

KGVS C3 07 61

KGE (Kassationsbehörde) vom 27. August 2007 i.S. X. u.a. c. Y. u.a. (Nichtigkeitsklage).

Vorsorgliche Beweisaufnahme. Rechtliches Gehör.

- Die vorsorgliche Beweisaufnahme ist erst mit einer allfälligen Oberexpertise abgeschlossen, ungeachtet welche Partei die Oberexpertise beantragt (Art. 159 Abs. 1 ZPO; E. 1b).
- Rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV; Art. 67 Abs 1 ZPO; E. 2b).

Preuve à futur; droit d’être entendu.

- La procédure de preuve à futur est close, le cas échéant, avec la surexpertise que chaque partie a la faculté de solliciter (art. 159 al. 1 CPC; consid. 1b).
- Droit d’être entendu (art. 29 al. 2 Cst.; 67 al. 1 CPC; consid. 2b).

Verfahren (gekürzt)

X. u.a. reichten beim Bezirksgericht Brig gegen Y. u.a. eine Forderungsklage ein, mit der sie Minderwerte wegen Mängeln am Dach des Mehrfamilienhauses in Brig-Glis geltend machten. Am 16. März 2005 stellten die Kläger das Gesuch um vorsorgliche Beweisaufnahme, da sich in der Wohnung X. im Übergangsbereich Mauerwerk/Dachkonstruktion Wasserflecken gebildet hätten. Sie beantragten die Durchführung einer Expertise zur Feststellung der Ursache des Wassereintritts in der Wohnung X. im 3. Obergeschoss sowie des Schadensausmasses. Der Bezirksrichter gab dem Antrag statt. In der Folge stellte er den Parteien die Expertise zu und setzte ihnen eine Frist von 30 Tagen an, innert welcher eine Erläuterung oder Ergänzung verlangt werden konnte. Er teilte zudem mit, nach unbenutztem Ablauf dieser Frist oder nach Hinterlage des Ergänzungsberichts werde den Parteien die Frist zum allfälligen Antrag auf Durchführung einer Oberexpertise angesetzt. Y. beantragte, dass eine Oberexpertise erst nach den Einvernahmen der Parteien durchgeführt wird. Mit Verfügung vom 26. März 2007 lehnte der Bezirksrichter diesen Antrag ab, stellte den Parteien die Ergänzungsexpertise zu und räumte ihnen eine Frist ein, um sich über die Durchführung einer Oberexpertise auszusprechen. Y. ersuchte dann, dass das Verfahren fortgesetzt wird, da die Kläger kein Interesse hätten, vorsorglich eine Oberexpertise durchzuführen. Er beantrage die Durchführung einer Oberexpertise im Hauptverfahren. Am 1. Juni 2007 verfügte der Bezirksrichter u.a., dass das ordentliche Verfahren fortgesetzt werde mit der Begründung, es habe allein Partei Y. eine Oberexpertise beantragt, weshalb auf die Verfügung vom 26. März 2007 zurückgekommen werde. Es bestehe zurzeit kein Interesse an der

Durchführung einer vorsorglichen Oberexpertise, so dass vor der Auftragserteilung das ordentliche Prozessverfahren bis zum Abschluss des übrigen Beweisaufnahmeverfahrens weitergeführt werde. Gegen diese Verfügung reichten die Kläger eine Nichtigkeitsklage beim Kantonsgericht ein.

Aus den Erwägungen:

(...)

1. b) Gemäss Art. 226 ZPO kann gegen Endurteile und gegen Voroder Teilurteile, die nicht berufungsfähig sind, eine Nichtigkeitsklage eingereicht werden (Abs. 1). Zwischenentscheide sind mit Nichtigkeitsklage anfechtbar (Abs. 2), wenn dies im Gesetz ausdrücklich vorgesehen ist (lit. a) und in den anderen Fällen, sofern diese Entscheide einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken (lit. b). Nach Art. 162 Abs. 3 ZPO ist der Entscheid, mit dem eine vorsorgliche Beweisaufnahme abgelehnt wird, mit Nichtigkeitsklage anfechtbar.

Die Nichtigkeitskläger führen zutreffend aus, dass der Entscheid des Bezirksrichters vom 1. Juni 2007 über die Fortsetzung des ordentlichen Verfahrens und damit über die Verschiebung der Oberexpertise einer Ablehnung des Gesuchs um vorsorgliche Beweisaufnahme gleichkommt, da das Massnahmeverfahren nicht abgeschlossen werden könne, was Sinn und Zweck dieses Instituts widerspreche. Gemäss Art. 159 Abs. 1 ZPO kann eine Partei eine vorsorgliche Beweisaufnahme verlangen, wenn sie glaubhaft macht, dass die Durchführung dieses Beweismittels später erschwert oder unmöglich wäre (lit. a) und wenn sie das Vorliegen eines anderen Grundes für die sofortige Durchführung dieses Beweismittels glaubhaft macht (lit. b). Diese Voraussetzungen hielt der Bezirksrichter vorliegend für erfüllt, da es eine Erfahrungstatsache sei, dass bei den dargelegten Mängeln (Wasserflecken) bei starken Regenfällen mit massiven Schäden gerechnet werden müsse. Er gab deshalb mit Verfügung vom 24. März 2005 dem Gesuch um Durchführung der vorsorglichen Beweisaufnahme bzw. der Expertise statt. Das Recht auf Sachverständigenbeweis umfasst indessen nach der Systematik des Gesetzes auch die Ergänzung oder Erläuterung der Expertise (Art. 179 ZPO) und - sofern nicht schon zwei Fachmeinungen vorliegen - die Oberexpertise (Art. 180 ZPO). Die Abnahme des Sachverständigenbeweises bzw. die entsprechende vorsorgliche Beweisaufnahme ist somit erst mit einer allfälligen Oberexpertise abgeschlossen, ungeachtet welche Partei die Oberexpertise beantragt, zumal dies weitgehend vom Ergebnis der Erstexpertise abhängt. Erbringt die Erst-

