

Beweissicherung im Werkvertragsrecht

Wer Mängel eines Werkes anlässlich der Abnahme des Werkes durch einen gerichtlich bestimmten Gutachter feststellen lassen will, beruft sich in der Regel auf Art. 367 Abs. 2 OR, wonach sowohl der Unternehmer als auch der Besteller berechnigt sind, auf eigene Kosten eine Prüfung des Werkes durch Sachverständige «und die Beurkundung des Befundes» zu verlangen. Art. 367 Abs. 2 OR hat dabei den Vorteil, dass so eine Beweissicherung erfolgen kann, ohne dass die Voraussetzung einer zivilprozessualen Beweissicherung nach Massgabe von Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO gegeben sein müssen. Ein Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich scheint dieser Praxis nun aber ein Ende setzen zu wollen.

A l'occasion de la livraison d'un ouvrage, celui qui désire faire constater l'existence d'un défaut par un expert désigné par un juge invoque généralement l'art. 367 al. 2 CO en vertu duquel tant le maître d'ouvrage que l'entrepreneur ont le droit de demander, à leurs frais, que l'ouvrage soit examiné par des experts et qu'il soit dressé «acte de leurs constatations». L'art. 367 al. 2 CO présente ainsi l'avantage qu'une telle mesure conservatoire peut être réalisée sans que les conditions de procédure fixées par l'art. 158 al. 1 let. b CPC ne soient remplies. Un arrêt du Tribunal cantonal zurichois paraît toutefois vouloir mettre un terme à cette pratique.

Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich vom 26. Januar 2012 (LF110103-O/U).

Thomas Siegenthaler, Dr. iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Bau- und Immobilienrecht, Winterthur
Peter Reetz, PD Dr. iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Bau- und Immobilienrecht, Küsnacht/Zürich

Der Fall

(209) Eine Bauherrschaft verlangte beim Bezirksgericht die Einsetzung eines Sachverständigen zwecks Prüfung von Sanierungsarbeiten und allfälliger Feststellung von Mängeln. Das Bezirksgericht wies das Begehren ab. Die Bauherrschaft gelangte mit Berufung an das Obergericht.

Der Entscheid

Ausgangspunkt ist Art. 158 Abs. 1 ZPO, wonach das Gericht nach den Bestimmungen über die vorsorglichen Massnahmen jederzeit Beweis abnimmt, wenn a) das Gesetz einen entsprechenden Anspruch gewährt oder wenn b) eine Gefährdung der Beweismittel oder ein schutzwürdiges Interesse glaubhaft gemacht wird. Art. 367 OR sieht vor, dass der Werkbesteller, sobald es nach dem üblichen Geschäftsgang tunlich ist, die Beschaffenheit des Werkes zu prüfen hat und dem Unternehmer allfällige Mängel melden muss (Mängelrüge). Beide Beteiligten können eine Prüfung des Werkes durch Sachverständige und die Beurkundung des Befundes verlangen (Art. 367 Abs. 2 OR).

Die Bauherrschaft machte geltend, es liege ein Fall von Art. 158 Abs. 1 lit. a ZPO vor, denn diese Bestimmung sehe vor, dass das Gericht jederzeit Beweis abnimmt, wenn das Gesetz einen entsprechenden Anspruch gewährt. Einen entsprechenden Anspruch gewähre Art. 367 Abs. 2 OR.

Das Obergericht kam aber zu einem anderen Schluss: Art. 367 Abs. 2 OR stelle keine ausreichende gesetzliche Grundlage zur vorsorglichen Beweissicherung im Sinne

von Art. 158 Abs. 1 lit. a ZPO dar. Es könne daher auch jener Literatur nicht gefolgt werden, welche die Prüfung des Werkes durch einen Sachverständigen ganz allgemein als Anwendungsfall eines gesetzlichen Anspruchs im Sinne von Art. 158 Abs. 1 lit. a ZPO verstehe.

Das Obergericht stützte sich dabei auf Rechtslehre, welche die Untersuchung durch einen Sachverständigen gemäss Art. 367 Abs. 2 OR als Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit betrachtet (THEODOR BÜHLER, Zürcher Kommentar, Zürich 1998, N 43 zu Art. 367 OR; PETER GAUCH, Der Werkvertrag, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf, 2011, N 1517) und insbesondere auf eine Stelle im Basler Kommentar zur ZPO:

«Nach BSK ZPO-MAZAN (N. 15 zu Art. 250) ist der gerichtlich eingesetzte Sachverständige – entsprechend dieser Funktion – nur Informant bzw. Vertrauensmann des Bestellers und er ist daher auch nicht Gutachter i.S.v. Art. 183 ff. ZPO. Auch Gauch (a.a.O. Rz 1519) geht zu Recht davon aus, dass der Anspruch aus Art. 367 Abs. 2 OR und die vorsorgliche Beweisführung gemäss Art. 158 ZPO nicht deckungsgleich sind. Er grenzt die Tatbestandsaufnahme (Art. 367 Abs. 2 OR) von der vorsorglichen Beweisführung (Art. 158 ZPO) anhand des Zweckes der letzteren, nämlich der «Beweissicherung im Hinblick auf einen bevorstehenden oder laufenden Prozess» ab. GAUCH (a.a.O. Rz 1518) weist allerdings auch darauf hin, dass die Tätigkeit des Sachverständigen im Rahmen der Mängelprüfung (ebenfalls, der Sicherung des Beweises, «dass das Werk» eines bestimmten Unternehmers «bei der Ablieferung mangelhaft oder mangelfrei war» dienen könne. Dass der Befund des Sachverständigen in einem allfälligen späteren Prozess als Beweismittel dienen könne, wird auch von BSK OR I-ZINDEL/PULVER ([5. Aufl.], N. 90 zu Art. 368 OR) erwähnt.»

Anmerkungen

Der Vorstellung, der gemäss Art. 367 Abs. 2 OR eingesetzte Sachverständige sei «nur Informant bzw. Vertrau-

ensmann des Bestellers» und daher nicht auch (gerichtlicher) Gutachter, kann aufgrund der ratio legis von Art. 367 Abs. 2 OR nicht gefolgt werden: Diese Bestimmung schützt das Interesse sowohl des Unternehmers als auch des Bestellers an «objektiver und *beweisbar* gesicherter Tatbestandsfeststellung» (GEORG GAUTSCHI, Berner Kommentar, N 23 zu Art. 367 OR). Beweisbar, d. h. in einem späteren Hauptprozess mit einer entsprechenden Beweiskraft ausgestattet, ist aber regelmässig nur eine Tatbestandsfeststellung eines gerichtlichen Gutachters, dessen Arbeit auch effektiv als gerichtliches Gutachten (und nicht als vom Gesuchsteller selbst gefertigtes Beweismittel) verstanden und *gewürdigt* wird. Es geht im Rahmen von Art. 367 Abs. 2 OR nicht darum, dass der Besteller oder der Unternehmer der richterlichen Unterstützung bei der Suche nach einem geeigneten Sachverständigen bedürfte, welcher dann als «Vertrauensmann» in ihrem Interesse eine Werkprüfung vornimmt; einer solchen Auslegung stünde im Übrigen auch der in Art. 367 Abs. 2 OR ebenfalls erwähnte Zusatz entgegen, wonach die «Beurkundung des Befundes» verlangt werden kann. Entscheidend ist bei einer Sachverständigenprüfung nach Art. 367 Abs. 2 OR die Objektivität des Befundes, d. h. die *Beweissicherung durch die Beurkundung des Befundes* im Hinblick auf eine spätere, vielleicht gerichtliche Auseinandersetzung (GAUTSCHI, Berner Kommentar, N 23 zu Art. 367 OR). Die Tätigkeit des Sachverständigen nach Art. 367 Abs. 2 OR dient insbesondere der Beweissicherung (ZINDEL/PULVER, Basler Kommentar, N 22 zu

Art. 367 OR). Angesichts der Tatsache, dass Art. 367 Abs. 2 OR – eine gesetzliche Bestimmung im Sinne von Art. 158 Abs. 1 lit. a ZPO – einen entsprechenden *Beweissicherungsanspruch* des Unternehmers und des Bestellers ausdrücklich gewährt, ist entgegen dem Obergericht des Kantons Zürich davon auszugehen, dass dieser Anspruch durchaus im Rahmen einer vorsorglichen Beweisführung nach Art. 158 ZPO geltend gemacht werden kann.

Etwas anderes ergibt sich unseres Erachtens auch nicht aus der Tatsache, dass Art. 367 Abs. 2 OR in der Liste des Art. 250 ZPO aufgeführt wird – und zwar auch dann nicht, wenn man diese Liste als Aufzählung von Fällen der freiwilligen Gerichtsbarkeit verstehen würde: Selbst wenn man davon ausginge, dass der materiell-rechtliche Anspruch der Parteien eines Werkvertrages gemäss Art. 367 Abs. 2 OR auch im Rahmen eines Verfahrens der sog. freiwilligen Gerichtsbarkeit verwirklicht werden könnte, bedeutet dies *nicht*, dass die Parteien eines Werkvertrages ihren Anspruch *ausschliesslich* in diesem Rahmen geltend machen könnten resp. müssten. Es bleibt den Vertragsparteien vielmehr unbenommen, auf welche Weise sie ihren materiell-rechtlichen Anspruch auf «Prüfung des Werkes durch Sachverständige» und «Beurkundung des Befundes» (Art. 367 Abs. 1 OR) zivilprozessual geltend machen wollen. Ihr Recht gemäss Art. 367 Abs. 2 OR kann jede Partei eines Werkvertrages durchaus auch im Rahmen einer vorsorglichen Beweisführung nach Art. 158 ZPO durchsetzen.