

Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO, Beantwortung einer weitschweifigen Eingabe. *Es stellt keinen nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil dar, wenn sich eine Partei mit einer weitschweifigen Eingabe befassen und diese beantworten muss (E. II/3 und 4.)*

Art. 132 Abs. 2 ZPO, Weitschweifigkeit. *Nach einer Klageschrift von 70 Seiten ist eine Klageantwort von (je nach Zählung) 1300 bis 1500 Seiten grundsätzlich weitschweifig, so auch im konkreten Fall. Maximal 500 Seiten müssten genügen. (E II/6)*

Erwägungen:

I.

1. Die Parteien stehen sich vor der Vorinstanz seit dem 6. Juni 2011 in einem Forderungsprozess über Fr. 12'010'000.00 gegenüber (act. 5/1, 5/5). Gegenstand des Verfahrens sind Ansprüche aus dem Totalunternehmer-Werkvertrag zwischen den Parteien vom 31. Oktober 2005 über die Errichtung des ... in Zürich. Die Klägerin und Beschwerdeführerin (fortan Klägerin) lieferte ... nach ihrer Schilderung am 24. August 2007 ab und übergab am 31. Oktober 2007 eine Gewährleistungsgarantie der heutigen AXA Versicherungen AG über Fr. 12'000'000.00. Mit dieser Garantie sollten die Mängelbehebungspflichten der Klägerin sichergestellt werden (act. 5/5 S. 4, 8 f.; act. 2 S. 3). Am 17. Juli 2008 erfolgte nach der Schilderung der Beklagten und Beschwerdegegnerin (fortan Beklagte) die Abnahme des schlüsselfertigen Neubaus das ... (act. 3/9 = act. 5/25 [Klageantwort], Band 5 Rz. 2385, 2404). In der Zeit danach rügte die Beklagte verschiedene Mängel des ...baus, insbesondere im Zusammenhang mit dem ...dach. Dieses wurde im Zeitraum Februar 2010 bis Juli 2010 für die Dauer von Nachbesserungsarbeiten der Beklagten mit insgesamt 31 Hilfsstützpfählern gesichert. Die Beklagte bezeichnet diese Arbeiten als "ersatzvornahmeweise" durch sie in Auftrag gegebene Sanierung (vgl. act. 5/5 S. 12, 29; act. 3/9/5 Rz. 2482).

Am 8. September 2010 rief die Beklagte den gesamten Garantiebetrug gemäss der erwähnten Gewährleistungsgarantie von Fr. 12'000'000.00 ab, da die Klägerin die ihr obliegende Gewährleistung nicht erfüllt habe (act. 5/5 S. 29 ff.; act. 2 S. 4; vgl. auch act. 3/9/5 Rz. 2396, 2486).

Mit der vorliegenden Klage im Verfahren CG110072 des Bezirksgerichts Zürich fordert die Klägerin zum einen die Rückerstattung der abgerufenen Garantiesumme von Fr. 12'000'000.00. Zum anderen verlangt sie die Rücknahme einer Medienmitteilung der Beklagten vom 2. Juni 2010

betreffend Mängel des ..., mit Bezahlung einer Genugtuung von Fr. 10'000.00 an das Schweizerische Rote Kreuz (act. 5/5 S. 2, S. 37 ff., S. 64 ff.).

Die Streitigkeit zwischen den Parteien betreffend das ... war bzw. ist Gegenstand weiterer Verfahren vor dem Bezirksgericht Zürich (vgl. act. 2 S. 4 ff.).

2. Die Beklagte erstattete am 4. November 2011 die Klageantwort (act. 5/25/1-5 = act. 3/9/1-5). Am 25. November 2011 beantragte die Klägerin die Rückweisung der Klageantwort gestützt auf Art. 132 Abs. 2 ZPO. Nach Ansicht der Klägerin ist die Klageantwort mit einem Umfang von 1343 Seiten weitschweifig (act. 5/37).

In der Folge sistierte die Vorinstanz ihr Verfahren auf Antrag beider Parteien, unter Hinweis auf deren Absicht, aussergerichtlich Vergleichsgespräche zu führen (act. 5/39, 5/52). Diese führten zu keinem Ergebnis (act. 5/56-57).

3. Mit Verfügung vom 9. Januar 2013, den Parteien zugestellt am 14. Januar 2013, wies die Vorinstanz den Antrag der Klägerin auf Zurückweisung der Klageantwort ab und ordnete einen zweiten Schriftenwechsel an, mit Fristansetzung an die Klägerin zur Erstattung der Replik (act. 4, act. 5/61/1-2).

