

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF120012-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Hodel und Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Wili.

Urteil vom 9. Mai 2012

in Sachen

A._____ AG,

Beklagte und Berufungsklägerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. W._____ und / oder Rechtsanwalt Dr. X._____,

gegen

1. **B._____,**

2. **C._____,**

Kläger und Berufungsbeklagte,

Nr. 1 und 2 vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y._____ und / oder Rechtsanwalt lic. iur. Z._____,

betreffend
vorsorgliche Beweisführung

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes Audienz des Bezirksgerichtes Zürich vom 8. Februar 2012 (ET110029)

Erwägungen:

I.

1. Die Berufungsbeklagten schlossen am 10. bzw. 21. September 2009 mit der Berufungsklägerin einen Generalunternehmervertrag ab, wobei sich die Berufungsklägerin verpflichtete, die Planung, Projektierung und die schlüsselfertige Erstellung einer verglasten 2-geschossigen Wohnraumerweiterung an der D.____-Strasse ... in E.____ zu übernehmen (act. 4/2).

2. Mit Eingabe vom 21. Juli 2011 gelangten die Berufungsbeklagten an das Einzelgericht Audienz des Bezirksgerichtes Zürich und stellten ein Begehren um vorsorgliche Beweisabnahme in der Form eines gerichtlichen Gutachtens zum Zustand der genannten Liegenschaft und zu den Fragen, ob das Vereinbarte vollständig gebaut wurde, ob es nach den Regeln der Baukunde erstellt wurde, ob zusätzliche Arbeiten notwendig sind, und welche Kosten dafür anfallen (act. 1). Mit Eingabe vom 29. August 2011 nahm die Berufungsklägerin zu diesem Begehren Stellung, beantragte die Abweisung des Begehrens und formulierte für den Eventualfall drei Ergänzungsfragen (act. 20).

3. Das Einzelgericht Audienz des Bezirksgerichtes Zürich ordnete mit Verfügung vom 13. September 2011 das Gutachten an und bestellte F.____ und G.____ als Sachverständige (act. 29a). In den Erwägungen wies das Gericht darauf hin, dass die Gutachterfragen der Berufungsbeklagten betreffend die Vollständigkeit der Arbeiten unzulässig seien und demnach auch die Fragen nach den mutmasslichen Kosten der zusätzlich erforderlichen Arbeiten nicht zuzulassen seien. Das Gutachten wurde mit Datum vom 8. Dezember 2011 erstattet (act. 35) und wurde den Parteien mit Verfügung vom 15. Dezember 2011 zur Stellungnahme und allfälliger Beantragung dessen Ergänzung oder Erläuterung unterbreitet (act. 36a). Die Berufungsklägerin reichte am 31. Januar 2012 innert erstreckter Frist eine Stellungnahme zum Gutachten und rund 60 Ergänzungsfragen ein (act. 44, Ergänzungsfragen S. 2-10). Das Einzelgericht Audienz des Bezirksgerichtes Zürich liess diese Ergänzungsfragen mit Urteil vom 8. Februar 2012

nicht zu, erkannte das Geschäft als erledigt (beides Ziff. 1) und regelte die Kosten- und Entschädigungsfolgen (act. 47 = act. 49).

4. Gegen dieses Urteil erhob die Berufungsklägerin mit Eingabe vom 23. Februar 2012 rechtzeitig Berufung, mit den Anträgen (act. 50):

- "1. Es sei Ziff. 1 des Urteils des Bezirksgerichtes Zürich, Einzelgericht Audienz, vom 8. Februar 2012 aufzuheben, und es seien die von der Beklagten mit Eingabe vom 31. Januar 2012 unterbreiteten Ergänzungsfragen, eventualiter soweit darin die Bezeichnung der angewendeten Regeln der Baukunde und eine Begründung hinsichtlich der von diesen festgestellten Abweichungen verlangt wird, zuzulassen.
2. Eventualiter sei das Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, Einzelgericht Audienz, vom 8. Februar 2012 aufzuheben und zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWST von 8 %) zu Lasten der Berufungsbeklagten und Kläger, je unter solidarischer Haftbarkeit."

In prozessualer Hinsicht beantragte sie zudem den Beizug der Akten des vorinstanzlichen Verfahrens.

