoch nicht (mehr) bezahlen. Der Berufungskläger hat mit diesen Vorbringen hinreichend glaubhaft gemacht, dass ein Sachverhalt vorliegt, gestützt auf den das materielle Recht ihm einen Anspruch gegen den Prozessgegner verschafft.

### **E. 3.6**

Weiter enthält das Gesuch neben den tatsächlichen Vorbringen rechtliche Ausführungen, welche Rückschlüsse auf den materiellrechtlichen Anspruch geben, sollte diesbezüglich weiterhin Unklarheit geherrscht haben. Bereits aus der Begründung des Streitwerts, welchen die Vorinstanz korrekt nach dem Streitinteresse des Hauptprozesses bemass (vgl. vi-act. 1 E. 5.2), geht hervor, dass sich die Hauptforderung auf die Sanierung des versicherten Gebäudes bezieht. Kostenschätzungen gehen von einem Aufwand von Fr. 200'000.– aus (vi-act. 2 Ziff. 2). Das Gesuch um vorsorgliche Beweisabnahme diene sodann der Klärung der Prozessaussichten in einem allfälligen Verfahren gegen die Berufungsbeklagte (Ziff. 11). Es bestehen keine ernsthaften Zweifel, dass die Kostenübernahme durch die Versicherung für die Sanierung des Gebäudes infolge der Feuchtigkeitsschäden Gegenstand eines allfälligen Hauptprozesses

8■15

sein wird. Mit Blick auf den von der Vorinstanz selbst angeführten Grundsatz, wonach eine Abweisung des Gesuchs unter Hinweis auf eine nicht glaubhafte gemachte

Anspruchsgrundlage nur in offensichtlichen Fällen erfolgen sollte (vi-act. 1 E. 3.1 a.E.), muss der Anspruch aus den tatsächlichen wie auch rechtlichen Ausführungen als genügend glaubhaft gemacht gelten.

### **E. 3.7**

Nichts daran zu ändern vermag die grundsätzlich richtige Ansicht des Kantonsgerichts, wonach die vorsorgliche Beweisführung nicht der Sachverhaltsabklärung dient, um die gestützt darauf gewonnenen Erkenntnisse für die Anspruchs begründung in den Prozess einzubringen (vi-act. 1 Ziff. 3.4). Anders als im von der Vorinstanz zitierten Urteil RA190001-O/U des Obergerichts des Kantons Zürich vom 19. März 2019 E. 4.1.3 besteht vorliegend keine Gefahr einer verpönten Beweisausforschung (sog. «fishing expedition»). Der Berufungskläger hat bereits substantiierte Tatsachenbehauptungen aufgestellt, die mit dem beantragten Beweis nur noch bewiesen werden sollen. Zu Recht macht die Vorinstanz denn auch nicht geltend, die Versicherung für Wasserschäden oder die bestehenden Feuchtigkeitsschäden durch Wassereintritt am versicherten Gebäude seien im Gesuch nicht in rechtsgenügender Weise nachgewiesen worden. Die mit dem Gesuch aufgelegten Beweise reichen nämlich ohne Weiteres aus, um für den – aufgrund des Vorstehenden zumindest sinngemäss – geltend gemachten Anspruch aus Versicherungsvertrag die entsprechenden Voraussetzungen (Versicherungsdeckung, Eintritt Schadensfall etc.) zumindest glaubhaft zu machen. Der beantragte Beweis der gutachterlichen Feststellung über Ursache und Auswirkungen der Feuchtigkeitsschäden dient damit nicht der reinen Informationsbeschaffung zur Begründung des Anspruchs, sondern dem Beweis des vom Berufungskläger vorgetragenen Tatsachenfundaments für seine behauptete Forderung. Hierfür ist die vorsorgliche Beweisführung Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO zulässig.

