

# DIE VORSORGLICHE BEWEISFÜHRUNG ALS REAKTION AUF EINE NEGATIVE FESTSTELLUNGS- WIDERKLAGE IM PERSONENSCHADENSRECHT

## THIBAUT MEYER

Rechtsanwalt, schadenanwalte AG, Basel

## PATRICK WAGNER

Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Haftpflicht- und Versicherungsrecht, schadenanwalte AG, Basel

Stichworte: Art. 158 ZPO, vorsorgliche Beweisführung, negative Feststellungswiderklage, Zivilprozess, Personenschadensrecht

Seitdem das Bundesgericht die negative Feststellungswiderklage als Reaktion auf eine (gleich ob echte oder unechte) Teilklage nahezu bedingungslos zugelassen hat, sehen sich Geschädigte bei der gerichtlichen Geltendmachung ihrer Ansprüche vermehrt mit negativen Feststellungswiderklagen konfrontiert. Dies hat für die – finanziell meist schon angeschlagenen – Geschädigten zur Folge, dass der Streitwert ihrer Teilklagen und damit auch das Prozessrisiko massiv ansteigt und zum endgültigen finanziellen Ruin führen kann. Der nachfolgende Beitrag soll aufzeigen, mit welchem prozessualen Institut Geschädigte die durch die Zulassung der negativen Feststellungswiderklage geschaffenen Nachteile ausgleichen oder zumindest reduzieren können.

## I. Einleitung

In den meisten Personenschadenfällen, die einer gerichtlichen Beurteilung unterzogen werden, ist entweder die Haftung im engeren Sinn oder der Umfang und die Dauer der Unfallkausalität der geltend gemachten gesundheitlichen Beschwerden umstritten. Damit Geschädigte mit vernünftigen finanziellen Aufwand und überschaubarem Kostenrisiko die zwischen den Parteien strittigen Fragen und den damit zusammenhängenden finanziellen Anspruch beurteilen lassen können, hat der Gesetzgeber in Art. 86 ZPO die Möglichkeit etabliert, eine Teilklage einzureichen.<sup>1</sup> Das Bundesgericht hat jedoch in den vergangenen Jahren mit mehreren Entscheidungen,<sup>2</sup> die zu Kritik Anlass gaben,<sup>3</sup> die Vorteile einer Teilklage mit einem Streitwert von bis zu CHF 30 000.– gänzlich zunichtegemacht, da die Beklagte (meist ein finanzkräftiges Versicherungsunternehmen) als Reaktion auf die Teilklage eine negative Feststellungswiderklage anhängig machen kann. Die Zulassung der negativen Feststellungswiderklage als Reaktion auf eine Teilkla-

ge mit einem Streitwert bis CHF 30 000.– hat nicht nur zu einem erhöhten Kosten- und Prozessrisiko für die Geschädigten geführt, sondern bläht den Prozess meist unnötig auf. Der Grund liegt darin, dass der teilklagende Geschädigte als Reaktion auf die negative Feststellungswiderklage im weiteren Verfahren seinen gesamten (vergangenen und zukünftigen) aus dem Unfall resultierenden Schaden substantiiert behaupten und beweisen muss,<sup>4</sup> jedoch ohne seine diesbezüglichen Beweis- und Prozessaussichten zu kennen. Der Grund liegt darin, dass ein Teilkläger seine Beweis- und Prozessaussichten vorgängig jeweils nur in Bezug auf die von ihm teilklageweise geltend gemachte Schadenersatzforderung abgeklärt hat und nicht in Bezug auf seinen potenziellen Gesamtschaden.<sup>5</sup>

