

Der Beweis im Bauprozess: Beweissicherung, Beweislast und Beweiswürdigung

PD Dr. Peter Reetz, Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Bau- und Immobilienrecht, Weniger Plattner Rechtsanwälte, Küsnacht/Zürich

I. Einleitung

II. Beweissicherung

- A Überblick
- B Vorsorgliche (gerichtliche) Beweisführung
- C Amtliche Befundaufnahme
- D Prüfung eines Werks durch einen Gutachter zwecks Mängelfeststellung gemäss Art. 367 Abs. 2 OR
- E Private Beweissicherung
 - 1. Durch Beizug eines Parteigutachters
 - 2. Ohne Beizug eines Parteigutachters, allein durch "eigenhändige" Sicherungsmassnahmen

III. Beweislast und Beweiswürdigung

- A Vorbemerkungen
- B Der volle (= strikte) Beweis (nahezu 100%ige Überzeugung des Gerichts) und seine Milderungen
- C Der Wahrscheinlichkeitsbeweis (95%ige Überzeugung oder mehr)
- D Glaubhaftmachung (über 50%ige Überzeugung)
- E Beispiele: Drei in der Praxis zentrale Beweislastregeln
 - 1. Art. 174 Abs. 3 SIA-Norm 118 (Beweislast für Mängel während der zweijährigen Garantiefrist)
 - 2. Gemeinsame Schadenersatzpflicht von Nebenunternehmern bei nicht feststellbarem Schadensverursacher (Art. 31 SIA-Norm 118)
 - 3. Beweislast für die Rechtzeitigkeit der Mängelrüge
- F Beweiswürdigungsregeln

I. Einleitung

1. Wer **prozessiert**, muss sich mit seinen **Beweischancen und -risiken** auseinandersetzen. Ganz besonders gilt dies für Bauprozesse: Bauprozesse, in denen es zu einem Sachurteil kommt, beinhalten zwar nicht immer, aber häufig ein langdauerndes Beweisverfahren. Dies liegt daran, dass sich die in Bauprozessen stehenden Tatfragen regelmässig als überdurchschnittlich komplex erweisen, weshalb nebst den einfacher abzunehmenden Beweismitteln (i) Parteibefragung und evtl. Beweisaussage, (ii) Urkunden und (iii) Zeugnis (Zeugenbefragung) oder (iv) – subsidiär – schriftliche Auskunft häufig auch (v) Gutachten eingeholt und (vi) Augenscheine durchgeführt werden müssen (Auflistung der Beweismittel in Art. 165 Abs. 1 CH-ZPO). Zu den in Bauprozessen besonders wichtigen *Beweismitteln* und zur *Beweiswürdigung* im Sinne eines (praktisch gefärbten) **Überblicks** vorab das Folgende:

2. Währenddem der *Beweiswert von Parteiaussagen*¹ und *Urkunden*² jeweils mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit prognostiziert werden kann, trifft dies für **Zeugenaussagen** regelmässig nur in wesentlich geringerem Ausmass zu. Zeugen vermögen sich zum Zeitpunkt ihrer Befragung oft nicht mehr an die streitrelevanten Vorgänge zu erinnern oder sagen ganz anderes (oft Unerhebliches) aus, als die Partei, welche die Befragung des entsprechenden Zeugen beantragt hat, erwartet. Die richtige Würdigung von Zeugenaussagen bedarf dabei eines erheblichen (namentlich psychologischen) Geschicks und auch eine entsprechende Ausbildung; der gesunde Menschenverstand allein genügt hier entgegen verbreiteter Auffassung keineswegs. In der Praxis dürfte denn auch das "Ringeln" um für die eigene (vertretene) Partei günstige Zeugenaussagen kaum je zuoberst auf der Prioritätenliste des Anwaltes stehen. Dies zunächst bereits deshalb nicht, da Zeugenaussagen in Bauprozessen nur sehr selten streitentscheidend sind³. Hinzu kommt indes der Umstand, dass die eigentliche "Vorbereitung" eines Zeugen durch Anwälte in Zivilprozessen, welche vor schweizerischen staatlichen Gerichten durchgeführt werden, an sich nach wie vor unzulässig, gewiss jedoch stark eingeschränkt ist (Art. 7 der Schweizerischen Standesregeln des Schweizerischen Anwaltsverbandes)⁴. Diese (in der Sache) nach wie vor richtige Standesregel verbietet den Parteianwälten entsprechend der wohl (immer noch) herrschenden Lehre⁵ zwar nicht gerade jeglichen Kontakt mit Zeugen, wohl aber deren Beeinflussung (wobei zumindest die Gefahr einer Beeinflussung grundsätzlich bei jedem Kontakt zwischen Anwalt und Zeuge nie ganz ausgeschlossen werden kann). In der baurechtlichen Praxis empfiehlt es sich daher für Anwälte, zumindest nach Einleitung eines Prozesses jeglichen Kontakt mit Zeugen (in einem Mängelprozess zwischen Bauherr und Unternehmer also jeden Kon-

¹ Im Rahmen von Parteibefragungen sagt – wenig überraschend – regelmässig jeweils jede Partei zu ihren eigenen Gunsten aus, weshalb sich die gegenseitigen Parteiaussagen beweisermässig in der Regel "neutralisieren".

² Urkunden liegen zum Zeitpunkt der Prozesseinleitung regelmässig bereits vor, weshalb eine einigermaßen sichere Prognose über ihren Beweiswert häufig möglich ist. Im Übrigen können sich jedoch mit Bezug auf Urkunden namentlich heikle *Rechtsfragen* stellen, was hier nicht verkannt werden soll.

³ Zeugen können ausnahmsweise den Ausgang eines Beweisverfahrens entscheidend beeinflussen; dies etwa dann, wenn andere Beweismittel gänzlich fehlen oder wenig aussagekräftig sind und wenn die Glaubwürdigkeit des Zeugen einwandfrei erstellt ist.

⁴ Nach Art. 7 (Kontakt mit Zeugen) der Schweizerischen Standesregeln des Schweizerischen Anwaltsverbandes unterlassen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte jede Beeinflussung von Zeugen und Sachverständigen; vorbehalten bleiben (einzig) besondere Regeln betreffend Schiedsverfahren sowie Verfahren vor supranationalen Gerichten.

⁵ Referat bei PETER HAFTER, *Strategie und Technik des Zivilprozesses*, Rz. 1850 ff.

takt mit Architekten, Ingenieuren, Geologen etc.) zu vermeiden, um deren Beweiswert nicht zum Nachteil der eigenen (vertretenen) Partei herabzusetzen⁶.

3. **Vorprozessual** kann hingegen eine (selbstverständlich *nicht beeinflussende*) **Kontakt-aufnahme** mit Zeugen sogar geboten sein; dies namentlich auch im Lichte von Art. 398 Abs. 2 OR, wonach eine sorgfältige Interessenwahrung zu den Pflichten des Anwaltes gegenüber der vertretenen Partei gehört. Eine *sorgfältige Interessenwahrung* kann es nämlich (zwingend) erforderlich machen, dass anwaltsseitig vorprozessual Kontakt mit einem Zeugen aufgenommen wird – dies etwa dann, wenn der Ausgang eines Prozesses (vermutungsweise) wesentlich von allfälligen Zeugenaussagen mitbestimmt wird. Im Rahmen einer derartigen vorprozessualen Kontaktnahme mit Zeugen kann es sich dabei empfehlen, urkundlich sicher zu stellen, dass keine Beeinflussung des Zeugen stattfindet (Methoden hierzu sind z.B. die Gegenzeichnung einer entsprechenden Erklärung durch den Zeugen oder – weitergehend – gar eine Tonbandaufnahme eines entsprechenden Gespräches mit dem Zeugen, wobei festgehalten wird, dass abgesehen von dieser Tonbandaufnahme keine weiteren Kontakte mit dem Zeugen stattgefunden haben). Entsprechende Vorkehrungen ermöglichen es dem Gericht, in genügender Weise festzustellen, ob der Zeuge beeinflusst wurde oder nicht, wobei das Gericht einer entsprechenden Beeinflussung des Zeugen im Rahmen der Beweiswürdigung Rechnung zu tragen hat.

4. Hinsichtlich des **Beweiswertes von Zeugenaussagen** existieren diverse Untersuchungen; vor allem im angloamerikanischen Raum, jedoch auch in Deutschland. Eine dieser Untersuchungen⁷ besagt dabei, dass einem Zeugen – wenn *nur ein Zeuge* zur Verfügung steht – in ca. 97% der Fälle geglaubt wird. Dieses (wissenschaftliche) Ergebnis widerspricht indes der praktischen Erfahrung⁸, da es lebensfremd ist, anzunehmen, dass nur ca. 3% der Zeugen irren oder lügen⁹. Die genannte Untersuchung belegt indes, dass die *Prozessrisiken besonders hoch* sind, wenn andere Beweismittel als Zeugen fehlen bzw. wenn der Prozessausgang von der Aussage eines einzigen Zeugen abhängt, ohne dass man mit Sicherheit weiss, wie dieser Zeuge aussagen wird.

5. Während also nach dem Gesagten (vgl. Rz. 2–4 vorstehend) Zeugen in Bauprozessen zwar regelmässig nicht von allzu grosser Bedeutung sind, im (seltenen) Einzelfall jedoch dennoch streitentscheidend sein können, präsentiert sich die Sachlage für *Augenscheine* und (*insbesondere*) für (*Sachverständigen-*)*Gutachten* hinsichtlich ihrer Wichtigkeit ganz anders:

6. **Augenscheine** sind in Bauprozessen häufig. Dabei ist allerdings regelmässig nur schwer prognostizierbar, ob das Gericht im Rahmen eines **Augenscheins**¹⁰ etwa einen bestimmten Zustand als Mangel betrachten wird oder nicht und ob es – wenn es einen Mangel als solchen ausgemacht hat – befindet, dieser sei bereits bei der Werkablieferung da gewesen (und daher vom Unternehmer zu vertreten) oder aber er beruhe – gegenteilig – auf einer üblichen Abnutzung (weshalb er vom Bauherrn zu vertreten sei). Das Resultat eines Augenscheins (welcher nach dem missverständlichen Art. 178 Abs. 1 CH-ZPO – sogar ohne Parteiantrag – auch von Amtes wegen durchgeführt werden können soll, sofern dies das Gericht als erforderlich erachtet¹¹) ist

⁶ Zahlreiche erstinstanzliche Richter pflegen zu Beginn einer Zeugenbefragung den Zeugen zu fragen, wann er das letzte Mal mit den Parteianwälten Kontakt gehabt habe und worüber gesprochen worden ist. Je nach Antwort kann es danach um den Beweiswert des Zeugen geschehen sein.

⁷ JÜRGEN BÜRKLE, Richterliche Alltagstheorien im Bereich des Zivilrechts, Tübingen 1984, S. 169.

⁸ Jedenfalls der praktischen Erfahrung des Autors.

⁹ So treffend ANDREAS GEIPEL, Die geheimen contra legem Regeln im ordentlichen Prozess, Ein kritischer Bericht aus der Praxis zur Existenz geheimer contra legem Regeln, AnwBl 12/2006, S. 784.

¹⁰ Das Gericht kann zu einem Augenschein Zeugen und Gutachter beziehen, was in Art. 178 Abs. 2 CH-ZPO explizit festgehalten wird.

¹¹ Im Lichte der Grundsatzbestimmung von Art. 151 Abs. 1 CH-ZPO, wonach eine *Beweiserhebung von Amtes wegen* (unter Vorbehalt des Ausnahmefalls von Art. 151 Abs. 2 CH-ZPO) *nur im Anwendungsbereich der Unter-*

insbesondere dann (noch schwerer) voraussehbar, wenn am Augenschein nicht das Gesamtgericht, sondern lediglich eine Gerichtsdelegation oder gar nur der Referent/Instruktionsrichter teilnimmt, wie dies in der Praxis die Regel darstellt (und auch in Art. 152 CH-ZPO explizit als zulässig erklärt wird). Es versteht sich von selbst, dass sich die anderen Gerichtsmitglieder, welche am Augenschein nicht persönlich zugegen waren, diesfalls nur ein ungenügendes Bild von der tatsächlichen Situation machen können, obwohl sie am Urteil gleichberechtigt wie die am Augenschein teilnehmenden Gerichtsmitglieder mitwirken. Währenddem zwar im öffentlichen Recht anlässlich von Augenscheinen zahlreiche Streitigkeiten einvernehmlich beigelegt werden können, trifft dies für das Privatrecht (d.h. namentlich für zivile Bauprozesse) nicht zu: Wenn der Prozess bereits in das Stadium der Beweisabnahme fortgeschritten ist, neigen nämlich regelmässig beide Parteien dazu, ihre Prozesschancen wesentlich besser zu beurteilen, als sie zu diesem Zeitpunkt effektiv sind. Da zum Zeitpunkt der Beweisabnahme auch die meisten Rechtsschriften (namentlich die in Bauprozessen besonders aufwendigen zwei oder vier [oder mehr] Parteivorträge zur Sache) bereits dem Gericht eingereicht worden sind, sind in diesem Stadium Vergleichslösungen besonders schwer und bedürfen eines besonderen richterlichen Geschickes. In der überwiegenden Mehrzahl der Fälle ist es daher so, dass nach dem Augenschein beide Parteien der Meinung sind, die Gerichtsdelegation hätte sich anlässlich des Augenscheins von dem von ihr (d.h. von der jeweiligen Partei) selbst vertretenen Standpunkt überzeugt – freilich, ohne dass dies zutrifft. Tatsächlich entscheiden sich nämlich Gerichtsdelegationen nur selten einzig aufgrund eines Augenscheines "für" oder "gegen" eine Partei; häufiger ist es vielmehr so, dass seitens der Gerichte bzw. der Gerichtsdelegationen bereits vor dem Augenschein eine (wenn auch nur) provisorische Meinung gebildet wird, wobei alsdann im Rahmen des Augenscheins entsprechend der menschlichen Natur primär nach Punkten gesucht wird, welche diese vorläufige Meinungsbildung stützen. Da sich Gerichtsdelegationen im Rahmen von Augenscheinen regelmässig bedeckt hinsichtlich ihrer bis dahin gewonnenen provisorischen Einschätzung des Streitfalles halten, sind daher Augenscheine für die Parteien oft wenig aussagekräftig. *Im Ergebnis heisst dies, dass die Ungewissheit über den Prozessausgang nach einem Augenschein regelmässig fort dauert.*

7. Wir kommen damit zu einem weiteren Beweismittel, nämlich dem **Gutachten** (auch Sachverständigen-Gutachten oder Expertise genannt). Gutachten sind in vielen Bauprozessen das (mit Abstand) *wichtigste Beweismittel* und entscheiden oft über den Prozessausgang, wobei nach dem (ebenfalls) missverständlichen Art. 180 Abs. 1 CH-ZPO für Gutachten – ebenso wie für den Augenschein (vgl. Rz. 6) – gilt, dass auch sie vom Gericht von Amtes wegen (d.h. ohne Antrag einer Partei) eingeholt werden können sollen¹². Die (rechtzeitige) Auswahl des Gutachters (in der CH-ZPO umständlich als "sachverständige Person" bezeichnet, vgl. Art. 180 ff. CH-ZPO), die Stellung der richtigen Gutachterfragen und die Prüfung des eingeholten Gutachtens auf allfällige Mängel hin haben daher in Bauprozessen hohe Bedeutung; hinzu kommt die (so rasch wie möglich vorzunehmende) Prüfung der Frage, ob allenfalls Gründe vorliegen, welche den Gutachter als befangen erscheinen lassen¹³. Bei fehlender Fachkenntnis der Partei und/oder

suchungsmaxime zulässig ist, kann indes Art. 178 Abs. 1 CH-ZPO vernünftigerweise nur so verstanden werden, dass ein *Augenschein von Amtes wegen* einzig dann möglich ist, wenn dies zum besseren Verständnis des Sachverhaltes dient (d.h. – salopp formuliert – wenn das Gericht ohne Augenschein "nicht draus kommt").

¹² Das in Fussnote 11 Gesagte gilt hier in gleicher Weise: Art. 180 Abs. 1 CH-ZPO ist so auszulegen, dass ein *Gutachten von Amtes wegen* einzig dann möglich ist, wenn dies zum besseren Verständnis des Sachverhaltes dient (d.h. wenn das Gericht die streitrelevante Materie ohne Gutachten nicht sachgerecht erfassen kann). Ein möglicher Anwendungsfall liegt etwa vor, wenn zwar beide Parteien sachverständig sind, nicht jedoch das Gericht.

¹³ Nach Art. 180 Abs. 2 CH-ZPO gelten für einen *Gutachter die gleichen Ausstandsgründe wie für Mitglieder des Gerichts*. Nach Art. 45 Abs. 1 lit. e CH-ZPO haben folglich Gutachter immer dann (und zwar von sich aus durch "*Selbstanzeige*", vgl. Art. 45 Abs. 1 am Anfang CH-ZPO analog) von der Übernahme eines Gutachtensauftrages abzusehen, wenn (irgendwelche) Gründe vorliegen, welche sie als befangen erscheinen lassen. Da in der Praxis indes nicht alle Gutachter diese Pflicht erst nehmen, sind die Parteien und ihre Anwälte oft gezwungen, selbst nach "*versteckten*" *Ausstandsgründen* zu suchen. Solche liegen etwa vor bei *früherer Tätigkeit des Gutachters für die Gegenpartei oder für mit der Gegenpartei verbundene Gesellschaften*. Auch die *häufige Zusammenarbeit des*

ihres Anwaltes hinsichtlich der im Gutachten abgehandelten technischen Fragen kann es daher ratsam sein, einen *Parteigutachter* beizuziehen: Währenddem zwar die Aussagen eines Parteigutachters im Prozess lediglich die Bedeutung von Parteibehauptungen (und damit nur eine stark eingeschränkte Beweiskraft) haben¹⁴, kann der Parteigutachter der Partei und ihrem Anwalt sowohl bei der Auswahl des Gerichtsgutachters, bei der Stellung der Fragen an den Gerichtsgutachter und bei der (technischen) Überprüfung des Gutachtens wertvolle Dienste leisten. Erweist sich das Gutachten in technischer Hinsicht als unvollständig oder mangelhaft, sind Parteigutachter sodann oft besser als die Partei und ihr Anwalt in der Lage, die Notwendigkeit von Ergänzungsfragen (Art. 184 Abs. 4 CH-ZPO) oder eines neuen Gutachtens (Art. 185 Abs. 2 CH-ZPO) zu erkennen. Soweit indes ein Gutachten *rechtliche Mängel* aufweist, liegt die primäre Verantwortung für das Erkennen derartiger Mängel und entsprechende Rügen beim Anwalt, der diesfalls dem Gericht ebenfalls die Verbesserung des Gutachtens (Art. 184 Abs. 4 CH-ZPO) oder die Einholung eines neuen Gutachtens ("Obergutachten", "Oberexpertise", Art. 185 Abs. 2 CH-ZPO) beantragen muss. Die rechtzeitige "Weichenstellung" hinsichtlich derartiger Fragen ist deshalb von besonderer Bedeutung, da die Gerichte (durchaus verständlicherweise) dazu neigen, ihre Urteile "rechtsmittelsicher" zu machen und daher Gutachten nicht selten zu wenig kritisch hinterfragen¹⁵; etwa indem sie – mit stereotypen Formeln – ausführen, das Gutachten sei "überzeugend, klar und logisch aufgebaut und widerspruchsfrei" (ohne diese Leerformeln in irgend einer Weise zu begründen). Gemäss einer Studie aus Deutschland¹⁶ folgen Gerichte in nicht weniger als 95% aller Fälle dem Ergebnis des gerichtlich eingeholten Gutachtens, was in der Schweiz kaum anders ist. Zudem ist wohl die Annahme nicht verfehlt, dass sich dieser Prozentsatz in der zweiten kantonalen Instanz und erst recht vor Bundesgericht (infolge dessen eingeschränkter Tatsachenkognition, vgl. Art. 97 Abs. 1 BGG) noch erhöhen dürfte, nachdem sich kaum (publizierte) Urteile finden, welche sich kritisch mit gerichtlich eingeholten Gutachten auseinandersetzen. Diese (überspitzt formuliert) "gerichtliche Gutachtensgläubigkeit" illustriert die Bedeutung von gerichtlichen Gutachten in besonderem Masse, zumal jeder Praktiker weiss, dass verschiedene Gutachter oft auch zu verschiedenen Gutachtensergebnissen kommen (man denke nur an die sich jeweils diametral widersprechenden Parteigutachten, welche oft von hochqualifizierten Personen [Parteigutachtern] erstattet werden, welche in anderen Fällen ihrerseits wiederum als Gerichtsgutachter amten). Zu den häufigsten *Fehlern in Gutachten* gehören die folgenden:

- Der Gutachter nimmt zu Fragen Stellung, welche am Prozessstoff vorbei gehen, indem sich die Stellungnahme des Gutachters auf Tatsachen bezieht, welche von keiner Partei behauptet worden sind und damit (aufgrund der Verhandlungsmaxime) im Prozess unbeachtet bleiben müssen.

Gutachters mit dem Anwalt der Gegenpartei (auch in anderen Prozessen) kann einen Ausstandsgrund bilden. Wird ein entsprechender Ausstandsgrund entdeckt, so ist dem Gericht *unverzüglich* (d.h. sofort) nach Entdeckung des Ausstandsgrundes die Ablehnung des Gutachters zu beantragen ("Ausstandsgesuch"), wobei es hier (hinsichtlich des Beweismasses) genügt, wenn die den Ausstand begründenden Tatsachen *glaubhaft* gemacht werden (ein voller Beweis ist nicht erforderlich, vgl. Art. 47 Abs. 1 CH-ZPO). Wer nicht unverzüglich handelt, verwirkt das Recht, den Gutachter abzulehnen.

