

# Der Bauzivilprozess im Überblick

Dr. Domenico Acocella

## Inhaltsverzeichnis

### Literaturverzeichnis

#### I. Einleitung und Problemübersicht

#### II. Zuständigkeitsfragen

1. Allgemeines
2. Sachliche Zuständigkeit
  - A. Staatliche Gerichte
  - B. Schiedsgerichte
3. Örtliche Zuständigkeit
  - A. Ordentliches Verfahren
  - B. Vorsorgliche Massnahmen
  - C. Besonderheiten bei einer Mehrheit von Beklagten, Ansprüchen und bei Nebenparteien
    - a. Objektive Klagenhäufung und Streitgenossenschaft
    - b. Widerklage
    - c. Streitverkündung
  - D. Vorsorgliche Beweiserhebung
  - E. Amtlich angeordnete Tatbestandsaufnahme nach Art. 367 Abs. 2 OR

#### III. Prozessparteien

1. Allgemeines. Ausgangslage
2. Einfache und notwendige Streitgenossenschaft
3. Eventuelle oder alternative Streitgenossenschaft

#### 4. Streitverkündung

### IV. Grundsätze des Verfahrens

#### 1. Rechtsbegehren

#### 2. Sachverhaltsermittlung

##### A. Allgemeines

##### B. Behauptungs-, Bestreitungslast, Substantiierung

### V. Beweisverfahren

#### 1. Allgemeines

#### 2. Beweismittel

#### 3. Vorsorgliche Beweisabnahme

##### A. Begriff und Zweck

##### B. Voraussetzungen

##### C. Verfahren

###### a. Allgemeines

###### b. Mitwirkungsrechte der Parteien

##### D. Kosten

##### E. Verhältnis zum Hauptverfahren

##### F. Abgrenzungen

### VI. Vorsorgliche Massnahmen

### VII. Vollstreckung

## Literaturverzeichnis

Becker Hermann, Berner Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. VI, Obligationenrecht, 1. Abt., Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR, 2. A. Bern 1941

Bucher Eugen, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. A. Zürich 1988

Bühler Alfred, Von der Beweislast im Bauprozess, in Koller Alfred (Hrsg.), Aktuelle Probleme des privaten und öffentlichen Baurechts, St. Gallen 1994, S. 289 ff.

Donzallaz Yves, Les règles de compétence territoriale du code de procédure civile valaisan au regard du droit fédéral interne et international, Sion 1993

Eichenberger Kurt, Zivilrechtspflegegesetz des Kantons Aargau, Textausgabe mit Kommentar, Aarau/Frankfurt a. M./Salzburg 1987

Fellmann Walter, Die Ersatzvornahme nach Art. 98 Abs. 1 OR - „Vollstreckungstheorie“ oder Erfüllungstheorie, recht 1993, S. 109 ff.

Gauch Peter, Der Werkvertrag, 4. A. Zürich 1996

Guldener Max, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. A. Zürich 1979 (zit. Guldener, Zivilprozessrecht)

- Das internationale und interkantonale Zivilprozessrecht der Schweiz, Zürich, 1951 (zit. Guldener, Internationales Zivilprozessrecht)

Habscheid Walther J., Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, 2. A. Basel 1990

Haubensak Urs, Die Zwangsvollstreckung nach der zürcherischen Zivilprozessordnung, Zürich 1975

Hürlimann Roland, Der Architekt als Experte, in Gauch Peter/Tercier Pierre (Hrsg.), Das Architektenrecht, 3. A. Freiburg 1995, S. 429 ff.

- Der Experte - Schlüsselfigur des Bauprozesses, in Tercier Pierre/Hürlimann Roland (Hrsg.), In Sachen Baurecht. Zum 50. Geburtstag von Peter Gauch, Freiburg 1989, S. 129 ff.

Imboden Max/Rhinow René A., Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Bd. I, Basel 1986

Inderkum Hansheiri, Zur Schiedsgerichtsbarkeit des SIA, in Tercier Pierre/Hürlimann Roland (Hrsg.), In Sachen Baurecht. Zum 50. Geburtstag von Peter Gauch, Freiburg 1989, S. 187 ff.

Knapp, Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Bd. III, Basel/Zürich/Bern 1987

Koller Alfred, Das Nachbesserungsrecht im Werkvertrag, 2. A. Zürich 1995

Leuch Georg/Marbach Omar/Kellerhals Franz, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 4. A. Bern 1995

Leuenberger Christoph, Beweis, in Hangartner Yvo (Hrsg.), Das st.gallische Zivilprozessgesetz, St. Gallen 1991, S. 105 ff.

Loosli Peter, Die unbezifferte Forderungsklage, Diss. Zürich 1978

Meier Isaak, Privatrecht und Prozessrecht - eine Untersuchung zum schweizerischen Recht unter Einbezug des deutschen Rechts, in Schlosser Peter F.

(Hrsg.), Materielles Recht und Prozessrecht und die Auswirkungen der Untersuchung im Recht der Internationalen Zwangsvollstreckung, Bielefeld 1992

Meier-Hayoz Arthur, Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. IV, Sachenrecht, 1. Abt., Das Eigentum, 2. Teilbd., Art. 655 - 679 ZGB, Bern 1974

Reber Hans J., Rechtshandbuch für Bauunternehmer, Bauherr, Architekt und Bauingenieur, 4. A. Dietikon 1983

Rhinow René A./Krähenmann Beat, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband, Basel 1990

Rohrer Beat, Aspekte des Bauzivilprozesses, in Lendi Martin/Nef Urs Ch./Trümpy Daniel (Hrsg.), Das private Baurecht der Schweiz, Zürich 1994, S. 403 ff.

Rosenberg Leo/Schwab Karl Heinz/Gottwald Peter, Zivilprozessrecht, 15. A. München 1993

Scherrer Dominik, Örtliche Zuständigkeit, in Hangartner Yvo (Hrsg.), Das st.gallische Zivilprozessgesetz, St. Gallen 1991, S. 55 ff.

Schilken Eberhard, in Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Bd. 3, §§ 803-1048, München 1992 (zit. Münchener Kommentar ZPO/Schilken)

Schreiber Klaus, in Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Bd. 2, §§ 255-802, München 1992 (zit. Münchener Kommentar ZPO/Schreiber)

Schumacher Rainer, Beweisprobleme im Bauprozess, in Festschrift Eichenberger, Aarau 1990, S. 157 ff. (zit. Schumacher, Beweisprobleme)

- Die Sicherung von Bauforderungen, in BRT 1995, Bd. II, S. 1ff. (zit. Schumacher, Sicherung)

- Die Haftung des Architekten aus Vertrag, in Gauch Peter/Tercier Pierre (Hrsg.), Das Architektenrecht, 3. A. Freiburg 1995, S. 113 ff. (zit. Schumacher, Haftung)

- Das Bauhandwerkerpfandrecht, 2. A. Zürich 1992 (zit. Schumacher, Bauhandwerkerpfandrecht)

Schwager Rudolf, Die Vollmacht des Architekten, in Gauch Peter/Tercier Pierre (Hrsg.), Das Architektenrecht, 3. A. Freiburg 1995, S. 253 ff.

Soergel Carl, in Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 3, Schuldrecht, Besonderer Teil, 1. Halbb., 2. A. München 1988 (zit. Münchener Kommentar BGB/Soergel)

Stahelin Adrian/Sutter Thomas, Zivilprozessrecht nach den Gesetzen der Kantone Basel-Stadt und Basel-Landschaft unter Einbezug des Bundesrechts, Zürich 1992

Sträuli Hans/Messmer Georg, Kommentar zur Zürcherischen Zivilprozessordnung, 2. A. Zürich 1982

Studer Urs W./Rüegg Viktor/Eiholzer Heiner, Der Luzerner Zivilprozess, Luzern 1994,

Vogel Oscar, Grundriss des Zivilprozessrechts, 4. A. Bern 1995 (zit. Vogel, Grundriss)

- Streit und Streiterledigung - Von der Beweissicherung bis zum Bauprozess, in BRT 1985, S. 70 ff. (zit. Vogel, Streit)

von Tuhr Andreas/Escher Arnold, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. II, 3. A. Zürich 1974

Walder Hans Ulrich, Zivilprozessrecht, 4. A. Zürich 1995

Walter Hans Peter, Der Richter und der Bauprozess, in BRT 1993, Bd. I, S. 28 ff.

Werner Ulrich/Pastor Walter, Der Bauprozess, 8. A. Düsseldorf 1996

Widmer Christian, Ingenieur, Architekt und Unternehmer als Gerichtsexperten, in Lendi Martin/Nef Urs Ch./Trümpy Daniel (Hrsg.), Das private Baurecht der Schweiz, Zürich 1994, S. 425 ff.

Zindel Gaudenz G./Pulver Urs, Kommentar zu Art. 363-379 OR, Basler Kurzkomentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529, Basel 1992

Zobl Dieter, Das Bauhandwerkerpfandrecht de lege lata und de lege ferenda, in ZSR 1982 II, S. 1 ff.

## I. Einleitung und Problemübersicht

Der vorliegende Beitrag gibt einen Überblick über wichtige Fragen zur Führung von Bauprozessen. Angesichts der Vielfalt der Möglichkeiten von prozessualen Konstellationen kann nur eine Auswahl der wichtigsten Fragen behandelt werden. Zudem lassen sich allgemeine Aussagen über den Bauzivilprozess nur beschränkt machen, da die Regelung des Zivilprozessrechts grundsätzlich in die Kompetenz der Kantone fällt<sup>1</sup>. Immerhin lassen sich gewisse grundsätzliche Ähnlichkeiten in den verschiedenen Kantonen feststellen. Es gibt auch zahlreiche Verfahrensfragen, welche durch ungeschriebene und ausdrückliche prozessuale Normen des Bundesrechts geregelt sind<sup>2</sup>.

Abgesehen von ganz wenigen Normen gibt es keine Vorschriften, die sich speziell mit der Durchsetzung baurechtlicher Ansprüche befassen<sup>3</sup>. Es sind daher die allgemeinen prozessrechtlichen Vorschriften anwendbar.

Der Begriff des Bauprozesses ist nicht klar definiert. Er kann allgemein für alle Streitigkeiten verwendet werden, die im Zusammenhang mit der Realisierung eines Bauvorhabens entstehen<sup>4</sup>. Da hier vom Bauzivilprozess die Rede ist, scheidet zunächst öffentlichrechtliche Streitigkeiten aus, die vor den Verwaltungsrechtspflegeorganen ausgetragen werden. Zu nennen ist vor allem die öffentlichrechtliche Einsprache, die von der privatrechtlichen Einsprache zu unterscheiden ist. Für letztere ist das Zivilgericht zuständig.

Die privatrechtliche Einsprache ist aber nicht der typische Bauzivilprozess, von der hier die Rede sein soll. Vorliegend sei einzig darauf hingewiesen, dass im

---

<sup>1</sup> Art. 64 Abs. 3 BV.

<sup>2</sup> Vgl. die Übersicht bei Walder, S. 24 ff. Nr. 7 ff.; Vogel, Grundriss, S. 55 ff. Nr. 12 ff.; Habscheid, S. 19 Nr. 44 ff.; Meier, Privatrecht und Prozessrecht, S. 16 ff.

<sup>3</sup> Z.B. § 29 Abs. 2 ZPO AG.



privatrechtlichen Einspracheverfahren nur privatrechtliche Normen oder sog. Doppelnormen (d.h. Normen, die zugleich privatrechtlicher und öffentlichrechtlicher Natur sind) angerufen werden können. Solche Doppelnormen sind auch in öffentlichrechtlichen Baugesetzen vorgesehen, weshalb es in der Praxis oftmals schwierig ist, diese Doppelnormen von den rein öffentlichrechtlichen zu unterscheiden. Diese Unterscheidung ist aber wichtig, da der Zivilrichter für die Beurteilung öffentlichrechtlicher Normen nicht zuständig ist<sup>5</sup>.

Welches sind aber die typischen Bauprozesse, von denen gesagt wird, dass es sich um besonders schwierige und aufwendige Prozesse handle? Im Vordergrund stehen Forderungsprozesse auf Bezahlung von Werklohn des Unternehmers, des Architekten- oder des Ingenieurhonorars und auf Bezahlung von Schadenersatz wegen Werkmängeln oder mangelhafter Erfüllung des Architekten- oder Ingenieurvertrages<sup>6</sup>. Es kommt oft vor, dass bei der Klage des Unternehmers auf Bezahlung des Werklohnes mittels Widerklage Gegenforderungen wie etwa Schadenersatzansprüche aus Mängelhaftung usw. geltend gemacht werden. Auch Streitigkeiten über die Haftung des Grundeigentümers für baubedingte Schäden auf Nachbargrundstücken dürfen wegen der Ähnlichkeit der Problemstellung als Bauprozesse bezeichnet werden.

