

ZK 14 182, publiziert August 2014

Entscheid der 1. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Bern

vom 10. Juni 2014

Besetzung

Oberrichter Studiger (Referent), Oberrichter Kunz und Oberrichterin Pfister Hadorn
Gerichtsschreiberin Eichenberger-Wehren

Verfahrensbeteiligte

A.

vertreten durch Fürsprecher X.

Berufungsklägerin

und

B.

vertreten durch Rechtsanwalt Y.

Berufungsbeklagter

Gegenstand

vorsorgliche Beweisführung

Regeste:

- Art. 158 ZPO
- Abgrenzung öffentlich-rechtliche / zivilrechtliche Streitigkeit

Redaktionelle Vorbemerkungen:

Auf dem an das Grundstück des Berufungsbeklagten angrenzenden Grundstück der Berufungsklägerin (Gemeinde) verläuft ein Bach, welcher in den letzten 100 Jahren in einem unterirdischen Kanal geführt wurde. Im Jahr 2009 wurde der Bach offengelegt bzw. renaturiert. Seither ist es in den sich auf dem Grundstück des Berufungsbeklagten befindlichen beiden Gebäuden zu früher nie erfolgten Wassereinbrüchen gekommen. Der Berufungsbeklagte sieht als Grund für diese Wassereinbrüche die Öffnung bzw. Renaturierung des angrenzenden Bachs. Die Berufungsklägerin ist der Auffassung, dass die Renaturierung von eingedolten Gewässern eine öffentliche Aufgabe sei und die damit verbundenen Immissionen unvermeidbar seien. Nach Auffassung des Berufungsbeklagten sind die Immissionen vermeidbar.

Die Vorinstanz hiess das Gesuch des Berufungsbeklagten um vorsorgliche Beweisführung gut und verfügte, dass ein gerichtliches Gutachten eingeholt werde, welches Auskunft darüber geben solle, ob die Offenlegung bzw. Renaturierung des angrenzenden Bachs Auswirkungen auf den Grundwasserspiegel bzw. die Fliessrichtung des Grundwassers gehabt habe, ob die Wassereinbrüche in den Gebäuden des Berufungsbeklagten mit der Veränderung des Grundwasserspiegels bzw. der Fliessrichtung des Grundwassers im Zusammenhang gestanden seien, wie hoch der beim Berufungsbeklagten entstandene Schaden sei und ob die Auswirkungen durch bauliche Massnahmen hätten vermieden werden können.

Gegen diesen Entscheid erhob die Berufungsklägerin Berufung. Das Gesuch um vorsorgliche Beweisführung (Erstellung Gutachten) wurde oberinstanzlich ebenfalls gutgeheissen und die Berufung abgewiesen.

Auszug aus den Erwägungen:

I.

(...)

9. Angefochten wird vorliegend ein Entscheid betreffend vorsorgliche Beweisführung im Sinne von Art. 158 ZPO. Anwendbar sind die Bestimmungen über die vorsorglichen Massnahmen (Art. 158 Abs. 2 ZPO). Erstinstanzliche Entscheide über vorsorgliche Massnahmen, d.h. auch über vorsorgliche Beweisführungen, sind mit Berufung anfechtbar, sofern der Streitwert in vermögensrechtlichen Angelegenheiten mindestens Fr. 10'000.00 beträgt (Art. 308 Abs. 1 und 2 ZPO). Andernfalls steht die Beschwerde zur Verfügung (vgl. Brönnimann in: Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band II, Bern 2012, N 32 zu Art. 158 ZPO). Der Streitwert beträgt vorliegend unbestrittenermassen rund Fr. 100'000.00 (vgl. pag. 27, 181 f.; Art. 91 Abs. 2 ZPO), womit die Berufung zulässig ist

Die Berufung ist im vorliegend anwendbaren summarischen Verfahren innert 10 Tagen seit der Zustellung des begründeten Entscheids schriftlich und begründet bei der Rechtsmittelinstanz einzureichen und der angefochtene Entscheid ist beizulegen (Art. 311 Abs. 1 und 2 i.V.m. Art. 314 Abs. 1 sowie Art. 248 lit. d und Art. 158 Abs. 2 ZPO).

Mit Berufung kann die unrichtige Rechtsanwendung sowie die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO).

II.

(...)

III.

1. (...)

