SWISS EXPERTS INFO

Edition / Ausgabe / Edizione / Edition 13.01.2023

Bulletin d'information de la
Informationsbulletin der
Bulletin d'informazione della
Newsletter of the

et/und/e/and

Chambre Suisse des experts judiciaires techniques et scientifiques
Schweizerischen Kammer technischer und wissenschaftlicher Gerichtsexperten
Camera svizzera degli esperti giudiziari tecnici e scientifici
Swiss chamber of Technical and Scientific Forensic Experts

Swiss Experts Certification SA (SEC)
Certification de personnes selon ISO 17024
Personenzertifizierung nach ISO 17024
Certificazione delle persone secondo la norma ISO 17024
Certification of persons according to ISO 17024

Markus Lüthi
Rechtsanwalt, Fachanwalt Bau- und Immobilienrecht, Mediator SAV

Janic Schwizgebel
MLaw, Rechtsanwalt

BEWEISSICHERUNG MIT NOTARIELLER FESTSTELLUNGSURKUNDE

Die rasche und verbindliche Beweissicherung auf Baustellen ist für den weiteren Bauverlauf und einen möglichen künftigen Zivilprozess zentral. Thema dieses Artikels ist, ob die Beweissicherung mittels Notaren erfolgen kann und diese in Zukunft öfter mit Sicherheitsschuhen und Schutzhelm auf Baustellen anzutreffen sein werden.

Der erfolgreiche Bauprozess steht und fällt mit dem Beweis. In Bauprozessen ist aber die Beweissicherung oftmals eine besonders delikate Angelegenheit. Zu denken ist etwa an folgendes Beispiel: Ein Bauwerk wird unter dem mittleren Grundwasserspiegel erstellt. In diesem Gebäude werden Lebensmittel hergestellt. Ein halbes Jahr nach Bezug und Aufnahme der Produktion treten Wassereintritte an Boden und Wänden im Untergeschoss auf. Die Wassereintritte gefährden aus Hygienegründen die Lebensmittelproduktion und können zu Ertragsausfällen und Produktionsstopps, somit zu weiterem Schaden, führen. Der Bauherr steht vor einem Dilemma. Wird der Mangel ohne Beweissicherung sofort beseitigt, ist er im Rahmen eines nachfolgenden Prozesses nicht mehr beweisbar. Aus der Perspektive des Bauherrs besteht aber gleichzeitig ein grosses Interesse daran, den Mangel so schnell als möglich zu beseitigen, sodass kein längerer Produktionsausfall entsteht.

EXPERTENSUCHE

Die Mitglieder der Schweizerischen Kammer technischer und wissenschaftlicher Gerichtsexperten und die zertifizierten Expertinnen und Experten finden Sie mittels Stichwortsuche im Internet:

RECHERCHE D'EXPERTS

Vous pouvez trouver les membres de la Chambre suisse des experts judiciaires techniques et scientifiques ainsi que les experts certifiés à l'aide de mots clés aux adresses internet suivantes:

RICERCA ESPERTI

Può avvenire con l'inserimento di parole chiavi nel sito internet:

SEARCH FOR EXPERTS

Experts for a particular task can be found on the internet with the aid of keywords:

www.swiss-experts.ch
www.experts-certification.ch
www.international-experts.ch

Zieglerstrasse 29
CH-3007 Bern
T +41 31 838 68 68
office@swiss-experts.ch

IMPRESSUM

Redaktion: Schweizerische Kammer technischer und wissenschaftlicher Gerichtsexperten und Swiss Experts Certification SA.
Sekretariat: Zieglerstrasse 29 , CH-3007 Bern, T 031 838 68 72. Empfänger: Zertifizierte Expertinnen und Experten, Mitglieder der Schweizerischen Kammer technischer und wissenschaftlicher Gerichtsexperten, Gericht, Versicherungen und andere interessierte Kreise.

BEWEISSICHERUNG MIT NOTARIELLER FESTSTELLUNGSURKUNDE

In der Rechtsliteratur werden zur Beweissicherung im Wesentlichen drei Varianten diskutiert:

– Es kann ein Privatgutachten durch einen privaten Sachverständigen erstellt werden. Diesem kommt allerdings lediglich die Qualität einer blossen Parteibehauptung zu (statt vieler: BGE 141 III 433 E. 2.6), womit die Beweissicherung durch ein Privatgutachten im Bauprozess nur ein beschränkt taugliches Mittel darstellt.

– Daneben hat der Bauherr gestützt auf Art. 367 Abs. 2 OR den Anspruch, auf seine Kosten eine Prüfung des Werks durch Sachverständige und die Beurkundung des Befundes zu verlangen. Die Beweiskraft solcher Befundaufnahmen ist indes umstritten (PETER GAUCH, Der Werkvertrag, 6. Aufl. 2019, Rz. 1518).

– Schliesslich besteht die Möglichkeit der vorsorglichen Beweisführung gemäss Art. 158 ZPO. Das Gericht hat jederzeit Beweise abzunehmen, wenn das Gesetz einen entsprechenden Anspruch gewährt oder der Bauherr eine Gefährdung der Beweismittel oder ein schutzwürdiges Interesse glaubhaft macht. Problematisch bei der vorsorglichen Beweisführung ist insbesondere, dass auch solche Verfahren lange dauern (nicht selten länger als ein Jahr) und der Bauherr sämtliche Kosten – sowohl für das Gericht als auch für den Sachverständigen – vorschiessen muss (Art. 98 und 102 ZPO).

Im Rahmen dieser Abhandlung wird eine vierte Variante zur Beweissicherung, die notarielle Feststellungsurkunde, propagiert.

Die ZPO zählt abschliessend die zulässigen Beweismittel auf (sogenannter numerus clausus der Beweismittel; SUTTER-SOMM/SEILER, Handkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2021, N. 2 zu Art. 168 ZPO), wobei die Urkunde darunterfällt (Art. 158 Abs. 1 lit. d ZPO). Eine notarielle Urkunde als sogenannte öffentliche Urkunde erbringt für die durch sie bezeugten Tatsachen vollen Beweis, solange nicht die Unrichtigkeit ihres Inhaltes nachgewiesen ist (Art. 9 ZGB, Art. 179 ZPO). Es besteht eine gesetzliche Tatsachenvermutung für die Richtigkeit der durch die Urkunde bezeugten Tatsachen, wobei die Gegenpartei die Unrichtigkeit des Inhalts nachzuweisen hat (SUTTER-SOMM/SEILER, a.a.O., N. 1 f. zu Art. 179 ZPO). Verstärkte Beweiskraft im Sinne von Art. 9 Abs. 1 ZGB geniesst der Urkundeninhalt nur unter der Voraussetzung, dass der Notar oder die Notarin in der Lage ist, die gemachten Feststellungen «zuverlässig zu treffen» (BGE 110 II 1 E. 3a). Von der verstärkten Beweiskraft umfasst ist nur das, was der Notar oder die Notarin nach Massgabe der Sachlage kraft eigener Prüfung als richtig bescheinigen kann, somit was er oder sie aus eigener sinnlicher Wahrnehmung feststellen kann (BGer 2C_219/2015 E. 6.3; STEPHAN WOLF, in: BK Einleitung und Personenrecht, 2012, N. 48 zu Art. 9 ZGB; PETER STÄHLI, Kommentar zum Notariatsrecht des Kantons Bern, 2009, N. 58 zu Art. 51/52 NV).

Zeitdruck in Kombination mit Schadenpotenzial:
Anspruchsvolle Sicherung einer Baugrube

BEWEISSICHERUNG MIT NOTARIELLER FESTSTELLUNGSURKUNDE

Das Notariatsrecht ist vorwiegend kantonal geregelt, sodass die anwendbaren kantonalen Notariatsgesetze hinsichtlich Feststellungsurkunden zu prüfen sind. Im Kanton Bern ist die Feststellungsurkunde in Art. 21 Abs. 2 NG verankert. Der Notar oder die Notarin darf nur Tatsachen beurkunden, die sie oder er selbst vorschriftsgemäss wahrgenommen hat (Art. 34 Abs. 1 NG). Der Notar oder die Notarin kann somit grundsätzlich den Zustand eines Hauses feststellen (WOLF/PFAMMATTER, a.a.O., N. 13 zu Art. 21 NG). Die Notarin oder der Notar hat den zu beurkundenden Vorgang oder Zustand möglichst genau festzustellen (Art. 51 Abs. 1 NV). Die Urkunde hat eine genaue Beschreibung des Vorgangs oder Zustands und den Ort, das Datum und, soweit nötig, die Tageszeit der Feststellung zu ermitteln (Art. 52 Abs. 1 NV).