### **E. 4.1**

Die Vorinstanz verneinte die Voraussetzung einer glaubhaften Gefährdung der Beweismittel oder eines sonst wie schutzwürdigen Interesses an der vorsorglichen Beweisabnahme im Sinn von Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO (vi-act. 1 E. 4). Wegen des ungenügend dargestellten Sachverhaltsfundaments und weil der Berufungskläger nicht glaubhaft gemacht habe, auf welchen konkreten materiellrechtlichen Anspruch er sich berufe, gelinge es ihm auch nicht, hinreichend darzutun, welche Tatsachen mit dem angebehrten Gutachten bewiesen werden sollten. Eine Verbindung zwischen Beweis Antrag und einer dazugehörigen schlüssigen Sachverhalts-

9■15

darstellung sei vom Berufungskläger nicht hergestellt werden. Entsprechend vermöge er kein schutzwürdiges Interesse zu begründen. Die Eruierung des Sachverhaltsfundaments sowie eine vage Abschätzung von irgendwelchen Beweis- und Prozessaussichten liessen sich mit dem Sinn und Zweck der vorsorglichen Beweisführung nicht vereinbaren. Die blosser Behauptung eines Bedürfnisses, die Beweis- und Prozessaussicht abzuklären, genüge zur Glaubhaftmachung eines schutzwürdigen Interesses an der vorsorglichen Beweisführung nicht.

### **E. 4.2**

Der Berufungskläger macht diesbezüglich geltend, er habe eine genügende Verbindung zwischen Beweis Antrag und Sachverhaltsdarstellung hergestellt (amtl. Bel. 1 Ziff. 14 ff. und Ziff. 19). Die Berufungsbeklagte sei für die in der Police bezeichneten Tatbestände

leistungs- pflichtig, nicht aber für Feuer- und Elementar- oder selbst verursachte Schäden. Die konkrete Schadensursache sei entscheidend für die Durchsetzung des Hauptanspruchs. Er möchte sein Gebäude endlich wiederherstellen, um die Wohnung bewohnbar zu machen und wieder Mieteinnahmen generieren zu können. Somit sei es ihm nicht zumutbar, den Beweis erst im Verlauf des Hauptprozesses zu führen. Hinzu komme, dass sich die Berufungsbeklagte im Verfahren nicht geäußert habe. Damit gelte vorerst der dargestellte Sachverhalt als unstrittig, weshalb er auch nicht weiter bewiesen werden müsse. Der vorgetragene Sachverhalt werde ohne Weiters Grundlage für die rechtliche Würdigung.

#### **E. 4.3**

Abgesehen von der Glaubhaftmachung eines Hauptsachenanspruchs bzw. der schlüssigen und substantiierten Behauptung der anspruchsbegründenden Tatsachen, die durch das vorsorglich beantragte Beweismittel bewiesen werden sollen, sind an das Bestehen eines schutz- würdigen Interesses keine hohen Anforderungen zu stellen. Ein solches wäre namentlich etwa dann zu verneinen, wenn das beantragte Beweismittel untauglich ist, muss doch das vorsorg- lich abgenommene Beweismittel in einem allfälligen Hauptprozess verwertet werden können. Ebenfalls kein Interesse an einer vorsorglichen Beweisführung besteht sodann, 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 mit Hinweisen).

10■15

#### **E. 4.4**

Vorweg ist darauf hinzuweisen, dass bei Säumnis der Gegenpartei auch im Summarverfahren keine Anerkennung der Behauptungen der gesuchstellenden Partei erblickt werden darf, de- ren Glaubhaftmachung unerlässlich bleibt. Das Gericht würdigt die Glaubhaftmachungsmittel frei (Art. 157 ZPO). Es verfügt bei der Prüfung des Gesuchs und der Frage, ob die Vorausset- zungen glaubhaft gemacht worden sind, über einen grossen Ermessensspielraum (Thomas Sprecher, BSK-ZPO, N. 76 f. zu Art. 261 ZPO). Es ist demnach nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz die Voraussetzungen nach Art. 158 Abs. 1 ZPO trotz des Verzichts auf eine Stellungnahme durch die Berufungsbeklagte eingehend prüfte (vgl. BGE 140 III 30 E. 3.4.1).

#### **E. 4.5**

Wie ausgeführt, ist das Vorliegen eines genügend glaubhaft gemachten materiellrechtlichen Anspruchs entgegen dem angefochtenen Urteil zu bejahen (E. 3 hiervor). Daher kann das notwendige schutzwürdige Interesse an der vorsorglichen Beweisabnahme mit Blick auf die Durchsetzung des Hauptanspruchs beurteilt werden. Dabei ist glaubhaft zu machen, dass das abzunehmende Beweismittel zum Beweis des materiellen Anspruchs dienen kann (vgl. BGE 138 III 76 E. 2.4.2 mit Hinweisen). Das mit dem Gesuch vom 22. Dezember 2023 verlangte Gutachten soll das Vorhandensein eines Feuchtigkeitsschaden sowie dessen Ursache bewei- sen, womit die Leistungspflicht der Berufungsbeklagten begründet wird. Sowohl die Zahlungs- pflicht der Versicherung bei nicht durch ein Elementarereignis verursachten Wasserschäden als auch das Vorhandensein eines derartigen Wasserschadens sind zumindest glaubhaft ge- macht worden. Eine Expertise zur Klärung des Vorliegens eines Schadens sowie dessen Ur- sache erweist sich daher als ein für den Hauptsachenanspruch taugliches Beweismittel. Es liegt überdies kein Fall vor, indem der behauptete Anspruch bereits anderweitig hinreichend nachgewiesen wäre oder

