

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF110059-O/U.doc

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Hodel und Ersatzrichter lic. iur. P. Raschle sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. A. Muraro-Sigalas.

Beschluss vom 31. August 2011

in Sachen

A._____,

Klägerin und Berufungsklägerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

B._____,

Beklagter und Berufungsbeklagter,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y._____

betreffend **vorsorgliche Beweisführung**

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes (Audienz) des Bezirkes Zürich vom
8. April 2011 (ET110005)

Erwägungen:

I. Rechtsbegehren und Prozessgeschichte

1. Mit Eingabe vom 8. Februar 2011 (Poststempel) beantragte die Klägerin und Berufungsklägerin (nachfolgend Berufungsklägerin) beim Einzelgericht (Audienz) des Bezirkes Zürich (Vorinstanz) eine vorsorgliche Beweisabnahme und stellte folgende Anträge (act. 1 S. 2 f.):

- "I. Es sei hinsichtlich der Liegenschaft ...strasse ..., ... C._____, vorsorglich ein **Sachverständiger** zu bestellen und es sei
- II. durch diesen unverzüglich, jedenfalls raschmöglichst, mittels Gutachten vorsorglich Beweis zu folgenden **Beweisfragen** abzunehmen:
 - 1.1. Aus welchen Materialien bestehen die ostseitige und südseitige Wand des süd-ostseitigen, eingeschossigen, unterirdischen Anbaus der Liegenschaft ...strasse ... in ... C.____ (nachfolgend als Anbau bezeichnet)?
 - 1.2. Haben die ostseitige und die südseitige Wand des Anbaus eine tragende Funktion?
 - 1.3. Befindet sich bei der ostseitigen Wand des Anbaus eine Abgrabung? Wenn ja, wo und in welcher Entfernung? Welche Höhe hat die Abgrabung?
 - 1.4. Falls eine Abgrabung bei der ostseitigen Wand vorhanden ist, führt diese für den Anbau zu einer Gefahr durch Bergdruck und/oder eindringendem Wasser? Wenn ja, wie gross ist diese Gefahr?
 - 1.5. Befindet sich bei der südseitigen Wand des Anbaus eine Aufschüttung? Wenn ja, wo und in welcher Entfernung? Welche Höhe hat die Aufschüttung?
 - 1.6. Falls eine Aufschüttung bei der südseitigen Wand vorhanden ist, führt diese für den Anbau zu einer Gefahr durch Bergdruck und/oder eindringendem Wasser? Wenn ja, wie gross ist diese Gefahr?
 - 1.7. Wurden bei der ostseitigen Wand und bei der südseitigen Wand des Anbaus bauliche Massnahmen gegen Bergdruck und eindringendes Wasser ergriffen? Wenn ja, welche und sind diese aus baulich technischer Sicht ausreichend? Wenn nein, wieso nicht?

- 1.8. Wurde bei der ostseitigen Wand des Anbaus Bauplastik vorgehängt? Falls ja, ist dieser Bauplastik eine in technischer Hinsicht ausreichende und baulich geeignete Massnahme gegen Bergdruck und/oder eindringendes Wasser?
- 1.9. Wurde bei der südseitigen Wand des Anbaus Bauplastik vorgehängt? Falls ja, ist dieser Bauplastik eine in technischer Hinsicht ausreichende und baulich geeignete Massnahme gegen Bergdruck und/oder eindringendes Wasser?
- 1.10. Verfügt die ostseitige Wand des Anbaus über eine Unterfangung?
- 1.11. Verfügt die südseitige Wand des Anbaus über eine Unterfangung?
- 1.12. Wie ist die bauliche Qualität der Konstruktion der ostseitigen sowie der südseitigen Wand des Anbaus generell zu beurteilen? Handelt es sich um eine Konstruktion von mittlerer Qualität oder weicht sie davon ab? Wenn ja, in welchem Umfang?
- 1.13. Sind Sanierungsmassnahmen bei der ostseitigen und bei der südseitigen Wand des Anbaus notwendig? Wenn ja, welche, wie schnell haben diese zu erfolgen? Mit welchen Kosten ist zu rechnen?
- 1.14. Weitere Bemerkungen zur ostseitigen sowie zur südseitigen Wand des Anbaus?
- 2.1. Ist die Decke des Anbaus undicht?
- 2.2. Verfügt die Decke des Anbaus über eine Wassersperre?
- 2.3. Ist die Decke des Anbaus mit Bauplastik abgedeckt? Wenn ja, kann dieser die Funktion einer bauüblichen Wassersperre ausreichend und auf Dauer erfüllen?
- 2.4. Sind die Wände des Anbaus unterfangen? Wenn ja, welche und in welchen Bereichen?
- 2.5. Falls der Anbau nicht oder nur zum Teil unterfangen ist, besteht dadurch Einsturzgefahr und wie gross ist diese?
- 2.6. Sind Sanierungsmassnahmen beim Anbau notwendig? Wenn ja, welche, wie schnell haben diese zu erfolgen? Mit welchen Kosten ist zu rechnen?
- 2.7. Weitere Bemerkungen zum Anbau?
- III. Die Experteninstruktion sei mündlich auf dem Lokal vorzunehmen.
- IV. Mit der Beantwortung der Beweisfragen sei ein ausgewiesener Experte zu beauftragen."

2. Mit Eingabe vom 7. März 2011 (Poststempel) reichte der Beklagte und Berufungsbeklagte (nachfolgend Berufungsbeklagter) seine Stellungnahme ein und stellte folgende Anträge (act. 13 S. 1 f.):

- "1. Das Gesuch sei abzuweisen;
2. Eventualiter sei dem richterlich bestellten Experten folgende Frage zu stellen:

Befindet sich das dritte Untergeschoss in einem fertigen Zustand? Oder handelt es sich um ein Provisorium, d.h. einen nicht fertig gebauten Keller?

Ist es für Dritte erkennbar, dass es sich beim dritten Untergeschoss um ein Provisorium handelt (namentlich anhand der Eisenstützen, des fehlenden Verputzes, der fehlenden Farbe, der halb-fertigen Mauer und der Bauabschränkungen etc.)?
3. Eventualiter seien die Kosten des richterlich bestellten Experten unter den Parteien nach Massgabe des Obsiegens in einem späteren Gewährleistungsprozess zu verteilen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Gesuchstellerin, zzgl. MWST."

3. Mit Urteil vom 8. April 2011 wies die Vorinstanz das Begehren der Berufungsklägerin um vorsorgliche Beweisabnahme ab (act. 19a = act. 20). Hiergegen erhob die Berufungsklägerin am 29. April 2011 (Poststempel) fristgerecht Berufung mit den folgenden Anträgen (act. 22 und act. 19b):

- "1. Es sei das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 8. April 2011 (Geschäfts-Nr. ET110005-L) aufzuheben und die vorsorgliche Beweisabnahme durch das Obergericht des Kantons Zürich entsprechend den Anträgen in der Eingabe der Klägerin an das Bezirksgericht Zürich vom 8. Februar 2011 anzuordnen.

Der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin für das erstinstanzliche Verfahren eine angemessene Prozessentschädigung (zuzüglich 8% MWST) zu bezahlen sowie seien ihm die Prozesskosten aufzuerlegen.
2. Eventualiter sei das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 8. April 2011 (Geschäfts-Nr. ET110005-L) aufzuheben, die Sache zur Fortsetzung des Verfahrens an das Bezirksgericht Zürich zurück zu weisen, wobei im Urteil festzulegen sei, dass im Endentscheid der Beklagte zu verpflichten sei, der Klägerin für das erstinstanzliche Verfahren eine angemessene Prozessentschädigung (zuzüglich 8 % MWST) zu bezahlen und ihm die Prozesskosten aufzuerlegen seien.

3. Subeventualiter sei Dispositiv-Ziffer 3 des Urteils des Bezirksgerichts Zürich vom 8. April 2011 (Geschäfts-Nr. ET110005-L) aufzuheben.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 8 % MWST) zulasten der Staatskasse, eventuell des Beklagten."

4. Mit Verfügung vom 11. Mai 2011 setzte die Präsidentin der II. Zivilkammer der Berufungsklägerin Frist an, um für die Gerichtskosten einen Vorschuss von Fr. 2'000.– zu leisten (act. 24). Die Berufungsklägerin leistete den Vorschuss rechtzeitig (act. 26).

5. Mit Verfügung vom 11. Juli 2011 setzte die Präsidentin der II. Zivilkammer dem Berufungsbeklagten Frist an, um die Berufung schriftlich im Doppel zu beantworten (act. 27). Mit Eingabe vom 25. Juli 2011 reichte der Berufungsbeklagte die Berufungsantwort fristgerecht ein und beantragte (act. 29 S. 1 und act. 28):

- "1. Die Berufung sei abzuweisen;
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Geschusterin, zzgl. MWST."

6. Der Berufungsklägerin wurde die Berufungsantwort am 28. Juli 2011 zugestellt (act. 31). Das Verfahren ist somit spruchreif.

