

# LU\_GERICHTE 1B 13 27 vom 18. November 2013

LU Gerichte, 2013-11-18, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/lu\\_gerichte\\_1B\\_13\\_27](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/lu_gerichte_1B_13_27)

FR: LU\_GERICHTE 1B 13 27 du 18 novembre 2013

IT: LU\_GERICHTE 1B 13 27 del 18 novembre 2013

## Regeste

Art. 367 Abs. 2 OR. Die Ernennung des Sachverständigen setzt einzig das Begehren einer Partei des Werkvertrags voraus. Mängel müssen nicht behauptet werden, das Vortragen solcher schadet aber auch nicht. Aufgaben des gerichtlich bestellten Sachverständigen. | OR (Obligationenrecht)

## Erwägungen

### E. 1

Das Bezirksgericht (...) habe im Sinne der Abnahme eines Werkes nach Art. 367 Abs. 2 OR ein Sachverständigengutachten anzuordnen über die folgenden Mängel am Haus (...): a. Die Gesuchsgegnerin beging Planungsfehler; b. Subunternehmer haben ihre Arbeiten mangelhaft ausgeführt; c. Subunternehmer haben bei der Ausführung ihrer Arbeiten die Werklieferungen anderer Subunternehmer beschädigt; d. Die Generalunternehmerin hat bisher auf die Ausführung bestimmter, vertraglich geschuldeter Arbeiten verzichtet und ist damit säumig.

### E. 2

Der Sachverständige habe sich zu folgenden Fragen zu äussern: a. Welche Mängel sind festzustellen? b. Was sind die Ursachen dieser Mängel? c. Wie können die festgestellten Mängel beseitigt werden? d. Müssen Werkteile ersetzt werden? Wenn ja, welche? e. Sind die geltenden Regeln der Baukunst eingehalten worden? Mit Entscheid vom 7. Mai 2013 wies das Bezirksgericht das Gesuch im Wesentlichen mit der Begründung ab, die von den Gesuchstellern gestellten Fragen seien zu weit gehend formuliert, d.h. nicht ausreichend substantiiert und würden sich auf Rechtsfragen beziehen. Das Kantonsgericht hiess die dagegen erhobene Berufung gut. Aus den Erwägungen: 8. Die Vorinstanz wies das Gesuch (...) ab, weil die Gesuchsteller in ihrem Antrag Ziff. 1 von vorneherein von Mängeln ausgingen, für die die Gesuchsgegnerin und am Neubau beteiligte Subunternehmer verantwortlich sein sollen. Damit würden die Gesuchsteller verkennen, dass die Beantwortung von Rechtsfragen wie die Mangelhaftigkeit und deren Verantwortung dem Gericht und nicht dem Sachverständigen vorbehalten seien. Dies gelte auch für die Feststellung der Gesuchsteller, dass die Gesuchsgegnerin auf die Ausführung bestimmter, vertraglich geschuldeter Arbeiten verzichtet haben und damit säumig geworden sein soll. Ebenso bezöge sich Antrag Ziff. 2 auf Fragen, für deren Beantwortung das Gericht und nicht der Sachverständige nach Art. 367 Abs. 2 OR zuständig sei, weshalb auch Antrag Ziff. 2 abzuweisen sei. 8.1. Zutreffend ist, dass die amtliche Tatbestandsaufnahme nach Art. 367 Abs. 2 OR nicht dazu benutzt werden darf, um ein sachverständiges Gutachten über Rechtsfragen (wie Verantwortlichkeit, Schlechterfüllung des Vertrags oder geschuldete Vergütung) einzuholen (Gauch, Der Werkvertrag, 5. Aufl. 2011, N 1522). Vielmehr dient die Tätigkeit des Sachverständigen der Sicherung des Beweises für die Mangelhaftigkeit

oder Mangelfreiheit des abgelieferten Werkes. Über den engen Wortlaut des Art. 367 Abs. 2 OR hinaus darf der amtliche Sachverständige mit der Prüfung und Beurkundung aller tatsächlichen Verhältnisse betraut werden, deren amtliche Feststellung dem erwähnten Sicherungszweck dient. Zur möglichen Aufgabe eines gerichtlich bestellten Sachverständigen gehört es, dass er einen bestimmten Zustand des Werkes (z.B. Risse in der Mauer), dessen Ursachen (z.B. Baugrundsenkung) feststellt oder dem Gericht Auskunft über einschlägige Erfahrungssätze, etwa über die zu einem bestimmten Zeitpunkt anerkannten Regeln der Technik, gibt. Auch hat der Sachverständige sich allenfalls darüber zu äussern, wie das Werk im Einzelnen ausgeführt sein muss, damit es die nach dem Inhalt des konkreten Vertrags geschuldete Sollbeschaffenheit (z.B. die Tauglichkeit zum vertraglich vorausgesetzten Gebrauch) aufweist (Gauch, a.a.O., N 1512, 1518; Zindel/Pulver, Basler Komm., 5. Aufl. 2011, Art. 367 OR N 24). Die Feststellung hingegen, welche Beschaffenheit des Werkes geschuldet ist, sprengt den Kompetenzbereich des Sachverständigen. Diese Feststellung betrifft den Vertragsinhalt und ist als Rechtsfrage dem Richter vorbehalten. Deshalb kann es nicht Sache des Gutachters sein, die Mangelhaftigkeit des Werkes im Sinne des Werkvertragsrechts zu bejahen oder zu verneinen (Gauch, a.a.O., N 1513).

8.2. Die Vorinstanz leitet aus dem Gesuchsantrag Ziff. 1 ab, die Gesuchsteller wollten vom Sachverständigen Rechtsfragen beantwortet haben, was unzulässig sei. Zu dieser Beurteilung kommt sie, weil die Gesuchsteller von vorneherein von Mängeln ausgingen, für die die Gesuchsgegnerin und am Neubau beteiligte Subunternehmer verantwortlich sein sollen. Aus der Begründung des Gesuchs, die für die Auslegung der Rechtsbegehren beizuziehen ist (BGer Urteil 4A\_287/2009 vom 24.8.2009 E. 1.1), ergibt sich indes, dass sich der Antrag auf die im Gesuch aufgelisteten Planungs- und Ausführungsfehler sowie auf die Beschädigungen durch Subunternehmer und auf die unfertigen Arbeiten bezieht. Als Planungsfehler werden etwa aufgeführt: "A2. Die Schwellenhöhe bei den Hebeschiebetüren ist ungenügend" oder "Bei der Pergola fehlt die Wassernase." Auch die weiteren Mängelpositionen (insgesamt 23 Positionen) geben Mängel wieder, die aus Sicht der Gesuchsteller (noch) bestehen. Zur Prüfung des Werkes verlangen die Gesuchsteller die Einsetzung eines Experten bzw. eines Expertenteams. Gleich wie der Besteller selber hat der Sachverständige zu prüfen, ob das abgelieferte Werk die vorausgesetzten und die vertraglich zugesicherten Eigenschaften aufweist (Zindel/Pulver, a.a.O., Art. 367 OR N 9). Die Prüfung, ob die festgestellten Mängel Werkmängel im rechtlichen Sinne darstellten und wer dafür die Verantwortung zu tragen habe, haben die Gesuchsteller entgegen der Ansicht der Vorinstanz nicht beantragt. Vielmehr haben sie lediglich eine Tatbestandsaufnahme verlangt. Die Ernennung des Sachverständigen geschieht auf Antrag voraussetzungslos (Bühler, Zürcher Komm., 3. Aufl. 1998, Art. 367 OR N 44), insbesondere müssen keine Mängel behauptet werden. Den Gesuchstellern kann daher nicht schaden, wenn sie Mängel vortragen. Der Sachverständige hat unabhängig davon die Kompetenz, deren Bestand zu bejahen oder zu verneinen. Er hat nur – aber immerhin – den Zustand des Werkes, allfällige Mängel, deren Ursachen sowie gegebenenfalls Verbesserungsmassnahmen festzustellen bzw. vorzuschlagen (Zindel/Pulver, a.a.O., Art. 367 OR N 24). Die Gesuchsteller haben mit ihrem Antrag Ziff. 2 im Gesuch vom 22. Februar 2013 an sich nichts Anderes als eine solche Befundaufnahme verlangt.

8.3. Nach dem Ausgeführten folgt, dass die Vorinstanz das Gesuch der Gesuchsteller um Ernennung eines Sachverständigen zwecks Prüfung des Einfamilienhauses (...) auf Mängel zu Unrecht abgewiesen hat. Der angefochtene Entscheid wird daher aufgehoben und die Sache zur Anordnung einer

Sachverständigenprüfung im Sinn von Art. 367 Abs. 2 OR an die Vorinstanz zurückgewiesen. Diese hat allenfalls die Fragen an den Sachverständigen selber zu formulieren (Art. 255 lit. b ZPO), um den Kompetenzbereich des Sachverständigen nach Art. 367 Abs. 2 OR nicht zu sprengen.

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