¹⁴ Vorbehalten bleibt der *Sonderfall*, in dem das Gericht einen Parteigutachter als *sachverständigen Zeugen* befragt (= Befragung zu Wahrnehmungen, welche der Zeuge nur kraft seiner Sachkunde machen konnte, vgl. BGE 94 I 421 f.), was auch in Art. 172 CH-ZPO explizit als möglich erklärt wird. Ob mit dieser formal anderen Klassifizierung ("Aufwertung" zum Zeugen) jedoch Vorteile für die Partei im Rahmen der Beweiswürdigung verbunden sind, erscheint fraglich, da die Person und die Interessenlage des Parteigutachters ein und dieselbe bleibt, auch wenn er - ausnahmsweise - als (sachverständiger) Zeuge befragt wird. Der sachverständige Zeuge unterscheidet sich vom "gewöhnlichen" Zeugen dadurch, dass er – anders als dieser – nicht nur hinsichtlich der Wahrnehmung von Tatsachen, sondern auch zur (Fachkunde voraussetzenden) Würdigung dieser Tatsachen befragt werden kann (vgl. Art. 172 CH-ZPO). Die *Würdigung der Würdigung der Tatsachen durch den sachverständigen Zeugen* (d.h. die Beweiswürdigung) bleibt indes auch diesfalls allein dem Gericht vorbehalten.

¹⁵ Dies, weil ein Abweichen vom Gutachten durch das Gericht den Parteien "Stoff" für ein Rechtsmittel an die nächste Instanz gibt.

¹⁶ GÜNTER PRECHTEL, Erfolgreiche Taktik im Zivilprozess, 3. Auflage 2006, S. 446, mit weiteren Nachweisen.

- Der *Gutachter macht rechtliche Ausführungen*, etwa zu Verschulden, Verantwortung und Haftung. Diesbezüglich ist festzuhalten, dass der Gutachter derartige (rechtliche) Fragen weder beantworten darf noch kann, da dies die Kenntnis der rechtlichen Beziehungen der Parteien (namentlich Verträge inkl. allgemeine Geschäftsbedingungen, Rangklauseln, Freizeichnungsklauseln etc.) und die Fähigkeit zu deren korrekter rechtlichen Würdigung voraussetzt; eine Kenntnis bzw. Fähigkeit, über die der (im Übrigen nur zwecks *Tatsachenfeststellung* beigezogene) Gutachter eben gerade nicht verfügt.
- Der *Gutachter legt nicht alle Dokumente und Unterlagen offen*, auf die er sich bei der Abfassung des Gutachtens gestützt hat (weshalb die Überprüfbarkeit des Gutachtens weder für die Parteien noch für das Gericht möglich ist)¹⁷.
- Der *Gutachter überträgt seine Tätigkeit auf eine Hilfsperson*, ohne dass er dazu vom Gericht ermächtigt worden wäre. Diesfalls liegt – bei Lichte besehen – gar kein Gutachten des gerichtlich bestellten Gutachters vor.
- *Verletzung von Weisungen*, welche das Gericht dem Gutachter für die Abfassung seines Gutachtens erteilt hat oder *Nichteinholung einer gerichtlichen Bewilligung*, wo diese nötig ist (z.B. zur Vornahme von eigenen Abklärungen durch den Gutachter, vgl. Art. 183 Abs. 1 CH-ZPO¹⁸).
- *Unsachliche Ausführungen im Gutachten* wie z.B. (offene oder versteckte) Kritik an den Parteien oder an von den Parteien ins Recht gelegten Privatgutachten, ohne dass dazu ein sachlicher Anlass besteht. Selbst wenn indes ein sachlicher Anlass für entsprechende Kritik besteht, kann es indes immer noch die Art und Weise sein, in welcher der Gutachter entsprechende Kritik äussert, welche den Gutachter als befangen erscheinen lässt.

8. Insgesamt ist schliesslich festzuhalten, dass die **Beweiswürdigung** (d.h. die Beurteilung des Beweiswertes bzw. der Beweiskraft der vom Gericht abgenommenen Beweismittel Parteibefragung, Beweisaussage, Urkunden, Zeugnis, schriftliche Auskunft, Augenschein und Gutachten), welche eine erste Instanz einmal in einer bestimmten Weise vorgenommen hat, *von den Rechtsmittelinstanzen* (selbst wenn diese über volle Kognition verfügen) *regelmässig nicht mehr besonders kritisch hinterfragt wird*, obwohl gerade dies oft wichtiger wäre als die Überprüfung von Rechtsfragen. Es entspricht praktischer Erfahrung, dass es sehr viel schwieriger ist, eine unrichtige Beweiswürdigung der ersten Instanz vor dem Rechtsmittelgericht noch zu korrigieren, als dies hinsichtlich der Korrektur von unrichtig entschiedenen Rechtsfragen der Fall ist. Dieser Umstand führt zu einem doppelten Schluss: (i) Zum einen müssen die Weichen für eine Tatsachen- bzw. Beweiswürdigung im gewünschten Sinne bereits vor der ersten Instanz richtig gestellt werden; später ist dies in der Regel nicht mehr möglich. (ii) Zum andern müssen *Beweise grundsätzlich so früh wie möglich gesichert werden* – oft bereits vorprozessual. Dies wiederum führt uns zu den Möglichkeiten, auf welche Weise bereits vorprozessual welche Beweise gesichert werden können.

¹⁷ Vgl. in diesem Zusammenhang BGer. 4P.172/2003, E. 2.4 und vor allem E. 2.7.

¹⁸ Vgl. BGer. 4P.172/2003, E. 2.7.

II. Beweissicherung

A Überblick

9. **Infolge des Baufortschrittes und der Gepflogenheiten beim Bau** (namentlich: zeitliche Staffelung verschiedener Arbeitsgattungen) ist es nachträglich oft nicht mehr oder nur noch eingeschränkt möglich, frühere Sachverhalte (z.B. Quantität und Qualität von Leistungen) einwandfrei festzustellen. Besonders schwierig ist dabei die Feststellung einzelner Mangelursachen (umso mehr von entsprechenden Teilursachen) und der entsprechenden Verantwortlichkeiten für diese. *Beweise können grundsätzlich auf vier verschiedene Arten gesichert werden.* Es sind dies die Folgenden: (i) *Vorsorgliche (gerichtliche) Beweisführung* gemäss kantonalem Prozessrecht bzw. gemäss Art. 155 CH-ZPO (vgl. Rz. 11 ff. nachstehend); (ii) die *amtliche Befundaufnahme* gemäss kantonalem Prozessrecht, welche in der CH-ZPO nicht explizit vorgesehen ist, wobei es sicher nicht i.S. eines "qualifizierten Schweigens" die Meinung haben kann, dass diese mit dem Inkrafttreten der Schweizerischen Zivilprozessordnung nicht mehr zulässig wäre, weshalb diese (offenkundig auf einem Versehen beruhende) echte Lücke nach Art. 1 Abs. 2 ZGB (bundesrechtlich) zu schliessen ist, wobei die Kantone in ihren Gerichtsorganisationsgesetzen die sachliche Zuständigkeit zu regeln haben werden (vgl. Rz. 22 ff. nachstehend); (iii) *die Prüfung eines Werks durch einen Gutachter zwecks Mängelfeststellung gemäss Art. 367 Abs. 2 OR* (vgl. Rz. 28 ff. nachstehend) und (iv) *die private Beweissicherung*, welche entweder durch Beizug eines Parteigutachters oder – ohne Beizug eines Parteigutachters – durch blosser "eigenhändige" Sicherungsmassnahmen geschieht (vgl. Rz. 33 ff. nachstehend). Entsprechende Beweissicherungsmassnahmen drängen sich z.B. in den folgenden **Fällen** auf:

- Infolge *gleichzeitiger Anwesenheit zahlreicher Unternehmer, Architekten, Ingenieure, Geologen und anderer Spezialisten auf der Baustelle* wird es später nicht mehr möglich sein, präzise festzustellen, wer welche Arbeiten ausgeführt, beauftragt oder überwacht hat bzw. wer für welche Arbeiten verantwortlich war.
- Infolge von *Umbauplänen des Bauherrn (oder Sanierungsabsichten) und der dadurch beabsichtigten Veränderung des Bauwerkes* wird sich dieses zum Zeitpunkt eines (allfälligen) späteren Beweisverfahrens in einem anderen Zustand präsentieren, weshalb die Sachlage sofort festgestellt werden muss.
- Es geht um die *beweismässige Sicherstellung von bestimmten, in der SIA-Norm 118 vorgesehenen Handlungen*¹⁹. Zum Beispiel: Erfüllung von Anzeige und Abmahnungspflichten des Unternehmers über "Mängel an den vom Besteller gelieferten Stoffen oder an dem angewiesenen Baugrund" oder mit Bezug auf "Verhältnisse, die eine gehörige oder rechtzeitige Ausführung des Werkes gefährden" (Art. 365 Abs. 3 OR; Art. 25, Art. 30 Abs. 4 und 5 und Art. 136 Abs. 2 und 3 der SIA-Norm 118); Ergänzungen und Abänderungen des Werkvertrages (Art. 27 SIA-Norm 118); Anordnung von oder Zustimmung zu Regiearbeiten durch die Bauleitung (Art. 44 f. SIA-Norm 118); Anzeige der voraussichtlichen Überschreitung der Regiegesamtkosten (Art. 56 Abs. 3 SIA-Norm 118); Anzeige ausserordentlicher Umstände, welche zu einer zusätzlichen Vergütung berechtigen (Art. 59 SIA-Norm 118); Anzeige von teuerungsbedingten Änderungen der Preise (Art. 66 SIA-Norm 118); während des Bauens erfolgende Bestellungenänderungen (Art. 84 ff. SIA-Norm 118); das Ergebnis von Belastungsproben und anderen Prüfungen am Bauwerk (Art. 139 SIA-Norm 118); Feststellung der Ausmasse, vor allem, so weit sie wegen des

¹⁹ OSCAR VOGEL, Streit und Streiterledigung – Von der Beweissicherung bis zum Bauprozess, in: Baurechtstagung 1985/Tagungsunterlage 3 ("Beweissicherung"), S. 69 ff. [76].

Baufortschrittes später nicht mehr feststellbar sind (Art. 142 SIA-Norm 118) und Abnahme des Werkes oder eines Werkteiles (Art. 157 ff. SIA-Norm 118).

10. Je nachdem, welcher Beweis gesichert werden soll, steht die eine oder andere Möglichkeit der Beweissicherung im Vordergrund. Im Einzelnen:

B Vorsorgliche (gerichtliche) Beweisführung

11. Die vorsorgliche (gerichtliche) Beweisführung (Terminologie gemäss CH-ZPO) ist eine **vorgezogene Art der gerichtlichen Sachverhaltsfeststellung**, d.h. ein vorgezogenes Beweisverfahren, welches weder die Rechtshängigkeit eines Prozesses noch überhaupt die spätere Durchführung eines Prozesses voraussetzt. Gemeinhin wird die vorsorgliche (gerichtliche) Beweisführung als eine Unterart der vorsorglichen Massnahmen bezeichnet, was indes nur beschränkt zutrifft: Richtig ist, dass auch die vorsorgliche (gerichtliche) Beweisführung (ebenso wie die anderen, "gewöhnlichen" vorsorglichen Massnahmen des Prozessrechts) im summarischen Verfahren durchgeführt wird (vgl. z.B. Art. 155 Abs. 2 CH-ZPO, wo hinsichtlich der vorsorglichen [gerichtlichen] Beweisführung die Anwendbarkeit der Bestimmungen über die vorsorglichen Massnahmen normiert wird, welche gemäss Art. 244 lit. d CH-ZPO im summarischen Verfahren erlassen werden). Von den anderen, "gewöhnlichen" vorsorglichen Massnahmen unterscheidet sich jedoch die vorsorgliche (gerichtliche) Beweisführung namentlich dadurch, dass sie – anders als jene – keine sog. "Hauptsachenprognose" voraussetzt; d.h. es ist nicht erforderlich, dass derjenige, welcher eine vorsorgliche (gerichtliche) Beweisführung beantragt, auch die wahrscheinliche Begründetheit seines Hauptbegehrens (d.h. seines Anspruchs in der Sache) glaubhaft macht (vgl. BGer. 5P.496/2006, E. 3.4).

12. Voraussetzung für die Zulässigkeit einer vorsorglichen (gerichtlichen) Beweisführung bildet nach den meisten kantonalen Prozessordnungen nur (aber immerhin) eine sog. **Beweisgefährdung**, welche *glaubhaft* gemacht werden muss; nach Art. 155 Abs. 1 lit. b CH-ZPO ist alternativ zur Beweisgefährdung auch ein (*glaubhaft* zu machendes) **schutzwürdiges (tatsächliches oder rechtliches) Interesse** ausreichend, womit die Anforderungen im Vergleich zum bisherigen kantonalen Prozessrecht (im Interesse der materiellen Wahrheitsfindung) weiter reduziert werden. Ist die *Beweisgefährdung (d.h. der drohende Untergang oder die drohende Erschwernis des Gebrauchs eines Beweismittels)* oder ein *anderes schutzwürdiges Interesse (z.B. die Abklärung der Beweis- und damit reflexweise der Prozessaussichten)* glaubhaft gemacht, so hat der Richter die vorsorgliche (gerichtliche) Beweisführung selbst dann zu bewilligen, wenn er (an sich) der Auffassung ist, dass der Anspruch des Gesuchstellers in der Sache nicht besteht oder unwahrscheinlich ist. Der Gesuchsteller im vorsorglichen (gerichtlichen) Beweisführungsverfahren ist demnach nicht mit der Obliegenheit belastet, seinen Anspruch in der Sache glaubhaft zu machen (vgl. Ziff. 11 vorstehend). Es genügt die sog. *Glaubhaftmachung der Beweisgefährdung* bzw. – nach Art. 155 Abs. 1 lit. b CH-ZPO – die *Glaubhaftmachung eines anderweitigen schutzwürdigen Interesses*.

13. Im Zentrum der vorsorglichen (gerichtlichen) Beweisführung stehen der **Augenschein** (gemeint ist die – bedeutsame – *Protokollierung*²⁰ eines zu einem bestimmten Zeitpunkt an ei-

²⁰ Das Gericht darf in seinem Urteil nach der hier vertretenen Auffassung *nur dann auf einen Augenschein abstellen, wenn dessen wesentliches Ergebnis protokolliert worden ist* (vgl. dazu – etwas weniger streng als nach der hier vertretenen Auffassung – BGE 106 Ia 73). Dies ergibt sich schon daraus, dass Rechtsmittelinstanzen ohne protokollarische Aufzeichnung des Augenscheins nicht überprüfen können, (i) was die Vorinstanz anlässlich des Augenscheins wahrgenommen hat und (ii) wie diese Wahrnehmungen von der Vorinstanz schliesslich gewürdigt worden sind (so auch BGer. 4P.172/2003, E. 2.7; 2A.607/1999 E. 1a). Die *unterlassene Protokollierung eines Augenscheins kann folglich einen Rechtsmittelgrund darstellen*, was umso mehr gilt, wenn das Gericht auch in den Urteilsabwägungen nicht (oder nur ungenügend) festhält, was anlässlich des Augenscheins festgestellt wurde, jedoch gleichwohl auf den Augenschein abstellt.

nem bestimmten Ort bestehenden Zustandes, allenfalls unterstützt durch Pläne, Zeichnungen, fotografische und andere technische Mittel, vgl. Art. 179 CH-ZPO) sowie das **Gutachten**, wobei in der Praxis vor allem Letzteres zentral ist: Infolge des Baufortschrittes an einem *sich im Bau befindlichen Objekt* ist es evident, dass hinsichtlich des streitrelevanten Zustandes eines Bauwerkes zu einem bestimmten Zeitpunkt (i) ein *Augenschein später überhaupt nicht mehr möglich* sein wird, währenddem (ii) *Gutachten später allenfalls noch möglich, jedoch mit unverhältnismässigem Aufwand verbunden* wären. Mit Bezug auf ein *bereits fertig erstelltes Bauobjekt* liegt etwa bei Einsturzgefahr eines Gebäudes eine Beweisgefährdung vor, währenddem das Bedürfnis nach Sanierung und Umbau als schutzwürdiges Interesse (an einer vorsorglichen [gerichtlichen] Beweisführung) zu qualifizieren ist. Die *Zulässigkeitsvoraussetzungen* für die vorsorgliche (gerichtliche) Beweisführung hinsichtlich der Beweismittel Augenschein und Gutachten sind daher in Bauprozessen *regelmässig gegeben*, soweit ein *sich im Bau befindliches Objekt* in Frage steht und *oft auch*, wenn das *Bauobjekt bereits fertig erstellt* ist. Die Glaubhaftmachung der entsprechenden Beweisgefährdung oder eines entsprechenden schutzwürdigen Interesses ist daher regelmässig problemlos möglich.

14. Ausnahmsweise kann Gegenstand einer vorsorglichen (gerichtlichen) Beweisführung auch die **Befragung eines Zeugen** sein. Dies kommt jedoch in Bauprozessen (sieht man vom theoretischen Fall eines sich im Sterben befindenden Zeugen ab) nur dann in Frage, wenn der Zeuge zu einem späteren Zeitpunkt (d.h. im Rahmen des Beweisverfahrens) nicht mehr zur Mitwirkung angehalten werden kann (z.B. infolge längerer Auslandabwesenheit).

15. **Umstritten** ist, ob sich ein im Rahmen einer vorsorglichen (gerichtlichen) Beweisführung erstattetes *Gutachten* nur mit der Feststellung des Zustandes zu beschäftigen hat²¹ oder *ob es sich auch mit der Frage der Verursachung und den entsprechenden Verantwortlichkeiten auseinandersetzen darf*²². Nach der hier vertretenen Auffassung gilt Folgendes:

16. Im vorsorglichen (gerichtlichen) Beweisführungsverfahren sind die **prozessualen Rechte der Parteien** – verkürzt ausgedrückt – **nicht so weit ausgebaut wie in einem ordentlichen Verfahren**²³, wobei indes die *Gegenpartei vor Erlass entsprechender Massnahmen (grundsätzlich) anzuhören ist*²⁴ (Art. 155 Abs. 2 i.V.m. Art. 244 lit. d und Art. 261 Abs. 1 CH-ZPO e contrario). Hinzu kommt, dass eine vorsorgliche (gerichtliche) Beweisführung auch dann verlangt werden kann, wenn nicht klar ist, wer in einem späteren Prozess Gegenpartei (bzw. passivlegitimiert) sein wird; d.h. namentlich auch dann, wenn unklar ist, wer einen festzustellenden Mangel effektiv verursacht hat bzw. wer dafür verantwortlich ist. Daraus aber folgt nach der hier vertretenen Auffassung, dass sich der im Rahmen einer vorsorglichen (gerichtlichen) Beweisführung bestellte Gutachter darauf zu beschränken hat, den gegenwärtigen Zustand des Streitobjektes (d.h. des Bauwerkes) festzustellen. Insbesondere ist es ihm verwehrt, Fragen der Verursachung und der Verantwortlichkeiten (sowie weitere Rechtsfragen) zu beantworten (vgl. BGE 113 II 432: "Rechtsfragen abschliessend zu beurteilen, ist aber nicht Sache der Experten."). Dies ist schon deshalb nicht möglich, da hierfür die Kenntnis der jeweiligen vertraglichen Leistungspflichten und der (allenfalls auslegungsbedürftigen) Vertragsgrundlagen vorausgesetzt wäre, wobei Gutachter über derartige Kenntnisse (in aller Regel) nicht verfügen (vgl. Rz. 7 vorste-

²¹ So LGVE 1981, I, S. 48; PETER GAUCH, *Der Werkvertrag*, 4. Aufl., Zürich 1996 ("Werkvertrag"), N 1522.

²² So OSCAR VOGEL, *Beweissicherung*, S. 79.

²³ CHRISTOPH LEUENBERGER/BEATRICE UFFER-TOBLER, *Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St. Gallen*, Bern 1999, N 1a zu Art. 199 ZPO SG; GVP SG 1988, Nr. 68, E. 3b.

²⁴ PETER GAUCH, *Werkvertrag*, N 1519 ff., welcher (mindestens) die Anhörung der Gegenpartei zur Person des Gutachters verlangt, um zu vermeiden, dass ein Gutachter eingesetzt wird, welcher den Anliegen des Gesuchstellers "günstiger gesinnt" ist. Die Anhörung der Gegenpartei liegt indes auch im Interesse des Gesuchstellers, da sie den Beweiswert der durchzuführenden Erhebungen erhöht, was letztlich im primären Interesse des Gesuchstellers liegt.

hend). Die Klärung der Verursachung und der Verantwortlichkeiten ist denn auch Aufgabe des Gerichtes.

17. Das Gesagte (vgl. Rz. 16 vorstehend) hindert jedoch die Parteien selbstverständlich nicht daran, den **Gutachtauftrag einvernehmlich** (und mit Billigung des Summarrichters) **auszudehnen** und dem Gutachter auch Fragen nach der Verursachung und nach den *Verantwortlichkeiten* zu unterbreiten. Diesfalls ist den Parteien jedoch zu empfehlen, den *Grad der Verbindlichkeit* derartiger rechtlicher Aussagen des Gutachters für sie (d.h. die Parteien) in einem späteren Prozess *klar festzuhalten*, da andernfalls – bei Nichtregelung – ein neuer Streit vorprogrammiert ist. An dieser Stelle ist jedenfalls festzuhalten, dass – ohne gegenteilige klare Regelung – weder die Parteien noch das Gericht an vom Gutachter vorgetragene rechtliche Darlegungen (wie Verursacheranteile und Verantwortlichkeiten) gebunden sind²⁵. Selbstverständlich steht es den Parteien (überdies) auch offen, im gegenseitigen Einvernehmen den Gutachter damit zu beauftragen, *Sanierungsmassnahmen* vorzuschlagen. Soweit es indes an einer derartigen Einigung der Parteien fehlt, darf sich der Gutachter nicht mit Fragen der Sanierung auseinandersetzen (dies käme einer unzulässigen Ausdehnung des Beweisthemas gleich)²⁶.

