



**POUVOIR JUDICIAIRE
GERICHTSBEHÖRDEN**

ETAT DE FRIBOURG
STAAT FREIBURG

**Tribunal cantonal TC
Kantonsgericht KG**

Augustinergasse 3, Postfach 630, 1701 Freiburg

T +41 26 304 15 00

www.fr.ch/tc

102 2024 59

Urteil vom 21. Mai 2024

II. Zivilappellationshof

Besetzung

Präsidentin: Dina Beti
Richter: Catherine Overney, Markus Ducret
Gerichtsschreiberin-
Berichterstatlerin: Frédérique Jungo

Parteien

A. _____, **Gesuchsteller** und **Berufungskläger**, vertreten durch
Rechtsanwalt Patrik Gruber

gegen

B. _____, **Gesuchsgegner** und **Berufungsbeklagter**, vertreten
durch Rechtsanwalt Stephan Rothenbühler

Gegenstand

Vorsorgliche Beweisführung (Art. 158 ZPO)

Berufung vom 8. April 2024 gegen den Entscheid der Präsidentin des
Mietgerichts des Sense- und Seebezirks vom 26. März 2024

Sachverhalt

A. A._____ mietet seit dem 1. März 2022 ein Einfamilienhaus an der C._____ in D._____. Seit Mietbeginn bestehen Differenzen zwischen ihm und der Vermieterschaft betreffend allfällige Mängel, insbesondere Schimmel und Feuchtigkeit.

B. Am 1. Februar 2024 reichte A._____ eine Klage sowie ein Gesuch um vorsorgliche Beweisführung beim Mietgericht des Sense- und Seebezirks ein. Das Gesuch um vorsorgliche Beweisführung beinhaltet folgende Begehren:

- Es sei zur Feststellung des Schimmels und der Feuchtigkeit umgehend ein Augenschein durch das Gericht durchzuführen;
- Eine Bauphysikerin/ein Bauphysiker sei zum Augenschein beizuziehen und zu beauftragen, die Ursachen für den Umfang des Schimmels und der Feuchtigkeit festzustellen.

B._____ beantragt in seiner Klageantwort die Abweisung des Gesuchs um vorsorgliche Beweisführung.

C. Mit Entscheid vom 26. März 2024 wies die Präsidentin des Mietgerichts des Sensebezirks das Gesuch um vorsorgliche Beweisführung vom 1. Februar 2024 ab. Die Kosten wurden vorbehalten.

Gegen diesen Entscheid erhob A._____ (nachfolgend: der Gesuchsteller oder der Berufungskläger) am 8. April 2024 Berufung und beantragt, die Berufung sei gutzuheissen und der Entscheid der Präsidentin des Mietgerichts des Sensebezirks vom 26. März 2024 sei aufzuheben. Folglich sei das Gesuch um vorsorgliche Beweisführung vom 1. Februar 2024 gutzuheissen. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

In seiner Berufungsantwort vom 26. April 2024 beantragt B._____ (nachfolgend: der Gesuchsgegner oder der Berufungsbeklagte) die kosten- und entschädigungsfällige Abweisung der Berufung und die Bestätigung des Entscheids vom 26. März 2024.

D. Der II. Zivilappellationshof hat die Akten beigezogen.

Erwägungen

1.

Das Gericht prüft von Amtes wegen, ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind (Art. 60 ZPO).

1.1. Entsprechend der Rechtsmittelbelehrung der Vorinstanz in ihrem Entscheid vom 26. März 2024 bezeichnete der Berufungskläger seine Rechtsschrift vom 8. April 2024 als «Berufung». Als Begründung bringt er lediglich vor, der angefochtene Entscheid unterliege der Berufung gemäss Art. 308 ff. ZPO.

1.2. In Bezug auf die Anfechtung und damit das zulässige Rechtsmittel gegen die vorsorgliche Beweisführung verweigernde Entscheide ist zu unterscheiden, ob das Gesuch um vorsorgliche

Beweisführung vor Rechtshängigkeit des Hauptverfahrens gestellt wird oder im Rahmen eines hängigen Hauptprozesses.