4. Dagegen erhob die Klägerin mit Eingabe vom 24. Januar 2013, gleichentags der Post übergeben, rechtzeitig Beschwerde mit Stellung der folgenden Beschwerdeanträge (act. 2):

- "1. Es sei die Verfügung des Bezirksgerichts vom 9. Januar 2013 in dessen Geschäft der Nummer CG110072-L aufzuheben und insbesondere der Beschwerdeführerin (...AG) die darin genannte Frist zur Replik abzunehmen.
2. Es sei die Klageantwort vom 4. November 2011 zurückzuweisen und die Beschwerdegegnerin (...) unter Ansetzung einer nicht erstreckbaren Frist zur Einreichung einer verbesserten Klageantwort aufzugeben, deren Umfang bei gleicher Schrift und Seitengestaltung wie der zurückgewiesenen Klageantwort 400 Textseiten nicht überschreitet. Es sei der Beschwerdegegnerin für jede weitere rechtsmissbräuchliche Eingabe eine definitive Rückweisung gemäss Artikel 132 Absatz 3 ZPO anzudrohen. Und es sei nach fristgerechter Einreichung der verbesserten Klageantwort der Beschwerdeführerin neu eine angemessene Frist zur Replik anzusetzen, im Fall einer Klageantwortsschrift von 400 Textseiten mindestens 5 Monate, in jedem Fall ohne Einrechnung der Gerichtsferien und nach Vorlage der gesamten Sachverständigengutachten der Beschwerdegegnerin.

3. Eventualiter zu 2: Es sei der Beschwerdeführerin neu eine Frist zur Replik von mindestens 12 Monaten zu geben.
4. Subeventualiter zu 2 und 3: Es sei der Beschwerdeführerin neu eine Frist zur Replik zu geben, deren Länge mindestens der Länge der Frist der Verfügung des Bezirksgerichts Zürich vom 9. Januar 2013 entspricht, also mindestens 169 Kalendertage umfasst.
5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer zu Lasten der Beschwerdegegnerin."

5. Mit Verfügung vom 4. Februar 2013 auferlegte die Präsidentin der Kammer der Klägerin für das Beschwerdeverfahren einen Kostenvorschuss von Fr. 8'000.00, der fristgerecht geleistet wurde (act. 6, 8).

6. Die Akten des vorinstanzlichen Verfahrens wurden beigezogen (act. 5/1-62). Von der Einholung einer Beschwerdeantwort wurde abgesehen (Art. 322 Abs. 1 ZPO). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

II.

1. Die angefochtene Verfügung betreffend Abweisung des Antrags auf Rückweisung der Klageantwort wegen Weitschweifigkeit, Anordnung eines zweiten Schriftenwechsels und Fristansetzung zur Erstattung der Replik (act. 4) ist eine prozessleitende Verfügung. Solche Entscheide sind nicht berufungsfähig (vgl. Art. 308 Abs. 1 ZPO). Dagegen ist die Beschwerde gegeben, wenn sie entweder im Gesetz ausdrücklich vorgesehen ist, oder wenn durch die Verfügung ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht (Art. 319 lit. b ZPO).

Eine Beschwerde gegen die Verweigerung einer Rückweisung bei Weitschweifigkeit nach Art. 132 Abs. 2 ZPO wird vom Gesetz nicht ausdrücklich vorgesehen. Dasselbe gilt betreffend die Anordnung eines zweiten Schriftenwechsels mit Aufforderung zur Erstattung der Replik. Die vorliegende Beschwerde ist daher nur zulässig, wenn der Klägerin infolge der angefochtenen Verfügung ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht.

Das Vorliegen der Rechtsmittelvoraussetzungen (Zulässigkeitsvoraussetzungen des Rechtsmittels) ist von Amtes wegen zu prüfen, doch, wie allgemein bei der Prüfung von Prozessvoraussetzungen, nur auf Basis des dem Gericht vorgelegten Tatsachenmaterials (Müller, DIKE-Komm-ZPO, Art. 60 N 1). Fehlt die Rechtsmittelvoraussetzung des drohenden, nicht leicht wieder

gutzumachenden Nachteils, so ist auf die Beschwerde nicht einzutreten (OGer ZH PE110026, Beschluss vom 6. Februar 2012, E. II./1.2).

2. Die Klägerin macht geltend, ihr drohen ohne Aufhebung der angefochtenen Verfügung nicht leicht wieder gutzumachende rechtliche und materielle Nachteile. Der Umfang der Klageantwortschrift von je nach Zählung 1300 bis 1500 Seiten würde zu einer ähnlich umfangreichen Replik und Duplik führen. Die Rechtsschriften, welche das Bezirksgericht und wahrscheinlich später das Obergericht und das Bundesgericht zu beurteilen hätten, würden somit einen enormen Umfang erreichen. Daher sei es wahrscheinlich, dass die Gerichte den Überblick nicht behalten würden. Entsprechend könnte kein gerechter Entscheid gefällt werden.