18. In prozessualer Hinsicht ist dabei zu beachten, dass – infolge des Umstandes, dass im Rahmen der vorsorglichen (gerichtlichen) Beweisführung der *Prozessausgang* gerade *nicht präjudiziert* wird – **dem bzw. den Gesuchsgegnern weder Gerichtskosten noch Parteientschädigungen auferlegt werden dürfen**; dieser Grundsatz ergibt sich im Lichte der sehr tiefen Anforderungen für eine vorsorgliche (gerichtliche) Beweisführung (Voraussetzung ist lediglich die Glaubhaftmachung einer Beweisgefährdung bzw. eines schutzwürdigen Interesses, vgl. Rz. 12 vorstehend) von selbst. Dem Gesuchsteller steht es indes frei, die ihm entstandenen Kosten (Gerichtskosten und Gutachterskosten, gegebenenfalls auch Anwaltskosten) in einem späteren Prozess als (zur Anspruchsdurchsetzung notwendige und angemessene) Parteikosten geltend zu machen. Ob dem Gesuchsteller dafür in einem späteren Prozess ein *Zuschlag zur (gerichtlich festzusetzenden) Parteientschädigung* zusteht, oder ob die Parteikosten als *Verzugsschaden im Sinn von Art. 107 Abs. 2 OR* geltend gemacht und entsprechend separat (d.h. durch separates Rechtsbegehren) eingeklagt werden müssen, bestimmt sich nach dem anwendbaren Prozessrecht. Nach der hier vertretenen Auffassung sollte es indes möglich sein, die entsprechenden Parteikosten einem (im späteren Prozess unterliegenden) früheren Gesuchsgegner durch eine *entsprechende Erhöhung* der von diesem (im späteren Prozess) zu entrichtenden *Parteientschädigung* aufzuerlegen – und zwar deshalb, da auch die Kosten des vorsorglichen (gerichtlichen) Beweisführungsverfahrens bereits in einem (vom selben Prozessrecht beherrschten) staatlichen Gerichtsverfahren erhoben (und vom Gesuchsteller bereits bezogen) worden sind. Der "Umweg" über den Verzugsschaden nach Art. 107 Abs. 2 OR (vom Bundesgericht in 4C.11/2003²⁷

²⁵ Zur Verdeutlichung: Der Gutachter darf wohl feststellen, welche Ursachen zu einem bestimmten Zustand geführt haben. In diesem Sinne darf er wohl die *Ursachen festhalten*. Nicht zulässig ist es jedoch, wenn der Gutachter auch ausführt, wer (d.h. welche natürliche oder juristische Person) diese Ursachen gesetzt hat bzw. wer sie *verursacht* hat bzw. wer dafür verantwortlich ist. Eine "personalisierte" Ursachenforschung unter Zuweisung von Verursacheranteilen und Verantwortlichkeiten zu Lasten von bestimmten Personen ist demgemäss dem Gutachter – unter Vorbehalt einer expliziten gegenteiligen Regelung durch die Parteien selbst – verwehrt.

²⁶ GVP SG 1988, Nr. 68, E. 3b; GVP SG 1997, Nr. 46.

²⁷ Dieser Entscheid enthält in E. 5 einen guten Überblick über die Praxis betr. *vorprozessuale Parteikosten*. Die folgenden Grundsätze werden darin zusammengefasst: (i) Zuspruch der vorprozessualen Parteikosten nur insoweit, als sie nicht durch die (prozessuale) Parteientschädigung abgedeckt werden, (ii) Kriterien der Notwendigkeit und Angemessenheit der vorprozessualen Parteikosten (das Kriterium "gerechtfertigt" ist demgegenüber nach der hier vertretenen Auffassung im Lichte der geforderten Kriterien Notwendigkeit und Angemessenheit kein zusätzliches Kriterium), (iii) bei Bestehen eines Vertragsverhältnisses Bestand einer vertragsrechtlichen Grundlage für den Zuspruch der vorprozessualen Parteikosten, wobei die allgemeinen Herabsetzungsgründe (Art. 43 f. OR) aufgrund von Art. 99 Abs. 3 OR analog anzuwenden sind, (iv) Qualifikation als Verspätungsschaden, welcher Bestandteil des Verzugsschadens ist, (v) Voraussetzung des Verschuldens des Schuldners am Eintritt des Verzuges, (vi) Zuspruch der vorprozessualen Parteikosten nur insoweit, als die geltend gemachten Forderungen tatsäch-

als möglich anerkannt) ist daher nach der hier vertretenen Auffassung nicht erforderlich. Zu wünschen ist jedoch, dass die Gerichte dem (im späteren Prozess obsiegenden) früheren Gesuchsteller des vorsorglichen (gerichtlichen) Beweisführungsverfahrens im späteren Prozess tatsächlich eine entsprechende Erhöhung der vom unterliegenden (früheren) Gesuchsgegner zu entrichtenden Parteientschädigung zubilligen. Optimal wäre es dabei nach der hier vertretenen Auffassung, wenn dies (i) durch *separate Ausweisung der entsprechenden (neu zuzusprechenden) Parteientschädigung für das vorsorgliche (gerichtliche) Beweisführungsverfahren in den Erwägungen des Urteilsspruches im späteren Prozess erfolgt und wenn sodann (ii) die entsprechende Erhöhung der Parteientschädigung im späteren Prozess (betragsmässig um die Parteientschädigung für das vorsorgliche [gerichtliche] Beweisführungsverfahren) im Dispositiv des Urteils ausgewiesen würde* (durch Einsetzung einer höheren Zahl als Parteientschädigung). Eine bloss allgemeine Erhöhung der Parteientschädigung im späteren Prozess (ohne Berücksichtigung der dem Gesuchsteller im früheren vorsorglichen [gerichtlichen] Beweisführungsverfahren konkret erwachsenen Kosten bzw. ohne *konkrete* Erhöhung der Parteientschädigung im späteren Prozess um eine [neu zuzusprechende] Parteientschädigung auch für das vorsorgliche [gerichtliche] Beweisführungsverfahren) wäre demgegenüber ungenügend.

19. **Kommt es** hingegen nach Durchführung der vorsorglichen (gerichtlichen) Beweisführung **nicht zu einem späteren Prozess** (z.B. weil sich die Parteien gütlich geeinigt haben), so hat der Gesuchsteller nach der hier vertretenen Auffassung ebenfalls einen Anspruch auf Zusppruch der ihm im vorsorglichen (gerichtlichen) Beweisführungsverfahren entstandenen Kosten²⁸. *Anerkennt etwa der Gesuchsgegner* des vorsorglichen (gerichtlichen) Beweisführungsverfahrens den Anspruch des Gesuchstellers nach Abschluss der vorsorglichen (gerichtlichen) Beweisführung (ganz oder teilweise), so hat der Gesuchsteller nach der hier vertretenen Auffassung einen (prozessual durchsetzbaren) Anspruch darauf, dass der Richter des vorsorglichen (gerichtlichen) Beweisführungsverfahrens, d.h. der Summarrichter (vgl. Rz. 11 vorstehend), *die dort seinerzeit dem Gesuchsteller auferlegten Kosten* (vgl. Rz. 18 vorstehend) *neu – und zwar nach Massgabe der aussergerichtlichen Einigung – verlegt* (im genannten Fall, d.h. bei vollumfänglicher oder teilweiser Anerkennung durch den früheren Gesuchsgegner, würden diese Kosten folglich ganz oder teilweise dem früheren Gesuchsgegner auferlegt, wozu der Summarrichter einen weiteren Entscheid zu fällen hätte).

20. Der **Gerichtsstand** für die vorsorgliche (gerichtliche) Beweisführung bestimmt sich nach *Art. 33 GestG* bzw. nach *Art. 12 CH-ZPO*. Danach besteht eine zwingende Zuständigkeit am Ort, an dem die Zuständigkeit für die Hauptsache gegeben ist oder an dem die vorsorgliche (gerichtliche) Beweisführung durchgeführt ("vollstreckt" gemäss Gesetzeswortlaut) werden soll, weshalb der Lageort des entsprechenden Bauobjektes immer auch einen Gerichtsstand bildet.

21. Die **Beweiswürdigung** (d.h. die Würdigung der im vorsorglichen [gerichtlichen] Beweisführungsverfahren erhobenen Beweise, namentlich von Gutachten) bleibt dem Gericht des später durchzuführenden Prozesses (Hauptverfahren) vorbehalten. Tatsache ist indes, dass der Ausgang dieses Prozesses durch ein im Rahmen eines vorsorglichen (gerichtlichen) Beweisfüh-

lich bestehen, woraus sich für den Zuspruch der vorprozessualen Parteikosten (in der Regel) der selbe Verteilungsschlüssel ergibt wie für die (prozessuale) Parteientschädigung bzw. wie für die Prozesskosten. – Die zürcherische Praxis unterscheidet bisweilen zwischen *vorprozessualen* und *ausserprozessualen* Parteikosten, wobei die *vorprozessualen* Parteikosten Bestandteil der (prozessualen) Parteientschädigung ("Prozessentschädigung") bilden und nur die *ausserprozessualen* Parteikosten zusätzliche Schadenspositionen i.S.v. BGer. 4C.11/2003 bilden sollen (vgl. Kassationsgericht, Kass.-Nr. AA070129 vom 5. August 2008, wo das Kassationsgericht nicht selber entscheiden musste, jedoch in E. 3a die entsprechenden Erwägungen des Handelsgerichts wiedergegeben hat). Nach der hier vertretenen Auffassung ist diese (von der bundesgerichtlichen Praxis terminologisch nicht getroffene) zusätzliche Unterscheidung entbehrlich, da in der Sache nichts anderes als gemäss BGer. 4C.11/2003 gemeint sein dürfte.

²⁸ Gleicher Meinung: Kantonsgericht des Kantons Basel-Landschaft; KGE ZS vom 9. Januar 2007, 200 06 1100/NOD.

rungsverfahrens erstelltes Gutachten *faktisch (wenn auch nicht rechtlich) durchaus (relativ weitgehend) präjudiziert werden kann*. In rechtlicher Hinsicht bleibt es indes möglich, im späteren Prozess vom Gericht die Einholung eines neuen Gutachtens (Art. 185 Abs. 2 CH-ZPO) zu verlangen, falls dafür entsprechende Gründe bestehen (vgl. dazu die in Rz. 7 genannten Gründe).

C Amtliche Befundaufnahme

22. Verschiedene kantonale Prozessordnungen (nicht jedoch die CH-ZPO, was ein *Versehen* darstellt, vgl. dazu Rz. 9) sehen die Möglichkeit vor, durch einen **staatlichen Beamten** (z.B. Gemeindeammann oder Betriebsbeamter etc.) einen *Befund über einen tatsächlichen Zustand aufzunehmen, soweit dieser ohne besondere Fachkenntnisse erhoben werden kann*. Zu diesem Befund sind die (vermutlichen) Prozessparteien nach Möglichkeit einzuladen; Ort und Datum der Aufnahme des amtlichen Befundes ist den Beteiligten nach Möglichkeit anzuzeigen. Daran sollte nicht zuletzt auch der Gesuchsteller selbst ein Interesse haben, da die Gewährung des rechtlichen Gehörs an mögliche Gegenparteien den Beweiswert des amtlichen Befundes erhöht (vgl. Fussnote 24).

23. In der **Praxis** eignet sich die amtliche Befundaufnahme namentlich für die Aufnahme von Tatbeständen, welche weniger komplex sind und von einem (einigermaßen geübten und versierten) staatlichen Beamten zuverlässig festgestellt werden können. Zu denken ist etwa an *"Riss-Aufnahmen" in Nachbarliegenschaften vor Beginn der Bauarbeiten auf einem Grundstück*. Ein entsprechendes Vorgehen drängt sich namentlich dann auf, wenn bei Inangriffnahme eines Bauprojektes mit Rissen in den benachbarten Liegenschaften gerechnet werden muss. Diesfalls dient das (im Rahmen eines amtlichen Befundes auszufertigende) *"Riss-Protokoll"* dazu, die vorbestehenden von den neu hinzugetretenen Rissen auf der Nachbarliegenschaft abzugrenzen. Zusätzlich vermag ein Riss-Protokoll auch darüber Auskunft zu geben, wie sich vorbestehende Risse infolge der Bauarbeiten vergrößert haben. Zusätzlich kommt die amtliche Befundaufnahme etwa auch *für (masslich eher geringfügige) Mängel in Privathäusern bzw. Privatwohnungen oder auch für Wohnungsabnahmen* in Frage.

24. Im Unterschied zur vorsorglichen (gerichtlichen) Beweisführung (Rz. 11 ff. vorstehend) setzt die Zulässigkeit einer amtlichen Befundaufnahme **keine Beweisgefährdung und auch kein schutzwürdiges Interesse** voraus. Einzige *Voraussetzung* ist, dass der Befund über den tatsächlichen Zustand *ohne besondere Fachkenntnisse möglich* ist. Vereinfacht ausgedrückt heisst dies (in der Praxis), dass eine amtliche Befundaufnahme dann möglich ist, wenn sich der zuständige staatliche Beamte zu dessen Aufnahme bereit erklärt.

25. Fraglich ist, unter welchen Voraussetzungen sich eine Partei **gegen die Aufnahme eines amtlichen Befundes wehren** kann. Diesbezüglich im Vordergrund steht der Fall, in dem sich der staatliche Beamte zu Unrecht in der Lage glaubt, den tatsächlichen Zustand aufzunehmen, obwohl hierfür besondere Fachkenntnisse erforderlich sind. Liegt ein solcher Fall vor, so ist dies dem zuständigen staatlichen Beamten vorgängig zur geplanten amtlichen Befundaufnahme schriftlich (i.S. einer *"Abmahnung"*) mitzuteilen; danach besteht nur noch die Möglichkeit, die entsprechende amtliche Befundaufnahme auf dem Rechtsmittelweg (der sich möglicherweise nach speziellen kantonalen Gesetzen bestimmt) zu "beseitigen".

26. Die amtliche Befundaufnahme erfolgt durch ein **Protokoll** (Urkunde im eigentlichen Sinn), durch Zeichnungen, Fotografien oder in anderer geeigneter Form (so z.B. durch ein Tonband bei Lärmimmissionen)²⁹.

27. Nach FRANK/STRÄULI/MESSMER, N 3 zu § 234 ZPO ZH, hat ein amtlicher Befund die **Beweiskraft** einer öffentlichen Urkunde (gemäss Art. 9 ZGB bzw. neu auch gemäss Art. 176 CH-ZPO). Dies würde bedeuten, dass in einem späteren Prozess der Inhalt der im amtlichen Befund festgestellten Tatsachen bis zum Beweis des Gegenteils als erwiesen angesehen würde. *Diese Beweislastumkehr gilt indes nach der hier vertretenen Auffassung zum vornherein nur dann, wenn die spätere (Prozess-)Gegenpartei zur Aufnahme des amtlichen Befundes eingeladen (oder ohne Einladung anwesend) war.* Hinzu kommen nach der hier vertretenen Auffassung weitere Voraussetzungen: Waren zur Aufnahme des tatsächlichen Zustandes besondere Fachkenntnisse erforderlich (über die der staatliche Beamte nicht verfügte), so fehlt es bereits an der Vermutungsbasis (nämlich an der Möglichkeit eines amtlichen Befundes ohne besondere Fachkenntnisse), weshalb diesfalls die gesetzliche Vermutung von Art. 9 ZGB (bzw. Art. 176 CH-ZPO) ebenfalls nicht zum Zuge kommt. Um diese Vermutungsbasis zu zerstören, hat die Gegenpartei bzw. der Prozessgegner (durch Gegenbeweis) darzutun, dass im vorliegenden Fall ein Befund über den tatsächlichen Zustand ohne besondere Fachkenntnisse nicht möglich war. Hierfür ist es erforderlich, dass die Gegenpartei (Prozessgegner) beim Gericht "Zweifel streut", welche das Vorliegen der Vermutungsbasis als nicht mehr gesichert erscheinen lassen.

D Prüfung eines Werks durch einen Gutachter zwecks Mängelfeststellung gemäss Art. 367 Abs. 2 OR

28. Anders als die vorsorgliche gerichtliche Beweisführung gemäss Rz. 11 ff. und die amtliche Befundaufnahme gemäss Rz. 22 ff. setzt das Begehren um Prüfung eines Werks durch einen Gutachter zwecks Mängelfeststellung gemäss Art. 367 Abs. 2 OR **einzig das Begehren einer Partei des Werkvertrages voraus**. Es ist also weder die Glaubhaftmachung einer Beweisgefährdung oder eines anderen schutzwürdigen Interesses noch die Möglichkeit der Aufnahme eines Befundes ohne besondere Fachkenntnisse erforderlich. Vielmehr ist dem Begehren um Prüfung des Werks durch einen Gutachter zwecks Mängelfeststellung gemäss Art. 367 Abs. 2 OR bereits dann *stattzugeben, wenn eine Werkvertragspartei diese Prüfung nach der Ablieferung des Werkes verlangt* – weitere Voraussetzungen sind nicht erforderlich (auch keine Mängelrüge³⁰). Das Begehren ist gemäss Art. 246 lit. b Ziff. 4 CH-ZPO dem Richter im summarischen Verfahren (d.h. in der Regel einem Einzelrichter) zu unterbreiten.

29. Der (ungeschriebene) **bundesrechtliche Gerichtsstand** für das Begehren um Prüfung des Werks durch einen Gutachter zwecks Mängelfeststellung gemäss Art. 367 Abs. 2 OR befindet sich am *Ort der Ablieferung*, d.h. am *Ort des Baugrundstückes* (BGE 96 II 270). Die sachliche Zuständigkeit richtet sich nach kantonalem Recht. Da die Behandlung des Begehrens gemäss Art. 246 lit. b Ziff. 4 CH-ZPO zwingend im summarischen Verfahren erfolgt, hat dies (in der Regel) die *sachliche Zuständigkeit eines Einzelrichters zur Folge* (vgl. Rz. 28).

30. **Zur zu beauftragenden Person:** Der Einzelrichter kann einen Gutachter im eigentlichen Sinne (wie bei der vorsorglichen [gerichtlichen] Beweisführung gemäss Rz. 11 ff.) oder auch einen staatlichen Beamten (z.B. den Gemeindeammann oder den Betriebsbeamten wie bei der amtlichen Befundaufnahme gemäss Rz. 22 ff.) mit der Prüfung des Werks beauftragen, wobei der *Befund zu beurkunden* ist (vgl. Art. 367 Abs. 2 OR). Dass sowohl Art. 367 Abs. 2 OR als auch Art. 246 lit. b Ziff. 4 CH-ZPO explizit nur vom Sachverständigen (d.h. von einem Gut-

²⁹ FRANK/STRÄULI/MESSMER, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, Zürich 1997, N 2 zu § 234 ZPO ZH.

³⁰ PETER GAUCH, Werkvertrag, N 1517.

achter) sprechen und andere Personen (wie staatliche Beamte) nicht erwähnen, heisst demnach nicht, dass der Einzelrichter – wenn er dies im Einzelfall als genügend erachtet – nicht auch Personen ohne besondere Expertenkenntnisse mit den Aufgaben gemäss Art. 367 Abs. 2 OR betrauen kann, sofern im konkreten Fall besondere Expertenkenntnisse nicht erforderlich sind. Dies darf er indes nach der hier vertretenen Auffassung nicht gegen den Willen bzw. gegen den expliziten Antrag des Gesuchstellers tun, sofern dieser bereit ist, die (im Vergleich zur Beauftragung eines staatlichen Beamten) höheren Kosten eines Gutachters vorzuschüssen (vgl. zur Kostenvorschusspflicht des Gesuchstellers sogleich Rz. 31)³¹.

31. Gleich wie bei der vorsorglichen (gerichtlichen) Beweisführung und bei der amtlichen Befundaufnahme hat der Gesuchsteller die **Kosten der Prüfung des Werks** zwecks Mängelfeststellung gemäss Art. 367 Abs. 2 OR zunächst **vorzuschüssen**, weshalb der Einzelrichter im summarischen Verfahren vor bzw. mit Gutheissung des Gesuches zunächst einen entsprechenden (kostendeckenden) Kostenvorschuss einzuverlangen hat³². Da der Anspruch auf Prüfung des Werks direkt im materiellen Bundesrecht (d.h. nicht im Prozessrecht) gründet (nämlich in Art. 367 Abs. 2 OR), stellen die entsprechenden, von der gesuchstellenden Partei bevorschussten Kosten (soweit sich im Rahmen des Befundes gemäss Art. 367 Abs. 2 OR tatsächlich Mängel feststellen liessen) einen *ersatzfähigen Mangelfolgeschaden* dar (vgl. BGE 126 III 392³³), der nach den hierfür geltenden Regeln vom Verursacher der Mängel (z.B. vom Unternehmer, Architekt oder Ingenieur) zu ersetzen ist.

32 Hinsichtlich des **Beweiswertes** eines Befundes gemäss Art. 367 Abs. 2 OR ist festzuhalten, dass dieser *mindestens demjenigen einer amtlichen Befundaufnahme* gemäss Rz. 22 ff. vorstehend entsprechen muss, da ein Befund gemäss Art. 367 Abs. 2 OR auf richterliche Anordnung hin zustande kommt (was hingegen für den amtlichen Befund gemäss Rz. 22 ff. vorstehend nicht zutrifft).