2. Umstritten ist, ob es sich vorliegend um eine zivilrechtliche oder um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit handelt bzw. ob das Zivilgericht bzw. die Vorinstanz oder die kantonale Enteignungsschätzungskommission für die Beurteilung der Streitigkeit sachlich zuständig ist.
3. (...)
4. Eine vorsorgliche Beweisführung dient „u.a. der Klärung der Beweis- und Prozessaussichten und trägt so dazu bei, aussichtslose Prozesse zu vermeiden“ (Brönnimann, Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band II, Bern 2012, N 4 zu Art. 158 ZPO; mit Hinweis auf Botschaft, 7315; BGE 140 III 16 E. 2.1). Zum aktuellen Zeitpunkt kann nicht beurteilt werden, ob es sich um eine vermeidbare Immission handelt oder nicht bzw. ob ein ziviler Hauptprozess (formell oder materiell) aussichtsreich ist oder nicht. *„Im zivilprozessualen Beweisverfahren ergibt sich gegebenenfalls die Unvermeidbarkeit der von der öffentlichen Sache ausgehenden Immissionen, worauf der Verweis in das enteignungsrechtliche Entschädigungsverfahren erfolgt.“* (Gross/Pribnov in: Schweizerisches Staatshaftungsrecht, Ergänzungsband zur 2. Auflage, 2013, N 169) Es wird deshalb gerade die Aufgabe des Gutachters sein, die Frage der Vermeidbarkeit bzw. Unvermeidbarkeit zu klären (vgl. Fragekatalog, pag. 169 f.) und Ausführungen zu den Ursachen der Immissionen (vgl. Frage 1d, pag. 171) zu machen. Sind die Immissionen vermeidbar, steht der Zivilweg offen, sind sie nicht vermeidbar oder nur mit unverhältnismässigem Aufwand vermeidbar, ist öffentlich-rechtlich vorzugehen.

„Die vorsorgliche Beweisführung erfolgt in einem separaten gerichtlichen Verfahren nach den Bestimmungen über die vorsorglichen Massnahmen (Art. 261 ff. ZPO) ausserhalb des ordentlichen Beweisverfahrens. Ob die Streitsache bereits rechts-hängig (s. Art. 62 ZPO) ist oder nicht, spielt keine Rolle. Selbst wenn die Streitsache bereits rechtshängig ist, muss die sachliche Zuständigkeit zur vorsorglichen Beweisführung nicht unbedingt beim Gericht liegen, vor welchem die Streitsache hängig ist, sondern die vorsorgliche Beweisführung kann auch vor einem andern, neu anzurufenden Gericht stattfinden“ (Brönnimann, Berner Kommentar, ZPO, a.a.O., N 3 zu Art. 158 ZPO). Das Hauptverfahren betreffend Schadenersatz stellt demnach ein eigenständiges Verfahren dar, bei welchem sämtliche Prozessvoraussetzungen, d.h. auch die sachliche Zuständigkeit, erfüllt sein müssen, damit das Gericht auf eine entsprechende Klage eintritt (vgl. insbesondere Art. 59 Abs. 1 und 2 lit. b ZPO). Das Gericht prüft von Amtes wegen, ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind (Art. 60 ZPO). Ein Verfahren der vorsorglichen Beweisführung nach Art. 158 ZPO, welches vor der Rechtshängigkeit des Hauptverfahrens eingeleitet wird, wirkt sich für die Zuständigkeit des Hauptverfahrens somit nicht präjudizierend aus. Das im vorsorglichen Beweisverfahren zu erstellende Gutachten wird aber Auskunft über die Vermeidbarkeit oder Nichtvermeidbarkeit (bzw. Vermeidbarkeit nur mit unverhältnismässigem Aufwand) der geltend gemachten Immissionen geben. Daraus können Schlüsse für die sachliche Zuständigkeit für das Hauptverfahren gezogen werden. Der Entscheid darüber liegt aber beim in der Hauptsache zuständigen Gericht.

Sind die Einwirkungen nicht vermeidbar oder nur mit unverhältnismässigem Aufwand vermeidbar, so steht der Gang an die Enteignungsschätzungskommission

bzw. das Verwaltungsgericht trotz vorsorglicher Beweisführung nach ZPO offen. Sind die Immissionen indessen (mit verhältnismässigem Aufwand) vermeidbar, so ist die sachliche Zuständigkeit des Zivilgerichts im Hauptverfahren gegeben und nachbarrechtliche Ansprüche zu prüfen.

(...)

Hinweis:

Das Urteil ist rechtskräftig.