

REETZ SOHM RECHTSANWÄLTE

Vorsorgliche Beweisführung / amtliche Befundaufnahme: Das richtige Vorgehen bei Baumängeln

- **PD Dr. iur. Peter Reetz,
Rechtsanwalt**
- **Fachanwalt SAV Bau- und
Immobilienrecht**
- **Reetz Sohm Rechtsanwälte,
Küsnacht**

Obere Wiltisgasse 52 · Postfach 441 · 8700 Küsnacht · Tel ++41 44 421 10 00
Fax ++41 44 421 10 01 · peter.reetz@reetz-sohm.ch · www.reetz-sohm.ch

REETZ SOHM RECHTSANWÄLTE

Aufbau des Vortrages

- **Art. 158 ZPO; worum geht es?**
- **Voraussetzungen der vorsorglichen Beweisführung**
- **Vorsorgliche Beweisführung im Bauprozess**
- **Verfahren der vorsorglichen Beweisführung**
- **Wirkungen**
- **Einzelfragen**

Art. 158 ZPO

¹ **Das Gericht nimmt jederzeit Beweis ab, wenn:**

- a. das Gesetz einen entsprechenden Anspruch gewährt; oder**
- b. die gesuchstellende Partei eine Gefährdung der Beweismittel oder ein schutzwürdiges Interesse glaubhaft macht.**

² **Anzuwenden sind die Bestimmungen über die vorsorglichen Massnahmen.**

Art. 158 ZPO; worum geht es?

- **Zeitliche Vorverlegung der Beweisabnahme auf Antrag der Parteien**
- **Zwecke**
 - **Sicherung gefährdeter Beweise**
 - **Vermeidung aussichtsloser Prozesse (vgl. Botschaft zur ZPO, S. 7315)**
- **Noch keine Beweiswürdigung**

Voraussetzungen der vorsorglichen Beweisführung I

- **Gesetzlicher Anspruch (Art. 158 Abs. 1 lit. a ZPO)**
 - Art. 367 Abs. 2 OR (Mängel beim Werkvertrag)
 - Art. 204 Abs. 2 und 3 OR (Mängel bei Versand von verkauften Sachen)
 - Art. 427 Abs. 1 OR (Gefahr beim Kommissionsgut)
 - Art. 59 MSchG (Vorsorgliche Massnahmen)
 - Art. 38 DesG (Vorsorgliche Massnahmen)
 - Art. 77 PatG (Vorsorgliche Massnahmen)
 - etc.

5

Voraussetzungen der vorsorglichen Beweisführung II

- **Gefährdung von Beweismitteln (Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO)**
 - liegt vor, wenn das Risiko besteht, dass ein bestimmter Beweis im nachfolgenden Prozess oder in einem späteren Stadium des bereits rechtshängigen Prozesses nicht mehr erhoben werden kann
 - erfasst sowohl die Erschwerung als auch die Verunmöglichung der späteren Beweisabnahme
 - Abnehmendes Erinnerungsvermögen von Zeugen begründet keine Gefährdung i.S.v. Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO (BGer. 4A_118/2012 vom 19. Juni 2012, E. 2.1)

6

Voraussetzungen der vorsorglichen Beweisführung III

- **Bestehen eines schutzwürdigen Interesses (Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO)**
 - **Abklärung der Beweis- und Prozessaussichten**
 - **keine hohen Anforderungen; Darlegung eines rechtsbegründenden Sachverhalts genügt grundsätzlich (BGE 140 III 16 E. 2.2)**
 - **Gerichtliches Gutachten (auch aus anderem Verfahren) liegt vor: -> kein Interesse an einer vorsorglichen Beweisführung (BGE 140 III 24)**
 - **Privatgutachten liegt vor: -> Interesse an einer vorsorglichen Beweisführung gegeben (BGE 140 III 16)**

7

Voraussetzungen der vorsorglichen Beweisführung IV

- **Glaubhaftmachung (vgl. BGE 140 III 16; BGE 138 III 76)**
 - **dass ein Sachverhalt vorliegt, gestützt auf welchen das materielle Recht einen Anspruch gegen den Gesuchsgegner gewährt**
 - **dass das zur Abnahme im Rahmen der vorsorglichen Beweisführung beantragte Beweismittel zum (späteren) Beweis dieses Hauptsacheanspruchs (im späteren Hauptverfahren) dienen kann bzw. geeignet ist**
 - **Generell: Keine hohen Anforderungen an diese Voraussetzungen; explizit bei behaupteten Baumängeln in ZR 2013 Nr. 3, ZR 2013 Nr. 61: gedanklicher Hintergrund?**

8

Vorsorgliche Beweisführung im Bauprozess

- **Gutachten steht im Zentrum; Augenschein ist denkbar**
- **Beweisgefährdung bspw. bei Einsturzgefahr eines Gebäudes**
- **Schutzwürdiges Interesse bei Bedürfnis nach Sanierung und Umbau**
- **Zulässigkeitsvoraussetzungen hinsichtlich des Beweismittels Gutachten (und auch hinsichtlich Augenschein) sind regelmässig gegeben**
- **Ein Gutachten darf sich nicht mit der Frage der Verursachung und den entsprechenden Verantwortlichkeiten auseinandersetzen (str.; vgl. BGE 113 II 429 E. 3)**