E Private Beweissicherung

1. Durch Beizug eines Parteigutachters

33. Statt der hiervoor genannten Möglichkeiten (vorsorgliche [gerichtliche] Beweisführung gemäss Rz. 11 ff., amtliche Befundaufnahme gemäss Rz. 22 ff. und Mängelfeststellung gemäss Art. 367 Abs. 2 OR, vgl. Rz. 28 ff.) kann sich die betroffene Partei (in der Regel der Bauherr) auch eines Parteigutachters bedienen. Der Parteigutachter kann **oft schneller** (und mindestens ebenso zuverlässig) wie ein vom Gericht bestimmter Gutachter oder der staatliche Beamte einen bestimmten Sachverhalt feststellen; oft sind die Kosten hierfür (mindestens im Vergleich mit einem gerichtlich eingesetzten Gutachter) auch entsprechend tiefer.

³¹ Dies ergibt sich daraus, dass es bei für den Gutachter bezahlten (bzw. vorgeschossenen) Kosten ausgeschlossen ist, dass der Staat zu Schaden kommt. Eine andere Frage ist dagegen, ob eine Partei, welche die höheren Kosten eines Befundes gemäss Art. 367 Abs. 2 OR durch einen Gutachter (statt durch einen staatlichen Beamten) vorgeschossen hat, diese – selbst wenn sich aus dem Befund Mängel ergeben – von der Gegenpartei zurückverlangen kann: Die Frage beantwortet sich nach den allgemeinen Regeln über den Mangelfolgeschaden (vgl. dazu sogleich Rz. 31 im Text), wonach für eine Ersatzfähigkeit vorausgesetzt ist, dass die *Beauftragung eines Gutachters notwendig und die für ihn verausgabten Kosten angemessen* waren. Diesbezüglich ist indes dem vormaligen Gesuchsteller gegenüber nach der hier vertretenen Auffassung mit einer gewissen Grosszügigkeit zu verfahren, da auch dem ersten Anschein nach einfach festzustellende Mängel oft besondere Expertenkenntnisse erfordern, sollen sie in ausreichendem Masse dokumentiert werden und einen gewissen Beweiswert aufweisen. Gl.M. PETER GAUCH, Werkvertrag, N 1525.

³² Das entsprechende Recht des Einzelrichters im summarischen Verfahren ergibt sich aus Art. 96 i.V.m. Art. 93 Abs. 2 lit. c CH-ZPO.

³³ Vgl. zudem statt aller: PETER GAUCH, Werkvertrag, N 1524.

34. **Nachteile** des (blossen) Beizugs eines Parteigutachters bestehen darin, dass ein Parteigutachten in einem späteren Prozess lediglich die *Bedeutung einer Parteibehauptung* hat. Bestreitet folglich die Gegenpartei Inhalt und Richtigkeit des Parteigutachtens (was in der Praxis mehr oder weniger immer der Fall ist), so ist es um die Beweiskraft des Parteigutachtens (mehr oder weniger) geschehen, da insofern eine (bestrittene) Parteibehauptung vorliegt. Das Parteigutachten ermöglicht es indes der Partei in prozessualer Hinsicht oft, ihre Tatsachenbehauptungen schlüssiger und entsprechend substantiiert(er) in den Prozess einzuführen, was für sie wiederum von **Vorteil** ist. Zudem kann auch ein bestrittenes Parteigutachten vom Gericht zumindest als *Indiz für die von der Partei aufgestellten Tatsachenbehauptungen* betrachtet und im Beweisverfahren entsprechend berücksichtigt werden; dies umso mehr, wenn die Person des Parteigutachters hohes (fachliches) Ansehen genießt (etwa bei Fachrichtern wie Handelsrichtern).

35. Hinsichtlich der **Kosten** für die Einholung eines Parteigutachtens bestehen verschiedene Möglichkeiten, diese in einem späteren Prozess auf die Gegenpartei abzuwälzen (stets vorausgesetzt, dass diese für den vom Parteigutachter festgestellten, mangelhaften Zustand des Bauwerkes verantwortlich ist). Zum einen rechtfertigt es sich diesfalls, die *Parteientschädigung entsprechend höher* (d.h. erhöht um die Kosten des Parteigutachters) anzusetzen, was indes von den Gerichten nicht automatisch und selbst bei einem entsprechenden Antrag bei weitem nicht immer gemacht wird. Es kann sich daher empfehlen, die entsprechenden Kosten des Parteigutachters als Mangelfolgeschaden nach den allgemeinen Regeln geltend zu machen, was indes den *Nachweis der Notwendigkeit und Angemessenheit der entsprechenden Parteigutachterkosten* bedingt (vgl. BGer. 4C.11/2003 und dazu Fussnote 27). Die Lehre spricht sich diesbezüglich indes zu Recht für eine gewisse Grosszügigkeit gegenüber dem Bauherrn, der einen Parteigutachter mit der Begutachtung des Werkes beauftragt hat, aus³⁴.

2. Ohne Beizug eines Parteigutachters, allein durch "eigenhändige" Sicherungsmassnahmen

36. Die private Beweissicherung ist vielfach **hinsichtlich der (erfolgten) Vornahme von Tat- oder Rechtshandlungen** (wie z.B. die Erfüllung von Anzeige- und Abmahnungspflichten etc.) erforderlich. Generell lässt sich sagen, dass viele sich im Zuge der Bauausführung ergebende Tatsachen *mit Vorteil schriftlich festgehalten* werden sollten (so ist z.B. auf die Unterzeichnung von Regierapporten, Ausmass-, Prüfungs- und Abnahmeprotokollen besonders zu achten). In der Praxis herrscht diesbezüglich oft eine gewisse Säumnis vor.

37. Soweit es an einer *beidseitigen Unterzeichnung eines entsprechenden Dokumentes fehlt*, so empfiehlt es sich grundsätzlich, den entsprechenden **Beweis durch Zustellung eines eingeschriebenen Briefes zu sichern**. Dies ist wesentlich "sicherer" als die Versendung eines (nicht eingeschriebenen) Briefes mit dem Hinweis, man gehe vom Einverständnis der Gegenpartei bei Stillschweigen aus. Diesfalls kann sich nämlich der spätere Prozessgegner damit begnügen, den Erhalt des seinerzeit (nicht eingeschrieben) versandten Briefes zu bestreiten (was in der Praxis häufiger vorkommt, als gemeinhin erwartet wird). Eine *"Zwischenlösung"* besteht darin, die Gegenpartei darum zu bitten, den Empfang eines (uneingeschrieben zugestellten) Briefes schriftlich (oder per Mail) zu bestätigen; dieses Vorgehen mag etwa dann angezeigt sein, wenn Befürchtungen bestehen, die Gegenpartei könnte die Zustellung eines eingeschriebenen Briefes als Misstrauensvotum empfinden. Tatsächlich sind indes diese Befürchtungen weitestgehend unbegründet: Professionell agierende Parteien können es ihren Vertragspartnern denn auch kaum übel nehmen, wenn diese für sie wichtige (rechtsbegründende oder rechtserhaltende) Tatsachen durch ein "Einschreiben" bestätigen. Um den "guten Ton" auch in hektischen Zeiten dennoch zu wahren, können entsprechende Schreiben etwa mit dem folgenden Zusatz versehen

³⁴ Vgl. PETER GAUCH, Werkvertrag, N 1525.

werden: "Rein vorsorglich und zwecks Vermeidung von späteren Streitigkeiten erfolgt die Zustellung dieses Schreibens per eingeschriebener Post. Am bisher guten Einvernehmen zwischen uns soll sich dadurch jedoch nichts ändern."

III. Beweislast und Beweiswürdigung

A Vorbemerkungen

38. Nach Art. 8 ZGB gilt Folgendes: "*Wo das Gesetz es nicht anders bestimmt, hat derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet.*" In einem Bauprozess können z.B. die folgenden Tatsachen umstritten sein³⁵:

- der (natürliche) Kausalzusammenhang zwischen der Handlung (oder Unterlassung) eines Baubeteiligten und einem Mangel;
- der (natürliche) Kausalzusammenhang zwischen einem Primärmangel (z.B. falsche Statik) und einem Sekundärmangel (z.B. Biegung der Böden eines Einkaufszentrums oder eines Parkhauses);
- der (natürliche) Kausalzusammenhang zwischen einem Mangel und einem Mangelfolgeschaden (z.B. Mietzinsausfall infolge fehlender Nutzungsmöglichkeit);
- Notwendigkeit des Beizugs eines Parteigutachters oder eines Anwalts etc.;
- Quantität (Umfang) und Qualität einer Leistung;
- Massgeblichkeit von Protokollen, Regierapporten etc.

B Der volle (= strikte) Beweis (nahezu 100%ige Überzeugung des Gerichts) und seine Milderungen

39. *Definition des vollen Beweises*: Ein voller Beweis (so die Terminologie in BGE 133 III 162, bisweilen auch Vollbeweis oder strikter Beweis genannt) gilt nach ständiger Praxis dann als erbracht, wenn der Richter nach objektiven Gesichtspunkten von der *Wahrheit (Richtigkeit) einer Parteibehauptung überzeugt* ist (BGE 133 III 162; 130 III 324 E. 3.2); d.h. *wenn vernünftige Zweifel an der Richtigkeit der Parteibehauptung ausgeschlossen* werden können³⁶. Der volle Beweis setzt eine **nahezu 100%ige Überzeugung** des Gerichts voraus.

40. Das Bundesprozessrecht kennt nun jedoch verschiedene Milderungen dieses sog. "vollen Beweises", von denen der sog. "**Wahrscheinlichkeitsbeweis**"³⁷, bei dem bloss eine überwiegende Wahrscheinlichkeit darzutun ist (vgl. BGE 130 III 322 E. 2), im Vordergrund steht. Im Lichte des Versuches, diese Beweiserleichterung (so BGE 130 III 322 E. 2) bzw. Herabsetzung des Beweismasses (so BGE 130 III 325 E. 3.3), welche dem Wahrscheinlichkeitsbeweis immanent ist, *prozentual* zu erfassen und damit zu kategorisieren, wird hier vorgeschlagen, eine

³⁵ Vgl. dazu RAINER SCHUMACHER, Beweisprobleme im Bauprozess, Festschrift für Dr. Kurt Eichenberger, Alt-Oberrichter, Beinwil am See, zur Vollendung seines 80. Lebensjahres, Aarau 1990, S. 164 f.

³⁶ Ähnlich RAINER SCHUMACHER, a.a.O., S. 168, wonach der sog. "volle Beweis" voraussetzt, dass ein so hoher Grad der Wahrscheinlichkeit erreicht ist, dass kein vernünftiger, die Lebensverhältnisse klar überblickender Mensch noch zweifelt.

³⁷ Zum Wahrscheinlichkeitsbeweis vgl. ausführlich SCHUMACHER, a.a.O., S. 169 ff.



überwiegende Wahrscheinlichkeit (regelmässig) bei einer gerichtlichen **Überzeugung von 95% oder mehr** anzunehmen. Liegt eine derartige Überzeugung vor, ist der Wahrscheinlichkeitsbeweis erbracht.

41. Nebst dem Wahrscheinlichkeitsbeweis (vgl. Ziff. 3, Rz. 42 ff.) ist im Bauprozessrecht in verschiedenen Fällen eine bloss **Glaubhaftmachung** (vgl. Ziff. 4, Rz. 51 ff.) erforderlich, welche indes (namentlich beim Bauhandwerkerpfandrecht) von verschiedenen Gerichten – freilich ohne dass dafür eine gesetzliche Grundlage gegeben wäre – zu einer Art "Nichtaussichtslosigkeit" herabgemildert wird. Im Einzelnen:

C Der Wahrscheinlichkeitsbeweis (95%ige Überzeugung oder mehr)

42. Nach einem Teil der Lehre³⁸ ist der Wahrscheinlichkeitsbeweis ein mittelbarer Beweis, weil der Richter bei seiner Beweismwürdigung Schlussfolgerungen mittels Erfahrungssätzen durchführt. Nach dieser Definition liegt ein sog. Wahrscheinlichkeitsbeweis dann vor, wenn Erfahrungssätze in *erheblichem* Ausmass für die Beweismwürdigung benutzt werden. Diese Definition vermag jedoch nach der hier vertretenen Auffassung deshalb nicht zu überzeugen, da sie den Wahrscheinlichkeitsbeweis – zu Unrecht – an einer Beweismethode (nämlich an der Berücksichtigung von Erfahrungssätzen bei der Beweismwürdigung) anknüpft.

43. Richtigerweise hat jedoch der Wahrscheinlichkeitsbeweis (seiner Natur nach) nichts mit der Beweismethode zu tun, sondern einzig mit dem **Beweismass**: Ein Wahrscheinlichkeitsbeweis liegt (und zwar – entgegen der zitierten Lehrmeinung – unabhängig davon, ob Erfahrungssätze bei der Beweismwürdigung berücksichtigt werden oder nicht) immer dann vor bzw. ist immer dann genügend, wenn kein voller (nahezu 100%iger) Beweis gefordert wird, sondern wenn bereits eine *überwiegende Wahrscheinlichkeit zum rechtsgenügenden Nachweis einer bestimmten Tatsache ausreichend ist* (BGE 124 V 402 E. 2b; BGer. I 304/02). Nach dieser (richtigen) bundesgerichtlichen Definition kann daher im Einzelfall (wenn dies vom materiellen Recht oder vom Prozessrecht vorgesehen ist) auch eine überwiegende Wahrscheinlichkeit zum Nachweis einer bestimmten Tatsache genügen, wobei es (entgegen der zitierten Lehrmeinung) durchaus möglich ist, dass sich der Richter bei der Beweismwürdigung einzig auf von ihm direkt abgenommenen Beweismittel stützt und keine Erfahrungssätze berücksichtigt³⁹.

44. Geht man davon aus, dass beim vollen Beweis eine 100%ige Wahrscheinlichkeit gegeben sein muss (Ausschluss vernünftiger Zweifel, vgl. Rz. 39 vorstehend), so ist mit Bezug auf den Wahrscheinlichkeitsbeweis festzuhalten, dass sich der Richter hier mit einer (mehr oder minder grossen) gewissen Wahrscheinlichkeit begnügt (wie es bereits der Begriff "Wahrscheinlichkeitsbeweis" impliziert), wobei diese Wahrscheinlichkeit eine *überwiegende* (vgl. BGE 130 III 322 E. 2) sein muss. Wo also ein Wahrscheinlichkeitsbeweis ausreichend ist, liegt auf Seiten des Gerichtes eben gerade **keine volle Überzeugung**, sondern lediglich die *Gewissheit vor, dass es sich mit einer (mehr oder minder grossen) Wahrscheinlichkeit so zugetragen hat*, wie es vom Beweisführer behauptet wird. Wie bereits ausgeführt, ist diese (mehr oder minder grosse) Wahrscheinlichkeit (versuchsweise) mit *95% oder mehr an Überzeugung* zu qualifizieren (vgl. Rz. 40 hiervor), wobei diese Zahl keineswegs als fixe Grenze verstanden werden darf – im Einzelfall müssen Abweichungen nach oben (z.B. auf 97%) oder nach unten (z.B. auf 90%) zulässig sein, wenn dies im Lichte einer sachgerechten Rechtsanwendung erforderlich (und überhaupt noch praktikabel) ist.

³⁸ SCHUMACHER, a.a.O., S. 169.

³⁹ An dieser Stelle ist indes darauf hinzuweisen, dass dort, wo der Wahrscheinlichkeitsbeweis genügt, die Berücksichtigung von Erfahrungssätzen oft eine *durchaus beachtenswerte Rolle* spielt (vgl. auch BGE 130 III 324 E. 3.2). Erneut ist jedoch darauf hinzuweisen, dass eine (zwingende) Berücksichtigung von Erfahrungssätzen in erheblichem Ausmass bei der Beweismwürdigung nicht Begriffsmerkmal des Wahrscheinlichkeitsbeweises ist.

45. Diese Herabsetzung des Beweismasses beim Wahrscheinlichkeitsbeweis muss – um die gesetzliche Beweislastverteilung von Art. 8 ZGB nicht zu gefährden – die Ausnahme bleiben (so auch BGE 130 III 324 E. 3.2). Der Wahrscheinlichkeitsbeweis ist folglich nur dann genügend, wenn dies das Gesetz (so z.B. in Art. 42 Abs. 2 OR) oder die Rechtsprechung (im Rahmen einer richterlichen Rechtsfortbildung im Sinne von Art. 1 Abs. 2 ZGB) ausdrücklich zulässt (so z.B. generell bei hypothetischen Verläufen, vgl. BGer. 4C.288/2001 E. 4c). Da der Wahrscheinlichkeitsbeweis **das Beweismass beschlägt**, hat er indes – bei Lichte besehen – unmittelbar nichts mit der Beweislast zu tun (diese bleibt unverändert), sondern einzig mit der *Beweiswürdigung*: Während eine rechtsfehlerfreie Beweiswürdigung grundsätzlich (d.h. dort, wo der volle Beweis gefordert ist) nur dann vorliegt, wenn das Gericht vom Vorliegen einer bestimmten behaupteten Tatsache (ohne vernünftige Zweifel) überzeugt ist, so liegt dort, wo der Wahrscheinlichkeitsbeweis (ausnahmsweise) zugelassen ist, auch dann noch eine rechtsfehlerfreie Beweiswürdigung vor, wenn der Richter von einer bestimmten behaupteten Tatsache zwar nicht (unter Ausschluss von vernünftigen Zweifeln) überzeugt ist, sie jedoch in (mehr oder minder) grossem Masse als wahrscheinlich (und damit im Ergebnis als überwiegend wahrscheinlich) ansieht (vgl. BGE 133 III 88: "vraisemblance prépondérante").

46. Die Rechtsprechung anerkennt ausdrücklich die **verschiedenen Stufen des Wahrscheinlichkeitsbeweises** mit verschiedenen Graden von vorausgesetzter Wahrscheinlichkeit ("an den Wahrscheinlichkeitsbeweis [sind] umso strengere Anforderungen zu stellen ...", vgl. BGer. U 249/05 E. 1). Entsprechende gerichtliche Ausführungen zum Wahrscheinlichkeitsbeweis erfolgen im Übrigen regelmässig im Zusammenhang mit dem Beweiswert und der Beweiswürdigung (vgl. BGer. U 249/05 E. 1). Zwecks Abgrenzung von der blossen Glaubhaftmachung (Ziff. 4, Rz. 51 ff. nachfolgend) ist indes im Rahmen des Wahrscheinlichkeitsbeweises immer zu verlangen, dass das Gericht eine bestimmte behauptete Tatsache, von der es nicht voll überzeugt ist, *für in hohem Masse (d.h. überwiegend) wahrscheinlich* hält. Ob man dann begrifflich der Auffassung ist, aufgrund einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit sei das Gericht eben faktisch dennoch (voll) überzeugt, oder aber ob man die (hier vertretene) Meinung hat, eine volle Überzeugung sei zwar nicht gegeben, sondern es liege bloss eine überwiegende Wahrscheinlichkeit vor, ist irrelevant und einzig eine terminologische Frage: Entscheidend ist einzig, dass es sich in bestimmten Situationen – eben dort, wo der Wahrscheinlichkeitsbeweis zulässig ist – materiell bzw. sachlich rechtfertigt, eine bloss (überwiegende) Wahrscheinlichkeit zum Nachweis einer bestimmten behaupteten Tatsache genügen zu lassen.

47. Der wichtigste **Anwendungsfall** des Wahrscheinlichkeitsbeweises ist in Art. 42 Abs. 2 OR (*Beweis des nicht ziffernmässig nachweisbaren Schadens*) geregelt. Nach Art. 42 Abs. 2 OR ist der nicht ziffernmässig nachweisbare Schaden (z.B. der vorprozessuale Aufwand einer Partei, namentlich die notwendigen und angemessenen Anwalts- und Parteigutachterkosten) nach Ermessen des Richters mit Rücksicht auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge und auf die vom Geschädigten getroffenen Massnahmen abzuschätzen. In analoger Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR hat der Richter etwa den *Minderwert eines Werkes nach Billigkeit festzulegen*, wenn dessen genaue Festsetzung – wie z.B. bei ästhetischen Mängeln oder bei einem zukünftigen Minderwert – schwierig ist (vgl. BGer. 4C.461/2004 E. 2). Zu Art. 42 Abs. 2 OR existiert eine einschlägige Rechtsprechung und Literatur, auf die zu verweisen ist. An dieser Stelle ist lediglich das Folgende festzuhalten:

- Nach richtiger Auffassung kommt der Geschädigte nicht nur hinsichtlich des Schadensumfanges (= Schadenshöhe) in den Genuss der Beweis(mass)erleichterungen von Art. 42 Abs. 2 OR, sondern auch hinsichtlich der Frage, **ob überhaupt ein Schaden vorliegt oder nicht** (= Vorhandensein/Existenz eines Schadens; vgl. BGE 133 III 162; 132 III 381). Diese (konsequente) Weiterentwicklung des Gedankens von Art. 42 Abs. 2 OR folgt bereits daraus, dass der Geschädigte nicht dafür bestraft werden darf, dass der Schädiger ihm (durch seine schädigende Handlung) nicht nur den Nachweis des Schadensumfanges, sondern bereits den Nachweis des Vorliegens eines Schadens überhaupt erschwert hat.