nachgewiesen werden könnte. Die vom Berufungskläger aufgelegten Einschätzungen verschiedener Sachverständiger stellen gemäss der geltenden Rechtsprechung als blosser Parteigutachten keine Beweismittel dar (BGE 141 III 433 E. 2.6) und vermögen den für die Leistungspflicht der Berufungsbeklagten verlangten vollen Beweis nicht zu erbringen. Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO soll denn auch keine bloss vage Abschätzung der Prozesschancen ermöglichen, sondern eine eigentliche Abklärung der Prozessaussichten im Allgemeinen und der Beweisaussichten im Besonderen gestatten, wobei vorliegend ein unabhängiges Gutachten nach Art. 183 ff. ZPO unentbehrlich sein dürfte (vgl. BGE 140 III 16 E. 2.5). Mit Blick auf die vorangehend – auch von der Vorinstanz – zitierte Rechtsprechung,

11■15

wonach keine hohen Anforderungen an das Bestehen eines schutzwürdigen Interesses zu stellen sind, ist das dieses im vorliegenden Fall gegeben.

#### **E. 4.6**

Die Vorinstanz nimmt überdies an, der Gesuchsteller bezwecke mit der Begutachtung nebenbei auch die Beschaffung von Informationen hinsichtlich des Schadens und möglicher Behebungsoptionen. Aus der Formulierung des Gutachtensantrags im Gesuch vom 22. Dezember 2023 ergibt sich, dass die Ursachen sowie die bisher erkennbaren baulichen Folgen des Wassereintritts abzuklären seien. Das Vorhandensein von Feuchtigkeitsschäden sowie die Ursache derselben sind dabei ohne Weiteres als Teil des glaubhaft gemachten Hauptanspruchs zu qualifizieren, weshalb ein derartiger Beweisantrag über die vorsorgliche Beweisabnahme nach Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO unproblematisch ist. Aus der Formulierung des Gesuchs ist nicht erkennbar, inwiefern der Berufungskläger damit primär Informationen betreffend möglicher Behebungsoptionen anstreben soll. Es dürfte zutreffen, dass sich aus der gutachterlichen Feststellung der genauen Schadensursache Hinweise für die Beseitigung ergeben können. Nachdem die Voraussetzungen von Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO allerdings erfüllt sind, steht auch dieser Umstand einer Guttheissung des Gesuchs nicht entgegen.

#### **E. 5**

Zusammenfassend hat der Berufungskläger sowohl einen materiellrechtlichen Hauptsachenanspruch als auch ein schutzwürdiges Interesse an der vorsorglichen Beweisführung nach Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO glaubhaft gemacht. Die Berufung ist folglich gutzuheissen und der Entscheid ZE 23 283 des Kantonsgerichts Nidwalden, Zivilabteilung/Einzelgericht, vom 30. April 2024 ist aufzuheben. Die Angelegenheit wird an das Kantonsgericht zurückgewiesen, damit es ein Gutachten gemäss Art. 183 ff. ZPO entsprechend dem Antrag im Gesuch vom 22. Dezember 2023 einholt.

#### **E. 6.1**

Die Prozesskosten bestehen aus den Gerichtskosten und der Parteientschädigung (Art. 95 Abs. 1 ZPO). Grundsätzlich werden die Prozesskosten der unterliegenden Partei auferlegt. Bei Nichteintreten und bei Klagerückzug gilt die klagende Partei, bei Anerkennung der Klage die beklagte Partei als unterliegend (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Das Gericht kann Gerichtskosten, die weder eine Partei noch Dritte veranlasst haben, aus Billigkeitsgründen dem Kanton

12■15

aufzulegen (Art. 107 Abs. 2 ZPO). Nach Art. 108 ZPO hat unnötige Prozesskosten zu bezahlen, wer sie verursacht hat.

