C1 13 287

URTEIL VOM 12. MAI 2014

Kantonsgericht Wallis
I. Zivilrechtliche Abteilung

Hermann Murmann, Einzelrichter; Dr. Rochus Jossen, Gerichtsschreiber

in Sachen

W_____, Berufungskläger, **X**_____, Berufungskläger, **Y**_____, Berufungsklägerin, **Z**_____, Berufungsklägerin, alle vertreten durch Rechtsanwalt A_____

gegen

EINWOHNERGEMEINDE B_____, Berufungsbeklagte

(Vorsorgliche Beweisführung)

Berufung gegen den Entscheid des Bezirksgerichts B_____ vom 13. November 2013

Verfahren

A. Am 11. Juli 2013 reichten Y_____, Z_____, W_____ und X_____ beim Bezirksgericht B_____ ein Gesuch um Durchführung einer vorsorglichen Beweisaufnahme ein mit folgenden Begehren:

1. Es sei eine vorsorgliche Beweisaufnahme durchzuführen.
2. Der Experte sei durch das Bezirksgericht B_____ zu beauftragen, die Expertise im Verfahren zu erstellen und dem Gericht zur Verfügung zu stellen.
3. Die Kosten des Verfahrens trägt wer rechtens.
4. Die Gesuchsgegnerin hat die Gesuchsteller angemessenen nach GTar zu entschädigen.

Am 13. August 2013 erhob die Einwohnergemeinde B_____ die Einrede der Streithängigkeit und beantragte die kosten- und entschädigungspflichtige Gesuchsabweisung. Im weiteren Verfahren (Stellungnahme der Gesuchsteller vom 5. September 2013; Verhandlung vom 30. Oktober 2013; Eingabe vom 4. November 2013) hielten die Parteien an ihren Rechtsbegehren fest, so dass der Bezirksrichter am 13. November 2013 folgenden Entscheid erliess:

1. Auf das Gesuch um Anordnung einer vorsorglichen Beweisführung wird nicht eingetreten.
2. Die Gerichtskosten von Fr. 1'000.-- werden den Gesuchstellern auferlegt und mit dem von diesen geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Der Saldo von Fr. 5'000.-- wird den Gesuchstellern zurückerstattet.
3. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

B. Gegen diesen Entscheid reichten Y_____, Z_____, W_____ und X_____ am 25. November 2013 Berufung mit folgenden Rechtsbegehren ein:

1. Der Entscheid des Bezirksgerichts B_____ vom 13. November 2013 (Z2 13 75) sei aufzuheben und es sei eine vorsorgliche Beweisaufnahme über die Schüttungsmenge der Quelle Grund (Quelle Nr. xxx1) durchzuführen.
2. Eventualiter sei der Entscheid des Bezirksgerichts B_____ vom 13. November 2013 (Z2 13 75) aufzuheben und die Vorinstanz sei anzuweisen, eine vorsorgliche Beweisaufnahme über die Schüttungsmenge der Quelle Grund (Quelle Nr. xxx1) durchzuführen.
3. Sub-eventualiter sei der Entscheid des Bezirksgerichts B_____ vom 13. November 2013 (Z2 13 75) aufzuheben [und] die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurück zu weisen.

- unter Kosten- und Entschädigungsfolge –

Am 5. Februar 2014 nahm die Einwohnergemeinde B_____ zur Berufung Stellung und erhob nebst der bereits erstinstanzlich erhobenen Einrede der Streithängigkeit auch die Einrede der Streiterledigung. Die Voraussetzungen für einen vorsorglichen Massnahmeprozess seien nicht erfüllt.

Die Berufungskläger liessen sich in der Folge nicht mehr vernehmen.

Sachverhalt und Erwägungen

1.

1.1 Das Kantonsgericht beurteilt als Rechtsmittelinstanz Berufungen und Beschwerden, die im neunten Titel des zweiten Teils der ZPO vorgesehen sind (Art. 5 Abs. 1 lit. b EGZPO). Mit Berufung anfechtbar sind u.a. erstinstanzliche Entscheide über vorsorgliche Massnahmen (Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO). In vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist die Berufung nur zulässig, wenn der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens Fr. 10'000.-- beträgt (Art. 308 Abs. 2 ZPO), bei tieferen Streitwerten ist die Beschwerde gegeben (Art. 319 lit. a ZPO).

