

KGVS C3 08 96

KGE (Kassationsbehörde) vom 11. November 2008 i.S. X. c. Y. AG (Nichtigkeitsklage)

Nichtigkeitsklage gegen Zwischenentscheide (Art. 146 Abs. 3 und Art. 226 Abs. 2 ZPO); Beweiserhebung von Amtes wegen (Art. 145 Abs. 2 ZPO)

- Der Entscheid, womit der Bezirksrichter verspätet vorgebrachte Tatsachenbehauptungen oder beantragte Beweismittel nicht zulässt, ist nicht mit Nichtigkeitsklage beim Kantonsgericht anfechtbar (E. 1b/c).
- Der Bezirksrichter hat grundsätzlich keine Beweismittel zu erheben, zu denen keine Tatsachenbehauptungen aufgestellt und die nicht beantragt wurden (E. 1e).

Pourvoi en nullité contre une décision incidente (art. 146 al. 3 et 226 al. 2 CPC); administration d'un moyen de preuve d'office (art. 145 al. 2 CPC)

- La décision du juge de district refusant l'admissibilité de faits ou de moyens de preuve, présentés et requis tardivement, n'est pas susceptible de pourvoi en nullité devant le Tribunal cantonal (consid. 1b/c).
- Le juge de district n'a pas, en principe, à faire administrer des preuves qui n'ont pas été requises, si elles ne tendent pas à établir des faits régulièrement introduits en cause (consid. 1e).

Aus den Erwägungen

(...)

1. b) Zwischenentscheide sind gemäss Art. 226 Abs. 2 ZPO mit Nichtigkeitsklage anfechtbar, wenn dies ausdrücklich im Gesetz vorgesehen ist (lit. a), oder, in den anderen Fällen, sofern diese Entscheide einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken (lit. b). Art. 226 Abs. 2 lit. b ZPO ist gemäss kantonsgerichtlicher Rechtsprechung im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Zulässigkeit der staatsrechtlichen Beschwerde nach Art. 87 Abs. 2 OG und neu der Beschwerde im Sinne von Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG auszuliegen (ZWR 2000 S. 246 E. 2b; 1999 S. 254 E. 1a mit weiteren Hinweisen). In diesem Sinne bedarf es eines nicht wieder gutzumachenden Nachteils rechtlicher Natur; eine bloss tatsächliche Beeinträchtigung genügt nicht. Der Nachteil ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nur dann rechtlicher Art, wenn er auch durch einen für den Betroffenen günstigen Endentscheid nicht mehr behoben werden könnte (BGE 133 III 629 E. 2.3.1; 131 I 57 E. 1; 129 I 129 E. 1.1; Kälin, Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde, 2. A., Bern 1994, S. 341 f.; ZWR 2000 S. 246 E. 2b).

Die Zivilprozessordnung enthält keine Bestimmungen, wonach der Zwischenentscheid, gemäss welchem verspätet vorgebrachte Sachverhaltsbehauptungen abgelehnt werden, mit Nichtigkeitsklage angefocht-

ten werden kann. In Ermangelung einer ausdrücklichen Gesetzesgrundlage im Sinne von Art. 226 Abs. 2 lit. a ZPO bleibt demnach zu prüfen, ob derlei Entscheide einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil rechtlicher Natur im Sinne von Art. 226 Abs. 2 lit. b ZPO verursachen; nur in diesem Fall ist die Nichtigkeitsklage zulässig.

Die Parteien haben Einreden gegen Beweismittel innerhalb von 10 Tagen seit Erhalt des Vorverhandlungsprotokolls zu erheben. Lehnt der Richter die Durchführung eines von der Partei vorgeschlagenen Beweismittels ab, kann dies mit Nichtigkeitsklage angefochten werden (Art. 146 Abs. 3 ZPO). Gemäss neuerer Praxis des Kantonsgerichts können auch Beweisentscheide über Beweiserhebungen, die mit einem zugelassenen Beweismittel zusammenhängen, gestützt auf Art. 146 Abs. 3 ZPO mit Nichtigkeitsklage beim Kantonsgericht angefochten werden (vgl. auch Art. 226 Abs. 2 lit. a ZPO). Dies setzt aber voraus, dass das fragliche Beweismittel an der Vorverhandlung gültig beantragt worden ist (Art. 145 Abs. 1 ZPO e contrario; vgl. auch Art. 143 Abs. 1 und Art. 144 Abs. 2 ZPO; ZWR 2006 S. 140 f.). Sonst bildet weiterhin ein nicht wieder gutzumachender Nachteil rechtlicher Natur Eintretensvoraussetzung. Beweisverfügungen haben nach der Rechtsprechung, welche zu Art. 87 Abs. 2 OG ergangen und für welche neu Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG massgebend ist, als Zwischenentscheide grundsätzlich keinen nicht wieder gutzumachenden Nachteil zur Folge (BGE 99 Ia 437; Bundesgerichtsurteil 5A_211/2007 vom 16. August 2007 E. 3.1; Ducrot, *Le droit judiciaire privé valaisan*, Martigny 2000, S. 499). Ausnahmen können bestehen, wenn z.B. ein Beweismittel, dessen Existenz gefährdet ist, verweigert wird, oder wenn bei Abnahme eines Beweismittels Geheimhaltungsinteressen auf dem Spiel stehen (vgl. Kälin, a.a.O., S. 343 Fn. 135; Ludwig, *Endentscheid, Zwischenentscheid und Letztinstanzlichkeit im Staatsrechtlichen Beschwerdeverfahren*, in: ZBJV 1974 S. 183 mit Hinweisen).

c) Der angefochtene Entscheid des Bezirksrichters lässt einerseits eine neue Sachverhaltsbehauptung nicht zu und lehnt andererseits einen Beweisantrag ab. Der Nichtigkeitskläger ficht den Entscheid vollumfänglich an. Letzterer schliesst das Verfahren vor der Erstinstanz nicht ab, sondern bildet bloss einen Schritt auf dem Weg zum Endentscheid. Es liegt mithin ein Zwischenentscheid vor. Ein solcher kann gemäss den vorstehenden Erwägungen mittels Nichtigkeitsklage nur angefochten werden, wenn dies gesetzlich vorgesehen ist oder dem Nichtigkeitskläger ein nicht wieder gutzumachender Nachteil rechtlicher Natur erwächst.

aa) Der Nichtigkeitskläger verweist hinsichtlich der Zulässigkeit seines Rechtsmittels einzig auf Art. 146 ZPO. Der neue Sachverhalt ist erst nach der Vorverhandlung deponiert worden, welche als letztmöglicher Zeitpunkt für entsprechende Prozesshandlungen gilt (Art. 145 Abs. 1 ZPO). Die Nichtzulassung verspätet vorgebrachter neuer Tatsachenbehauptungen ist gemäss obigen Erwägungen bloss anfechtbar, wenn der Entscheid einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil verursacht.

Die Tatsachenbehauptungen Nr. 6 und Nr. 86 lauten:

« 6. Am 6. Mai 2003 wurde per Helikopter der Baukran entfernt, welcher während längerer Zeit für die Erstellung des Baukomplexes verwendet wurde.»

« 86. Die Demontage am 6. Mai 2003 des Baukrans mittels Helikopter (vgl. TB 6) wurde durch die A. AG durchgeführt.»