## **E. 6.2**

Die Gerichtskosten vor Obergericht als Berufungsinstanz richten sich nach dem im Verfahren vor dem Kantonsgericht massgebenden Tarif; sie werden um einen Drittel reduziert, betragen jedoch mindestens Fr. 500.■ (Art. 8 Abs. 1 Ziff. 2 Prozesskostengesetz [PKoG; NG 261.2]). In Verfahren mit einem Streitwert von Fr. 200'000.– betragen die Entscheidungsgebühren vor dem Kantonsgericht zwischen Fr. 3'000.– bis Fr. 9'000.– (Art. 7 Abs. 1 Ziff. 6 PKoG). Somit belaufen sich die Gerichtskosten vor Obergericht zwischen Fr. 2'000.■ und Fr. 6'000.–. Handelt es sich um einen besonders einfachen Fall oder lassen es die Umstände sonst als angezeigt erscheinen, kann die Gebühr ohne Bindung an den vorgegebenen Rahmen angemessen herabgesetzt oder ausnahmsweise auf die Erhebung der Gebühr verzichtet werden (Art. 4 Abs. 1 PKoG). Die vorliegende Streitsache war sowohl mit Blick auf den Sachverhalt als auch die Schwierigkeit der einzigen sich stellenden Rechtsfrage mit besonders geringem Aufwand verbunden. In prozessualer Hinsicht fand im Berufungsverfahren kein Rechtsschriftenwechsel statt, nachdem die Berufungsbeklagte auf eine Stellungnahme verzichtet hatte. Auf die Erhebung einer Gebühr wird in Anwendung der vorzitierten Grundsätze ausnahmsweise verzichtet. Die vom Berufungskläger geforderte Kostenaufgabe an den Kanton kann demnach an dieser Stelle offen bleiben (vgl. jedoch sogleich E. 6.3). Die Gerichtskasse wird angewiesen, dem Berufungskläger nach Rechtskraft den geleisteten Vorschuss von Fr. 1'000.– zurückzuerstatten.

### **E. 6.3.1**

Der Berufungskläger beantragt unter Verweis auf Art. 108 ZPO eine Parteientschädigung zu Lasten des Staates (amtl. Bel. 1 Anträge Ziff. 3 und S. 8 Ziff. 22). Nachdem die Berufungsbeklagte im vorinstanzlichen Verfahren sinngemäss die Gutheissung des Gesuchs beantragte (vi-act. 3) und im Rechtsmittelverfahren auf eine Berufungsantwort und einen Antrag verzichtete (amtl. Bel. 6), ist dem Berufungskläger jedenfalls zuzustimmen, dass sie im vorliegenden Verfahren nicht kostenpflichtig werden kann (amtl. Bel. 1 Ziff. 22).

13■15

### **E. 6.3.2**

Das Gesetz statuiert mit Art. 108 ZPO für unnötige Kosten das Verursacherprinzip. Der Begriff der unnötigen Kosten wird im Gesetz nicht näher umschrieben. Als Beispiele werden Kosten erwähnt, die auf Grund von trölerischen Begehren oder weitschweifigen Eingaben entstehen. Unnötige Kosten – die nicht offensichtlich unnötig sein müssen – sind in erster Linie jene, die durch das Verhalten einer Partei oder Dritter, die nicht Parteien des Prozesses waren, innerhalb des Prozesses zu den üblicherweise bzw. ohnehin entstehenden Prozesskosten zusätzlich hinzukommen. Weitestgehend einig sind sich Lehre und Rechtsprechung aber auch, dass als unnötige Kosten ebenso solche in Frage kommen, die von den Parteien oder von Dritten ausserhalb des Prozesses verursacht wurden, und dass sie auch die gesamten Prozesskosten umfassen können, insbesondere wenn das ganze Verfahren durch ein bestimmtes Verhalten ausserhalb des Prozesses veranlasst wurde. Das Bundesgericht hat in BGE 141 III 426 E. 2.4.4 die Frage offen gelassen, ob die allfällige Kostenaufgabe zulasten einer Drittperson, die nicht