5. Die Akten des vorinstanzlichen Verfahrens wurden beigezogen (act. 1-47). Mit Verfügung vom 1. März 2012 wurde der Berufungsklägerin Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses angesetzt (act. 54). Dieser Kostenvorschuss wurde rechtzeitig geleistet (act. 56). Auf das Einholen einer Berufungsantwort wurde verzichtet (Art. 312 Abs. 1 ZPO). Die Sache erweist sich als spruchreif.

II.

1. Die Vorinstanz bezeichnete die Kritik der Berufungsklägerin am Gutachten als unberechtigt und wies ihre Ergänzungsfragen mit der Begründung ab, diese würden den Rahmen des Verfahrens, welches durch die Fragen der Berufungsbeklagten und die ursprünglichen Ergänzungsfragen der Berufungsklägerin abgesteckt gewesen sei, bei weitem sprengen und auf eine unzulässige Ausweitung abzielen (act. 49 S. 2). Weder seien den Sachverständigen im Gutachterauftrag Fragen zu den Ursachen der Mängel gestellt worden, noch seien die Fragen der Verantwortlichkeiten oder ob die Ausführung vertragskonform gewesen sei, zu klären. Es sei auch nicht deren Aufgabe aufzuzeigen, welches die massgeblichen

Vorschriften bei den einzelnen Arbeiten gewesen seien. Es handle sich bei diesen Ergänzungsfragen, soweit sie nicht Rechtsfragen betreffen würden, die dem Gutachter nicht zu unterbreiten seien, um eine in diesem Verfahren verpönte Sachverhaltsausforschung (act. 49 S. 2 f.).

2. Dagegen bringt die Berufungsklägerin im Wesentlichen vor, ihre Ergänzungsfragen würden die Bezeichnung der nach Auffassung der Experten jeweils anwendbaren Regeln der Baukunde bzw. deren Einhaltung und die Feststellung des Grades der Abweichung von den angewandten Regeln verlangen (act. 50 S. 8 f.). Das liege innerhalb dessen, was mit den ursprünglichen Fragen verlangt worden sei (act. 50 S. 9). Damit befasse sich das Gutachten aber nicht und es begründe nicht, inwiefern und in welchem Umfang die Regeln der Baukunde verletzt seien und welches die Folgen davon seien. Deshalb genüge es den Anforderungen an ein Gutachten, das vollständig, nachvollziehbar und schlüssig sein müsse, nicht (act. 50 S. 8 f.). Der Experte beanstande die ausgeführten Verrichtungen als mangelhaft und nicht deren Regeln der Baukunde entsprechend, ohne dafür eine Begründung zu liefern (act. 50 S. 10). Die Ergänzungsfragen seien zudem erst durch das Gutachten veranlasst worden und seien jetzt zu klären, weil die Wohnraumerweiterung mittlerweile nahezu vollendet und eine neuerliche Expertise der festgestellten Mängel nicht mehr möglich sei (act. 50 S. 10).

3. Vorab festzuhalten ist, dass ein vom Gericht bestellter Sachverständiger im Zusammenhang mit der Mangelhaftigkeit eines Werkes nur dessen Zustand und die Ursachen festzustellen hat. Die Frage, ob ein Werk mangelhaft ist, ob es die vereinbarten und vorausgesetzten Eigenschaften aufweist – also auch ob es kunstgerecht ausgeführt wurde – ist eine rechtliche, und ihre Beantwortung ist nicht Sache des Gutachters (PETER GAUCH, Der Werkvertrag, 5. Aufl. Zürich/Basel/Genf 2011, N 1406 ff., N 1411, N 1433 und N 1512 f.). Darüber hinaus scheint die Berufungsklägerin mit ihrem Vorgehen die beschränkten Wirkungen der vorsorglichen Beweisführung gemäss Art. 158 ZPO vor Einleitung eines Prozesses zu verkennen. Nicht Gegenstand der vorsorglichen Beweisführung ist die Würdigung von Beweisen und die Beurteilung eines Rechtsstreites (JOHANN ZÜR-