1.2.1. Die Rechtsprechung unterscheidet zwischen verfahrensabschliessenden und verfahrensleitenden Entscheidungen über die vorsorgliche Beweisführung. Im ersten Fall handelt es sich um einen Endentscheid im Sinne von Art. 308 Abs. 1 lit. a und 319 lit. a ZPO, im zweiten Fall um eine Beweisverfügung und damit eine prozessleitende Verfügung nach Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO. Wird das Gesuch um vorsorgliche Beweisführung im Rahmen eines hängigen Hauptprozesses gestellt, so wird damit um Beweiserhebung in einem Verfahrensstadium ersucht, in dem die Beweisabnahme nach dem ordentlichen Gang des Verfahrens noch nicht stattfindet; die vorsorgliche Beweisführung ermöglicht die zeitliche Vorverlegung der Beweisabnahme (Urteil BGer 4A_128/2017 vom 12. Mai 2017 E. 5.2). Der Entscheid über eine vorsorgliche Beweisabnahme im Rahmen eines hängigen Hauptverfahrens kann als Beweisverfügung und als prozessleitende Verfügung nur unter den Voraussetzungen von Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO mit Beschwerde angefochten werden. Gleiches gilt, wenn das Gesuch um vorsorgliche Beweisführung in einem eigenständigen Verfahren gutgeheissen wird. Demgegenüber schliesst der Entscheid auf Abweisung eines Gesuchs um vorsorgliche Beweisabnahme das eigenständige Beweisverfahren ab. Diesfalls handelt es sich um einen Endentscheid, der je nach Streitwert des Hauptprozesses mittels Berufung oder Beschwerde anfechtbar ist (Urteile KG FR 101 2023 407 vom 13. März 2024 E. 2.1, 101 2020 328 vom 23. September 2020 E. 1.3.1 und 101 2020 424 vom 3. Dezember 2020 E. 1.2 und die zitierten Hinweise, insbesondere Urteil BGer 4A_421/2018 vom 8. November 2018 E. 4; vgl. auch BGE 138 III 46 E. 1.1, 138 III 76 E. 1.2 und 137 III 324 E. 1.1).

1.2.2. Die Rechtsmittelbelehrung der Vorinstanz erweist sich nach dem Gesagten als unzutreffend. Vorliegend wurde das Gesuch um vorsorgliche Beweisführung im Rahmen des Hauptverfahrens gestellt, weshalb der abweisende Entscheid lediglich prozessleitend ist und nur mit Beschwerde nach Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO angefochten werden kann, sofern ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht.

1.3. Aus dem Grundsatz von Treu und Glauben ergibt sich, dass den Parteien aufgrund einer unrichtigen Rechtsmittelbelehrung keinerlei Nachteile erwachsen dürfen. Eine Partei kann sich jedoch auf diesen Grundsatz nur dann berufen, wenn sie sich im guten Glauben auf die Angabe gestützt hat. Dies ist nicht der Fall, wenn die Partei den Irrtum bemerkt hat oder ihn bei gebührender Aufmerksamkeit hätte bemerken müssen. Nur eine grobe prozessuale Unsorgfalt der Partei darf dazu führen, dass der Schutz von Treu und Glauben nicht gewährt wird. Dieser hört nur dann auf, wenn eine Partei oder deren Anwalt den Irrtum in der Rechtsmittelbelehrung bei einer einfachen Konsultation des anwendbaren Gesetzestextes hätte bemerken müssen. Es wird von ihnen jedoch nicht erwartet, dass sie neben dem Gesetz auch noch die einschlägige Rechtsprechung und Lehre konsultieren. Ob eine Unsorgfalt als grob zu werten ist, bestimmt sich nach den konkreten Umständen und den Rechtskenntnissen der betreffenden Person. Naturgemäss wird von einem Anwalt ein höheres Mass an Sorgfalt verlangt; von ihm wird auf jeden Fall erwartet, dass er die Rechtsmittelbelehrung einer «Grobkontrolle» unterzieht (BGE 138 I 49 E. 8.3.2 mit weiteren Hinweisen *in Pra* 101 [2012] Nr. 72). Die Rechtsprechung, die das Kriterium der Gesetzeslektüre heranzieht, wonach den in den BGE veröffentlichten Urteilen keine Bedeutung für die Beurteilung des guten Glaubens zukommt, kann nicht ohne weiteres übernommen werden, ohne die konkreten Umstände zu berücksichtigen. [...] Unter dem Gesichtspunkt der Anwaltshaftung muss der Anwalt nach ständiger Praxis die veröffentlichte Rechtsprechung kennen (Urteil BGer 4A_573/2021 vom 17. Mai 2022 E. 4).