9

Verfahren der vorsorglichen Beweisführung I

- **Die Bestimmungen über die vorsorglichen Massnahmen sind anwendbar (Art. 158 Abs. 2 ZPO)**
- **Theoretisch (vgl. aber Art. 254 ZPO) können sämtliche zulässigen Beweismittel abgenommen werden, namentlich:**
 - **Gutachten,**
 - **Augenschein,**
 - **Zeugnis,**
 - **Parteibefragung, Beweisaussagen**
 - **Urkunden**

10

Verfahren der vorsorglichen Beweisführung II

- **Teilweise wird die Ansicht vertreten, die persönliche Befragung und die Beweisaussage (der Gegenseite) sowie Editionsbegehren seien vor dem Hauptverfahren nicht zuzulassen**
- **Beschränkung auf Tatsachen, d.h. insbesondere keine Würdigung von Beweisen (ZR 2013 Nr. 3 E. 5b)**
- **Thematische Vorgabe durch Gesuchsteller**
- **Formulierung der Fragen zunächst durch die Parteien**
- **Im Rahmen des Prozessgegenstandes Zulassung von Erläuterungs- bzw. Ergänzungsfragen (BGE 140 III 16 E. 2.2.3), sonst: Widergesuch**

11

Verfahren der vorsorglichen Beweisführung III

- **Reaktionsmöglichkeiten des Gesuchsgegners**
 - **Voraussetzungen der vorsorglichen Beweisführung angreifen (schwierig, manchmal aber möglich)**
 - **Beweissätze kritisieren/präzisieren (im Rahmen des Prozessgegenstandes)**
 - **Eigene Fragen innerhalb des Beweisthemas beantragen**
 - **Eigene Fragen über das Beweisthema hinaus beantragen (Widergesuch)**
 - **Einfache Streitverkündung (prozessual oder ausserprozessual) mit Knackpunkt «Frist»**

12

Verfahren der vorsorglichen Beweisführung IV

- **Der Entscheid des Gerichts unterliegt der Berufung (Art. 308 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 158 Abs. 2 ZPO)**
 - Streitwert der Hauptsache ist massgebend (OG ZH LF130020, E. II./1.1) -> aufpassen
 - Abweisender Entscheid eines Gesuchsverfahrens betreffend vorsorgliche Beweisführung ist ein Endentscheid gemäss Art. 90 BGG
 - Gutheissender Entscheid ist ein Zwischenentscheid (Art. 93 BGG)

13

Wirkungen I

- **Hauptprozess**
 - Bilden Akten der vorsorglichen Beweisführung automatisch Bestandteil der Hauptprozessakten? Streitig; m.E. negativ zu beantworten
 - Freies Ermessen des Gerichts, ob bzw. welche Beweise erneut bzw. zusätzlich abzunehmen sind
- **Gesuch unterbricht die Verjährung nicht**
- **Gesuch bewirkt keine Rechtshängigkeit der Streitsache**
- **Führt insb. nicht zur definitiven Klärung eines bestimmten Sachverhaltselementes oder -komplexes**

14

Wirkungen II

- **Kosten- und Entschädigungsfolgen**
 - Keine obsiegende oder unterliegende Partei auszumachen
 - Gesuchsgegner hat es nicht in der Hand, ein solches Verfahren zu vermeiden, daher:
 - Die Kosten- und Entschädigungsfolgen treffen die gesuchstellende Partei (selbst wenn sich die Gegenseite erfolglos gegen das Gesuch gewehrt hat) (BGE 140 III 30 E. 3.4-5)
 - Wie sind die Kosten eines zweitinstanzlichen Verfahrens betreffend vorsorgliche Beweisführung zu verteilen? (OG ZH PF140028 E. II./5)

15

Einzelfragen I

- **Anforderungen an die Gesuchsbegründung**
 - Hinreichende Substantiierung des Beweisthemas (Vertrag, Mängelrüge, evtl. Rechtzeitigkeit, evtl. Nachbesserungsfrist, Sinnhaftigkeit der Expertise)
 - Sauberes Rechtsbegehren
 - ein paar rechtliche Überlegungen
- **Einvernahme von Zeugen (?)**
- **Umfang der Beweiserhebung**
- **Kein Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege (BGE 140 III 12 E. 3.3/3.4)**

16

Einzelfragen II

- **Anspruch auf Parteientschädigung (BGE 140 III 30 E. 3.5, 3.6, OG ZH LF130032; a.M. HGer ZH, ZR 2012 Nr. 115, HGer BE HG 11 80)**
- **Mitwirkungsobliegenheit der Gegenpartei?**
- **Zuständigkeit**
 - **Örtlich: Art. 13 ZPO (Hauptsachengerichtsstand oder Vollstreckungsort), Art. 31 LugÜ (int. Zust.), Art. 10 IPRG (int. Zust.)**
 - **Sachlich: Art. 4 ff. ZPO**
- **Vorteile/Nachteile der vorsorglichen Beweisführung? Festlegung der sachlichen Zuständigkeit?**

17

Amtliche Befundaufnahme

- **Nur in bestimmten Kantonen**
- **Voraussetzungen: Siehe z.B. § 143 GOG ZH (Zuständigkeit des Gemeindeammanns; nimmt auf Verlangen einen Befund über den tatsächlichen Zustand auf, soweit dieser ohne besondere Fachkenntnisse festgestellt werden kann)**
- **Anwendung in der Praxis: Rückgabe von Mietobjekten; einfachere Baufälle**

18

REETZ SOHM RECHTSANWÄLTE

Vielen Dank für die Aufmerksamkeit
PD Dr. iur. Peter Reetz

19