II. Sachverhalt und Erwägungen

1. Gemäss Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO hat das Gericht sofort Beweis abzunehmen, wenn die gesuchstellende Partei eine Gefährdung der Beweismittel oder ein schutzwürdiges Interesse glaubhaft macht. Das Instrument der vorsorglichen Beweisführung dient primär der Beweissicherung. Es soll aber auch zur Abklärung der Beweis- und Prozessaussichten eingesetzt werden können (vgl. Botschaft ZPO, BBl 2006 7221 ff., 7315; ZK ZPO-Fellmann, Art. 158 N. 4). Das Institut der vorsorglichen Beweisführung ermöglicht die zeitliche Vorverlegung der Beweisabnahme (ZK ZPO-Fellmann, Art. 158 N. 6). Eine Gefährdung der Beweismittel liegt etwa vor, wenn ein bestimmter Beweis in einem nachfolgenden Prozess nicht mehr erhoben werden kann, weil das Beweismittel verloren ging

oder sich die Situation verändert hat, die mit dem Beweismittel nachgewiesen werden sollte (ZK ZPO-Fellmann, Art. 158 N. 12 m.w.H.). An das Bestehen eines schutzwürdigen Interesses sind keine hohen Anforderungen zu stellen. Es genügt, dass der Gesuchsteller einen praktischen Nutzen für seine rechtliche oder tatsächliche Situation glaubhaft macht. Ein solcher Nutzen liegt beispielsweise vor, wenn die vorsorgliche Beweisführung eine Unsicherheit beseitigt und eine Grundlage für weitere Dispositionen schafft (ZK ZPO-Fellmann, Art. 158 N. 19).

2. Mit öffentlich beurkundetem Kaufvertrag vom tt.mm.2010 kaufte die Berufungsklägerin vom Berufungsbeklagten die Stockwerkeigentumseinheiten 2 – 5 (Grundbuchblätter ..., ..., ... und ..., Stockwerkeigentum ...strasse ...) und damit auch das dritte Untergeschoss (3. UG), welches im vorliegenden Verfahren den Stein des Anstosses bildet (vgl. act. 1 S. 4 ff.; act. 13 Rz. 9 ff.; act. 22 S. 4; act. 29 Rz. 4 und Rz. 11; vgl. auch act. 4/1). Die Berufungsklägerin gründete ihr Gesuch um vorsorgliche Beweisabnahme im Wesentlichen darauf, dass im Zusammenhang mit Abklärungen und Untersuchungen im Hinblick auf den Umbau der Vertragsobjekte (Stockwerkeigentumseinheiten 2 – 5) vom beigezogenen Bauingenieur D._____ im 3. UG verschiedene Mängel festgestellt worden seien. Der Berufungsbeklagte sei als Bauingenieur tätig (gewesen) und habe seine Stockwerkeigentumseinheiten selber umgebaut beziehungsweise unter seiner Leitung und Planung umbauen lassen. Bei den Mängeln handle es sich um versteckte Mängel, welche der Berufungsbeklagte ihr gegenüber absichtlich oder zumindest grobfahrlässig beim Kauf verschwiegen habe. Der Berufungsklägerin seien die Mängel daher nicht bekannt gewesen, und die Mängel seien auch nicht erkennbar gewesen. In seinem Bericht vom 4. Februar 2011 halte der Bauingenieur D._____ fest, dass die Ausführung des eingeschossigen, unterirdischen Anbaus durch den Berufungsbeklagten höchst unfachmännisch und gefährlich sei, dass zudem erhebliche Einsturzgefahr bestehe und rasch bauliche Gegenmassnahmen getroffen werden müssten. Auch der Architekt E._____ halte die Behebung der dargelegten Mängel für dringend und habe erklärt, dass bis zur Behebung dieser Mängel keine das 3. UG beeinträchtigenden baulichen Um- und Erneuerungsbauten vorgenommen werden dürften. Die Berufungsklägerin habe ein schutzwürdiges Interesse an einer Beweissicherung im Sinne von Art. 158 ZPO,

damit die geplanten Bauarbeiten und die Vermietung der drei Wohnungen in den erworbenen Stockwerkeigentumseinheiten nicht noch weiter hinausgezögert würden. Die geplanten baulichen Massnahmen würden die behaupteten Mängel beseitigen und eine künftige Beweisabnahme verunmöglichen. Ein ordentlicher Prozess würde die Bauarbeiten sehr lange blockieren (vgl. act. 22 S. 3 ff. und act. 1 S. 4 ff.).

