

*Zivilprozessrecht - Prozesskosten und Rechtsmittel – KGE (Einzelrichter der I. Zivilrechtlichen Abteilung) vom 25. Oktober 2016, X. u.a. c. Y. AG u.a. - TCV C1 16 243*

### **Kostentragung bei Gegenstandslosigkeit des Rechtsmittelverfahrens; Rechtsmittel gegen Entscheide des Bezirksgerichts in Sachen vorsorglicher Beweisführung**

- Bei Gegenstandslosigkeit des Verfahrens kann der Richter die Kosten in Abweichung von den allgemeinen Verteilungsgrundsätzen nach Ermessen verteilen (Art. 107 Abs. 1 lit. e ZPO), wobei er berücksichtigt, wer das Verfahren veranlasst hat und wie der Prozess mutmasslich ausgegangen wäre. Gerichtskosten, die weder eine Partei noch Dritte veranlasst haben, kann er aus Billigkeitsgründen dem Kanton auferlegen (Art. 107 Abs. 2 ZPO), welche Verpflichtung jedoch keine Parteientschädigung zu Lasten des Kantons beinhaltet (E. 2.1 und 2.2).
- Bei Abweisung eines Gesuches um vorsorgliche Beweisführung kann dieser Endentscheid bei gegebenem Streitwert mit Berufung angefochten werden (Art. 158 Abs. 2 i.V.m. Art. 308 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 ZPO). Wird das Gesuch hingegen gutgeheissen und weist der Bezirksrichter im Rahmen des anschliessenden vorsorglichen Beweisführungsverfahrens Parteifragen oder Parteianträge auf Ergänzungen ab, so handelt es sich hierbei um prozessleitende Verfügungen, gegen welche gemäss Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO ausschliesslich die Beschwerde gegeben ist und diese auch nur, sofern ein nicht leicht wieder gut zu machender Nachteil droht (E. 2.2).

### **Répartition des frais lorsque la procédure de recours est devenue sans objet ; voie de droit contre les décisions du tribunal de district en matière de preuve à futur**

- Lorsque la procédure est devenue sans objet, le tribunal peut s'écarter des règles générales et répartir les frais selon sa libre appréciation (art. 107 al. 1 let. e CPC) ; il prend ainsi en considération le comportement de celui qui a provoqué la procédure et le sort prévisible de la procédure. Si l'équité l'exige, il peut mettre à la charge du canton les frais de justice qui ne sont pas imputables aux parties ni aux tiers (art. 107 al. 2 CPC) ; une condamnation du canton à verser des dépens est cependant exclue (consid. 2.1 et 2.2).
- La décision finale rejetant une requête de preuve à futur peut être entreprise par la voie de l'appel, si la valeur litigieuse requise est atteinte (art. 158 al. 2 en relation avec l'art. 308 al. 1 let. a et al. 2 CPC). Par contre, lorsque la requête est admise mais que le tribunal de district rejette des questions ou des requêtes complémentaires des parties dans le cadre de la procédure de preuve à futur, il s'agit alors d'ordonnances d'instruction, contre lesquelles seule la voie du recours est ouverte, dans la mesure où il peut en résulter un préjudice difficilement réparable au sens de l'art. 319 let. b ch. 2 CPC (consid. 2.2).

## Aus den Erwägungen

**1.1** Die vorsorgliche Beweisführung richtet sich nach den Bestimmungen über die vorsorglichen Massnahmen (Art. 158 Abs. 2 ZPO), auf welche das summarische Verfahren Anwendung findet (Art. 248 lit. d ZPO). Gemäss Art. 5 Abs. 2 lit. c EGZPO ist ein Einzelrichter des Kantonsgerichts zur Beurteilung von Berufungen und Beschwerden zuständig, wenn erstinstanzlich das summarische Verfahren anwendbar war.

**1.2** Gegenstand der Berufung bildete die Zulassung von Ergänzungs- bzw. Erläuterungsfragen zu der vom Bezirksgericht im Rahmen der vorsorglichen Beweisführung zugelassenen und eingeholten Expertise bzw. Ergänzungsexpertise. Nachdem die Berufungskläger inzwischen beim Bezirksgericht die nachträgliche Zulassung ihrer Zusatzfragen erwirkt haben, fehlt ihnen ein Interesse am vorliegenden Rechtsmittelverfahren und Letzterem ein Streitgegenstand. Das am Kantonsgericht hängige Verfahren ist demnach infolge Gegenstandslosigkeit abzuschreiben (Art. 242 ZPO).

**2.1** Wenn das Verfahren als gegenstandslos abgeschrieben wird und das Gesetz, wie in casu, nichts anderes vorsieht, kann das Gericht von den Verteilungsgrundsätzen von Art. 106 ZPO abweichen und die Prozesskosten, welche die Gerichtskosten und die Parteientschädigung umfassen (Art. 95 Abs. 1 ZPO), nach Ermessen verteilen (Art. 107 Abs. 1 lit. e ZPO; vgl. auch lit. f der nämlichen Bestimmung).

Bei der Kostenverteilung berücksichtigt das Gericht, welche Partei Anlass zur Klage - bzw. hier zur Einreichung der Berufung - gegeben hat und wie der mutmassliche Prozessausgang gewesen wäre. Die Prozessaussichten sind ohne weitere Umtriebe und Abklärungen aufgrund einer knappen Prüfung anhand der Aktenlage zu beurteilen (Urwyler/Grütter, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], Kommentar, 2. A., N. 8 zu Art. 107 ZPO; Rüegg, Basler Kommentar, 2. A., N. 8 zu Art. 107 ZPO).

Ausserdem kann das Gericht Gerichtskosten, die weder eine Partei noch Dritte veranlasst haben, aus Billigkeitsgründen dem Kanton auferlegen (Art. 107 Abs. 2 ZPO). Diese Billigkeitshaftung des Kantons

ist auf die Gerichtskosten beschränkt; Parteikosten werden davon nicht erfasst (Urwyler/Grütter, a.a.O., N. 13 zu Art. 107 ZPO; Rüegg, a.a.O., N. 11 zu Art. 107 ZPO).

**2.2** Weist das Gericht ein Gesuch um vorsorgliche Beweisführung (Art. 158 ZPO) ab, so handelt es sich hierbei um einen Endentscheid, welcher bei einem Streitwert von mindestens 10'000 Franken mit Berufung angefochten werden kann (Art. 158 Abs. 2 i.V.m. Art. 308 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 ZPO; Hasenböhler, Das Beweisrecht der ZPO, Zürich/Basel/Genf 2015, N. 3.129a). Wird das Gesuch hingegen gutgeheissen, so stellen alle im Laufe des anschliessenden vorsorglichen Beweisführungsverfahrens erlassenen Verfügungen Beweisanordnungen inzidenter, prozessleitender Natur im Sinne von Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO dar, gegen welche als Rechtsmittel ausschliesslich die Beschwerde gegeben ist und diese nur unter der Voraussetzung, dass ein nicht leicht wieder gut zu machender Nachteil droht. So steht gegen die Verweigerung eines zweiten Gutachtens oder gegen andere Entscheide über Beweismittelfragen im Rahmen eines eigenständigen vorsorglichen Beweisführungsverfahrens keine Berufung, sondern einzig die Beschwerde offen, sofern ein nicht leicht wieder gut zu machender Nachteil droht (Bundesgerichtsurteil 4A\_248/2014 vom 27. Juni 2014 E. 1.3; vgl. auch Urteil LF130080-O/U des Obergerichts Zürich vom 6. Mai 2014).

Im hier zu beurteilenden Fall hat der Bezirksrichter das Gesuch der Berufungskläger um vorsorgliche Beweisführung zugelassen, jedoch im gestützt darauf eröffneten vorsorglichen Beweisführungsverfahren nach Einholung einer Expertise samt Ergänzungsexpertise die von ihnen gestellten neuerlichen Ergänzungsfragen vorerst zurückgewiesen. Gemäss der vorstehend erläuterten Rechtslage war dagegen die Berufung nicht zulässig. Vielmehr hätten die Rechtsmittelkläger eine Beschwerde einreichen müssen. Auf die Berufung hätte demnach nicht eingetreten werden können. Die Zulässigkeit der Beschwerde ist ihrerseits an die Voraussetzung eines nicht leicht wieder gut zu machenden Nachteils geknüpft, der vom Beschwerdeführer substantiiert zu behaupten und zu beweisen ist. Zu dieser Eintretensvoraussetzung äussern sich die Rechtsmittelkläger in ihrer Rechtsmittelschrift indessen nicht. Bei knapper Prüfung der Aktenlage wäre deshalb eine Umwandlung der Berufung in eine Beschwerde ebenfalls nicht möglich gewesen.

Berücksichtigt man allein den mutmasslichen Ausgang des Rechtsmittelverfahrens, so sind die Prozesskosten an sich von den Berufungsklägern zu tragen. Nicht ganz falsch ist deren Darstellung, wonach der Bezirksrichter mit der nachträglichen Zulassung ihrer Fragen ihrem Anliegen entsprochen hat. Dies geschah allerdings nicht aufgrund der Berufung, sondern gestützt auf einen Wiedererwägungsantrag der Gesuchsteller. Das Rechtsmittel haben die Berufungskläger eingereicht, weil der Bezirksrichter ihnen bis zum Ablauf der Rechtsmittelfrist seinen Wiedererwägungsentscheid noch nicht eröffnet hatte. Dass sie unter diesen Umständen ein Rechtsmittel ergriffen, war durchaus legitim, wobei es halt doch das falsche war. Zieht man alle Umstände in Betracht - namentlich Einlegung eines unzulässigen Rechtsmittels durch die Berufungskläger und Zurückkommen des Bezirksrichters auf seine ablehnende Verfügung aufgrund eines entsprechenden Antrags der Gesuchsteller - erscheint es insgesamt gerechtfertigt, den Staat Wallis die Gerichtskosten tragen zu lassen, den Berufungsklägern aber keine Parteientschädigung zuzuerkennen. Art. 107 Abs. 2 ZPO beinhaltet ohnehin keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung zu Lasten des Kantons.

Die Berufungsbeklagten haben sich nicht vernehmen lassen, womit ihnen mangels Aufwands und Antrags keine Parteientschädigung zusteht.