

## *Jurisprudence des cours civiles et pénales du Tribunal cantonal ainsi que du Tribunal fédéral*

### *Rechtsprechung der Zivil- und Strafgerichtshöfe des Kantonsgerichts sowie des Bundesgerichts*

#### **Zivilprozessrecht Procédure civile**

*Kostenentscheid - KGE (Einzelrichter der Zivilkammer) vom 18. Januar 2019, X. c. Y. & Z. - TCV C3 18 249*

#### **Kostentragung im Verfahren betreffend vorsorgliche Beweisführung**

- Der Kostenentscheid ist selbständig nur mit Beschwerde anfechtbar (Art. 110 ZPO; E. 1.1); die Beschwerdefrist richtet sich nach dem zugrundeliegenden Verfahren (E. 1.2).
- Bei einer vorsorglichen Beweisführung trägt der Gesuchsteller die entsprechenden Prozesskosten und zwar auch dann, wenn der Gesuchsgegner im Rahmen des durch das Gesuch definierten Verfahrensgegenstands Ergänzungsfragen stellt oder eine Ortsschau erwirkt (E. 3.1 und 3.1.1).
- Der Gesuchsgegner hat gegenüber dem Gesuchsteller für die vorsorgliche Beweisführung, welche stets im Interesse des Letzteren und allein auf dessen Verlangen durchgeführt wird, Anspruch auf eine Parteientschädigung (E. 3.1.2).
- Der Gesuchsteller allein hat die Möglichkeit, danach den ordentlichen Prozess einzuleiten und die Kosten der vorsorglichen Beweisführung im Falle seines Obsiegens auf die dort unterliegende Partei abzuwälzen (E. 3.1.3).

#### **Répartition des frais dans la procédure de preuve à futur**

- La décision sur les frais ne peut être attaquée séparément que par un recours (art. 110 CPC ; consid. 1.1); le délai de recours dépend de la procédure applicable (consid. 1.2).
- En matière de preuve à futur, le requérant supporte les frais judiciaires y relatifs, quand bien même, dans le cadre de l'objet du litige, la partie intimée pose des questions complémentaires ou obtient une inspection des lieux (consid. 3.1 et 3.1.1).
- Comme la procédure de preuve à futur est toujours conduite dans l'intérêt du requérant et uniquement à sa demande, la partie intimée bénéficie d'un droit à des dépens (consid. 3.1.2).
- Seul le requérant a la possibilité d'introduire ensuite la procédure au fond et, en cas de gain du procès, d'obtenir que les frais de la procédure de preuve à futur soient attribués à la partie qui succombe (consid. 3.1.3).

## Verfahren (gekürzt)

Y. & Z. stellten beim Bezirksgericht ein Gesuch um vorsorgliche Beweisaufnahme im Sinne von Art. 158 i.V.m. Art. 261 ff. ZPO. Der Gesuchsgegner X. stellte nach Erstellung der Expertise Ergänzungsfragen und verlangte eine Ortsschau, welchen Anträgen das Bezirksgericht folgte. Das Bezirksgericht auferlegte mit Abschreibungsentscheid vom 13. November 2018 die Verfahrenskosten je zur Hälfte den Gesuchstellern und dem Gesuchsgegner und schlug die Parteientschädigungen wett. Gegen diesen Kostenentscheid reichte der Gesuchsgegner eine Beschwerde beim Kantonsgericht Wallis ein und beantragte, die erstinstanzlichen Verfahrenskosten vollumfänglich den Gesuchstellern aufzuerlegen sowie diese zu verpflichten, ihm für das erstinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung zuzusprechen.

## Aus den Erwägungen

**1.1** Gemäss Art. 110 ZPO ist der Kostenentscheid selbständig nur mit Beschwerde anfechtbar (BGE 139 III 133). (...)

**1.2** (...) Die Beschwerdefrist richtet sich bei der Anfechtung der Kostenauflegung nach dem zugrundeliegenden Verfahren. Die Beschwerdefrist im summarischen Verfahren beträgt zehn Tage, soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt (Art. 321 Abs. 2 ZPO). Vorliegender Kostenentscheid erging im summarischen Verfahren und die Beschwerde wurde am 23. November 2018 fristgerecht eingereicht.

(...)

**3.1.** Das Gericht hat in seinem Entscheid die Prozesskosten von Amtes wegen festzulegen (Art. 104 f. ZPO). Diese umfassen sowohl die Gerichtskosten als auch die Parteientschädigung (Art. 95 ZPO). Prozesskosten werden grundsätzlich entsprechend dem Erfolg der Parteien im Prozess verlegt, das heisst, die unterliegende Partei wird kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Nach Art. 107 Abs 1 ZPO kann das Gericht von den Verteilungsgrundsätzen gemäss Art. 106 ZPO abweichen und die Prozesskosten nach Ermessen verteilen, um besonderen Umständen Rechnung zu tragen. Beispiele für solche Umstände sind ein

sehr ungleiches finanzielles Kräfteverhältnis zwischen den Parteien oder wenn die Beklagte zwar dank Verrechnung obsiegt, das Gericht aber viele unbegründete Verrechnungsforderungen beurteilen musste (Botschaft vom 28. Juni 2006 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, BBl 2006 7289 Ziff. 5.8.2 zu Art. 105 E-ZPO). In solchen Fällen rechtfertigen besondere Umstände eine Abweichung von der üblichen Kostenverteilung nach Obsiegen und Unterliegen mit den gestellten Rechtsbegehren. Daraus folgt, dass die Kostenaufgabe gegenüber der nicht unterlegenen Partei in Anwendung von Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO dann gerechtfertigt ist, wenn und soweit diese durch ihr Verhalten ungerechtfertigten Aufwand zu verantworten hat (BGE 139 III E. 4.2).

Gemäss Art. 158 Abs. 2 ZPO sind auf das Verfahren der vorsorglichen Beweisführung die Bestimmungen über die vorsorglichen Massnahmen anzuwenden. In Bezug auf die Verteilung bzw. Auferlegung der Gerichts- und Parteikosten besteht keine besondere Regelung. Bei der vorsorglichen Beweisführung gibt es im Normalfall keine unterliegende Seite, womit Art. 106 ZPO keine Anwendung finden kann (Bundesgerichtsurteil 4D\_54/2013 vom 6. Januar 2014 E.3.1). Gemäss einhelliger Lehre und Rechtsprechung hat bei vorsorglicher Beweisführung vor Einleitung des Hauptprozesses der Gesuchsteller, unter Vorbehalt einer anderen Verteilung im Hauptprozess, die Prozesskosten der vorsorglichen Beweisführung zu tragen (BGE 139 III 33 E. 4; Bundesgerichtsurteil 4D\_54/2013 vom 6. Januar 2013 E. 3.2). Es muss folglich geprüft werden, ob eine Abweichung von dieser Regelung im vorliegenden Fall rechtens ist.

**3.1.1.** Die Vorinstanz rechtfertigt die hälftige Auferlegung der Gerichtskosten unter den Parteien in ihrem Entscheid damit, dass die Parteien im Verfahren ungefähr im gleichen Ausmass Fragen an den Experten richteten.

Entgegen der Ansicht des Bezirksgerichts rechtfertigt es sich nicht, selbst wenn die Ergänzungsfragen des Beschwerdeführers einen Mehraufwand für den Gutachter zur Folge hatten, ihn mit den für deren Beantwortung anfallenden Kosten zu belasten und ihn deshalb als unterliegende Partei i.S.v. Art. 106 Abs. 1 ZPO zu betrachten. Die Ergänzungsfragen stellende Partei darf, auch wenn sie mit der Anordnung der vorsorglichen Beweisabnahme einverstanden war, nicht so behandelt werden, wie wenn sie selbst ein Gesuch um vorsorgliche Beweisführung gestellt hätte. Es liegt nämlich am Gericht, dafür zu

sorgen, dass der durch das Gesuch definierte Prozessgegenstand gewahrt bleibt und nicht durch Ergänzungsfragen erweitert wird. Stellt die gesuchsgegnerische Partei im Rahmen ihres Gehörsanspruchs Fragen, die den durch die das Gesuch stellende Partei abgesteckten Rahmen sprengen, hat das Gericht diese als unzulässig zu erklären und dem Gutachter nicht zu unterbreiten (BGE 139 III 33 E. 4.3).

Mit Schreiben vom 1. Juni 2016 an den beigezogenen Gutachter leitete das Bezirksgericht direkt den Fragenkatalog der Beschwerdegegner sowie die Stellungnahme des Beschwerdeführers an diesen weiter mit dem Auftrag, die darin enthaltenen Fragen vollständig und klar zu beantworten. Mit Schreiben vom 13. Dezember 2016 leitete der Bezirksrichter die jeweiligen Ergänzungsfragen an die Parteien weiter und führte aus, dass diese unverändert zugelassen werden. Das gleiche Vorgehen erfolgte am 19. Januar 2017, als der Bezirksrichter die Ergänzungsfragen an die Parteien weiterleitete und ihnen in Aussicht stellte, dass diese dem Experten zugestellt werden. Ebenfalls dem Begehren des Beschwerdeführers, welchem sich anschliessend auch die Beschwerdegegner anschlossen, eine Ortsschau durchzuführen, um die offenen Punkte zu klären, hat das Bezirksgericht entsprochen. Es muss daher vorliegend nicht mehr geprüft werden, ob die Ergänzungsfragen des Beschwerdeführers den Prozessgegenstand erweiterten. Indem nämlich das Bezirksgericht die Ergänzungsfragen des Beschwerdeführers jeweils an die Gegenpartei weiterleitete und seinem Begehren um eine Ortsschau stattgab, hat es die Fragen jeweils zugelassen. Daraus ist zu schliessen, dass die Ergänzungsfragen das von den Beschwerdegegnern anhängig gemachte Beweis-thema betrafen und dazu beitrugen, die Aussagekraft des Gutachtens zu erhöhen. Somit entsprachen die Fragen des Beschwerdeführers vollumfänglich dem Interesse der Beschwerdegegner an einem möglichst aussagekräftigen Gutachten. Hinzu kommt, dass aus dem angefochtenen Entscheid nicht hervorgeht, dass die Fragen des Beschwerdeführers den Rahmen des Streitgegenstandes gesprengt hätten. Der Beschwerdeführer hat folglich durch seine Ergänzungsfragen keinen Mehraufwand für den Gutachter verursacht, der eine hälftige Tragung der Gerichtskosten durch den Beschwerdeführer rechtfertigen könnte (vgl. BGE 139 III 33 E. 4.4).