Verfahrenspartei im Prozess ist, ein vorwerfbares Verhalten voraussetzt. Zudem ist in der Lehre umstritten, ob überhaupt eine gerichtliche (Vor-)Instanz Verursacherin unnötiger Kosten und somit Zahlungspflichtige (bzw. für sie der Kanton) im Sinne von Art. 108 ZPO sein kann (vgl. Urteil des Bundesgerichts 9C\_666/2018 vom 27. Mai 2019 E. 7.2.3.1 mit Hinweisen; ohne weitere Erklärung offenbar zustimmend BGE 140 III 501 E. 3.2). Eine praktisch gleichlautende Bestimmung wie Art. 108 ZPO enthält bzw. enthielt Art. 66 Abs. 3 BGG und Art. 156 Abs. 6 des nicht länger in Kraft stehenden Bundesgesetzes über die Bundesrechtspflege (OG; SR 173.110). Die dazu ergangene Rechtsprechung kann bei der Auslegung von Art. 108 ZPO berücksichtigt werden (vgl. BGE 141 III 426 E. 2.4.1 mit Hinweis). Demnach ist es gestattet, ausnahmsweise die Gerichts- und Parteikosten der Vorinstanz respektive dem Gemeinwesen, dem diese angehört, aufzuerlegen, namentlich, wenn die Vorinstanz in qualifizierter Weise die Pflicht zur Justizgewährleistung verletzt hat (BGE 142 V 551 E. 9.1 mit Hinweisen), was nachfolgend zu prüfen bleibt.

### **E. 6.3.3**

Die vom Berufungskläger für die Kostenaufgabe bzw. Parteientschädigung geltend gemachte Rechtsverweigerung erweist sich als unbegründet (amtl. Bel. 1 Ziff. 20). Eine formelle Rechtsverweigerung ist dabei offensichtlich nicht gegeben. Als materielle Rechtsverweigerung, wird die qualifiziert falsche, d.h. willkürliche oder rechtsungleiche Rechtsanwendung verstanden. Eine materielle Rechtsverweigerung liegt nach der Praxis des Bundesgerichts vor, wenn zwar ein Entscheid getroffen wurde, dieses aber ein offensichtliches Fehlurteil ist. Eine materielle

#### **14■15**

Rechtsverweigerung ist nicht schon dann gegeben, wenn eine andere Lösung ebenfalls vertretbar oder gar zutreffender erscheint, sondern nur dann, wenn das Ergebnis schlechterdings mit vernünftigen Gründen nicht zu vertreten ist (Urteil des Bundesgerichts 6B\_1408/2022 vom 17. Februar 2023 E. 4.5.5 mit Hinweisen). Eine derartige qualifizierte Unrichtigkeit kann dem angefochtenen Entscheid jedoch nicht attestiert werden. Dem knapp gehaltenen Gesuch vom 22. Dezember 2023 fehlte etwa bereits eine ausdrückliche Nennung der Anspruchsgrundlage, selbst wenn diese sinngemäss ermittelt werden konnte. Weiter reicht es gemäss der Rechtsprechung auch nicht aus, zu behaupten, die Prozesschancen nicht abschätzen zu können. Die Rechtsprechung verlangt vom Gesuchsteller konkret darzutun, weshalb die Abschätzung der Prozesschancen nicht möglich sei (Urteil des Bundesgerichts 4A\_165/2020 vom 14. Dezember 2020 E. 4.1), was erneut nur über sinngemässe Auslegung zugunsten des Berufungsklägers möglich war. Vor diesem Hintergrund erscheint die Abweisung des Gesuchs um vorsorgliche Beweisführung bei einer objektiven Betrachtungsweise keineswegs als offensichtliches Fehlurteil, selbst wenn die Berufung vorliegend gutgeheissen wird. Gleichermassen ist die Würdigung der Vorinstanz nicht als qualifizierte Missachtung der Justizgewährleistungspflicht einzuordnen (vgl. BGE 142 V 551 E. 9.2, Urteil des Bundesgerichts 9C\_666/2018 vom 27. Mai 2019 E. 7.2.3.2). Die Zusprache einer Parteientschädigung in Anwendung von Art. 108 ZPO zu Lasten des Staates ist im hier zu beurteilenden Fall nicht gerechtfertigt. Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass auch Art. 107 Abs. 2 ZPO keine Grundlage dafür bietet, einen Kanton zur Tragung einer Parteientschädigung zu verpflichten (BGE 140 III 385 E. 4.1). Eine Entschädigung ist daher nicht auszurichten.

#### **15■15**

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