

# **SZ\_GERICHTE ZK2 2020 57 vom 8. Juli 2021**

SZ Gerichte, 2021-07-08, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sz\\_gerichte\\_ZK2\\_2020\\_57](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sz_gerichte_ZK2_2020_57)

FR: SZ\_GERICHTE ZK2 2020 57 du 8 juillet 2021

IT: SZ\_GERICHTE ZK2 2020 57 del 8 luglio 2021

## **Regeste**

vorsorgliche Beweisführung (Art. 158 ZPO) | Beweissicherung

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Der Gesuchsgegner sei unter Hinweis auf die Mitwirkungspflicht nach Art. 160 ff. ZPO zu verpflichten, sämtliche Verträge betreffend die Übertragung der Beteiligung des Gesuchsgegners an der „H.\_\_\_\_\_“ an I.\_\_\_\_\_ (Vollzug per 30. Juli 2018 [2'994'000 Aktien] und 30. April 2019 [2'946'000 Aktien]) zu edieren.

### **E. 2**

I.\_\_\_\_\_ sei rechtshilfweise zu verpflichten, sämtliche Verträge betreffend die Übertragung der Beteiligung des Gesuchsgegners an der „H.\_\_\_\_\_“ an I.\_\_\_\_\_ (Vollzug per 30. Juli 2018 [2'994'000 Aktien] und 30. April 2019 [2'946'000 Aktien]) zu edieren.

### **E. 3**

Es sei J.\_\_\_\_\_ als Zeuge rechtshilfweise einzuvernehmen; J.\_\_\_\_\_ sei direkt als Zeuge vom Gericht einzuvernehmen, falls er sich freiwillig zur Zeugenaussage in die Schweiz begibt.

### **E. 4**

Es sei J.\_\_\_\_\_ im Rahmen der Zeugenbefragung im Sinne von Ziff. 3 oben (unter Hinweis auf Art. 160 ff. ZPO und Androhung der Strafe gemäss Art. 307 StGB) zu folgenden Beweisthemen zu befragen: (i) Wurde 2010 bzw. 2011 ein Vertrag zwischen dem Gesuchsteller und dem Gesuchsgegner betreffend die Beratung des Gesuchsgegners durch den Gesuchsteller bezüglich des Projekts „K.\_\_\_\_\_“ abgeschlossen, bzw. gab es eine Vereinbarung im Jahr 2010 bzw. 2011 zwischen den Parteien im Zusammenhang mit dem Projekt „K.\_\_\_\_\_“? (ii) Gegebenenfalls: Welchen Inhalt wies dieser Vertrag auf? Sah der Vertrag insbesondere vor, dass der Gesuchsteller als Entgelt für seine Tätigkeit 50 % des vom Gesuchsgegner erzielten Gewinns im Projekt „K.\_\_\_\_\_“ erhält? (iii) Wie hoch waren die Investitionen des Gesuchsgegners in das Projekt „K.\_\_\_\_\_“ gesamthaft, einschliesslich Erwerb von Anteilen an der H.\_\_\_\_\_?

Kantonsgericht Schwyz 3 (iv) Haben Sie Kenntnis, welchen Preis der Gesuchsgegner beim Verkauf seiner Beteiligungen an der H.\_\_\_\_\_ an I.\_\_\_\_\_ erhalten hat und welchen weiteren Inhalt der Verkaufsvertrag hatte?

### **E. 5**

[Rechtsmittel: Beschwerde nach Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO].

## **E. 6**

Subsubsubeventualiter sei die Sache zur Neu Beurteilung gemäss den vorgenannten Ziff. 2-5 an die Vorinstanz zurückzuweisen.

## **E. 7**

Es sei dem Berufungskläger für das vorinstanzliche Verfahren eine angemessene Parteientschädigung zuzusprechen.