- Die Bestimmung von Art. 42 Abs. 2 OR **gilt** kraft Art. 99 Abs. 3 OR **auch im Bereich des Vertragsrechts**. Dies heisst, dass auch der im Rahmen einer Vertragsverletzung Geschädigte in den Genuss der Beweis(mass)erleichterungen von Art. 42 Abs. 2 OR kommt.
- Die entsprechenden Beweis(mass)erleichterungen von Art. 42 Abs. 2 OR gelten sodann nicht nur hinsichtlich des Schadens, sondern **auch hinsichtlich des Vorliegens einer Vertragsverletzung** (im Bereich des Vertragsrechts) **und des (natürlichen) Kausalzusammenhanges**⁴⁰. Soweit indes die zitierte Lehre – im Bereich der unerlaubten Handlungen gemäss Art. 41 ff. OR – auch vom "Beweis der Widerrechtlichkeit" spricht, verkennt sie, dass die Widerrechtlichkeit als solche gar nicht bewiesen werden kann, da es sich bei der Frage, ob ein widerrechtliches Verhalten vorliegt oder nicht, um eine Rechtsfrage handelt. Rechtsfragen können indes bekanntlich nicht bewiesen werden, sondern sind vom Richter von Amtes wegen zu entscheiden ("iura novit curia", vgl. Art. 55 CH-ZPO).

48. Nach Art. 1 Abs. 2 ZGB ist es durchaus zulässig, dass sich der Richter auch **ausserhalb des Anwendungsbereiches von Art. 42 Abs. 2 OR** mit einem Wahrscheinlichkeitsbeweis begnügt. Um die Rechtssicherheit nicht zu gefährden, ist es jedoch notwendig, dass diese anderen Fälle (in denen der blosse Wahrscheinlichkeitsbeweis genügt) *klar umrissen und definiert* sind und dass die *Gerichte*, wenn sie im Einzelfall (gestützt auf Art. 1 Abs. 2 ZGB) eine blosse überwiegende Wahrscheinlichkeit genügen lassen wollen, *dies klar zum Ausdruck bringen* und auch hinreichend begründen, warum im Einzelfall der Wahrscheinlichkeitsbeweis genügend (und nicht der volle Beweis gefordert) sein soll.

49. **Gründe für die einzelfallweise Zulassung des Wahrscheinlichkeitsbeweises** sind nach der hier vertretenen Auffassung etwa dann gegeben, wenn zwar aufgrund der Lebenserfahrung vernünftige Zweifel nicht gänzlich ausgeschlossen werden können, es jedoch gleichzeitig so ist, dass sich das Abstellen auf derartige vernünftige Zweifel im Einzelfall doch nicht rechtfertigt. Nach der Rechtsprechung (BGE 130 III 324 E. 3.2) handelt es sich bei den in Frage kommenden Sachverhalten um solche, bei denen *typischerweise Beweisschwierigkeiten auftreten*, weshalb eine (eigentliche) "**Beweisnot**" vorausgesetzt ist (vgl. BGE 133 III 88). Beweisnot liegt dann vor, wenn der volle Beweis nach der Natur der Sache *nicht möglich oder nicht zumutbar* ist. Blosse Beweisschwierigkeiten oder fehlende Beweismittel im konkreten Einzelfall geben demgegenüber keinen Anspruch auf eine Beweis(mass)erleichterung i.S. der Zulassung des Wahrscheinlichkeitsbeweises (vgl. BGE 130 III 324 E. 3.2). Im **Ergebnis** ist daher festzuhalten, dass nach der Rechtsprechung der **Wahrscheinlichkeitsbeweis (i) bei Unmöglichkeit oder (ii) bei Unzumutbarkeit des vollen Beweises zuzulassen** ist.

50. Entscheidend sind folglich nach dem Gesagten (Rz. 49) die Kriterien (i) der **Beweismöglichkeit** und (ii) der **Zumutbarkeit der Beweisführung (mit vernünftigem Aufwand)**. Nach der hier vertretenen Auffassung sind sodann auch weitere Kriterien zu berücksichtigen: Hinsichtlich des im Rahmen der Beweisführung zumutbaren Aufwandes ist zunächst beizufügen, dass die beweisbelastete Partei zwar grundsätzlich erhebliche (auch finanzielle) Anstrengungen auf sich zu nehmen hat, da ihr diese (bei Obsiegen im Prozess) vom Prozessgegner im Rahmen der Parteientschädigung zu ersetzen sind. Für die Frage jedoch, welcher *konkrete Aufwand* der beweisbelasteten Partei zumutbar ist, ist allerdings nach der hier vertretenen Auffassung entscheidend (iii) auch auf das **Kriterium der Beweismnähe** abzustellen: Die entsprechenden Anforderungen an die beweisbelastete Partei sind daher insbesondere dann herabzusetzen, wenn dieser der Beweis nur mit (vor allem im Lichte des Streitwerts) unverhältnismässigem Aufwand möglich ist, während der Prozessgegner untätig bleibt, obwohl ihm der entsprechende Gegenbeweis ohne weiteres (oder jedenfalls nur mit geringem Aufwand) möglich wäre. Dieser Grundsatz folgt im Übrigen bereits aus der allgemeinen prozessualen Regel, dass im Rahmen der Be-

⁴⁰ Vgl. SCHUMACHER, a.a.O., S. 172.

weiswürdigung auch das prozessuale Verhalten der Parteien zu berücksichtigen ist. Nach der hier vertretenen Auffassung ist sodann – im Sinne eines weiteren Vorschlages für die Rechtsanwendung – (iv) das **Kriterium der Beweiserleichterung bei (prozessual) bereits erstelltem Fehlkontakt** zu beachten, welches mit der Stufenfolge der richterlichen Tatbestandsfeststellung zu tun hat. Danach gilt Folgendes: Ist der *Richter von einer Vertragsverletzung bzw. unerlaubten Handlung überzeugt*, so ist der beweisbelasteten Partei, welche sich anschickt, nun auch die weiteren Tatbestandsmerkmale zu beweisen, ganz allgemein mit einer *gewissen Grosszügigkeit* zu begegnen, was den Beweis der weiteren Tatbestandsmerkmale anbelangt (und soweit sich dies nicht ohnehin in richtiger Fortentwicklung von Art. 42 Abs. 2 OR ergibt). *Beispiel*: Entdeckt etwa der Bauherr kurz vor Ablauf der fünfjährigen Verjährungsfrist (Art. 371 Abs. 2 OR) einen gravierenden Werkmangel und gelingt es ihm, dessen Verursachung durch den Unternehmer (und damit die Vertragsverletzung) nachzuweisen, so hat der Richter (soweit nicht ohnehin durch Art. 42 Abs. 2 OR vorgezeichnet) zu Gunsten des Geschädigten zu berücksichtigen, dass dieser – insbesondere auch im Lichte des (von ihm nicht zu vertretenden) Zeitablaufs – um zahlreiche Beweismöglichkeiten hinsichtlich der anderen Tatbestandsmerkmale gebracht wurde. Wo also die *Art und Weise des Fehlkontaktes oder dessen Zeitpunkt* beweismässige Nachteile zu Lasten des Geschädigten zeitigt, ist dem Geschädigten vom Gericht im Rahmen der Beweismwürdigung zu "helfen".

D Glaubhaftmachung (über 50%ige Überzeugung)

51. In verschiedenen Konstellationen (namentlich im Bereich von **vorsorglichen Massnahmen**) lässt das Gesetz die blosse Glaubhaftmachung der rechtserheblichen Behauptungen genügen. Die Glaubhaftmachung ist dabei nichts anderes als ein "*tieferer Wahrscheinlichkeitsbeweis*" (vgl. auch BGer. 4P.64/2003 E. 3.3), indem nämlich bei der Glaubhaftmachung eine – im Vergleich zum Wahrscheinlichkeitsbeweis im engeren Sinne (Rz. 42 ff.) – nochmals geringere Wahrscheinlichkeit gefordert wird (vgl. BGE 130 III 325 E. 3.3; illustrativ die französische Terminologie, vgl. BGE 133 III 88: "simple vraisemblance" für die Glaubhaftmachung im Gegensatz zur "vraisemblance prépondérante" für die überwiegende Wahrscheinlichkeit, vgl. Rz. 45 vorstehend). Nach der hier vertretenen Auffassung liegt die bei der Glaubhaftmachung geforderte **Wahrscheinlichkeit bei über 50%**, womit das Beweismass (im Vergleich mit dem Wahrscheinlichkeitsbeweis im engeren Sinne, vgl. Rz. 42 ff.) noch einmal *stark reduziert* wird.

52. Das Bundesgericht definiert die Glaubhaftmachung z.B. wie folgt:

- "*... die blosse Behauptung ... genügt [nicht]. Es bedarf des Belegs von Tatsachen, welche die glaubhaft zu machenden Tatbestände objektiv wahrscheinlich machen.*" (BGer. 4P.64/2003 E. 3.3);
- "*Ungenügend für ein Glaubhaftmachen sind blosse Parteibehauptungen, auch wenn diese plausibel erscheinen. Vielmehr muss ein Beweisanzug vorliegen. Erforderlich ist eine Beweisführung mindestens den Grundzügen nach.*" (Praxis 2003, Nr. 71, S. 375);
- "*[Der Prozessgegner kann sodann den für die Glaubhaftmachung erforderlichen] Wahrscheinlichkeitsbeweis⁴¹ des Gesuchstellers zerstören, indem er seinerseits glaubhaft macht, dass der Anspruch nicht besteht.*" (BGer 4P.64/2003 E. 3.1);

⁴¹ Das Bundesgericht spricht hier vom Wahrscheinlichkeitsbeweis, was insofern leicht missverständlich ist, als es effektiv um die (blosse) Glaubhaftmachung (dazu Rz. 51 ff.) – und eben nicht um den Wahrscheinlichkeitsbeweis im engeren Sinne (dazu Rz. 42 ff.) – geht. Wie im Text (Rz. 51) bereits ausgeführt, hat das Bundesgericht allerdings insofern recht, als auch die Glaubhaftmachung ebenfalls ein Wahrscheinlichkeitsbeweis ist, indem dort einfach ein tieferer Grad an Wahrscheinlichkeit (nämlich eine über 50%ige Wahrscheinlichkeit) verlangt wird.

- "wenn der Richter aufgrund objektiver Anhaltspunkte überwiegend geneigt ist, an die Wahrheit der Behauptungen zu glauben ..." (BGer. 5A_217/2008 E. 5).

53. Kurz gesagt liegt eine Glaubhaftmachung dann vor, wenn die **Darstellung des Geschwärtellers überzeugender (glaubhafter) ist als die Darstellung des Geschwärtgegners**. Entscheidend ist also, wer im Rahmen einer (vorläufigen) gerichtlichen Beurteilung das Gericht (in der Regel einen Einzelrichter) besser von seinem Standpunkt zu überzeugen vermag, d.h. wer "prima vista" die besseren Karten hat. Ist folglich ein Begehren (namentlich vorsorgliche Massnahmen) bloss glaubhaft zu machen, so ist einem entsprechenden Begehren auch dann statt zu geben, wenn durchaus noch mit der Möglichkeit des Gegenteils (auch "ernsthaf") gerechnet werden muss (vgl. BGE 130 III 325; 120 II 398). Voraussetzung ist einzig, dass die Darstellung des Geschwärtellers jedenfalls plausibler ist als die Darstellung des Geschwärtgegners. Im Lichte der in Rz. 52 aufgeführten Rechtsprechungsätze ist dabei davon auszugehen, dass die *frühere Praxis*, wonach der Anspruch des Geschwärtellers im vorsorglichen Massnahmeverfahren bereits dann zu schützen war, wenn sich dieser "nicht als aussichtslos" erwies (so wohl BGE 108 II 72, mit Belegen), zu *Recht* (vgl. auch Rz. 57 f.) *aufgegeben worden ist*.

54. Lediglich **glaubhaft zu machen sind** dabei nicht nur die (rechtserheblichen) Tatsachen, sondern **auch die entsprechenden Rechtsfolgen** (was indes nichts mit dem Beweissmass zu tun hat, da die Rechtsanwendung dem Beweis schlechthin entzogen ist). Anders als beim Wahrscheinlichkeitsbeweis (Rz. 42 ff.) *darf sich daher das Gericht mit einer summarischen Prüfung der sich stellenden Rechtsfragen begnügen* (so explizit BGE 120 II 397 f.; im gleichen Sinne auch BGE 108 II 72: "vorläufige rechtliche Würdigung"; noch offen gelassen in BGE 88 I 14), weshalb der Grundsatz "iura novit curia" nach der Rechtsprechung insoweit nur eingeschränkt gilt. Dies hängt mit der Natur des regelmässig anwendbaren summarischen Verfahrens (vgl. Art. 244 lit. d CH-ZPO) und dem Bedürfnis, im späteren Hauptprozess (bzw. im Kollegialgericht) die sich stellenden Rechtsfragen allenfalls doch noch anders entscheiden zu können, zusammen. Nach der hier vertretenen Auffassung sollten sich die *Gerichte* jedoch auch im Rahmen von vorsorglichen Massnahmen *bemühen, auch ihre rechtlichen Würdigungen so umfassend wie möglich* (auf Grundlage der glaubhaft gemachten Tatsachen) *vorzunehmen* und so gut wie möglich zu begründen, da es jedenfalls keine gesetzliche Grundlage gibt, gemäss welcher im summarischen Verfahren der Grundsatz "iura novit curia" nur eingeschränkt gilt (zumindest in BGE 88 I 14 empfand das Gericht für diese Auffassung denn auch eine gewisse Sympathie). Zudem lassen auch die zeitlichen Verhältnisse in der Regel durchaus eine mehr als nur summarische Rechtsanwendung zu.

55. Im **Baurecht** liegen die hauptsächlichen **Anwendungsfälle** der Glaubhaftmachung in den **vorsorglichen Massnahmen gemäss Art. 959–961 ZGB**. Es geht dabei einerseits um die Vormerkung von persönlichen Rechten im Grundbuch, wenn deren Vormerkung durch das Gesetz ausdrücklich vorgesehen ist (wie etwa bei Vor- und Rückkaufsrechten, Kaufsrechten, bei Pacht und Miete, vgl. Art. 959 ZGB). Andererseits geht es um die Vormerkung von Verfügungsbeschränkungen für einzelne Grundstücke, namentlich aufgrund einer amtlichen Anordnung zur Sicherung streitiger oder vollziehbarer Ansprüche (vgl. Art. 960 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB). Dieser Fall wird etwa dann aktuell, wenn der Käufer eines Grundstückes (vor der Übereignung dieses Grundstückes) fürchtet, der Verkäufer könnte das bereits an ihn (den Käufer) verkaufte (aber noch nicht beim Grundbuch i.S.v. Art. 963 Abs. 1 ZGB zur Übereignung angemeldete) Grundstück an einen Dritten verkaufen. *Diesfalls kann der Käufer gegenüber dem Verkäufer die Vormerkung einer entsprechenden Verfügungsbeschränkung beantragen*.

56. In der Praxis bei weitem im Vordergrund steht indes das **Bauhandwerkerpfandrecht**, für welches gemäss Art. 961 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB ebenfalls eine vorläufige Eintragung vorge-merkt werden kann (wobei dieser Anspruch, da es sich um einen [real]obligatorischen Anspruch handelt, richtigerweise unter Art. 960 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB zu subsumieren wäre). Gerade was die sog. *vorläufige Eintragung von Bauhandwerkerpfandrechten* anbelangt, bestehen je-

doch Besonderheiten: Währenddem wohl in der ganzen Schweiz für *superprovisorische* Eintragungen eines Bauhandwerkerpfandrechtes (d.h. für vorläufige Eintragungen eines Bauhandwerkerpfandrechtes *ohne Anhörung des Grundeigentümers*) nur gerade einige formelle Voraussetzungen einzuhalten sind (es bestehen dafür bei vielen Gerichten auf dem Internet abrufbare Formulare), so gestaltet sich die Sachlage im Rahmen der provisorischen Eintragung bzw. im Rahmen der Bestätigung der superprovisorisch erfolgten Eintragung (d.h. *nach erfolgter Anhörung des Grundeigentümers*) bei den erstinstanzlichen Gerichten (je nach Kanton und teilweise auch je nach Gerichtsbezirk) verschieden. Im Einzelnen:

- **Ein Teil der Gerichte** verlangt hinsichtlich der provisorischen Eintragung (d.h. wenn es darum geht, eine superprovisorisch erfolgte Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechtes nach der Anhörung des Grundeigentümers zu bestätigen, vgl. Art. 261 Abs. 1 CH-ZPO) die **Glaubhaftmachung** im eigentlichen Sinne, d.h. eine Wahrscheinlichkeit von 50% oder mehr. Dieses Beweismass ist nach der hier vertretenen Auffassung auch richtig, da dem *Gesetz keine Abstufungen des Beweismasses der Glaubhaftmachung (für verschiedene Fälle) zu entnehmen* sind. Glaubhaft machen heisst nämlich, ein Gericht zu 50% oder mehr von der Richtigkeit einer Tatsache zu überzeugen, was auch beim Bauhandwerkerpfandrecht – wie bei allen anderen vorsorglichen Massnahmen – gelten muss (vgl. Rz. 51).
- **Ein anderer Teil der Gerichte** lässt jedoch im Rahmen der provisorischen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechtes die blosse "**Nichtaussichtslosigkeit**" genügen und trägt Bauhandwerkerpfandrechte auch (bereits) dann provisorisch ein (bzw. lässt die bereits superprovisorisch erfolgte Eintragung im Grundbuch bestehen), wenn der **Bestand des Bauhandwerkerpfandrechtes nicht als ausgeschlossen bzw. nicht als höchst unwahrscheinlich** erscheint. Dies führt dazu, dass die entsprechenden Gerichte (so z.B. das Audienzrichteramt des Bezirksgerichtes Zürich) superprovisorisch eingetragene Bauhandwerkerpfandrechte auch dann (im provisorischen Eintragungsverfahren) bestätigen, wenn sie an sich der Auffassung sind, dass der Bestand des Bauhandwerkerpfandrechtes sehr unwahrscheinlich (wenn auch nicht gerade höchst unwahrscheinlich oder ausgeschlossen) ist.

57. Diese (**gesetzwidrige**) **Praxis** verschiedener erstinstanzlicher Gerichte (vgl. letzter Aufzählungspunkt oben) stützt sich im Wesentlichen auf BGE 86 I 269, wonach "an die in Artikel 961 Abs. 3 ZGB verlangte Glaubhaftmachung keine strengen Anforderungen gestellt werden dürfen". Das Bundesgericht hat in dieser Entscheidung seine Praxis wie folgt gerechtfertigt:

"Das folgt insbesondere daraus, dass der Baugläubiger das Pfandrecht wegen der kurzen Verwirkungsfrist von Art. 839 Abs. 2 ZGB im Falle der Verweigerung der vorläufigen Eintragung endgültig verliert, während die Bewilligung, sofern das Pfandrecht im nachfolgenden ordentlichen Prozess nicht anerkannt wird, für den Grundeigentümer nur eine vorübergehende Belastung seiner Liegenschaft zur Folge hat, die zudem durch Leistung einer anderweitigen hinreichenden Sicherheit vermieden werden kann (Art. 839 Abs. 3 ZGB). Angesichts dieser besonderen Interessenlagen darf die vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechtes nur verweigert werden, wenn der Bestand des Pfandrechtes als ausgeschlossen erscheint oder höchst unwahrscheinlich ist; im Zweifelsfall, bei unklarer oder unsicherer Rechtslage, ist die vorläufige Eintragung dagegen zu bewilligen und die Entscheidung dem ordentlichen Richter zu überlassen."

58. Diese *bundesgerichtliche Praxis ist entschieden zu kritisieren*: Es wurde bereits darauf hingewiesen (vgl. Rz. 56, erster Aufzählungspunkt), dass das **Gesetz keine verschiedenen Grade der Glaubhaftmachung kennt**, weshalb die *bundesgerichtliche Praxis offenkundig contra legem* ist. Sodann ist zu beachten, dass die Begründung des Bundesgerichtes (wonach

der Baugläubiger bei Verweigerung der vorläufigen Eintragung seinen Anspruch endgültig verlieren würde) bei vielen anderen vorsorglichen Massnahmen ebenfalls zutrifft, ohne dass dort jemand fordern würde, die Anforderungen an das Beweismass der Glaubhaftmachung seien (im Ergebnis) auf eine blossе Nichtaussichtslosigkeit zu reduzieren. Nimmt man das Beweismass der Glaubhaftmachung (und damit auch Art. 961 Abs. 3 ZGB) ernst, so ist damit notwendigerweise auch die Konsequenz verbunden, dass entsprechende Begehren auf Erlass von vorsorglichen Massnahmen (darunter auch die Eintragung von Bauhandwerkerpfandrechten) scheitern bzw. keinen Erfolg haben, wenn es an einer entsprechenden Glaubhaftmachung fehlt. Der Interessenlage des Baugläubigers (Unternehmer) wird bereits dadurch (in genügendem Masse) Rechnung getragen, dass er die Begründetheit seines Begehrens um Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechtes eben nicht mit 100%iger oder 95%iger, sondern bloss mit einer mehr als 50%igen Wahrscheinlichkeit darzutun hat. Da dies nun aber *einem (effektiv pfandberechtigten) Baugläubiger ohne weiteres möglich sein sollte*, besteht für eine weitere Reduktion des Beweismasses der Glaubhaftmachung praktisch auf 1–5% hinunter (entsprechend dem Beweismass der "Nichtaussichtslosigkeit") kein Anlass. Umgekehrt trägt die bundesgerichtliche Rechtsprechung den Interessen des Grundeigentümers, der oft (etwa bei Totalunternehmer- oder Generalunternehmerverträgen) mit dem Baugläubiger nicht einmal in einem direkten Vertragsverhältnis steht, in keiner Weise Rechnung: Da der Baugläubiger nämlich grundsätzlich frei ist, wie hoch (d.h. mit welchem Betrag) er das Grundstück durch Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechtes belastet, ist es dem Grundeigentümer in vielen Fällen schlicht nicht möglich, zwecks Abwendung des Bauhandwerkerpfandrechtes eine (betragsmässig genügende) anderweitige Sicherheit i.S.v. Art. 839 Abs. 3 ZGB zu leisten. Da überdies im Zeitpunkt, in dem (gerichtlich) über das Vorliegen einer rechtsgenügenden Sicherheit für die Forderung bzw. für das (super)provisorisch eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht entschieden wird, die Sicherheit (z.B. eine Barhinterlegung) bereits beim Gericht geleistet sein muss und da Banken, welche dem Grundeigentümer entsprechende Sicherheiten zur Verfügung stellen, ihrerseits ebenfalls (durch den Grundeigentümer) abgesichert sein wollen, hat der von einem Bauhandwerkerpfandrecht betroffene Grundeigentümer (wenn er das Bauhandwerkerpfandrecht durch eine Sicherheit ablösen will) der Bank seinerseits entsprechende Sicherheiten zu leisten, was ihm oftmals nicht möglich ist. Insbesondere das durch das Bauhandwerkerpfandrecht des Baugläubigers belastete Grundstück kommt hierfür (da es zum Zeitpunkt der Kontaktaufnahme mit der Bank bereits belastet ist) oft nicht mehr in Frage. Hinzu kommt ein Weiteres: Der Prozess um definitive Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechtes kann (wie verschiedene bundesgerichtliche Urteile zeigen) Jahre, wenn nicht gar Jahrzehnte dauern; dies zumal dann, wenn der Unternehmer gleichzeitig auch noch eine Forderungsklage gegen den Grundeigentümer anhängig macht und die beiden Prozesse zeitlich parallel geführt werden. Während dieser oftmals sehr lange dauernden Zeitspanne kann der durch ein (materiell nicht begründetes) Bauhandwerkerpfandrecht belastete Grundeigentümer in seiner Kreditfähigkeit (welche für ihn wirtschaftlich oft von existenzieller Bedeutung ist) schlicht blockiert sein, womit für ihn erhebliche Nachteile verbunden sind. Dem Grundeigentümer nützt es folglich oft nichts mehr, wenn sich der Pfandrechtsanspruch des Unternehmers nach Jahr und Tag vor Bundesgericht als nicht bestehend erweist. Diese typische Interessenlage wurde in BGE 86 I 269 f. verkannt, worauf sich – ohne genügende gesetzliche Grundlage – in zahlreichen Kantonen eine gesetzwidrige Praxis entwickelt hat, *welche Unternehmern gegenüber Grundeigentümern ein erhebliches Druckmittel zur Verfügung stellt und zwar selbst dann, wenn ihr Pfandrechtsanspruch sehr unwahrscheinlich* (aber eben nicht höchst unwahrscheinlich oder aussichtslos) *ist*. In Einzelfällen führt dies dazu, dass im provisorischen Eintragungsverfahren auch Bauhandwerkerpfandrechte in weit übersetztem Masse (auch hinsichtlich bereits bezahlter Beträge) oder Bauhandwerkerpfandrechte, welche zufolge Fristablaufs von mehreren Monaten oder sogar Jahren etc. offensichtlich nicht bestehen, bestätigt werden. *Beispiel*: Behauptet ein Subunternehmer ca. 6–12 Monate nach Abnahme des (Gesamt-)Werkes durch den Grundeigentümer (d.h. im Lichte von Art. 839 Abs. 2 ZGB offensichtlich verspätet), einen mit dem ursprünglichen Werkvertrag zusammenhängenden Nachtrag auszuführen und seinen Werklohn vom Generalunternehmer noch nicht erhalten zu haben (was z.B. bei mangelhafter Arbeit des Subunternehmers oder auch bei zwischenzeitlicher Insolvenz

des Generalunternehmers durchaus der Fall sein kann), so dürfte es dem Grundeigentümer selbst bei offensichtlichem Vorliegen von blossen (nicht pfandrechtsbegründenden, vgl. BGE 102 II 206 ff.) Nachbesserungsarbeiten regelmässig unmöglich sein, die Behauptungen des Subunternehmers als aussichtslos oder höchst unwahrscheinlich zu entkräften.

E Beispiele: Drei in der Praxis zentrale Beweislastregeln

1. Art. 174 Abs. 3 SIA-Norm 118 (Beweislast für Mängel während der zweijährigen Garantiefrist)

59. Art. 174 der SIA-Norm 118 lautet wie folgt:

¹ Der Unternehmer haftet für alle Mängel (Art. 166), die der Bauherr während der Garantiefrist (Rügefrist) rügt (Art. 173). Von der Haftung ausgenommen sind einzig Mängel, für die das Werk (oder der Werkteil) gemäss Art. 163 als genehmigt gilt.

² Der Bauherr setzt dem Unternehmer eine angemessene Frist zur Verbesserung eines gerügten Mangels an. Die Art. 169–171 sind anzuwenden.

³ *Wird streitig, ob ein behaupteter Mangel wirklich eine Vertragsabweichung darstellt und daher ein Mangel im Sinne dieser Norm ist, so liegt die Beweislast beim Unternehmer.*

60. Vereinbaren die Parteien eines Werkvertrages die Anwendbarkeit der SIA-Norm 118 (was die Regel darstellt), so machen sie damit auch die Beweislastregel von Art. 174 Abs. 3 der SIA-Norm 118 zum Bestandteil ihres Vertrages. Die Regel von Art. 174 Abs. 3 SIA-Norm 118⁴² stellt eine **Abweichung von der ordentlichen gesetzlichen Beweislastregel von Art. 8 ZGB** dar, wonach grundsätzlich diejenige Partei das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen hat, welche aus ihr Rechte ableitet. Während also gemäss Art. 8 ZGB grundsätzlich der Bauherr das Vorliegen eines Mangels bzw. eine Vertragsabweichung zu beweisen hätte, ist nach Art. 174 Abs. 3 SIA-Norm 118 der Unternehmer für die Vertragskonformität seiner Leistung beweispflichtig: *Der Unternehmer hat zu beweisen, dass ein bestimmter (vom Bauherrn nachzuweisender) Zustand, von dem der Bauherr behauptet, er stelle einen Mangel dar, eben gerade keinen Mangel darstellt bzw. keine Vertragsabweichung bildet.*

61. Nach Rechtsprechung⁴³ und herrschender Lehre⁴⁴ **verletzt** dabei die Bestimmung von Art. 174 Abs. 3 der SIA-Norm 118 **weder Art. 27 ZGB** (Verbot der übermässigen Selbstbindung) **noch ist sie widerrechtlich oder unsittlich im Sinne von Art. 20 OR**; ferner stellt Art. 174 Abs. 3 SIA-Norm 118 auch **keine "ungewöhnliche" allgemeine Geschäftsbedingung** dar, weshalb sie auch vom Anwendungsbereich der sog. Ungewöhnlichkeitsregel ausgenommen ist. Der Unternehmer kann sich im Übrigen bereits deshalb nicht auf die Ungewöhnlichkeit der Bestimmung von Art. 174 Abs. 3 SIA-Norm 118 berufen, da der Unternehmer (grundsätzlich immer) branchenerfahren ist (vgl. dazu BGE 109 II 457). Im Übrigen ist die SIA-Norm 118 nach der hier vertretenen Auffassung als Ganzes zu betrachten (d.h. als Norm mit Vor- und

⁴² Vgl. dazu JOHANNES ZUPPIGER, Die Beweislastumkehr in Art. 174 Abs. 3 SIA-Norm 118, in: Jusletter, 13. Juni 2005.

⁴³ GVP SG 1992, Nr. 19.

⁴⁴ PETER GAUCH, Werkvertrag, N 2698; sinngemäss auch PETER GAUCH, Kommentar zur SIA-Norm 118, Art. 157–190, Zürich 1991 ("Kommentar zur SIA-Norm 118"), N 8 zu Art. 174 SIA-Norm 118; JOHANNES ZUPPIGER, a.a.O., Rz. 2; HANS SCHMID, Zum Beweislastvertrag, SJZ 100 (2004), Nr. 20, S. 477 ff. A.M. ALFRED BÜHLER, Von der Beweislast im Bauprozess, in: Alfred Koller (Hrsg.), Aktuelle Probleme des privaten und öffentlichen Baurechts, St. Gallen 1994, S. 289 ff. [S. 326], der indes (zu Unrecht) die Zulässigkeit von Beweislastverträgen – wiederum entgegen herrschender Auffassung (*explizit die Zulässigkeit bestätigend*: BGer. 4C.20/2003 E. 2.3, mit Verweisen; weitere Nachweise bei PETER GAUCH, Werkvertrag, N 1509) – überhaupt zu verneinen scheint.

Nachteilen für beide Seiten), weshalb es nicht angeht, einzelne, für den Unternehmer (oder auch für den Bauherrn) allenfalls (im Vergleich zum dispositiven Gesetzesrecht) nachteilige Bestimmungen unter Berufung auf die Ungewöhnlichkeitsregel nachträglich zu "eliminieren", zumal sonst wohl ein grosser Teil der SIA-Norm 118 als "ungewöhnlich" i.S. der Ungewöhnlichkeitsregel zu gelten hätte. Art. 174 Abs. 3 SIA-Norm 118 ist schliesslich auch deshalb nicht ungewöhnlich, da die Regel auf dem *wertungsmässig richtigen Gedanken* beruht, dass der Unternehmer hinsichtlich der Vertragskonformität des von ihm abgelieferten Werkes in fachlicher Hinsicht über einen Wissensvorsprung gegenüber dem Bauherrn verfügt, jedenfalls während der ersten zwei Jahre nach der Abnahme⁴⁵. *Zusammenfassend* ist daher festzuhalten, dass Art. 174 Abs. 3 SIA-Norm 118 vorbehaltlos gültig und vom Richter (bei Übernahme der SIA-Norm 118 in den konkreten Einzelvertrag) zu beachten ist.

62. Zur *Klarstellung und Verdeutlichung* ist ein Zweifaches festzuhalten:

- (i) Die **Beweislast für den Zustand des Werkes im Zeitpunkt der Mängelrüge liegt** – den allgemeinen Regeln bzw. Art. 8 ZGB entsprechend – **beim Bauherrn**⁴⁶. Diesem stehen hierfür die üblichen Mittel (namentlich Augenschein und Gutachten) zur Verfügung.
- (ii) Der **Bauherr hat ferner zu beweisen, welche Werkqualität ihm der Unternehmer schuldet**, d.h. welche Werkbeschaffenheit vertraglich versprochen worden ist (so hat der Bauherr z.B. nachzuweisen, dass ihm der Unternehmer ein gänzlich riss- und kratzfreies Werk versprochen hat und nicht berechtigt war, ein Werk mit geringfügigen Rissen und Kratzern abzuliefern etc.)⁴⁷. Zu beachten ist indes, dass sich in der Praxis diese (unter (ii) genannte) Beweispflicht des Bauherrn beim Vorliegen eines schriftlichen Vertrages (was die Regel ist) darauf beschränkt, *dem Gericht darzutun, wie der Vertrag in rechtlicher Hinsicht zu verstehen bzw. auszulegen ist* (wenn der Unternehmer diesbezüglich eine andere Auffassung als der Bauherr vertritt). Um dem Gericht die gewünschte (rechtliche) Auslegung des Vertrages plausibel zu machen, ist es regelmässig erforderlich, dass der Bauherr dem Gericht die entsprechenden (*tatsächlichen*) *Begleitumstände* (wie z.B. den hohen Preis eines Werkes, die berechtigten Erwartungen des Bauherrn aufgrund der Vertragsverhandlungen, die Anpreisung der eigenen Fähigkeiten durch den Unternehmer, den üblichen Werkstandard bei entsprechenden Preisen etc.) darlegt bzw. substantiiert behauptet.

63. Hat der Bauherr diese beiden Tatsachen (nämlich: (i) Zustand des Werkes im Zeitpunkt der Mängelrüge und (ii) vom Unternehmer geschuldete Werkbeschaffenheit, vgl. Rz. 62) nachgewiesen und ergibt sich daraus (in rechtlicher Hinsicht), dass der *Zustand des Werkes im Zeitpunkt der Mängelrüge nicht der vom Unternehmer vertraglich versprochenen Werkbeschaffenheit entspricht*, so liegt **hernach die Beweislast beim Unternehmer**. Diese Beweislast des Unternehmers, welche immer nur im Falle der Beweislosigkeit überhaupt eine Rolle spielt, wird insbesondere im **Fall** praktisch, in dem sich gerichtlich (weder durch einen Augenschein noch durch ein Gutachten oder sonst wie) nicht klären lässt bzw. beweislos bleibt, ob der vom Bau-

⁴⁵ So auch JOHANNES ZUPPIGER, a.a.O., Rz. 10 ff.

⁴⁶ Vgl. PETER GAUCH, Kommentar zur SIA-Norm 118, N 8a zu Art. 174 SIA-Norm 118, erster Satz, jedoch ohne Angabe des Zeitpunkts, hinsichtlich dessen der Bauherr den Zustand des Werkes nachzuweisen hat: In Frage kommen dabei einerseits der Zeitpunkt der Abnahme und andererseits der Zeitpunkt der Mängelrüge, wobei indes die Beweislastregel von Art. 174 Abs. 3 der SIA-Norm 118 nach der hier vertretenen Auffassung nur dann einen Sinn ergibt, wenn sich der *Bauherr mit dem Beweis des Zustandes des Werkes im Zeitpunkt der Mängelrüge begnügen darf (und nicht auch noch den Zustand des Werkes im Zeitpunkt der Abnahme nachweisen muss)* – daher ist im Text vom Zustand des Werkes *im Zeitpunkt der Mängelrüge* die Rede. Implizit ist auch PETER GAUCH, a.a.O., letzter Satz, dieser Auffassung, indem er den Beweis der Mängelfreiheit des Werkes im Zeitpunkt der Abnahme wie hier *dem Unternehmer* auferlegt.

⁴⁷ Im Ergebnis gleich: PETER GAUCH, Kommentar zur SIA-Norm 118, N 8b zu Art. 174 SIA-Norm 118.

herrn bewiesene Zustand des Werkes im Zeitpunkt der Mängelrüge im Zeitpunkt der Abnahme des Werkes bereits "im Keime" angelegt ("vorgespurt") war bzw. ob der (vertragswidrige) Zustand des Werkes im Zeitpunkt der Mängelrüge auf einen bereits im Zeitpunkt der Abnahme des Werkes bestehenden Mangel zurückzuführen ist oder nicht (d.h. wenn man nicht weiss, ob der Unternehmer ein mängelfreies oder eben ein mangelhaftes Werk abgeliefert hat bzw. wenn nicht erstellt ist, ob der Zustand des Werkes im Zeitpunkt der Mängelrüge auf einem vertragswidrigen Unternehmerverhalten, einer Drittursache oder auf einem Verhalten des Bauherrn beruht).

64. Im Ergebnis geht es also um den Fall, in dem die **Ursache des Zustandes des Werkes im Zeitpunkt der Mängelrüge nicht ermittelt werden kann** (d.h. namentlich um den Fall der *fehlenden Beweiskraft eines Gutachtens*). Die Umkehr der Beweislast zu Lasten des Unternehmers lässt sich dabei anhand eines Vergleiches zwischen der Rechtslage nach OR (Gesetz) bzw. nach Art. 174 Abs. 3 der SIA-Norm 118 wie folgt veranschaulichen:

- **Gemäss OR** (d.h. nach Gesetz) hat der **Bauherr zu beweisen**, dass der **Mangel bereits bei Ablieferung/Abnahme des Werkes zumindest "im Keime" vorlag bzw. bereits vorhanden war** (vgl. Art. 367 ff. OR). Kann dieser Nachweis nicht erbracht werden, so trägt der Bauherr die Folgen der Beweislosigkeit, weshalb ihm diesfalls keine Mängelrechte zustehen.
- **Gemäss SIA-Norm 118** hat demgegenüber der **Unternehmer zu beweisen**, dass das **Werk im Zeitpunkt der Ablieferung/Abnahme mängelfrei** war bzw. dass zu diesem Zeitpunkt – insbesondere – auch kein "im Keime" angelegter Mangel vorhanden war, auf den der Zustand des Werkes im Zeitpunkt der Mängelrüge zurückzuführen ist (vgl. Art. 174 Abs. 3 SIA-Norm 118). Gelingt dem Unternehmer dieser Beweis nicht, so hat er für den vom Bauherrn nachgewiesenen Zustand des Werkes im Zeitpunkt der Mängelrüge einzustehen und die Mängelrechte des Bauherrn gegen sich gelten zu lassen. Der Unternehmer kann dabei den ihm obliegenden Beweis etwa dadurch erbringen, dass er (z.B. durch ein im Zeitpunkt der Ablieferung/Abnahme des Werkes erstelltes Gutachten, welches die Mängelfreiheit zu diesem Zeitpunkt beweist) *direkt* die Vertragskonformität seiner Leistung nachweist. Zudem kann der Unternehmer die Vertragskonformität seiner eigenen Leistung auch bloss *mittelbar* dadurch dartun, indem er nachweist, dass der Zustand des Werkes im Zeitpunkt der Mängelrüge auf eine Drittursache (z.B. durch von ihm nicht zu vertretende Erschütterungen des Erdreiches nach der Abnahme) oder auf ein Verhalten des Bauherrn (z.B. einen unsachgemässen Gebrauch oder eine übermässige Abnützung des Werkes) zurückzuführen ist⁴⁸.

65. Zu beachten ist dabei, dass die Beweislastregel von Art. 174 Abs. 3 der SIA-Norm 118 **nur während der ersten zwei Jahre nach der Abnahme** gilt (vgl. Art. 172 Abs. 2 SIA-Norm 118). Danach, d.h. von Beginn des dritten bis zum Ende des fünften Jahres nach der Abnahme, liegt die Beweislast für Mängel (bzw. für den Umstand, dass ein behaupteter *verdeckter* Mangel eine Vertragsabweichung darstellt) wiederum beim Bauherrn (vgl. Art. 179 Abs. 5 SIA-Norm 118). Nach Ablauf der zweijährigen Garantiefrist entspricht folglich die Regelung der SIA-Norm 118 wieder der vom Gesetzgeber in Art. 8 ZGB getroffenen Lösung (vgl. dazu Rz. 64, erster Aufzählungspunkt).

66. Art. 174 Abs. 3 SIA-Norm 118 **ändert sodann nichts an der (prozessualen) Behauptungs- bzw. Substantiierungslast des Bauherrn**: Der Bauherr muss dennoch (soweit möglich und zumutbar) alle ihm bekannten Tatsachen darlegen, welche für das Vorliegen einer Vertragsabweichung sprechen und *insbesondere auch die Mangelhaftigkeit des Werkes bereits im Zeitpunkt der Ablieferung/Abnahme des Werkes (substantiiert) behaupten* (auch wenn er diese

⁴⁸ So auch PETER GAUCH, Kommentar zur SIA-Norm 118, N 8a zu Art. 174 SIA-Norm 118, letzter Satz.



nicht beweisen muss und obwohl insofern Behauptungs- und Beweislast – ausnahmsweise – auseinanderfallen, indem erstere beim Bauherrn und letztere beim Unternehmer angesiedelt ist). Unterlässt der Bauherr dies, fehlt es an einer rechtsgenügenden Substantiierung des (behaupteten) Anspruchs des Bauherrn, weshalb gar nicht Beweis abgenommen werden kann und die Beweislastverteilung zu Lasten des Unternehmers gemäss Art. 174 Abs. 3 SIA-Norm 118 gar nicht zur Anwendung kommt. Der Bauherr kann daher im Einzelfall dennoch zu einer sehr eingehenden Auseinandersetzung mit der Frage, ob effektiv eine Vertragsabweichung vorliegt oder nicht, gezwungen sein, will er seine Rechte prozessual erfolgreich durchsetzen.

67. Abschliessend ist darauf hinzuweisen, dass die **anderen SIA-Normen** (soweit geprüft), namentlich die SIA-Normen 102 und 103, keine Regel enthalten, welche Art. 174 Abs. 3 SIA-Norm 118 entspricht. Mit Bezug auf Verträge, zu deren Bestandteil diese SIA-Normen erklärt wurden, bleibt es also bei der ausschliesslichen Anwendbarkeit von Art. 8 ZGB.

2. Gemeinsame Schadenersatzpflicht von Nebenunternehmern bei nicht feststellbarem Schadensverursacher (Art. 31 SIA-Norm 118)

68. Im Folgenden ist auf eine weitere Beweislastregel der SIA-Norm 118 einzugehen, nämlich auf deren Art. 31. Diese Bestimmung (zu welcher es – soweit ersichtlich – weder Rechtsprechung noch eine Kommentierung gibt) besagt unter dem Titel "Nebenunternehmer" (Untertitel: "gemeinsame Schadenersatzpflicht"), was folgt:

¹ *Entsteht an einem Bauwerk, an dem mehrere Unternehmer tätig sind, ein Schaden, dessen Verursacher nicht festgestellt werden kann, so haben die zur Zeit des Schadenereignisses am Bau tätigen Unternehmer den Schaden im Verhältnis der Rechnungsbeträge ihrer Arbeiten anteilmässig zu tragen.*

² *Die Bauleitung besorgt für den Geschädigten die Verteilung und Rechnungsstellung. Jedem Unternehmer steht der Beweis offen, dass er und seine Hilfspersonen den Schaden nicht verursacht haben.*

69. Art. 31 der SIA-Norm 118⁴⁹ stellt eine **vertragliche Risikoverteilungsnorm** dar, welche dann zur Anwendung gelangt, wenn (i) ein Bauherr *nicht mit einem Total- oder Generalunternehmer, sondern mit verschiedenen Nebenunternehmern* (welche gleichzeitig auf der Baustelle tätig sind) arbeitet. Die Norm setzt weiter voraus, dass (ii) – was häufig der Fall ist – der Verursacher eines Schadens nicht festgestellt werden kann (jedenfalls nicht ohne langwieriges, gerichtliches Beweisverfahren). Sind die Tatbestandsvoraussetzungen der Bestimmung erfüllt, so sieht sie als Rechtsfolge die Verteilung des Schadens auf die Nebenunternehmer vor⁵⁰.

70. Richtig ausgelegt kann das Erfordernis, wonach der **Verursacher eines Schadens nicht festgestellt werden kann**, einzig bedeuten, dass es innert (baubezogen zu bemessender) nützlicher Frist und mit zumutbarem Aufwand⁵¹ nicht möglich ist, den Verursacher des Schadens festzustellen. Wollte man die Bestimmung (zu Unrecht) anders verstehen und vom Geschädigten (in der Regel der Bauherr, ausnahmsweise auch ein Nebenunternehmer)⁵² verlangen, dass er zunächst – d.h. bevor Art. 31 der SIA-Norm 118 überhaupt greift – einen Prozess zwecks Ermittlung des Schadensverursachers führt, bliebe Art. 31 der SIA-Norm 118 praktisch toter Buchstabe: Wäre es nämlich so, so würde sich (jedenfalls in den praktischen Auswirkungen)

⁴⁹ Dazu ROLAND HÜRLIMANN, Gemeinsame Schadenersatzpflicht von Unternehmern bei unbekanntem Verursacher nach Art. 31 der SIA-Norm 118, in: Jusletter 13. Juni 2005.

⁵⁰ Vgl. ERWIN SCHERRER, Nebenunternehmer beim Bauen, Diss. Freiburg 1994, Rz. 429.

⁵¹ Ebenso: ERWIN SCHERRER, a.a.O., Rz. 434; ROLAND HÜRLIMANN, a.a.O., Rz. 7.

⁵² So zu Recht: ERWIN SCHERRER, a.a.O., Rz. 436; ROLAND HÜRLIMANN, a.a.O., Rz. 5.

überhaupt nichts an der gesetzlichen Beweislastverteilung von Art. 8 ZGB ändern, da nämlich spätestens im Prozess der effektive Schadensverursacher praktisch immer ermittelt werden kann (weshalb insofern ein positives Beweisergebnis vorliegt und die Beweislastregel von Art. 31 der SIA-Norm 118 – ebenso wie sodann auch Art. 8 ZGB – ohnehin nicht mehr anwendbar wäre). Aus dem Gesagten folgt daher, dass mehrere, *im Zeitpunkt des Schadensereignisses* am Bau tätige Nebenunternehmer bei (evtl. späterer) Entstehung (= Eintritt) eines Schadens grundsätzlich sofort (jedoch nur anteilmässig im Verhältnis ihrer Rechnungsbeträge, vgl. Art. 31 Abs. 1 der SIA-Norm 118) *zahlungspflichtig* sind, damit der Geschädigte (Bauherr oder Nebenunternehmer) den entsprechenden Schaden möglichst im Zuge der Bauausführung beheben kann, ohne dafür eigene finanzielle Mittel vorschliessen zu müssen. Nach der hier vertretenen Auffassung ist es denkbar, dass derartige Ansprüche – sofern sie streitig sind – *im summarischen Verfahren für den Rechtsschutz in klaren Fällen* (Art. 244 lit. b CH-ZPO) behandelt werden, da (i) der Sachverhalt in entsprechenden Fällen (mit Ausnahme evtl. der Schadenshöhe) meistens liquid ist (niemand kann den Schadensverursacher feststellen, vgl. dazu auch Rz. 76 betr. Reduktion des Beweismasses) und da sich überdies (ii) derjenige, welcher die SIA-Norm 118 übernommen hat, mit einer raschen Klärung derartiger Schadenfälle einverstanden erklärt hat. Was indes noch aussteht, ist (iii) die Entwicklung und Etablierung klaren Rechts bezüglich Art. 31 der SIA-Norm 118, wozu hiermit ein kleiner Beitrag geleistet werden soll.

71. Art. 31 SIA-Norm 118 verfolgt einen **doppelten Zweck** bzw. ist in den folgenden beiden **Konstellationen** von Bedeutung⁵³:

- *Verhältnis zwischen Nebenunternehmern unter sich*: Einerseits erleichtert die Bestimmung die Gefahrentragung des einen Nebenunternehmers (z.B. eines Elektrikers) zu Lasten der anderen Nebenunternehmer. *Beispiel*: An einem Elektrikerwerk entsteht *vor* Ablieferung/Abnahme durch den Bauherrn (also während der Zeitspanne, in welcher der Elektriker gegenüber dem Bauherrn die Gefahr trägt) ein Schaden, ohne dass dessen Verursacher festgestellt werden kann. An sich müsste für den Schaden (gegenüber dem Bauherrn) der Elektriker aufkommen, da ihn das Risiko der von keiner Partei (weder vom Elektriker noch vom Bauherrn) zu vertretenden Beschädigung des Elektrikerwerkes trifft. Art. 31 SIA-Norm 118 hat nun zur Folge, dass *der Elektriker den Schaden, den er gegenüber dem Bauherrn ersetzen muss, anteilmässig auf die anderen Nebenunternehmer verlagern kann* (wobei sich selbstverständlich auch der Elektriker selbst mit einer entsprechenden Quote beteiligen muss⁵⁴). Der Anspruch des Elektrikers gegenüber den anderen Nebenunternehmern präsentiert sich dabei als direktes Forderungsrecht eines Dritten (Elektriker) aufgrund eines echten Vertrages zu Gunsten Dritter gemäss Art. 112 Abs. 2 OR (Vertrag zwischen Bauherr und anderen Nebenunternehmern zu Gunsten des Elektrikers). Für diese Auffassung sprechen sowohl der Wortlaut von Art. 31 Abs. 2 SIA-Norm 118 ("Die Bauleitung besorgt *für den Geschädigten* die Verteilung und Rechnungsstellung") als auch Praktikabilitätsüberlegungen⁵⁵.
- Verhältnis zwischen verschiedenen Nebenunternehmern und dem Bauherrn: Andererseits begünstigt Art. 31 SIA-Norm 118 auch den Bauherrn, da die Bestimmung auch dann zur Anwendung kommt, wenn dieser (im Beispiel gemäss vorangehendem Aufzählungspunkt) das Elektrikerwerk *bereits abgenommen* hat und wenn an diesem erst danach (d.h. nach der Ablieferung/Abnahme) ein Schaden entsteht (= eintritt), ohne dass dessen Verursacher fest-

⁵³ ERWIN SCHERRER, a.a.O., Rz. 432, 436, 443 und 456 f.; ROLAND HÜRLIMANN, a.a.O., Rz. 5.

⁵⁴ G.L.M. ERWIN SCHERRER, a.a.O., Rz. 453.

⁵⁵ Wie hier: ERWIN SCHERRER, a.a.O., Rz. 457; offen gelassen von ROLAND HÜRLIMANN, a.a.O., Rz. 15, welcher zwar auch einen unechten Vertrag zu Gunsten Dritter i.S.v. Art. 112 Abs. 1 OR als möglich erachtet, anschliessend jedoch dem Wortlaut von Art. 31 Abs. 2 SIA-Norm 118 hohe Priorität einräumt und damit wohl eher – wie hier – zur Annahme eines echten Vertrages zu Gunsten Dritter i.S.v. Art. 112 Abs. 2 OR tendiert.

gestellt werden kann. Während nach dispositivem Gesetzesrecht (Art. 376 OR e contrario) diesfalls der Bauherr das Risiko einer weder von ihm noch vom Elektriker zu vertretenden Beschädigung des Elektrikerwerkes zu tragen hätte, hat die Anwendbarkeit von Art. 31 SIA-Norm 118 zur Folge, dass der Bauherr einen (jeweils anteilmässigen) Ersatzanspruch gegenüber sämtlichen Nebenunternehmern hat (ohne dass sich der Bauherr selbst am Schaden zu beteiligen hätte⁵⁶).

72. Auch mit Bezug auf Art. 31 der SIA-Norm 118 gilt (wie bereits für Art. 174 Abs. 3 der SIA-Norm 118, vgl. Rz. 61): Die **Norm ist – insbesondere im Hinblick auf das Verhältnis zwischen verschiedenen Nebenunternehmern und dem Bauherrn – sachgerecht** und berücksichtigt insbesondere auch die effektiven Verhältnisse beim Bauen mit mehreren Nebenunternehmern in angemessener Weise: Sind nämlich im Zeitpunkt eines Schadensereignisses mehrere Nebenunternehmer gleichzeitig an einem Bauwerk tätig, so ist es dem Geschädigten (Bauherr oder Nebenunternehmer) in der Praxis oft unmöglich, den Verursacher eines bestimmten Schadens innert nützlicher Frist zweifelsfrei festzustellen. Die *mehreren Nebenunternehmer* sind dabei dem sich im Bau befindlichen Bauwerk wesentlich näher als der Geschädigte (jedenfalls soweit es sich dabei um den Bauherrn handelt), da sie an diesem arbeiten und daher in der Regel besser wissen, wann wo was wie gemacht wurde. Nun trifft es zwar zu, dass nicht jeder Nebenunternehmer weiss, was ein bestimmter *anderer* Nebenunternehmer zu einem bestimmten Zeitpunkt an einem bestimmten Ort gemacht hat. Tatsache ist jedoch, dass jedenfalls die anderen Nebenunternehmer auch einem (unbekannten) schadensverursachenden Nebenunternehmer (welcher zur gleichen Zeit wie sie selbst auf der Baustelle tätig war) immer noch wesentlich näher sind als der Bauherr, weshalb es sich wertungsmässig rechtfertigt, sämtliche Nebenunternehmer den für die Schadensbehebung erforderlichen Betrag anteilmässig (d.h. nicht solidarisch, womit das Risiko in Grenzen gehalten wird) tragen zu lassen.

73. Den **berechtigten Interessen der Nebenunternehmer** wird dabei wie folgt Rechnung getragen: (i) Erstens steht den nicht schadensverursachenden Nebenunternehmern der *Beweis* offen, dass sie bzw. ihre Hilfspersonen *den Schaden nicht verursacht haben* (Art. 31 Abs. 2 SIA-Norm 118). Dieser Beweis kann einerseits dadurch erfolgen, dass ein Nebenunternehmer die Vertragskonformität seiner eigenen Leistung nachweist bzw. den Beweis erbringt, dass er räumlich, funktionell und zeitlich nicht der Verursacher des Schadens sein kann⁵⁷. Andererseits kann sich ein Nebenunternehmer auch dadurch entlasten, dass er die (von ihm verschiedene) Ursache des Schadens nachweist (z.B. höhere Gewalt, Bestellerverhalten, Verhalten eines Dritten, Verursachung durch einen anderen Nebenunternehmer). (ii) Zweitens steht es den Nebenunternehmern frei, das entsprechende Risiko durch entsprechend höhere Werklöhne auf den Bauherrn abzuwälzen oder für das Risiko gemäss Art. 31 der SIA-Norm 118 bei ihren Betriebspflicht-Versicherungen *Versicherungsschutz einzukaufen*, weshalb jedenfalls kein besonderes, zum vornherein nicht kalkulierbares Risiko besteht. (iii) Drittens steht den für den Schaden nicht verantwortlichen Nebenunternehmern selbstverständlich der Rückgriff auf den schadensverursachenden Nebenunternehmer (oder den Besteller oder den Dritten, wovon im Folgenden infolge seltener praktischer Relevanz nicht mehr die Rede ist) offen, wenn dieser später (noch) ermittelt wird.

74. Zum **massgeblichen Zeitpunkt**: Nach richtiger Auffassung⁵⁸ stellt Art. 31 Abs. 1 der SIA-Norm 118 (wie aus dem Wortlaut der Norm hervorgeht) für die Pflicht zur Schadenstragung darauf ab, dass ein Nebenunternehmer zur Zeit des Schadensereignisses am Bau tätig war,

⁵⁶ So zu Recht: ERWIN SCHERRER, a.a.O., Rz. 453. Dies ergibt sich aus dem Wortlaut von Art. 31 Abs. 1 SIA-Norm 118, wonach (nur) die "... Unternehmer den Schaden ... zu tragen [haben]".

⁵⁷ ERWIN SCHERRER, a.a.O., Rz. 452; ROLAND HÜRLIMANN, a.a.O., Rz. 16.

⁵⁸ ROLAND HÜRLIMANN, a.a.O., Rz. 8.

was gemäss Art. 8 ZGB der Geschädigte nachzuweisen hat⁵⁹. Mit dem Schadensereignis i.S.v. Art. 31 Abs. 1 der SIA-Norm 118 ist dabei nicht der Zeitpunkt der Entstehung (bzw. des Eintritts) eines Schadens, sondern der (evtl. zeitlich früher anzusetzende) Zeitpunkt der Schadensverursachung gemeint. Dies ist sachgerecht, da es nicht angeht, einen Nebenunternehmer *allein deshalb* als Nebenunternehmer im Sinne von Art. 31 SIA-Norm 118 zu qualifizieren, weil er zum Zeitpunkt der Schadensentstehung bzw. des Schadenseintrittes auf der Baustelle war, wenn die Schadensursache (wie dies oft der Fall ist) bereits früher gesetzt worden ist⁶⁰.

75. Der **Anteil des betreffenden Nebenunternehmers**, den dieser zwecks Schadensdeckung einzuschliessen hat, bestimmt sich nach dem Verhältnis seines eigenen (gesamten) Werklohnes zum Total aller Werklöhne (aller Nebenunternehmer). Dies ergibt sich direkt aus Art. 31 Abs. 1 der SIA-Norm 118. Wird später der schadensverursachende Nebenunternehmer (doch noch) ermittelt, so ist dieser gegenüber den nicht schadensverursachenden Nebenunternehmern, welche bereits bezahlt haben, **regresspflichtig** (vgl. Rz. 73).

76. In Situationen, welche in den Anwendungsbereich von Art. 31 der SIA-Norm 118 fallen, kann sich die Frage stellen, ob es sinnvoll ist, den schadensverursachenden Nebenunternehmer durch ein **Schiedsgutachten**⁶¹ zu ermitteln. Bejahendenfalls stellt sich die Frage, wer dafür die Kosten zu übernehmen (bzw. vorzuschliessen) hat, wobei diese Frage wie folgt zu beantworten ist: Auszugehen ist von der Prämisse, dass grundsätzlich der Geschädigte (in der Regel der Bauherr, ausnahmsweise ein Nebenunternehmer) zu beweisen hat, dass der Verursacher eines Schadens *nicht festgestellt* werden kann (vgl. Rz. 70). Die Anforderungen an diesen Beweis beschränken sich indes aufgrund des oben Gesagten (vgl. Rz. 70) darauf, den Nachweis zu führen, dass der Schadensverursacher jedenfalls nicht innert nützlicher Frist und nicht mit zumutbarem Aufwand festgestellt werden kann. Insoweit folgt direkt aus dem (von den Parteien vertraglich übernommenen) Art. 31 der SIA-Norm 118 auch eine *Reduktion des Beweismasses* hinsichtlich der Frage, wann ein Schadensverursacher nicht festgestellt werden kann. Nach der hier vertretenen Auffassung kann daher von einem geschädigten Bauherrn (wenn sich alle Beteiligten über die Erstellung eines Schiedsgutachtens zwecks Ermittlung des Schadensverursachers einig sind) höchstens verlangt werden, dass er sich anteilmässig (d.h. bei neun Nebenunternehmern bzw. mit dem Bauherrn zusammen zehn Personen: mit einem Betrag von 10%, wobei die verbleibenden 90% im Verhältnis ihrer Rechnungsbeträge auf die übrigen Nebenunternehmer zu verteilen sind) am Vorschuss für die Kosten des Schiedsgutachtens beteiligt; dies selbstverständlich unter Wahrung des Rückgriffsrechtes für diese Quote gegenüber dem schadensverursachenden (und durch das Schiedsgutachten zu ermittelnden) Nebenunternehmer. Anders zu entscheiden hiesse wiederum, den Anwendungsbereich von Art. 31 der SIA-Norm 118 weitgehend ausser Kraft zu setzen. Da im Übrigen nach Erstattung des Schiedsgutachtens nicht nur der Bauherr, sondern sämtliche (nicht schadensverursachenden) Nebenunternehmer (für die von ihnen bevorschussten Kosten des Schiedsgutachtens) auf den schadensverursachenden Nebenunternehmer Rückgriff nehmen können, kann sich ein derartiges Vorgehen in der Praxis als kostensparende und zugleich gerechte Möglichkeit zur Lösung entsprechender Streitigkeiten erweisen.

⁵⁹ Vgl. ERWIN SCHERRER, a.a.O., Rz. 446.

⁶⁰ Zur Frage, was unter dem Begriff "Tätigkeit im Zeitpunkt der Schadensverursachung" zu verstehen ist, vgl. ERWIN SCHERRER, a.a.O., Rz. 449 und ROLAND HÜRLIMANN, a.a.O., Rz. 9.

⁶¹ Durch ein *Schiedsgutachten* (vgl. dazu Art. 186 CH-ZPO) werden *streitige Tatsachen* festgestellt, welche für ein Rechtsverhältnis, über das die beteiligten Parteien frei verfügen können, rechtserheblich sind. Der Schiedsgutachter muss in gleicher Weise wie ein gerichtlich bestellter Gutachter *unabhängig* sein, weshalb die Partei und ihr Anwalt auch hinsichtlich eines allfällig bestellten Schiedsgutachters zu prüfen haben, ob ein Ausstandsgrund vorliegt (vgl. dazu im Einzelnen Fussnote 13). Das Schiedsgutachten muss zudem ohne Bevorzugung einer Partei erstellt worden sein und darf nicht offensichtlich unrichtig sein, soll es das Gericht in einem späteren Prozess hinsichtlich der darin festgestellten (streitigen und rechtserheblichen) Tatsachen binden.



3. Beweislast für die Rechtzeitigkeit der Mängelrüge

77. Nach der **Rechtsprechung** ist ein Mangel mit dessen zweifelsfreier Feststellung entdeckt (BGE 118 II 147 ff.; 107 II 175 f. E. 1a). Nach der zitierten Rechtsprechung liegt sodann *die Beweislast für die Rechtzeitigkeit der Mängelrüge nach der allgemeinen Regel (Art. 8 ZGB) beim Besteller*⁶². Will der Unternehmer die Rechtzeitigkeit der Mängelrüge bestreiten, so hat er die Genehmigung des Werkes infolge verspäteter Mängelrüge des Bestellers zu behaupten (nicht jedoch zu beweisen, vgl. jedoch die Ausführungen in Rz. 82 f., woraus hervorgeht, dass diese *publizierte Rechtsprechung durch unpublizierte Rechtsprechung überholt worden ist*).

78. Diese **Rechtsprechung ist in der Literatur umstritten**. Namentlich EUGEN BUCHER⁶³ ist der Auffassung, dass die Verspätung der Mängelrüge eine rechtshindernde (und entgegen der Auffassung des Bundesgerichtes nicht eine rechtsbegründende) Tatsache sei, welche vom Unternehmer zu beweisen sei. Besonders PETER GAUCH⁶⁴ bringt dieser Auffassung grosse Sympathien entgegen, indem auch er der Auffassung ist, die rechtzeitige Mängelrüge sei keine rechtsbegründende (da die Mängelrechte sich bei Ablieferung eines mangelhaften Werkes unmittelbar an den Tatbestand des Werkmangels knüpfen würden), sondern bloss eine rechtserhaltende Tatsache. Ausgehend von diesem Grundsatz folgert PETER GAUCH, dass im Lichte einer angemessenen Verteilung des Beweisrisikos eine differenzierte Beweislastverteilung zu fordern sei. Demgemäss ist PETER GAUCH (anders als das Bundesgericht) der folgenden Auffassung:

- *Wer (wie der Unternehmer) die Verspätung der Mängelrüge behauptet (und sich damit darauf beruft), hat dies auch zu beweisen (entsprechend dem Grundsatz, dass derjenige die Verwirkung eines Rechtes zu beweisen hat, der diese geltend macht).*
- *Entsprechend dem Grundsatz der Beweismöglichkeit (welcher den Unternehmer, der sich auf die Verspätung der Mängelrüge beruft, vor unlösbaren Beweisschwierigkeiten bewahren soll) hat der Besteller jedoch zunächst zu beweisen, wann er den fraglichen Mangel (das erste Mal) gerügt hat. In der Praxis geschieht dies regelmässig durch Vorlage eines eingeschriebenen Briefes, in dem der Besteller dem Unternehmer gegenüber den Mangel erstmals (sofern möglich substantiiert) geltend gemacht hat.*
- *Hat der Besteller den Zeitpunkt seiner Mängelrüge bewiesen, so liegt die Beweislast dafür, dass die vom Besteller für den betreffenden Zeitpunkt nachgewiesene Mängelrüge zu spät erfolgte, beim Unternehmer.*

79. Diese **Auffassung, wonach im Ergebnis die Beweislast dafür, dass die vom Besteller nachgewiesene Mängelrüge nicht sofort nach der Entdeckung des Mangels erhoben wurde, beim Unternehmer liegt, überzeugt**. Sie harmoniert einerseits mit dem Grundsatz, dass der (mit einem mangelhaften Bauwerk "bedachte") Besteller, welcher sich mit einer Vertragsverletzung des Unternehmers (Werkmangel) auseinandersetzen muss, nicht mit zusätzlichen Beweis-

⁶² Da das Bundesgericht in seiner neusten Praxis (vgl. BGer. 4A_336/2007 E. 4.4; 4C.130/2006 E. 4.2.2; 4A_51/2007 E. 4.5) eine *siebtägige Rügefrist* als angemessen erachtet (wobei sich diese bei drohender Vergrösserung des Schadens bei Zuwarten mit der Rüge noch weiter – u.U. *bis auf Null* – reduziert, vgl. sinngemäss BGer. 4A_51/2007 E. 4.5), hat derjenige Besteller, welcher die Zeitspanne zwischen der Entdeckung des Mangels und der Mängelrüge als über diesen Fristen (maximal sieben Tage) liegend darstellt, den *Prozess bereits verloren*.

⁶³ EUGEN BUCHER, 100 Jahre schweizerisches Obligationenrecht: Wo stehen wir heute im Vertragsrecht?, ZSR 1983 II, S. 343.

⁶⁴ PETER GAUCH, Grundstückkauf mit Bauleistungspflicht und zahlreiche Fragen zur Mängelhaftung ("Grundstückkauf"), BR 1/93, S. 41 f. Vgl. dazu neuerdings auch ALEXANDRA RUMO-JUNGO, Beweislast bei der Mängelrüge, in: Gauchs Welt, Festschrift für Peter Gauch (Hrsg. Pierre Tercier/Marc Amstutz/Alfred Koller/Jörg Schmid/Hubert Stöckli), S. 575 ff., insbesondere S. 584 ff.

risiken belastet werden soll. Andererseits entspricht diese Beweislastverteilung auch dem *Prinzip der Regelmässigkeit*, wonach entsprechende Mängel *in aller Regel (regel- bzw. normkonform)* sofort nach der Entdeckung gerügt werden, da für ein Zuwarten regelmässig ein sachlicher Grund fehlt⁶⁵. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass das schweizerische Recht - aufgrund des Erfordernisses der sog. "Sofortrüge" (Art. 367 Abs. 1 OR) - das im Vergleich mit sämtlichen umliegenden europäischen Ländern mit Abstand besteller"feindlichste" ist, weshalb es sich auch rechtsvergleichend nicht begründen lässt, dem Besteller zusätzlich noch ein unangemessenes Beweislastrisiko aufzubürden⁶⁶.

80. Der entscheidende Umstand, welcher eine **Beweislastverteilung zu Lasten des Unternehmers rechtfertigt**, liegt indes darin, dass der *Besteller ohnehin den Zeitpunkt der Entdeckung des Mangels (substantiiert) zu behaupten hat*, womit ihn ebenfalls eine entsprechende prozessuale Mitwirkungspflicht (Obliegenheit) trifft, deren Missachtung im Rahmen der freien Beweiswürdigung (des ganzen Bestellerverhaltens) berücksichtigt werden kann. Mehr kann und darf indes vom Bauherrn nicht verlangt werden. Namentlich ist zu beachten, dass es nicht sachgerecht wäre, vom Besteller (der soeben eine Vertragsverletzung des Unternehmers bzw. einen Mangel entdeckt hat) auch noch zu verlangen, dass er den Zeitpunkt der Entdeckung des Mangels noch beweismässig dokumentiert (um ihn später nachweisen zu können). Hierzu fehlt es ihm regelmässig an entsprechenden Beweismöglichkeiten, weshalb es nicht angeht, den Besteller auf blosser Bestreitung des Unternehmers hin (nebst dem Beweis des Zeitpunktes der Mängelrüge) auch noch mit dem Beweis des Zeitpunktes der Entdeckung des Mangels zu belasten. Derartige Fragen (Zeitpunkt der Entdeckung des Mangels und Zeitpunkt der Mängelrüge) stellen sich nämlich (logisch betrachtet) *immer erst dann, wenn ein Mangel bereits bewiesen bzw. eine Vertragsverletzung des Unternehmers bereits erstellt ist*. Eine Beweislastverteilung zu Lasten des Unternehmers drängt sich daher auch unter diesem Gesichtspunkt auf, da es unbillig wäre, wenn der Unternehmer aus seiner Vertragsverletzung prozessuale (beweisrechtliche) Vorteile ziehen könnte.

81. Die **publizierte bundesgerichtliche Praxis** (BGE 118 II 147 ff.; 107 II 175 f. E. 1a), wonach die Beweislast für die Rechtzeitigkeit der Mängelrüge beim Besteller liegt, weshalb dieser auch den Zeitpunkt der Entdeckung des Mangels nachzuweisen habe, leidet im Übrigen an einer **logischen Unmöglichkeit**⁶⁷, was das Gericht bis anhin offenkundig übersehen hat, hier jedoch aufgezeigt werden soll. Das Bundesgericht argumentierte nämlich in BGE 118 II 147 wie folgt: *"[Der Besteller] hat ... den Nachweis zu erbringen, in welchem Zeitpunkt dies [gemeint: die Entdeckung des Mangels] der Fall war. Wendet demgegenüber der Unternehmer ein, der Besteller habe den gerügten Mangel schon früher entdeckt, so hat der Unternehmer seinerseits seine Behauptung zu beweisen."* Dass diese beiden Sätze unmöglich gleichzeitig stimmen können, liegt auf der Hand: Die Beweislast für den Zeitpunkt der Entdeckung des Mangels kann nicht zugleich beim Besteller *und* beim Unternehmer liegen; vielmehr kann die Beweislast wesensgemäss gleichzeitig nur einer Partei zukommen. Zudem gilt: Hat die eine Partei (nämlich der Besteller) den Zeitpunkt der Entdeckung des Mangels bereits bewiesen, so wird – da eben gerade nicht der Fall der *Beweislosigkeit*, sondern vielmehr ein positives Beweisergebnis vorliegt – die Frage der Beweislastverteilung ohnehin gegenstandslos (wie das Bundesgericht selbst in konstanter und unbestrittener Rechtsprechung festhält, vgl. z.B. BGE 131 III 649). Aus diesem Grunde ist die publizierte bundesgerichtliche Praxis daraufhin zu untersuchen, ob sie – wie es ihr Wortlaut impliziert und wie sie in der Lehre⁶⁸ auch gedeutet worden ist – wirklich besagen soll, dass der Besteller den Zeitpunkt der Entdeckung des Mangels nachzuweisen hat. Die *Frage ist zu verneinen*, denn:

⁶⁵ ALEXANDRA RUMO-JUNGO, a.a.O., S. 579 f. und 584.

⁶⁶ Nachweis bei ALFRED BÜHLER, a.a.O., S. 331 f.

⁶⁷ PETER GAUCH, Grundstückskauf, 42, hat bereits darauf hingewiesen, ohne dass er gehört worden wäre.

⁶⁸ PETER GAUCH, Grundstückskauf, 42.

82. Die **unpublizierte bundesgerichtliche Praxis** (vgl. BGer. 4C.159/1999 E. 1b bb) besagt nämlich, dass die *Folgen der Beweislosigkeit hinsichtlich des Zeitpunktes der Entdeckung des Mangels* (d.h. wenn prozessual nicht nachgewiesen ist, wann der Besteller den Mangel entdeckt hat) *vom Unternehmer zu tragen sind*. Der Originalton des Bundesgerichtes (vgl. BGer. 4C.159/1999 E. 1b bb) lautet dabei wie folgt: *"Mithin trägt der Beklagte [d.h. der Unternehmer] die Last der Beweislosigkeit dafür, dass der Kläger [d.h. der Besteller] bereits Anfang Januar 1982 Kenntnis von den Mängeln hatte."* Da in jenem Fall der Unternehmer die von ihm behauptete frühere Entdeckung des Mangels durch den Besteller nicht nachweisen konnte, wurde auf die (unbewiesenen) Behauptungen des Bestellers abgestellt und die Mängelrüge in der Folge als rechtzeitig taxiert.

83. **Zusammenfassend** ist daher (hinsichtlich der *Beweislast für den Zeitpunkt der Entdeckung des Mangels*) das Folgende festzuhalten: Massgeblich sind (zunächst) allein die (prozessualen) *Behauptungen des Bestellers*, wann er den Mangel entdeckt habe. Auf die gegenteilige Behauptung des Unternehmers, der Besteller habe den Mangel bereits früher (d.h. bereits vor dem vom Besteller behaupteten Zeitpunkt) entdeckt (und daher die Rügefrist verpasst), ist nur dann abzustellen, *wenn dem Unternehmer der Beweis der früheren Entdeckung des Mangels durch den Besteller gelingt*, was in der Praxis nur selten der Fall sein dürfte. Im **Ergebnis** unterscheidet sich daher die massgebende bundesgerichtliche Praxis (das klare Votum in BGer. 4C.159/1999 E. 1b bb ist als treffliche Lösung des in BGE 118 II 147 gezogenen gordischen Knotens zu verstehen, auch wenn sich das Gericht der Problematik offenbar nicht bewusst war) nicht mehr von der richtigen Auffassung von PETER GAUCH⁶⁹. Diese Entwicklung ist sehr zu begrüssen.

84. Hinsichtlich der Frage, **wie weit ein entdeckter Mangel in der Mängelrüge substantiiert werden muss**, ist – in allgemeiner Form – darauf hinzuweisen, dass *der Unternehmer aufgrund der Mängelrüge wissen muss, wo er was zu verbessern hat* (bzw. wo er "anzusetzen" hat, vgl. im Einzelnen BGer. 4A_51/2007 E. 4.5). Deutlich zu weit ginge es jedoch, vom Besteller bereits im Rahmen der Mängelrüge eine den Grundsätzen des Prozessrechtes entsprechende Substantiierung des Mangels zu verlangen. Ein derartiges Erfordernis wäre nicht nur deshalb verfehlt, weil Mängelrügen oft von Laien ausgehen (welche Ausmass und Umfang von entsprechenden Mängeln gar nicht richtig zu würdigen wissen), sondern auch deswegen, da auch hinsichtlich dieser Frage der Grundsatz gilt, dass die Mängelrüge *überhaupt nur aufgrund der Vertragsverletzung des Unternehmers (Mangel) notwendig geworden ist*. Es genügt folglich nach der hier vertretenen Auffassung, wenn der Besteller die Mängelrüge so verfasst, wie es der Unternehmer *vom konkreten Besteller aufgrund der konkreten Umstände* (d.h. in der konkreten Situation bzw. aufgrund des konkreten Mangels und in Berücksichtigung der zeitlichen Umstände) erwarten durfte, denn bei fehlender Verständlichkeit der Mängelrüge ist es Pflicht des vertragsbrüchigen Unternehmers, beim Besteller nachzufragen. Den Besteller diesfalls (bei einer anfänglich noch vagen Mängelrüge) mit der Rechtsfolge der Verwirkung seiner Mängelrechte zu bestrafen, obwohl die Vertragsverletzung des Unternehmers bzw. der Mangel bewiesen ist, wäre keine sachgerechte Rechtsfolge, da der Gesetzgeber (entsprechend dem Grundsatz des Synallagmas) bei Vorliegen eines Mangels grundsätzlich die Mängelrechte zum Zuge kommen lassen wollte. Um unliebsamen Überraschungen vorzubeugen, empfiehlt es sich seitens des Bestellers dennoch, Mängelrügen so detailliert wie in der konkreten Situation möglich abzufassen. Wo dies (infolge technischer Gegebenheiten) nicht oder noch nicht möglich ist, ist dem Unternehmer dennoch eine Mängelrüge zuzustellen und ihm mitzuteilen, er werde unverzüglich nach genauerer Abklärung des massgeblichen Sachverhaltes eine weitere (detailliertere) Mängelrüge zugestellt erhalten.

⁶⁹ PETER GAUCH, Grundstückkauf, 42.

85. Soweit sodann - wie dies oft der Fall ist - *beweismässig nicht erstellt ist, wer von verschiedenen in Frage kommenden Personen* (verschiedene Nebenunternehmer, Architekt, Ingenieur etc.) *einen bestimmten Mangel effektiv verursacht hat*, so empfiehlt es sich, die Mängelrüge nicht nur der vermutungsweise am ehesten in Frage kommenden Person (wie es in der Praxis häufig geschieht), sondern **allen überhaupt als Mängelverursacher denkbaren Personen zuzustellen**. Um sich Rückfragen und "Ärger" zu ersparen, kann die entsprechende Mängelrüge allenfalls mit dem Hinweis verbunden werden, der Mängelverursacher stehe noch nicht fest, weshalb die Mängelrüge vorsorglich an alle Baubeteiligten verschickt werde, wofür man um Verständnis bitte. Professionelle Baubeteiligte werden für dieses Vorgehen Verständnis haben und sich nicht persönlich angegriffen fühlen.

F Beweiswürdigungsregeln

86. Im Folgenden ist exemplarisch noch auf einige Beweiswürdigungsregeln hinzuweisen. Im Vordergrund stehen dabei die **natürlichen (tatsächlichen) Vermutungen**. Diese kennzeichnen sich dadurch, dass (aufgrund der Lebenserfahrung) von bewiesenen Tatsachen (sog. "*Vermutungsbasis*", z.B. Höhe der Nachbesserungskosten hinsichtlich eines Werkmangels) auf das Vorliegen von nicht bewiesenen Tatsachen (sog. "*Vermutungsfolge*", hier: gleich hoher Minderwert des Werkes wie Nachbesserungskosten zwecks Behebung des Werkmangels) geschlossen wird. Diese nicht bewiesene Tatsache (Minderwert) gilt dann im Prozess (aufgrund der natürlichen Vermutung) einstweilen als erstellt, es sei denn, es gelinge dem Beweis- bzw. Vermutungsgegner (hier: Unternehmer) der sog. *Gegenbeweis*.

87. Um eine **natürliche Vermutung zu entkräften**, ist demgemäss (anders als bei den gesetzlichen Vermutungen, welche eine Umkehr der Beweislast zur Folge haben) nicht der Beweis des Gegenteils, sondern ein *blosser Gegenbeweis* erforderlich bzw. genügend (weshalb sich im Rahmen der Geltung von natürlichen Vermutungen nichts an der gesetzlichen Beweislastverteilung ändert, vgl. BGer. 4C.285/2006 E. 2.2). Ein Gegenbeweis gelingt dann, wenn es der Beweis- bzw. Vermutungsgegner (= Gegenbeweisführer) schafft, beim Gericht Zweifel am Vorliegen der aus der natürlichen Vermutung sich ergebenden Tatsache zu wecken (indem etwa der Unternehmer beim Gericht Zweifel aufkommen lässt, dass im zu beurteilenden Fall der Minderwert effektiv gleich hoch ist wie die Nachbesserungskosten). Ist der Gegenbeweis (nämlich: die Streuung von Zweifeln beim Gericht, was *kein Vollbeweis* ist, vgl. BGer. 4C.285/2006 E. 2.2) gelungen, so kommt alsdann – und erst dann – die "normale" Beweislastverteilung zum Tragen (und die natürliche Vermutung spielt keine Rolle mehr bzw. ist "vom Tisch").

88. Das **Beweisverfahren zergliedert sich** demnach – im Anwendungsbereich von natürlichen Vermutungen – **zeitlich in die folgenden Schritte**, wobei vom Fallbeispiel in Rz. 86 f. ausgegangen wird:

(i) Die (gemäss Gesetz) beweisbelastete Partei (Bauherr) hat zunächst die Vermutungsbasis (nämlich: die Höhe der Nachbesserungskosten) *zu beweisen* (währenddem sie vom Beweis der eigentlich anspruchsbegründenden Tatsachen – nämlich der Höhe des Minderwertes – vorerst dispensiert ist)⁷⁰.

(ii) Da aus der Höhe der Nachbesserungskosten direkt auf den Minderwert des Werkes geschlossen wird (vgl. Rz. 86), hat alsdann der Beweis- bzw. Vermutungsgegner (Unternehmer) den *Gegenbeweis zu führen* und den Richter (lediglich) zu Zweifeln hinsichtlich der vermuteten Höhe des Minderwertes (Vermutungsfolge) zu veranlassen (z.B. indem er in nicht ungläubwür-

⁷⁰ Der Beweis für die *Vermutungsbasis* (Höhe der Nachbesserungskosten) ist *nicht* erbracht, wenn diesbezüglich dem Unternehmer der Gegenbeweis gelingt. Diesfalls kommt die im Text nachfolgend unter (ii) und (iii) beschriebene Abfolge nicht zum Zuge.

diger Weise dartut, der Minderwert sei tiefer als die bewiesene Höhe der Nachbesserungskosten, vgl. BGer. 4C.285/2006 E. 2.2).

(iii) Alsdann – d.h. bei Gelingen des Gegenbeweises – hat die beweisbelastete Partei (Bauherr) die (bis anhin vermutete) *Vermutungsfolge* (nämlich die Höhe des Minderwertes) i.S. eines Vollbeweises (welcher ein Hauptbeweis ist) *nachzuweisen*.

89. Im **Ergebnis** erweist es sich demnach, dass **bei natürlichen Vermutungen zwei Vorteile für die grundsätzlich beweisbelastete Partei** (Besteller) bestehen: (i) Statt des eigentlichen Beweisthemas (Höhe des Minderwertes) muss zunächst nur die Vermutungsbasis (= Höhe der Nachbesserungskosten) *bewiesen* werden, womit regelmässig ein einfacheres Beweisthema vorliegt. (ii) Der *Hauptbeweis* (Vollbeweis) hinsichtlich der eigentlich anspruchsbegründenden Tatsachen (Höhe des Minderwertes) muss *nur unter der Bedingung* geführt werden, dass dem Beweis- bzw. Vermutungsgegner der Gegenbeweis hinsichtlich der Vermutungsfolge gelingt, was keineswegs immer der Fall ist (obwohl der Gegenbeweis wesentlich einfacher zu führen ist als der Beweis des Gegenteils, da zu berücksichtigen ist, dass der Gegenbeweis – entgegen seiner missverständlichen Bezeichnung als *Gegenbeweis* – eben gerade kein Beweis bzw. kein Vollbeweis einer Tatsache ist). Um indes beim Richter (i.S. der Erfordernisse des Gegenbeweises) Zweifel zu streuen, braucht es – dies darf nicht vergessen gehen – dennoch eine "gewisse (indes geringe) Überzeugungskraft".

90. **Beispiele natürlicher Vermutungen**, aufgrund derer aus einer erwiesenen Tatsache auf eine andere, nicht erwiesene Tatsache geschlossen wird, sind etwa die folgenden:

- Natürliche Vermutung, wonach der Minderwert eines Werkes den Nachbesserungskosten entspricht (BGE 116 II 305 E. 4a);
- Natürliche Vermutung, wonach technische Normen (wie z.B. die SIA-Normen) zum Zeitpunkt ihrer Veröffentlichung den Stand der Technik wiedergeben bzw. wiedergegeben haben⁷¹;
- Natürliche Vermutung, wonach Regierapporte ihren Beweiswert weitgehend oder gar völlig verlieren, wenn sie vom Unternehmer erst einige Monate nach der Beendigung der Arbeiten der Bauleitung übermittelt werden⁷²;
- Natürliche Vermutung, wonach aus einer *vorbehaltlosen* Unterzeichnung von Regierapporten/Ausmassblättern (durch den Bauherrn bzw. die Bauleitung) auf die *Richtigkeit* des verurkundeten Aufwandes geschlossen wird (nach der hier vertretenen Auffassung *nicht jedoch auch auf die Notwendigkeit und Angemessenheit* des verurkundeten Aufwandes⁷³, zumal diese - anders als der Aufwand als solcher - regelmässig nicht ohne weiteres überprüfbar sind, sondern besonderer Abklärungen bedürfen). Ohnehin ist *vorsichtigen Bauherrn zu empfehlen*, in Zweifelsfällen entsprechende (nicht zu eng gefasste) *Vorbehalte* auf Regierapporten/Ausmassblättern anzubringen oder – wenn grössere Probleme mit dem Unternehmer nicht ausgeschlossen werden können – die Regierapporte/Ausmassblätter *überhaupt nicht zu unterzeichnen*;

⁷¹ Vgl. z.B. CHK-HÜRLIMANN ROLAND/SIEGENTHALER THOMAS, N 6 zu Art. 364 OR.

⁷² RAINER SCHUMACHER, a.a.O., S. 167.

⁷³ A.M. ALFRED BÜHLER, a.a.O., S. 298, 309 und 312; PETER GAUCH, Werkvertrag, N 1022 und 1028, mit Verweisen.

- *Natürliche Vermutung*, dass das tatsächliche (und nicht das plangemässe theoretische) Ausmass vereinbart worden ist (da das plangemässe theoretische Ausmass das Vergütungsrisiko für auf Planfehlern beruhende Mehr- oder Mindermengen beinhaltet)⁷⁴;
- *Natürliche Vermutung*, dass eine im Rahmen der Berufsausübung erbrachte Tätigkeit, welche einen gewissen Umfang hat, *entgeltlich* erbracht wird (BGer. 4C.285/2006 E. 2.2 = Vermutung der Entgeltlichkeit von mit Berufsleuten abgeschlossenen Verträgen, z.B. auch Architekturverträge über [blosse] Vorprojekte; vgl. auch BGE 119 II 43 ff.).
- *Keine natürliche Vermutung* ergibt sich nach herrschender Lehre aus den Regietarifen der Berufsverbände gemäss Art. 49 Abs. 2 der SIA-Norm 118. Aus derartigen Regietarifen ist daher nicht zu folgern, dass die dort festgehaltenen Ansätze üblich oder angemessen sind⁷⁵.

⁷⁴ ALFRED BÜHLER, a.a.O., S. 311, mit Verweisen.

⁷⁵ ALFRED BÜHLER, a.a.O., S. 310, mit zahlreichen Verweisen.