



|                           |                                    |
|---------------------------|------------------------------------|
| <b>Fall-Nr.:</b>          | BE.2011.1                          |
| <b>Stelle:</b>            | Kantonsgericht                     |
| <b>Rubrik:</b>            | Zivilkammern (inkl. Einzelrichter) |
| <b>Publikationsdatum:</b> | 17.03.2011                         |
| <b>Entscheiddatum:</b>    | 17.03.2011                         |

### **Entscheid Kantonsgericht, 17.03.2011**

**Fehlerhafte Rechtsmittelbelehrung. Rechtliches Gehör. Das Vertrauen in eine falsche Rechtsmittelbelehrung kann nicht zur Schaffung eines gesetzlich nicht (mehr) gegebenen Rechtsmittels führen. Dem rechtlichen Gehör ist Genüge getan, wenn eine neu eingegangene Eingabe den Parteien ohne ausdrücklichen Hinweis auf allfällige weitere Äusserungsmöglichkeiten zur (blossen) Kenntnisnahme übermittelt wird. Kommen Verfahrensbeteiligte, welche eine solche Eingabe ohne Fristansetzung erhalten haben, zum Schluss, sie möchten nochmals zur Sache Stellung nehmen, so sollen sie dies umgehend und ohne darum nachzusuchen tun. Das Gericht hat bei dieser Vorgehensweise mit der Entscheidfällung zuzuwarten, bis es annehmen darf, der Adressat habe auf eine weitere Eingabe verzichtet. Grundsätzlich führt eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör ungeachtet der Erfolgsaussichten der Beschwerde in der Sache selbst zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids. Eine nicht besonders schwerwiegende Verletzung kann ausnahmsweise als geheilt gelten, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Beschwerdeinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt als auch die Rechtslage frei überprüfen kann. Von einer Rückweisung der Sache ist selbst bei einer schwerwiegenden Verletzung des rechtlichen Gehörs dann abzusehen, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem (der Anhörung gleichgestellten) Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären (Kantonsgericht St. Gallen, Einzelrichter im Obligationenrecht, 17. März 2011, BE.2011.1).**

Erwägungen



I.

1.1 Am 28. Oktober 2010 ersuchte die Beschwerdeführerin bei der Vorinstanz um Durchführung einer vorsorglichen Beweiserhebung im Sinne von Art. 199 ZPO/SG respektive Art. 367 Abs. 2 OR (vi-act. 1). Die Beschwerdegegnerin nahm dazu am 11. November 2010 Stellung. Sie widersetzte sich dem Begehren im Grundsatz nicht, beantragte aber, die Beschwerdeführerin habe ihr die Parteikosten zu ersetzen (vi-act. 11, S. 5 Ziff. 6). Am 6. Dezember 2010 zog die Beschwerdeführerin ihr Gesuch um vorsorgliche Beweiserhebung zurück (vi-act. 12). Daraufhin gab die Vorinstanz der Beschwerdegegnerin Gelegenheit, sich innert zehn Tagen zur Kostenfrage zu äussern (vi-act. 14). Mit Schreiben vom 17. Dezember 2010 verlangte diese, die Beschwerdeführerin habe ihr eine Parteikostenentschädigung im Ermessen des Gerichts zu bezahlen (vi-act. 15). Dieses Schreiben sandte die Vorinstanz am 22. Dezember 2010 der Beschwerdeführerin "zur Kenntnis" (vi-act. 16).

1.2 Mit Entscheid vom 27. Dezember 2010 (versandt am 29. Dezember 2010; der Beschwerdeführerin nach eigenen Angaben zugegangen am 3. Januar 2011) schrieb die Vorinstanz das Verfahren zufolge Rückzugs des Begehrens als erledigt ab, auferlegte der Beschwerdeführerin die Gerichtskosten und verpflichtete sie, der Beschwerdegegnerin eine Parteikostenentschädigung von Fr. 800.- zu bezahlen.

2. Mit einer mit "Rekurs" überschriebenen Eingabe vom 13. Januar 2011 verlangt die Beschwerdeführerin die Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheids, soweit sie dazu verpflichtet worden sei, der Beschwerdegegnerin eine Parteikostenentschädigung zu bezahlen (act. BE1). Am 18. Januar 2011 teilte der Einzelrichter im Obligationenrecht der Beschwerdeführerin mit, ihre Eingabe sei als Beschwerde gemäss Art. 319 lit. a ZPO/CH eingeschrieben worden (act. BE5). Vorinstanz und Beschwerdegegnerin haben auf eine Stellungnahme und Anträge verzichtet (act. BE8 und BE10).

II.

1. Gemäss Eingangsstempel wurde der Beschwerdeführerin der angefochtene Entscheid am 3. Januar 2011 zugestellt (Beschwerdebeilage) und damit eröffnet



(Marginalie zu Art. 86 ZPO/SG; Leuenberger/Uffer-Tobler, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St. Gallen, Bern 1999, Art. 86 N 1a). Das Rechtsmittelverfahren richtet sich daher nach der am 1. Januar 2011 in Kraft getretenen schweizerischen Zivilprozessordnung und der gestützt darauf erlassenen st. gallischen Ausführungsgesetzgebung (Art. 405 Abs. 1 ZPO/CH; Art. 29 EGzZPO; Art. 34 GKV; Art. 44 GO).

Daran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass in der Rechtsmittelbelehrung (nur) der (altrechtliche) Rekurs als Rechtsmittel angegeben ist (Beschwerde, 2 Ziff. 4). Aus dem Prinzip des Vertrauensschutzes kann zwar abgeleitet werden, dass einem gestützt auf eine falsche Rechtsmittelbelehrung grundsätzlich kein Nachteil erwachsen darf. Der Hauptanwendungsbereich dieses Prinzips im Rahmen falscher Rechtsmittelbelehrungen besteht darin, dass sich eine gesetzliche Frist entsprechend der falschen Rechtsmittelbelehrung verlängern kann. Das Vertrauen in eine falsche Rechtsmittelbelehrung kann jedoch nicht zur Schaffung eines gesetzlich nicht (mehr) gegebenen Rechtsmittels führen. Entsprechend ist die Eingabe der Beschwerdeführerin als Beschwerde im Sinne von Art. 319 lit. a ZPO/CH zu behandeln.

2. Die von Amtes wegen vorzunehmende Prüfung der Prozessvoraussetzungen (Art. 59 f., 319 lit. a und 321 Abs. 2 ZPO/CH) ergibt, dass diese erfüllt sind. Auf die Beschwerde ist einzutreten. Zuständig ist der Einzelrichter im Obligationenrecht (Art. 15 Abs. 1 lit. b EGzZPO; Art. 14 Abs. 2 Ziff. 4 GO).

3. Neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel sind im Verfahren der Beschwerde ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO/CH). Entsprechend ist das mit der Beschwerde eingereichte kläg. act. 8 aus dem Recht zu weisen.

4. Mit dem vorliegenden Entscheid in der Sache selber wird das Gesuch um aufschiebende Wirkung (Beschwerde, 3 Mitte) gegenstandslos.

III.



1.1 Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung des rechtlichen Gehörs. Die Stellungnahme der Beschwerdegegnerin zur Kostenfrage (vi-act. 15) sei ihr am 24. Dezember 2010 (Freitag) zugegangen. Der vorinstanzliche Entscheid sei dann am 27. Dezember 2010 (Montag) ergangen. Es sei ihr damit faktisch kein einziger voller Werktag für eine Stellungnahme zur Verfügung gestanden. Sinngemäss vertritt sie die Auffassung, es hätte ihr eine mindestens zehntägige Frist zur Stellungnahme zur Verfügung stehen müssen. So aber habe sie sich nicht mehr rechtzeitig äussern können, weshalb ihr rechtliches Gehör verletzt worden sei (Beschwerde, 5 f. Ziff. 2).

1.2 Zutreffend ist, dass der Anspruch auf rechtliche Gehör die Gerichte verpflichtet, jede ihnen eingereichte Stellungnahme den Beteiligten zur Kenntnis zu bringen und diesen Gelegenheit zu geben, dazu Stellung zu nehmen (vgl. z. B. BGE 133 I 100 E. 4.6 S. 104, 133 I 98 E. 2.1 S. 99). Diesem Erfordernis ist Genüge getan, wenn eine neu eingegangene Eingabe den Parteien ohne ausdrücklichen Hinweis auf allfällige weitere Äusserungsmöglichkeiten zur (blossen) Kenntnisnahme übermittelt wird. Kommen Verfahrensbeteiligte, welche eine solche Eingabe ohne Fristansetzung erhalten haben, zum Schluss, sie möchten nochmals zur Sache Stellung nehmen, so sollen sie dies aus Gründen des Zeitgewinns tun, ohne vorher darum nachzusuchen. Nach Treu und Glauben hat dies jedoch umgehend zu erfolgen. Das Gericht hat bei dieser Vorgehensweise mit der Entscheidfällung zuzuwarten, bis es annehmen darf, der Adressat habe auf eine weitere Eingabe verzichtet (BGE 133 I 98 E. 2.2 S. 99 f.).

1.3 Im vorliegend zu beurteilenden Fall hat sich die Beschwerdeführerin bis zur von ihr behaupteten Entgegennahme des vorinstanzlichen Entscheids am 3. Januar 2011 - und damit bis zum letzten Tag der von ihr sinngemäss beanspruchten zehntägigen Frist zur Stellungnahme - nicht zur Eingabe der Beschwerdegegnerin vom 17. Dezember 2010 geäußert. Ob der Beschwerdeführerin aber tatsächlich eine Frist von zehn Tagen für eine Eingabe ihrerseits zur Verfügung gestanden wäre respektive ob die Vorinstanz mit der Fällung oder zumindest dem Versand des Entscheids so lange hätte zuwarten müssen oder ob die von der Beschwerdeführerin nach Treu und Glauben "umgehend" zu erfolgende Stellungnahme früher, jedenfalls bis zum 31. Dezember 2010 zu erfolgen gehabt hätte, kann offen gelassen werden, da selbst eine Bejahung der Verletzung des rechtlichen Gehörs im vorliegenden Fall nicht zu einer Aufhebung des Entscheids und zu einer Rückweisung an die Vorinstanz führen würde (dazu sogleich).



1.4 Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist formeller Natur. Grundsätzlich führt eine Verletzung dieses Anspruchs ungeachtet der Erfolgsaussichten der Beschwerde in der Sache selbst zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids. Allerdings kann nach der Rechtsprechung eine - nicht besonders schwerwiegende - Verletzung des rechtlichen Gehörs ausnahmsweise als geheilt gelten, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Beschwerdeinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt als auch die Rechtslage frei überprüfen kann. Von einer Rückweisung der Sache ist selbst bei einer schwerwiegenden Verletzung des rechtlichen Gehörs dann abzusehen, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem (der Anhörung gleichgestellten) Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären (BGE 133 I 201 E. 2.2 S. 204 f., 132 V 387 E. 5.1 S. 390; vgl. auch Leuenberger/Uffer-Tobler, Art. 55 N 3b und den Entscheid RZ.2008.59 des Einzelrichters für Rekurse im Obligationenrecht vom 15. Januar 2009 E. III/1 i. f. [Zugänglich im Internet unter [http://www.gerichte.sg.ch/home/dienstleistungen/rechtsprechung/kantonsgericht/entscheide\\_2009/rz\\_2008\\_59.html](http://www.gerichte.sg.ch/home/dienstleistungen/rechtsprechung/kantonsgericht/entscheide_2009/rz_2008_59.html) (besucht am 17. März 2011)]).

Im vorliegenden Beschwerdeverfahren kann zwar der Sachverhalt nicht frei überprüft werden (Art. 320 lit. b ZPO/CH), indessen hat die Beschwerdeführerin auch keine Sachverhaltsrüge erhoben. Streitig ist lediglich eine Rechtsfrage, die der Einzelrichter im Obligationenrecht mit freier Kognition beurteilen kann (Art. 320 lit. a ZPO/CH; vgl. auch BGE 133 I 100 E. 4.9 S. 105). Eine Heilung des Verfahrensmangels wäre daher im Beschwerdeverfahren grundsätzlich möglich und im vorliegenden Fall auch sinnvoll. Die Beschwerdeführerin hat die Gelegenheit wahrgenommen und ihren Standpunkt im zweitinstanzlichen Verfahren eingehend dargelegt. Es wäre wenig nutzbringend, den angefochtenen Entscheid mit dem Ergebnis aufzuheben, dass sie die bereits jetzt vorliegenden Argumente nochmals in gleicher Weise vorbringen müsste.

2.1 Zum Rechtlichen führt die Beschwerdeführerin aus, die Zusprechung einer Parteikostenentschädigung an die Beschwerdegegnerin infolge Rückzugs des Begehrens um vorsorgliche Beweiserhebung sei nicht gerechtfertigt. Die Parteikosten bei einer vorsorglichen Beweiserhebung gingen zu Lasten der jeweiligen Partei und könnten im Hauptverfahren, allenfalls in einem separaten Verfahren, geltend gemacht werden (Beschwerde, 6 Ziff. 3).



2.2 Die Prozesskosten trägt, wer mit seinem Begehren unterliegt, soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt (Art. 264 Abs. 1 ZPO/SG). Als unterliegend ist auch diejenige Partei zu betrachten, die ein Begehren zurückzieht, anerkennt oder auf deren Begehren mangels Prozessvoraussetzungen nicht eingetreten werden kann (Leuenberger/Uffer-Tobler, Art. 264 N 2a).

Bei einer vorsorglichen Beweiserhebung entstehende Parteikosten können grundsätzlich in einem nachfolgenden Prozess als Parteikosten geltend gemacht oder in einem bereits laufenden Prozess zur Hauptsache geschlagen werden. Kommt es nicht zu einem Prozess, tragen die Parteien ihre Parteikosten im Allgemeinen selber und es ist an den Parteien, diese Kosten allenfalls in eine gütliche Regelung der Hauptsache einzubeziehen oder in einem separaten Verfahren geltend zu machen (Leuenberger/Uffer-Tobler, Art. 199 N 7b). Indessen ist nicht ausgeschlossen - Art. 270 ZPO/SG ist eine auf Gerichtskosten bezogene Kann-Vorschrift -, im Verfahren betreffend Beweissicherung bereits eine Parteikostenentschädigung zuzusprechen.

2.3 Im vorliegenden Fall drängt sich eine unmittelbare Verteilung der Parteikosten des Verfahrens betreffend vorsorgliche Beweisabnahme nach allgemeinen Grundsätzen (Art. 264 ZPO/SG) geradezu auf. Anders als für den Fall, wo die vorsorgliche Beweisabnahme effektiv durchgeführt wird und in der Regel davon auszugehen ist, es gebe kein Obsiegen und Unterliegen, da nicht definitiv über den Anspruch entschieden werden konnte, muss für den Fall, dass das Gesuch um vorsorgliche Beweisabnahme zurückgezogen wird, von einem Unterliegen der Gesuchstellerin - vorliegend der Beschwerdeführerin - ausgegangen werden. Diesfalls haben sich nämlich die Aufwendungen der Gegenpartei jedenfalls als unnütz erwiesen. Selbst wenn es zu einem Hauptverfahren käme und selbst wenn die Gesuchsgegnerin - vorliegend die Beschwerdegegnerin - in diesem unterliegen würde, erwiesen sich die durch das Verfahren betreffend vorsorgliche Beweisabnahme verursachten Kosten als unnütz und müssten der diese verursachenden Beschwerdeführerin auferlegt werden. Das Vorbringen der Beschwerdeführerin, nach dem Rückzug des Begehrens sei die Sachlage in Bezug auf eine allfällige Mängelhaftung der Beschwerdegegnerin genauso offen, wie wenn eine vorsorgliche Beweisabnahme durchgeführt worden wäre (Beschwerde, 7 oben), geht an der Sache vorbei. Während im Fall der vorsorglichen Beweisabnahme im Hinblick auf den wie auch immer ausgehenden Hauptprozess



(respektive die anderweitige Streiterledigung) wichtige Erkenntnisse gewonnen werden können und es sich deshalb rechtfertigt, die Parteikosten erst in einem späteren Verfahrensstadium zu liquidieren, erweist sich das Verfahren betreffend vorsorgliche Beweisabnahme nach dem Rückzug des Begehrens für den Hauptprozess oder die anderweitige Streiterledigung als irrelevant und die aufgelaufenen Kosten als unnützlich. Deren sofortige Liquidation erscheint als sachgerecht. Daran ändert insbesondere die Behauptung der Beschwerdeführerin nichts, sie habe ihr Gesuch einzig deswegen zurückgezogen, weil eine Begutachtung nicht vor Einzug der neuen Mieter möglich gewesen sei (vi-act. 12). Einerseits wurde dadurch eine Begutachtung nicht unmöglich und andererseits kann dieser Umstand der Beschwerdegegnerin nicht zum Vorwurf gemacht werden. Im Ergebnis führt die Vorinstanz zutreffend aus, die Situation präsentiere sich nicht anders, wie wenn ein beliebiges Rechtsbegehren, welches zu einem gerichtlichen Verfahren geführt habe, zurückgezogen werde (Urteil, 3 Mitte). Ist die Beschwerdeführerin nach dem Rückzug ihres Gesuchs als unterliegend im Sinne von Art. 264 Abs. 1 ZPO/SG zu betrachten, stellt sich entgegen ihrer Auffassung die Frage, ob eine schuldhaft widerrechtliche Schadenszufügung im Sinne von Art. 41 OR vorliege, nicht.

2.4 Die Höhe der von der Vorinstanz ermessensweise auf Fr. 800.- festgelegten Parteikostenentschädigung wird von der Beschwerdeführerin nicht angefochten, weshalb es dabei sein Bewenden hat.

-----