Der vorliegend angefochtene Entscheid ist in einem Gesuchsverfahren betreffend vorsorglicher Beweisführung ergangen, das von der Einleitung eines ordentlichen Hauptverfahrens unabhängig und damit eigenständig und nach den Bestimmungen über die vorsorglichen Massnahmen durchgeführt wurde (Art. 158 Abs. 2 ZPO). Mit dem Entscheid des Bezirksrichters wurde das Gesuch abgewiesen und damit das Gesuchsverfahren zum Abschluss gebracht, womit die Anfechtung eines erstinstanzlichen vorsorglichen Endentscheids infrage steht, welcher mittels Berufung beim Einzelrichter des Kantonsgerichts überprüft werden kann (Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO; Art. 5 Abs. 2 lit. c EGZPO i.V.m. Art. 248 lit. d ZPO; Brönnimann, Berner Kommentar, N. 32 zu Art. 158 ZPO; Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich LF120024 vom 14. Mai 2012 E. II/2; Urteile des Kantonsgerichts Graubünden ZK2 12 16 vom 25. April 2012 E. 2 b und ZK2 12 10 vom 3. Mai 2012 E. 2 b; vgl. ferner BGE 138 III 76 E. 1.2; Bundesgerichtsurteile 4A_322/2012 vom 21. Februar 2013 E. 1.2, 4A_118/2012 vom 19. Juni 2012 E. 1.1).

Zur Bestimmung des für die Berufung massgebenden Streitwerts ist auf den mit den beantragten Beweismitteln zu beweisenden Hauptanspruch abzustellen (BGE 140 III 12 E. 3.3; Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich LF120024 vom 14. Mai 2012 E. II/4; Urteile des Kantonsgerichts Graubünden ZK2 12 16 vom 25. April 2012 E. 2 b und

ZK2 12 10 vom 3. Mai 2012 E. 2 b), in casu die Eigentumsfrage an der Quelle „Grund“ xxx1, womit die Streitwertgrenze von Fr. 10'000.-- ohne Zweifel überschritten wird und die Berufung offen steht.

1.2 Die Berufungskläger haben gegen das frühestens am 14. November 2013 in Empfang genommene Urteil (vgl. S. 219) am 25. November 2013 schriftlich und begründet Berufung eingereicht (Art. 311 und 314 Abs. 1 ZPO). Die weiteren Eintretensvoraussetzungen geben zu keinen Bemerkungen Anlass, so dass auf die Berufung einzutreten ist.

2. Das Bezirksgericht trat am 13. November 2013 im angefochtenen Entscheid auf das Gesuch der Berufungskläger nicht ein, weil im bereits hängigen Enteignungsverfahren ohnehin festgestellt werden müsse, in wessen Eigentum die fragliche Quelle „Grund“ stehe und daher die Einrede der Rechtshängigkeit der Gesuchsgegnerin gutzuheissen sei (S. 216 f.).

2.1 Nach Ansicht der Berufungskläger bilden jedoch das öffentlich-rechtliche Enteignungsverfahren und die öffentlich-rechtliche vorzeitige Besitznahme zu einen und die Klärung der privatrechtlichen Eigentumsfrage zum anderen voneinander unabhängige Streitgegenstände (Berufung, S. 226 f.). Zudem hätte die öffentlichrechtliche Abteilung des Kantonsgerichts über die Frage des Eigentums an der Quelle ohnehin nur als Vorfrage entscheiden können, welchem Entscheid mangels Aufnahme in das Dispositiv keine Rechtskraft zugekommen wäre und letztlich hätte sich das ordentliche Zivilgericht in jedem Fall über den Bestand des privaten Eigentumsrechts äussern müssen, zumal ein entsprechendes Schlichtungsgesuch bereits seit längerem beim Gemeinderichteramt hängig sei (Berufung, S. 227).