Zur Frage, ob einer notariellen Feststellurkunde betreffend Baumängel in einem Bauprozess erhöhte Beweiskraft zukommt und sie mithin am öffentlichen Glauben gemäss Art. 9 ZGB teilnimmt, hat sich das Bundesgericht soweit ersichtlich noch nicht geäussert. Auch in der Literatur gibt es diesbezüglich unterschiedliche Positionen (vgl. etwa für eine erhöhte Beweiskraft: PETER STÄHLI, Kommentar zum Notariatsrecht des Kantons Bern, 2009, N. 72 ff. zu Art. 51/52 NV; gegen eine erhöhte Beweiskraft: CHRISTIAN BRÜCKNER, Schweizerisches Beurkundungsrecht, 1993, Rz. 2718 ff.).

Durch die Gerichte ist die Frage, ob eine notarielle Feststellungsurkunde in Bauprozessen erhöhte Beweiskraft geniesst und somit ein taugliches Mittel zur Beweissicherung ist, nicht geklärt. Nach unserem Dafürhalten ist einer notariellen Feststellungsurkunde grundsätzlich erhöhte Beweiskraft im Sinne von Art. 9 ZGB zuzuerkennen. Dies insoweit, als der Notar oder die Notarin Vorgänge und Tatsachen selbst wahrnehmen kann und gestützt auf seine technische Expertise zu prüfen in der Lage ist.

Umgemünzt auf das Anschauungsbeispiel bedeutet dies: Der Notar oder die Notarin kann gestützt auf seine eigene Wahrnehmung feststellen, wo Feuchtigkeit ins Gebäude eintritt. Er kann auch die Oberfläche und Beschaffenheit der Verkleidung festhalten. Auch wäre es ihm möglich, den konkreten Boden- und Wandaufbau zu dokumentieren, soweit ein entsprechender Zugang besteht. Zur Frage der Ursächlichkeit der Wassereintritte – z.B. ob der Boden- und Wandaufbau dem anerkannten Stand der Technik entspricht – kann der Notar oder die Notarin mangels Expertise keine Feststellungen bzw. Aussagen machen. Hierfür kann eine sachverständige Person wie im Rahmen eines gewöhnlichen Privatgutachtens beigezogen werden. Dessen technische Feststellungen kann der Notar oder die Notarin als sogenannte Wissenserklärungen beurkunden. Erhöhte Beweiskraft geniesst in diesem Fall nur, dass die sachverständige Person bestimmte Aussagen und Feststellungen getätigt hat, nicht aber deren Inhalt bzw. deren Richtigkeit (PETER STÄHLI, a.a.O., N. 46 und 62 zu Art. 51/52 NV). Wird eine notarielle Feststellungsurkunde erstellt, so ist zwingend eine sachverständige Person beizuziehen. Diese hat darauf zu achten und den Notar oder die Notarin dahingehend anzuleiten, dass sämtliche rechtserheblichen Umstände und Tatsachen, die auch der Notar oder die Notarin selbst wahrnehmen kann, dokumentiert, fotografisch festgehalten und beurkundet werden.

Wird entschieden, eine notarielle Feststellungsurkunde zu erstellen, ist insbesondere Folgendes zu beachten:

- Der Beurkundungstermin findet auf Initiative einer sachverständigen Person oder der Bauleitung statt. Auftraggeber gegenüber dem Notar kann die Bauherrschaft, der Unternehmer, ein Subunternehmer, etc. sein. Am Beurkundungstermin hat der Notar sowie eine sachverständige Person teilzunehmen und die Gegenpartei ist einzuladen (rechtliches Gehör).

- Die sachverständige Person hat darauf zu achten, dass die rechtserheblichen und massgeblichen Umstände und Tatsachen, die auch der Notar oder die Notarin selbst wahrnehmen kann, festgestellt und beurkundet werden.

- Es ist darauf zu achten, dass der Notar oder die Notarin nur Feststellungen trifft, die er oder sie selbst wahrnehmen kann und wofür kein technisches Fachwissen nötig ist. Aussagen zur Ursächlichkeit von Mängeln sind zu unterlassen.

- Sämtliche Feststellungen sind in der Urkunde sowohl beschreibend als auch fotografisch festzuhalten.

- Aussagen technischer Natur von einer sachverständigen Person können als Wissenserklärung in derselben Urkunde festgehalten werden. Erhöhte Beweiskraft haben derartige Aussagen allerdings nicht.