3. Die Vorinstanz wies das klägerische Gesuch um vorsorgliche Beweisabnahme ab. In ihrer Begründung gab sie im Wesentlichen die Ausführungen des Berufungsbeklagten in seiner Eingabe (act. 13) wieder und erwog, die Darstellung der Berufungsklägerin gründe auf der Annahme, dass sie vom Berufungsbeklagten ein fertiges Bauwerk erworben habe und dieser folglich als Verkäufer für allfällige versteckte Mängel hafte. Das Thema eines allfälligen ordentlichen Prozesses sei aber nicht die Frage nach dem Vorliegen versteckter Mängel, sondern die Grundsatzfrage, ob es sich beim Kaufgegenstand um ein fertig erstelltes Bauwerk oder um ein blosses Provisorium gehandelt habe. Der Berufungsbeklagte habe geltend gemacht, bei den verkauften Stockwerkeigentumseinheiten habe es sich lediglich um ein Bauprovisorium gehandelt. Dass der Zustand des unterirdischen Anbaus der Umschreibung gemäss klägerischem Fragenkatalog entsprochen habe, sei im Ergebnis unbestritten geblieben. Es gelte aber der Grundsatz, wonach nur über bestrittene Behauptungen Beweis abgenommen werden müsse. Die Berufungsklägerin beantrage die Abnahme von Beweisen über unbestrittene Tatsachen. Es habe deshalb weder ein schutzwürdiges Interesse noch eine Gefährdung relevanter Beweismittel glaubhaft gemacht werden können (act. 20 S. 4 f.).

4. Die Berufungsklägerin brachte vor der Berufungsinstanz vor, das Gericht habe keine antizipierte Beweiswürdigung vorzunehmen. Es rechtfertige sich nicht, die Zulässigkeit der vorsorglichen Beweisabnahme davon abhängig zu machen, ob der gesicherte Sachverhalt in einem späteren Prozess beweistauglich sei oder nicht (act. 22 S. 5). Der Berufungsklägerin ist insofern zuzustimmen, als nur eine Gefährdung der Beweismittel bzw. ein schutzwürdiges Interesse glaubhaft zu machen ist, nicht hingegen die wahrscheinliche Begründetheit des Hauptanspruchs (vgl. ZK ZPO-Fellmann, Art. 158 N. 23). Die Vorinstanz wies das Ge-

such um vorsorgliche Beweisabnahme ab, weil sie zum Schluss gelangte, über unbestrittene Tatsachen seien keine Beweise zu erheben (act. 20 S. 5). Nicht ganz klar ist, *wie bzw. weshalb* die Vorinstanz zu diesem Schluss gelangte:

– Ging die Vorinstanz davon aus, dass keine unbestrittenen Tatsachen vorlagen, weil der Berufungsbeklagte anerkannt haben soll, es habe sich beim 3. UG um ein blosses Provisorium gehandelt? Eine solche Anerkennung durch den Berufungsbeklagten entspräche zwar einer richtigen Feststellung des Sachverhalts (vgl. act. 13 Rz. 7). Allerdings hätte die Vorinstanz dann eine unzulässige Beurteilung des Hauptanspruchs vorgenommen; die Annahme, es habe eine unbestrittene Behauptung vorgelegen, setzte voraus, dass die Vorinstanz das 3. UG als Provisorium und nicht als fertig erstellte Baute qualifizierte. Damit verletzte die Vorinstanz Art. 158 ZPO, was eine unrichtige Rechtsanwendung darstellt. Der Vollständigkeit halber soll kurz aufgezeigt werden, weshalb sich das Kriterium der Unterscheidung zwischen fertig erstellter Baute und Provisorium (vgl. act. 20 S. 4 f.) von vornherein bereits als untauglich erwies: Die Berufungsklägerin gründete ihren behaupteten Mängelanspruch nicht darauf, dass sie ein fertig erstelltes Bauwerk erworben hatte und sich dieses dann als Provisorium herausstellte. Die Berufungsklägerin machte bzw. macht versteckte Mängel geltend, welche ihr bei der Übernahme nicht bekannt gewesen und vom Berufungsbeklagten absichtlich oder grobfahrlässig bzw. arglistig verschwiegen worden seien (vgl. act. 1 S. 4 und act. 22 S. 4). Versteckte Mängel wären nicht nur bei einer fertig erstellten Baute denkbar, sondern auch bei einem Provisorium. Wird ein Provisorium beispielsweise im Sinne eines unvollendeten Bauwerks und nicht im Sinne einer baufälligen Ruine verkauft, darf grundsätzlich erwartet werden, dass später keine statischen Mängel auftreten. Selbst wenn also im vorliegenden Fall mit blossem Auge erkennbar war, dass es sich beim 3. UG nicht um ein fertig erstelltes Kellerabteil handelte (act. 29 Rz. 13) und die Berufungsklägerin darum wusste (act. 29 Rz. 15), schliesst dieser Umstand versteckte Mängel nicht aus. Aus den dargelegten Gründen sind auch die Vorbringen des Berufungsbeklagten zur Unterscheidung zwischen fertig erstellter Baute und Provisorium in seiner Berufungsantwort unbeachtlich (act. 29 Rz. 4 – 15 und Rz. 20 – 24).

– Ging die Vorinstanz davon aus, dass der Berufungsbeklagte den Zustand des unterirdischen Anbaus gemäss Umschreibung im klägerischen Fragenkatalog anerkannte? In diesem Fall nahm die Vorinstanz keine unzulässige Beurteilung des Hauptanspruchs vor, weil eine derartige Anerkennung unabhängig von der Qualifizierung des Zustands des 3. UG möglich war. Die Vorinstanz stellte aber den Sachverhalt nicht richtig fest, da es nicht zutrifft, dass der Zustand des unterirdischen Anbaus gemäss Umschreibung im klägerischen Fragenkatalog unbestritten geblieben ist. Dies räumt auch der Berufungsbeklagte in seiner Berufungsantwort ein (act. 29 Rz. 30).

Im einen wie im anderen Fall kann der Begründung der Vorinstanz nicht gefolgt werden. Es liegt eine unrichtige Rechtsanwendung und/oder eine unrichtige Feststellung des Sachverhaltes (Art. 310 ZPO) vor.

5. a) Gemäss Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO hat das Gericht sofort Beweis abzunehmen, wenn die gesuchstellende Partei eine Gefährdung der Beweismittel oder ein schutzwürdiges Interesse glaubhaft macht.

b) Die Berufungsklägerin führte ins Feld, es seien dringend Sanierungsmassnahmen im 3. UG vorzunehmen, damit die Vermietung der drei Wohnungen in den erworbenen Stockwerkeigentumseinheiten nicht weiter verunmöglicht werde und ihr finanzieller Schaden aufgrund der mangelhaften Kaufsache und den laufend geschuldeten Hypothekarzinsen nicht weiter anwachse. Es sei offensichtlich, dass im Zuge der von der Berufungsklägerin vorzunehmenden baulichen Massnahmen die festgestellten Mängel behoben und damit beseitigt würden. Die Berufungsklägerin habe Einnahmeausfälle aus Mietzinszahlungen von mindestens Fr. 8'000.– pro Monat zu gewärtigen, womit eindeutig eine Beweisgefährdung vorliege (act. 22 S. 5).

c) Die Beweisgefährdung bzw. die zeitliche Dringlichkeit begründet die Berufungsklägerin nicht mit einer unmittelbar drohenden Einsturzgefahr des 3. UG oder eines weiteren Teils des Gebäudes, sondern mit Mietzinsausfällen durch die Verzögerung der baulichen Massnahmen. Ob eine Beweisgefährdung zu bejahen ist, wenn die Beweismittel letztlich von der Gesuchstellerin selbst be-

seitigt werden, ist fraglich. Es kann aber die Meinung vertreten werden, eine vorsorgliche Beweisabnahme aus prozessökonomischen Gründen zuzulassen, wenn die spätere Abnahme nicht unmöglich, aber mit erheblich grösserem Zeit- und Kostenaufwand verbunden ist (Mark Schweizer, Vorsorgliche Beweisabnahme nach schweizerischer Zivilprozessordnung und Patentgesetz, in: ZZZ 2010 S. 6). Die Frage, ob die Erschwerung der späteren Beweisabnahme unter den Begriff der Gefährdung subsumiert werden kann, kann hier letztlich offen gelassen werden, da auch das Vorliegen eines schutzwürdigen Interesses genügt, an welches keine hohen Anforderungen zu stellen ist (vgl. ZK ZPO-Fellmann, Art. 158 N. 19; Botschaft zur ZPO, BBl 2006 7221 ff., 7315; Mark Schweizer, a.a.O., S. 6 ff.).

d) Als erstes hat die Berufungsklägerin glaubhaft zu machen, dass ein Sachverhalt vorliegt, bei dessen Verwirklichung ihr das materielle Privatrecht einen Anspruch gegen den Berufungsbeklagten gewährt, und zu dessen Beweis das abzunehmende Beweismittel dienen kann (vgl. Mark Schweizer, a.a.O., S. 7). Diese Glaubhaftmachung gelingt ihr: Es ist unbestritten, dass sie vom Berufungsbeklagten mit Kaufvertrag vom 22. Juli 2010 die Stockwerkeigentumseinheiten 2 – 5 (Grundbuchblätter ..., ..., ... und ..., Stockwerkeigentum ...strasse ...) und damit auch das 3. UG kaufte. Bei den von der Berufungsbeklagten geltend gemachten Mängeln handelt es sich zumindest teilweise um versteckte Mängel, welche selbst bei einem Provisorium nicht ausgeschlossen werden können (vgl. Ziffer II/4). Würde in einem ordentlichen Prozess festgestellt, dass versteckte Mängel vorlägen, welche die Berufungsklägerin nicht kannte und welche der Berufungsbeklagte ihr arglistig verschwiegen hatte, so käme eine Haftung des Berufungsbeklagten trotz deren Wegbedingung gemäss Art. 199 OR (vgl. Ziff. 5 der weiteren Bestimmungen des Kaufvertrags vom 22. Juli 2010, act. 4/1 S. 7) in Frage. Damit ist glaubhaft gemacht, dass ein Sachverhalt vorliegt, bei dessen Verwirklichung das materielle Privatrecht der Berufungsklägerin einen Anspruch gegen den Berufungsbeklagten gewähren würde. Das von der Berufungsklägerin beantragte Beweismittel des Gutachtens eignet sich zur Feststellung, ob die behaupteten statischen Mängel vorliegen oder nicht, da nur ein ausgewiesener Experte über die notwendigen Kenntnisse verfügt, um sich hierüber ein Urteil zu bilden. Ebenfalls eignet sich eine von der Berufungsklägerin verlangte mündliche Exper-

teninstruktion auf dem Lokal (act. 22 S. 2 mit Verweis auf act. 1 S. 2 f.), das heisst ein Augenschein (Art. 181 ZPO). In einem allfälligen ordentlichen Prozess wäre eine Würdigung des Beweisergebnisses vorzunehmen, wobei – auch wenn es sich beim ordentlichen Gericht nicht um dasselbe Gericht handeln würde – das über den Augenschein erstellte Protokoll (Art. 182 ZPO) von Amtes wegen beigezogen werden könnte (vgl. ZK ZPO-Fellmann, Art. 158 N. 48). Nach den von der Berufungsklägerin beabsichtigten Sanierungsarbeiten wäre die Durchführung eines Augenscheins hingegen nicht mehr möglich.

Die Ausführungen des Berufungsbeklagten zum Instrument der vorsorglichen Beweisabnahme sind nicht nachvollziehbar: Er bringt vor, die vorsorgliche Beweisabnahme könne die Frage der Einsturzgefahr nicht beantworten. Eine solche Frage könne nur durch ein Gutachten beurteilt werden. Eine vorsorgliche Beweisabnahme sei kein Gutachten, weshalb eine allfällige Einsturzgefahr nicht mittels vorsorglicher Beweisabnahme festgestellt werden könne. Es müsse sich ein Gutachter zur Frage der Einsturzgefahr äussern, nicht derjenige, der eine vorsorgliche Beweisabnahme durchführe (d.h. der Stadtammann). Die statischen Werte eines Gebäudes könnten nur im Rahmen eines komplexen Gutachtens ermittelt werden, nicht im Rahmen einer summarischen Beweisabnahme (act. 29 Rz. 16.2). Der Berufungsbeklagte verkennt das Instrument der vorsorglichen Beweisführung. Im Rahmen der vorsorglichen Beweisabnahme kann der Beweis mit einem Zeugnis, mit Urkunden, mit Augenschein, Gutachten, schriftlicher Auskunft oder mit Parteibefragung und Beweisaussage aufgenommen werden (Art. 168 ZPO). Ausserdem sind auf die vorsorgliche Beweisabnahme die Bestimmungen des 10. Titels (Art. 150 – 193 ZPO) über den Beweis anwendbar (ZK ZPO-Fellmann, Art. 158 N. 30). Der Berufungsbeklagte verwechselt die vorsorgliche Beweisführung wohl mit dem amtlichen Befund (vgl. § 234 des am 31. Dezember 2010 ausser Kraft getretenen zürcherischen Gesetzes über den Zivilprozess [ZPO/ZH] vom 13. Juni 1976 beziehungsweise § 143 des am 1. Januar 2011 in Kraft getretenen Gesetzes über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess [GOG] vom 10. Mai 2010).

Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass die Berufungsklägerin das Vorliegen der behaupteten Tatsachen (in casu der Mängel), welche sie mit dem abzunehmenden Beweismittel beweisen will, nicht glaubhaft machen muss. Andernfalls würde der Zweck der vorsorglichen Beweisführung, die Beweisaussichten abzuklären, vereitelt (vgl. Mark Schweizer, a.a.O., S. 7). Die Bestreitung der Einsturzgefahr des 3. UG durch den Berufungsbeklagten (act. 29 Rz. 16) und auch das von ihm eingereichte Schreiben des Amtes für Baubewilligungen vom 21. Juni 2011 (sofern es sich bei diesem denn überhaupt um ein zulässiges Novum handeln würde) sind deshalb unbeachtlich. Davon abgesehen würde das Schreiben des Amtes für Baubewilligungen die von der Berufungsklägerin geltend gemachten Mängel nicht widerlegen. Zum einen bestätigt es zwar, dass keine latente Einsturzgefahr bestehe, was von der Berufungsklägerin aber gar nicht behauptet wurde. Zum anderen weist es darauf hin, dass eine Prüfung der gesamten Statik des Gebäudes nicht durch die Baukontrolleure des Amtes für Baubewilligungen erfolge, sondern als privater Auftrag im Namen der Bauherrschaft durch eine Fachperson (act. 30). Unbeachtlich sind auch die Vorbringen des Berufungsbeklagten, die Berufungsklägerin habe im Rahmen der Bauabnahme nicht direkt danach gefragt, ob das 3. UG einsturzgefährdet sei (act. 29 Rz. 17) bzw. es habe der Berufungsklägerin obliegen, entweder eine Zusicherung über die Materialien zu verlangen oder die Materialien selber abzuklären (act. 29 Rz. 28) und die Ausführungen dazu, ob die Wand eine tragende sei oder nicht (act. 29 Rz. 29), denn über die Mangelhaftigkeit des 3. UG sowie über das Vorliegen der Voraussetzungen einer allfälligen Haftung ist nicht in diesem Verfahren zu befinden.

e) Die Berufungsklägerin kann weiter glaubhaft machen, dass ihr ein erheblich grösserer Zeit- und Kostenaufwand droht, wenn sie einen ordentlichen Prozess anstrebt. Sie beabsichtigt, die erworbenen Stockwerkeigentumseinheiten umzubauen und zu vermieten. Dies bestreitet der Berufungsbeklagte zwar (act. 29 Rz. 4); eine Absicht zum Umbau ergibt sich aber bereits aus der Ziff. 6 der weiteren Bestimmungen des Kaufvertrages vom tt.mm.2010 ("Der Verkäufer bestätigt gegenüber der Käuferin, dass bezüglich der Vertragsobjekte die Auflagen in den Bauentscheiden Nrn. .../02 und .../04 vollständig erfüllt sind und die

Baufreigabe vorliegt."; vgl. act. 4/1 S. 7). Der Einwand des Berufungsbeklagten, es gebe keinen vernünftigen Grund, die obersten Wohnungen zu vermieten und die unteren nicht, wenn die Berufungsklägerin doch behaupte, der Keller könne einstürzen (act. 29 Rz. 26), überzeugt nicht. Der Architekt der Berufungsklägerin weist darauf hin, die statischen Mängel seien zu beheben, bevor in den oberen Geschossen Um- und Erneuerungsbauten vorgenommen werden könnten (act. 4/6). Es bestehe Einsturzgefahr für die Decke des 3. UG (vgl. act. 1 S. 5). Weder er noch der Bauingenieur behaupten, es bestehe Einsturzgefahr für das gesamte Haus. Eine wesentliche Verzögerung durch ein ordentliches Verfahren geht daher mit entgangenen Mietzinseinnahmen aus den vom Umbau betroffenen Stockwerkeigentumseinheiten einher, was einen erheblichen Kostenaufwand darstellt. Ein erheblicher Kostenaufwand begründet ein schutzwürdiges Interesse an einer vorsorglichen Beweisabnahme.

6. Im Sinne der dargelegten Erwägungen ist die Berufung gutzuheissen, der vorinstanzliche Entscheid vollumfänglich aufzuheben und das Verfahren zur vorsorglichen Beweisabnahme an die Vorinstanz zurückzuweisen.

III. Kosten- und Entschädigungsfolge

1. a) Die Vorinstanz wird nach der Durchführung der vorsorglichen Beweisabnahme im Endentscheid über die Kosten- und allenfalls Entschädigungsfolge zu befinden haben.

b) Hierbei hat sie Folgendes zu beachten: Die Berufungsklägerin hat die Gerichts- und die Beweiskosten der vorsorglichen Beweisführung grundsätzlich selbst zu tragen. Wird die vorsorgliche Beweisführung auf Antrag des Berufungsbeklagten ausgedehnt, hat er für die daraus entstehenden Mehrkosten aufzukommen (vgl. ZK ZPO-Fellmann, Art. 158 N. 37). Das Prinzip, wonach die Gerichtskosten für die vorsorgliche Beweisabnahme vom Gesuchsteller grundsätzlich selbst zu tragen sind, ist dann zu durchbrechen, wenn der Gesuchsgegner den Anspruch auf eine vorsorgliche Beweisabnahme als solchen bestreitet und dadurch ein Verfahren über diese Frage anstrengt (vgl. auch Mark Schweizer,

a.a.O., S. 25). In solchen Fällen gilt der übliche Grundsatz der Kostenauflegung nach dem Unterliegen beziehungsweise Obsiegen der Parteien. Die Vorinstanz darf somit bei der Kostenregelung in ihrem Endentscheid die bisher gewärtigten Kosten von Fr. 2'500.– (vgl. Dispositiv-Ziffer 2 des vorinstanzlichen Entscheids) nicht der Berufungsklägerin auferlegen, sondern – wenn überhaupt – nur dem Berufungsbeklagten. Ferner hat die Vorinstanz zu beachten, dass der Berufungsklägerin durch das vorliegende Rechtsmittelverfahren im vorinstanzlichen Verfahren keine prozessualen Kosten entstanden sind und sie deshalb die Kosten für die Stellung des Gesuchs (vorläufig) selbst zu tragen hat.

2. a) Die Kosten- und Entschädigungsfolge für das Berufungsverfahren richtet sich nach den allgemeinen Grundsätzen (Obsiegen/Unterliegen).

b) Lautet das Rechtsbegehren nicht auf eine bestimmte Geldsumme, so setzt das Gericht den Streitwert gemäss Art. 91 Abs. 2 ZPO fest, sofern sich die Parteien darüber nicht einigen oder ihre Angaben offensichtlich unrichtig sind. Da das Rechtsbegehren der Berufungsklägerin nicht auf eine bestimmte Geldsumme lautete, wurde den Parteien von der Vorinstanz mit Verfügung vom 10. Februar 2011 Frist angesetzt, um zum Streitwert Stellung zu nehmen (act. 5a). Mit Eingabe vom 21. Februar 2011 äusserte sich die Berufungsklägerin zum Streitwert und gab an, dass dieser den Betrag von Fr. 20'000.– übersteigen werde (act. 6). Der Berufungsbeklagte machte keine Angaben (act. 13). Daraufhin setzte die Vorinstanz den Streitwert auf Fr. 30'000.– an, da die Berufungsklägerin Mängelbehebungskosten in mindestens dieser Höhe erwähnt hatte (act. 20 S. 5). Dagegen opponierten die Parteien im Berufungsverfahren nicht, weshalb auf den vorinstanzlich festgesetzten Streitwert abzustellen ist.

c) Bei einem Streitwert von Fr. 30'000.– ist die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren auf Fr. 2'000.– festzusetzen (§§ 12 Abs. 1 und Abs. 2 in Verbindung mit 2 Abs. 1 lit. a, 4 Abs. 1 und 8 Abs. 1 GebV OG). Ausgangsgemäss sind die Gerichtskosten dem Berufungsbeklagten aufzuerlegen und aus dem von der Berufungsklägerin geleisteten Kostenvorschuss zu beziehen. Der Berufungsbeklagte ist zu verpflichten, der Berufungsklägerin den geleisteten Vorschuss von Fr. 2'000.– zu bezahlen.

d) Der Berufungsbeklagte ist zu verpflichten, der Berufungsklägerin für das Berufungsverfahren eine Umtriebsentschädigung zu bezahlen (Art. 95 Abs. 3 ZPO). Die Parteientschädigung wird im Kanton Zürich nach der Verordnung über die Anwaltsgebühren (AnwGebV) vom 8. September 2010 festgesetzt. Gemäss § 2 Abs. 1 lit. a der AnwGebV bildet im Zivilprozess der Streitwert beziehungsweise der Interessewert Grundlage für die Festsetzung der Gebühr. Beim in Frage stehenden Streitwert von Fr. 30'000.– beträgt die Parteientschädigung Fr. 1'000.– (§§ 13 Abs. 1 und Abs. 2 in Verbindung mit 2 Abs. 1 lit. a, 4 Abs. 1 und 9 AnwGebV). Die Berufungsklägerin verlangt die Zusprechung der Mehrwertsteuer (act. 22 S. 2). Hiergegen opponiert der Berufungsbeklagte nicht. Der Berufungsbeklagte ist somit zu verpflichten, der Berufungsklägerin eine Prozessentschädigung von Fr. 1'000.– zuzüglich Mehrwertsteuer zu bezahlen (vgl. Kreisschreiben des Obergerichts des Kantons Zürich vom 17. Mai 2006).

Es wird beschlossen

1. Das Urteil des Einzelgerichtes (Audienz) des Bezirkes Zürich vom 8. April 2011 wird aufgehoben, und die Sache wird zur vorsorglichen Beweisabnahme im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren wird auf Fr. 2'000.– festgesetzt.
3. Die Kosten für das Berufungsverfahren werden dem Berufungsbeklagten auferlegt und aus dem von der Berufungsklägerin geleisteten Kostenvorschuss bezogen. Der Berufungsbeklagte wird verpflichtet, der Berufungsklägerin den geleisteten Vorschuss von Fr. 2'000.– zu bezahlen.
4. Der Berufungsbeklagte wird verpflichtet, der Berufungsklägerin für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 1'000.– zzgl. 8% Mehrwertsteuer zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

6. 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. 30'000.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. A. Muraro-Sigalas

versandt am: