

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF110103-O/U.doc

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Ge-
richtsschreiberin Prof. Dr. I. Jent-Sørensen.

Beschluss vom 26. Januar 2012

in Sachen

Miteigentümergeinschaft A._____ [in D._____],

- a) **B1._____**,
- b) **B2._____**,
- c) **B3._____**,
- d) **B4._____**,
- e) **B5._____ und B6._____ -Stiftung**,
- f) **B7._____**,
- g) **B8._____**,
- h) **B9._____**,
- i) **B10._____**,
- j) **B11._____**,
- k) **B12._____**,
- l) **B13._____**,
- m) **B14._____**,
- n) **B15._____**,
- o) **B16._____**,
- p) **B17._____**,
- q) **B18._____**,
- r) **B19._____**,
- s) **B20._____**,
- t) **Personalvorsorgestiftung der B21._____ Gruppe**,
- u) **B22._____**,

v) **B23.**_____,

w) **B24.**_____,

x) **B25.**_____,

y) **B26.**_____,

Kläger und Berufungskläger,

vertreten durch X.____ AG,

diese vertreten durch Fürsprecher lic. iur. Y._____,

gegen

C.____ AG,

Beklagte und Berufungsbeklagte,

vertreten durch Rechtsanwalt Z._____,

betreffend
vorsorgliche Beweisführung

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes Audienz des Bezirkes Zürich vom
25. August 2011 (ET110030)

Erwägungen:

I.

1. Die Berufungskläger hatten bei der Vorinstanz am 21. Juli 2011 ein Gesuch mit folgendem Rechtsbegehren gestellt:

1. Es sei gerichtlich ein Sachverständiger einzusetzen, der die Liegenschaft "A._____" (D.____ Grundbuch Blatt ..., Liegenschaft, Kataster Nr. ..., Stockwerkeigentum) der Gesuchstellerin an der E.____-Strasse 1../2../3.. und F.____-Strasse 1.. überprüft und zur Sicherung von Beweisen die nachfolgenden Fragen zu jedem der nachfolgend aufgeführten "Werkteile" zu beantworten hat:

Werkteile:

- a) Umbau 3. OG / Trakt C
- b) Umbau 3. OG / Trakt D
- c) Einbau Trennwand 6. OG / Trakt B
- d) Unterhaltsarbeiten 1. - 3. OG
- e) Umbau EG / Trakt C Kern 5 + 6
- f) Umbau 5. OG / Trakt D, ...
- g) Pyramidenverglasung ersetzen
- h) Umbau 4. OG / Trakt A west
- i) Umbau EG / Trakt C west FaBo
- j) Vorplatzsanierung
- k) Terrasse 2,6. OG / Trakt D
- l) Terrasse 1,6. OG / Trakt C
- m) Unterhaltsarbeiten 2. Etappe
- n) 3 neue Lagerräume 1. UG
- o) Bereitstellung 3. OG / Trakt C
- p) Bereitstellung 3. OG / Trakt D
- q) Flachdachsanierung, Innenhöfe
- r) Umbau EG / Trakt D, ...
- s) Umbau 1. OG / Trakt C ost
- t) Umbau 5. OG / Trakt C + D

Zu den einzelnen Fragen für die "Werkteile":

1. Können Sie Aussagen darüber machen, welche Sanierungsarbeiten von der Gesuchsgegnerin selbst oder in deren Auftrag / auf deren Veranlassung hin ausgeführt worden sind?
 2. Sind diese Sanierungsarbeiten gemäss den Richtlinien der SIA ausgeführt worden?
 3. Sind diese Sanierungsarbeiten noch mangelbehaftet?
 4. Wenn ja bei Frage 3: um welche Mängel handelt es sich?
 5. Können Sie den Umfang der Kosten für die Mängelbehebung bestimmen?
 6. Können Sie den marktüblich geschuldeten Werkpreis für die ausgeführten Sanierungsarbeiten der einzelnen "Werkteile" bestimmen?
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Gesuchsgegnerin.

2. Mit Urteil vom 25. August 2011 (act. 8) wies die Vorinstanz das Begehren vom 21. Juli 2011 ab, auferlegte den Klägern unter solidarischer Haftung die Entscheidunggebühr von Fr. 3'000.-- und sprach keine Parteientschädigung zu (act. 8 S. 9).

3. Dagegen erhoben die Kläger rechtzeitig Berufung und stellten ein gleichlautendes Rechtsbegehren wie vor Vorinstanz (act. 9 S. 6 f.).

4. Mit Verfügung vom 12. Oktober 2011 wurden die Berufungskläger aufgefordert, einen Kostenvorschuss von Fr. 10'000.-- zu leisten (act. 13 S. 3), welcher rechtzeitig einging (act. 15). Mit einer weiteren Verfügung vom 25. Oktober 2011 wurde den Berufungsklägern aufgegeben, die unleserlichen und allenfalls unvollständigen Unterschriften auf ihren Vollmachten zu ergänzen bzw. zu vervollständigen. Weiter wurden sie aufgefordert, eine Ermächtigung der Mitgliederversammlung zur Prozessführung im vorliegenden Verfahren beizubringen (act. 16 S. 4).

Mit Eingabe vom 2. November 2011 (act. 18) wies der Vertreter der Berufungsbeklagten darauf hin, dass er bis anhin nicht aufgefordert worden sei, eine Vollmacht einzureichen, tat dies (act. 19) und ersuchte um gerichtliche Zustellungen an seine Adresse.