Zwar genügt die blosser Lektüre der massgebenden Verfahrensbestimmungen vorliegend nicht, um die fehlerhafte Rechtsmittelbelehrung zu erkennen. Hingegen ergibt sich aus der in den BGE veröffentlichten Rechtsprechung, welche der Anwalt zu kennen hat, dass es sich um eine prozessleitende Verfügung handelt, welche mittels Beschwerde anzufechten ist. Dies ist dem Berufungskläger anzurechnen. Auf die vom Berufungskläger im Vertrauen auf die unrichtige Belehrung der Vorinstanz erhobene Berufung gegen die Beweisverfügung vom 26. März 2024 ist daher nicht einzutreten.

1.4. Selbst wenn das Vertrauen des Berufungsklägers geschützt würde und die Berufung als Beschwerde entgegenzunehmen wäre, könnte darauf trotzdem nicht eingetreten werden. Diesfalls stellt sich nämlich die Frage, ob ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil im Sinne von Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO vorliegt.

1.4.1. Dies trifft zu, wenn der Nachteil mit Beschwerde in der Hauptsache nicht behoben werden kann, was für Beweismassnahmen grundsätzlich nicht zutrifft (Urteil BGer 4A_128/2017 vom 12. Mai 2017 E. 2.1.1 *in fine* mit Hinweis auf BGE 141 III 80 E. 1.2). Grundsätzlich liegt für Beweisverfügungen im Hauptverfahren kein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil vor, da es ordentlicherweise möglich ist, mit einer Beschwerde gegen den Endentscheid zu erreichen, dass das zu Unrecht abgelehnte Beweisverfahren durchgeführt oder das Ergebnis des zu Unrecht durchgeführten Beweisverfahrens aus den Akten entfernt wird (vgl. BGE 141 III 80 E. 1.2 mit Hinweisen). Ausnahmen können bestehen, z.B. wenn ein Beweismittel, dessen Existenz gefährdet ist, verweigert wird, oder wenn bei Abnahme eines Beweismittels Geheimhaltungsinteressen auf dem Spiel stehen (Urteil BGer 5A_315/2012 vom 28. August 2012 E. 1.2.1).

1.4.2. Der Gesuchsteller macht in seiner Eingabe nur implizit einen nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil im Sinne von Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO geltend, indem er leidlich vorbringt, dass die Erstellung eines Gutachtens in den Wintermonaten, in denen Schimmel durch das kalte, nasse Wetter gefördert werde, unerlässlich sei, um das volle Ausmass des Problems nachzuweisen, ansonsten ihm ein erheblicher Nachteil im Prozess entstehen könne.

1.4.3. Wie die Präsidentin des Mietgerichts in ihrer Verfügung vom 26. März 2024 festhielt, ist davon auszugehen, dass eine Expertenperson die Ursache des Schimmels sowie den Umfang des Problems jederzeit feststellen kann. Auch wenn es zutreffen mag, dass Schimmelbildung bei kaltem und nassem Wetter begünstigt wird, verschwindet Schimmel – einmal gebildet – nicht ohne Behandlung wieder, nur weil die Temperaturen wärmer und die Feuchtigkeit geringer werden. Auch die weiteren Argumente scheinen schlüssig. Im Übrigen liegt bereits ein zweites Gutachten vor, welches zwar von der Vermieterschaft in Auftrag gegeben wurde, aber bei einem von der Mieterschaft vorgeschlagenen Gutachter. Dass es sich dabei um ein Parteigutachten ohne jeglichen Beweiswert handeln soll, ist nicht nachvollziehbar. Es ist insbesondere nicht rechtsgenügend dargelegt, dass das verlangte Beweisverfahren gefährdet und später, z.B. im nächsten Winter, nicht mehr durchgeführt werden kann. Auf die Beschwerde ist deshalb auch mangels Vorliegen eines nicht wiedergutzumachenden Nachteils nicht einzutreten.

2.

2.1. Die Prozesskosten, bestehend aus den Gerichtskosten und der Parteientschädigung, werden der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend wird der unterliegende Gesuchsteller kosten- und entschädigungspflichtig.

2.2. Bei Mietstreitigkeiten über Wohnräume werden keine Gerichtsgebühren erhoben, wenn die Hauptwohnung des Mieters betroffen ist und diese – wie vorliegend – keine Luxuswohnung darstellt

(Art. 130 Abs. 1 des Justizgesetzes vom 31. Mai 2010 [JG; SGF 130.1] i.V.m. Art. 116 Abs. 1 ZPO). Da die Hauptsache eine Mietstreitigkeit betrifft, werden vorliegend keine Gerichtskosten erhoben.

2.3. Gemäss Art. 64 Abs. 1 Bst. e des Justizreglements vom 30. November 2010 (JR; SGF 130.11) wird die Parteientschädigung vorliegend global festgesetzt. Bei globaler Festsetzung berücksichtigt die Behörde namentlich Art, Schwierigkeit und Umfang des Verfahrens sowie die notwendige Arbeit der Anwältin oder des Anwalts, das Interesse und die wirtschaftlichen Verhältnisse der Parteien (Art. 63 Abs. 2 JR). Die Auslagen werden bei der Festsetzung angemessen berücksichtigt (Art. 68 Abs. 4 JR). Liegen keine besonderen Umstände vor, so liegt der Höchstbetrag der Parteientschädigung bei CHF 6'000.- (Art. 64 Abs. 1 Bst. e und Abs. 2 JR).

Im Rechtsmittelverfahren hatte Rechtsanwalt Rothenbühler die Rechtsschrift (4 Seiten) und den erstinstanzlichen Entscheid (3 Seiten) zu prüfen, sich mit seinem Klienten zu besprechen und alsdann in seiner Eingabe (7 Seiten) Stellung zu beziehen. Das Verfahren war weder besonders umfangreich noch schwierig. Es rechtfertigt sich daher, die Globalentschädigung für das Rechtsmittelverfahren auf CHF 1'081.- (inkl. 8.1 % MwSt. von CHF 81.-) festzusetzen.

Der Hof erkennt:

- I. Auf die Berufung bzw. Beschwerde wird nicht eingetreten.
- II. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.
- III. Die von A. _____ an B. _____ zu leistende Parteientschädigung für das Rechtsmittelverfahren wird auf CHF 1'081.-, inkl. 8.1 % MwSt. von CHF 81.-, festgesetzt.
- IV. Zustellung.

Dieses Urteil kann innert 30 Tagen nach seiner Eröffnung mit Beschwerde in Zivilsachen beim Bundesgericht angefochten werden. Das Beschwerderecht und die übrigen Zulässigkeitsvoraussetzungen sind in den Art. 72–77 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (BGG) geregelt. Die begründete Beschwerdeschrift ist beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen.

Freiburg, 21. Mai 2024/mdu

Die Präsidentin

Die Gerichtsschreiberin-Berichterstatlerin