2.2 Gemäss Art. 59 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 lit. d und e ZPO e contrario tritt ein Gericht auf die Klage nicht ein, wenn die Sache anderweitig rechtshängig oder bereits rechtskräftig entschieden ist. Ohne das Vorliegen der Prozessvoraussetzungen darf ein Sachurteil nicht ergehen (Zingg, Berner Kommentar, N. 17 zu Art. 59 ZPO mit Hinweisen).

Unstrittig ist, dass nebst dem vor den Zivilgerichten laufenden Verfahren zwischen den identischen Parteien ein Enteignungsverfahren und ein Verfahren um vorzeitige Besitznahme vor dem Staatsrat und dem Kantonsgericht durchgeführt worden ist, welche Verfahren mit nicht angefochtenem und damit in Rechtskraft erwachsenem Entscheid des Kantonsgerichts vom 29. Oktober 2013 abgeschlossen worden sind (vgl. S. 193 ff., 239 ff.). Strittig ist, ob der Streitgegenstand identisch war, insbesondere ob über die im Zivilverfahren angestrebte Klärung der Eigentumsfrage hinsichtlich der

Quelle Nr. xxx1 im verwaltungsrechtlichen Verfahren bereits rechtskräftig befunden worden ist.

2.3 Materielle Rechtskraft bedeutet Massgeblichkeit eines formell rechtskräftigen Urteils in jedem späteren Verfahren unter denselben Parteien. Sie hat eine positive und eine negative Wirkung (statt aller Zingg, a.a.O., N. 95 zu Art. 59 ZPO). In positiver Hinsicht bindet die materielle Rechtskraft das Gericht in einem späteren Prozess an alles, was im Urteilsdispositiv des früheren Prozesses festgestellt wurde (sog. Präjudizialitäts- oder Bindungswirkung, vgl. BGE 121 III 474 E. 4a, 116 II 738 E. 3). In negativer Hinsicht verbietet die materielle Rechtskraft jedem späteren Gericht, auf eine Klage einzutreten, deren Streitgegenstand mit dem rechtskräftig beurteilten identisch ist, sofern der Kläger nicht ein schutzwürdiges Interesse an der Wiederholung des früheren Entscheids geltend machen kann (BGE 139 III 126 E. 3.1 mit Hinweisen).

Die Identität von prozessualen Ansprüchen beurteilt sich dabei gemäss der aktuellen Bundesgerichtsrechtsprechung nach den Klageanträgen und dem behaupteten Lebenssachverhalt, d.h. dem Tatsachenfundament, auf das sich die Klagebegehren stützen (BGE 139 III 126 E. 3.2.3, 136 III 123 E. 4.3.1; Bundesgerichtsurteil 4A_574/2010 vom 21. März 2011 E. 2.3.1). Dabei ist der Begriff der Anspruchsidentität nicht grammatikalisch, sondern inhaltlich zu verstehen. Der neue prozessuale Anspruch ist deshalb trotz abweichender Umschreibung vom beurteilten nicht verschieden, wenn er in diesem bereits enthalten war oder wenn im neuen Verfahren das kontradiktorische Gegenteil zur Beurteilung gestellt wird (BGE 139 III 126 E. 3.2.3, 123 III 16 E. 2a).

2.4 Vorliegend legten die Berufungskläger in ihrem Gesuch an den Bezirksrichter dar, dass dieses der Erfassung der heutigen Quellensituation dient und damit ihr Rechtsschutzinteresse am privaten Eigentum gewahrt bleiben soll (S. 7). Sie brachten sodann vor, dass sie Anspruch hätten, mittels der Expertise „die daraus folgende Rechtsnatur der Quelle Grund“ klären zu lassen (S. 9), was sie im Rahmen ihrer Berufung nochmals verdeutlichten (S. 221 f., 225 ff.). Demzufolge bezweckten sie mit der Erfassung der Schüttungsmenge die Klärung der Frage, ob die Quelle ihr privates Eigentum darstellt oder als Bachquelle Teil des öffentlichen Eigentums ist.