Die Berufungskläger reichten rechtsgültig unterzeichnete Vollmachten ein (act. 20, 21/1, 21/2). Ausserdem legten sie das Protokoll der ausserordentlichen General- bzw. Miteigentümerversammlung der G._____ AG, H._____ AG, Miteigentümergeinschaft A._____ vom 27. Mai 2011 vor (act. 22). Mit Eingabe vom 17. November 2011 (vgl. Berichtigung in act. 25) wurde das Protokoll der ausserordentlichen Miteigentümerversammlung der Miteigentümergeinschaft A._____ vom 14. November 2011 eingereicht, woraus sich ergibt, dass die Miteigentümerversammlung den Miteigentümerausschuss als Organ der Miteigentümergeinschaft und jedes Mitglied der Miteigentümerversammlung je einzeln ermächtigt hat, beweissichernde Massnahmen zu erwirken (act. 24/1 bis 24/27 samt 26 Anwaltsvollmachten zu Gunsten von Rechtsanwalt Y._____).

5. Mit Eingabe vom 18. November 2011 (act. 26) teilte der Rechtsvertreter der Berufungsbeklagten mit, dass die Behauptung der Berufungskläger, die Berufungsbeklagte habe der Einleitung „dieses Verfahrens und der Ernennung eines Experten zugestimmt“, nicht zutrefte. Zutreffend sei allein, dass sich die Berufungsbeklagte den bisherigen Gesuchen der H1._____ -Gruppe grundsätzlich nicht widersetzt habe, was keineswegs mit Zustimmung gleichzusetzen sei.

Mit Verfügung vom 21. November 2011 (act. 27) wurde der Berufungsbeklagten Frist angesetzt, um die Berufungsantwort einzureichen und um die eingereichte Vollmacht zu vervollständigen. In der Berufungsantwort stellte die Berufungsbeklagte das Begehren, dass „Frage 1 des Rechtsbegehrens vom 8. September 2011 ... im Verfahren der vorsorglichen Beweisführung nicht zuzulassen und im Fall der Gutheissung des Gesuchs/der Berufung dem Gutachter nicht zu unterbreiten“ sei. Ausserdem wurde die Vollmacht präzisiert (act. 29, 31).

6. Die Berufungsantwortschrift wurde den Berufungsklägern mit Kurzbrief vom 8. Dezember 2011 zur Kenntnis gebracht (act. 32). Die Sache ist spruchreif.

II.

1. Die Vorinstanz hat im Rahmen der Abweisung des Gesuches um vorsorgliche Beweisführung ausgeführt, dass der Anspruch von Art. 367 Abs. 2 OR mit zwei verschiedenen Rechtsinstituten durchgesetzt werden könne, nämlich mittels vorsorglicher Beweisführung i.S.v. Art. 158 ZPO und als Tatbestandsaufnahme gemäss Art. 367 Abs. 2 OR. Letztere werde in der Lehre teilweise der freiwilligen Gerichtsbarkeit zugerechnet. Weil die Gegenpartei ins Recht gefasst werde, treffe dies nicht zu. Ausserdem sei – wie bei der vorsorglichen Beweisabnahme üblich – ein Fragenkatalog eingereicht worden und im Begehren der Kläger werde u.a. die „Sicherung von Beweisen“ verlangt, so dass von einem Begehren um vorsorgliche Beweisführung gemäss Art. 158 ZPO ausgegangen werde; weil die Kläger sich auf Art. 367 Abs. 2 OR berufen würden, handle es sich um einen gesetzlichen Anspruch gemäss lit. a von Art. 158 Abs. 1 ZPO. Seit der Beendigung der Sanierungsarbeiten in den Jahren 2009 und 2010 (letzte Rechnung 4. Juni 2010) sei über ein Jahr verstrichen, in dem offenbar keine Mängelrüge erfolgt sei. Wegen Verspätung könnten die Mängel nicht mehr geltend gemacht werden, so dass kein Anspruch auf ein Gutachten zur vorsorglichen Beweisführung mehr bestehe (act. 8 S. 6 f.). Weiter sei das Begehren inhaltlich fragwürdig. Soweit die Kläger den Umfang der ausgeführten Arbeiten und den dafür marktüblichen Werkpreis gutachterlich feststellen lassen wollten, handle es sich nicht um eine Befundaufnahme nach Art. 367 Abs. 2 OR; ein gerichtlich bestellter Sachverständiger könne den bestimmten Zustand des Werkes, dessen Ursachen und ähnliche Tatsachen feststellen oder dem Gericht Auskunft über einschlägige Erfahrungssätze, etwa die „anerkannten Regeln der Technik“, geben. Welche Beschaffenheit des Werkes geschuldet sei, sprengt den Kompetenzbereich des Sachverständigen und damit den Vertragsinhalt, den der Richter (als Rechtsfrage) ermitteln müsse. Auch seien die Fragestellungen nicht statthaft, weil es nicht Sache des Experten sei, ausfindig zu machen, welche Sanierungsarbeiten ausgeführt wurden und wer diese letztlich ausgeführt habe (die Beklagte selber oder Unterakkordanten). Sei aber bereits die erste Frage unzulässig, so gelte dies auch für die daran anknüpfenden Fragen. Es sei nicht Sache eines Experten, die Kosten der Mängelbehe-

bung zu bestimmen oder gar – so Frage 6 – eine eigentliche Kostenschätzung für die auszuführenden Sanierungsarbeiten abzugeben; dafür fehle auch ein schutzwürdiges Interesse gemäss Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO. Zwar könne Art. 158 ZPO auch zur Klärung von Prozess- und Beweischancen angerufen werden, hingegen treffe auch dies nur zu, wenn die Beweisführung als solche nicht zur Informationsbeschaffung nach dem Zufallsprinzip missbraucht werde (act. 8 S. 8).