Zudem könnte sie, die Klägerin, die Klageantwort in der angesetzten Frist von 169 Kalendertagen gar nicht umfassend substantiiert beantworten. Die Gerichte würden daher später Behauptungen der Beklagten finden, welche die Klägerin in der Kürze der Zeit nicht oder nicht genügend substantiiert hätte bestreiten können. Dies würde für die Klägerin zu nicht wiedergutzumachenden Rechtsnachteilen führen.

Der enorme Umfang der Klageantwortschrift würde die Klägerin zudem zu enormen Kosten einer ebenso umfangreichen Replik zwingen. Müsste die Replik innert der angesetzten Frist von 169 Kalendertagen erstattet werden, so wären diese Kosten sogar noch höher (act. 2 S. 10 ff.).

3. Der Entscheid, ob unter den konkret dargelegten Umständen ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil nach Art. 319 lit. b ZPO droht oder nicht, liegt im (pflichtgemässen) Ermessen des Gerichts (vgl. ZK ZPO-Freiburghaus/Afheldt, 2. Auflage 2013, Art. 319 N 13). Der nicht leicht wieder gutzumachende Nachteil muss nach der Praxis der Kammer, welche der herrschenden Lehre entspricht, nicht zwingend rechtlicher Natur sein, sondern es kann unter Umständen auch ein bloss tatsächlicher Nachteil genügen. Vorausgesetzt ist aber auf jeden Fall die Erheblichkeit des geltend gemachten Nachteils, und das Eintreten auf die Beschwerde ist unter dem Aspekt der Interessen der Beschwerdeführer abzuwägen gegen die Verzögerung des Verfahrens, welche mit der Beschwerde verbunden ist (vgl. ZR 110/2011 Nr. 87; vgl. auch Blickenstorfer, DIKE-Komm-ZPO, Art. 319 N 39 ff., ZK ZPO-Freiburghaus/Afheldt, 2. Auflage 2013, Art. 319 N 15, je mit weiteren Hinweisen; strenger nun die Auffassung von BK ZPO-Sterchi, Art. 319 N 9-12, wonach in Übereinstimmung mit der Regelung von Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG ein rechtlicher Nachteil zu verlangen sei). Die Beweislast für das Bestehen der Gefahr eines nicht leicht wiedergutzuma-

chenden Nachteils trägt die Beschwerde führende Partei, falls die Gefahr nicht von vornherein offenkundig ist (BK ZPO-Sterchi, Art. 319 N 15).

Grundsätzlich ist bei der Annahme eines drohenden und nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils Zurückhaltung angebracht. Den Parteien wird der Rechtsmittelweg gegen den erstinstanzlichen Erledigungsentscheid offen stehen. In der voraussichtlich gegebenen Berufung (Art. 308 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 ZPO) werden sie sowohl unrichtige Rechtsanwendung als auch unrichtige Feststellung des Sachverhaltes rügen können (Art. 310 lit. a und b ZPO). Es steht somit ein vollkommenes Rechtsmittel zur Verfügung, mit dem die rechtlichen Konsequenzen der angefochtenen Verfügung – sofern notwendig – korrigiert werden können.

4. Der Umstand alleine, dass die Gutheissung der Beschwerde allenfalls zu einer Beschleunigung des erstinstanzlichen Verfahrens und zu einer früheren Verfahrenserledigung führen könnte, rechtfertigt es nicht, eine Beschwerde gegen die angefochtene Verfügung zuzulassen, ist eine solche doch stets auch mit einem entsprechenden Zeitaufwand und einer Verlängerung der Verfahrensdauer verbunden (vgl. OGer ZH RB110022, Beschluss vom 19. Oktober 2011, E. 3.3).

Auch mit ihren weiteren Vorbringen zur Zulässigkeit der Beschwerde vermag die Klägerin keinen genügenden, nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil darzutun:

4.1 Zusammengefasst argumentiert die Klägerin einerseits mit den hohen Kosten, welche ihr infolge der geltend gemachten Weitschweifigkeit der Klageantwort drohen würden, umso mehr, wenn die Replik in der von der Vorinstanz angesetzten Frist zu erstatten wäre. Andererseits befürchtet die Klägerin, der Umfang der Klageantwort verunmögliche sowohl ihr die Erstattung einer angemessenen, substantiierten Replik, als auch den Gerichtsinstanzen die eingehende Auseinandersetzung mit dem Prozessstoff und die Fällung eines gerechten Entscheids (vgl. vorne II./2.).

4.2 Die Höhe der einer Partei drohenden Kosten stellt nach der Praxis indes keinen genügenden Nachteil dar, der das Eintreten auf die Beschwerde nach Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO rechtfertigen würde (vgl. OGer ZH PE110028 vom 6. Februar 2012, E. II./1.3.3 mit weiteren Hinweisen). Im Falle ihres Obsiegens kann die Klägerin von der Beklagten eine Parteientschädigung beanspruchen. (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Diese würde nach den massgeblichen Tarifen festgesetzt, und die Klägerin könnte ihre Kostennote einreichen und eine ihrer Ansicht nach betragsmässig

ungenügende Parteientschädigung mit Beschwerde anfechten (Art. 105 Abs. 2 i.V.m. Art. 96 ZPO; Art. 110 ZPO).

Zudem können von einer Partei verursachte unnötige Kosten im Erledigungsentscheid der entsprechenden Partei unabhängig von ihrem Obsiegen oder Unterliegen auferlegt werden (Art. 108 ZPO). Als Anwendungsfall dieser Bestimmung gelten unter anderem Kosten, welche eine Partei durch die Einreichung weitschweifiger Eingaben verursacht hat (ZK ZPO-Jenny, 2. Auflage 2013, Art. 108 N 3). Auch im Falle ihres Unterliegens in der Sache könnte die Klägerin daher (nötigenfalls in einem Rechtsmittel gegen den Sachentscheid) geltend machen, die durch die Weitschweifigkeit der beklaglichen Eingaben verursachten unnötigen Kosten seien der Beklagten aufzuerlegen.

Im Zusammenhang mit den Verfahrenskosten droht der Klägerin somit kein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil im Sinne von Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO.

4.3 Die Befürchtung der Klägerin, die Gerichtsinstanzen würden angesichts des Umfangs der Klageantwort und der dadurch provozierten weiteren Rechtsschriften den Überblick verlieren und wären daher nicht im Stande, einen gerechten Entscheid zu fällen (act. 2 S. 11), ist zwar nicht von der Hand zu weisen (vgl. dazu die nachfolgenden Bemerkungen unter II./6.). Dies führt indessen nicht zur Zulässigkeit der vorliegenden Beschwerde. Gegen den Entscheid in der Sache wird wie gesehen der Rechtsmittelweg offen stehen. Der drohende Nachteil eines falschen Sachentscheids kann damit wieder gut gemacht werden.

4.4 Die Klägerin erklärt weiter, sie sei angesichts des Volumens der Klageantwort vom 4. November 2011 nicht in der Lage, die darin enthaltenen Behauptungen substantiiert zu bestreiten. Sinngemäss macht die Klägerin damit eine Verletzung ihres Anspruchs auf Wahrung des rechtlichen Gehörs geltend.

Der Anspruch der Parteien auf rechtliches Gehör (Art. 53 Abs. 1 ZPO) bedingt, dass eine Partei ihren Standpunkt angemessen in das Verfahren einbringen kann. Die Zurückweisung einer Eingabe wegen Weitschweifigkeit steht vor diesem Hintergrund in einem Spannungsverhältnis gegenüber dem Anspruch der entsprechenden Partei auf rechtliches Gehör (vgl. BK ZPO-Frei, Art. 132 N 15). Zu wahren ist in diesem Zusammenhang indes auch der Gehörsanspruch der Gegenpartei, die berechtigt ist, zur entsprechenden Eingabe Stellung zu nehmen (ZK ZPO-Sutter-Somm/Chevalier, 2. Auflage 2013, Art. 53 N 10) Dieses Recht wird verletzt, wenn einer Partei

zugemutet wird, sich zu einer gegnerischen Eingabe zu äussern, deren Umfang und deren Weitschweifigkeit eine angemessene Stellungnahme bei zumutbarem Aufwand verunmöglichen. In diesem Fall ist die bereits erwähnte Sanktion der Weitschweifigkeit via Kostenaufgabe nach Art. 108 ZPO nicht ausreichend, da eine Gehörsverletzung auf der Seite der Gegenpartei damit nicht geheilt werden kann.

Auf die vorliegenden Anzeichen für das Bestehen einer entsprechenden Gefahr wird nachfolgend noch eingegangen (vgl. II./6.). Auch diesbezüglich droht der Klägerin jedoch kein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil, da die Rüge der Gehörsverletzung im Rechtsmittel gegen den Sachentscheid vorgebracht werden kann.