Die für den Bauprozess spezifischen Probleme lassen sich oft auf Umstände zurückführen, die mit den Eigenheiten der Bauabwicklung zusammenhängen. An der Realisierung eines Bauvorhabens sind regelmässig mehrere Personen beteiligt. Für einen Mangel an der Baute können als Verantwortliche der Unternehmer, der Nebenunternehmer, der Subunternehmer, der Architekt oder der Ingenieur und schliesslich auch der Bauherr in Frage kommen. Da über die Mängelursachen oftmals erst nach Durchführung des Beweisverfahrens - regelmässig durch Einholung einer Expertise - Klarheit geschaffen werden kann, besteht für den

---

<sup>4</sup> Zum Begriff vgl. auch Schumacher, Beweisprobleme, S. 161.

<sup>5</sup> Imboden/Rhinow, Nr. 3 B I, Nr. 4 A II, B IV; Rhinow/Krähenmann, Nr. 3 B I.

<sup>6</sup> Vogel, Streit, S. 73.

Bauherrn die Gefahr, dass er die falsche Partei einklagt, was die entsprechenden Kosten- und Entschädigungsfolgen nach sich zieht<sup>7</sup>.

Besondere Beachtung finden müssen die bauspezifischen Beweisschwierigkeiten<sup>8</sup>. Der laufende Baufortschritt und das Zusammenwirken mehrerer Personen erschwert oder verunmöglicht es, im nachhinein die einzelnen Mängelursachen und Verantwortlichkeiten zu klären. Für die Feststellung der Mängel und Mängelursachen ist man im übrigen regelmässig auf Gutachten angewiesen, da das Gericht über das erforderliche Fachwissen über bautechnische Fragen grundsätzlich nicht verfügt.

Neben den Expertisen bilden die von den Parteien eingereichten Pläne, Leistungsverzeichnisse, Regierapporte, Ausmassurkunden, Bauabrechnungen usw. Grundlage der Entscheidungsfindung des Gerichts. In den Rechtsschriften werden oftmals in sog. Abrechnungsprozessen alle möglichen Positionen der Ausmassurkunden, Regierapporte und Leistungsverzeichnisse mit der Begründung bestritten, die Arbeiten entsprächen nicht den Qualitätsvorgaben des Leistungsverzeichnisses, es lägen falsche Preis- und Mengenangaben vor usw., was den Bauprozess als einen der aufwendigsten Prozesse charakterisiert<sup>9</sup>. Dies wiederum führt zu langen und teuren Verfahren, insbesondere wenn Gutachten einzuholen sind.

Bauen ist ein langandauernder Vorgang. Auch die Bauprozesse dauern - aus den erwähnten Gründen - lange. Der zeitliche Ablauf des Verfahrens sowie der Umstand, dass wegen des laufenden Baufortschritts die Beweisführung erschwert bzw. verunmöglicht wird, zeigen, dass vielfach schon vor Einleitung eines ordentlichen Prozesses oder während desselben Massnahmen zur effektiven Rechtsdurchsetzung notwendig werden. Bei drohendem, nicht leicht wiedergutzumachendem Nachteil oder bei Beweisgefährdung sehen die Prozessordnungen regelmässig gerichtliche Verfahren vor, die dazu dienen,

---

<sup>7</sup> Vogel, Streit, S. 87 f.; Walter, S. 31.

<sup>8</sup> Schumacher, Beweisprobleme, S. 157 ff.; Vogel, Streit, S. 74.

<sup>9</sup> Vogel, Streit, S. 73; Rohrer, S. 404; Walter, S. 32.

vorläufigen Rechtsschutz zu erhalten oder Beweise zu sichern. Insbesondere das Verfahren der vorsorglichen Beweisabnahme wird in Baustreitigkeiten öfters in Anspruch genommen.

Der Kreis der Normen, welche der Rechtsdurchsetzung dienen, ist weit zu ziehen. Dazu gehören nicht nur die Vorschriften der kantonalen Zivilprozessordnungen, sondern auch die prozessrechtlichen Normen des Bundesprivatrechts (z.B. Art. 8 ZGB). Darüber hinaus enthält das Privatrecht auch rein materiellrechtliche Normen, die der Rechtsdurchsetzung dienen<sup>10</sup>. Für den Bauprozess von Bedeutung ist beispielsweise Art. 367 Abs. 2 OR. Nach dieser Bestimmung ist jeder Vertragspartner eines Werkvertrages berechtigt, auf seine Kosten eine Prüfung des Werkes durch Sachverständige und die Beurkundung des Befundes zu verlangen. Diese Bestimmung dient der Beweissicherung und damit der Rechtsdurchsetzung<sup>11</sup>. Beweise, von denen oftmals der Ausgang des Prozesses abhängt, können auch durch verschiedene andere Vorkehrungen gesichert werden. Als Beispiele seien genannt: schriftliches Festhalten von Erklärungen, Photoaufnahmen, gemeinsam unterzeichnete Protokolle, rasche Kontrolle und Bestätigung und Bestreitung durch Bauherrn und Bauleitung, Parteigutachten usw.<sup>12</sup> Auf solche einzelne aussergerichtliche Vorkehrungen der Beweissicherung wird vorliegend nur eingetreten, um sie von den gerichtlichen Massnahmen abzugrenzen oder um ihre Bedeutung für die gerichtliche Auseinandersetzung hervorzuheben.

## II. Zuständigkeitsfragen

### 1. Allgemeines

---

<sup>10</sup> Meier, Privatrecht und Prozessrecht, S. 78 ff.

<sup>11</sup> Vgl. bei Anm. 147.

<sup>12</sup> Schumacher, Sicherung, S. 5 ff.; Vogel, Streit, S. 77.

Zuständigkeitsfragen spielen bei der Einleitung eines Prozesses eine fundamentale Rolle. Erhebt der Beklagte die Einrede der Unzuständigkeit, so hat dies einschneidende Folgen: wurde am falschen Ort geklagt, so erringt die beklagte Partei einen Teilerfolg mit entsprechenden Kosten- und Entschädigungsfolgen für den Kläger. Zudem führt dies zu Verzögerungen in der Rechtsverfolgung<sup>13</sup>.

Es gilt, zwischen sachlicher, örtlicher und funktioneller Zuständigkeit zu unterscheiden<sup>14</sup>. Von Bedeutung ist vor allem die sachliche und die örtliche Zuständigkeit. Die Vorschriften über die sachliche Zuständigkeit geben Auskunft darüber, welches Gericht im Rahmen der Gerichtsorganisation für eine bestimmte Streitigkeit an einem bestimmten Ort erstinstanzlich zuständig ist. Die örtliche Zuständigkeit beantwortet die Frage, welches von mehreren an geografisch verschiedenen Orten lokalisierten Gerichten anzurufen ist. Je nachdem, ob nach der Zuständigkeit innerhalb eines Kantons oder über die Kantonsgrenze hinweg innerhalb der Schweiz gesucht wird, spricht man von der innerkantonalen und der interkantonalen Zuständigkeit. Letztere ist wegen der Beachtung von Art. 59 BV praktisch bedeutsam.

## 2. Sachliche Zuständigkeit

Die sachliche Zuständigkeit wird grundsätzlich in den kantonalen Gerichtsorganisationsgesetzen geregelt. Unter dem Gesichtspunkt der sachlichen Zuständigkeit ist die Frage wichtig, ob es Gerichte gibt, die für die Beurteilung von Baustreitigkeiten besonders geeignet sind. Das heisst im wesentlichen, ob es Gerichte gibt, die über das erforderliche Baufachwissen verfügen. In der Schweiz gibt es keine Sondergerichte für Baustreitigkeiten. In vier Kantonen gibt es allerdings Handelsgerichte, die bis zu einem gewissen Grad auf die erforderliche

---

<sup>13</sup> Vogel, Streit, S. 82.

<sup>14</sup> Vogel, Grundriss, S. 91 Nr. 1 ff.; Walder, S. 99 Nr. 2; Habscheid, S. 99 Nr. 170 ff. Daneben ist noch die internationale Zuständigkeit in grenzüberschreitenden Fällen von

Fachkompetenz der Gerichte in Baustreitigkeiten Rücksicht nehmen<sup>15</sup>. Es besteht dort nämlich die Möglichkeit, sachverständige Richter beizuziehen. Auf diese Weise können Prozesse kostengünstiger, rascher und kompetenter erledigt werden.

Der Einsatzbereich eines Fachrichters ist allerdings beschränkt. Oft stellen sich derart komplizierte technische Fragen, dass auf die Expertise eines aussenstehenden Sachverständigen nicht verzichtet werden kann<sup>16</sup>. Allerdings darf der Beitrag der sachverständigen Richter zur gütlichen Streiterledigung anlässlich von Vergleichsverhandlungen nicht unterschätzt werden<sup>17</sup>.

Die Parteien können durch die Vereinbarung eines Schiedsgerichts ebenfalls ihre Baustreitigkeit einem Fachgericht unterbreiten. Aber auch in diesem ist oftmals ohne ein Gutachten eines aussenstehenden Experten nicht auszukommen<sup>18</sup>. Ein weiterer Vorteil des Schiedsgerichts besteht sicher in der Beschränkung der Rechtsmittel, was eine verkürzte Verfahrensdauer zur Folge hat. Doch auch nach Ergehen eines Schiedsgerichtsurteils kann das Verfahren durch Ergreifung einer Nichtigkeitsbeschwerde und einer staatsrechtlichen Beschwerde in die Länge gezogen werden, obwohl die Prüfungsbefugnis bei beiden Rechtsmitteln eingeschränkt ist<sup>19</sup>.

### 3. Örtliche Zuständigkeit

---

Bedeutung. Diese richtet sich nach dem IPRG bzw. nach dem Lug-Ü. Darauf wird vorliegend nicht näher eingetreten.

<sup>15</sup> Vogel, Grundriss, S. 89 Nr. 65. Zu den Äusserungen eines sachverständigen Richters können die Parteien besonders Stellung nehmen, vgl. Art. 117 Abs. 2 ZPG SG.

<sup>16</sup> Sträuli/Messmer, N 5 zu § 171 ZPO ZH.

<sup>17</sup> Vogel, Streit, S. 83.

<sup>18</sup> Hürlimann, Architekt, Nr. 1460. Für Baurechtsstreitigkeiten besteht ein spezielles Schiedsreglement, nämlich die SIA-Richtlinie 150 (Ausgabe 1977); dazu vgl. Inderkum, S. 187 ff.

<sup>19</sup> Vogel, Streit, S. 84.

## A. Ordentliches Verfahren

Für die örtliche Zuständigkeit gilt der allgemeine Gerichtsstand am Wohnsitz des Beklagten und bei juristischen Personen an deren Sitz. Die Zuständigkeit richtet sich grundsätzlich nach der jeweiligen kantonalen ZPO. Vorbehalten bleiben die Wohnsitzgarantie von Art. 59 BV und die bundesrechtlichen Gerichtsstände<sup>20</sup>. Die Wohnsitzgarantie von Art. 59 BV ermöglicht es dem Beklagten, sich interkantonal darauf zu berufen, dass er nicht ausserhalb seines Wohnsitzkantons belangt werden darf. Die Wohnsitzgarantie gilt nur für persönliche Ansprachen, d.h. im wesentlichen nicht für dingliche Klagen, dagegen für alle Klagen aus Vertrag (Erfüllungs- und Schadenersatzklagen wegen Nicht- oder Schlechterfüllung)<sup>21</sup>.

Daraus ergibt sich, dass für die typischen Bauprozesse Art. 59 BV zu beachten ist. Das gilt insbesondere in jenen Kantonen, deren ZPO am Ort der gelegenen Sache einen Gerichtsstand für Klagen im Zusammenhang mit dem Grundstück, insbesondere solche von Bauhandwerkern, zur Verfügung stellen<sup>22</sup>. Diese Gerichtsstände gelten nur innerkantonal. Im Fall, dass der Wohnsitz des beklagten Bauherrn und das Baugrundstück sich nicht im gleichen Kanton befinden, kann sich der Beklagte auf Art. 59 BV berufen (es handelt sich hier um ein interkantonales Verhältnis). Verlangt ein Unternehmer hingegen die definitive Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts, kann er am Ort der gelegenen Sache gleichzeitig auch auf Zahlung des dadurch gesicherten Werklohnes klagen<sup>23</sup>. Der Beklagte kann sich nicht auf Art. 59 BV berufen<sup>24</sup>.

---

<sup>20</sup> Vogel, Grundriss, S. 98 Nr. 33b ff.; Walder, S. 100 f. Nr. 6 ff.; Habscheid, S. 118 Nr. 212 ff. Auch ungeschriebene bundesrechtliche Gerichtsstände: Zuständigkeit am Ort der gelegenen Sache für Klagen nach Art. 841 Abs. 1 und 2 ZGB, vgl. BGE 96 III 126 ff.; BGE 105 II 14 ff.

<sup>21</sup> Knapp, N 10 ff. zu Art. 59 BV; Staehelin/Sutter, S. 50 Nr. 28.

<sup>22</sup> § 6 Abs. 2 ZPO SZ; § 6 Abs. 2 ZPO ZH; § 27 Abs. 2 ZPG SG; § 29 Abs. 2 ZPO AG.

<sup>23</sup> Voraussetzung ist allerdings, dass der Grundeigentümer zugleich Schuldner des Unternehmers ist. Zu beachten ist aber, dass der Anspruch auf Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts durch anderweitige Sicherheitsleistung wegfallen kann. In diesem Fall gilt für die Werklohnforderung wieder Art. 59 BV. Zu den Auswirkungen

Art. 59 BV gilt auch für die Geltendmachung von ausservertraglichem Schadenersatz, auch wenn dieser aufgrund der Verletzung von Eigentumsrechten (Art. 679 ZGB) eingeklagt wird<sup>25</sup>. Dieser Regel ist bei Prozessen besondere Beachtung zu schenken, die sich wegen baubedingter Schäden auf Nachbargrundstücken gegen den Bauherrn als Grundeigentümer richten. Wird jedoch in einem solchen Fall nicht auf Schadenersatz, sondern auf Beseitigung der Schädigung<sup>26</sup> oder auf Unterlassung der Störung geklagt, handelt es sich nicht mehr um eine persönliche Ansprache. Die Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche werden den dinglichen Rechten gleichgesetzt und können am Ort der gelegenen Sache vorgebracht werden<sup>27</sup>.

## B. Vorsorgliche Massnahmen

Für den Erlass vorsorglicher Massnahmen ist das für den Hauptprozess zuständige Gericht anzurufen. Auch wenn der Prozess noch nicht hängig ist, richtet sich die Zuständigkeit nach den allgemeinen, für die Hauptsache massgebenden Gerichtsstandsvorschriften<sup>28</sup>. Auch bei der Zuständigkeit für den Erlass vorsorglicher Massnahmen spielt Art. 59 BV eine gewisse Rolle<sup>29</sup>. Allerdings gewährt die Praxis bei besonderer Dringlichkeit in verschiedenen Kantonen für den Erlass einer vorsorglichen Verfügung einen besonderen Gerichtsstand am Ort,

---

dieses Gerichtsstandswechsels auf die Frage, ob die Sicherheitsleistung hinreichend i.S.v. 839 Abs. 3 ZGB ist, vgl. BGE 121 III 447 und Schumacher, Bauhandwerkerpfandrecht, Nr. 771.

<sup>24</sup> Sträuli/Messmer, N 8 zu § 6/7 ZPO ZH; Schumacher, Bauhandwerkerpfandrecht, Nr. 771.

<sup>25</sup> BGE 108 Ia 57; Staehelin/Sutter, S. 50 Nr. 28, S. 53 Nr. 37.

<sup>26</sup> Gemeint ist die Beseitigung des schadenverursachenden Zustandes auf dem Ausgangsgrundstück (Meier-Hayoz, N 120 zu Art. 679 ZGB).

<sup>27</sup> BGE 108 Ia 57; Staehelin/Sutter, S. 50 Nr. 28.

<sup>28</sup> Sträuli/Messmer, N 22 zu § 222 ZPO ZH; Staehelin/Sutter, S. 310 Nr. 19.

<sup>29</sup> BGE 41 I 203; dazu Donzallaz, S. 314 f.

wo sich der Streitgegenstand befindet<sup>30</sup>. Dort wo die Anwendung von Art. 59 BV für den Hauptprozess nicht in Frage kommt, spielt diese Bestimmung auch für die Zuständigkeit zum Erlass vorsorglicher Massnahmen keine Rolle. Für die Bewilligung der vorläufigen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts ist das Gericht am Ort des Grundstückes zuständig<sup>31</sup>. Für vorsorgliche Massnahmen im Zusammenhang mit der Beseitigung der Schädigung oder mit der Unterlassung der Störung nach Art. 679 ZGB ist ebenfalls das Gericht am Ort der gelegenen Sache zuständig.

### C. Besonderheiten bei einer Mehrheit von Beklagten, Ansprüchen und bei Nebenparteien

#### a. Objektive Klagenhäufung und Streitgenossenschaft

Besondere Probleme ergeben sich, wenn der Kläger mehrere Ansprüche gegen einen Beklagten erhebt (objektive Klagenhäufung) oder mehrere Beklagte gemeinsam einklagt (Streitgenossenschaft). Bei der objektiven Klagenhäufung muss das gleiche Gericht zur Beurteilung aller Ansprüche zuständig sein<sup>32</sup>, wobei man sich auf den Gerichtsstand des Sachzusammenhanges berufen kann, wenn zwischen den Ansprüchen ein enger Zusammenhang besteht<sup>33</sup>. Dieser gilt allerdings nur innerkantonale<sup>34</sup>. Wegen der Beachtung von Art. 59 BV kann im interkantonalen Verhältnis z.B. die Schadenersatzforderung aus Art. 679 ZGB nicht am Ort der gelegenen Sache mit der Klage auf Beseitigung oder

---

<sup>30</sup> Staehelin/Sutter, S. 311 Nr. 19. Guldener, Internationales Zivilprozessrecht, S. 88 Fn. 21b, ist der Auffassung, dass einstweilige Verfügungen, die der Sicherung einer künftigen Vollstreckung auf dem Wege der kantonalrechtlichen Realexekution dienen, nur von den Behörden desjenigen Kantons angeordnet werden können, in welchem die Sache gelegen ist, die Gegenstand der Vollstreckung bildet.

<sup>31</sup> Schumacher, Bauhandwerkerpfandrecht, Nr. 753; Zobl, S. 158.

<sup>32</sup> § 58 ZPO ZH.

<sup>33</sup> § 13 ZPO ZH; Art. 34 ZPG SG.

<sup>34</sup> Sträuli/Messmer, N 4 zu § 13 ZPO ZH; Scherrer, S. 74.



Unterlassung verbunden werden, wenn der beklagte Eigentümer ausserhalb des Belegenhitskantons wohnt. Eine Ausnahme gilt nur, wenn die Schadenersatzklage sich als Nebensache der Beseitigungs- oder Unterlassungsklage erweist<sup>35</sup>.

Es ist zwischen der notwendigen und einfachen Streitgenossenschaft zu unterscheiden. Bei notwendiger Streitgenossenschaft müssen mehrere Personen als Beklagte gemeinsam belangt werden. Dies ist der Fall, wenn über das streitige Rechtsverhältnis allen Streitgenossen gegenüber nur einheitlich entschieden werden kann<sup>36</sup>. Für Passivprozesse gilt notwendige Streitgenossenschaft nur, soweit dingliche Rechte geltend gemacht werden<sup>37</sup>. In diesen Fällen gilt die Zuständigkeit des Sachzusammenhangs, die Art. 59 BV zurückdrängt. Das gilt etwa für die Klage auf Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts<sup>38</sup> oder für die Beseitigungsklage nach Art. 679 ZGB gegen die Mitglieder einer einfache Gesellschaft oder einer Erbengemeinschaft<sup>39</sup>. Bei der Beseitigungsklage ist gegen alle Gesamt- oder Miteigentümer vorzugehen. Die Schadenersatzklage nach Art. 679 ZGB kann hingegen angesichts der solidarischen Haftung der Miteigentümer gegenüber einem einzigen Miteigentümer erhoben werden<sup>40</sup>. In diesem Fall ist jedoch am Wohnsitz des Beklagten zu klagen (Art. 59 BV). Für die Solidarschuldnerschaft - also für einen Fall der einfachen Streitgenossenschaft - anerkennt nämlich die Praxis grundsätzlich keinen Gerichtstand des Sachzusammenhangs, der von Art. 59 BV abweicht<sup>41</sup>. Eine Ausnahme ist nur anzutreffen, wenn es aus materiellrechtlichen Gründen gilt, widersprüchliche Urteile zu vermeiden<sup>42</sup>. Darunter fallen etwa der Fall der alternativen Streitgenossenschaft<sup>43</sup> und die Klage gemäss Art. 841 ZGB<sup>44</sup>.

---

<sup>35</sup> Sträuli/Messmer, N 7 zu § 13 ZPO ZH.

<sup>36</sup> Vogel, Grundriss, S. 138 Nr. 47; Art. 44 ZPG SG; § 39 ZPO ZH.

<sup>37</sup> Vogel, Grundriss, S. 139 Nr. 52.

<sup>38</sup> Vogel, Streit, S. 90.

<sup>39</sup> Meier-Hayoz, N 55 zu Art. 679 ZGB.

<sup>40</sup> Meier-Hayoz, N 55 zu Art. 679 ZGB.

<sup>41</sup> Vogel, Grundriss, S. 124 Nr. 88; Sträuli/Messmer, N 7 zu § 40 ZPO ZH.

<sup>42</sup> Sträuli/Messmer, N 7 zu § 40 ZPO ZH; derselbe, N 5 zu § 13 ZPO ZH; Eichenberger, N 1 zu § 35 ZPO AG.

<sup>43</sup> Vgl. hierzu Anm. 69.

## b. Widerklage

Vielfach werden bei der Klage des Unternehmers auf Bezahlung des Werklohnes mittels Widerklage Gegenforderungen wie etwa Schadenersatzansprüche aus Mängelhaftung geltend gemacht<sup>45</sup>. Für die Widerklage ist im interkantonalen Verhältnis dasselbe Gericht zuständig, wenn zwischen Klage und Widerklage ein enger Zusammenhang besteht. Das Bundesgericht hat zu dieser Voraussetzung eine Praxis entwickelt. Ein genügender Zusammenhang ist demnach gegeben, wenn Haupt- und Widerklage auf dem gleichen Rechtsverhältnis gründen oder eine enge rechtliche Beziehung zueinander haben<sup>46</sup>. Dies trifft für den häufig auftretenden Fall der Klage auf Bezahlung von Werklohn und Gegenforderungen aus Mängelhaftung zu.

## c. Streitverkündung

Die Streitverkündung an jemanden, der in einem anderen Kanton wohnt, verstösst nicht gegen Art. 59 BV<sup>47</sup>.

## D. Vorsorgliche Beweiserhebung

---

<sup>44</sup> Sträuli/Messmer, N 2 zu § 40 ZPO ZH; BGE 105 II 15.

<sup>45</sup> Vgl. nach Anm. 6.

<sup>46</sup> BGE 93 I 552; Sträuli/Messmer, N 2 zu § 15 ZPO ZH; Eichenberger N 3 zu § 36 ZPO AG.

Im Verfahren der vorsorglichen Beweisabnahme vor Anhebung eines Prozesses kann sich der Gesuchgegner ebenfalls nicht auf Art. 59 BV berufen<sup>48</sup>. Gewisse Kantone sehen vor, dass sich die Zuständigkeit für die vorsorgliche Beweisabnahme nach der Zuständigkeit der Hauptsache richtet<sup>49</sup>. Andere erklären den Richter für zuständig, der den Beweis am schnellsten erheben kann<sup>50</sup>. Zwischen diesen Kantonen können negative Kompetenzkonflikte entstehen, die dadurch zu lösen sind, dass alternativ an beiden Orten eine Zuständigkeit anerkannt wird<sup>51</sup>. Dies ist denn auch die Regelung einer dritten Gruppe von Kantonen<sup>52</sup>.

#### E. Amtlich angeordnete Tatbestandsaufnahme nach Art. 367 Abs. 2 OR

Die örtliche Zuständigkeit zur Ernennung von Sachverständigen nach Art. 367 Abs. 2 OR liegt am Ort der Ablieferung des Werkes<sup>53</sup>.