Der Nichtigkeitskläger argumentiert, die nicht zugelassene Sachverhaltsbehauptung Nr. 86 sei erforderlich, damit er den Verjährungsbeginn nachweisen könne. Er geht davon aus, diese laufe ab demjenigen Zeitpunkt, da der Kran von der Baustelle entfernt worden sei. Dies ist jedoch mit der Tatsachenbehauptung Nr. 6 hinreichend behauptet und der Zusatz gemäss Tatsachenbehauptung Nr. 86, die A. AG habe den Abtransport bewerkstelligt, spielt für die Frage der Verjährung keine Rolle. Die Nichtzulassung der Tatsachenbehauptung Nr. 86 bewirkt folglich keinen nicht wieder gutzumachenden Nachteil rechtlicher Natur; weshalb insoweit auf die Nichtigkeitsklage nicht einzutreten ist.

bb) Es bleibt somit zu untersuchen, ob auf die Nichtigkeitsklage betreffend die abgewiesenen Beweisanträge einzutreten ist.

Auch der neue Beweisantrag ist vorliegend erst nach der Vorverhandlung deponiert worden, welche als letztmöglicher Zeitpunkt für entsprechende Prozesshandlungen gilt (Art. 145 Abs. 1 ZPO). Auch diese Verfahrenshandlung ist verspätet vorgenommen worden. Entgegen der Auffassung des Nichtigkeitsklägers spielt es in casu keine Rolle, wieweit die neuen Vorbringen mit formgültig vorgenommenen Handlungen zusammenhängen. Entscheidend ist, dass die neu offerierten Beweismittel nicht Beweiserhebungen im Zusammenhang mit einem bereits bewilligten Beweismittel (vgl. dazu ZWR 2008 S. 151; ZWR 2006 S. 141), sondern eigenständige Anträge sind. Die Zulässigkeit der Nichtigkeitsklage ergibt sich daher nicht aus Art. 146 Abs. 3 ZPO und der dargelegten neueren Praxis des Kantonsgerichts.

Der Nichtigkeitskläger bringt vor, «ohne die Sache präjudizieren zu wollen», die Beklagte habe die Verjährungseinrede erhoben und er benötige das verspätet beantragte Beweismittel, um den Beginn der Verjährung nachzuweisen. Er macht mit dieser Begründung keinen Nachteil geltend, der durch einen für ihn günstigen Endentscheid nicht behoben werden kann. Der ablehnende Entscheid bewirkt mithin keinen nicht wieder gutzumachenden Nachteil rechtlicher Art.

d) Auf die Nichtigkeitsklage ist demzufolge mangels gesetzlicher Grundlage oder nicht wieder gutzumachender Nachteile rechtlicher Natur nicht einzutreten.

e) Abschliessend sei festgestellt, dass der Nichtigkeitskläger Art. 145 Abs. 2 ZPO falsch interpretiert. Laut dieser Norm kann der Richter von Amtes wegen zur Beibringung jener Beweise schreiten, die von den Parteien nicht angerufen worden sind, wenn es sich aus den Akten ergibt, dass diese Beweise erforderlich sind, um die behaupteten Tatsachen, auf denen die Rechte und Ansprüche der Parteien beruhen, vollständig und wahrheitsgetreu festzustellen. Es handelt sich hier ausdrücklich um eine «Kann Vorschrift», die dem Bezirksrichter mithin ein Ermessen zugesteht und ihm insbesondere keinerlei Verpflichtung auferlegt. Sie widerspricht der im Walliser Zivilprozess grundsätzlich anwendbaren Verhandlungsmaxime und ist deswegen namentlich bei anwaltlicher Vertretung zurückhaltend anzuwenden (ZWR 2008 S. 145; 2006 S. 268). Eine Beweiserhebung von Amtes wegen kann allenfalls bei Vorliegen eines Revisionsgrundes angezeigt sein. Wie es sich damit verhält kann vorliegend indessen offen gelassen werden, da weder der Nichtigkeitskläger Art. 236 Ab. 1 ZPO angerufen hat noch die Voraussetzungen für eine Revision gegeben sind. Denn bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt hätte der Nichtigkeitskläger bis zur Vorverhandlung den Namen des involvierten Helikopterunternehmens eruiert und damit die geeigneten Beweismittel rechtzeitig beibringen können. Die Nichtigkeitsklage hätte folglich ohnehin abgewiesen werden müssen, wenn darauf einzutreten gewesen wäre.