- 1 CHRISTIAN HAAG, Rechtsprechung lässt Unfallopfer und Patienten im Regen stehen, Jusletter vom 20. 8. 2018, Rz. 15; Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28. 6. 2006, BBl 2006 S. 7221 ff., S. 7288; Schweizerische Zivilprozessordnung, Bericht zum Vorentwurf der Expertenkommission im Juni 2003, S. 43.
- 2 BGer 4A\_359/2021 vom 7. 10. 2021; BGer 4A\_449/2020 vom 23. 3. 2021; BGE 147 III 172; BGE 145 III 506.
- 3 Vgl. u. a. HOLGER HÜGEL, Teilklage und negative Feststellungswiderklage, HAVE/REAS 04/2019, S. 413 ff.; MARTIN HABLÜTZEL, Schweizerische ZPO, eine Anleitung, wie man Rechtssuchende vom Gang zum Gericht abhält, HAVE/REAS 02/2019, S. 139 f.; CHRISTIAN HAAG (Fn. 1), Rz. 15 ff.; PATRICK WAGNER/MARKUS SCHMID, Die Teilklage (im vereinfachten Verfahren) kommt nicht zur Ruhe, HAVE/REAS 02/2018, S. 177 f.; DIETER TROXLER, Hat die echte Teilklage im vereinfachten Verfahren ausgedient?, Jusletter vom 4. 12. 2017.
- 4 LORENZ DROESE, Res iudicat ius facit, Habil. Luzern, Bern 2015, S. 369 f.
- 5 Zur Begründung siehe Kap. III dieses Beitrages.

Die Schweizerische Zivilprozessordnung bietet nach der hier vertretenen Meinung dem klagenden Geschädigten jedoch einen Ausweg aus dieser Situation an, und zwar in Form der vorsorglichen Beweisführung nach Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO.

Mittels der vorsorglichen Beweisführung könnte der klagende Geschädigte in Bezug auf die von ihm vorzunehmende Klageänderung<sup>6</sup> bzw. im Zusammenhang mit der Geltendmachung seines Gesamtschadens seine Beweis- und Prozessaussichten abklären. Damit könnte zugleich ein ausuferndes Kosten- und Prozessrisiko vermieden werden, da der klagende Geschädigte nach Abschluss der vorsorglichen Beweisführung seine Beweis- und Prozessaussichten in Bezug auf die Unfallkausalität seines geltend gemachten Gesundheitsschadens und damit auch den Umfang seines unfallkausalen Gesamtschadens kennt.

Ob jedoch in dieser Konstellation eine vorsorgliche Beweisführung zulässig ist, hängt gemäss Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO davon ab, ob der Gesuchsteller ein schutzwürdiges Interesse an der vorsorglichen Abnahme des beantragten Beweismittels glaubhaft machen kann.

Sowohl das Bundesgericht<sup>7</sup> als auch die herrschende Lehre<sup>8</sup> haben sich schon ausführlich mit dem Begriff des schutzwürdigen Interesses gemäss Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO auseinandergesetzt, jedoch meist nur im Zusammenhang mit Gesuchen, die vor Rechtshängigkeit eines Hauptverfahrens eingereicht wurden. Soweit ersichtlich, hat sich das Bundesgericht bis anhin noch nicht mit der Frage auseinandergesetzt, in welchen Konstellationen eine gesuchstellende Partei ein schutzwürdiges Interesse an einer vorsorglichen Beweisführung bei bereits pendendem Hauptverfahren haben könnte.

In der Lehre wird die Meinung vertreten, dass eine vorsorgliche Beweisführung bei bereits rechtshängigem Hauptverfahren nur noch dort möglich sein soll, wo eine Beweisgefährdung droht oder ein gesetzlicher Anspruch nach Art. 158 Abs. 1 lit. a ZPO besteht.<sup>9</sup> Eine vorsorgliche Beweisführung zwecks Abklärung der Beweis- und Prozessaussichten soll hingegen nach Eintritt der Rechtshängigkeit eines Hauptverfahrens nicht mehr möglich sein.<sup>10</sup> Dies wird damit begründet, dass *«ein schutzwürdiges Interesse an der Abklärung der Prozesschancen (...) eine vorsorgliche Beweisabnahme offensichtlich nicht mehr rechtfertigen [kann], wenn der Prozess bereits rechtshängig ist»*<sup>11</sup>. Diese Begründung vermag bei der Einreichung einer Gesamtklage zu überzeugen, nicht jedoch dann, wenn, wie später noch ausführlicher aufgezeigt wird, die klagende Partei lediglich eine Teilklage einreicht. Folglich ist die hier relevante Frage, ob und unter welchen Umständen eine vorsorgliche Beweisführung im laufenden Verfahren als Reaktion auf eine negative Feststellungswiderklage zulässig ist bzw. ob der teilklagende Geschädigte daran ein schutzwürdiges Interesse haben könnte, noch nicht abschliessend geklärt. Dies dürfte in erster Linie daran liegen, dass das Bundesgericht erst vor Kurzem entschieden hat, dass eine negative Feststellungswiderklage als Reaktion auf eine im vereinfachten Verfahren erhobene Teilklage mit einem Streitwert bis zu CHF 30 000.– nahezu bedingungslos zulässig ist.<sup>12</sup>

## II. Das schutzwürdige Interesse im Allgemeinen

Gemäss Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO nimmt das Gericht jederzeit Beweis ab und damit auch nach Eintritt der Rechtshängigkeit eines Hauptverfahrens.<sup>13</sup> Vorausgesetzt wird hierbei, dass die gesuchstellende Partei ein schutzwürdiges Interesse an der vorsorglichen Abnahme des Beweismittels glaubhaft machen kann. Die Anforderungen an die Glaubhaftmachung dürfen rechtsprechungsgemäss nicht überspannt werden.<sup>14</sup> Mit dem Begriff des schutzwürdigen Interesses in Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO wird gemäss der Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung auf die Möglichkeit Bezug genommen, eine vorsorgliche Beweisführung zur Abklärung der Beweis- und Prozessaussichten durchzuführen.<sup>15</sup> Die vorsorgliche Beweisführung soll gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht bloss eine vage Abschätzung der Prozesschancen, sondern eine eigentliche Abklärung der Prozessaussichten im Allgemeinen und der Beweisaussichten im Besonderen ermöglichen.<sup>16</sup> Dabei muss der Gesuchsteller glaubhaft machen, dass es der vorsorglichen Beweisführung bedarf, um die Beweis- und Prozessaussichten abzuklären.<sup>17</sup> Glaubhaft gemacht ist dieses schutzwürdige Interesse dann, wenn ein Sachverhalt vorliegt, gestützt auf den das materielle Recht dem Gesuchsteller einen Anspruch gegen die Gesuchsgegnerin

<sup>6</sup> Ob der Terminus «Klageänderung» in diesem Zusammenhang korrekt ist, nachdem in der vorliegenden Konstellation keine Änderung des Streitgegenstandes erfolgte (vgl. hierzu BGE 143 III 254, wo das Bundesgericht bestätigte, dass alle aus einem Unfallereignis resultierenden Schadenspositionen als ein einziger Streitgegenstand zu verstehen sind), kann an dieser Stelle offengelassen werden (siehe hierzu auch BSK ZPO – DANIEL WILLISEGGER, Art. 227 N 4, in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, Basler Kommentar, 3. Aufl., Basel 2017).

<sup>7</sup> Siehe die tabellarische Übersicht bei PATRICK WAGNER/THIBAUT MEYER, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur vorsorglichen Beweisführung nach Art. 158 ZPO – Ein Update, Anwaltsrevue 2020, S. 423 ff.; PATRICK WAGNER/RAINER DEECKE, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur vorsorglichen Beweisführung nach Art. 158 ZPO, Anwaltsrevue 2015, S. 269 ff.

<sup>8</sup> Anstatt vieler WALTER FELLMANN, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Zürich/Basel/Genf 2010, Art. 158 N 17 (zit. FELLMANN, ZPO-Komm.); TANJA DOMEJ, Art. 158 ZPO in der Praxis – Ende einer Hoffnung?, in: Walter Fellmann/Stephan Weber (Hrsg.), Haftpflichtprozess 2014, Zürich 2014, S. 69 ff.

<sup>9</sup> ROLAND SCHMID, Art. 158 N 6, in: Myriam A. Gehri/Ingrid Jent-Sørensen/Martin Sarbach (Hrsg.), ZPO Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl., 2015 (zit. SCHMID, KuKo-ZPO); FELLMANN, ZPO-Komm. (Fn. 8), Art. 158 N 44; MARK SCHWEIZER, Vorsorgliche Beweisabnahme nach schweizerischer Zivilprozessordnung und Patentgesetz, ZZZ 21-22/2010, S. 33.

<sup>10</sup> SCHMID, KuKo-ZPO (Fn. 9), Art. 158 N 6; FELLMANN, ZPO-Komm. (Fn. 8), Art. 158 N 44; SCHWEIZER (Fn. 9), ZZZ 21-22/2010, S. 33.

<sup>11</sup> SCHWEIZER (Fn. 9), ZZZ 21-22/2010, S. 33.

<sup>12</sup> Siehe Fn. 2.

<sup>13</sup> PHILIPPE SCHWEIZER, Art. 158 N 4, in: François Bohnet et al. (Hrsg.), Commentaire Romand, Code de procédure civile, 2<sup>e</sup> édition, Bâle 2019.

<sup>14</sup> BGE 140 III 16 E. 2.2.2.

<sup>15</sup> Botschaft vom 28. 6. 2006 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, BBI 2006 S. 7221 ff., S. 7315; BGE 138 III 76 E. 2.4.2.

<sup>16</sup> BGE 140 III 16 E. 2.5.

<sup>17</sup> BGer 4A\_322/2012 vom 21. 2. 2013 E. 2.2.1.

gewährt und zu dessen Beweis das abzunehmende Beweismittel dienen kann.<sup>18</sup> Gemäss Rechtsprechung und Lehre sind an das Bestehen eines schutzwürdigen Interesses keine hohen Anforderungen zu stellen.<sup>19</sup> So reicht es aus, dass der Gesuchsteller *«einen praktischen Nutzen für seine rechtliche oder tatsächliche Situation glaubhaft macht»*<sup>20</sup>, was beispielsweise dann der Fall ist, *«wenn die vorsorgliche Beweisführung eine Unsicherheit beseitigt oder eine Grundlage für weitere Dispositionen schafft.»*<sup>21</sup> Folglich darf das schutzwürdige Interesse gemäss Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO rechtsprechungsgemäss nur dann verneint werden, wenn es offensichtlich nicht besteht,<sup>22</sup> was nur dann der Fall ist, wenn das beantragte Beweismittel *«eindeutig untauglich»*<sup>23</sup> ist.<sup>24</sup> Lässt sich jedoch der behauptete Anspruch ohne das beantragte Gerichtsgutachten nicht beurteilen, so lässt sich ein schutzwürdiges Interesse an dessen vorsorglicher Abnahme nicht willkürfrei verneinen.<sup>25</sup>

### III. Das schutzwürdige Interesse im Konkreten

Wie einleitend aufgezeigt, muss die mit einer negativen Feststellungswiderklage konfrontierte Teilklägerin im weiteren Verfahren nicht nur die Abweisung der negativen Feststellungswiderklage beantragen. Sie muss darüber hinaus ihre bisherige Teilklage in eine Gesamtklage umwandeln und ihren gesamten (und damit auch den künftigen) aus dem fraglichen Unfallereignis resultierenden Schaden substantiiert behaupten und beweisen.<sup>26</sup> Dies hat jedoch zur Folge, dass sich der Streitwert ihrer vormals (meist) auf CHF 30 000.– beschränkten Teilklage um ein Vielfaches erhöht, insbesondere dann, wenn die Geschädigte aufgrund ihrer gesundheitlichen Beschwerden von einem unfallkausalen Dauerschaden ausgehen muss.

Wird nun ausserdem von der beklagten Partei die Unfallkausalität des geltend gemachten Gesundheitsschadens bestritten, was grundsätzlich immer der Fall sein dürfte, so muss die Teilklägerin bei der Beurteilung, ob ein gesundheitlicher Dauerschaden vorliegt oder nicht, auf die Arztberichte und Einschätzungen ihrer behandelnden Ärzte abstellen. Dabei handelt es sich beweisrechtlich gesehen jedoch lediglich um Parteibehauptungen.<sup>27</sup> Praktisch gesehen, verhält es sich für die Teilklägerin in dieser Konstellation so, als ob sie eine vollständig neue Klage einreichen und dabei ihren gesamten, vergangenen und zukünftigen aus dem Unfallereignis resultierenden Schaden geltend machen muss, ohne dabei vorgängig ihre Beweis- und Prozessaussichten in Bezug auf die von ihr gezwungenermassen vorzunehmende Klageänderung abklären zu können.