### III. Prozessparteien

#### 1. Allgemeines. Ausgangslage

---

<sup>47</sup> BGE 41 I 443; Sträuli/Messmer, N 1 zu § 47 ZPO ZH.

<sup>48</sup> BGE 98 Ia 668; Donzallaz, S. 249.

<sup>49</sup> Z.B. Art. 223 ZPO BE.

<sup>50</sup> Z.B. Art. 269 ZPO SO.

<sup>51</sup> Vogel, Anm. zu BR 1984, S. 16 f., Nr. 12. Anders OGer SO 14.7.1991, BR 1984, S. 16 f. Nr. 12, das interkantonal dem Gerichtsstand am Ort der Beweiserhebung den Vorzug gibt.

<sup>52</sup> § 233 ZPO ZH; Art. 37 Abs. 2 ZPG SG.

<sup>53</sup> BGE 96 II 270.

An der Realisierung eines Bauvorhabens sind mehrere Personen beteiligt<sup>54</sup>. Hauptbeteiligte sind der Bauunternehmer, der Architekt, der Bauingenieur und der Bauherr. Namentlich bei grösseren Bauvorhaben gilt es zudem zu unterscheiden zwischen Hauptunternehmer, Subunternehmer und Nebenunternehmer.

Bisweilen kommt es vor, dass der Architekt sich im Vertrag auch zur Bauausführung verpflichtet. Dann ist er als Bauunternehmer zu qualifizieren. Er kann auch als Generalunternehmer oder Totalunternehmer tätig sein. Es kann Streitig sein, was in einem konkreten Fall in dieser Hinsicht vereinbart wurde. Dann ist nicht immer einfach, zu bestimmen, ob der Architekt sich verpflichtet hat, die Bauarbeiten im eigenen Namen an Dritte oder im Namen des Bauherrn zu vergeben<sup>55</sup>. Im ersten Fall liegt ein Werkvertrag zwischen Architekt und Besteller, im zweiten Fall ein Architektenvertrag vor. Im ersten Fall, also z.B. beim Abschluss eines Generalunternehmervertrages, ist der Architekt nicht berechtigt, im Namen des Bestellers die übernommenen Arbeiten an Dritte zu vergeben<sup>56</sup>.

In diesen Beispielen, aber auch in Streitigkeiten betreffend Mängelhaftung, ist oft nicht klar, wer Anspruchsgegner ist. Es ist konkret nicht klar, wer und ob mehrere Beteiligte ins Recht gefasst werden müssen<sup>57</sup>.

Eine Mehrheit von Beklagten und von Klägern ist auch dann gegeben, wenn auf einer Vertragsseite mehrere Personen auftreten<sup>58</sup>. Dies kann dann geschehen, wenn sich mehrere Unternehmer gemeinsam in einem einzigen Werkvertrag gegenüber dem Bauherrn verpflichten. Die Unternehmer sind dann in einer Arbeitsgemeinschaft (Unternehmerkonsortium) miteinander verbunden. Auch auf der Bestellerseite können mehrere Personen gegenüber einem Unternehmer oder Architekten auftreten. Es handelt sich dann um eine sog. Bauherrengemeinschaft.

---

<sup>54</sup> Gauch, Nr. 137 ff., 216 ff.

<sup>55</sup> Gauch, Nr. 242; Schwager, Nr. 799.

<sup>56</sup> Gauch, Nr. 241.

<sup>57</sup> Schumacher, Haftung, Nr. 674 ff.; Koller, Nr. 512 ff.; Gauch, Nr. 2741 ff.

## 2. Einfache und notwendige Streitgenossenschaft

Mehrere am gleichen Bau beteiligte Unternehmer können ihre Werklohnforderungen gegen den gleichen Bauherrn im gleichen Prozess einklagen. Es liegt ein Fall der einfachen Streitgenossenschaft vor<sup>59</sup>. Sind hingegen die Unternehmer in einer Arbeitsgemeinschaft (Unternehmerkonsortium) vereinigt und besteht keine Miteigentumsgemeinschaft, sind die Unternehmer gesamthänderisch berechtigt. Die Vergütungsforderung ist eine Gesamthandforderung und kann nur von allen Unternehmern gemeinsam eingeklagt werden<sup>60</sup>.

Der Bauherr kann wegen Mängeln im gleichen Prozess gegen mehrere Unternehmer und den Architekten klagen, wenn diese Personen solidarisch haften<sup>61</sup>. In diesem Zusammenhang ist auf die besondere Stellung des Architekten im Verhältnis zum Unternehmer als Hilfsperson des Bauherrn hinzuweisen und die Frage der solidarischen Haftung des Architekten und Unternehmers konkret zu behandeln. Der Bauherr hat sich das Verhalten des Architekten als eigenes Verhalten anrechnen zu lassen, was zu einer ganzen oder teilweisen Entlastung des Unternehmers nach Art. 369 OR (Selbstverschulden) führen kann<sup>62</sup>. Das gilt insbesondere, wenn der Bauherr sich bei der Erfüllung seiner Mitwirkungspflichten (Projektierung, Erteilung von Weisungen, Koordination der Arbeiten<sup>63</sup>) eines Architekten als seiner Hilfsperson bedient und der Architekt

---

<sup>58</sup> Gauch, Nr. 228, 243 f.

<sup>59</sup> § 40 ZPO ZH, Art. 46 ZPO SG

<sup>60</sup> Gauch, Nr. 249.

<sup>61</sup> Vogel, Streit, 89. Zur solidarischen Haftung in Bausachen vgl. besonders BGE 115 II 45 und BGE 119 II 131

<sup>62</sup> Gauch, Nr. 2743; Koller, Nr. 519 ff.; Schumacher, Haftung, Nr. 693; Walter, S. 37.

<sup>63</sup> Schumacher, Haftung, Nr. 693; BGE 116 II 308. Der Unternehmer kann sich allerdings zwecks Entlastung nicht auf fehlende Überwachung seiner Arbeit berufen, denn die Überwachung des Unternehmers gehört nicht zu den Pflichten oder Obliegenheiten des Bestellers (Gauch, Nr. 2743, Schumacher, Haftung, Nr. 694 f.).

Fehler begeht<sup>64</sup>. Der Bauherr, der den Unternehmer belangt hat, muss sich dann an den Architekten halten, wenn er leer ausgeht (volle Entlastung nach Art. 369 OR) oder nur teilweise mit seiner Forderung durchdringt (beschränktes Selbstverschulden). Bei dieser Ausgangslage ist es für den Bauherrn vorteilhafter, von Anfang an den Architekten anstelle des Unternehmers einzuklagen. Der Architekt kann sich nämlich gegenüber dem Bauherrn nicht wie im umgekehrten Fall durch Anrufung der Hilfspersonenhaftung<sup>65</sup> entlasten, da der Unternehmer im Verhältnis zum Architekten nicht als Hilfsperson des Bauherrn gilt<sup>66</sup>.

Die Solidarhaftung kann sich im weiteren auch aus Vereinbarung einer Arbeitsgemeinschaft (Unternehmerkonsortium) ergeben. Soweit dingliche Rechte betroffen sind, besteht im Passivprozess notwendige Streitgenossenschaft<sup>67</sup>. Das trifft auf die Beseitigungsklage nach Art. 679 ZGB zu, wenn Gesamt- oder und Miteigentum besteht. Die Schadenersatzklage kann hingegen gegenüber einem einzigen Miteigentümer erhoben werden<sup>68</sup>.

### 3. Eventuelle oder alternative Streitgenossenschaft

Liegt keine solidarische Haftung vor, stellt sich das Problem, wie aus einer Mehrheit von möglichen Verantwortlichen der richtige ins Recht gefasst werden kann. Es besteht die Gefahr, dass die falsche Partei eingeklagt wird und die Klage wegen fehlender Passivlegitimation abgewiesen wird. Welche prozessualen Möglichkeiten sind bei einer solchen Ungewissheit über die Passivlegitimation gegeben? Es besteht die Möglichkeit, die mehreren Personen in einer eventuellen

---

<sup>64</sup> Schumacher, Haftung, Nr. 693.

<sup>65</sup> Wenn hier von Hilfspersonenhaftung die Rede ist, dann ist damit nur die analoge Anwendung von Art. 101 OR gemeint (vgl. hierzu Koller, Nr. 519 ff.).

<sup>66</sup> Schumacher, Haftung, Nr. 690 f.

<sup>67</sup> Vogel, Grundriss, S. 139 Nr. 52.

<sup>68</sup> Vgl. bei Anm. 40.

oder alternativen Streitgenossenschaft einzuklagen<sup>69</sup>. D.h. der Kläger kann gegen mehrere Beklagte im gleichen Prozess mit dem Rechtsbegehren klagen, es sei entweder der eine oder der andere zur Leistung zu verpflichten, bzw. es sei der eine, eventuell der andere zur Leistung zu verpflichten.

Der Nachteil dieses Vorgehens besteht darin, dass die notwendig zu erfolgende Abweisung der Alternativ- oder Eventualklage mit Kosten- und Entschädigungsfolgen verbunden ist<sup>70</sup>. Ein weiterer Nachteil besteht darin, dass die als Partei ins Recht gefassten Personen nicht als Zeugen auftreten können<sup>71</sup>. Diese Nachteile können u.U. vermieden werden, wenn an Stelle der Klagenhäufung der Weg der Streitverkündung gewählt wird<sup>72</sup>. Darauf wird im nächsten Abschnitt eingegangen.

#### 4. Streitverkündung

Die Zivilprozessordnungen sehen vor, dass eine Partei, die für den Fall ihres Unterliegens einen Dritten belangen will oder den Anspruch eines Dritten befürchtet, diesem Dritten den Streit verkünden kann<sup>73</sup>. Das für den Streitverkünder ungünstige Urteil wirkt auch gegenüber dem Streitberufenen<sup>74</sup>. Der Streitberufene ist zwar auf die Verkündung des Streites hin nicht verpflichtet, dem ersten Prozess beizutreten. Im Folgeprozess zwischen dem Streitverkünder und dem Streitberufenen kann dieser jedoch nicht mehr einwenden, das Urteil des Erstprozesses sei unrichtig und der Streitverkünder - der nunmehr Ansprüche gegen ihn stellt - hätte obsiegen müssen<sup>75</sup>. Die Rechtskraft des Urteils zwischen

---

<sup>69</sup> BGE 83 II 84; ZR 1956, S. 17 f. Nr. 8; Sträuli/Messmer, N 4 zu § 60 ZPO ZH; Guldener, Zivilprozessrecht, S. 302; Vogel, Streit, S. 89.

<sup>70</sup> Vogel, Streit, S. 89.

<sup>71</sup> Vogel, Streit, S. 90; Sträuli/Messmer, N 6 zu § 157 ZPO ZH.

<sup>72</sup> Zur Zulässigkeit der Streitverkündung in diesen Fällen vgl. Anm.83.

<sup>73</sup> § 46 ZPO ZH; Art. 49 ZPG SG.

<sup>74</sup> Walder, S. 181 Nr. 5 ff.; Vogel, Grundriss, S.146 Nr. 87 ff.

<sup>75</sup> Walder, S. 181 Nr. 5.

den Hauptparteien wird nicht auf den Streitverkündeten erstreckt<sup>76</sup>. Es wird dem Streitverkündeten jedoch die Einrede des schlecht geführten Prozesses abgeschnitten<sup>77</sup>. Alle Einwendungen, welche im Vorprozess beurteilt worden sind, kann der Streitverkündete nicht mehr erheben, sofern die Streitverkündung rechtzeitig erklärt wurde und der ungünstige Prozessausgang nicht durch schuldhaftes Verhalten des Streitverkünders verursacht worden ist<sup>78</sup>.

Ob die Wirkungen die Streitverkündung im Folgeprozess zwischen dem Streitverkünder und Streitberufenen eintreten, ist eine Frage des materiellen Rechts<sup>79</sup>. Ein für den Streitverkünder ungünstiges Urteil wirkt gegenüber dem Streitberufenen „wenn dieser auf Grund eines Rechtsverhältnisses zum Streitverkünder oder nach Treu und Glauben verpflichtet war, die Hauptpartei im Prozess zu unterstützen“<sup>80</sup>.

Die Rechtsgewährleistung ist ein ausdrücklich geregelter Anwendungsfall der Streitverkündung. In Lehre und Rechtsprechung werden die beschriebenen Wirkungen der Streitverkündung aber auch in folgenden Fällen anerkannt: bei der Sachgewährleistung (Art. 197 ff., 237, 367 ff. OR), der Solidarschuldnerschaft (Art. 148 Abs. 2 OR), der Solidarbürgschaft, der Haftpflichtversicherung und der Stellvertretung (Art. 39 Abs. 1 OR)<sup>81</sup>.

In Bausachen sind daher insbesondere folgende Fälle abgedeckt:

Wird eine solidarisch haftende Person für den ganzen Schaden ins Recht gefasst, entstehen für sie Regressansprüche gegenüber den anderen solidarisch haftenden Personen. Regressansprüche sind auch gegeben, wenn der Bauunternehmer eingeklagt wird und er für den von ihm zu bezahlenden Schadenersatz auf einen

---

<sup>76</sup> Sträuli/Messmer, N 4 zu § 48 ZPO ZH.

<sup>77</sup> Staehelin/Sutter, S. 95 Nr. 33.

<sup>78</sup> Vogel, Grundriss, S. 147 Nr. 89.

<sup>79</sup> Vogel, S. 146 Nr. 87; Guldener, Zivilprozessrecht, S. 313; Sträuli/Messmer, N 3 zu § 47 ZPO ZH.

<sup>80</sup> BGE 90 II 408.

<sup>81</sup> Walder, S. 186 ff. Nr. 21 ff.; Meier, Privatrecht und Prozessrecht, S. 64.



Subunternehmer oder auf den Materiallieferanten Rückgriff nehmen kann. In diesen Fällen drängt sich die Streitverkündung auf.

Vertragliche Ansprüche bestehen nur gegenüber dem Kontrahenten. Es kann jedoch streitig sein, zwischen welchen Personen überhaupt vertragliche Beziehungen entstanden sind. Zu denken ist an den Fall des Architekten als vollmachtlosen Vertreter. Klagt der Unternehmer gegen den Bauherrn und verkündet er dem Architekten den Streit, so kann letzterer im Zweitprozess nicht mehr geltend machen, im Erstprozess sei zu Unrecht die fehlende Vollmacht angenommen worden<sup>82</sup>.

Von diesem Tatbestand ist der Fall zu unterscheiden, in dem - wie bereits ausgeführt - streitig ist, ob der Architekt im Namen des Bauherrn oder als Generalunternehmer im eigenen Namen einen Werkvertrag mit dem Bauunternehmer abgeschlossen hat. Bei letzterem Beispiel handelt es sich nicht mehr um einen eigentlichen Fall der Gewährleistungs- oder Regressansprüche oder der Schadloshaltung. Vielmehr liegt hier ein Fall alternativer Ansprüche vor, wie auch z.B. dann, wenn bei einem Hausbau ein von zwei unabhängig voneinander tätigen Unternehmen einen Schaden verursacht. Die Wirkungen der Streitverkündung sollten m.E. auch in solchen Fällen eintreten. Gerade bei alternativen Ansprüchen spricht das Bundesgericht von Klagen, die „indissolublement liées“ sind. In diesen Fällen dient die Streitverkündung auch dazu, widersprechende Urteile zu vermeiden, denn im Falle alternativer Ansprüche könnte der Kläger sonst gegen beide Anspruchsgegner den Prozess verlieren, obwohl aufgrund der materiellen Rechtslage einer von beiden sicher haften müsste. Hier sollte m.E. nach Treu und Glauben eine Beistandspflicht für die beiden möglichen Anspruchsgegner angenommen werden<sup>83</sup>.

---

<sup>82</sup> Walder, S. 187 Nr. 26.

<sup>83</sup> Gl.M. Staehelin Ernst, Die Nebenparteien im Zivilprozess, Basel/Frankfurt a.M. 1981, S. 104; a.A. Guldener, Zivilprozessrecht, S. 313. Im deutschen Recht wird die Streitverkündung auch für alternative Ansprüche als zulässig betrachtet, vgl. Rosenberg/Schwab/Gottwald, S. 274 f.

Nach der hier vertretenen Auffassung wäre es also möglich, dass der Kläger einer alternativ haftenden Person (z.B. Nebenunternehmer) den Streit verkünden könnte. Der Vorteil gegenüber der alternativen oder eventuellen Streitgenossenschaft besteht darin, dass keine Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Gunsten oder zu Lasten der Parteien eintreten<sup>84</sup>. Der Streitberufene kann auch als Zeuge befragt werden, es sei denn er tritt dem Prozess bei und erhält die Stellung als Nebenintervenient<sup>85</sup>.

Ein weiterer Fall der Streitverkündung ist bei der Klage auf Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts gegeben<sup>86</sup>. Wenn der Vertragspartner des Unternehmers nicht mit dem Grundeigentümer identisch ist, ist er nicht Prozesspartei. Der Grundeigentümer kann dem Vertragspartner des Unternehmers den Streit verkünden. Dieser kann dann im Regressprozess des Grundeigentümers gegen ihn, nicht einwenden, die Eintragung sei zu Unrecht erfolgt.

#### IV. Grundsätze des Verfahrens

##### 1. Rechtsbegehren, Anträge

Nach der Dispositionsmaxime darf der Richter nicht mehr zusprechen als eingeklagt ist, aber auch nicht weniger, als vom Beklagten anerkannt wird<sup>87</sup>. Was eingeklagt ist, bestimmt der Kläger durch sein Rechtsbegehren. Wenn der Kläger nicht das ihm Zustehende oder zu wenig einklagt, kann der Richter dies

---

<sup>84</sup> Sträuli/Messmer, N 1 zu § 45 ZPO ZH. Immerhin gibt es Kantone, welche eine Kosten- und Entschädigungspflicht auch bei Nebenparteien statuieren. Vgl. etwa Art. 271 ZPG SG. Nach Vogel, Anm. zu BR 1984, S. 73 Nr. 79, fehlt es aber an einer Grundlage für die Kosten- und Entschädigungspflicht.

<sup>85</sup> Sträuli/Messmer, N 8 zu § 152 ZPO ZH und N 5/6 zu § 157 ZPO ZH.

<sup>86</sup> Zobl, S. 160.

<sup>87</sup> Vogel, Grundriss, S. 157 Nr. 9; Art. 56 Abs. 2 ZPG SG.

grundsätzlich nicht korrigieren. Es ist deshalb wichtig, dass die Rechtsbegehren richtig formuliert werden. In dieser Beziehung gilt es folgendes hervorzuheben:

Wie der Unternehmer die Mängelbeseitigung bewerkstelligen will, ist seine Sache<sup>88</sup>. Daher kann der Besteller bei der Geltendmachung des Nachbesserungsanspruchs grundsätzlich nicht spezifische Massnahmen beantragen. Auch der Richter kann den Unternehmer nur zur Vornahme der Nachbesserung als solche verurteilen<sup>89</sup>.

Der Kläger kann im gleichen Verfahren gegen den Beklagten mehrere Ansprüche erheben. Z.B. kann der Unternehmer die Klage auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts mit der Klage auf Bezahlung des Werklohnes verbinden, wenn Schuldner und Grundeigentümer identisch sind<sup>90</sup>. Zu einer solchen Klagenverbindung kommt es, wenn dem Unternehmer die provisorische Eintragung des Pfandrechts im summarischen Verfahren bewilligt wurde und ihm Frist zur Klage auf definitive Eintragung des Pfandrechts gesetzt wird. Dabei muss klar unterschieden werden zwischen dem Begehren auf Bezahlung des fälligen Werklohnes und auf Eintragung des Pfandrechts für eine bestimmte Pfandsumme. Es müssen beide Begehren gestellt werden<sup>91</sup>. Dies ist deshalb zu betonen, weil es in einem Fall im Entscheid betreffend vorläufige Eintragung Frist angesetzt wurde, „die behauptete und glaubhaft gemachte Forderung auf dem ordentlichen Prozessweg einzuklagen“<sup>92</sup>. Richtig ist aber, Frist für die Klage auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts zu setzen<sup>93</sup>.

---

<sup>88</sup> Gauch, Nr. 1803; Koller, Nr. 116.

<sup>89</sup> Gauch, Nr. 1803; Walter, S. 38.

<sup>90</sup> Zobl, S. 159; Schumacher, Bauhandwerkerpfandrecht, Nr. 768; Reber, S. 133.

<sup>91</sup> Reber, S. 132.

<sup>92</sup> Entscheid ZWR 1978, S. 55 ff., zitiert bei Schumacher, Bauhandwerkerpfandrecht, Nr. 767.

<sup>93</sup> Schumacher, Nr. 785 ff.; vgl. auch BGE 105 II 149; Unter den Begriff der Pfandsumme wird derjenige Betrag verstanden, für welchen das Pfandrecht eingetragen werden soll. Der Belastungsbetrag und die effektive, fällige Forderung, deren Bezahlung auch in einem getrennten Verfahren eingeklagt werden kann, sind zu unterscheiden.

Kann der Kläger seine Forderung nicht beziffern, besteht die Möglichkeit der unbezifferten Forderungsklage<sup>94</sup>. Anwendungsfälle in Bausachen sind insbesondere die Klage auf Bezahlung des Architekten- oder Ingenieurhonorars, wenn sich dieses gemäss Vereinbarung nach der Höhe der effektiven Baukosten richtet und der Bauherr über die entsprechenden Kosten die Auskunft verweigert<sup>95</sup>. Ein bekanntes Beispiel für die Notwendigkeit, eine unbezifferte Forderungsklage einzureichen, ist dann gegeben, wenn nach Art. 42 Abs. 2 OR der Schaden nicht ziffernmässig nachweisbar ist und der Richter ihn nach Ermessen abzuschätzen hat.

Der Antrag auf Durchführung einer vorsorglichen Beweisabnahme beinhaltet nicht auch die Formulierung der Expertenfragen. Dies ist Sache des Gerichts, wenn auch in der Praxis oftmals die Gerichte auf die von den Parteien eingereichten Expertenfragen abstellen<sup>96</sup>. Der Antrag muss aber das Beweisthema derart umschreiben, dass es dem Gericht möglich ist, die Expertenfragen zu formulieren. Will der Gesuchsteller neben der Feststellung des (mangelhaften) Zustandes auch noch erreichen, dass im Gutachten die Fragen der Mängelursachen, der Verschuldensanteile der Baubeteiligten, der Sanierungsmassnahmen und der Mängelbeseitigungskosten abgeklärt werden, so muss er dies ausdrücklich beantragen<sup>97</sup>.

## 2. Sachverhaltsermittlung

### A. Allgemeines

---

<sup>94</sup> § 61 ZPO ZH; Art. 65 Abs. 2 ZPG SG; Vogel, Grundriss, S. 179 Nr. 56 ff.; Loosli, S. 1 ff.

<sup>95</sup> ZR 1980, S. 281 f. Nr. 130.

<sup>96</sup> Abravanel Philippe, Le juge et le procès del la construction, JDC 1993, Bd. 1, S. 29.

<sup>97</sup> Zur Zulässigkeit solcher Anträge vgl. Anm. 111.

Aufgrund der Verhandlungsmaxime ist es Sache der Parteien, die rechtserheblichen Tatsachen zu behaupten und den erforderlichen Beweis durch Einreichung von Beweismitteln oder durch Stellen von Beweisanträgen zu erbringen<sup>98</sup>. Zudem gilt, dass der Richter sein Urteil nur auf Tatsachen abstützen darf, die von den Parteien behauptet worden sind. Nicht behauptete Tatsachen werden nicht berücksichtigt.

## B. Behauptungs- und Bestreitungslast, Substanziierung

Aus dem Gesagten folgt, dass den Parteien die Behauptungslast obliegt. Die Tatsachen müssen so umfassend und klar dargelegt werden, dass darüber Beweis abgenommen werden kann<sup>99</sup>. In bezug auf die Bestreitung von Tatsachen genügt es, wenn die Bestreitung ihrem Zweck entsprechend konkretisiert wird, um den Behauptenden zu der ihm obliegenden Beweisführung zu veranlassen<sup>100</sup>. Bei Bauabrechnungen kann das kantonale Recht bundesrechtskonform verlangen, dass der Besteller detailliert erklärt, welche Positionen er nicht anerkennt, um dem Unternehmer die Möglichkeit zu geben, darüber Beweis zu führen. Das kantonale Recht kann also verlangen, dass der Beklagte im einzelnen darzulegen hat, welche Arbeiten der Kläger nicht erbracht oder doppelt verrechnet hat<sup>101</sup>. Nicht zulässig ist es hingegen, die beweisbefreite Partei ebenfalls zu veranlassen darzutun, weshalb eine bestrittene Behauptung unrichtig sei.

---

<sup>98</sup> Vogel, Grundriss, S. 159 Nr. 18 ff.; Walder, S. 207 Nr. 1; Stachelin/Sutter, S. 105 Nr. 15; Walter, S. 37.

<sup>99</sup> BGE 108 II 337 ff.

<sup>100</sup> BGE 105 II 146; Walter, S. 37.

<sup>101</sup> BGE 117 II 114; zur Bedeutung der richterlichen Fragepflicht in diesem Zusammenhang vgl. ZR 1980, S. 282 Nr. 130.

## VI. Beweisverfahren

### 1. Allgemeines

Im Beweisverfahren werden die rechtserheblichen Tatsachen festgestellt, die für die Rechtsanwendung notwendig sind<sup>102</sup>. Während die Rechtsanwendung von Amtes wegen erfolgt, ist es aufgrund der schon genannten Verhandlungsmaxime Sache der Parteien, den erforderlichen Beweis der rechtserheblichen Tatsachen zu erbringen. Es ist nicht immer möglich, den Beweis zu erbringen. Da das Gericht aber immer ein Urteil fällen muss, ist es unerlässlich zu bestimmen, wer die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen hat, d.h. wer die Beweislast trägt<sup>103</sup>. Einschlägig hierfür ist die allgemeine Beweislastregel von Art. 8 ZGB. Danach hat derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet<sup>104</sup>.

Gerade in Bauprozessen, in denen Beweisschwierigkeiten akzentuiert auftreten, kann diese Beweislastregel von entscheidender Bedeutung sein.

Es spielen sodann Beweiserleichterungen eine besondere Rolle. Es ist die Rede von den Wahrscheinlichkeitsbeweisen, die auf Erfahrungssätze bzw. natürlichen Vermutungen basieren<sup>105</sup>. Diese kehren die Beweislast nicht um, haben aber dennoch ähnliche Wirkungen, indem der Anspruchsgegner zwar nicht den Beweis des Gegenteils, aber immerhin den Gegenbeweis erbringen muss, der die Vermutung entkräftet<sup>106</sup>. Anwendungsbeispiel ist etwa die natürliche Vermutung

---

<sup>102</sup> Vogel, Grundriss, S. 237 Nr. 1.

<sup>103</sup> Vogel, Grundriss, S. 241 Nr. 27; Bühler, S. 295.

<sup>104</sup> Für eine Übersicht über die Anwendung der Beweislastregel in Bauprozessen vgl. Bühler, S. 304 ff.

<sup>105</sup> Schumacher, Beweisprobleme, S. 169 ff.; derselbe, Haftung, Nr. 433, 571, 573, 744, 755 im Zusammenhang mit der Geltendmachung von Ansprüchen aus der Haftung des Architekten aus Vertrag; Bühler, S. 298, 309 ff.

<sup>106</sup> Vogel, Grundriss, S. 247 Nr. 51.

für das Vorhandensein des in vorbehaltlos unterzeichneten Regierapporte enthaltenen Aufwandes und deren Notwendigkeit<sup>107</sup>.

## 2. Beweismittel

In Bauprozessen steht vor allem das Beweismittel der Expertise im Vordergrund. In Baustreitigkeiten tauchen regelmässig komplexe bautechnische Fragen auf (z. B. Mängelfeststellungen, Ursachen usw.), die nur durch Experten beantwortet werden können. In der Praxis stellen sich dementsprechend sehr viele Probleme ein im Zusammenhang mit der Erstattung von Gutachten und deren Verwertung im Prozess, auf die im Rahmen dieser Arbeit nicht näher eingegangen wird<sup>108</sup>.

## 3. Vorsorgliche Beweisabnahme

### A. Begriff und Zweck

Der laufende Baufortschritt erschwert oder verunmöglicht im nachhinein die Feststellung der geleisteten Arbeiten in qualitativer und quantitativer Hinsicht. Das Zusammenwirken der verschiedenen Baubeteiligten erschwert es, im nachhinein die Verantwortlichkeiten für allfällige Mängel festzustellen.

---

<sup>107</sup> Bühler, S. 309.

<sup>108</sup> Vgl. Cavelti, Die Expertise im Bauprozess, in diesem Band, S. 299 ff.; Hürlimann, Architekt, Nr. 1415 ff.; derselbe, Der Experte, S. 129 ff.; Schumacher, Beweisprobleme, S. 203 ff.; Widmer, S. 425 ff.

Unsorgfältiges Vorgehen beim Vertragsschluss und bei der Bauausführung verursachen ebenfalls Beweisschwierigkeiten. Wird mit der Beweiserhebung zugewartet, bis der eigentliche Prozess eingeleitet und die Behauptungsphase durchlaufen ist, wird es oftmals unmöglich, den Beweis über relevante Tatsachen, insbesondere Mängel und Mängelursachen zu erbringen. Daraus ergibt sich, dass die Möglichkeit bei Beweisgefährdung vorsorglich Beweis abzunehmen, von erheblicher Bedeutung ist. Dieses Instrument ist in den Zivilprozessordnungen vorgesehen<sup>109</sup>. Die vorsorgliche Beweisabnahme kann vor oder während des Hauptprozesses beantragt werden und wird in Bausachen häufig in Anspruch genommen.

In einigen Kantonen besteht auch die Möglichkeit, die vorsorgliche Beweiserhebung zu verlangen, ohne dass eine Beweisgefährdung glaubhaft gemacht werden muss<sup>110</sup>. In diesen Fällen kann über den Bereich der eigentlichen Beweissicherung hinaus die Beantwortung der Fragen der Mängelursachen, der Festlegung der Anteile an der Verantwortlichkeit der Baubeteiligten, der möglichen Sanierungsmassnahmen und der Mängelbeseitigungskosten zum Gegenstand einer Expertise gemacht werden. Dadurch kann die vorsorgliche Beweisabnahme auch der Vermeidung oder wenigstens der Vereinfachung des künftigen Prozesses dienen. Es können damit die Beweis- und die Prozessaussichten abgeklärt werden.

Ob in den anderen Kantonen, wo die Beweisgefährdung Voraussetzung für die vorsorgliche Beweisabnahme ist, all diese Fragen bei der Begutachtung zulässig sind, ist umstritten. Gauch ist der Ansicht, dass dieser Streitpunkt in der Praxis noch nicht ausdiskutiert ist<sup>111</sup>. In der Praxis besteht immerhin ein grosses Bedürfnis, schon früh zu wissen, wie sich die Verantwortlichkeiten zwischen den Baubeteiligten verteilen (z.B. zwischen Materiallieferant, Bauleitung, Unternehmer), welche Sanierungsmassnahme möglich oder notwendig sind usw.

---

<sup>109</sup> Hürlimann, Architekt, Nr. 1447; § 231 ZPO ZH; Art. 199 Abs. 1 lit. a ZPG SG.

<sup>110</sup> Vgl. § 222 ZPO BE. Hierzu Leuch/Marbach/Kellerhals, N 1 zu § 222 ZPO BE.

<sup>111</sup> Gauch, Nr. 1522.



M.E. sind die entsprechenden Regelungen in den kantonalen Prozessordnungen weit auszulegen und entsprechend umfassende Gutachten zuzulassen<sup>112</sup>. Diese weite Auslegung lässt sich m.E. auf das Bedürfnis einer beförderlichen Behandlung des Prozesses abstützen<sup>113</sup>. Die vorsorgliche Beweisabnahme erfolgt ja im Hinblick auf einen möglichen Prozess. In diesem Prozess sollen die abgenommenen Beweise möglichst Bestand haben. Dies ergibt sich u.a. daraus, dass die Beweisabnahme unter Beachtung der Vorschriften des ordentlichen Prozesses zu erfolgen hat<sup>114</sup>. Wie es im Hauptprozess angesichts der beförderlichen Prozess erledigung zu vermeiden gilt, dass über zusammenhängende Fragen verschiedene Gutachten zu unterschiedlichen Zeitpunkten zu erstatten sind<sup>115</sup>, ist auch bei der vorsorglichen Beweisabnahme zu versuchen, auf Antrag über zusammenhängende Fragen ein einziges Gutachten erstellen zu lassen. Dies auch, wenn die Beweisgefährdung sich nicht auf alle zusammenhängenden Fragen bezieht.

Im weiteren ist der bereits erwähnte und in der Lehre hervorgehobene<sup>116</sup> prozessverhindernde Effekt der Beweissicherung mitzuberücksichtigen. Dass der Kreis der Gutachterfragen über die eigentliche Beweissicherung hinaus ausgedehnt werden kann, passt zur Aufgabe des Gerichtes, die Parteien zur gütlichen Streiterledigung anzuhalten<sup>117</sup>. Dies ist eben mit einem umfassenden Gutachten auch eher gewährleistet.

Rechtsvergleichend sei darauf hingewiesen, dass zwar in Deutschland ebenfalls Streit darüber herrscht, was im Rahmen einer vorsorglichen Beweissicherung in

---

<sup>112</sup> Gl.M.: Vogel, Anm. zu BR 1990, S. 81, Nr. 119, 122, zu BR 1992, S. 44, Nr. 89, zu BR 1993, S. 54, Nr. 129; Hürlimann, Architekt, Nr. 1449; Cottier Jean-Marie, Le litige en droit privé de la construction – de la conservation des preuves au procès, JDC 1985, Bd. 1, S. 102; a.M. OGer LU 12.9.91, LGVE 1991, I, Nr. 13, S. 31 f. = BR 1993, S. 54, Nr. 129; Studer/Rüegg/Eiholzer, N 3 zu § 228 ZPO LU. Zustimmung des Gegners verlangen Leuenberger, S. 133, Rohrer, S. 413 und GVP 1988 Nr. 68.

<sup>113</sup> § 53 ZPO ZH; Art. 59 Abs. 1 ZPG SG.

<sup>114</sup> § 233 Abs. 2 ZPO ZH.

<sup>115</sup> Werner/Pastor, Nr. 24.

<sup>116</sup> Vogel, Anm. zu BR 1993, S. 54, Nr. 129; Hürlimann, Architekt, Nr. 1449.

<sup>117</sup> § 62 ZPO ZH; Art. 58 ZPG SG.

einem Gutachten abgeklärt werden kann<sup>118</sup>. Dieser Streit ist aber seit dem Inkrafttreten der revidierten Fassung von § 485 der deutschen ZPO etwas entschärft<sup>119</sup>. Nach Abs. 2 dieser Bestimmung kann nunmehr eine Partei - wenn ein Rechtsstreit noch nicht hängig ist - die schriftliche Begutachtung durch Sachverständige beantragen. Sie muss dafür ein rechtliches Interesse daran haben, dass 1. der Zustand einer Person oder der Zustand oder Wert einer Sache, oder 2. die Ursache eines Personenschadens, Sachschadens oder Sachmangels, oder 3. der Aufwand für die Beseitigung eines Personenschadens, Sachschadens oder Sachmangels festgestellt wird. § 485 Abs. 2 Satz 2 der deutschen ZPO bestimmt dann zudem, dass ein rechtliches Interesse anzunehmen ist, wenn die Feststellung der Vermeidung eines Rechtsstreites dienen kann<sup>120</sup>.

Werden die Gutachterfragen im obengenannten Sinn erweitert, erhöht sich die Wahrscheinlichkeit, dass der Sachverständige in seinem Gutachten vielfach auch eigentliche Rechtsfragen beurteilt, was problematisch ist<sup>121</sup>. Die Abgrenzung ist jedoch oft schwierig. Wird zudem berücksichtigt, dass es schlussendlich Aufgabe des Gerichts ist, die Erkenntnisse des Experten in freier Überzeugung richtig zu interpretieren, sollte bei der Formulierung der Expertenfragen nicht zu restriktiv entschieden werden<sup>122</sup>.

## B. Voraussetzungen

Nach der hier vertretenen Ansicht gilt für die Anordnung einer vorsorglichen Beweisabnahme als notwendige aber auch hinreichende Voraussetzung, dass die

---

<sup>118</sup> Werner/Pastor, Nr. 23.

<sup>119</sup> Zum immer noch aktuellen Streit vgl. Werner/Pastor, Nr. 24.

<sup>120</sup> Zur Auslegung von § 485 der deutschen ZPO vgl. im einzelnen Werner/Pastor, Nr. 27 ff.; Münchener Kommentar ZPO/Schreiber, N 4 ff. zu § 485 ZPO.

<sup>121</sup> Gauch, Nr. 1513, 1522.

<sup>122</sup> Hürlimann, Architekt, Nr. 1439, 1451; Vogel, Anm. zu BR 1992, S. 44 Nr. 89; GVP SG 1988, Nr. 68, S. 136 f. = BR 1990, S. 81, Nr. 121, GVP SG 1988, Nr. 50, S. 104 = BR 1989, S. 67 f., Nr. 96 (allerdings nur bei Zustimmung des Gegners). Zurückhaltend Gauch, Nr. 1522; Walter, S. 38.

Beweisgefährdung nur bezüglich einer der Gutachterfragen glaubhaft gemacht wird. Dies wird zumeist betreffend die Feststellung des gegenwärtigen (mangelhaften) Zustandes gelingen. Das kann aber auch in bezug auf die Feststellung der Mängelursachen zutreffen, wenn die Notwendigkeit einer schnellen Sanierung glaubhaft gemacht wird und die Gefahr besteht, dass der Beweis der Schadensursachen verloren geht<sup>123</sup>. Die übrigen Fragen müssen in einem engen Zusammenhang zu eben dieser einen Frage stehen<sup>124</sup>. Für die weitere beantragte Begutachtung der Mängelursachen usw. braucht eine Beweisgefährdung nicht mehr glaubhaft gemacht zu werden.

An die Glaubhaftmachung der Beweisgefährdung werden im übrigen in der Praxis m.E. zu Recht keine strengen Anforderungen gestellt<sup>125</sup>.

## C. Verfahren

### a. Allgemeines

Die vorsorgliche Beweisabnahme erfolgt meist im summarischen Verfahren<sup>126</sup>.

### b. Mitwirkungsrechte der Parteien

Über das Gesuch auf Anordnung einer vorsorglichen Beweisabnahme entscheidet das Gericht in der Regel ohne Anhörung der Gegenpartei<sup>127</sup>. Dies betrifft vor allem die Zulässigkeit der vorsorglichen Beweisabnahme. Die Beweisabnahme

---

<sup>123</sup> OGer LU 27.8.1986, LGVE 1986 I, Nr. 24.

<sup>124</sup> Vgl. hierzu Anm. 115.

<sup>125</sup> Hürlimann, Architekt, Nr. 1447; Gauch, Nr. 1521.

<sup>126</sup> Leuenberger, S. 134; § 231 ZPO ZH; Art. 196 lit. d ZPG SG.

selbst hat jedoch grundsätzlich unter Mitwirkung der Gegenpartei zu erfolgen. Das wird wiederum u.a. dadurch zum Ausdruck gebracht, dass die allgemeinen Vorschriften über die Beweisabnahme im ordentlichen Prozess anzuwenden sind<sup>128</sup>.

Die Mitwirkungsrechte der Gegenpartei sind besonders bei der Erstellung von Gutachten von Bedeutung. Die Gegenpartei muss Gelegenheit haben, gegen die Ernennung des Sachverständigen Einwendungen zu erheben, zum abgeschlossenen Gutachten Stellung zu nehmen und die Ergänzung des Gutachtens oder die Bestellung eines weiteren Sachverständigen zu beantragen<sup>129</sup>. Auch kann den Parteien die Gelegenheit gegeben werden, „sich zur Fragestellung an den Sachverständigen zu äussern und Änderungs- oder Ergänzungsanträge zu stellen“<sup>130</sup>.

Die Beachtung dieser Mitwirkungsrechte ist wiederum insofern notwendig als die Beweisabnahme im ordentlichen Prozess möglichst Bestand haben soll. Die Mitwirkungsrechte hängen auf der anderen Seite von der zeitlichen Dringlichkeit der vorsorglichen Beweiserhebung ab. Je nach dem Grad der Dringlichkeit hat sich der Gegner eine Verkürzung seiner Rechte gefallen zu lassen<sup>131</sup>. Eine Einschränkung der Mitwirkungsrechte sollte aber nur dann geschehen, wenn wirklich Gefahr in Verzug ist, ansonsten der Bestand der Beweiserhebung im ordentlichen Prozess gefährdet wäre.

#### D. Kosten

---

<sup>127</sup> § 233 Abs. 1 ZPO ZH.

<sup>128</sup> § 233 Abs. 2 ZPO ZH. Art. 201 i.V.m Art. 95 ZPG SG.

<sup>129</sup> ZR 1960, S. 255 f. Nr. 97. Anders die Regelung nach § 227 aZPO LU; LGVE 1981 I, S. 48 Nr. 27. Auch gem. GVP SG 1989, Nr. 55 und GVP SG 1988, Nr. 68 S. 136 f. sind die Mitwirkungsrechte der Gegenpartei eingeschränkt.

<sup>130</sup> § 175 Abs. 2 ZPO ZH. Zur Praxis hierzu vgl. Widmer, S. 430. Zur Beachtung der Mitwirkungsrechte vgl. auch Leuenberger, S. 134; Leuch/Marbach/Kellerhals, N 1 zu Art. 323 ZPO BE, N 3f zu Art. 322 ZPO BE.

<sup>131</sup> Leuenberger, S. 134.

Die Kosten der vorsorglichen Beweisabnahme trägt zunächst der Gesuchsteller. Über die endgültige Tragung wird im nachfolgenden Prozess nach Ausgang des Verfahrens unter Berücksichtigung der Notwendigkeit der Beweissicherung entschieden<sup>132</sup>.

Wird ein solcher Hauptprozess nicht durchgeführt, ist in einem selbständigen Verfahren über die Tragung der Kosten nach den Grundsätzen von Art. 41 OR<sup>133</sup> oder nach den materiellrechtlichen Kriterien der Haftung für Mangelfolgeschäden zu entscheiden<sup>134</sup>. Eine weitere Möglichkeit wird darin gesehen, den Gesuchsteller insbesondere für den Fall, dass er den Prozess nicht innert Frist einleitet, zu verpflichten, den Gesuchsgegner zu entschädigen<sup>135</sup>. Eine solche Regelung ist aber m.E. problematisch, da diese Entschädigungsfolge nicht in allen Fällen gerechtfertigt ist (insbesondere nicht, wenn der Kläger bereits nach der vorsorglichen Beweisabnahme das erreicht, was er im Hauptprozess erst zu erreichen hoffte). Auch die Fristansetzung ist unzweckmässig, da sie die Parteien unnötigerweise (z.B. bei Vergleichsverhandlungen) einschränkt.

#### E. Verhältnis zum Hauptverfahren

Wie bereits erwähnt, ist nach der hier vertretenen Ansicht bei der vorsorglichen Beweisabnahme besonders darauf zu achten, dass diese im Hauptprozess möglichst Bestand hat. Das Verfahren richtet sich nach den massgebenden Bestimmungen des ordentlichen Prozesses. Im Hauptprozess kann das Beweisverfahren bei identischem Beweisthema nur wiederholt oder ergänzt

---

<sup>132</sup> Hürlimann, Architekt, Nr. 1526; Leuenberger, S. 135; Sträuli/Messmer, N 5 zu § 233 ZPO ZH.

<sup>133</sup> Hürlimann, Architekt, Nr. 1527; Leuenberger, S. 135; Eichenberger, N 2 zu § 214 ZPO AG; Leuch/Marbach/Kellerhals N 2a zu Art. 226 ZPO BE.

<sup>134</sup> Gauch, Nr. 1523 f.

<sup>135</sup> Leuenberger, S. 135; GVP 1988, Nr. 64, S. 131.

werden, wenn die Beweisabnahme mangelhaft war<sup>136</sup>. Die Beweiswürdigung und die Prüfung der Erheblichkeit des Beweisthemas sind in jedem Fall nur im Hauptprozess vorzunehmen<sup>137</sup>.

## F. Abgrenzungen

Es gibt andere Möglichkeiten, Beweise zu sichern. Zu denken ist hier an Privatgutachten, Herstellung von Photographien und ähnliches<sup>138</sup>. Solche Instrumente stellen im Prozess keine Beweismittel dar. Sie haben nur die Bedeutung einer Parteibehauptung<sup>139</sup>. Für die richterliche Beweiswürdigung sind sie dennoch bedeutsam. Ein Privatgutachten vermag beispielsweise ein gerichtliches Gutachten zu erschüttern<sup>140</sup>. Nach einzelnen kantonalen Bestimmungen können Privatgutachten als Beweismittel zugelassen werden<sup>141</sup>. Die Anrufung eines Privatgutachters als sachverständigen Zeugen durch eine Partei ist hingegen eingeschränkt<sup>142</sup>. Beziehen sich die Zeugenaussagen nämlich mehrheitlich auf die Beantwortung von Expertenfragen, müssen die Vorschriften über den gerichtlichen Experten voll zum Tragen kommen<sup>143</sup>.

Besondere Bedeutung hat Art. 367 Abs. 2 OR. Nach dieser Bestimmung ist jeder Vertragspartner eines Werkvertrages<sup>144</sup> berechtigt, auf seine Kosten die Prüfung des Werkes durch Sachverständige sowie die Beurkundung des Befundes zu verlangen. Es handelt sich dabei um eine amtlich angeordnete richterlich

<sup>136</sup> Sträuli/Messmer, N 4 zu § 233 ZPO ZH; a.M GVP SG 1989, Nr. 55.

<sup>137</sup> Sträuli/Messmer, N 4 zu § 233 ZPO ZH; Hürlimann, Architekt, Nr. 1449; Eichenberger, N 3 zu § 209 ZPO AG.

<sup>138</sup> Schumacher, Sicherung, S. 6; derselbe, Beweisprobleme, S. 209.

<sup>139</sup> Sträuli/Messmer, N. 2 vor § 171 ZPO ZH; ZR 1996, S. 24 Nr. 8.

<sup>140</sup> Guldener, Zivilprozessrecht, S. 349; Hürlimann, Architekt, Nr. 1433.

<sup>141</sup> § 262 ZPO AG; Art. 118 ZPG SG.

<sup>142</sup> Zur Befragung von sachverständigen Zeugen im allgemeinen vgl. Art. 116 ZPG SG und § 165 Ziff. 3 ZPO ZH.

<sup>143</sup> Sträuli/Messmer, N 6 zu § 165 ZPO ZH.

<sup>144</sup> Nach Ablieferung des Werkes (Art. 367 Abs. 2 OR), dazu Gauch, Nr. 86 ff.

überwachte Tatbestandsaufnahme durch Sachverständige<sup>145</sup>. Sie erfolgt in der Regel in der gleichen Verfahrensart, in der die vorsorgliche Beweisabnahme beantragt werden kann<sup>146</sup>. Sie dient „der Sicherung des Beweises, dass das Werk bei der Ablieferung mangelhaft oder mängelfrei war“<sup>147</sup>. Eine Beweisgefährdung ist allerdings nicht vorausgesetzt<sup>148</sup>.

Im Gegensatz zur vorsorglichen Beweisabnahme können bei der amtlich angeordneten Tatbestandsaufnahme keine Gutachterfragen gestellt werden, die über den Bereich der Beweissicherung hinausgehen. In den Bereich der Beweissicherung fällt immerhin auch die Feststellung der tatsächlichen Schadensursachen<sup>149</sup>.

Auch bei der amtlich angeordneten Tatbestandsaufnahme sind m.E. die Vorschriften über die Beweisabnahme, insbesondere die Mitwirkungsrechte des Gegners zu beachten. Dies dürfte klar sein, wenn die amtlich angeordnete Tatbestandsaufnahme in das Verfahren der vorsorglichen Beweisabnahme eingebettet ist, sollte m.E. aber auch sonst gelten. Die amtlich angeordnete Tatbestandsaufnahme soll es dem Besteller ermöglichen, den Beweis zu sichern, um gegebenenfalls seinen Nachbesserungsanspruch - wenn nötig auch im Prozess - durchsetzen zu können. Das hat zur Folge, dass die Tatbestandsaufnahme wie die vorsorgliche Beweisabnahme möglichst auch für die prozessuale Auseinandersetzung Bestand haben soll. Dies ist nur möglich, wenn gewisse minimale Verfahrensvorschriften eingehalten werden<sup>150</sup>.

Folgt man dieser Auffassung, ergibt sich daraus auch, dass die Gegenseite keinen weiteren Befund nach Art. 367 Abs. 2 OR verlangen darf<sup>151</sup>. Das Verlangen des

---

<sup>145</sup> Hürlimann, Architekt, Nr. 1435.

<sup>146</sup> § 233 ZPO ZH.

<sup>147</sup> BGE 96 II 270.

<sup>148</sup> Hürlimann, Architekt, Nr. 1436; Gauch, Nr. 1517.