Gegenstand der Verfahren vor dem Staatsrat und der öffentlichrechtlichen Abteilung des Kantonsgerichts bildeten hingegen einzig die Erteilung des Enteignungsrechts an die Gemeinde B_____ und des Rechts zur vorzeitigen Besitznahme. Die Gemeinde wurde in Gutheissung ihres Enteignungsgesuchs ermächtigt, die Parzellen, welche für die Erstellung der Brunnenstube samt Leitungen für die Quellfassung der Quelle

„Grund“ notwendig sind, gemäss Enteignungsgesuch beigelegtem Landerwerbsplan mit vorzeitiger Besitznahme dauernd bzw. temporär zu enteignen (vgl. Dispositivziffern 2 und 3 des Staatsratsentscheids, S. 195). Die Frage, ob die Quelle im öffentlichen oder privaten Eigentum steht, wurde aber vom Staatsrat ausdrücklich offen gelassen (S. 194). Das Kantonsgericht erwog diesbezüglich lediglich, dass das vorsorgliche Beweisaufnahmeverfahren für das bei ihm infrage stehende Verfahren keine präjudizielle Wirkung habe (S. 243). Somit bildete weder vor dem Staatsrat noch dem Kantonsgericht die Frage, ob die Quelle „Grund“ im privaten Eigentum der Berufungskläger steht oder Teil des öffentlichen Eigentums ist, Streitgegenstand des Verfahrens.

Nach der Regelung im kantonalen Enteignungsrecht konnte die Frage auch nicht Gegenstand des verwaltungsrechtlichen Enteignungsverfahrens oder Verfahrens um vorzeitige Besitznahme sein, da das kantonale Enteignungsgesetz vom 8. Mai 2008 (EntG; SGS/VS 710.1) die Kompetenz zur Beurteilung des Bestandes eines Rechts, für dessen Enteignung eine Entschädigung verlangt und welches im Zuge des Schätzungsverfahrens (Art. 26 ff. EntG) bestritten wird, auf Klage des Betroffenen hin ausdrücklich dem ordentlichen Zivilrichter zuspricht, und das Enteignungsverfahren (Schätzungsverfahren) während dessen aussetzt (vgl. Art. 41 EntG). Folglich werden die Berufungskläger vom EntG – in einem allfällig späteren Zeitpunkt – in die Klägerrolle vor den Zivilgerichten gedrängt.

Entgegen den Ausführungen des Bezirksgerichts hatten mithin nicht die Verwaltungs- bzw. Verwaltungsgerichtsbehörden im Rahmen des hängigen öffentlich-rechtlichen Enteignungsverfahrens über den Bestand des Eigentumsrechts zu befinden, sondern musste diese Frage – allenfalls später – mittels Eigentumsfeststellungsklage vor dem Zivilrichter geklärt werden (Ludwig/Stalder, in: Müller/Feller [Hrsg.], Bernisches Verwaltungsrecht, 2. A., Bern 2013, S. 546; zur Eigentumsfeststellungsklage vgl. statt aller Rey, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, Band I, 3. A., Bern 2007, N. 2059 ff. mit Hinweisen). Zu diesem Zweck haben die Berufungskläger am 13. Mai 2013 das Schlichtungsverfahren vor der Gemeinderichterin eingeleitet (S. 206 ff.). Dementsprechend war in den infrage stehenden Verfahren nicht der gleiche Streitgegenstand zu behandeln und lag zum Zeitpunkt des angefochtenen Entscheids keine anderweitige Streithängigkeit vor, welche ein Eintreten auf das Gesuch verunmöglicht hätte. Ebenso wenig ist die dem vorsorglichen Beweisbegehren der Berufungskläger zugrunde liegende Rechtsfrage zum jetzigen Zeitpunkt rechtskräftig entschieden worden.

Mithin hätte der Bezirksrichter auf das Gesuch um vorsorgliche Beweisabnahme eintreten müssen und erweist sich die Berufung in diesem Punkt als begründet.

3. Im Sinne einer Eventualbegründung hat das Bezirksgericht das Gesuch für den Fall abgewiesen, dass auf dieses einzutreten wäre. Es verneinte einerseits eine Gefährdung des beantragten Beweismittels, da nicht ersichtlich sei, weshalb eine weitere Messung der Schüttungsmenge der fraglichen Quelle nicht erst nach deren Fassung vorgenommen werden könne. Andererseits könnten die Berufungskläger die Prozessaussichten aufgrund der diversen Messungen der Schüttungsmenge bereits in ausreichendem Mass beurteilen, weshalb nicht glaubhaft gemacht worden sei, dass die beantragte vorsorgliche Beweisführung zu einer besseren Abschätzung der Prozesschancen führen würde.