2. In der Berufungsschrift (act. 9) weisen die Berufungskläger darauf hin, dass sich die Berufungsbeklagte der Prüfung nicht widersetze, die im Interesse beider Parteien sei; es gehe um eine objektivierte Feststellung des Inhalt und des Wertes der geleisteten Sanierungsarbeiten und das bezügliche Schreiben des Gegenanwaltes vom 6. September 2011 werde unverzüglich als zulässiges Novum eingereicht (act. 9 S. 10). Weil ein Einverständnis vorliege, könne nicht ernsthaft von Missbrauch gesprochen werden. Schon auf Grund des vorliegenden Einverständnisses sei dem Begehren stattzugeben. Selbst wenn mit der Vorinstanz davon ausgegangen werde, dass die Rechtsbegehren den Rahmen von Art. 367 Abs. 2 OR sprengen würden, sei es gemäss Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO möglich, ein Gutachten gemäss Art. 183 ff. ZPO in Auftrag zu geben und die gestellten Fragen beantworten zu lassen (act. 9 S. 10). Als schutzwürdig gelte die Vermeidung oder Vereinfachung von Prozessen bei unklarem Sachverhalt. Es reiche aus, wenn glaubhaft sei, dass die Massnahme für den Gesuchsteller einen praktischen Nutzen für seine rechtliche oder tatsächliche Situation habe (act. 9 S. 11). Es sei auf das Gesuch vom 21. Juli 2011 zu verweisen, wonach es darum gehe, den Wert der tatsächlich erbrachten Leistungen und die Höhe der Übervorteilung ermitteln zu können. Für den Experten sei beachtens- und prüfenswert, ob die von den Berufungsklägern errechneten marktgerechten Kosten den Tatsachen entsprechen oder nicht (act. 9 S. 11). Mit den Unterlagen im Ordner act. 11 könne der Experte die eingeholten Offerten über die verlangte Arbeitsausführung in Relation zu den tatsächlich erbrachten Arbeiten setzen (act. 9 S. 12). Die zu Handen des Sachverständigen gestellten Fragen würden keine Rechtsfragen betreffen und zielten insbesondere auch nicht darauf ab, welche Beschaffenheit des Werkes geschuldet sei (act. 9 S. 12). Frage 1 sei im Rahmen der vorsorglichen Beweisführung ohne weiteres zulässig; ausserdem sei es überspitzt formalistisch,

die nachfolgenden Fragen allein deshalb auszuschliessen, weil sie formell an die Frage 1 anknüpfen. Frage 1 ziele darauf ab, die vom Gutachter festgestellten Sanierungsarbeiten in Relation zu den gestellten Rechnungen zu setzen (act. 9 S. 13). Mit anderen Worten solle die Einrede abgeschnitten werden, der Experte habe Sanierungsarbeiten beurteilt, die für die vorgelegten Arbeiten und Rechnungen irrelevant seien und damit nicht der Berufungsbeklagten selbst oder deren Unternehmung zugeordnet werden könnten.

3. Die Berufungsbeklagte hat in ihrer Berufungsantwort (act. 30) den Antrag gestellt, die Frage 1 des klägerischen Rechtsbegehrens nicht zuzulassen und dem Gutachter im Falle der Gutheissung des Gesuchs/der Berufung dem Gutachter nicht zu unterbreiten. Die Vorwürfe der Berufungsklägerin im vorinstanzlichen Verfahren – in dem die Berufungsbeklagte keine Stellung habe nehmen können – seien wenig substantiiert. Und auch von der eingereichten Strafanzeige habe sie keine umfassende Kenntnis (act. 30 S. 4). Die Berufungsbeklagte habe sich bisher der vorsorglichen Beweisführung nicht grundsätzlich widersetzt. Aus dem „Nicht-Widersetzen“ könne allerdings keine Zustimmung konstruiert werden. Aus der Sicht der Berufungsbeklagten bestehe hinsichtlich des Sachverhalts keine Unsicherheit und die vereinbarten Leistungen seien vertragsgemäss erbracht worden. Die Werke seien abgenommen und eine Mängelrüge sei nie erfolgt. Es würden unter keinem Titel Ansprüche der Berufungskläger bestehen (act. 30 S. 5). Ein Einverständnis wäre deshalb widersinnig. Wenn sie sich nicht widersetze, basiere dies auf ihrer Rechtsauffassung, dass eine vorsorgliche Beweisführung grundsätzlich zulässig sei; die Berufungsbeklagte wehre sich deshalb nur gegen unzulässige Fragen (act. 30 S. 5). Fragen, die formell zulässig, jedoch unsinnig – da keinem ersichtlichen Zweck dienend – seien, würden deshalb nicht beanstandet (act. 30 S. 5). Das Verfahren der vorsorglichen Beweisführung könne allein der Erstellung des rechtserheblichen Sachverhaltes dienen (act. 30 S. 5). Ausser Frage 1 seien die Fragen zwar unsinnig, jedoch zulässig (act. 30 S. 6). Wegen des fehlenden Widerstandes dürfe die Kammer auch nicht einfach die Berufung gutheissen (act. 30 S. 6). Das Vorgehen der Berufungskläger entspreche nicht den Interessen beider Parteien (act. 30 S. 7). Der Experte könne nicht ausfindig machen, welche Sanierungsarbeiten durch wen ausgeführt worden seien.

Dafür gebe es die Parteibefragung und allenfalls den Urkundenbeweis, nicht aber die Expertise (act. 30 S. 7). Wenn die Berufungsklägerin ausführe, es gehe darum, die gesamthaft festgestellten Sanierungsarbeiten in Relation zu den gestellten Rechnungen zu bringen, zeige sie die Unzulässigkeit der Frage selber auf: Die erwünschte Antwort ergebe sich nicht aus der im Rechtsbegehren gestellten Frage und die Frage, ob die tatsächlichen Feststellungen des Gutachters mit den Rechnungen und Arbeitsrapporten übereinstimmten, sei eine Frage der Beweiswürdigung. Der Vorwurf der Schädigung der Berufungskläger werde zurückgewiesen (act. 30 S. 9). Die Ansprechperson der Berufungskläger, B20._____, und C1._____ von der Berufungsbeklagten hätten sich zwar gekannt, seien aber keine engen Freunde gewesen. Es werde insbesondere bestritten, dass a) Werkverträge zu überrissenen Preisen abgeschlossen worden seien, dass b) Arbeiten zu Dumpingpreisen durch Subunternehmer ausgeführt worden seien, c) dass diese Subunternehmer wenig qualifiziert waren, d) dass nicht zu rechtfertigende Gewinne entstanden seien und dass e) minderwertige Arbeit abgeliefert worden sei. Es seien keine nicht ausgeführten Arbeiten fakturiert worden und es sei eine durch nichts belegte Geschichte, dass B20._____ und C1._____ im Zusammenspiel den Berufungsklägern Schäden in zweistelliger Millionenhöhe zugefügt hätten (act. 30 S. 9). Die bisherigen Ausführungen der Berufungskläger liessen es als durchaus realistisch erscheinen, dass das Liegenschaftengeschäft der Berufungskläger wenig professionell geführt worden sei und dass es kein internes Controlling gegeben habe (act. 30 S. 9). Wenn die Berufungskläger behaupteten, keine Geschäftsunterlagen zu haben, so lasse dies auf ihren Organisationsgrad schliessen. Tatsächlich habe B20._____ verschiedene Aufträge mündlich erteilt (act. 30 S. 10). Zum Ordner (act. 11, Stellungnahme I._____) werde derzeit keine Stellung genommen, der guten Ordnung halber werde aber die Vollständigkeit bestritten.

III.

1. Nach Art. 158 Abs. 1 ZPO nimmt das Gericht – nach dem Bestimmungen über die vorsorglichen Massnahmen – jederzeit Beweis ab, wenn a) das Gesetz einen entsprechenden Anspruch gewährt oder wenn b) eine Gefährdung der Beweismittel oder ein schutzwürdiges Interesse glaubhaft gemacht wird. Art. 367 OR sieht vor, dass der Werkbesteller – sobald es nach dem üblichen Geschäftsgang tunlich ist – die Beschaffenheit des Werkes prüfen und dem Unternehmer allfällige Mängel melden muss. Dabei können die Beteiligten eine Prüfung des Werkes durch Sachverständige und die Beurkundung des Befundes verlangen (Art. 367 Abs. 2 OR).

Art. 367 OR wird im Katalog von Art. 250 ZPO unter lit. b Ziff. 4 ausdrücklich erwähnt. Art. 250 ZPO nennt die wichtigsten Summarsachen aus dem Obligationenrecht, ohne dass die Aufzählung abschliessend wäre (vgl. Staehelin/Staehelin/Grolimund, Zivilprozessrecht, Zürich/Basel/Genf 2008, N. 25 zu § 21; Isaak Meier, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich 2010, S. 361). Nach Staehelin/Staehelin/Grolimund (a.a.O.) hat das Summarverfahren dort seinen Anwendungsbereich, wo „eine Angelegenheit vom Gericht bloss vorläufig geregelt werden soll, im Einparteien-Verfahren oder wenn sonst Gründe vorliegen, die einen raschen Entscheid wichtiger erscheinen lassen als eine abschliessende Untersuchung der materiellen Wahrheit“. Die Aufnahme in den Katalog von Art. 250 ZPO lässt daher nur auf die anwendbare Verfahrensart (summarisches Verfahren), nicht aber auf die rechtliche Einordnung der einzeln aufgezählten Geschäfte schliessen. Die Zuordnung von Art. 367 OR wird nicht einheitlich beurteilt: Nach Staehelin/Staehelin/Grolimund (a.a.O., N. 32 zu Art. 21) gehört Art. 367 OR zur Kategorie „Zwischenentscheiden, die einen Einfluss auf das Verfahren haben“, nach Isaak Meier (a.a.O., S. 368) ist es eine „allgemein dringliche Rechtssache“, nach Martin Kaufmann (Dike-Komm-ZPO, N. 4 zu Art. 250) eine „sonstige, gesetzlich zugewiesene Fallgruppe“; nach KuKo OR-Lehmann (N. 10 zu Art. 367) dient dieses Recht der Beweissicherung, nach ZK OR-Bühler (N. 367 N. 43) und

Peter Gauch (Der Werkvertrag, 5. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2011, N. 1517) handelt es sich um eine Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit, was von KuKo ZPO-Jent-Sørensen (N. 13 zu Art. 250) bezweifelt wird.

Aus dem materiellen Recht folgt, dass die Ernennung eines Sachverständigen geschieht, sobald eine Partei sie verlangt, „ohne dass eine Beweisgefährdung, die Wahrscheinlichkeit eines Mangels oder eines Prozesses dargetan zu werden braucht“ (Gauch, a.a.O., Rz 1517): „Ziel der Prüfung ist es herauszufinden, ob das abgelieferte Werk die vorausgesetzten und die vertraglich zugesicherten Eigenschaften aufweist und damit vertragsgemäss ist“ (BSK ORI-Zindel/Pulver [5. Auflage 2011], N. 9 zu Art. 367). Das Gericht hat die Rechtzeitigkeit der Mängelrüge nicht von Amtes wegen zu prüfen (BSK OR I-Honsell [5. Auflage], N. 11 zu Art. 201; BSK OR I-Zindel/Pulver, N. 33 zu Art. 367; BGE 107 II 54).