expertise aus der Sicht des Gesuchstellers auf vorsorgliche Beweisaufnahme den Beweis für die von ihm behaupteten rechtserheblichen Tatsachen, hat er zwar selbst kein Interesse an einem zweiten Gutachten, jedoch Interesse am Abschluss des entsprechenden Verfahrens und insofern, dass im Rahmen dessen die gegebenenfalls von der Gegenpartei beantragte Oberexpertise durchgeführt wird und die Sachverständigenmeinungen vorliegen. Denn nur so kann der Gesuchsteller das mit der beantragten vorsorglichen Beweisaufnahme verfolgte Ziel, im konkreten Fall vor Ausführung der dringend notwendigen Sanierungsarbeiten die Schadensursache, die Schadenshöhe und die Massnahmen zur Verhinderung weiterer Schäden feststellen zu lassen, erreichen. Die Nichtigkeitskläger verweisen in diesem Zusammenhang zu Recht auf Art. 74 Abs. 2 ZPO. Aufgrund der Verfügung des Bezirksrichters vom 1. Juni 2007, wonach das ordentliche Verfahren fortgesetzt wird, kann dieses Ziel nicht realisiert werden, was einer Ablehnung des Gesuchs um vorsorgliche Beweisaufnahme gleichkommt.

Die Nichtigkeitsklage ist demnach gestützt auf Art. 162 Abs. 3 ZPO zulässig. Die Sachurteilsvoraussetzungen (Art. 227 und 229 ZPO) sind vorliegend erfüllt, so dass, vorbehaltlich einer gehörigen Begründung, auf die Nichtigkeitsklage einzutreten ist.

2. Die Nichtigkeitskläger rügen eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches (Art. 67 ZPO) Gehör. Der Bezirksrichter habe einzig den Ausführungen der Partei Y. folgend ohne Anhörung der Kläger und nähere Begründung deren Interesse an einer vorsorglichen Oberexpertise verneint und über die Fortsetzung des Verfahrens entschieden, obwohl er kurze Zeit zuvor die sofortige Durchführung der Oberexpertise verfügt habe.

b) Art. 29 Abs. 2 BV (ebenso Art. 67 Abs. 1 ZPO) gewährleistet den Parteien Anspruch auf rechtliches Gehör. Dieser verfassungsrechtliche Anspruch ist grundsätzlich formeller Natur. Seine Verletzung führt ungeachtet der Erfolgsaussichten des Rechtsmittels in der Sache selbst zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids (BGE 126 V 130 E. 2b).

Das rechtliche Gehör dient einerseits der Sachaufklärung, andererseits stellt es ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht beim Erlass eines Entscheids dar, der in die Rechtsstellung des Einzelnen eingreift (BGE 127 I 54 E. 2b, 115 Ia 8 E. 2b). Demnach hat die Behörde dem Betroffenen Gelegenheit zu geben, sich zu äussern, bevor sie einen Entscheid trifft (BGE 126 V 130 E. 2b). Zudem verlangt der Anspruch auf rechtliches Gehör, dass die Behörde die Vorbringen der vom Ent-

scheid Betroffenen tatsächlich hört, sorgfältig und ernsthaft prüft und in der Entscheidungsfindung berücksichtigt, woraus die grundsätzliche Pflicht folgt, einen Entscheid zu begründen (BGE 126 I 15 E. 2a/aa und 102 E. b, 124 I 241 E. 2, je mit Hinweisen; ZWR 2003 S. 128 E. 2b).

Im konkreten Fall konnte der Bezirksrichter vor dem Hintergrund, dass er im Rahmen des vorsorglichen Beweisaufnahmeverfahrens die Parteien am 27. Januar 2006 auf die Möglichkeit der Oberexpertise hingewiesen, am 26. März 2007 den Antrag der Partei Y. auf Durchführung der Oberexpertise nach den Parteieinvernahmen abgewiesen und den Parteien Frist für eine Oberexpertise gesetzt hatte, nicht ohne Anhörung der Nichtigkeitskläger zu den Ausführungen der Partei Y. vom 31. Mai 2007 deren Antrag folgend die Oberexpertise - entgegen seiner Verfügung vom 26. März 2007 - bis zum Abschluss des übrigen Beweisverfahrens verschieben bzw. die Fortsetzung des ordentlichen Verfahrens anordnen. Indem der Bezirksrichter den Nichtigkeitsklägern keine Gelegenheit gegeben hat, sich vor dieser Entscheidung zu äussern, hat er deren Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt. Daran vermag der Umstand, dass einzig die Partei Y. eine Oberexpertise beantragt hat, nichts zu ändern (vgl. hierzu oben E. 1b). Kommt hinzu, dass der Entscheid hinsichtlich des fehlenden Interesses der Nichtigkeitskläger an der Durchführung einer vorsorglichen Oberexpertise den Begründungsanforderungen mit dem Hinweis auf die Ausführungen der Partei Y. nicht genügt, zumal diese das fehlende Interesse auch nicht dargelegt hat.

Die Nichtigkeitsklage ist somit gutzuheissen, die Verfügung vom 1. Juni 2007 betreffend die Fortsetzung des ordentlichen Verfahrens aufzuheben und der Handel an den Bezirksrichter zurückzuleiten.