CHER, DIKE-Komm-ZPO, Art. 158 N 2 mit Hinweis auf BGE 96 II 266 E. 1). Das Gericht ist auch nicht gehalten, die Beweisabnahme so umfassend wie im Beweisstadium des ordentlichen Verfahrens zu leiten (JOHANN ZÜRCHER, DIKE-Komm-ZPO, Art. 158 N 18). Dementsprechend kommt der gesuchstellenden Partei eine erhöhte Verantwortung zu und es liegt an ihr, den materiellen Teil auszufüllen, indem sie die an den Sachverständigen zu stellenden Fragen zu formulieren hat (JOHANN ZÜRCHER, DIKE-Komm-ZPO, Art. 158 N 18). Das steht im Gegensatz zum ordentlichen Beweisverfahren, in welchem das Gericht die Fragen formuliert (Art. 185 Abs. 1 ZPO). Ferner werden bei der vorsorglichen Beweisführung die Rechte der Gegenseite nicht in jedem Fall so umfassend gewahrt. Der Prozessgegenstand wird alleine durch das Gesuch und die formulierten Fragen der klagenden Partei, welche für das Verfahren kostenpflichtig ist und einen Vorschuss geleistet hat, definiert. Ergänzungsfragen der Gegenpartei, die quantitativ oder qualitativ darüber hinausgehen, sind unzulässig (JOHANN ZÜRCHER, DIKE-Komm-ZPO, Art. 158 N 19 mit Hinweis auf ZR 83/1984 Nr. 50). Daraus entsteht der Gegenpartei aber keinen Nachteil. Denn die vorsorgliche Beweisführung schliesst eine Beweisabnahme zum gleichen Thema im Hauptprozess nicht aus (ZK ZPO-FELLMANN, Art. 158 N 46 und N 48; FELLMANN, Die vorsorgliche Beweisführung nach der schweizerischen Zivilprozessordnung, in: Fellmann/Weber, Haftpflichtprozess 2010, S. 110). Das Gericht muss sich erst dann von Amtes wegen mit der Relevanz des Beweismittel und der Beweislast befassen (JOHANN ZÜRCHER, DIKE-Komm-ZPO, Art. 158 N 18). Im Hauptprozess können ohne Nachweis eines speziellen Interesses neue Beweisanträge gestellt oder eine Ergänzung der bereits erhobenen Beweise beantragt werden (ZK ZPO-FELLMANN, Art. 158 N 46). Der Gegenpartei ist es im Übrigen auch unbenommen, unter den Voraussetzungen von Art. 158 ZPO selbständig eine vorsorgliche Beweisführung für weitere Tatsachen und Gegenbeweismittel zu beantragen (ZK ZPO-FELLMANN, Art. 158 N 26; JOHANN ZÜRCHER, DIKE-Komm-ZPO, Art. 158 N 19).

4. Dementsprechend wird es die Aufgabe des für den (allfälligen) Hauptprozess zuständigen Gerichtes sein, darüber zu entscheiden, inwieweit das Gutachten vom 8. Dezember 2011 zuzulassen und allenfalls zu ergänzen ist, sowie dieses danach – soweit relevant – zu würdigen. Die von der Berufungsklägerin

gegen das Gutachten vom 8. Dezember 2011 erhobenen Einwände sind hier folglich unbeachtlich. Ferner überschreiten die von ihr gestellten zahlreichen Ergänzungsfragen offensichtlich das zulässige Mass, weshalb die Berufung abzuweisen und der angefochtene Entscheid zu bestätigen ist.

III.

Ausgangsgemäss sind die Kosten der Berufungsklägerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Ausgehend von einem Streitwert in Höhe von mindestens Fr. 100'000.-- (vgl. act. 49 S. 3; act. 50 Rz 3) ist die zweitinstanzliche Entscheidgebühr in Anwendung von §§ 4 Abs. 1, 8 Abs. 1 und 12 Abs. 1 und 2 GebV OG auf Fr. 4'400.-- festzusetzen. Mangels entstandener Umtriebe ist den Berufungsbeklagten keine Parteientschädigung zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen, und das Urteil des Einzelgerichtes Audienz des Bezirksgerichtes Zürich vom 8. Februar 2012 wird bestätigt.
2. Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren wird auf Fr. 4'400.-- festgesetzt, der Berufungsklägerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
3. Den Berufungsbeklagten wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Berufungsbeklagten unter Beilage eines Doppels von act. 50, sowie – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an das Einzelgericht Audienz des Bezirksgerichtes Zürich, 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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt mindestens Fr. 100'000.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Wili

versandt am: