

Zivilprozessrecht – Vorsorgliche Beweisführung - KGE (Einzelrichter der I. Zivilrechtlichen Abteilung) vom 12. Mai 2014, X. u.a. c. Einwohnergemeinde Y. - TCV C1 13 287

Vorsorgliche Beweisführung: Rechtsweg; Voraussetzungen, insbesondere Glaubhaftmachung eines schutzwürdigen Interesses; Zweck

- Rechtsmittel gegen einen ablehnenden Entscheid betreffend vorsorgliche Beweisführung in einem Verfahren, das von der Einleitung eines ordentlichen Hauptverfahrens unabhängig und damit eigenständig durchgeführt wird. Bestimmung des Streitwerts (Art. 158 Abs. 2, Art. 308 Abs. 1 lit. b, Art. 308 Abs. 2 ZPO; E. 1.1).
- Das Nichteintreten auf eine Klage oder ein Gesuch wegen anderweitiger Rechtshängigkeit oder rechtskräftigem Entscheid in der Sache bedingt, dass der Streitgegenstand identisch ist; die Identität von prozessualen Ansprüchen beurteilt sich nach den Klageanträgen und dem behaupteten Lebenssachverhalt, d.h. dem Tatsachenfundament, auf das sich die Klagebegehren stützen (Art. 59 Abs. 2 lit. d und e ZPO; E. 2.2 und 2.3).
- Mit ihrem Antrag auf Erfassung der Schüttungsmenge bezwecken die Gesuchsteller die Klärung der Frage, ob die Quelle ihr privates Eigentum darstellt oder als Bachquelle Teil des öffentlichen Eigentums ist. Gegenstand des öffentlichrechtlichen Enteignungsverfahrens bildete ausschliesslich die Erteilung des Enteignungsrechts und des Rechts zur vorzeitigen Besitznahme, nicht aber die Eigentumsfrage an der Quelle. Die Beurteilung dieser Frage bleibt auf Eigentumsfeststellungsklage hin dem Zivilrichter vorbehalten (Art. 41 EntG; E. 2.4).
- Der Gesuchsteller, der sich auf Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO stützt, muss 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. Tatsachen, die mit dem vorsorglich abzunehmenden Beweismittel bewiesen werden sollen, müssen lediglich substantiiert behauptet werden (E. 3.2).
- Die rechtliche Qualifikation einer Quelle als private Quelle oder als öffentlichrechtliches Eigentum hängt in massgeblicher Weise von der Schüttungsmenge ab, zu deren Erfassung die Berufungskläger eine Expertise beantragt haben (Art. 664 Abs. 2, Art. 667 Abs. 2, Art. 704 Abs. 1 ZGB, Art. 163 Abs. 4 EGZGB; E. 3.3).
- Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO soll nicht bloss eine vage Abschätzung der Prozesschancen, sondern eine eigentliche Abklärung der Prozessaussichten im Allgemeinen und der Beweisaussichten im Besonderen ermöglichen. Dies führt vorliegend zur Zulassung eines hydrologischen Gutachtens, da dieses für die Beurteilung der Eigentumsfrage ein zentrales Beweismittel ist. Daran ändern die bereits vorhandenen Messungen der Gemeinde selbst und deren statistische Auswertung nichts, zumal es sich dabei beweisrechtlich betrachtet um ein blosses Privatgutachten handelt (Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO; E. 3.4).

Preuve à futur : processus à suivre ; conditions, en particulier vraisemblance d'un intérêt digne de protection ; but

- Voies de droit contre une décision refusant la mise en œuvre d'une preuve à futur dans le cadre une procédure autonome ; mise en oeuvre indépendamment de l'ouverture d'une procédure ordinaire au fond. Détermination de la valeur litigieuse (art. 158 al. 2, art. 308 al. 1 let. b, art. 308 al. 2 CPC ; consid. 1.1).
- L'irrecevabilité d'une requête ou d'une demande en raison d'une litispendance pré-existante ou d'une décision entrée en force suppose un objet du litige identique ; l'identité des prétentions procédurales est déterminée sur la base des conclusions de la demande et des allégations de fait, sur lesquelles se fonde l'action (art. 59 al. 2 let. d et e CPC ; consid. 2.2 et 2.3).
- Par leur requête tendant à déterminer le débit de l'eau, les requérants visent à clarifier la question de savoir si la source litigieuse entre dans leur propriété privée ou si elle est une source de ruisseau relevant du domaine public. L'objet de la procédure d'expropriation de droit public a exclusivement porté sur le droit d'expropriation et le droit à la prise de possession anticipée, mais non sur la question de la propriété de la source. La décision concernant sur cette question est réservée au juge civil de l'action en constatation de la propriété (art. 41 LEx ; consid. 2.4).
- Invoquant l'art. 158 al. 1 let. b CPC, le requérant doit rendre vraisemblable l'existence d'un état de fait - permettant au droit matériel de fonder une action à l'encontre de l'intimée -, ainsi que la mise en danger de la preuve y relative. Les faits destinés à être établis par le moyen de preuve à administrer doivent seulement être allégués avec précision (consid. 3.2).
- La qualification juridique d'une source, comme source privée ou comme propriété de droit public, dépend essentiellement de la quantité du débit de l'eau, pour la détermination de laquelle les requérants ont demandé une expertise (art. 664 al. 2, art. 667 al. 2, art. 704 al. 1 CC, art. 163 al. 4 LACC ; consid. 3.3).
- L'art. 158 al. 1 let. b CPC ne doit pas seulement permettre une estimation vague des chances du procès, mais permettre une clarification réelle des perspectives du procès en général et des perspectives de preuve. En l'occurrence, une expertise hydrologique doit être admise, laquelle constituera une preuve centrale afin de statuer sur la propriété litigieuse. Les mesures déjà effectuées par la commune elle-même et leur évaluation statistique ne sont pas déterminantes, car elles ne constituent qu'une simple expertise privée, sous l'angle du droit de la preuve (art. 158 al. 1 let. b CPC ; consid. 3.4).

Verfahren und Sachverhalt (gekürzt)

Am 11. Juli 2013 reichten X. u.a. beim Bezirksgericht Brig, Östlich-Raron und Goms ein Gesuch um Durchführung einer vorsorglichen Beweisaufnahme ein und beantragten die Erstellung einer Expertise. Am 13. August 2013 erhob die Einwohnergemeinde Y. die Einrede der Streithängigkeit und beantragte die kosten- und entschädigungs-

pflichtige Gesuchsabweisung. Nach Durchführung des Verfahrens trat der Bezirksrichter am 13. November 2013 auf das Gesuch um Anordnung einer vorsorglichen Beweisführung nicht ein.

Gegen diesen Entscheid reichten X. u.a. am 25. November 2013 Berufung beim Kantonsgericht ein und beantragten nebst der Aufhebung des angefochtenen Entscheids die Durchführung einer vorsorglichen Beweisaufnahme über die Schüttungsmenge der Quelle A., eventualiter die Anweisung der Vorinstanz, eine solche vorsorgliche Beweisaufnahme durchzuführen und subeventualiter die Rückweisung der Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz

Die Einwohnergemeinde Y. erhob vor Kantonsgericht nebst der bereits erstinstanzlich erhobenen Einrede der Streithängigkeit auch die Einrede der Streiterledigung.

Aus den Erwägungen

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 Gesuchsverfahren zum Abschluss gebracht, womit die Anfechtung eines erstinstanzlichen vorsorglichen Entscheids 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 A., womit die Streitwertgrenze von Fr. 10 000.- ohne Zweifel überschritten wird und die Berufung offen steht.

(...)

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 A. stehe und daher die Einrede der Rechtshängigkeit der Gesuchsgegnerin gutzuheissen sei.

2.1 Nach Ansicht der Berufungskläger bilden jedoch das öffentlichrechtliche Enteignungsverfahren und die öffentlichrechtliche vorzeitige Besitznahme zum einen und die Klärung der privatrechtlichen Eigentumsfrage zum anderen voneinander unabhängige Streitgegenstände. 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.

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. Strittig ist, ob der Streitgegenstand identisch war, insbesondere ob über die im Zivilverfahren angestrebte Klärung der Eigentumsfrage hinsichtlich der Quelle A. 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 Quellen-situation dient und damit ihr Rechtsschutzinteresse am privaten

Eigentum gewahrt bleiben soll. Sie brachten sodann vor, dass sie Anspruch hätten, mittels der Expertise „die daraus folgende Rechtsnatur der Quelle A.“ klären zu lassen, was sie im Rahmen ihrer Berufung nochmals verdeutlichten. 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 Y. 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 Quelfassung der Quelle A. notwendig sind, gemäss Enteignungsgesuch beigelegtem Landerwerbsplan mit vorzeitiger Besitznahme dauernd bzw. temporär zu enteignen. Die Frage, ob die Quelle im öffentlichen oder privaten Eigentum steht, wurde aber vom Staatsrat ausdrücklich offen gelassen. Das Kantonsgericht erwog diesbezüglich lediglich, dass das vorsorgliche Beweisaufnahmeverfahren für das bei ihm infrage stehende Verfahren keine präjudizielle Wirkung habe. Somit bildete weder vor dem Staatsrat noch dem Kantonsgericht die Frage, ob die Quelle A. 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 öffentlichrechtlichen 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. 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. Sie rügen, dass die Berufungsbeklagte die Messanlage auf ihrem privaten Grundstück ohne ihr Einverständnis und damit widerrechtlich installiert habe, wiederholen, dass mit dem Bau der definitiven Fassungsanlage eine korrekte Messung verunmöglicht werde und dass sie dadurch des für die Eigentumsfrage entscheidenden Beweismittels verlustig zu gehen drohen.

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 blosser 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 substantiiert 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, ZZP 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 substantiierten 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 unterbreiten, 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. ..., Plan Nr. ... sind und auf dieser eine Quelle entspringt (Quelle A.). 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.

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 all-

fälligen 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 statistische Auswertung, welche von Vertretern der Gemeinde selbst vorgenommen wurden bzw. deren Auswertung durch die Gemeinde in Auftrag gegeben wurde, entgegen der Ansicht der Vorinstanz nichts zu ändern vermögen, zumal es sich dabei beweisrechtlich betrachtet um blosses 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 Abnahme 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).