

# **BGer 4A\_441/2017 vom 4. Dezember 2017**

Bundesgericht, 2017-12-04, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_4A\\_441\\_2017](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4A_441_2017)

FR: TF 4A\_441/2017 du 4 décembre 2017

IT: TF 4A\_441/2017 del 4 dicembre 2017

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Die Beschwerde betrifft eine Zivilsache ( Art. 72 BGG ), sie richtet sich gegen den Entscheid eines oberen kantonalen Gerichts, das als Rechtsmittelinstanz das Rechtsmittel der Beschwerdeführer abgewiesen hat ( Art. 75 BGG ).

#### **E. 1.1**

Die Beschwerde an das Bundesgericht ist zulässig gegen Endentscheide ( Art. 90 BGG ), gegen Zwischenentscheide (die nicht die Zuständigkeit oder den Ausstand betreffen) nur unter den Voraussetzungen von Art. 93 Abs. 1 BGG .

##### **E. 1.1.1**

Massnahmeentscheide, zu denen die vorsorgliche Beweisführung nach Art. 158 Abs. 2 ZPO gehört, gelten nur dann als Endentscheide im Sinne von Art. 90 BGG , wenn sie in einem eigenständigen Verfahren ergehen und dieses abschliessen ( BGE 138 III 46 E. 1.1 mit Hinweisen). Wie bereits im Entscheid vom 12. Mai 2017 ausgeführt, haben die Beschwerdeführer im vorliegenden Fall während der Hängigkeit der Hauptsache ein Gesuch um vorsorgliche Beweisführung gestellt, weshalb der Entscheid über dieses Gesuch als Zwischenentscheid zu qualifizieren ist, der nur unter der Voraussetzung anfechtbar ist, dass er einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken kann ( Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG ; BGE 141 III 80 E. 1.2 mit Hinweisen).

##### **E. 1.1.2**

Die Beschwerdeführer bringen vor, die umstrittene Baute werde abgerissen. Beweise, die den Zustand der Baute zum Gegenstand haben, können nach dem Abbruch nicht mehr erhoben werden. Insoweit kann die Verweigerung der Beweisabnahme einen Nachteil im Sinne von Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG bewirken und die Beschwerde ist zulässig.

##### **E. 1.2**

Die Beschwerdeführer beantragen in Ziffer 4 der Rechtsbegehren die Feststellung, dass die Kostenverteilung im erstinstanzlichen Entscheid nur für das Verfahren auf vorsorgliche Beweisführung gelte, nicht für das Hauptverfahren. Darauf ist nicht einzutreten. Denn abgesehen davon, dass die Beschwerde nur gegen Entscheide oberer kantonalen Gerichte zulässig ist ( Art. 75 BGG ), ist der nicht wieder gutzumachende Nachteil für Kostenentscheide zu verneinen, da sie im Anschluss an den Entscheid in der Sache angefochten werden können ( BGE 135 III 329 E. 1; 133 V 645 E. 2; je mit Hinweisen).

##### **E. 1.3**

Entscheide betreffend vorsorgliche Beweisführung werden als vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG qualifiziert, weshalb - auch mit Beschwerde in Zivilsachen -

einzig die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden kann ( BGE 138 III 555 E. 1 mit Hinweisen). Die Verletzung von Grundrechten prüft das Bundesgericht nur insofern, als eine solche Rüge präzise vorgebracht und begründet worden ist ( Art. 106 Abs. 2 BGG ; BGE 140 V 136 E. 1.1 ; 138 I 171 E. 1.4 ; 136 I 65 E. 1.3.1). Macht die beschwerdeführende Partei etwa eine Verletzung des Willkürverbots ( Art. 9 BV ) geltend, hat sie im Einzelnen zu zeigen, inwiefern der angefochtene Entscheid offensichtlich unhaltbar ist ( BGE 139 III 334 E. 3.2.5 S. 339; 138 IV 13 E. 5.1 S. 22; 134 II 349 E. 3 S. 352). Diese Anforderungen gelten ebenfalls für die Kritik an den Sachverhaltsfeststellungen ( BGE 140 III 16 E. 1.3.1 S. 18, 264 E. 2.3 S. 266).

## **E. 2**

Die Vorinstanz hat die Voraussetzung für eine vorsorgliche Beweisabnahme nach Art. 158 ZPO mit der ersten Instanz als nicht glaubhaft gemacht verneint.

### **E. 2.1**

Mit dem Bezirksgericht Willisau hat die Vorinstanz festgehalten, dass das Gutachten E.\_\_\_\_\_ als paritätisches Gutachten den relevanten Sachverhalt vor Ort festhalte und das Gutachten im Hauptverfahren von den Parteien grundsätzlich ausdrücklich anerkannt worden sei. Dem einvernehmlich angeordneten und von den Parteien als umfassend, schlüssig und sehr detailliert anerkannten Gutachten komme die Beweiskraft eines gerichtlichen Gutachtens zu. Ergänzungs- und Erläuterungsfragen seien von den Beschwerdeführern im Hauptprozess verlangt worden, aber diese beträfen keine Tatsachen; eine Beweisgefährdung sei denn auch nicht erwähnt worden und die Beschwerdeführer hätten in keiner Weise dargelegt, welche tatsächlichen (prozessrelevanten) Verhältnisse vom Gutachten E.\_\_\_\_\_ nicht vollständig festgehalten worden seien. Deshalb sei nicht erkennbar, welche relevanten Beweistatsachen mit dem Abbruch des Gebäudes verloren gehen könnten, die noch nicht festgehalten worden wären.