Untersucht der Sachverständige ein Werk im Hinblick auf eine allfällige Mängelrüge, so tut er etwas, was der Werkbesteller auch selber tun kann (BSK OR I-Zindel/Pulver [5. Auflage], N. 10 zu Art. 367), wenn er dazu in der Lage ist, und es geschieht – jedenfalls zunächst – im Hinblick auf die Geltendmachung von Mängelrechten, die nach h.A. Gestaltungsrechte sind (BSK OR I-Zindel/Pulver [5. Auflage], N. 12 zu Art. 368). Die Ernennung eines Sachverständigen gemäss Art. 367 OR setzt weder die Wahrscheinlichkeit eines Mangels noch eine vorprozessuale oder prozessuale Auseinandersetzung voraus (BSK OR I-Zindel/Pulver [5. Auflage], N. 23 zu Art. 367). Sie erfolgt voraussetzungslos nach Bedarf des Bestellers. Nach BSK ZPO-Mazan (N. 15 zu Art. 250) ist der gerichtlich eingesetzte Sachverständige – entsprechend dieser Funktion – nur Informant bzw. Vertrauensmann des Bestellers und er ist daher auch nicht Gutachter i.S.v. Art. 183 ff. ZPO. Auch Gauch (a.a.O. Rz 1519) geht zu Recht davon aus, dass der Anspruch aus Art. 367 Abs. 2 OR und die vorsorgliche Beweisführung gemäss Art. 158 ZPO nicht deckungsgleich sind. Er grenzt die Tatbestandsaufnahme (Art. 367 Abs. 2 OR) von der vorsorglichen Beweisführung (Art. 158 ZPO) anhand des Zweckes der letzteren, nämlich der „Beweissicherung im Hinblick auf einen bevorstehenden oder laufenden Prozess“ ab. Gauch (a.a.O. Rz 1518) weist allerdings auch darauf hin, dass die Tätigkeit des Sachverständigen im Rahmen der Mängelprüfung (ebenfalls) „der Sicherung des Beweises, «dass das Werk» eines bestimmten Unternehmers «bei der Ablieferung mangelhaft oder mängelfrei war» dienen könne“. Dass der Befund des Sachverständigen in einem allfälligen späteren Prozess als Beweis-

mittel dienen könne, wird auch von BSK OR I-Zindel/Pulver ([5. Auflage], N. 90 zu Art. 368) erwähnt.

2. Im Folgenden ist davon auszugehen, dass die Berufungskläger nicht die Ernennung eines Sachverständigen gemäss Art. 367 Abs. 2 OR verlangen, sondern dass sie das Begehren um vorsorgliche Beweisführung nach Art. 158 ZPO gestellt haben (vgl. act. 9 S. 9), wovon auch die Vorinstanz (act. 8 S. 6 E. 1.5) und die Berufungsbeklagte (act. 30 S. 5) ausgehen. Geht es um die vorsorgliche Beweisführung gemäss Art. 158 ZPO, so kann – als eines der gesetzlich vorgesehenen Beweismittel (Art. 168 ZPO) – auch das Gutachten eines Sachverständigen (Art. 168 Abs. 1 lit. d ZPO) verlangt werden, wie die Berufungskläger dies tun („Es sei gerichtlich ein Gutachter einzusetzen ...“, act. 9 S. 6).

Was die Voraussetzungen von Art. 158 ZPO anbelangt, kann nach dem Gesagten die Bestimmung von Art. 367 Abs. 2 OR nicht als ausreichende gesetzliche Grundlage zur vorsorglichen Beweissicherung i.S.v. lit. a herangezogen werden. In diesem Sinne kann auch der Literatur nicht gefolgt werden, die die Prüfung des Werkes durch einen Sachverständigen ganz allgemein als Anwendungsfall eines gesetzlichen Anspruches im Sinne von Art. 158 Abs. 1 lit. a ZPO nennt (vgl. KuKo ZPO-Schmid, N. 1 zu Art. 158; KuKo OR-Lehmann, N. 10 zu Art. 13; Dominik Gasser/Brigitte Rickli, Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkommentar, N.1 zu Art. 158 ZPO; BSK ZPO-Guyan, N. 2 zu Art. 158; Johann Zürcher, DIKE-Komm-ZPO, N. 7 zu Art. 158; ZK ZPO-Fellmann, N. 10 zu Art. 158; BSK OR I-Zindel/Pulver, N. 22 zu Art. 367 [„Sicherung des Beweises für die Mangelhaftigkeit oder die Mängelfreiheit des abgelieferten Werkes“]). Kann Art. 367 Abs. 2 OR nicht direkt als gesetzliche Grundlage für die vorsorgliche Beweisführung herangezogen werden, so ist zu prüfen, ob eine der anderen Voraussetzungen (lit. b: Gefährdung von Beweismitteln, schutzwürdiges Interesse) vorliegt.

3. Die Vorinstanz ist von einem gesetzlichen Anspruch, gestützt auf Art. 367 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 158 lit. a ZPO, ausgegangen. Trotzdem hat sie das Begehren der Berufungskläger abgewiesen, hauptsächlich mit der Begründung, dass die in Art. 367 OR vorgesehene Prüfung nur im Hinblick auf Werkmängel erfolgen könne. Ob die Berufungskläger überhaupt eine (rechtzeitige) Mängelrüge erhoben hätten, sei ihren Ausführungen nicht zu entnehmen. Weil die Sanierungsarbeiten

in den Jahren 2009 und 2010 erfolgt seien (letzte Rechnung am 4. Juni 2010), sei die Mängelrüge nach über einem Jahr jedenfalls verwirkt, so dass der bezügliche Prüfungsanspruch durch einen Sachverständigen nicht mehr bestehe (act. 8 S. 7).

