

SO_GERICHTE ZKBER.2016.89 vom 1. Dezember 2016

SO Obergericht, 2016-12-01, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so_gerichte_ZKBER.2016.89

FR: SO_GERICHTE ZKBER.2016.89 du 1 décembre 2016

IT: SO_GERICHTE ZKBER.2016.89 del 1 dicembre 2016

Erwägungen

E. 1

Die Stockwerkeigentümergeinschaft B.____ (im Folgenden die Gesuchstellerin) stellte am 8. Juli 2016 beim Richteramt Olten-Gösigen ein Gesuch um vorsorgliche Beweisführung und Befundaufnahme gemäss Art. 158 ZPO / Art. 367 OR gegen die A.____ AG (im Folgenden die Gesuchsgegnerin). Gemäss Betreff geht es um Mängel an der Überbauung [...].

E. 2

Die Gesuchsgegnerin beantragte in ihrer Gesuchsantwort vom 2. August 2016, das Gesuch um vorsorgliche Beweisführung und Befundaufnahme sei abzuweisen, u.K.u.E.F.

E. 3

Am 6. Oktober 2016 erliess die Amtsgerichtspräsidentin folgende Verfügung:

1. Die vorsorgliche Beweisabnahme und Befundaufnahme durch einen Experten wird bewilligt.

2. Dem Experten sind folgende Fragen vorzulegen:

1. Welche Mängel bestehen an der Überbauung [...]

2. Bestehen die Mängel gemäss Mängelliste vom 6. Januar 2016, Gesuchsbeilage 31, an der Überbauung [...](ohne Mangel Umgebung Westhang, Grenze Garagenausfahrt/Strasse, gemäss Mail von C.____ vom 23.5.2016, Gesuchsbeilage 32)?

3. Was sind die Ursachen der einzelnen Mängel?

4. Inwieweit sind diese Ursachen auf die Verletzung allgemeiner Regeln der Baukunst (Ausführungs- und/oder Planungsfehler) zurückzuführen?

5. Mit welchen Massnahmen können die Mängel behoben werden?

6. Welches sind die Kosten für die Mängelbehebung?

7. Für welche Mängel ist die Gesuchsgegnerin verantwortlich?

8. Hat der Experte ergänzende Bemerkungen anzubringen?

9. Der Experte soll das angetroffene Schadensbild in geeigneter Weise (z.B. mittels Fotoaufnahmen und Beschrieben) festzuhalten

3. Den Parteien wird Frist gesetzt bis 7. November 2016 zur Einreichung von Expertenvorschlägen. Reicht keine Partei einen Vorschlag ein, wird das Verfahren als erledigt abgeschlossen.

4. Nach Eingang des Kostenvoranschlags des Experten wird ein weiterer Kostenvorschuss verlangt.

E. 4

Frist- und formgerecht erhob die Gesuchsgegnerin am 20. Oktober 2016 Berufung gegen diese Verfügung und verlangte deren Aufhebung und die Abweisung der beantragten vorsorglichen Beweisführung, u.K.u.E.F. Eventualiter beantragte sie, es seien die Fragen gemäss der Ziffern 2.1., 2.2. und 2.7. nicht zu genehmigen und die Sache sei zur Fortsetzung des Verfahrens und zur Durchführung der Beweisaufnahme an die Vorinstanz zurückzuweisen.

E. 4.1

Dem Sachverständigen sind bloss Sach-, aber keine Rechtsfragen zu unterbreiten. Die Feststellung, 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 Sachverständigen sein, die Mangelhaftigkeit des Werkes im Sinne des Werkvertragsrechtes zu bejahen oder verneinen (Peter Gauch: Der Werkvertrag, Zürich Basel Genf 2011, Rdz 1513). Dies gilt sinngemäss auch im Bereich der Beweissicherung, namentlich der amtlich angeordneten Tatbestandsaufnahme nach Art. 367 Abs. 2 OR. Selbst mit Zustimmung der Parteien darf diese Tatbestandsaufnahme nicht dazu benutzt werden, um ein Gutachten über Rechtsfragen wie Verantwortlichkeit, Schlechterfüllung oder geschuldete Vergütung einzuholen (Peter Gauch, a.a.O., Rdz 1522). Rechtliche Fragen zu Verschulden, Verantwortung und Haftung darf und kann der Gutachter nicht beantworten, da dies die Kenntnis der rechtlichen Beziehungen der Parteien namentlich der Verträge einschliesslich der allgemeinen Geschäftsbedingungen und die Fähigkeit zu derer korrekter Würdigung voraussetzt. Eine Kenntnis bzw. Fähigkeit, über die der nur zwecks Tatsachenfeststellung beigezogene Gutachter eben gerade nicht verfügt (Peter Reetz: Der Bauprozess: er steht und fällt mit dem Beweis, in: Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht (Hrsg.), Schweizerische Baurechtstagung 2009, Tagungsunterlage 2009, Freiburg 2009, S. 124 und 127).