### **E. 2.2**

Die Vorinstanz hat das Interesse der Beschwerdeführer an einer vorsorglichen Beweisführung zutreffend und jedenfalls ohne Verletzung der angerufenen verfassungsmässigen Rechte verneint. Denn wenn Beweismittel schon vorliegen, können sie nicht mehr im Sinne von Art. 158 ZPO gefährdet sein. Soweit daher der Zustand der strittigen Baute bereits durch einen Gutachter erhoben ist, besteht kein Interesse an der neuerlichen Feststellung oder Aufnahme derselben Mängel durch einen weiteren Experten. Die Vorinstanz hat insofern zutreffend das von sämtlichen Beteiligten in Auftrag gegebene und von den Parteien als grundsätzlich schlüssig und detailliert anerkannte Gutachten E.\_\_\_\_\_ der Tatsachenfeststellung durch ein Gerichtsgutachten im Sinne von Art. 168 Abs. 1 lit. d und Art. 183 ff. ZPO gleichgestellt (vgl. BGE 140 III 24 E. 3.3.1.3 mit Hinweisen). Die Beschwerdeführer behaupten zwar, das Gutachten E.\_\_\_\_\_ sei lückenhaft und beziehe sich nicht auf ihre Behauptungen in der Widerklage. Aber sie unterlassen es, die Lücken konkret zu bezeichnen und die angeblich fehlenden Beweise in Bezug zu setzen zur Gefährdung bei Abbruch der Bauten. So ist weder dargelegt noch ersichtlich, inwiefern die Bezifferung des Widerklageanspruchs der Beschwerdeführer Beweiserhebungen an den Gebäuden erfordern soll, deren Abbruch bevorsteht. Auch ist nicht nachvollziehbar, inwiefern eine Beweiserhebung über den Zustand der Bauten für die Frage relevant sein könnte, ob die Beschwerdegegnerin ihren Anzeige- und Abmahnungspflichten gegenüber den Beschwerdeführern nachgekommen ist. Es ist weder

dargetan noch erkennbar, inwiefern strukturelle Probleme im Zusammenhang mit der Minergie-Zertifizierung die Erhebung von Beweisen über den Zustand der Bauten erfordern sollten, die aus dem Gutachten E. \_\_\_\_\_ nicht hervorgehen. Die Beschwerdeführer nennen mit Bezug auf den Zustand der Altbauete weder im Zusammenhang mit der Struktur der Minergie-Zertifizierung noch mit dem Parkett noch mit angeblich zu Unrecht fakturierten Mehrleistungen konkrete erhebliche Tatsachen, die sie mit dem vorhandenen Gutachten nicht belegen könnten. Sie werfen reine Rechtsfragen auf, wenn sie die Zuweisung von Verantwortlichkeiten ansprechen und sie begründen nicht, weshalb die tatsächlichen Grundlagen im Gutachten E. \_\_\_\_\_, welche dieser für die Kosten der Nachbesserung im Vergleich zu einer Abbruch- bzw. Neubauvariante erhob, lückenhaft sein sollen. Es genügt für den Antrag auf die Erhebung gefährdeter Beweise nicht, dass vermutungsweise eine erneute Besichtigung des Bauwerks erforderlich sei und es genügt auch die allgemeine Behauptung nicht, wonach das vorliegende Gutachten nicht sämtliche Fragen abdecke. Vielmehr wäre den Beschwerdeführern obliegen darzutun, welche konkreten Teile der bestehenden Bauten noch nicht hinreichend so dokumentiert sein sollen, um die tatsächliche Grundlage der Streitsache bilden zu können.

### **E. 2.3**

Den Beschwerdeführern kann nicht gefolgt werden, wenn sie die Ansicht vertreten, die von ihnen aufgeworfenen Fragen bildeten dem Beweis zugängliche Tatfragen. Sie gehen zu Unrecht davon aus, es genüge die Behauptung ganzer Tatsachenkomplexe (mit Einschluss der Rechtsfolgen) zur Abnahme von Beweisen. Für die Beweisabnahme müssen die Behauptungen derart in Einzeltatsachen zerlegt werden, dass sie dem Beweis zugänglich sind ( BGE 143 III 113 E. 4.4.1 S. 119 mit Hinweisen). Da die Beschwerdeführer Beweismassnahmen an den Bauten begehren, deren Abbruch bevorsteht, hätten sie konkret behaupten müssen, welche (in der Expertise E. \_\_\_\_\_ nicht enthaltenen) Feststellungen an diesen Bauten sie für die von ihnen in der Widerklage behaupteten Mängel oder für die behauptete Verletzung der Regeln der Baukunde als erforderlich erachten. Die allgemeine Behauptung, die tatsächlichen Grundlagen seien im Gutachten E. \_\_\_\_\_ nicht hinreichend erhoben, genügt dafür nicht. Mit dem Hinweis auf entsprechende prozessuale Anforderungen, namentlich mit der Aufforderung, einen konkreten Fragenkatalog zu erstellen, haben die Vorinstanzen entgegen der Auffassung der Beschwerdeführer den Grundsatz von Treu und Glauben nicht verletzt. Die Beschwerde ist - soweit sie den Rügeanforderungen überhaupt genügt - unbegründet.

### **E. 3**

Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Bei diesem Verfahrensausgang sind die Gerichtskosten den Beschwerdeführern (solidarisch, intern je zur Hälfte) zu auferlegen ( Art. 66 Abs. 1 und 5 BGG ). Diese haben der anwaltlich vertretenen Beschwerdegegnerin für das bundesgerichtliche Verfahren die Parteikosten zu ersetzen ( Art. 68 Abs. 1 und 4 BGG ).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.