Es stellt sich daher die Frage, ob die Klägerin in dieser Konstellation ein schutzwürdiges Interesse an einer vorsorglichen Beweisführung im pendenten Hauptverfahren als Reaktion auf eine negative Feststellungswiderklage zwecks Abklärung ihrer Beweis- und Prozessaussichten bezogen auf den nunmehr von ihr geltend zu machenden Gesamtschaden hat.

Die erste Voraussetzung, nämlich das Vorliegen bzw. das Glaubhaftmachen eines Hauptsacheanspruchs, dürfte, da bereits eine Teilklage eingereicht wurde, in den

meisten Personenschadensfällen ohne Weiteres erfüllt sein. Ferner dürfte – sofern noch kein medizinisches Gerichtsgutachten existiert – ebenfalls offensichtlich sein, dass ein medizinisches Gerichtsgutachten bei bestrittener Unfallkausalität nicht als untauglich, sondern geradezu als unabdingbar qualifiziert werden muss.<sup>28</sup> Zu beurteilen ist somit einzig noch die Frage, ob die teilklagende Geschädigte in der dargelegten Konstellation einen praktischen Nutzen für ihre rechtliche oder tatsächliche Situation glaubhaft machen kann.<sup>29</sup>

Dieser «praktische Nutzen» dürfte vorliegend offensichtlich sein. Denn erst wenn die Klägerin ihre Beweis- und Prozessaussichten in Bezug auf die von ihr nun zu tätige Klageänderung kennt, wird es ihr möglich sein, ihren Gesamtschaden zu beziffern und den Streitwert der Teilklage in dem Umfang zu erhöhen, dass sie kein Überklagen und damit keine hohen Prozesskosten riskiert. Die vorsorgliche Beweisführung beseitigt in dieser Konstellation nicht nur eine Unsicherheit, sondern dient der teilklagenden Geschädigten auch als Grundlage für weitere Dispositionen im rechthängigen Verfahren, womit ein praktischer Nutzen an der vorsorglichen Beweisführung ausgewiesen ist.<sup>30</sup> Die Klägerin/Widerbeklagte kann daher auch nicht auf das ordentliche Beweisverfahren verwiesen werden. Zwar wird sie nach Abschluss des ordentlichen Beweisverfahrens wissen, wie hoch ihr unfallkausal Schaden ist, der Streitwert ihrer Gesamtklage wird dann aber bereits in dem Sinne fixiert sein, als eine Forderungsreduktion zwar möglich wäre, aber zur Folge hätte, dass sie im Umfang ihrer Forderungsreduktion als unterliegend zu betrachten sein wird.<sup>31</sup> Diese Gefahr ist besonders dann ausgeprägt, wenn die teilklagende Geschädigte aufgrund der Berichte ihrer behandelnden Ärzte von einem unfallkausalen Dauerschaden ausgeht, der Gerichtsgutachter hingegen nur einen vorübergehenden unfallkausalen Gesundheitsschaden bestätigt.

In dieser Situation stellt die Minimierung des Kosten- und Prozessrisikos ohne Weiteres ein schutzwürdiges Interesse an einer vorsorglichen Beweisführung dar, dies insbesondere deswegen, weil mit dem Institut der vorsorglichen Beweisführung es einer sorgfältig prozessie-

<sup>18</sup> BGer 4A\_322/2012 vom 21. 2. 2013 E. 2.2.1.

<sup>19</sup> FELLMANN, ZPO-Komm. (Fn. 8), Art. 158 N 19; BGE 140 III 16 E. 2.2.2.

<sup>20</sup> FELLMANN, ZPO-Komm. (Fn. 8), Art. 158 N 19.

<sup>21</sup> FELLMANN, ZPO-Komm. (Fn. 8), Art. 158 N 19.

<sup>22</sup> BGer 4A\_419/2016 vom 22. 3. 2017 E. 1.6; BGer 5A\_832/2012 vom 25. 1. 2013 E. 7.1.1.

<sup>23</sup> BGer 4A\_419/2016 vom 22. 3. 2017 E. 1.6; BGer 5A\_832/2012 vom 25. 1. 2013 E. 7.1.1.

<sup>24</sup> BGE 140 III 16 E. 2.2.2; BGer 5A\_832/2012 vom 25. 1. 2013 E. 7.1.1.

<sup>25</sup> BGE 140 III 16 E. 2.5.

<sup>26</sup> PATRICK WAGNER/MARKUS SCHMID, Negative Feststellungsklagen als Reaktion auf «30 000er-Klagen», HAVE/REAS 2015, S. 220; DROESE (Fn. 4), S. 369 f.

<sup>27</sup> BGE 141 III 433.

<sup>28</sup> Vgl. BGer 4A\_225/2013 vom 14. 11. 2013.

<sup>29</sup> Vgl. FELLMANN, ZPO-Komm. (Fn. 8), Art. 158 N 19.

<sup>30</sup> Vgl. FELLMANN, ZPO-Komm. (Fn. 8), Art. 158 N 19.

<sup>31</sup> Teilerückzug i. S. von Art. 106 Abs. 1 ZPO.

renden Partei gerade ermöglicht werden soll, ein Überklagen zu vermeiden, indem sie zuerst die Beweis- und Prozessaussichten klärt, bevor sie eine Klage einreicht. Genau dieses Interesse und Bedürfnis hat nun aber auch eine teilklagende Partei, die gegen ihren Willen und entgegen dem Gesetzeswortlaut von Art. 224 Abs. 1 ZPO<sup>32</sup> im laufenden Verfahren plötzlich ihren Gesamtschaden gerichtlich geltend machen muss.

Kann der geschädigten Person in dieser Konstellation vorgehalten werden, dass sie – hätte sie ihre Prozess- und Beweisaussichten abklären wollen – dies vorprozessual hätte tun müssen? Diese Frage kann nach der hier vertretenen Ansicht verneint werden. Bevor eine geschädigte Person eine Teilklage einreicht, klärt sie in Bezug auf den von ihr teilklageweise geltend gemachten Schaden bzw. die von ihr teilklageweise geltend gemachten Schadenspositionen ihre Prozess- und Beweisaussichten ab. Dabei ist es durchaus möglich, dass die Klägerin zum Schluss gelangt, dass aufgrund der vorhandenen echtzeitlichen medizinischen Akten auf eine vorprozessuale vorsorgliche Beweisabnahme zwecks Klärung der Beweis- und Prozessaussichten verzichtet werden kann, da bereits mit den echtzeitlichen medizinischen Akten z. B. ein unfallkausaler Schaden in der Höhe von CHF 30 000.– einer bestimmten Schadensposition ohne Weiteres bewiesen werden kann.

Selbstredend muss die teilklagende Geschädigte zum Zeitpunkt der Teilklageeinreichung keine Abklärung der Prozess- und Beweisaussichten bezogen auf eine mögliche Gesamtklage vornehmen, da sie einerseits nur eine Teilklage einreichen will und andererseits zum Zeitpunkt der Teilklageeinreichung nicht mit einer negativen Feststellungswiderklage rechnen muss. Ihr Bedürfnis, ihre Prozess- und Beweisaussichten in Bezug auf ihren unfallbedingten Gesamtschaden abzuklären, entsteht erst zu dem Zeitpunkt, zu dem sie mit der negativen Feststellungswiderklage konfrontiert wird. Eine gegenteilige Annahme, die implizieren würde, dass eine geschädigte Person in jedem Fall mit einer negativen Feststellungswiderklage rechnen muss, hätte zur Folge, dass eine geschädigte Person zukünftig vor Einreichung einer Teilklage im Personenschadensrecht ohne Ausnahme eine vorsorgliche Beweisführung beantragen müsste! Eine solche Argumentation würde in zweierlei Hinsicht fehlgehen: Zum einen kann nur ein gewisser Teil der geschädigten Personen eine vorsorgliche Beweisführung überhaupt finanzieren, zumal kein Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege besteht.<sup>33</sup> Dies hätte zur Folge, dass eine mittellose Partei in diesem Punkt einen (erheblichen) prozessualen Rechtsnachteil erleiden würde. Zum anderen würde dieses Vorgehen zu einer deutlichen Mehrbelastung der Gerichte führen, da auch in den Fällen, in denen letztendlich keine negative Feststellungswiderklage eingereicht wird, die geschädigte Partei aus prozessualer Vorsicht dennoch eine vorsorgliche Beweisführung beantragen müsste.

#### IV. Fazit

Würde man in der zuvor geschilderten Konstellation der gesuchstellenden Partei ein schutzwürdiges Interesse an

der vorsorglichen Beweisführung absprechen, hätte dies zur Folge, dass aus dem Mittelstand stammende Geschädigte aufgrund des durch die Zulassung der negativen Feststellungswiderklage geschaffenen Kostenrisikos zukünftig keine Haftpflichtprozesse mehr führen könnten, womit ihnen der Zugang zum Recht geradezu verwehrt werden würde. Zutreffend ist daher die in der Praxis anzutreffende Ansicht, wonach einem Gesuch um vorsorgliche Beweisführung in der Regel immer stattzugeben sei, ausser es liege ein offener Rechtsmissbrauch vor.<sup>34</sup> Das Vorliegen eines offenbaren Rechtsmissbrauchs ist jedoch nur mit grosser Zurückhaltung zu prüfen und zu bejahen.<sup>35</sup>

Das zuvor beschriebene Vorgehen dürfte ausserdem in den meisten Fällen eine beachtliche Verfahrensbeschleunigung zur Folge haben, da mit dem vorsorglich eingeholten Gerichtsgutachten die strittige Frage nach der Unfallkausalität des geltend gemachten Gesundheitsschadens bereits vor dem zweiten Schriftenwechsel beantwortet sein dürfte. Das Gericht könnte in der Folge die Parteien zu einer Instruktionsverhandlung laden und ihnen bei der Findung eines Vergleichs unterstützend zur Seite stehen, sodass das Verfahren bestenfalls noch vor dem zweiten Schriftenwechsel mittels Vergleich erledigt werden könnte. Weshalb sich die Versicherungsunternehmen jeweils mit Händen und Füssen gegen das zuvor dargelegte Vorgehen zur Wehr setzen, bleibt unklar, zumal eine Verfahrensbeschleunigung auch für sie zu einer beachtlichen Kosteneinsparung führen dürfte.

Jedenfalls wird der Tag kommen, an dem das Bundesgericht diese Frage wird entscheiden müssen. Sollte es – wider Erwarten – dem Teilkläger in der zuvor dargelegten Konstellation kein entsprechendes schutzwürdiges Interesse zubilligen, so wird zukünftigen Teilklägern nichts anderes übrig bleiben, als vor der Abhängigmachung einer jeden Teilklage ein Gesuch um vorsorgliche Beweisführung in Bezug auf ihren potenziellen Gesamtschaden einzureichen, um für den Fall einer negativen Feststellungswiderklage gewappnet zu sein.

<sup>32</sup> Vgl. hierzu auch PATRICK WAGNER/MARKUS SCHMID/BENOÎT SANTSCHI, Die Teilklage im vereinfachten Verfahren: ein Instrument zur risikoärmeren und schnelleren Durchsetzung von Forderungen aus Personenschäden, HAVE/REAS 04/2013, S. 326 m. w. H.; PATRICK WAGNER/MARKUS SCHMID, Negative Feststellungsklagen als Reaktion auf «30 000er-Klagen», HAVE/REAS 02/2015, S. 220.

<sup>33</sup> Im Verfahren der vorsorglichen Beweisführung vor Rechtshängigkeit der Hauptsache besteht kein Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, vgl. BGE 140 III 12 E. 3.3.4; BGE 141 I 241 E. 4.1, 4.2.4 und 4.3.4.

<sup>34</sup> KGer SG BS.2012.5 vom 5. 4. 2012 E. 2b; Gerichts- und Verwaltungspraxis Zug, Buch GVP 2012, Kap. 1.4.1.7.

<sup>35</sup> Dies wird im Wesentlichen mit dem aus Art. 8 ZGB abgeleiteten Grundsatz des Rechts auf Beweisführung (BGE 126 III 315 E. 4a) und der alleinigen Kostentragungspflicht des Gesuchstellers (Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO) begründet; KGer SG BS.2012.5 vom 5. 4. 2012 E. 2b; Gerichts- und Verwaltungspraxis Zug, Buch GVP 2012, Kap. 1.4.1.7.