E. 4.2

Auch Christoph Locher (a.a.O., S. 208 f.) findet es richtig, dass es nicht Aufgabe des Gutachters sein kann, Rechtsfragen zu beurteilen. Wenn umstritten ist, was der Inhalt des Vertrages ist, ob z. B. eine Eigenschaft vereinbart ist oder nicht, dann ist letztlich der Richter berufen, den Vertrag zu interpretieren und zu entscheiden, wie der vertragliche Sollzustand zu verstehen ist. Im Rahmen einer Befundaufnahme nach Art. 367 Abs. 2 OR gibt es indessen keinen Raum, den Inhalt des Vertrages zu klären. In diesem Summarverfahren wird nur über die Einsetzung des Gutachters und über die ihm zu unterbreitenden Fragen entschieden. Im Zweifel soll daher der Richter eine umstrittene Eigenschaft als vereinbart annehmen und den Gutachter beauftragen, zu prüfen, ob sie gegeben ist. Sollte sich dann in einem ordentlichen Hauptverfahren zeigen, dass diese Eigenschaft gleichwohl nicht vereinbart wurde, so werden die entsprechenden Befunde des Sachverständigen hinfällig. In diesem Sinne ist der Schluss des Gutachters, es liege ein Mangel vor, relativ und nicht abschliessend. Er steht unter dem Vorbehalt, dass sich in einem allfälligen Hauptverfahren nicht herausstellt, dass die Eigenschaft, die der Sachverständige als vertraglich geschuldet unterstellt hat, eben doch nicht vertraglich

geschuldet ist. Die Abweichung des Werkes von einer bestimmten Eigenschaft stellt der Sachverständige fest. Ob diese Eigenschaft vertraglich vereinbart war, beurteilt der Richter, und zwar im ordentlichen Verfahren. Das heisst, mit dem Befund des Gutachters, dass ein Mangel gegeben sei, ist die Frage der Mangelhaftigkeit nicht abschliessend beantwortet.

E. 4.3

Die Auffassung von Christoph Locher ist differenzierter als diejenige von Peter Gauch und Peter Reetz. Sie ist ausführlich begründet, bezieht sich unmittelbar auf die summarischen Verfahren und setzt insbesondere die Prüfung des Werkes durch einen Sachverständigen nach Art. 367 Abs. 2 OR in einen Zusammenhang mit der Prüfung durch den Besteller selbst nach Absatz 1 dieser Bestimmung. Prüft der Besteller das Werk nach Art. 367 Abs. 1 OR, vergleicht er es mit dem Vertrag und kontrolliert, ob das abgelieferte Werk alle Eigenschaften hat, die es nach Vertrag haben muss. Ist dies nicht der Fall, liegt ein Mangel im Sinne des Gesetzes vor, denn ein Mangel ist eine Vertragsabweichung. Ohne Kenntnis des Vertrages ist somit eine Prüfung des Werkes meist nicht möglich. Die Prüfung durch den Besteller beruht auf seinen eigenen Behauptungen, was nach Vertrag geschuldet ist und wie sich das Werk tatsächlich präsentiert. Diese Parteibehauptungen sind jedoch weder für den Unternehmer noch für das Gericht bindend (Christoph Locher, a.a.O., S. 208).

