

HG 14 77, publiziert Februar 2015

Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Bern

vom 1. Dezember 2014

Oberrichterin Wüthrich-Meyer (Vizepräsidentin)
Gerichtsschreiber Dr. Lüthi

X Stiftung
vertreten durch Rechtsanwältin Y

Gesuchstellerin

gegen

A AG

Gesuchsgegnerin 1/Streitverkündende 1

B AG

Gesuchsgegnerin 2/Streitverkündende 2

beide vertreten durch Rechtsanwalt G

C GmbH

Gesuchsgegnerin 3

D AG

vertreten durch Rechtsanwalt H

Gesuchsgegnerin 4

E AG

vertreten durch Fürsprecherin Dr. I

Gesuchsgegnerin 5

F AG

vertreten durch Fürsprecher J

Streitberufene/Nebenintervenientin

Regeste:

- *Art. 158 ZPO: Voraussetzungen für eine vorsorgliche Beweisführung. Eine Abstützung auf Art. 367 Abs. 2 OR (Anspruch auf Expertise beim Werkvertrag) als einschlägige Bestimmung i.S.v. Art. 158 Abs. 1 Bst. a ZPO wird vorliegend verneint, da Art. 367 Abs. 2 OR einen zeitlichen Zusammenhang zwischen Werkablieferung und Prüfung voraussetzt und jedenfalls die (i.d.R. vertraglich gem. SIA-Normen auf zwei Jahre verlängerte) Prüf-*

und Rügefrist für offene Mängel noch nicht abgelaufen sein darf. Geprüft wird weiter die Glaubhaftmachung eines schutzwürdigen Interesses gemäss Art. 158 Abs. 1 Bst. b ZPO, wobei dieses teilweise bejaht, teilweise verneint wird.

Redaktionelle Vorbemerkungen:

Die Gesuchstellerin reichte gegen die fünf Gesuchsgegnerinnen ein Gesuch um vorsorgliche Beweisführung ein. Gemäss dem einschlägigen Art. 158 ZPO nimmt das Gericht jederzeit Beweis ab, wenn entweder eine gesetzliche Bestimmung einen Anspruch darauf gewährt (Bst. a) oder die Gesuchstellerin eine Beweismittelgefährdung oder ein anderweitiges schutzwürdiges Interesse glaubhaft machen kann (Bst. b). Diese Voraussetzungen werden im Entscheid geprüft.

Inhaltlich geht es um angeblich mangelhafte Storen, die im – rund vier Jahre vor Einreichung des Gesuchs abgenommenen – Neubau der Gesuchstellerin eingebaut worden sind. Die Gesuchsgegnerinnen ebenso wie die Streitberufene waren in unterschiedlichen Rollen mehr oder minder stark am Einbau dieser Storen beteiligt resp. für diese verantwortlich (z.B. als Storenlieferant und -monteur oder als Architekt des Neubaus).

Auszug aus den Erwägungen:

[...]

4. Die beantragte **vorsorgliche Beweisführung** wird **zugelassen**, soweit die **Gesuchsgegnerinnen 1, 2 und 4** bezüglich der **Situation im Obergeschoss** betreffend.

Soweit weitergehend, d.h. betreffend die **Gesuchsgegnerinnen 3 und 5** sowie der **Situation im Erdgeschoss**, wird die beantragte **vorsorgliche Beweisführung abgewiesen**.

Begründung:

Die Gesuchstellerin hält in ihrem Gesuch pauschal fest, es gehe bei diesem um eine vorsorgliche Beweisführung nach Art. 158 ZPO. Zu den Voraussetzungen dafür und insbesondere deren Vorliegen in concreto äussert sich die – anwaltlich vertretene – Gesuchstellerin allerdings nicht, zumindest nicht ausdrücklich. Mehrere Gegenparteien, namentlich die Gesuchsgegnerinnen 4 und 5 sowie die Streitberufene/Nebenintervenientin, bestreiten, dass die Voraussetzungen für eine vorsorgliche Beweisführung – zumindest jeweils in Bezug auf sie – gegeben sind.