3.1 Die Berufungskläger bestreiten den Wert des Quellenschutzberichtes und bemängeln die Qualität der dabei statistisch ausgewerteten Messdaten in verschiedener Hinsicht (Berufung, S. 222 f.). Sie rügen, dass die Berufungsbeklagte die Messanlage auf ihrem privaten Grundstück ohne ihr Einverständnis und damit widerrechtlich installiert habe (Berufung, S. 228), wiederholen, dass mit dem Bau der definitiven Fassungsanlage eine korrekte Messung verunmöglicht werde (Berufung, S. 228) und dass sie dadurch des für die Eigentumsfrage entscheidenden Beweismittels verlustig zu gehen drohen (Berufung, S. 229).

3.2 Nach Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO nimmt das Gericht jederzeit Beweis ab, wenn die gesuchstellende Partei eine Gefährdung der Beweismittel oder ein schutzwürdiges Interesse glaubhaft macht.

Gemäss der Botschaft wird mit dem Begriff des schutzwürdigen Interesses in Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO auf die Möglichkeit Bezug genommen, eine vorsorgliche Beweisführung auch zur Abklärung der Beweis- und Prozessaussichten durchzuführen. Diese Möglichkeit soll dazu beitragen, aussichtslose Prozesse zu vermeiden (Botschaft vom 28. Juni 2006 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, BBl 2006, S. 7315; BGE 138 III 76 E. 2.4.2; Bundesgerichtsurteil 4A_322/2012 vom 21. Februar 2013 E. 2.2.1).

Zur Glaubhaftmachung eines schutzwürdigen Interesses an einer vorsorglichen Beweisführung genügt die blosse Behauptung eines Bedürfnisses, Beweis- und Prozessaussichten abzuklären, freilich 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 substanziiert behauptet (BGE 138 III 76 E. 2.4.2; Bundesgerichtsurteile 4A_488/2012 vom 5. November 2012 E. 2.2, 4A_322/2012 vom 21. Februar 2013 E. 2.2.1). Die Anforderungen an die Glaubhaftmachung dürfen nicht überspannt werden, geht es doch beim Verfahren der vorsorglichen Beweisabnahme noch nicht um die Prüfung der Begründetheit des Hauptanspruchs (Bundesgerichtsurteil 4A_322/2012 vom 21. Februar 2013 E. 2.2.1; Schweizer, Vorsorgliche Beweisabnahme nach schweizerischer Zivilprozessordnung und Patentgesetz, ZZZ 2010, S. 8; Killias et al., Gewährt Art. 158 ZPO eine "pretrial discovery" nach US-amerikanischem Recht?, in: Lorandi/Staehelin [Hrsg.], Innovatives Recht, Festschrift für Ivo Schwander, Zürich 2011, S. 941).

Abgesehen von der Glaubhaftmachung eines Hauptsacheanspruchs bzw. der substanziierten Behauptung der anspruchsbegründenden Tatsachen, die durch das vorsorglich beantragte Beweismittel bewiesen werden sollen, sind an das Bestehen eines schutzwürdigen Interesses keine hohen Anforderungen zu stellen (Fellmann, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2013, N. 19 zu Art. 158 ZPO). Dieses ist grundsätzlich nur dann zu verneinen, wenn es sich als offensichtlich nicht existent erweist, was namentlich der Fall sein kann, wenn das beantragte Beweismittel offenkundig untauglich ist (Bundesgerichtsurteil 4A_322/2012 vom 21. Februar 2013 E. 2.2.1; Schweizer, a.a.O., S. 8).

Im Verfahren nach Art. 158 Abs. 1 ZPO ist schliesslich zu beachten, dass im Stadium einer vorsorglichen Beweisführung vor Einleitung des Hauptprozesses das Prozessthema noch nicht abschliessend herausgeschält ist. Es liegt daher primär in der Verantwortung des Gesuchstellers, dem Gericht die erforderlichen Angaben zum Sachverhalt zu machen und den Umfang der beantragten Beweisführung zu bestimmen (Fellmann, a.a.O., N. 20 zu Art. 158 ZPO). Verlangt der Gesuchsteller die Einholung eines Gutachtens, obliegt es in erster Linie ihm, dem Gericht die Fragen zu unterbrei-

ten, die dem Experten zu stellen sind (Bundesgerichtsurteil 4A_322/2012 vom 21. Februar 2013 E. 2.2.2 mit Hinweisen). Die Gesuchsgegnerin kann durch eigene Fragen oder durch Zusatz- und Ergänzungsfragen ihren eigenen Standpunkt in das Verfahren einbringen (Fellmann, a.a.O., N. 20 zu Art. 158 ZPO). Zudem kann die Gesuchsgegnerin in ihrer Stellungnahme zum Gesuch auch eine Ausdehnung der Beweisführung auf weitere Tatsachen und Gegenbeweismittel beantragen, sofern auch diesbezüglich die Voraussetzungen von Art. 158 ZPO erfüllt sind (Bundesgerichtsurteil 4A_322/2012 vom 21. Februar 2013 E. 2.2.2; Fellmann, a.a.O., N. 26 zu Art. 158 ZPO).

3.3 Es ist unbestritten, dass die Berufungskläger Eigentümer der Parzelle Nr. xxx, Plan Nr. xxx sind (S. 16 ff.) und auf dieser eine Quelle entspringt (Quelle Nr. xxx1). Wie das Bezirksgericht zutreffend festgehalten hat, beantragten die Berufungskläger als Eigentümer der Parzelle eine vorsorgliche Beweisaufnahme zur eigentumsrechtlichen Qualifikation dieser Quelle, sei es als private Quelle im Sinne von Art. 667 Abs. 2 und Art. 704 Abs. 1 ZGB oder als öffentliches Gewässer, konkret als Bachquelle im Sinne von Art. 163 Abs. 4 EGZGB und damit als öffentliches Gemeindeeigentum, an welchen grundsätzlich kein Privateigentum bestehen kann (Art. 664 Abs. 2 ZGB). Dies beurteilt sich danach, ob das Wasser eine derartige Mächtigkeit und Stetigkeit aufweist, dass es sich ein Bett mit festen Ufern zu schaffen vermag oder dieses zu bilden vermöchte, wobei sich die Mächtigkeit durch die Schüttungsmenge (Anzahl Liter pro Minute) und die Stetigkeit durch die Mindestschüttungsmenge innerhalb eines Jahres feststellen lässt (vgl. Art. 163 Abs. 4 EGZGB, wonach unterirdische Gewässer mit einer mittleren Wassermenge von mehr als 300 Liter pro Minute in den Bereich des öffentlichen Gemeindeeigentums gehören; ferner BGE 122 III 49 E. 2a/b; ZWR 1996 S. 154 ff., je mit Hinweisen; Rey/Strebel, Basler Kommentar, N. 8 f. zu Art. 704 ZGB; Schmid/Hürlimann-Kaup, Sachenrecht, 4. A., Zürich 2012, N. 891; Rey, a.a.O., N. 1091a).

Mithin hängt die rechtliche Qualifikation der Quelle in massgeblicher Weise von der Schüttungsmenge ab, zu deren Erfassung die Berufungskläger eine Expertise beantragt haben. Der Bezirksrichter hat nun aber ein schutzwürdiges Interesse an einer vorsorglichen Beweisführung aufgrund der bereits vorgenommenen diversen Messungen der Schüttungsmenge verneint. Diese Messungen würden den Berufungsklägern die Beurteilung der Prozessaussichten in ausreichendem Mass erlauben und es sei nicht glaubhaft gemacht worden, dass die beantragte vorsorgliche Beweisführung zu einer besseren Abschätzung der Prozesschancen führen würde. Dagegen listen die

Berufungskläger verschiedene Gründe auf, mit welchen sie die erhobenen Messdaten in Zweifel ziehen (Berufung, S. 222 f.).