Vielmehr steht die Mängelrüge des Bestellers unter dem Vorbehalt, dass der Richter ebenfalls zum Ergebnis gelangt, eine vom Besteller als geschuldet behauptete Eigenschaft sei geschuldet. Der Besteller kann die Prüfung des Werkes einem amtlich bestellten Sachverständigen übertragen. Die Prüfung durch diesen Sachverständigen ersetzt die dem Besteller obliegende Prüfung. Damit wird klar, dass die gutachterliche Prüfung nach Art. 367 Abs. 2 OR nach den genau gleichen Regeln zu erfolgen hat wie die Prüfung durch den Besteller selber: Auch der Sachverständige hat das Werk hinsichtlich seiner Beschaffenheit zu prüfen, d.h. zu prüfen, ob die Eigenschaften des abgelieferten Werkes dem Vertrag entsprechen. Der Sachverständige kann daher ohne Weiteres beauftragt werden, das Werk umfassend auf das Vorliegen von Mängeln zu prüfen (Christoph Locher, a.a.O., S. 208).

E. 4.4

Für die Auffassung von Christoph Locher spricht schliesslich auch der Begriff des Mangels selbst. Im Duden wird der Begriff wie folgt umschrieben: «Fehlen von etwas, was vorhanden sein sollte, was gebraucht wird» oder «etwas, was an einer Sache nicht so ist, wie es sein sollte, was die Brauchbarkeit beeinträchtigt und von jemandem als unvollkommen, schlecht o.ä. beanstandet wird». Der Begriff «Mangel» verlangt demnach einen Bezug zu etwas, was vorgegeben ist, sei dies eine Vertrags- oder eine Soll-Vorstellung. Dementsprechend ist die Frage nach der Mangelhaftigkeit eines Bauwerks sogar eine gemischte Tat- und Rechtsfrage. Für ihre Beantwortung sind die tatsächlichen (technischen) Eigenschaften eines Werkes ebenso massgebend wie die Eigenschaften, welche das Werk nach dem konkreten Vertrag aufweisen sollte (Alfred Bühler: Erwartungen des Richters in den Sachverständigen, in AJP 1999, S. 574). Die Bezugsgrösse, nämlich was nach dem Vertrag verlangt werden darf, wird letztlich vom Richter beurteilt. In diesem Punkt, und das ist der Wesentliche, sind sich Peter Gauch und Peter Reetz auf der einen und Christoph Locher der anderen Seite einig. In rechtlicher Hinsicht kommt dem Gutachten keine - vorentscheidende - Wirkung zu. In all diesen Punkten dieselbe Meinung vertreten hat auch schon das Kantonsgericht Luzern in seinem Urteil vom 18. November 2013 (Fallnummer 1B 13 27, LGVE 2013 I Nr. 37).

5. Vor diesem Hintergrund sind die von der Amtsgerichtspräsidentin bewilligten Fragen nicht zu beanstanden. Einzige Ausnahme ist diejenige, für welche Mängel die Gesuchsgegnerin verantwortlich ist. Hier kann dem Begriff «Verantwortlichkeit» keine andere Bedeutung beigemessen werden als ein rechtliches Einstehenmüssen für die Mängel. Dies gilt umso mehr, als in Frage 3 bereits nach den Ursachen der allenfalls festgestellten Mängel und in Frage 4 nach einer Verletzung der Regeln der Baukunst gefragt wurde. Auch das Kantonsgericht Luzern hat im erwähnten Urteil in der Frage, wer für die Mängel die Verantwortung trägt, etwas anderes als eine Tatbestandsaufnahme erblickt. Die Frage nach der Verantwortlichkeit ist deshalb zu streichen und dem Experten nicht zu unterbreiten. Sie wird vom Richter zu beurteilen sein. Im Übrigen aber bietet insbesondere Art. 367 Abs. 2 OR eine Grundlage für eine umfassende Prüfung des Werkes. Die vorsorgliche Beweisführung und die Prüfung nach Art. 367 Abs. 2 OR erfolgen vorerst auf Kosten der Gesuchstellerin. In einem allfälligen späteren ordentlichen Prozess wird dann der Richter darüber zu entscheiden haben, inwiefern insbesondere die gemäss Mängelliste beanstandeten Werkteile Bestandteil der abgeschlossenen Kaufverträge gewesen sind und damit auch, inwiefern die tatsächlichen Feststellungen des Experten überhaupt von Nutzen sind. Insofern sind die von der Gesuchsgegnerin erhobenen Einwände verfrüht. Zudem widerspricht es Charakter und Zweck des vorliegenden Summarverfahrens, den genauen Vertragsinhalt bereits im jetzigen Zeitpunkt endgültig zu eruieren. Vielmehr liegt das letzte Wort zur Rechtsfrage nach dem Vertragsinhalt beim ordentlichen Richter. Lediglich in Bezug auf die Frage nach der Verantwortung liegt die Sache anders. Diese kann bereits im jetzigen Zeitpunkt eindeutig als eine rein rechtliche qualifiziert werden. Es bleibt der Gesuchsgegnerin offen, in einem allfälligen Hauptprozess darauf hinzuwirken, dass der Richter eigene rechtliche Entscheide trifft und nicht allfällige rechtliche Ausführungen des Experten in unzulässiger Weise übernimmt. Diese Gefahr besteht bei Gutachten indessen regelmässig, zumal in der Praxis die Grenzen zwischen zulässigen und unzulässigen Gutachtensinhalten mitunter (zwangsläufig) verschwinden (Thomas Weibel in: Thomas Sutter-Somm et al. [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich Basel Genf 2016, Art. 183 N 5). Die Gefahr ist umso grösser, wenn sich wie vorliegend die Feststellungen des Experten zum Vorliegen von Mängeln zwangsläufig an einer vorbestehenden Bezugsgrösse orientieren müssen.

E. 5

Die Gesuchstellerin schloss in ihrer Berufungsantwort vom 4. November 2016 auf vollumfängliche Abweisung der Berufung, u.K.u.E.F.

E. 6

Für die Parteistandpunkte und die Erwägungen der Vorderrichterin wird grundsätzlich auf die Akten verwiesen. Soweit erforderlich, ist nachstehend darauf einzugehen.

II.

1. Die Gesuchsgegnerin bringt zur Begründung ihrer Berufung vor, sie habe auf dem Stammgrundstück [...], die Überbauung [...] erstellt und die entsprechenden Stockwerkeinheiten verkauft. Die Parteien könnten sich seit über vier Jahren nicht über das Vorhandensein von Mängeln an dem von ihr erstellten Werk einigen. Sie habe bereits bei der Vorinstanz vorgebracht, dass im Gesuch in unzulässiger Weise Rechts- und Sachfragen vermischt würden. Darauf sei die Vorinstanz mit keinem Wort eingegangen. Der vom Gericht bestellte Experte habe sich im Rahmen einer vorsorglichen Beweisführung darauf

zu beschränken, den Zustand des Streitobjektes festzustellen. Es sei ihm verwehrt, Rechtsfragen hinsichtlich der Verursachung und der Verantwortlichkeiten zu beantworten, weil dafür die Kenntnis der jeweiligen vertraglichen Leistungspflichten vorausgesetzt wäre. Die vorsorgliche Beweisführung dürfe nicht dazu benutzt werden, um eine Expertise über Rechtsfragen, wie z.B. Verantwortlichkeit oder Schlechterfüllung des Vertrages einzuholen. Die ersten beiden Fragen würden die Mangelhaftigkeit der Überbauung [...] und damit die allfällige Schlechterfüllung betreffen. Diese Rechtsfragen könnten und dürften vom Experten mangels Kenntnis der rechtlichen Beziehungen der Parteien (namentlich Verträge inkl. Nebenvereinbarungen, Rangklauseln, Freizeichnungserklärungen, etc.) nicht beantwortet werden. Die Feststellung, welche Beschaffenheit des Werkes geschuldet sei, betreffe den Vertragsinhalt und sei als Rechtsfrage dem Richter vorbehalten. Es könne deshalb nicht Aufgabe des Experten sein, die Mangelhaftigkeit des Werkes im Sinne des Werkvertragsrechts zu bejahen oder zu verneinen. Ihrer Auffassung nach seien die von der Gesuchstellerin gemäss Mängelliste vom 6. Januar 2016 beanstandeten Werkteile nicht Bestandteil der abgeschlossenen Kaufverträge gewesen. Diese seien mehrheitlich vorbestehende Bauten und seien von der Gesuchstellerin im bestehenden Zustand ohne Gewährleistungspflicht übernommen worden. Hier müsse zuerst die Rechtsfrage beantwortet werden, ob ein bestimmter Zustand dieser Werkteile vertraglich zugesichert worden sei. Sofern die ersten beiden Expertenfragen betreffend die Mängel unzulässig seien, erübrigten sich die Fragen nach deren Ursachen, der Verletzung allgemeiner Regeln der Baukunst und nach Massnahmen und Kosten der Mangelbehebung. Unzulässig sei auch die Frage nach ihrer Verantwortlichkeit, da es sich dabei um eine Rechtsfrage handle. Die Fragen gemäss Ziff. 2.8. und 2.9. der angefochtenen Verfügung seien zwar grundsätzlich zulässig, für sich alleine jedoch nicht zielführend, weshalb die angefochtene Verfügung insgesamt aufzuheben sei.

2. Die Gesuchstellerin entgegnet in ihrer Berufungsantwort, es sei nicht nur eine vorsorgliche Beweisführung beantragt und angeordnet worden, sondern ebenfalls eine Befundaufnahme nach Art. 367 Abs. 2 OR. Im Rahmen der Befundaufnahme werde das Objekt gesamthaft geprüft, ohne dass einzelne Mängel behauptet werden müssten, dies im Unterschied zur vorsorglichen Beweisführung. Der Gutachter vergleiche das Werk mit dem Vertrag und prüfe, ob das abgelieferte Werk alle Eigenschaften habe, die es nach Vertrag haben müsse. Der Gutachter habe das Werk insgesamt mit dem Vertrag zu vergleichen. Der Sachverständige könne daher ohne Weiteres damit beauftragt werden, das Werk umfassend auf das Vorliegen von Mängeln zu prüfen. Mit der Feststellung, dass das Werk vom Vertrag abweiche, d.h., dass ein Mangel gegeben ist, sei automatisch auch die Schlechterfüllung des Vertrages festgestellt. Diese Feststellungen des Experten seien für das Gericht jedoch nicht bindend, da im Summarverfahren betreffend vorsorglicher Beweisführung und Befundaufnahme der Inhalt des Vertrages nicht einlässlich geklärt werden könne. Hier werde nur über die Einsetzung des Gutachters und über die ihm zu unterbreitenden Fragen entschieden. Kontroverse Vertragsinterpretationen seien Gegenstand des ordentlichen Hauptverfahrens und Sache des Richters. Im Zweifel habe der Richter eine umstrittene Eigenschaft als vereinbart anzunehmen und den Gutachter zur Prüfung zu beauftragen, ob sie gegeben sei. Die entsprechenden Befunde des Sachverständigen würden hinfällig, wenn diese Eigenschaft nicht Vertragsbestandteil wäre. Die Feststellung fehlerhafter Zustände und derer Ursachen sei keine Rechts-, sondern eine Sachfrage. Die Auseinandersetzung über den Vertragsinhalt erfolge dann im Hauptprozess und sei nicht Gegenstand des Summarverfahrens. Trotzdem würden die Behauptungen der Gesuchsgegnerin zum

Vertragsinhalt bestritten. So sei beispielsweise die Mauer Südhang keine mehrheitlich vorbestehende Baute, sondern von der Gesuchsgegnerin erstellt worden, ansonsten es keine Sitzplätze für die Parterrewohnungen gäbe. Die tatsächlichen Feststellungen des Sachverständigen hinsichtlich der Verantwortlichkeit der Gesuchsgegnerin für die festzustellenden Mängel implementiere keineswegs gleich auch die Feststellung allfälliger Verletzung gesetzlicher Sorgfaltspflichten. Die Verletzung von Sorgfaltspflichten bzw. die rechtliche Würdigung der Haftung sei nicht Thema der Examinierung des Experten. Eine solche sei weder beantragt noch verfügt worden.

3. Einziger Gegenstand der Berufung der Gesuchsgegnerin ist die Rüge, die Vorderrichterin unterbreite mit den von ihr bewilligten Fragen dem Experten Rechts- und nicht Tatsachenfragen. Darüber hinaus bestreitet sie in ihrer Berufung in keiner Weise, dass die Anwendbarkeit und die Voraussetzungen einer vorsorglichen Beweisführung nach Art. 158 ZPO gegeben sind. Sie verliert insbesondere auch kein Wort über die Werkprüfung nach Art. 367 Abs. 2 OR, obwohl sich die Möglichkeiten, welche die beiden Bestimmungen eröffnen, durchaus unterscheiden (Christoph Locher, Befundaufnahme und vorsorgliche Beweisführung in: BR 2015 S. 210). Nachfolgend geht es somit einzig und allein um den Inhalt des Gutachterauftrages bzw. um die Zulässigkeit der gestellten Fragen.

E. 6.1

Die Berufung erweist sich demnach als teilweise begründet. Ziffer 2.7. der angefochtenen Verfügung ist aufzuheben und die Frage nach der Verantwortlichkeit ist dem Experten nicht vorzulegen. Die übrigen Fragen aber können ihm unterbreitet werden.

E. 6.2

Der Kostenentscheid für das Berufungsverfahren richtet sich nach dessen Ausgang. Die von der Vorderrichterin bewilligten Expertenfragen sind zum überwiegenden Teil nicht zu beanstanden. Lediglich eine von neun Fragen musste gestrichen werden. Entsprechend sind die Kosten zu verlegen. An die obergerichtlichen Gerichtskosten mit einer Entscheidungsgebühr von CHF 2'000.00 hat die Gesuchsgegnerin einen Anteil von Fr. 1'780.00 und die Gesuchstellerin einen solchen von CHF 220.00 zu bezahlen. Nach der Verrechnung mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss ist der Gesuchsgegnerin der verbleibende Betrag von CHF 1'000.00 zurückzuerstatten. Zudem hat die Gesuchsgegnerin der Gesuchstellerin für das Berufungsverfahren eine reduzierte Parteientschädigung von CHF 1'066.00 (inkl. MWSt und Auslagen) zu bezahlen.

Demnach wird erkannt:

1. Die Berufung wird teilweise gutgeheissen.

2. Ziffer 2.7. der Verfügung der Amtsgerichtspräsidentin 6. Oktober 2016 wird aufgehoben. Die Frage, für welche Mängel die A. ___ AG verantwortlich ist, ist dem Experten nicht vorzulegen. Die übrigen Fragen können dem Experten unterbreitet werden.

3. Die A. ___ AG hat an die Kosten des Berufungsverfahrens von CHF 2'000.00 einen Betrag von CHF 1'780.00 und die Stockwerkeigentümergeinschaft B. ___ einen solchen von CHF 220.00 zu bezahlen. Der Kostenanteil der A. ___ AG wird mit dem von ihr geleisteten Vorschuss verrechnet. Die Stockwerkeigentümergeinschaft B. ___ hat der A. ___ AG CHF 220.00 an die von ihr bevorschussten Kosten zurückzuerstatten. Die restlichen CHF 1'000.00 werden ihr von der Gerichtskasse zurückerstattet.

4. Die A. ___ AG hat der Stockwerkeigentümergeinschaft B. ___ für das Verfahren vor Obergericht eine reduzierte Parteientschädigung von CHF 1'066.00 zu bezahlen.

Rechtsmittel: Der Streitwert liegt über CHF 30'000.00.

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Eröffnung des begründeten Urteils beim Bundesgericht Beschwerde in Zivilsachen eingereicht werden (Adresse: 1000 Lausanne 14). Die Frist wird durch rechtzeitige Aufgabe bei der Schweizerischen Post gewahrt. Die Frist ist nicht erstreckbar. Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder seines Vertreters zu enthalten. Für die weiteren Voraussetzungen sind die Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes massgeblich.

Im Namen der Zivilkammer des Obergerichts

Der Präsident

Der Gerichtsschreiber

Frey

Schaller

E. 7

Für welche Mängel ist die Gesuchsgegnerin verantwortlich?

E. 8

Hat der Experte ergänzende Bemerkungen anzubringen?

E. 9

Der Experte soll das angetroffene Schadensbild in geeigneter Weise (z.B. mittels Fotoaufnahmen und Beschrieben) festzuhalten. 3. Den Parteien wird Frist gesetzt bis 7. November 2016 zur Einreichung von Expertenvorschlägen. Reicht keine Partei einen Vorschlag ein, wird das Verfahren als erledigt abgeschlossen. 4. Nach Eingang des Kostenvoranschlags des Experten wird ein weiterer Kostenvorschuss verlangt. 4. Frist- und formgerecht erhob die Gesuchsgegnerin am 20. Oktober 2016 Berufung gegen diese Verfügung und verlangte deren Aufhebung und die Abweisung der beantragten vorsorglichen Beweisführung, u.K.u.E.F. Eventualiter beantragte sie, es seien die Fragen gemäss der Ziffern 2.1., 2.2. und 2.7. nicht zu genehmigen und die Sache sei zur Fortsetzung des Verfahrens und zur Durchführung der Beweisaufnahme an die Vorinstanz zurückzuweisen. 5. Die Gesuchstellerin schloss in ihrer Berufungsantwort vom 4. November 2016 auf vollumfängliche Abweisung der Berufung, u.K.u.E.F. 6. Für die Parteistandpunkte und die Erwägungen der Vorderrichterin wird grundsätzlich auf die Akten verwiesen. Soweit erforderlich, ist nachstehend darauf einzugehen. II. 1. Die Gesuchsgegnerin bringt zur Begründung ihrer Berufung vor, sie habe auf dem Stammgrundstück [...], die Überbauung [...] erstellt und die entsprechenden Stockwerkeinheiten verkauft. Die Parteien könnten sich seit über vier Jahren nicht über das Vorhandensein von Mängeln an dem von ihr erstellten Werk einigen. Sie habe bereits bei der Vorinstanz vorgebracht, dass im Gesuch in unzulässiger Weise Rechts- und Sachfragen vermischt würden. Darauf sei die Vorinstanz mit keinem Wort eingegangen. Der vom Gericht bestellte Experte habe sich im Rahmen einer vorsorglichen Beweisführung darauf zu beschränken, den Zustand des Streitobjektes festzustellen. Es sei ihm verwehrt, Rechtsfragen hinsichtlich der Verursachung und der Verantwortlichkeiten zu beantworten, weil dafür die Kenntnis der jeweiligen vertraglichen Leistungspflichten vorausgesetzt wäre. Die vorsorgliche Beweisführung dürfe nicht dazu benutzt werden, um eine Expertise über

Rechtsfragen, wie z.B. Verantwortlichkeit oder Schlechterfüllung des Vertrages einzuholen. Die ersten beiden Fragen würden die Mangelhaftigkeit der Überbauung [...] und damit die allfällige Schlechterfüllung betreffen. Diese Rechtsfragen könnten und dürften vom Experten mangels Kenntnis der rechtlichen Beziehungen der Parteien (namentlich Verträge inkl. Nebenvereinbarungen, Rangklauseln, Freizeichnungserklärungen, etc.) nicht beantwortet werden. Die Feststellung, welche Beschaffenheit des Werkes geschuldet sei, betreffe den Vertragsinhalt und sei als Rechtsfrage dem Richter vorbehalten. Es könne deshalb nicht Aufgabe des Experten sein, die Mangelhaftigkeit des Werkes im Sinne des Werkvertragsrechts zu bejahen oder zu verneinen. Ihrer Auffassung nach seien die von der Gesuchstellerin gemäss Mängelliste vom 6. Januar 2016 beanstandeten Werkteile nicht Bestandteil der abgeschlossenen Kaufverträge gewesen. Diese seien mehrheitlich vorbestehende Bauten und seien von der Gesuchstellerin im bestehenden Zustand ohne Gewährleistungspflicht übernommen worden. Hier müsse zuerst die Rechtsfrage beantwortet werden, ob ein bestimmter Zustand dieser Werkteile vertraglich zugesichert worden sei. Sofern die ersten beiden Expertenfragen betreffend die Mängel unzulässig seien, erübrigten sich die Fragen nach deren Ursachen, der Verletzung allgemeiner Regeln der Baukunst und nach Massnahmen und Kosten der Mangelbehebung. Unzulässig sei auch die Frage nach ihrer Verantwortlichkeit, da es sich dabei um eine Rechtsfrage handle. Die Fragen gemäss Ziff. 2.8. und 2.9. der angefochtenen Verfügung seien zwar grundsätzlich zulässig, für sich alleine jedoch nicht zielführend, weshalb die angefochtene Verfügung insgesamt aufzuheben sei. 2. Die Gesuchstellerin entgegnet in ihrer Berufungsantwort, es sei nicht nur eine vorsorgliche Beweisführung beantragt und angeordnet worden, sondern ebenfalls eine Befundaufnahme nach Art. 367 Abs. 2 OR. Im Rahmen der Befundaufnahme werde das Objekt gesamthaft geprüft, ohne dass einzelne Mängel behauptet werden müssten, dies im Unterschied zur vorsorglichen Beweisführung. Der Gutachter vergleiche das Werk mit dem Vertrag und prüfe, ob das abgelieferte Werk alle Eigenschaften habe, die es nach Vertrag haben müsse. Der Gutachter habe das Werk insgesamt mit dem Vertrag zu vergleichen. Der Sachverständige könne daher ohne Weiteres damit beauftragt werden, das Werk umfassend auf das Vorliegen von Mängeln zu prüfen. Mit der Feststellung, dass das Werk vom Vertrag abweiche, d.h., dass ein Mangel gegeben ist, sei automatisch auch die Schlechterfüllung des Vertrages festgestellt. Diese Feststellungen des Experten seien für das Gericht jedoch nicht bindend, da im Summarverfahren betreffend vorsorglicher Beweisführung und Befundaufnahme der Inhalt des Vertrages nicht einlässlich geklärt werden könne. Hier werde nur über die Einsetzung des Gutachters und über die ihm zu unterbreitenden Fragen entschieden. Kontroverse Vertragsinterpretationen seien Gegenstand des ordentlichen Hauptverfahrens und Sache des Richters. Im Zweifel habe der Richter eine umstrittene Eigenschaft als vereinbart anzunehmen und den Gutachter zur Prüfung zu beauftragen, ob sie gegeben sei. Die entsprechenden Befunde des Sachverständigen würden hinfällig, wenn diese Eigenschaft nicht Vertragsbestandteil wäre. Die Feststellung fehlerhafter Zustände und derer Ursachen sei keine Rechts-, sondern eine Sachfrage. Die Auseinandersetzung über den Vertragsinhalt erfolge dann im Hauptprozess und sei nicht Gegenstand des Summarverfahrens. Trotzdem würden die Behauptungen der Gesuchsgegnerin zum Vertragsinhalt bestritten. So sei beispielsweise die Mauer Südhang keine mehrheitlich vorbestehende Baute, sondern von der Gesuchsgegnerin erstellt worden, ansonsten es keine Sitzplätze für die Parterrewohnungen gäbe. Die tatsächlichen Feststellungen des Sachverständigen hinsichtlich der Verantwortlichkeit der Gesuchsgegnerin für die festzustellenden Mängel implementiere keineswegs gleich auch

die Feststellung allfälliger Verletzung gesetzlicher Sorgfaltspflichten. Die Verletzung von Sorgfaltspflichten bzw. die rechtliche Würdigung der Haftung sei nicht Thema der Examinierung des Experten. Eine solche sei weder beantragt noch verfügt worden. 3. Einziger Gegenstand der Berufung der Gesuchsgegnerin ist die Rüge, die Vorderrichterin unterbreite mit den von ihr bewilligten Fragen dem Experten Rechts- und nicht Tatsachenfragen. Darüber hinaus bestreitet sie in ihrer Berufung in keiner Weise, dass die Anwendbarkeit und die Voraussetzungen einer vorsorglichen Beweisführung nach Art. 158 ZPO gegeben sind. Sie verliert insbesondere auch kein Wort über die Werkprüfung nach Art. 367 Abs. 2 OR, obwohl sich die Möglichkeiten, welche die beiden Bestimmungen eröffnen, durchaus unterscheiden (Christoph Locher, Befundaufnahme und vorsorgliche Beweisführung in: BR 2015 S. 210). Nachfolgend geht es somit einzig und allein um den Inhalt des Gutachterauftrages bzw. um die Zulässigkeit der gestellten Fragen.

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