## **E. 8**

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWST) zu- lasten des Berufungsbeklagten. Der Gesuchgegner stellte ausserdem folgende Verfahrensanträge: 1. Es sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen, sofern sie nicht von Gesetzes wegen besteht. 2. Es sei der Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung su- perprovisorisch gutzuheissen, d.h. ohne vorgängige Anhörung des Berufungsbeklagten. Mit Verfügung vom 30. September 2020 nahm die Verfahrensleitung die Rechtsmitteleingabe einstweilen als Berufung entgegen und wies den Antrag auf superprovisorische Erteilung der aufschiebenden Wirkung ab (KG-act. 2). Mit Stellungnahme vom 12. Oktober 2020 beantragte der Gesuchsteller, der Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung sei abzuweisen, auf die Be- schwerde sei nicht einzutreten, eventualiter sei die Beschwerde abzuweisen, subeventualiter sei die Berufung abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWST) zulasten des Gesuch- stellers (KG-act. 6). Mit prozessleitender Verfügung vom 14. Oktober 2020 hiess die Verfahrensleitung den Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wir-

Kantonsgericht Schwyz 7 kung gut, schob die Vollstreckbarkeit der Verfügung des Einzelrichters am Bezirksgericht March vom 17. September 2020 auf und setzte dem Gesuch- steller Frist für allfällige Gegenbemerkungen im Rahmen des Replikrechts (KG-act. 7). Dieser reichte am 21. Oktober 2020 eine Stellungnahme ein (KG-act. 8), wozu der Gesuchsgegner am 30. Oktober 2020 Gegenbemer- kungen einreichte (KG-act. 10). Nach Zustellung dieser Stellungnahme an den Gesuchsteller gingen keine weiteren Eingaben ein (KG-act. 11). 2. Das Gericht prüft von Amtes wegen, ob die Prozess- bzw. Rechtsmittel- voraussetzungen erfüllt sind (vgl. Art. 60 ZPO). Der Gesuchsgegner bezeich- nete sein Rechtsmittel als Berufung, eventualiter entgegenzunehmen als Be- schwerde (KG-act. 1). Der Gesuchsteller hält dafür, dass gegen die Gutheis- sung des Gesuchs um vorsorgliche Beweisführung ausschliesslich die Be- schwerde im Sinne von Art. 319 lit. b Ziff. 2 zulässig sei (KG-act. 6 S. 5 ff.). a) Nach Praxis des Kantonsgerichts werden Entscheide betreffend die vor- sorgliche Beweisführung nach Art. 158 Abs. 1 ZPO als vorsorgliche Mass- nahmen qualifiziert, weshalb sie wie diese der Berufung unterliegen bzw., so- weit der Streitwert von Fr. 10'000.00 nicht erreicht wird, als nicht berufungs- fähige Entscheide über vorsorgliche Massnahmen behandelt werden (Art. 158 Abs. 2 i.V.m. Art. 308 Abs. 2 und Art. 319 lit. a sowie Art. 321 Abs. 2 ZPO; KG SZ, Beschluss ZK2 2018 10 vom 1. Juni 2018 E. 2 mit Hinweis auf EGV- SZ 2014, A 3.2; vgl. auch OG ZH, Urteil LF120024-O/U vom 14. Mai 2012, E. II./2.). Daran ist – unter Vorbehalt einer Präzisierung, zumindest was das vorsorgliche Beweisführungsverfahren vor Anhängigmachung des Hauptpro- zesses anbelangt – aus folgenden Gründen festzuhalten: Auf das Verfahren betreffend die vorsorgliche Beweisführung gelangen die Vorschriften über die vorsorglichen Massnahmen zur Anwendung, soweit dies nicht geradezu sinnlos erscheint wie etwa die Fristansetzung zur Klage nach Art. 263 ZPO (Art. 158 Abs. 2 ZPO; Fellmann,