<sup>149</sup> Gauch, Nr. 1518, 1522; Zindel/Pulver, N 24 zu Art. 367 OR, die allerdings auch die Feststellung von Verbesserungsmassnahmen einbeziehen.

<sup>150</sup> A.M. GVP SG 1988, Nr. 50.

<sup>151</sup> Gleicher Meinung wie hier Hürlimann, Architekt, Nr. 1441; a.M. LGVE 1987 I, Nr. 22; kritisch dazu Gauch, Anm. zu BR 1989, S. 19 Nr. 13.

Befundes durch die eine Partei konsumiert auch das entsprechende Recht der anderen Partei, wenn die Gegenseite Einfluss auf die Tatbestandsaufnahme nehmen konnte. Dies ist eben m.E. nur dadurch gewährleistet, dass im kantonalen Verfahren gewisse minimale Mitwirkungsrechte der Gegenseite gewahrt bleiben.

Von der amtlich angeordneten Tatbestandsaufnahme ist die amtliche Befundaufnahme zu unterscheiden, die in einigen Prozessrechtserlassen geregelt ist<sup>152</sup>. Hier wird von einem Vollzugsbeamten ein Befund über tatsächliche Zustände, die ohne besondere Fachkenntnisse feststellbar sind, aufgenommen.

Eine weitere Abgrenzung ergibt sich zum Schiedsgutachten. Mit einem Schiedsgutachten beauftragen die Baubeteiligten einen Sachverständigen mit der verbindlichen Feststellung von rechtserheblichen Tatsachen (z.B. Mängeltatbestände)<sup>153</sup>. Dem Schiedsgutachter können auch einzelne Rechtsfragen unterbreitet werden. Z.B. kann der Schiedsgutachter beauftragt werden, verbindlich die Verschuldensanteile der Baubeteiligten festzulegen, so etwa die anteilmässige Verantwortung für einen Mangel des Unternehmers im Verhältnis zum Architekten.

Das Schiedsgutachten ist kein Urteil, gegen welches Rechtsmittel eingelegt werden könnten. Es ist aber für einen späteren Prozess verbindlich. Die vom Schiedsgutachten benachteiligte Partei kann im Rahmen dieses Prozesses das Schiedsgutachten nur anfechten, wenn „der Nachweis erbracht wird, dass es offenbar ungerecht, willkürlich, unsorgfältig, fehlerhaft oder in hohem Grade der Billigkeit widersprechend ist oder auf falscher tatsächlicher Grundlage beruht“<sup>154</sup>.

Das Schiedsgutachten hat einzelne Streitpunkte zum Gegenstand<sup>155</sup>. Dem Gericht verbleibt die umfassende Erledigung des ganzen Streites. Das Gericht kann jedoch über die durch Schiedsgutachten entschiedenen Punkte unter Vorbehalt des

---

<sup>152</sup> § 234 ZPO ZH; § 215 ZPO AG; Vogel, Streit, S. 81.

<sup>153</sup> Hürlimann, Architekt, Nr. 1453; Vogel, Streit, S. 93.

<sup>154</sup> BGE 71 II 295; vgl. auch Art. 119 ZPG SG; § 258 ZPO ZH.

<sup>155</sup> Hürlimann, Architekt, Nr. 1456.



genannten Anfechtungsrechts nicht mehr befinden. Der gesamte Streit kann im übrigen auch durch ein Schiedsgerichtsurteil entscheiden werden. Es ist daher auch zwischen dem Schiedsgutachten und Schiedsgerichtsurteil zu unterscheiden<sup>156</sup>.

## VI. Vorsorgliche Massnahmen

Prozesse dauern vielfach lange. Bei Gefährdung der geltendgemachten Ansprüche muss ein vorläufiger Rechtsschutz gewährt werden. Dies hat schon vor Anhebung eines Prozesses zu geschehen. Die vorsorglichen Massnahmen werden im summarischen Verfahren erlassen. Ihr Zweck besteht darin, die zukünftige Vollstreckung durch Aufrechterhaltung des bestehenden Zustandes oder auch durch vorläufige Vollstreckung der geltend gemachten Ansprüche zu sichern<sup>157</sup>.

Vorsorgliche Massnahmen, welche auf die vorläufige Vollstreckung abzielen, werden als Leistungsmassnahmen bezeichnet und stellen einen schwerwiegenden Eingriff in die Rechtsposition des Prozessgegners dar. Sie stützen sich nämlich nur auf behauptete Ansprüche ab und können oft nicht rückgängig gemacht werden<sup>158</sup>. Die notwendige Prüfung der Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen - Nachteils- und Hauptsacheprognose (Abschätzung der Wahrscheinlichkeit und der Höhe eines bei den Parteien entstehenden Schadens bzw. Abschätzung der Gewinnchancen in der Hauptsache) - ist hier jedoch besonders streng<sup>159</sup>.

Solche Massnahmen sind z.B. in Prozessen angezeigt, in denen der Nachbar wegen baubedingter Schädigung durch Grabungen und Überschreitung von Grundeigentum aufgrund von Art. 679 und 685 ZGB gegen den Bauherrn auf

---

<sup>156</sup> Hürlimann, Architekt, Nr. 1494 ff.

<sup>157</sup> Walder, S. 393 Nr. 5 f.; Staehelin/Sutter, S. 303 Nr. 1.

<sup>158</sup> Staehelin/Sutter, S. 309 Nr. 16.

<sup>159</sup> Staehelin/Sutter, S. 309 Nr. 16; Vogel, Grundriss, S. 329 Nr. 208.

Beseitigung der Schädigung oder auf Unterlassung der Störung klagt. Wenn Gefahr in Verzug ist, z.B. wenn das Rutschen eines Hanges und die Gefährdung von Gebäuden zu befürchten ist, muss es möglich sein, auf Begehren einer Partei, eine sofortige Hangsicherung oder einen Baustopp zu verfügen.

## VII. Vollstreckung

Bei der Vollstreckung ist zu unterscheiden zwischen der Vollstreckung von Geldleistungen und anderen Leistungen. Geldleistungen werden nach dem Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, die anderen Leistungen nach dem kantonalen Recht vollstreckt. Für Vollstreckung von Ansprüchen auf andere Leistungen als Geldleistungen, d.h. für die Realvollstreckung enthält auch das OR einige Bestimmungen, die zu beachten sind<sup>160</sup>. Es handelt sich vor allem um Art. 98 Abs. 1 OR, Art. 366 Abs. 2 OR und Art. 368 Abs. 2 OR, welche sich mit dem für Bausachen wichtigen Vollstreckungsmittel der Ersatzvornahme befassen<sup>161</sup>.

Nach Art. 98 Abs. 1 OR kann sich der Gläubiger - falls der Schuldner zu einem Tun verpflichtet ist - ermächtigen lassen, die Leistung auf Kosten des Schuldners vorzunehmen. Nach überwiegender Meinung setzt Art. 98 Abs. 1 OR ein Leistungsurteil voraus<sup>162</sup>. Die richterliche Ermächtigung zur Ersatzvornahme kann nach Massgabe des kantonalen Rechts auch schon im Leistungsurteil ausgesprochen werden<sup>163</sup>. Art. 366 Abs. 2 OR, der ebenfalls die Ersatzvornahme vorsieht, setzt im Gegensatz dazu keine richterliche Ermächtigung voraus<sup>164</sup>. Auch bei der Durchsetzung des Nachbesserungsanspruchs nach Art. 368 Abs. 2 OR hat sich die Frage gestellt, ob für die ebenfalls in Frage kommende

---

<sup>160</sup> Koller, Nr. 487.

<sup>161</sup> Zur Ersatzvornahme allgemein: Haubensak, S. 30 ff.; Sträuli/Messmer, N 2 zu § 307 ZPO ZH.

<sup>162</sup> Gauch, Nr. 1807; Koller, Nr. 488; a.M. Fellmann, S. 109 ff.

<sup>163</sup> Koller, Nr. 488.

<sup>164</sup> Gauch, Nr. 887; Koller, Nr. 490.

Ersatzvornahme eine richterliche Ermächtigung erforderlich ist oder nicht. Das Bundesgericht und ein Teil der Lehre lassen die Ersatzvornahme aufgrund einer analogen Anwendung von Art. 366 Abs. 2 OR ohne richterliche Ermächtigung zu<sup>165</sup>. Nach Gauch ist Art. 366 Abs. 2 OR nur dann analog anzuwenden, wenn Gefahr in Verzug ist<sup>166</sup>.

Den Unternehmer trifft eine Vorauszahlungspflicht für die Kosten der Ersatzvornahme<sup>167</sup>. Dies ergibt sich aus dem Grundsatz von Treu und Glauben, der auch im Prozessrecht Anwendung findet und sogar teilweise ausdrücklich geregelt ist<sup>168</sup>. Es ist dem Anspruchsberechtigten nach Treu und Glauben nicht zuzumuten, dass er die vom Pflichtigen geschuldete Leistung vorfinanziert<sup>169</sup>. Zudem wäre sonst die Ersatzvornahme keine echte Alternative zur Umwandlung in Schadenersatz. Der Berechtigte könnte nämlich sonst, wenn er schon die Kosten für die Ersatzvornahme vorzuschüssen hat, gleich auf diese verzichten und Schadenersatz verlangen<sup>170</sup>. Die Vorauszahlungspflicht bei Ersatzvornahme besteht m.E. nicht nur bei der Durchsetzung des Nachbesserungsanspruchs, sondern gilt allgemein. Eine Vorauszahlungspflicht trifft also z.B. auch den aus Art. 679 ZGB Haftenden, der den Beseitigungsanspruch nicht erfüllt. Die hier vertretene Ansicht ist anderswo ausdrücklich so statuiert. In Deutschland wird beispielsweise in § 887 Abs. 2 ZPO ausdrücklich die Vorauszahlungspflicht des Schuldners für die Kosten der Ersatzvornahme statuiert<sup>171</sup>.

Zu beachten ist noch, dass im Rahmen eines Verfahrens betr. den Erlass vorsorglicher Massnahmen über die Vorauszahlungspflicht nicht entschieden werden kann. Es kann zwar als vorsorgliche Massnahme die Ermächtigung zur

---

<sup>165</sup> BGE 107 II 55 f.; Koller, Nr. 182 ff.; dagegen Zindel/Pulver, N 29 zu Art. 368 OR.

<sup>166</sup> Gauch, Nr. 1823.

<sup>167</sup> Gauch, Nr. 1816; Koller, Nr. 497; von Tuhr/Escher, S. 91; Becker, N 3 zu Art. 98 OR; a.M. GVP SG 1992, S. 84 ff. Nr. 32; Bucher, S. 332 Anm. 18, Vogel, Grundriss, S. 401 Nr. 35; Guldener, Zivilprozessrecht, S. 627 Anm. 63. Im deutschen Recht wird ebenfalls eine Vorauszahlungspflicht bejaht, vgl. Münchener Kommentar BGB/Soergel, N 158 zu § 633 BGB.

<sup>168</sup> § 50 ZPO ZH.

<sup>169</sup> Gauch, Nr. 1816.

<sup>170</sup> Vogel, Grundriss, S. 401 Nr. 35.

Ersatzvornahme erteilt werden, wenn ein nicht wiedergutzumachender Nachteil droht. Eine Vorauszahlungspflicht kann hingegen nicht verhängt werden, denn in dieser Beziehung droht kein nicht wiedergutzumachender Nachteil. Zudem kommt man hier in den Bereich der Vollstreckung von Geldforderungen, die ausschliesslich durch das SchKG geregelt ist. Die Vorauszahlungspflicht ist nach den Vorschriften des SchKG zu vollstrecken und setzt ein gerichtliches Endurteil, das zur Vorauszahlung verpflichtet, voraus. Über die Tragung der Kosten kann erst im Endurteil entschieden werden<sup>172</sup>.

Soll eine Störung i.S. von Art. 679 ZGB beseitigt werden, so sind für die Vollstreckung die einzelnen Massnahmen vom Sachrichter genau zu präzisieren. Nötigenfalls ist vom Richter ein Gutachten einzuholen<sup>173</sup>. Der Vollstreckungsrichter kann dies nicht nachholen. Dies gilt auch und vor allem im Rahmen der Vollstreckung vorsorglicher Massnahmen.

---

<sup>171</sup> Münchener Kommentar ZPO/Schilken, N 15 ff. zu § 887 der deutschen ZPO.

<sup>172</sup> EGV-SZ 1991, S. 139 f. Nr. 32; von Tuhr/Escher, S. 91, Fn. 49.

<sup>173</sup> BGE 44 II 32; BGE 55 II 247.