Eine vorsorgliche Beweisführung ist gemäss Art. 158 Abs. 1 ZPO möglich, wenn entweder ein Gesetz einen entsprechenden Anspruch gewährt (Bst. a) oder die Gesuchstellerin ein schutzwürdiges Interesse resp. eine Gefährdung der Beweismittel glaubhaft macht (Bst. b).

Zu Art. 158 Abs. 1 Bst. a ZPO:

Jedenfalls mit einigen Gesuchsgegnerinnen hat die Gesuchstellerin Werkverträge abgeschlossen. Die werkvertragliche Bestimmung von Art. 367 Abs. 2 OR statuiert nun einen gesetzlichen Anspruch auf „eine Prüfung des Werks durch Sachverständige und die Beurkundung des Befundes“. [...] Vertieft zu werden braucht dies [*Anm. der Redaktion*: die Frage, ob es sich bei Art. 367 Abs. 2 OR um eine Norm i.S.v. Art. 158 Abs. 1 Bst. a ZPO handelt] hier allerdings nicht, denn Art. 367 Abs. 2 OR kommt vorliegend aus folgendem Grund nicht zur Anwendung:

Aus der systematischen Stellung sowie dem Sinn und Zweck von Art. 367 Abs. 2 OR ergibt sich nämlich, dass diese Bestimmung in direktem Zusammenhang mit der Ablieferung des Werks, dessen Prüfung durch den Besteller und der allfälligen anschliessenden Rüge offener Mängel steht, ist dies doch der Inhalt von Abs. 1 dieser Norm (im gleichen Sinne bezüglich des Zusammenhangs von Abs. 2 und Abs. 1 von Art. 367 OR das Bundesgericht in BGE 96 II 266 E. 2). Art. 367 Abs. 2 OR dient der Beweissicherung bezüglich der Mangelhaftigkeit bzw. Mangelfreiheit des abgelieferten Werks (vgl. ZINDEL/PULVER, Basler Kommentar OR I, 5. Aufl., N. 22 zu Art. 367 OR) und soll gerade einem Laien eine zeitnahe, fachgerechte Prüfung und gegebenenfalls eine rechtzeitige Rüge offener Mängel erlauben. In Anbetracht dessen kann Art. 367 Abs. 2 OR nur solange zum Zuge kommen, als dass die dort vorgesehene Prüfung überhaupt noch zu einer rechtzeitigen Rüge offener Mängel führen kann, was eine gewisse zeitliche Nähe zur Ablieferung impliziert. Selbst wenn man nun davon ausgehen möchte, dass eine Werkprüfung gemäss Art. 367 Abs. 2 OR während der gesamten Dauer einer vertraglich verlängerten Prüf- und Rügefrist (vorliegend auf zwei Jahre verlängert, vgl. etwa Ziffer [x] der AGB zum Vertrag mit den Gesuchsgegnerinnen 1 und 2) zur Anwendung gelangen könnte, da sie ihren Zweck während dieser ganzen Zeit noch erfüllen kann, würde dies der Gesuchstellerin vorliegend nicht weiter helfen. Denn gemäss ihrer eigenen Sachverhaltsdarstellung [...] hat sie das Werk [im Sommer] 2010 und damit vier Jahre vor Einreichung des Gesuchs um vorsorgliche Beweisführung abgenommen. Seit Abnahme des Werks sind also bereits vier Jahre verstrichen, weshalb im heutigen Zeitpunkt auch diese verlängerte Prüf- und Rügefrist längst abgelaufen ist. Infolgedessen lässt sich vorliegend ein Anspruch auf Prüfung des Werks nicht auf Art. 367 Abs. 2 OR abstützen.

Zu Art. 158 Abs. 1 Bst. b ZPO:

Art. 158 Abs. 1 Bst. b ZPO sieht zwei Varianten vor: entweder eine Beweisgefährdung oder aber ein sonstwie schutzwürdiges Interesse der Gesuchstellerin. Das Vorliegen einer dieser beiden Varianten hat die Gesuchstellerin nur, aber immerhin, glaubhaft zu machen. Glaubhaft gemacht ist eine Tatsache gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung dann, „wenn für deren Vorhandensein gewisse Elemente sprechen, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte“ (statt anderer etwa BGE 130 III 321 E. 3.3 m.w.H.). In Prozenten ausgedrückt muss die Wahrscheinlichkeit für das Vorliegen der entsprechenden Tatsache über 50 % liegen, damit deren Existenz glaubhaft gemacht ist.

Die Gesuchstellerin tönt in Art. 7 ihres Gesuchs sinngemäss eine Art Beweisgefährdung an, indem sie ausführt, eine Mängelbehebung qua Ersatzvornahme müsse so rasch als möglich erfolgen, womit sie implizieren dürfte, dass nach durchgeführter

Ersatzvornahme eine Beweisabnahme bezüglich des jetzigen, aus ihrer Sicht mangelhaften Zustands faktisch nicht mehr möglich ist. Eine Beweisgefährdung im Sinne von Art. 158 Abs. 1 Bst. b ZPO hat die Gesuchstellerin mit diesen rudimentären Ausführungen allerdings nicht glaubhaft gemacht. Festzustellen ist nämlich zunächst, dass es die Gesuchstellerin selber ist, die den Zeitpunkt der „Gefährdung der Beweismittel“ in der Hand hält, indem sie über das Ob und das Wann der Ersatzvornahme bestimmt. Gemäss ihrer eigenen Darstellung bestehen die Probleme im Ober- und im Erdgeschoss schon seit Beginn (vgl. Art. 4 und Art. 6 des Gesuchs), also seit rund vier Jahren. In Anbetracht dieses langandauernden Zustands ist weder ersichtlich noch von der Gesuchstellerin glaubhaft gemacht, dass und weshalb die Ersatzvornahme gerade jetzt so rasch als möglich vorgenommen werden müsste. BRÖNNIMANN, Aspekte der vorsorglichen Beweisführung nach Art. 158 ZPO, in: Substantiieren und Beweisen, Praktische Probleme, Dolge [Hrsg.], 2013, 65, nennt etwa als in vorliegendem Kontext interessierende Beispiele von Beweisgefährdungen, wenn das Zuwarten mit einer Sanierung wegen drohender Einsturzgefahr unzumutbar ist oder ein umstrittener Werkmangel sofort behoben werden muss. Solches macht die Gesuchstellerin nicht geltend; insbesondere behauptet sie nicht, dass die Sache bei Fortdauer des jetzigen Zustands in wachsendem Schaden stünde. Schliesslich macht die Gesuchstellerin auch nicht geltend, dass sie die Ersatzvornahme bereits in die Wege geleitet oder diesbezügliche Offerten eingeholt hätte. Entsprechende Belege reicht sie ebenso wenig ein. Die sinngemäss geltend gemachte Beweisgefährdung ist daher nicht glaubhaft dargetan.

Bleibt noch zu prüfen, ob die Gesuchstellerin ein schutzwürdiges Interesse an der vorsorglichen Beweisführung glaubhaft machen konnte. Sinngemäss macht sie in Art. 7 ihres Gesuchs auch geltend, es gehe ihr um die Abklärung der Beweis- und Prozessaussichten. Dieses Anliegen ist an sich als ein schutzwürdiges Interesse zu qualifizieren, doch reicht die blosser Behauptung eines Bedürfnisses, Beweis- und Prozessaussichten abzuklären, für sich alleine noch nicht aus. Vielmehr bedarf es gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung zudem, dass die Gesuchstellerin glaubhaft macht, dass ein Sachverhalt vorliegt, gestützt auf den ihr das materielle Recht einen Anspruch gegen die Gesuchsgegnerinnen gewährt und zu dessen Beweis das abzunehmende Beweismittel dienen kann. Nur für die Tatsachen, die mit dem abzunehmenden Beweismittel bewiesen werden sollen, kann keine eigentliche Glaubhaftmachung verlangt werden. Die Anforderungen an die Glaubhaftmachung dürfen freilich nicht überspannt werden, geht es doch in vorliegendem Verfahren noch nicht um die Prüfung der Begründetheit des Hauptanspruchs (zu alledem BGE 140 III 16 E. 2.2.2 m.w.H.). Sind die Anforderungen an die Glaubhaftmachung nicht zu überspannen, dürfen konsequenterweise auch die Anforderungen an die Substantiierung nicht überspannt werden (so zu Recht STOLKIN, Die vorsorgliche Beweisführung, das Recht auf Beweis und das schützenswerte Interesse in der neuen Zivilprozessordnung, HAVE 2014, 16).

Die Gesuchstellerin behauptet, vertragliche Ansprüche gegen die fünf Gesuchsgegnerinnen zu haben, namentlich werkvertragliche Sachmängelgewährleistungsansprüche. Das Bestehen solcher Ansprüche setzt insbesondere dreierlei voraus: 1) eine werkvertragliche Beziehung, 2) Mängel am abgelieferten Werk sowie 3) eine fristgerechte Rüge. Das Vorliegen der entsprechenden Sachverhaltselemente müsste

von der Gesuchstellerin nun grundsätzlich glaubhaft gemacht werden, damit ein schutzwürdiges Interesse von ihr bezüglich vorsorglicher Beweisführung bejaht werden könnte:

Zu 1) Dass (werk)vertragliche Beziehungen zwischen der Gesuchstellerin und den Gesuchsgegnerinnen (jedenfalls den Gesuchsgegnerinnen 1, 2 und 4) bestehen, ist unbestritten und im Übrigen ohnehin glaubhaft gemacht.

Zu 2) Ob Mängel vorliegen, soll gerade das Gutachten zeigen; diesbezüglich kann von der Gesuchstellerin nicht verlangt werden, dass sie deren Vorliegen glaubhaft macht, sondern nur, aber immerhin, dass sie dies substantiiert vorträgt. Diesen reduzierten Anforderungen genügt das Gesuch.

Zu 3) Gemäss Darstellung der Gesuchstellerin bestanden bzw. bestehen die Probleme im Ober- und im Erdgeschoss schon seit Beginn und waren ihr auch seit dazumal bekannt (vgl. Art. 4 und Art. 6 des Gesuchs), mit anderen Worten handelt es sich gemäss ihrer Darstellung um offene Mängel. Regelmässig sehen nun die einschlägigen Verträge eine Abweichung von den dispositiven Bestimmungen des OR vor, indem offene Mängel während zweier Jahre seit Abnahme des Werks jederzeit gerügt werden können; so auch hier (vgl. Ziffer [x] der AGB zum Vertrag mit den Gesuchsgegnerinnen 1 und 2; Ziffer [y] ad Art. 172 der Ergänzungen und Änderungen zu SIA Norm 118 [...] als Bestandteil des Vertrags mit der Gesuchsgegnerin 4 [...]). Bezüglich der Glaubhaftmachung einer rechtzeitigen Rüge gilt es nun zu differenzieren:

- Die Gesuchstellerin führt in ihrem Gesuch nirgends aus, dass sie angebliche Mängel der Storen im Erdgeschoss je gerügt hätte. Aus den von ihr eingereichten Unterlagen wäre solches auch nicht ersichtlich. Behauptet die Gesuchstellerin gar nicht erst eine fristgerechte Rüge, so ist evident, dass sie eine solche erst recht nicht glaubhaft gemacht hat. Soweit allfällige Mängel an den Storen im Erdgeschoss betreffend hat die Gesuchstellerin damit das Vorliegen der Tatsachengrundlagen eines materiellrechtlichen Anspruchs nicht glaubhaft gemacht, weshalb insofern ein schutzwürdiges Interesse an der vorsorglichen Beweisführung nicht dargetan ist und das Gesuch im entsprechenden Umfang abzuweisen ist. Fragen zu diesem Themenkomplex sind einem allfälligen Sachverständigen daher nicht zu unterbreiten.
- Bezüglich der Storen im Obergeschoss hält die Gesuchstellerin in Art. 4 des Gesuchs fest, sie habe eine Mängelrüge „gegenüber den beteiligten Parteien“ erhoben, woraufhin die Gesuchsgegnerin 4 mehrere Storen ersetzt habe. Nach einer erneuten Mängelrüge seien „die beteiligten Parteien“ im Oktober 2012 übereingekommen, einen Testlauf mit diversen Modifikationen zu machen. Nach Ablauf der Testphase habe sie „die beteiligten Parteien“ angeschrieben und zur Vornahme der Nachbesserung aufgefordert. Als dazugehörige Belege reicht die Gesuchstellerin Schreiben von Ende 2013 resp. Anfangs 2014 an die Gesuchsgegnerinnen 1, 2 und 4 ein. Die Gesuchsgegnerinnen 1 und 2 bestreiten diese Darstellung nicht, während die Gesuchsgegnerin 4 geltend macht, ihr sei einzig eine Mängelrüge vom [Frühjahr] 2014 bekannt. Auch habe sie keine Nachbesserungsarbeiten vorgenommen, sondern sich bloss als kundenorientiertes Unternehmen an einzelnen Optimierungsmassnahmen beteiligt. Gesuchsgegnerin 5 macht geltend, sie könne sich zu diesen Abläufen nicht äussern, da sie zu keiner Zeit an diesen Gesprächen und Korrespondenzen beteiligt gewesen sei; sie sei von

der Gesuchstellerin nie angeschrieben worden, weshalb deren Ausführungen unzutreffend seien, sofern auch sie als eine der „beteiligten Parteien“ gemeint sein solle. Gesuchsgegnerin 3 hat keine Stellungnahme eingereicht.

Der von der Gesuchstellerin im Gesuch verwendete, wenig präzise Begriff der „beteiligten Parteien“ versteht das Gericht so, dass damit nicht auch die Gesuchsgegnerinnen 3 und 5 gemeint sind. Denn es bestehen keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass diese zwei Parteien an den damaligen Geschehnissen und Gesprächen ebenfalls beteiligt gewesen wären, wobei dies von der Gesuchsgegnerin 5 sogar explizit bestritten wird. Jedenfalls hat die Gesuchstellerin nicht glaubhaft gemacht, dass diese zwei Parteien bei den damaligen Treffen und Korrespondenzen auch involviert gewesen wären. Damit hat die Gesuchstellerin zugleich nicht glaubhaft gemacht, dass sie gegenüber den Gesuchsgegnerinnen 3 und 5 je eine Rüge ausgesprochen hätte, weshalb es insofern an einem schutzwürdigen Interesse an der vorsorglichen Beweisführung fehlt. Soweit die Gesuchsgegnerinnen 3 und 5 betreffend ist das Gesuch daher ebenfalls abzuweisen.

Anders verhält es sich bezüglich der Gesuchsgegnerinnen 1, 2 und 4. Insofern ist glaubhaft gemacht, dass die Gesuchstellerin schon im ersten Jahr nach Ablieferung Punkte bezüglich der Storen beanstandete und dass alsdann gemeinsam nach Lösungen gesucht wurde. Dies ergibt sich unter anderem auch aus dem Schreiben der Gesuchsgegnerin 4 [...]. Eine abschliessende Beurteilung hat derzeit noch nicht zu erfolgen, vielmehr reicht dies im jetzigen Stadium für die Glaubhaftmachung einer rechtzeitigen Rüge aus. Insoweit ist daher die vorsorgliche Beweisführung zuzulassen.

[...]

Hinweis:

Der Entscheid ist rechtskräftig.