Nichts anderes gilt mit Blick auf den zeitlichen Aspekt der nach Ansicht der Klägerin zu kurz bemessenen Replikfrist. Dazu ist zum einen darauf hinzuweisen, dass eine Partei vor dem Ablauf der (richterlichen) Frist um deren Erstreckung ersuchen kann (Art. 144 Abs. 2 ZPO). Mit der Bezeichnung der Frist als "einmalig" (act. 4) brachte die Vorinstanz lediglich zum Ausdruck, dass eine weitere Erstreckung "grundsätzlich" nicht in Frage kommen würde (ZK ZPO-Staehelin, 2. Auflage 2013, Art. 144 N 6). In begründeten Fällen schliesst dies eine weitere Erstreckung nicht aus. Zum anderen würde die Klägerin auch die ihrer Ansicht nach zu kurz bemessenen Fristen als Gehörsverletzungen mit einem Rechtsmittel gegen den Sachentscheid rügen können.

5. Auf die Beschwerde der Klägerin ist daher nicht einzutreten. Dies gilt sowohl betreffend den Hauptantrag als auch betreffend den Eventualantrag Ziffer 3 um Ansetzung einer einjährigen Replikfrist.

Zum Eventualantrag Ziffer 4 (Ansetzung einer neuen Replikfrist entsprechend derjenigen gemäss dem angefochtenen Entscheid) ist festzuhalten, dass es für eine neue Fristansetzung keine Veranlassung gibt. Die Beschwerde nach Art. 319 ff. ZPO hemmt Rechtskraft und Vollstreckbarkeit des angefochtenen Entscheids nicht (Art. 325 Abs. 1 ZPO). Auf Antrag könnte die Vollstreckbarkeit zwar aufgeschoben werden (Art. 325 Abs. 2 ZPO; ZK ZPO-Freiburghaus/Afheldt, 2. Auflage 2013, Art. 325 N 5). Die Klägerin stellte indessen keinen entsprechenden Antrag. Die Frist zur Erstattung der Replik gemäss der angefochtenen Verfügung vom 9. Januar 2013 läuft mithin ungeachtet des Beschwerdeverfahrens.

Allerdings dürfte es der Klägerin kaum zumutbar sein, mit der Arbeit an der Replik bereits während der Dauer des Beschwerdeverfahrens zu beginnen, gleichsam "zur Sicherheit" für den Fall ihres Unterliegens im Beschwerdeverfahren. Im Ergebnis führt das vorliegende Beschwerdeverfahren daher zu einer Verkürzung der Replikfrist. Die Vorinstanz wird diesen Aspekt im Zusammenhang mit einer allfälligen Erstreckung dieser Frist (vgl. dazu vorne II./4.4) zu beachten haben.

6. Nach dem Gesagten ist es der Kammer im Rahmen des vorliegenden Verfahrens verwehrt, den Entscheid der Vorinstanz vom 9. Januar 2013 betreffend unterbliebene Zurückweisung der Klageantwort zu überprüfen. Der verfügenden Instanz steht dagegen das Zurückkommen auf eine prozessleitende Verfügung ohne weiteres offen (ZK ZPO-Staehelin, 2. Auflage 2013, Art. 124 N 6).

Mit Blick auf eine allfällige erneute Rüge der Weitschweifigkeit (im Zusammenhang mit einer Verletzung des rechtlichen Gehörs) in einem Rechtsmittel gegen einen späteren Sachentscheid rechtfertigen sich bereits heute die folgenden Bemerkungen:

6.1 Als weitschweifig gilt eine langatmige, mit Wiederholungen gespickte oder von Nebensächlichkeiten oder gar irrelevanten Passagen geprägte Eingabe, mit welcher der Gang der Rechtspflege behindert und die Ressourcen der Justiz unnötig gebunden werden. Dazu weist die Lehre auf die Tendenz verschiedener Rechtsanwälte hin, mit Kurzdarstellungen, Vorgeschichten, Vorbemerkungen, generellen und speziellen Erörterungen zum Sachverhalt und zur Rechtslage sowie mit Zusammenfassungen gewaltige Rechtsschriften zu produzieren (vgl. KUKO ZPO-Weber, Art. 130-132 N 15; BK ZPO-Frei, Art. 132 N 15). Als Kriterien für die Beurteilung der Weitschweifigkeit wird neben der Thematik und den Umständen des Einzelfalls auch der Umfang früherer eigener oder gegnerischer Eingaben genannt (Jenny, in: Gehri/Kramer, ZPO Kommentar, Art. 132 N 12).

6.2 Vor diesem Hintergrund fällt im vorliegenden Fall das Verhältnis des Umfangs der Klagebegründung vom 3. Juni 2011 (act. 5/5: 70 Seiten) zum Umfang der Klageantwort vom 4. November 2011 auf (act. 3/9/1-5: 1341 Seiten exkl. etliche Inhaltsverzeichnisse und Beweismitteilverzeichnisse). Die Besonderheiten des vorliegenden Falles legen zwar nahe, dass der Umfang der Klageantwort denjenigen der Klagebegründung übersteigt: Da die Klägerin die beanspruchte Gewährleistungsgarantie zurückfordert, kommt die Beklagte nicht umhin, die ihrer Ansicht nach vorgefallenen Pflichtverletzungen der Klägerin bzw. die Mängel am Bauwerk, welche

sie (die Beklagte) zum Abrufen der Garantiesumme berechtigten, substantiiert darzulegen (vgl. act. 5/26). Das Verhältnis zwischen 70 Seiten Klagebegründung und über 1300 Seiten Klageantwort liegt indes ausserhalb eines angemessenen Rahmens. Es verdeutlicht das überbordende Volumen der Klageantwort. Eine derart umfangreiche Rechtsschrift dürfte regelmässig als weitschweifig nach Art. 132 Abs. 2 ZPO zu betrachten sein, allenfalls unter dem Vorbehalt von aussergewöhnlich schwierigen und komplexen Prozessen mit besonders anspruchsvoller und aufwändiger Sachverhaltsdarlegung. Wie nachfolgend gezeigt wird, ist vorliegend nicht von einem solchen Ausnahmefall auszugehen.

6.3 Eine kurze, den weiteren Gang des Verfahrens nicht präjudizierende Betrachtung des Inhalts der Klageantwort vom 4. November 2011 lässt bereits verschiedene Anzeichen ungebührlicher Weitschweifigkeit erkennen:

6.3.1 Die Beklagte rügte nach ihrer Schilderung unter "Chronologie der Ereignisse Teil 1" einerseits verschiedene Mängel des ...dachs, welche zu Spannungsrissskorrosionsangriffen und zu Rissen von Bindern der Dachtragkonstruktion führten, und andererseits insgesamt 42 nicht das ...dach betreffende Mängel am ...bau (act. 3/9/1 S. 4-6). Bei letzteren geht es etwa um die Unterkonstruktion der Standardbestuhlung, die so schwach sei, dass sie bei normaler Belastung der Stühle zerresse (act. 5/28/II-2). Weiter nennt die Beklagte Mängel im Untergeschoss bzw. in der Tiefgarage (verschiedene Risse im verbauten Beton, ungenügende Betonüberdeckung und Wasserabweisung der Rampeneinfahrt, ungenügende Überdeckung der Fussplatten aus Stahl bei den Stützen in der Tiefgarage, ungenügende Abdichtung des Lichthofs mit Wassereintritt im Keller, Korrosionsschäden an den Stahlträgern, einbrechende Hohlböden), im Tiefparterre (nicht oder nur teilweise automatisch schliessende Brandschutztüren, mangelhafter Boden und mangelhafte Fugen im Bereich der Duschen mit Wassereintritt, klemmende Türe im Duschbereich, Whirlpool mit unangenehmer Geruchsentwicklung, austrocknender Rasen im Bereich des Tors im Süden, durchbrechende Löcher im Gussasphaltbelag vor dem Hartplatz, Korrosionsschäden und Risse an Toren und Decke des ...-Eingangs) sowie im Erdgeschoss (Gussasphaltbelag im Umgebungsbereich des Erdgeschosses mit ungenügenden Abdichtungen, zu hoher Porosität und Unebenheiten). Hinzu kommen Feuchtigkeitsschäden der Holzstützen vor der Fassade des Restaurants auf der Westseite, die sich ablösende Laufbahn im ...innenraum auf einer Fläche von 1m x 1m, Elektrotrassen im Dachrandbereich mit Aufwerfungen und Verformungen, Wasserschäden und Kalkspuren an der Decke über dem Erdgeschoss auf der Westseite, ungenügend gegen Wassereintritt geschützte Abgänge in das Untergeschoss sowie Stahlbetonteile mit nach SIA-Norm zu geringer

Bewehrungsüberdeckung (act. 5/28/II-3). Zu einem späteren Zeitpunkt wurden etwa Wassereintritt in die Turnhalle im [Objekt] und Betonreste in der Kanalisation entdeckt (act. 3/9/2 S. 419 ff., S. 441 ff.).

Achtzehn dieser Mängel wurden nach der Schilderung der Beklagten von der Klägerin "grundsätzlich" nachgebessert, und weitere vier Mängel sanierte die Beklagte offenbar aus Kulanz selber bzw. sie verzichtete auf eine Nachbesserung (act. 3/9/1 S. 4).

6.3.2 Zu beurteilen sind damit zwar etliche verschiedene Mängel, welchen indes keine ausserordentlich komplexe Sachverhalte zugrunde liegen. Das [Objekt] verfügt denn auch, verglichen etwa mit einer industriellen Produktionsanlage oder einer anderen technisch anspruchsvollen Einrichtung, über eine einigermaßen einfache Infrastruktur. Dass die Darstellung dieser Mängel und der damit verbundenen Mangelfolgeschäden über 1300 Seiten in Anspruch nimmt, ist schwer nachvollziehbar.

6.3.3 Zur Unsicherheit der Dachkonstruktion verweist die Beklagte zwar zu Recht auf das hohe Schadenspotential angesichts der ca. 25'000 Sitzplätze des [Objektes] (act. 3/9/1 S. 35). Dass die Beklagte diese Sicherheitsproblematik in der Klageantwort eingehend darstellte, erscheint angemessen. Dies rechtfertigt indes nicht, dass die Beklagte zunächst auf rund 260 Seiten die Chronologie betreffend Unsicherheit der Dachkonstruktion auflistet, um sodann über weitere 900 Seiten hinweg auf die einzelnen Mängel und die damit verbundenen Mangelfolgeschäden einzugehen (act. 3/9/1-4). Eine solche Schilderung ist angesichts des allenfalls mittleren Komplexitätsgehalts der geltend gemachten Mängel offenkundig weitschweifig.

Dies gilt insbesondere mit Blick auf die Teil der Mangelfolgeschäden bildenden vorprozessualen Anwaltskosten der Beklagten. Solche Aufwendungen können zwar, soweit sie nicht unmittelbar im Hinblick auf die Prozesseinleitung entstanden (in diesem Fall wären sie über die Bemessung der Parteientschädigung nach Art. 95 Abs. 1 lit. b ZPO abzudecken, vgl. ZK ZPO-Suter/von Holzen, 2. Auflage 2013, Art. 95 N 38), grundsätzlich als Mangelfolgeschaden geltend gemacht werden (BGE 126 III 392). Eine sich über knapp 400 Textseiten erstreckende Aufstellung dieser Aufwendungen (act. 3/9/3 S. 808 bis act. 3/9/4 S. 1204) sprengt jedoch den Rahmen der Angemessenheit.

Die chronologische Aufstellung der Beklagten über ihre Anwaltskosten mit detaillierter Angabe der jeweils von den Vertretern erbrachten Tätigkeiten stellt neben den weiter vorne in der Klageantwort enthaltenen Schilderungen zur Chronologie der Ereignisse (vgl. act. 3/9/1 S. 34 bis 292) eine offenkundige Doppelspurigkeit dar. Hinzu kommt, dass bereits die Darstellung der einzelnen Mängel jeweils pro Mangel Ausführungen zum Mangelfolgeschaden beinhaltet (vgl. die Seiten 293 bis 646, act. 3/9/2). Dabei wird zu jedem einzelnen Mangel auf die weiter hinten folgenden Ausführungen zu den weiteren Mangelfolgeschäden (S. 648 bis S. 1204) verwiesen, insbesondere auf die dort aufgelisteten vorprozessualen Rechtsvertretungskosten (vgl. beispielhaft die diesbezüglich identischen Rz. 950, 956, 1037, 1059, 1099, 1143, 1153, 1170, 1180, 1197, 1219, 1227 und 1348 der Klageantwort vom 4. November 2011). Diese weitere Doppelspurigkeit führt zu einer Vielzahl von weitschweifigen Wiederholungen. So sind beispielsweise die mangelhafte ...bestuhlung und die in diesem Zusammenhang getroffenen Vorkehren sowohl Thema der Seiten 387 bis 413 als auch der Seiten 811 bis 829 der Klageantwort. Mit verschiedenen anderen Mängeln verhält es sich gleich. Die Ansicht der Beklagten, in der Klageantwort vom 4. November 2011 seien Wiederholungen nur sehr selten der Fall (act. 5/26), erscheint vor diesem Hintergrund verfehlt.

6.3.4 Zusätzlich fällt zu den vorprozessualen Rechtsvertretungskosten in quantitativer Hinsicht die folgende Überlegung in Betracht:

Wie eingangs geschildert, rief die Beklagte am 8. September 2010 die von der Klägerin ausgestellte Gewährleistungsgarantie über Fr. 12 Mio. ab. Die Beklagte hält dem Anspruch der Klägerin auf Erstattung der Garantie eigene Ansprüche aus Ersatzvornahmekosten, Mangelfolgeschäden und (ebenfalls als Mangelfolgeschäden bezeichnete) Kosten der vorsorglichen Beweisabnahme in der Höhe von rund Fr. 14,9 Mio. entgegen (act. 3/9/5 S. 1208). Davon machen die vorprozessualen Rechtsvertretungskosten rund Fr. 1 Mio. aus (act. 3/9/5 S. 1204 bis S. 1208, Positionen "...").

Auch ohne Berücksichtigung der vorprozessualen Rechtsvertretungskosten resultiert somit ein der Beklagten geschuldeter Betrag von Fr. 13,9 Mio., der die Abrufung der Garantie über Fr. 12 Mio. mehr als gerechtfertigt hätte.

Es mag zwar ein Gebot anwaltlicher Sorgfalt gewesen sein, möglichst über den Garantiebetrug hinausgehende Ansprüche der Beklagten zu behaupten und zu substantiieren. Die Erwähnung der vorprozessualen Anwaltskosten ist daher nicht geradezu irrelevant. Dennoch ist zu be-

rücksichtigen, dass aus der Schilderung der Beklagten zu ihren Ansprüchen bereits ohne Einbezug dieser Kosten ein Überschuss gegenüber dem Garantiebtrag von fast Fr. 2 Mio. resultiert. Die Ausbreitung der vorprozessualen Anwaltskosten über 400 Seiten hinweg erscheint vor diesem Hintergrund übertrieben.

6.4 Das Volumen der Klageantwort mit den aufgezeigten Wiederholungen und Doppelspurigkeiten erschwert eine angemessene Auseinandersetzung mit dem Prozessstoff sowohl für das Gericht als auch für die Gegenpartei erheblich. In diesem Sinne bestehen bereits zum jetzigen Zeitpunkt gewichtige Anzeichen dafür, dass eine Stellungnahme zur Klageantwort in der Fassung vom 4. November 2011 nicht ohne Beschränkung des Anspruchs der Klägerin auf Wahrung des rechtlichen Gehörs wird erfolgen können.

6.5 Im Rahmen des Verbots ungebührlicher Weitschweifigkeit, das sowohl bei mündlichen Vorträgen als auch in Schriftsätzen gilt, können die Parteivorträge zeitlich beschränkt werden (Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Auflage 1979, S. 262). Bei schriftlichen Vorträgen erscheint eine umfangmässige Beschränkung sinnvoll. Das Bezirksgericht Zürich ist bereits mit Beschluss vom 20. Januar 2011 im Verfahren CG100095 zwischen den Parteien so vorgegangen (act. 3/4). Auf diese Weise liesse sich auch im vorliegenden Verfahren eine Verletzung des Rechts der Klägerin auf Wahrung des rechtlichen Gehörs vermeiden.

Eine Beschränkung des zulässigen Umfangs der Klageantwort auf 500 Textseiten inkl. Verzeichnisse, Vorbemerkungen und dergleichen würde eine Eingabe ergeben, welche von den Gerichtsstellen und von der Gegenpartei mit einigermaßen angemessenem und zumutbarem Arbeitsaufwand bearbeitet werden könnte. Als Basis wäre die Zeilenschaltung und Seitengestaltung der Klageantwort vom 4. November 2011 heranzuziehen (Seiten in Normalschrift, vgl. etwa act. 3/9/1 – zu den mehreren 100 kleiner bedruckten Seiten, vgl. etwa in act. 3/9/4 zu den vorprozessualen Anwaltskosten, erhebt die Klägerin mit guten Gründen den Einwand, dieser Text sei schwer zu lesen [vgl. act. 2 S. 19 Rz. 82]).

Was demgegenüber den Gehörsanspruch der Beklagten betrifft, wäre angesichts der aufgezeigten Redundanzen und Weitschweifigkeiten in der Klageantwort vom 4. November 2011 davon auszugehen, dass die Beklagte in einem Rahmen von 500 Textseiten angemessen zur Klage Stellung nehmen könnte.

III.

1. Bei diesem Ausgang des Beschwerdeverfahrens wird die Klägerin kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Zur Höhe der Kosten kann zunächst auf die Ausführungen in den Erwägungen zur Verfügung vom 4. Februar 2013 betreffend Kostenvorschuss verwiesen werden (act. 6). Der Umstand, dass das Beschwerdeverfahren ohne Anspruchsprüfung erledigt wurde, gibt zu einer Reduktion der Entscheidgebühr Anlass (§ 10 Abs. 1 GebV OG).

2. Der Beklagten ist mangels relevanter Aufwendungen im Beschwerdeverfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen.

Es wird beschlossen:

I. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.

Obergericht, II. Zivilkammer

Beschluss vom 21. März 2013

Geschäfts-Nr.: RB130002-O/U