in: Sutter-Somm et al., Kom-

Kantonsgericht Schwyz 8 mentar zur schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. A., N 23 zu Art. 158 ZPO; Guyan, BSK ZPO, 3. A., N 7 zu Art. 158 ZPO). Erstinstanzliche Entscheide über vorsorgliche Massnahmen sind, sofern in vermögensrechtlichen Streitigkeiten der Streitwert von Fr. 10'000.00 erreicht wird, mit Berufung anzufechten (Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO). Die Zivilprozessordnung differenziert nicht danach, ob ein vorsorgliches Massnahmengesuch gutgeheissen oder abgewiesen wurde. Dass mit Bezug auf die Rechtsmittelmöglichkeit für die vorsorgliche Beweisführung etwas anderes gelten soll, ist nicht ersichtlich. Dagegen kann eingewendet werden, das vorsorgliche Beweisabnahmeverfahren werde mit der Gutheissung des Gesuchs nicht abgeschlossen, sondern erst nach Abnahme der konkreten Beweise, weshalb ein solcher Entscheid als verfahrensleitende Verfügung zu qualifizieren ist, welcher nicht der Berufung, sondern gemäss Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO der Beschwerde unterliegt (in diesem Sinne BGer, Urteil 4A\_248/2014 vom 27. Juni 2014 E. 1.3; offen gelassen in Urteil 4A\_128/2017 vom 12. Mai 2017 E. 5.2). Dem ist aber entgegenzuhalten, dass der Entscheid über den prozessrechtlichen Anspruch auf vorsorgliche Beweisabnahme inhaltlich nicht mit der Beweisverfügung nach Art. 154 ZPO gleichgesetzt werden kann, mit welcher die zugelassenen Beweismittel bezeichnet werden und welcher, als verfahrensleitender Entscheid, jederzeit abgeändert werden kann (Hasenböhler, in: Sutter-Somm et al., a.a.O., N 6 zu Art. 154 ZPO; Guyan, a.a.O., N 7 zu Art. 154 ZPO). Letzteres ist beim Entscheid über den Anspruch auf vorsorgliche Beweisabnahme gerade nicht der Fall. Vielmehr ist zwischen dem Entscheid über den Anspruch auf vorsorgliche Beweisabnahme und der Anordnung einzelner, konkreter Massnahmen zu unterscheiden (vgl. KG BL, Entscheid 400 17 135 vom 9. Mai 2017 E. 2). Ersterer ist nicht verfahrensleitender Natur, sondern einem Zwischenentscheid im Sinne von Art. 237 ZPO gleichzusetzen (zit. Entscheid KG BL 400 17 135 E. 2), welcher sich dadurch charakterisiert, dass über einzelne Streitpunkte befunden, jedoch das Verfahren vor der betreffenden Instanz nicht abgeschlossen wird (D. Staehelin, in: Sutter-Somm et al., a.a.O., N 5 zu Art. 237 ZPO). Dagegen sind, wie das Bundesgericht in einem jüngeren Entscheid

Kantonsgericht Schwyz 9 festhielt, konkrete (Hervorhebung hinzugefügt) Beweisanordnungen (auch) im Rahmen des Massnahmenverfahrens über die vorsorgliche Beweisführung als prozessleitende Verfügungen zu qualifizieren (BGer, Urteil 4A\_597/2018 vom 27. Juli 2019 E. 1.2.3). Daraus ergibt sich, dass der Entscheid über den Anspruch auf vorsorgliche Beweisabnahme stets – unter Vorbehalt der Streitwertgrenze von Art. 308 Abs. 2 ZPO – mit Berufung angefochten werden kann, unabhängig davon, ob man ihn als Zwischenentscheid betrachtet, diesfalls käme Art. 237 Abs. 2 i.V.m. Art. 308 Abs. 1 lit. a ZPO zur Anwendung, oder als vorsorgliche Massnahme charakterisiert (Art. 158 Abs. 2 i.V.m. Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO). Dagegen sind selbständige Beweisanordnungen im Rahmen des vorsorglichen Beweisabnahmeverfahrens, wie erwähnt, prozessleitende Verfügungen, welche grundsätzlich nur mit Beschwerde unter der Voraussetzung von Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO angefochten werden können. Es stellt sich allerdings die Frage, wie vorzugehen ist, wenn, wie vorliegend, mit gleicher Verfügung über den Anspruch auf vorsorgliche Beweisführung befunden und konkrete Massnahmen angeordnet werden. Aufgrund des Gesagten müsste ein Gesuchsgegner hinsichtlich der Überprüfung der Voraussetzungen einer vorsorglichen Beweisabnahme Berufung einlegen und gegen die konkreten Beweismassnahmen Beschwerde führen für den Fall, dass die

Berufungsinstanz den Anspruch auf vorsorgliche Beweisführung bejahen würde. Weil aber die konkreten Beweismassnahmen im Falle einer Aufhebung des erstinstanzlichen gutheissenden Entscheids über die vorsorgliche Beweisabnahme dasselbe Schicksal erleiden wie Letzterer, erscheint es naheliegend, zumindest in der vorliegenden Konstellation auch die Anfechtung der einzelnen Beweismassnahmen der Berufung zu unterstellen. Ansonsten droht eine Spaltung des Rechtswegs dergestalt, als zwei Rechtsmittelverfahren eingeleitet würden, was unter Umständen zu widersprüchlichen Ergebnissen führen könnte (zit. Entscheid KG BL 400 17 135 E. 2 in fine). Nach dem Gesagten unterliegt die vorliegende Streitsache, vorbehaltlich des Streitwerts, was nachfolgend zu prüfen sein wird, der Berufung.

Kantonsgericht Schwyz 10 b) aa) Bei der vorsorglichen Beweisführung nach Art. 158 ZPO richtet sich der Streitwert nach der Praxis des Kantonsgerichts grundsätzlich nicht nach der Hauptsache, sondern nach den massgeblichen Beweisführungskosten (EGV-SZ 2014 A 3.2 mit Hinweisen; a.M. ohne nähere Begründung BGer 4A\_342/2014 vom 17. Oktober 2014 E. 1 und BGer 5A\_295/2016 vom 23. Februar 2017 E. 1.3). Anzuführen ist, dass die mutmasslichen Beweisführungskosten den Streitwert um der Verwirklichung des gesetzgeberischen Ziels von Art. 158 ZGB willen bilden sollen, die Prozesschancen kostengünstiger abschätzen zu können (ZK2 2014 18 vom 2. Oktober 2014 E. 6.c/aa; vgl. auch Guyan, a.a.O., N 5 zu Art. 158 ZPO). So wird in der Lehre auch postuliert, dass, weil die Kosten bei Abstellen auf den Streitwert der Hauptsache prohibitiv hoch sein können, beispielsweise ebenso berücksichtigt werden kann, dass die vorsorgliche Beweisführung unter Umständen nicht den ganzen Streit betrifft (Fellmann, a.a.O., N 37a zu Art. 158 ZPO). Ebenfalls soll auch die Bedeutung des Beweismittels für die Beweisführung und die für dessen Erhebung anfallenden Kosten in die Streitwertschätzung einfließen können (Rickli, Der Streitwert im schweizerischen Zivilprozessrecht, 2014, N 335). Ausgangspunkt für die Bemessung des Streitwerts bilden weiterhin die massgeblichen Beweisführungskosten, was aber nicht ausschliesst, dass im Einzelfall ebenso weitere Aspekte in die Ermittlung einfließen können und dürfen. bb) Vorliegend werden nebst der Edition von Verträgen durch den Gesuchsgegner auch die rechtshilfweise Aktenedition bei I.\_\_\_\_\_, welcher sich gemäss den Angaben des Gesuchstellers in Hong Kong befindet, und die rechtshilfweise Zeugeneinvernahme von J.\_\_\_\_\_, Deutschland, beantragt. Dass sich Anhaltspunkte für das Bestehen einer allfälligen, dem Gesuchsteller zustehenden Forderung aus den beantragten vorsorglich abzunehmenden Beweismitteln ergeben könnten, erscheint prima vista nicht abwägig; anders gesagt, könnten die fraglichen Beweismittel für den Gesuchsteller durchaus von einiger Bedeutung sein. Aufgrund dessen und dem Umstand, dass nicht nur eine einfache Zeugenbefragung in der Schweiz beantragt ist,

Kantonsgericht Schwyz 11 sondern insbesondere auch eine rechtshilfweise durchzuführende Aktenedition in Hong Kong, von welcher anzunehmen ist, dass sie einen nicht vernachlässigbaren Aufwand generieren dürfte, rechtfertigt es sich, von einem Streitwert von mindestens Fr. 10'000.00 auszugehen. Was zudem den – wenn auch nicht primär massgeblichen – Streitwert der Hauptsache anbelangt, macht der Gesuchsteller geltend, er fordere für sich eine Beteiligung von 50 % des vom Gesuchsgegner erzielten Gewinnes, wobei dieser selbst USD 2'088'768.00 in das Immobilienprojekt in Vietnam („K.\_\_\_\_\_“) investiert habe und in der Folge 99 % seiner Beteiligung an der H.\_\_\_\_\_ für rund USD 20 Mio. an I.\_\_\_\_\_ verkauft haben soll (zum Ganzen vgl.

Vi-act. 1 S. 5 ff. und S. 18; KG-act. 1 S. 8). Die im Gesuch genannten Beiträge stehen der Annahme eines die Streitwertgrenze von Art. 308 Abs. 2 ZPO übersteigenden Streitwerts jedenfalls nicht entgegen. Somit ist die Streitsache berufungsfähig. c) Der Gesuchsteller bestreitet ausserdem die Rechtsmittellegitimation des Gesuchsgegners mit der Begründung, die vorsorgliche Beweisabnahme erfolge ausschliesslich im Interesse des Gesuchstellers, es erfolge keine Beweiswürdigung, eine Beweisabnahme zum gleichen Thema im Hauptprozess werde durch die vorsorgliche Beweisabnahme nicht ausgeschlossen und schliesslich trage der Gesuchsgegner keine Kosten (KG-act. 6 S. 5. f). Der Rechtsmittelkläger muss durch den angefochtenen Entscheid beschwert sein und damit ein Interesse an dessen Abänderung haben. Eine formelle Beschwerde einer Partei liegt vor, wenn das Dispositiv des Entscheids von ihren Anträgen abweicht. Materielle Beschwerde einer Partei liegt vor, wenn ihren Anträgen zwar entsprochen wurde, sie gleichwohl durch den angefochtenen Entscheid in ihrer Rechtsstellung beeinträchtigt ist. Fehlende formelle Beschwerde schliesst in der Regel die materielle Beschwerde aus. Doch kennt die Rechtsordnung Ausnahmen (Zürcher, in: Sutter-Somm et al., a.a.O., N 14 zu Art. 59 ZPO; Staehelin/Staehelin/Grolimund, Zivilprozessrecht, 3. A., § 25 N 29). Eine solche liegt namentlich vor, wenn es die Partei versäumte, im vorinstanzlichen

Kantonsgericht Schwyz 12 Verfahren teilzunehmen und formelle Anträge zu stellen (Kunz, in: Kunz/Hoffmann-Nowotny/Stauber, ZPO-Rechtsmittel Berufung und Beschwerde, Kommentar, Vor Art. 308 ff. ZPO N 55; Reetz, in: Sutter-Somm et al., a.a.O., Vorbem. Zu den Art. 308-318 ZPO N 32). Vorliegend stellte der Gesuchsgegner innert Frist keine Anträge, mithin fehlt es dadurch an einer formellen Beschwerde. Allerdings war der Gesuchsgegner im vorinstanzlichen Verfahren immerhin Partei und ein im vorsorglichen Beweisabnahmeverfahren zutage gefördertes Beweisergebnis wird in einem allfälligen späteren Hauptprozess gegen ihn unter Umständen eine Handhabe bieten (vgl. OG ZH, Urteil LF120024-O/U vom 14. Mai 2012 E. II./3.2). Es muss ihm daher offenstehen, einen Entscheid über die Gutheissung eines Gesuchs um vorsorgliche Beweisabnahme anfechten zu können, wenn prozessrechtliche Vorschriften verletzt wurden, welche einen unzulässigen Eingriff in die Rechtsstellung der betroffenen Partei zur Folge hätten. Namentlich braucht sich die gesuchsgegnerische Partei verpönte Beweisausforschungen nicht gefallen zu lassen, unabhängig davon, ob und inwieweit sie hierzu überhaupt zur Mitwirkung verpflichtet ist, resp. eine Missachtung der Anordnungen sanktionslos bleibt (zit. Entscheid KG BL 400 17 135 E. 4; zur Mitwirkungspflicht vgl. Fellmann, a.a.O., N 32 zu Art. 158 ZPO). Auf der anderen Seite ist nicht entscheidend, dass in der vorsorglichen Beweisabnahme keine Beweiswürdigung erfolgt und später im Hauptprozess ein erneutes Beweisverfahren zu demselben Beweisthema stattfinden kann. Eine materielle Beschwerde ist damit zu bejahen und es ist auf das Rechtsmittel einzutreten. 3. a) Der Gesuchsgegner macht zunächst geltend, die Vorinstanz habe das verfahrensleitende Schriftstück, das heisst die Verfügung betreffend Fristansetzung und das Gesuch um vorsorgliche Beweisführung, in einem Paket per B-Post versandt, so dass keine formelle Zustellung nach Art. 138 Abs. 1 ZPO erfolgt sei, welche aber für das konkrete verfahrensleitende Schriftstück, welches überdies eine Fristansetzung enthalten habe, zwingend erforderlich sei. Die Paketzustellung an die E.\_\_\_\_\_ per B-Post erfülle die gesetzli-

Kantonsgericht Schwyz 13 chen Anforderungen nicht (KG-act. 1 S. 14). Die Zustellung von Vorladungen, Verfügungen und Entscheiden erfolgt durch eingeschriebene Postsendung oder auf andere Weise gegen Empfangsbestätigung (Art. 138 Abs. 1 ZPO); andere

Sendungen kann das Gericht durch gewöhnliche Post zustellen (Art. 138 Abs. 4 ZPO). Die Zustellung qualifizierter Prozessurkunden, namentlich Vorladungen, Verfügungen und Entscheide, erfolgt gegen Empfangsbestätigung. In der Regel erfolgt die postalische Zustellung gegen Empfangsbestätigung mittels eingeschriebener Postsendung (BK-Frei, N 3 f. zu Art. 138 ZPO; A. Staehelin, in: Sutter-Somm et al., Kommentar ZPO, 3. A., N 4 zu Art. 138 ZPO). Den Akten ist zu entnehmen, dass die Verfügung vom 24. Januar 2020, unter Beilage des Gesuchs (inkl. Gesuchsbeilagen) und mit Fristansetzung zur Gesuchsantwort, nunmehr an den Gesuchsgegner gerichtet, nachdem Rechtsanwalt L. \_\_\_\_\_ mitteilte, den Gesuchsgegner nicht zu vertreten (Vi-act. 4), gleichentags eingeschrieben (Signature [SI]) versandt wurde (Vi-act. 5). Weiter ist ersichtlich, dass ein Umleitungsauftrag mit Gültigkeit ab 20. April 2016 (bis auf weiteres) an die E. \_\_\_\_\_ bestand (Vi-act. 9/3). Entgegen der Behauptung des Gesuchsgegners wurde die Sendung am 28. Januar 2020 indessen gegen Unterschrift (F. \_\_\_\_\_ von der E. \_\_\_\_\_, vgl. Vi-act. 9/4 und 9/12) zugestellt (Vi-act. 9/9). Ausserdem trifft es nicht zu, dass die Sendung per B-Post zugestellt wurde, was sich ebenfalls aus dem Zustellnachweis ergibt (vgl. „PostPac Economy SI TSP“). Es ist somit nicht ersichtlich, dass die fragliche Verfügung die Anforderungen von Art. 138 Abs. 1 ZPO nicht erfüllen soll. b) Der Gesuchsgegner kritisiert sodann, die Vorinstanz hätte ihm gestützt auf Art. 223 Abs. 1 i.V.m. Art. 219 ZPO eine Nachfrist ansetzen müssen, zumal keine besondere Dringlichkeit bestanden habe (KG-act. 1 S. 16 ff.). aa) Nach Art. 147 ZPO ist eine Partei säumig, wenn sie eine Prozesshandlung nicht fristgerecht vornimmt oder zu einem Termin nicht erscheint (Abs. 1). Das Verfahren wird ohne die versäumte Handlung weitergeführt, sofern das

Kantonsgericht Schwyz 14 Gesetz nichts anderes bestimmt (Abs. 2). Im ordentlichen Verfahren setzt das Gericht der beklagten Partei bei versäumter Klageantwort eine kurze Nachfrist (Art. 223 Abs. 1 ZPO). Die Bestimmungen des ordentlichen Verfahrens gelten sinngemäss auch für sämtliche anderen Verfahren, soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt (Art. 219 ZPO). Was den Geltungsbereich der Bestimmungen des ordentlichen Verfahrens anbelangt, so werden diese für andere Verfahren lediglich „sinngemäss“ anwendbar erklärt, das heisst die Abweichungen können sich direkt aus dem Gesetz ergeben oder aber durch die Natur eines besonderen Verfahrens bedingt sein (BGE 138 II 483 mit Hinweis). Wie vorzugehen ist, wenn im summarischen Verfahren die beklagte Partei es versäumte eine Antwort einzureichen, ist umstritten (vgl. dazu zit. BGE 138 III 483 E. 3.2.1). Für das Rechtsöffnungsverfahren entschied das Bundesgericht, dass dem Betreibenden bei versäumter Stellungnahme zum Rechtsöffnungsbegehren keine Nachfrist im Sinne von Art. 223 ZPO anzusetzen ist. Das Bundesgericht begründete die Nichtanwendung dieser Bestimmung insbesondere mit der gesetzlich gebotenen Prozessbeschleunigung und verwies dazu auf Art. 84 Abs. 2 SchKG, wonach der Rechtsöffnungsrichter dem Betreibenden sofort nach Eingang des Gesuches Gelegenheit zur mündlichen oder schriftlichen Stellungnahme gibt und danach innert fünf Tagen seinen Entscheid eröffnet. Das Bundesgericht erwog, dass diese Zeitvorgaben auf der Überlegung gründen, dass es der Schuldner nicht in der Hand haben sollte, durch Unterlassen oder Erheben des Rechtsvorschlages gleichzeitig betreibende Gläubiger zu bevorteilen bzw. zu benachteiligen. Der Gläubiger sollte die Möglichkeit haben, innerhalb der dreissigtägigen Anschlussfrist von Art. 110 SchKG den Rechtsvorschlag beseitigen zu lassen und zumindest provisorisch an der Pfändung der anderen Gläubiger teilnehmen können. Das summarische Rechtsöffnungsverfahren bezwecke eben diesen Schutz. Die Möglichkeit des Schuldners, die Frist zur Stellungnahme zum Rechtsöffnungsbegehren zu versäumen und

Nachfrist zu erhalten, widerstrebe dem Zweck, dem Gläubiger die Anschlussfrist gewährleisten zu können

Kantonsgericht Schwyz 15 (zit. BGE 138 III 483 E. 3.2.2 und 3.2.4 mit Hinweisen). Für das vereinfachte Verfahren erkannte das Bundesgericht, bei unentschuldigtem Fernbleiben der beklagten Partei von der Verhandlung nach Art. 245 Abs. 1 ZPO sei diese in Abwesenheit der säumigen Partei durchzuführen und nicht in analoger Anwendung von Art. 223 Abs. 1 ZPO zu einem neuen Gerichtstermin vorzuladen (BGE 146 III 297, Regeste). Das Bundesgericht erwog hierzu, dem Ziel der Prozessbeschleunigung im vereinfachten Verfahren gehe zwar die spezifisch zwangsvollstreckungsrechtliche Bedeutung ab, die ihm im Rechtsöffnungsverfahren zukommen. Indessen hätte die Vorladung zu einer neuen mündlichen Verhandlung im Gegensatz zur Nachfrist für eine schriftliche Eingabe nicht nur eine Verfahrensverzögerung zur Folge, sondern auch, dass das Gericht einen neuen Termin festlegen und die anwesende Partei erneut vor Gericht erscheinen müsse. Es widerspreche Sinn und Zweck des vereinfachten Verfahrens, dass eine Partei dem Gericht und der Gegenpartei durch ihre Säumnis einen solchen Aufwand verursachen könne (zit. BGE 146 II 297 E. 2.6). Damit ist nach wie vor nicht gesagt, wie die versäumte Einreichung einer Stellungnahme der beklagten Partei – abgesehen vom Rechtsöffnungsverfahren – in den übrigen Summarverfahren handzuhaben ist. Das Bundesgericht hielt im zitierten Entscheid 138 II 483 fest, dass Art. 223 ZPO in diesem summarischen Verfahren, das heisst dem Rechtsöffnungsverfahren, nicht anzuwenden sei und stellte damit klar, dass die Anwendbarkeit von Art. 223 ZPO nicht ausnahmslos für jede im summarischen Verfahren zu beurteilende Angelegenheit von Art. 248 ff. ZPO generell ausgeschlossen ist (E. 3.2.4 in fine; CAN 2019 Nr. 72 S. 218, 219). Mithin ist im Einzelfall zu prüfen, ob die Natur der zu beurteilenden Summarsache einer Nachfrist entgegensteht (CAN 2019 Nr. 72 S. 218, 220). bb) Mit dem vorliegenden Gesuch um vorsorgliche Beweisabnahme nach Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO will der Gesuchsteller die Beweis- und Prozessausichten betreffend eines möglichen, dem Gesuchsgegner gegenüber beste-

Kantonsgericht Schwyz 16 henden Honoraranspruches abklären (Vi-act. 1 S. 24). Der Gesuchsteller machte unter anderem geltend, der Gesuchsgegner habe 99 % seiner Beteiligung an der „H.\_\_\_\_\_“ für UDS 20 Mio. per 30. Juli 2018 und 30. April 2019 an I.\_\_\_\_\_ verkauft (Vi-act. 1 S. 18). Das Gesuch um vorsorgliche Beweisabnahme datiert vom 9. Januar 2020. Der Gesuchsteller nahm seit dem fraglichen Verkauf gut acht Monate in Anspruch, um sein Gesuch einzureichen. Vor diesem Hintergrund vermag die Anrufung des besonderen Beschleunigungsgebots oder einer besonderen Dringlichkeit nicht zu überzeugen, zumal der Gesuchsteller auch keine Gefährdung von Beweismitteln geltend machte. Ebenfalls liegt keine Konstellation vor, welche mit dem unentschuldigtem Fernbleiben der beklagten Partei im vereinfachten Verfahren zu vergleichen wäre. Es sind auch keine anderen spezifischen Umstände dafür ersichtlich, noch werden solche vom Gesuchsteller geltend gemacht, welche gegen die Ansetzung einer Nachfrist zu sprechen vermöchten. Folglich hätte sich die Ansetzung einer Nachfrist gegenüber dem damals (noch) nicht anwaltlich vertretenen Gesuchsgegner aufgedrängt. 4. Zusammenfassend ist in Gutheissung der Berufung die angefochtene Verfügung aufzuheben und die Sache zwecks Ansetzung einer Nachfrist zur Einreichung einer Stellungnahme durch den Gesuchsgegner und neuerlicher Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Bei diesem Ergebnis erübrigen sich Ausführungen insbesondere zum abgewiesenen Wiederherstellungsgesuch. Dem Ausgang entsprechend trägt der Gesuchsteller die Kosten

des Berufungsverfahrens (Art. 106 ZPO). Er hat den Gesuchsgegner ausser- dem angemessen zu entschädigen. In Anwendung der Bestimmungen von §§ 9 Abs. 2 und 11 GebTRA, in Nachachtung der allgemeinen Bemessungs- kriterien gemäss § 2 Abs. 1 GebTRA – namentlich der Wichtigkeit und Schwierigkeit der Streitsache sowie des notwendigen Zeitaufwands – und des Umstands, dass der Gesuchsgegner nebst der Berufungsschrift eine weitere Eingabe einreichte, ist die Entschädigung ermessenweise auf Fr. 2'000.00 (inkl. Auslagen und MWST; vgl. § 2 Abs. 2 GebTRA) festzulegen.

Kantonsgericht Schwyz 17 5. Die verlangte Zeugenbefragung sowie die Editionen dürften im Vergleich zum Interessenswert an dem Hauptprozess ungleich weniger kosten. Wie unter E. 2b festgestellt, erreicht der Streitwert zwar die Grenze von Fr. 10'000.00, weil aber dennoch nicht anzunehmen ist, dass die Kosten für das vorsorgliche Beweisverfahren trotz der angebotenen rechtshilfweise durchzuführenden Aktenedition diesen Betrag erheblich übersteigen werden, ist zumindest im Hinblick auf das zulässige Rechtsmittel von einem Streitwert von weniger als Fr. 30'000.00 auszugehen. Es ist daher über die Verfassungsbeschwerde unter den Voraussetzungen von Art. 93 BGG zu belehren, unter Vorbehalt der Geltendmachung einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung mit Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 72 ff. BGG;-

Kantonsgericht Schwyz 18 beschlossen:

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