**3.1.2.** Bei der Frage des Anspruchs auf Parteientschädigung des Gesuchsgegners wird ebenso überwiegend befürwortet, dass ein sol-

cher grundsätzlich besteht. Dabei wird darauf abgestellt, dass die vorsorgliche Beweisführung stets dem Interesse derjenigen Partei dient, die darum ersucht (Gasser/Rickli, Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkomentar, 2. A., Zürich/St. Gallen 2014, N. 10 zu Art. 158 ZPO). Sie gibt ihr die Möglichkeit, einen gefährdeten Beweis zu sichern, oder wie im vorliegenden Fall, durch entsprechende Beweiserhebung ihre Prozesschancen abzuklären. Die Gegenpartei ihrerseits wird durch die vorsorgliche Beweisführung in ein Verfahren gezwungen, noch bevor ein eigentlicher Prozess gegen sie angestrengt ist. Da sie aber mit einem Prozess rechnen muss, soll es ihr unbenommen sein, sich wie in einem solchen gegen die beantragte vorsorgliche Beweisführung im angezeigten Umfang zur Wehr zu setzen bzw. von ihren Verteidigungsrechten Gebrauch zu machen, ohne sich deswegen einem Kostenrisiko auszusetzen (Bundesgerichtsurteil 4D\_54/2013 vom 6. Januar 2014 E. 3.6). Vorliegend haben die Beschwerdegegner ein Gesuch um Erlass vorsorglicher Beweisaufnahme beim Bezirksgericht eingereicht mit dem Zweck, die Prozesschancen in einem allfälligen Schadenersatzprozess abzuschätzen. Der Beschwerdeführer hat in seiner Stellungnahme vom 12. Mai 2016 nicht die Abweisung der vorsorglichen Beweisaufnahme verlangt. Das bedeutet jedoch nicht, dass dieses Verhalten so ausgelegt werden darf, dass das Gutachten als in seinem Interesse qualifiziert werden könnte. Unabhängig von der Haltung des Beschwerdeführers betreffend die vorsorglichen Massnahmen, war die Erstellung des Gutachtens jederzeit im Interesse der Beschwerdegegner. Das Verhalten des Beschwerdeführers im Verfahren ist lediglich als Abwehrverhalten zu qualifizieren, mit welchem er die Aussagekraft des Gutachtens, ebenfalls im Sinne der Beschwerdegegner, erhöht hat. Aus diesem Grund sind ihm die entsprechenden Aufwendungen zu ersetzen.

**3.1.3.** Ein weiterer Grund, die Prozesskosten des Verfahrens um vorsorgliche Beweisaufnahme den Beschwerdegegnern zu überbinden, besteht darin, dass diese die Möglichkeit hätten, den ordentlichen Prozess einzuleiten. Im Falle des Obsiegens könnten sie die Kosten der vorsorglichen Beweisführung auf die dort unterliegende Partei abwälzen. Verzichtet sie nach erfolgter vorsorglicher Beweiserhebung auf die Einleitung eines Hauptprozesses, um ihren behaupteten materiellen Anspruch durchzusetzen, kommt dies ihrem Unterliegen in einem solchen Prozess gleich und es ist sachgerecht, wenn ihr die Kosten der vorsorglichen Beweisaufnahme endgültig anhaften. Der

Beschwerdeführer seinerseits hat diese Möglichkeit nicht, einen Hauptprozess einzuleiten und sich bei Obsiegen der Kosten zu entledigen. Ungeachtet der Verantwortlichkeit für die behaupteten Mängel bliebe dieser mit den Kosten der vorsorglichen Beweisführung belastet, obwohl er selbst diese gar nicht verlangt hat (BGE 139 III 33 E. 4.5; Bundesgerichtsurteil 4D\_54/2013 vom 6. Januar 2014, E. 3.5). Auch aus diesem Grund wäre eine hälftige Kostentragung aus Billigkeitsüberlegungen äusserst stossend.

Die Vorinstanz hat diese besondere Interessenlage bei der Kostenverteilung im Verfahren um Anordnung einer vorsorglichen Beweisaufnahme in ihrem Entscheid unberücksichtigt gelassen und damit die Grundsätze von Art. 106 ZPO und Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO verletzt. Damit hat sie im Ergebnis einen willkürlichen Entscheid getroffen, sodass die Beschwerde von X. gutzuheissen und der angefochtene Kostenentscheid des Bezirksgerichts aufzuheben ist. Die Gerichtskosten sind entsprechend den üblichen Regelungen für die vorsorgliche Beweisaufnahme vollumfänglich den Beschwerdegegnern aufzuerlegen und dem Beschwerdeführer ist eine angemessene Parteientschädigung zuzusprechen.