3.4 Wie das Bundesgericht unlängst in seiner publizierten Rechtsprechung festhielt, soll die vorsorgliche Beweisführung nach Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO nicht bloss eine vage Abschätzung der Prozesschancen ermöglichen, sondern eine eigentliche Abklärung der Prozessaussichten im Allgemeinen und der Beweisaussichten im Besonderen. Eine hinreichende Klärung der Prozessaussichten könne dabei aber nur mit der vorsorglichen Abnahme von Beweismitteln erreicht werden, welche zum Beweis der anspruchsbegründenden Tatsache tauglich sind und sich auch eignen, im Beweisverfahren eines allfälligen Hauptprozesses eine tragende Rolle zu spielen. Dies gilt ganz besonders, wenn solche Klärung eine Expertise erfordert. Nur so liessen sich aussichtslose Prozesse vermeiden, sei dies durch Förderung der Bereitschaft der Gesuchsteller, auf Klageerhebung zu verzichten, oder aber der Bereitschaft beider Parteien, sich zu vergleichen (BGE 140 III 16 E. 2.5; so auch Bundesgerichtsurteil 4A_336/2013 vom 10. Dezember 2013 3.3.3).

Dabei steht vorliegend nach dem oben Ausgeführten ausser Frage, dass ein hydrologisches Gutachten für die Beurteilung der Eigentumsfrage nicht nur ein taugliches, sondern geradezu zentrales Beweismittel sein wird. Nach der zitierten Rechtsprechung ermöglicht es Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO den Berufungsklägern, ein solches gerichtliches Gutachten im Sinne von Art. 183 ff. ZPO anfertigen zu lassen, woran die bereits vorhandenen Messungen und deren statische Auswertung, welche von Vertretern der Gemeinde selbst vorgenommen wurden bzw. deren Auswertung durch die Gemeinde in Auftrag gegeben wurde (vgl. S. 79 ff.), entgegen der Ansicht der Vorinstanz nichts zu ändern vermögen, zumal es sich dabei beweisrechtlich betrachtet um blosse Privatgutachten handelt, welche nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung als Bestandteil der Parteivorbringen und nicht als eigentliche Beweismittel gelten (BGE 140 III 16 E. 2.5 mit Hinweisen; so auch Bundesgerichtsurteil 4A_336/2013 vom 10. Dezember 2013 E. 3.3.3).

Mithin haben die Berufungskläger ein schutzwürdiges Interesse an der vorsorglichen Beweisführung glaubhaft gemacht, weshalb deren Gesuch gutzuheissen ist, und offen bleiben kann, ob die geltend gemachten Mängel zutreffen und ob sich ein Anspruch auf Beweisführung überdies aus der Gefährdung des Beweismittels ergeben hätte.

4. Der angefochtene Entscheid ist folglich aufzuheben, das Gesuch um Anordnung einer vorsorglichen Beweisführung gutzuheissen und die Verfahrensakten sind zur Ab-

nahme des beantragten Beweises nach den einschlägigen Bestimmungen der ZPO, namentlich Art. 183 ff. und 261 ff. ZPO, an das Bezirksgericht zurückzusenden (vgl. zum Verfahren der vorsorglichen Beweisführung etwa Brönnimann, a.a.O., N. 20 ff. zu Art. 158 ZPO sowie Guyan, Basler Kommentar, 2. A., N. 7 ff. zu Art. 158 ZPO, je mit Hinweisen). Das Bezirksgericht wird bei Abschluss des Verfahrens auch neu über die erstinstanzlichen Gerichts- und Beweiskosten zu befinden haben (vgl. hierzu BGE 140 III 30 sowie 139 III 33).

5. Für das Berufungsverfahren richtet sich die Verteilung der Prozesskosten, anders als im erstinstanzlichen Verfahren, nach dem Prozessausgang (Art. 106 Abs. 1 ZPO), womit die Berufungsbeklagte, welche sich mit dem angefochtenen Entscheid identifiziert und die Abweisung der Berufung beantragt hat, für das Verfahren vor Kantonsgericht kosten- und entschädigungspflichtig wird.

5.1 Die Entscheidgebühr (Art. 95 Abs. 2 lit. b ZPO) wird auf Grund des Streitwertes, des Umfangs und der Schwierigkeit des Falls, der Art der Prozessführung der Parteien sowie ihrer finanziellen Situation und nach dem Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzip festgesetzt (Art. 13 Abs. 1 und 2 GTar). Sie bewegt sich im vorliegenden summarischen Verfahren zwischen Fr. 90.-- und Fr. 4'000.-- (Art. 18 GTar), wobei im Berufungsverfahren ein Reduktions-Koeffizient von 60 % zu berücksichtigen ist (Art. 19 GTar).

In Berücksichtigung der Tatsache, dass im Berufungsverfahren einzig rechtliche Fragen zu entscheiden waren, deren Schwierigkeit sich in Grenzen hielten und auch die Akten nicht sehr umfangreich waren, rechtfertigt es sich aufgrund der genannten Kriterien, die Gerichtsgebühr auf Fr. 1’000.-- festzulegen, welche ausgangsgemäss der Berufungsbeklagten auferlegt wird. Die Gerichtsgebühr wird mit dem geleisteten Kostenvorschuss der Berufungskläger von Fr. 1'000.-- verrechnet (Art. 111 Abs. 1 ZPO). Die Berufungsbeklagte schuldet den Berufungsklägern Fr. 1’000.-- für geleistete Vorschüsse.

5.2 Die anwaltlich vertretenen Berufungskläger, welche eine Parteientschädigung beantragt haben, haben aufgrund des Verfahrensausgangs Anspruch auf eine solche. (Art. 95 Abs. 1 und 3, Art. 105 Abs. 2, Art. 106 Abs. 1 ZPO).

Die Parteientschädigung umfasst den Ersatz notwendiger Auslagen, die Kosten der berufsmässigen Vertretung und, wenn eine Partei nicht berufsmässig vertreten ist, in begründeten Fällen eine angemessene Umtriebsentschädigung (Art. 95 Abs. 3 lit. a, b und c ZPO). Das Anwaltshonorar bemisst sich im gesetzlich vorgegebenen Rahmenta-

rif nach der Natur und Bedeutung des Falls, der Schwierigkeit, dem Umfang, der vom Rechtsbeistand nützlich aufgewandten Zeit und der finanziellen Situation der Partei (Art. 27 Abs. 1 und 3 GTar). Für das Berufungsverfahren vor Kantonsgericht ist ein Reduktions-Koeffizient von 60 % zu berücksichtigen, womit das Honorar im Prinzip minimal Fr. 440.-- und maximal Fr. 4'400.-- beträgt (Art. 34 Abs. 1 und 2, Art. 35 Abs. 1 lit. a GTar).

Unter Berücksichtigung des angeführten Rahmentarifs und der hievor genannten Kriterien, namentlich der Reduktion für das Berufungsverfahren, der bei der Bemessung der Gerichtsgebühr angeführten Problematik des Falls sowie des mit der Vertretung im Berufungsverfahrens verbundenen Aufwands mit einfachem Schriftenwechsel ohne mündliche Verhandlung erachtet das Kantonsgericht eine Parteientschädigung von Fr. 1'200.--, Auslagen inklusive, für die berufsmässige Vertretung der Berufungskläger als angemessen.

das Kantonsgericht erkennt

- in Gutheissung der Berufung -

1. Das Gesuch um Anordnung einer vorsorglichen Beweisführung wird gutgeheissen und die Angelegenheit wird zur Weiterführung des Verfahrens der vorsorglichen Beweisführung, insbesondere zur Abnahme des beantragten Beweises, an das Bezirksgericht zurückgesendet.

2. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens im Betrag von Fr. 1’000.-- gehen zulasten der Berufungsbeklagten. Sie werden mit dem von den Berufungsklägern geleisteten Vorschuss von Fr. 1'000.-- verrechnet. Die Berufungsbeklagte schuldet den Berufungsklägern Fr. 1’000.-- für geleistete Vorschüsse.

3. Die Berufungsbeklagte bezahlt den Berufungsklägern eine Parteientschädigung von Fr. 1'200.--.

Sitten, 12. Mai 2014