Wie bereits erwähnt (vgl. oben III./1. [S. 11]) hat das Gericht die Rechtzeitigkeit der Mängelrüge nicht von Amtes wegen zu prüfen. Das trifft für den Prozess in der Sache selbst zu und muss umso mehr für das Verfahren gemäss Art. 158 ZPO gelten. Ob im Verfahren der vorsorglichen Beweisführung die Rechtzeitigkeit der Mängelrüge vorfrageweise überhaupt geprüft werden müsste, wenn die beklagte Partei sich explizit auf die Verwirkung berufen hätte, und ob gegebenenfalls die Durchführung des vorsorglichen Beweisführungsverfahrens deshalb abgelehnt werden dürfte bzw. müsste, kann hier offen bleiben. Die Berufungsbeklagte hatte sich vor Vorinstanz gar nicht äussern können, so dass die Frage der Rechtzeitigkeit der Mängelrüge unzulässigerweise von Amtes wegen thematisiert und verneint wurde (act. 8 S. 7 E. 2.4.). In der Berufungsantwort (act. 30 S. 5 Rz 2, 2. Abschnitt) weist die Berufungsbeklagte darauf hin, dass keine Mängelrüge erhoben worden sei. Und unmittelbar anschliessend hält sie fest, dass die Berufungskläger unter keinem Titel Ansprüche gegen sie hätten (act. 30 S. 5 Rz 2, 3. Abschnitt). Das ist eine allgemeine Feststellung und der Zeitpunkt der Mängelrüge wird damit weder besonders thematisiert noch substantiiert und sie wird auch nicht als verspätet bezeichnet. Auch im Berufungsverfahren kann die Frage der Rechtzeitigkeit der Mängelrüge so oder so unberücksichtigt bleiben.

4. Eine Beweisgefährdung wird seitens der Berufungskläger weder geltend gemacht noch ist sie ersichtlich, so dass letztlich das Vorliegen eines schutzwürdigen Interesses an der vorsorglichen Beweisführung (Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO) zu prüfen bleibt. Dass sich die Berufungskläger zuerst auf einen gesetzlichen Anspruch gemäss Art. 367 Abs. 2 OR stützten und sich erst in der Berufung näher mit dem Anwendungsbereich von Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO auseinandergesetzt haben, schadet nicht, da es sich dabei um eine Rechtsfrage handelt. Dass das Begehren den Berufungsklägern zum Entscheid über die weiteren (rechtlichen) Schritte dienen soll, ergibt sich ohne weiteres aus ihren Vorbringen im vorinstanzlichen Verfahren. Dort machten die Berufungskläger geltend, dass sich – nachdem die unlautere geschäftliche Zusammenarbeit zwischen den Herren

B20._____ und C1._____ im Herbst 2010 bekannt geworden und die Personalvorsorgestiftung der H1._____ Gruppe als Geschädigte Strafanzeige bei der Staatsanwaltschaft eingeleitet hatte – auch bei der Berufungsbeklagten gewisse Fragen über den Umfang der tatsächlich geleisteten und effektiv fakturierten Arbeiten im A._____ gestellt hätten. Nebst der Tatsache, dass die Arbeiten weitgehend von Drittfirmen und zudem teilweise auch fachlich mangelhaft ausgeführt worden seien, hätten die Verantwortlichen intern eine Überprüfung der von der C._____ AG abgelieferten Arbeiten und fakturierten Kosten vornehmen lassen. Dieses Unterfangen hätte sich mangels Unterlagen – es lägen seitens der C._____ AG kaum nachvollziehbare Offerten, keine vernünftigen Baubeschriebe oder ähnliches vor – als schwierig erwiesen (act. 1 S. 16 f.). Der Hauswart der Anlage, I._____, sei damit beauftragt worden, eine Zusammenstellung der gesamthaft von C._____ AG ausgeführten Arbeiten aufzulisten. Danach sei durch die Einholung marktgerechter Offerten ein angemessener Werkpreis für die erbrachten Leistungen ermittelt worden. Dabei habe sich ergeben, dass die erbrachten Leistungen etwa einem Drittel der effektiv bezahlten Kosten entsprochen hätten. Der marktgerechte Preis für die Umbau- und Sanierungsarbeiten habe Fr. 1,385 Mio. ergeben, während die fakturierten Beträge insgesamt Fr. 4,039 Mio. betragen, was eine Differenz von Fr. 2,650 Mio. ergebe. Mit der gerichtlichen Expertise solle vorerst eine Abnahme der gesamten Werkleistungen und zudem eine objektivierte Feststellung der marktgerechten Werkpreise für die erbrachten Werkleistungen ermittelt werden (act. 1 S. 17; vgl. auch act. 5/10 und 5/11).

Zu den schutzwürdigen Interessen gehört insbesondere die Abklärung von Beweis- und Prozessaussichten (Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO] vom 28. Juni 2006, S. 7315; ZK ZPO-Fellmann, N. 17 zu Art. 158; KuKo ZPO-Schmid, N. 3 zu Art. 158; Dominik Gasser/Brigitte Rickli, Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkomentar, N. 4 zu Art. 158; Johann Zürcher, DIKE-Komm-ZPO, N. 10 zu Art. 158; BSK ZPO-Guyan, N. 5 zu Art. 158; Staehelin/Staehelin/Grolimund, a.a.O., Rz 141 zu § 18). Die Berufungskläger weisen in der Berufung ausdrücklich darauf hin, dass mit der Klärung der Verhältnisse eine bessere Einschätzung der Prozesschancen ermöglicht werde (act. 9 S. 11). An das Erfordernis des schutzwürdigen Interesses seien keine hohen Anforderungen

zu stellen; es genüge ein glaubhaft gemachter praktischer Nutzen für die rechtliche oder tatsächliche Situation der gesuchstellenden Partei.

Es muss glaubhaft sein, dass ein Sachverhalt vorliegt, bei dessen Verwirklichung das materielle Privatrecht einen Anspruch gegen den Prozessgegner gibt (vgl. Mark Schweizer, Vorsorgliche Beweisabnahme nach schweizerischer Zivilprozessordnung und Patentgesetz, ZZZ 2010, S. 3 ff., S. 9). Das ist hier gegeben, indem Fragen der Erfüllung von Werkverträgen streitig sind. Die Anforderungen an die Glaubhaftmachung des Hauptanspruches dürfen nicht überspannt werden und es ist zu berücksichtigen, dass es nicht um die Prüfung der Begründetheit des Hauptanspruches geht (Schweizer, a.a.O., S. 10). Das schutzwürdige Interesse fehlt danach, wenn es offensichtlich ausgeschlossen ist, dass die zu beweisende Tatsache zur Begründung eines Anspruches verwendet werden kann, wenn die zu beweisende Tatsache offensichtlich unerheblich oder das Beweismittel offenkundig untauglich ist oder schliesslich, wenn das Beweismittel ohne weiteres auf anderem Weg beschafft werden kann (Schweizer, a.a.O., S. 10).

5. Gegenstand des Beweises im Rahmen des Sachentscheides sind rechts-erhebliche, streitige Tatsachen (Art. 150 Abs. 1 ZPO). Diesbezüglich weichen die Verhältnisse bei der vorsorglichen Beweisführung gezwungenermassen von der Regelsituation ab. Erst im Rahmen des eigentlichen Prozesses zeigt sich nämlich, was genau behauptet und was bestritten ist (vgl. KuKo ZPO-Schmid, N. 4 f. zu Art. 158; ZK ZPO-Fellmann, N. 20 zu Art. 158) und was unbestritten bleibt. Bestreitungen an sich und ganz besonders substantiierte Bestreitungen sind im Vorfeld eines Prozesses mit unklaren sachverhaltlichen Verhältnissen häufig nicht möglich und im Vorfeld unterlassene Bestreitungen können im Prozess dann auch durchaus noch vorgebracht bzw. substantiiert werden. Derjenige, der vorsorglich Beweise erheben will, muss daher antizipieren, was später im Prozess streitig und zu beweisen sein könnte. Es ist daher durchaus möglich, dass er sich täuscht und zu Fragen, die später im Prozess bestritten werden, keinen Beweis erheben lässt oder Beweis zu später Unbestrittenem veranlasst hat. All das ist in Kauf zu nehmen, führt aber auch dazu, dass der summarische Richter praktisch alle Fragen an den Sachverständigen, an Zeugen etc. zulassen muss, die sich auf möglich-

erwise umstrittene Sachverhaltselemente im Rahmen eines bestehenden Vertragsverhältnisses stützen könnten. Zu erheben sind allerdings nur taugliche Beweismittel (Art. 152 Abs. 1 ZPO); was zum vornherein zur Feststellung von Tatsachen nicht geeignet ist, muss entfallen (vgl. KuKo ZPO-Schmid, N. 6 ff. zu Art. 152). Allgemein muss diesbezüglich gelten: Was im Rahmen eines „regulären“ Beweisverfahren nicht als Beweis abgenommen würde, scheidet grundsätzlich auch für eine vorsorgliche Beweisführung aus. Denkbar ist allerdings, dass der eine Zweck der vorsorglichen Beweisführung – eine allfällige Prozessvermeidung und Einigung – mit Blick darauf besondere Fragen veranlassen könnte. Dazu, ob diese zulässig wären, gibt es in der Literatur – soweit ersichtlich – keine Meinungsäusserungen.

Zur Sachverhaltsklärung im Rahmen eines Werkvertrages ist die Bestellung eines Sachverständigen (Art. 183 ff. ZPO) nicht zu beanstanden. Dem Experten sind gemäss Art. 185 Abs. 1 ZPO Fragen zu stellen, die hier – da die gesuchstellende Partei die „Verantwortung“ trägt – von dieser zu formulieren sind (KuKo ZPO-Schmid, N. 4 zu Art. 158). Als problematisch zu bewerten ist die erste der an den Sachverständigen zu richtenden Fragen, welche lautet: „Können Sie Aussagen darüber machen, welche Sanierungsarbeiten von der Gesuchsgegnerin/Berufungsbeklagten selber oder in deren Auftrag/auf Veranlassung hin ausgeführt worden sind“. Die Vorinstanz hat dazu ausgeführt, dass es nicht Aufgabe des Experten sein könne, ausfindig zu machen, welche Sanierungsarbeiten ausgeführt wurden und ob diese durch die Beklagten selbst oder in deren Auftrag ausgeführt worden seien (act. 8 S. 8 E. 2.6.). Die Berufungsbeklagte weist ebenfalls auf die Problematik dieser Frage hin: Das seien Sachverhaltselemente, welche durch Parteibefragung und allenfalls durch Urkunden, jedoch nicht durch eine Expertise erbracht werden könnten; ausserdem sei die Frage unzulässig, weil damit dem Sachverständigen die vom Gericht vorzunehmende Beweiswürdigung übertragen werde (act. 30 S. 7 f. Art. 5 Rz 1 f.).

Es ist möglich, dass Frage 1 in einem allfälligen Hauptprozess zwischen den Parteien eine Rolle spielen könnte. Hingegen ist sie nicht mittels eines Sachverständigen zu klären, weil anhand des Werkes als solchem für Dritte nicht ersichtlich ist, wer die Sanierungen vorgenommen hat bzw. wer dazu den Auftrag bzw. die Veranlassung gab. In diesem Sinne erscheint der Sachverständige zur Feststellung, welche Arbeiten von welchen Personen bzw. Firmen ausgeführt wurden, als untaugliches Beweismittel, so dass Frage 1 als unzulässig entfällt.

Die Berufungsbeklagte weist darauf hin, dass die gestellten Fragen 2 - 6 formell zulässig, wenn auch aus ihrer Sicht unsinnig seien und keinem ersichtlichen Zweck dienen. Das hingegen ist – wie die Berufungsbeklagte auch ihrerseits anerkennt – kein Grund, dem Begehren nicht zu entsprechen, weil derzeit der Sachverhalt und allfällige streitige Elemente gar nicht feststehen. Eine Präzisierung drängt sich immerhin mit Bezug auf Frage 3 auf: Wie die Vorinstanz zu Recht festgestellt hat, kann es nicht Sache des Sachverständigen sein, die Mangelhaftigkeit des Werkes im Sinne des Werkvertrages zu bejahen oder zu verneinen. Dies ist Sache des allenfalls später angerufenen Sachgerichtes. Die Mängelbehaftung gemäss Frage 3 des klägerischen Begehrens kann sich daher nur auf die Richtlinien des SIA (gemäss Frage 2) beziehen. Warum die Fragen 2 bis 6 aber generell unzulässig sein sollten, wenn Frage 1 entfällt (so die Vorinstanz in act. 8 S. 8 E. 2.6.), ist nicht ersichtlich.

Die Berufung der Berufungskläger ist daher insoweit gutzuheissen als es um die vorsorgliche Beweisführung als solche sowie um die Fragen 2 bis 6 im Sinne der vorstehenden Erwägungen geht. Hingegen bleibt es bei der Abweisung des Begehrens bezüglich der Frage 1. Dies führt dazu, dass das Verfahren betreffend vorsorgliche Beweisführung durchzuführen ist, wofür die Sache an die Vorinstanz zurückgewiesen wird. Bei der vorsorglichen Beweisführung ist nach den allgemeinen Regeln des ordentlichen Beweisrechts vorzugehen (KuKo ZPO-Schmid, N. 5 zu Art. 158).

IV.

1. Die Vorinstanz hat den Berufungsklägern eine Entscheidgebühr von Fr. 3'000.--, unter solidarischer Haftung für das Ganze, auferlegt (act. 8 S. 9; Dispositiv-Ziff. 2). Infolge der Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheides und der Rückweisung an diese wird die erstinstanzliche Gerichtsgebühr im Rahmen des Endentscheides neu festzusetzen sein. Zwischen den Parteien bestehen Divergenzen aus Werkverträgen im Zusammenhang mit der Sanierung des A.____. Die Kläger machen geltend, es gebe Unklarheiten über den Umfang der tatsächlich geleisteten und der effektiv fakturierten Arbeiten (act. 1 S. 16). Für diese Arbeiten seien nachträglich marktgerechte Offerten von Unternehmungen eingeholt worden. Das habe ergeben, dass Umbau- und Sanierungsarbeiten für ca. Fr. 1,386 Mio. erbracht, während die Werkleistungen der Beklagten mit rund Fr. 4,040 Mio. fakturiert worden seien, was eine Differenz von ca. Fr. 2,650 Mio. ergibt (act. 1 S. 17). Von diesem Streit-

wert ist nach der Praxis der Kammer (vgl. OGer ZH LF110134 vom 12. Januar 2012) auszugehen, allerdings unter Berücksichtigung von angemessenen Reduktionen i.S.v. § 4 Abs. 2 GerGebV (Zeitaufwand, Schwierigkeit des Falles) und § 8 Abs. 1 GerGebV (Schwierigkeit des Verfahrens). Dabei wird der von den Berufungsklägern für das Berufungsverfahren geleistete und hier nicht verwendete Kostenvorschuss von Fr. 10'000.-- (act. 15) zu berücksichtigen sein.

Für das Berufungsverfahren kann keine Gerichtsgebühr erhoben werden, wird doch die Berufung im Grundsatz und bezüglich der Mehrheit der Fragen (Fragen 2 bis 6) im Sinne vorstehender Erwägungen gutgeheissen. Auch der Berufungsbeklagte kann für das zweitinstanzliche Verfahren keine Gerichtsgebühr auferlegt werden, weil sie nur in einem Punkt opponierte (Frage 1), und dieser Punkt gemäss ihrem Antrag entschieden wird.

Für das Berufungsverfahren ist die Berufungsbeklagte nicht separat zu entschädigen, hingegen wird die Vorinstanz deren Aufwand im Berufungsverfahren bei der Festsetzung der erstinstanzlichen Entschädigung angemessen zu berücksichtigen haben.

2. Grundsätzlich ist ein Zwischenentscheid i.S.v. Art. 93 lit. a BGG ans Bundesgericht weiterziehbar, wenn dadurch ein nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirkt wird. Nach der Literatur kann nur bei Abweisung des Gesuches ein Rechtsmittel ergriffen werden (vgl. KuKo ZPO-Schmid, N. 10 zu Art. 158, allerdings bezogen auf den nicht leicht wieder gut zu machenden Nachteil gemäss Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO). Die Kammer kann sich allerdings nicht verbindlich über die Zulässigkeit eines bundesgerichtlichen Rechtsmittels aussprechen, so dass der Entscheid, ob ein möglicherweise unzulässiges Rechtsmittel ergriffen werden soll, den Parteien überlassen bleiben muss.

Es wird beschlossen:

1. Das Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, Einzelgericht Audienz, vom 25. August 2011 wird aufgehoben, und die Sache wird zur Durchführung der vorsorglichen Beweisführung betreffend die Fragen 2 bis 6 im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.

Bezüglich der Frage 1 wird die Berufung abgewiesen.

2. Für das Berufungsverfahren wird keine Gerichtsgebühr erhoben.
3. Die Vorinstanz hat über die Kostenfolgen im erstinstanzlichen und über die Entschädigungsfolgen im erst- und zweitinstanzlichen Verfahren im Rahmen des Endentscheides, unter Berücksichtigung des im Berufungsverfahrens geleisteten Kostenvorschusses von Fr. 10'000.--, zu befinden.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die Obergerichtskasse sowie – unter Beilage der Akten – an das Bezirksgericht Zürich, Einzelgericht Audienz, je gegen Empfangsschein.
5. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 2,65 Mio.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

Prof. Dr. I. Jent-Sørensen

versandt am: