

ZK 15 223, publiziert Juli 2015

Entscheid der 2. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Bern

vom 13. Mai 2015

Besetzung

Oberrichterin Apolloni Meier (Referentin), Oberrichter Messer und Oberrichter Trenkel
Gerichtsschreiberin Lauber

Verfahrensbeteiligte

X.,
vertreten durch Fürsprecher Y.
Gesuchsteller/Beschwerdeführer

gegen

Z.,
vertreten durch Fürsprecher W.
Gesuchsgegnerin/Beschwerdegegnerin

Gegenstand

vorsorgliche Beweisführung

Regeste:

- Art. 319 Bst. c ZPO; Art. 319 Bst. b ZPO; Art. 158 ZPO
- *Gegenstand der Rechtsverzögerungsbeschwerde bildet ausschliesslich die formelle, nicht aber die materielle Rechtsverweigerung.*
- *Ein schutzwürdiges Interesse an der Klärung der Prozessaussichten (Art. 158 Abs. 1 Bst. b ZPO) vermag eine Beweisabnahme nur vor der Einleitung eines Prozesses zu rechtfertigen. Ist der Prozess einmal eingeleitet, genügt zur Begründung einer vorzeitigen Beweisabnahme nur noch die Beweisgefährdung.*

Redaktionelle Vorbemerkungen:

Der Beschwerdeführer stellte während hängigem Ehescheidungsverfahren nach Durchführung der Einigungsverhandlung ein Gesuch um vorsorgliche Beweisführung. Er beantragte, es sei der Verkehrswert der Liegenschaft A. sowie der Einzelunternehmung des Beschwerdeführers durch Expertise schätzen zu lassen. Zur Begründung führte er an, die Be-

schwerdegegnerin anerkenne den amtlichen Wert des Einfamilienhauses und das ausgewiesene Eigenkapital der Einzelunternehmung nicht als Verkehrswert. Zur besseren Einschätzung der Beweisaussichten und damit der Prozesschancen habe er Anspruch auf eine vorsorgliche Beweisführung. Die Vorinstanz stellte das Gesuch mit vorliegend angefochtener Verfügung vorläufig zurück und setzte dem Beschwerdeführer eine Frist zur Einreichung einer schriftlichen Klagebegründung. Der Vorrichter erwog, die Durchführung einer Expertise sei nur sinnvoll, wenn sie Ergebnisse zeitige, welche sich mit den Auffassungen und Einwendungen der Parteien auseinandersetzen würden. In einem ersten Schritt seien daher via Rechtschriften die Auffassungen der Parteien zusammenzutragen. Erst anschliessend sei über die Expertise zu befinden.

Auszug aus den Erwägungen:

(...)

II. Rechtliches

(...)

3. Der Beschwerdeführer erblickt in der Rückstellung des Gesuchs um vorsorgliche Beweisführung mit Verfügung vom 23. April 2015 eine Rechtsverzögerung der Vorinstanz. Dementsprechend erhob er gestützt auf Art. 319 Bst. c ZPO Beschwerde.

Gegenstand der Rechtsverweigerungs- und Rechtsverzögerungsbeschwerde nach Art. 319 Bst. c ZPO bildet indes ausschliesslich die sogenannte formelle Rechtsverweigerung, die sich in einer unrechtmässigen Verweigerung oder Verzögerung eines Entscheides äussert, nicht aber die materielle Rechtsverweigerung. Letztere liegt vor, wenn die zuständige Behörde zwar entscheidet, ihr Entscheid jedoch in der Sache willkürlich ist (FREIBURGH/AUFHELDT, in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 2. Aufl. 2013, N. 17 zu Art. 319 ZPO; KARL SPÜHLER, in: SPÜHLER/TENCHIO/INFANGER [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2013, N. 22 zu Art. 319 ZPO; URS H. HOFFMANN-NOWOTNY, in: KUNZ/HOFFMANN-NOWOTNY/STAUBER [Hrsg.], ZPO-Rechtsmittel Berufung und Beschwerde, 2013, N. 43 zu Art. 319 ZPO).

Vorliegend hat die Vorinstanz über das Gesuch des Beschwerdeführers um vorsorgliche Beweisführung materiell entschieden, indem der Vorrichter mit prozessleitender Verfügung vom 23. April 2015 eine vorzeitige Beweisführung derzeit als nicht angebracht erachtete. Ein Entscheid in der Sache selbst - der derzeitige Verzicht auf eine vorsorgliche Beweisführung - liegt damit vor, weshalb eine Beschwerde nach Art. 319 Bst. c ZPO nicht greift. Auf die **Beschwerde** gegen die Verfügung der Vorinstanz vom 23. April 2015 ist deshalb nicht einzutreten.

4. Auf die Beschwerde ist auch aus einem weiteren Grund nicht einzutreten: Vorliegend geht es um einen Entscheid hinsichtlich einer Beweismassnahme (vorzeitige Einholung einer Expertise hinsichtlich des Verkehrswertes der Liegenschaft A. sowie der Einzelunternehmung des Beschwerdeführers). Angefochten ist eine prozessleitende Verfügung in einem summarischen Verfahren (Art. 158 Abs. 2 i.V.m. 248 Bst. d ZPO). Die Anfechtung

einer prozessleitenden Verfügung, in der eine vorsorgliche Beweisführung derzeit abgewiesen und die Frist zur Einreichung der schriftlichen Klagebegründung angesetzt wird, ist im Gesetz nicht vorgesehen. Die Verfügung vom 23. April 2015 ist somit nur mittels Beschwerde anfechtbar, wenn durch die angefochtene Verfügung ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht (Art. 319 Bst. b Ziff. 2 ZPO; WALTER FELLMANN, in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER [Hrsg.], ZPO-Kommentar, a.a.O., N. 44c zu Art. 158 ZPO). Der drohende nicht leicht wiedergutzumachende Nachteil muss substantiiert behauptet und nachgewiesen werden. Es muss in der Beschwerdebegründung aufgezeigt werden, inwiefern im konkreten Fall ein solcher Nachteil droht (vgl. für das bundesgerichtliche Verfahren BGE 137 III 324 E. 1 S. 327 mit Hinweisen; Urteil des Bundesgerichts [BGer] 4A_358/2011 vom 25. Oktober 2011 E. 1.1). Es ist nicht Aufgabe des Gerichts, von Amtes wegen Nachforschungen anzustellen, soweit der Nachteil nicht „geradezu in die Augen springt“ (GASSER/RICKLI, Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkommentar, 2. Aufl. 2014, N. 5 zu Art. 319 ZPO mit Verweis auf den Entscheid des Obergerichts Bern ZK 12 26 vom 2. Februar 2012, abrufbar im Internet unter: www.justice.be.ch > Rechtsprechung > Entscheide > Zivilabteilung Obergericht). Anordnungen betreffend die Beweisführung bewirken in aller Regel keinen nicht wieder gutzumachenden Nachteil (Urteil des BGer 4A_269/2011 vom 10. November 2011 E. 1.3).

5. Der anwaltlich vertretene Beschwerdeführer hat in seiner Beschwerdeschrift den drohenden nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil nicht einmal erwähnt, geschweige denn diesen substantiiert. Es ist nicht ersichtlich, weshalb die Einholung eines Gutachtens betreffend den Verkehrswert der Liegenschaft A. sowie der Einzelunternehmung des Beschwerdeführers nach Einreichung der Klagebegründung nicht mehr möglich sein sollte. Auch nach Abschluss des ordentlichen Beweisverfahrens können Vergleichsverhandlungen zum Güterrecht geführt werden. Zudem steht es dem Beschwerdeführer während des ganzen Verfahrens frei, gegenüber der Gegenpartei Zugeständnisse zu machen, soweit er allfällige Forderungen der Beschwerdegegnerin zunächst bestritten hat. Auch die Kammer erkennt deshalb keinen offenkundigen drohenden nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil.
6. Schliesslich hätte die Beschwerde im Falle des Eintretens abgewiesen werden müssen: Der Beschwerdeführer begründet seinen Antrag um vorsorgliche Beweisführung im Wesentlichen damit, dass er der vorsorglichen Beweisführung „zur besseren Einschätzung der Beweisaussichten und damit der Prozesschancen“ bedürfe (Art. 158 Abs. 1 Bst. b ZPO). Es trifft zu, dass die vorsorgliche Beweisführung nicht nur dann gewährt werden kann, wenn die gesuchstellende Partei eine Gefährdung der Beweismittel geltend macht (Art. 158 Abs. 1 Bst. b 1. Satzhälfte ZPO), sondern auch, wenn ein schutzwürdiges Interesse glaubhaft gemacht wird (Art. 158 Abs. 1 Bst. b 2. Satzhälfte ZPO). Mit dem Begriff des schutzwürdigen Interesses wird auf die Möglichkeit Bezug genommen, eine vorsorgliche Beweisführung zur Abklärung der Beweis- und Prozessaussichten durchzuführen. Diese Möglichkeit soll dazu beitragen, aussichtslose Prozesse zu vermeiden (CHRISTOPH HURNI, Vorsorgliche Beweisführung zwecks Abklärung der Prozessaussichten, in: ZPJV, Bd. 150, 2014, S. 86; GASSER/RICKLI, Kurzkommentar-ZPO, a.a.O., N. 4 zu Art. 158 ZPO; PETER GUYAN, in: SPÜHLER/TENCHIO/INFANGER [Hrsg.], Basler Kommentar-ZPO, a.a.O., N. 5 zu Art. 158 ZPO). Ein schutzwürdiges Interesse an der Klärung der Prozessaussichten vermag eine Beweisabnahme aber nur vor Einleitung eines Prozesses zu rechtfertigen. Ist der Prozess einmal eingeleitet, genügt zur Begrün-

dung einer vorzeitigen Beweisabnahme nur noch die Beweisgefährdung (FELLMANN, a.a.O., N. 17 und 19a zu Art. 158 ZPO).

7. Hier wurde das Scheidungsverfahren bereits eingeleitet. Die Begründung des Beschwerdeführers, die vorsorgliche Beweisabnahme sei zur besseren Einschätzung der Beweisaussichten und damit der Prozesschancen anzuordnen, kann deshalb nicht mehr gehört werden. Eine Beweisgefährdung wurde vom Beschwerdeführer nicht dargetan. Dementsprechend ist der Entscheid der Vorinstanz, derzeit auf eine vorzeitige Beweisabnahme zu verzichten, nicht zu beanstanden. Die Ausführungen der Vorinstanz überzeugen, wonach die Einholung eines Gutachtens erst dann sinnvoll sei, wenn die divergierenden Auffassungen der Gegenparteien begründet seien, damit sich das Gutachten damit auseinandersetzen könne. Sie sind zu bestätigen.

(...)

Hinweis:

Der Entscheid ist rechtskräftig.