

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LF120006-O/U

Mitwirkend: die Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Ersatzrichter lic. iur. P. Raschle sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. F. Gohl Zschokke.

## Urteil vom 3. April 2012

in Sachen

**A.\_\_\_\_\_ AG,**

Beklagte Nr. 5 Berufungsklägerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X.\_\_\_\_\_

gegen

**B.\_\_\_\_\_,**

Klägerin und Berufungsbeklagte,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y.\_\_\_\_\_

betreffend **vorsorgliche Beweisführung**

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes summarisches Verfahren des Bezirksgerichtes Winterthur vom 9. Januar 2012 (ET110006)

## **Erwägungen:**

### 1. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1.1. B. \_\_\_\_\_ (im Folgenden: Berufungsbeklagte) liess als Bauherrin die Überbauung "C. \_\_\_\_\_" in ... D. \_\_\_\_\_ mit insgesamt 13 Wohnungen erstellen. Mit der Ausführung des Projektes war unter anderem die A. \_\_\_\_\_ AG (im Folgenden: Berufungsklägerin) betraut, welche Zimmermann-Arbeiten auszuführen hatte (vgl. act. 3/6). Das Stockwerkeigentum 70/1000 Miteigentum an der Liegenschaft GBBI ..., Kat.-Nr. ... mit Sonderrecht an der 3½-Zimmer-Maisonettewohnung ... samt Abstellraum auf den Ebenen ... sowie am Keller Nr. ... auf der Ebene (BGGL ...) in der Wohnüberbauung "C. \_\_\_\_\_" wurde mit Vertrag vom tt. Februar 2006 (act. 3/2) verkauft. Der Käufer kontaktierte die Berufungsbeklagte in der Folge wegen Feuchtigkeitsschäden in der erwähnten Wohnung (act. 1 S. 4 ff.).

1.2. Mit Eingabe vom 2. September 2011 (act. 1) leitete die Berufungsbeklagte beim Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Winterthur gegen die Berufungsklägerin und vier weitere am Bau Beteiligte sowie gegen den Käufer der Wohnung ein Verfahren betreffend vorsorgliche Beweisführung ein. Sie verlangte, es sei ein gerichtliches Gutachten betreffend Feuchtigkeitsschäden anzuordnen, und nannte neun Fragestellungen, welche dem Gutachter zu unterbreiten seien (vgl. act. 1 S. 2 f., Fragen 1.1-1.9). Als Gutachter schlug sie E. \_\_\_\_\_ oder eine vom Gericht zu bestimmende Person vor (vgl. act. 1 S. 3).

1.3. Das Einzelgericht setzte der Berufungsbeklagten mit Verfügung vom 9. September 2011 (act. 5) Frist zur Leistung eines Barvorschusses an und forderte die Gegenparteien zur Stellungnahme auf. Überdies schlug es den Parteien E. \_\_\_\_\_ oder F. \_\_\_\_\_ als Gutachter vor. Nach dem Eingang des Barvorschusses (vgl. act. 7) und dreier Stellungnahmen (vgl. act. 8, act. 9 und act. 11) ernannte das Einzelgericht mit Verfügung vom 13. Oktober 2011 (act. 12) F. \_\_\_\_\_ als Gutachter mit dem Auftrag, die von der Berufungsbeklagten aufgeworfenen Fragen 1.1-1.9 zu beantworten und darüber hinaus allenfalls eigene Bemerkungen zum Gutachten anzubringen (vgl. act. 12 S. 3 und S. 4).

1.4. Am 7. November 2011 nahm der Gutachter vor Ort einen Augenschein (vgl. act. 15 und act. 20 S. 3) und erstattete darauf sein Gutachten vom 5. Dezember 2011 (act. 20). Das Einzelgericht forderte die Parteien mit Verfügung vom 8. Dezember 2011 (act. 21) dazu auf, zum Gutachten Stellung zu nehmen. Es trafen darauf hin die Schreiben dreier Parteien ein (vgl. act. 24, act. 25 und act. 27), darunter eines der Berufungsklägerin vom 14. Dezember 2011 (act. 25). Mit demselben machte diese im Wesentlichen geltend, das Gutachten sei teilweise unvollständig, enthalte fehlerhafte Schlussfolgerungen und müsse ergänzt und korrigiert werden (vgl. act. 25 S. 1). Der Käufer der fraglichen Wohnung ersuchte um Erläuterung des Gutachtens (act. 27 S. 2).

1.5. Das Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Winterthur wies mit Verfügung vom 9. Januar 2012 (act. 28 = act. 31 = act. 33) die Anträge auf Ergänzung bzw. Erläuterung des Gutachtens ab (Dispositivziffer 1). Es erklärte das Geschäft als erledigt (Dispositivziffer 2) und ordnete an, dass die Entscheidgebühr von Fr. 1'100.-- und die Kosten für das Gutachten von Fr. 9'927.50 aus dem von der Berufungsbeklagten geleisteten Vorschuss zu beziehen, der Entscheid über die endgültige Kostentragung aber einem allfälligen Hauptverfahren vorzubehalten sei (Dispositivziffer 3). Ferner sprach es keine Parteienschädigungen zu und behielt einen anderen Entscheid über die Entschädigung einem allfälligen Hauptverfahren vor (Dispositivziffer 4).

1.6. Mit Eingabe vom 3. Februar 2012 (Datum Poststempel; act. 32) erhob die Berufungsklägerin rechtzeitig Berufung beim Obergericht des Kantons Zürich (vgl. act. 29). Den mit Verfügung vom 6. Februar 2012 (act. 36) auferlegten Kostenvorschuss von Fr. 1'500.-- leistete die Berufungsklägerin fristgerecht (vgl. act. 37 und act. 38). Von der Einholung einer Berufungsantwort wurde abgesehen (vgl. Art. 312 Abs. 1 ZPO).

## 2. Prozessuale Vorbemerkungen

2.1. Die Berufung hemmt die Rechtskraft des angefochtenen Entscheids im Umfang der Anträge (Art. 315 Abs. 1 ZPO).

2.2. Die Berufungsklägerin liess die erstinstanzliche Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen (vgl. Dispositivziffern 3 und 4) unangefochten (vgl. act. 32). Ebenso wenig hat der Käufer der fraglichen Wohnung die Abweisung seines Erklärungsbegehrens angefochten. Die Verfügung vom 9. Januar 2012 ist folglich insoweit bereits in Rechtskraft erwachsen.

### 3. Zur Berufung

3.1. Die Berufungsklägerin beantragt mit ihrer Berufungsschrift, es seien die rechtlichen Würdigungen, insbesondere in der Antwort auf die Frage 1.7 an den Gutachter, aus dem Gutachten zu entfernen. Eventualiter sei das gerichtliche Gutachten hinsichtlich der Frage 1.7 an den Gutachter durch ein Zweitgutachten zu überprüfen. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten (act. 32 S. 2).

3.2. Mit Berufung kann unrichtige Rechtsanwendung oder unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (vgl. Art. 310 ZPO). Die Berufungsklägerin hat es versäumt, in ihrer Berufungsschrift darzulegen, inwiefern die Vorinstanz Recht unrichtig angewendet oder den Sachverhalt unrichtig festgestellt haben könnte (vgl. act. 32). Vielmehr beschränkt sie sich darauf, das Gutachten vom 5. Dezember 2011 zu beanstanden. Dieses soll rechtliche Würdigungen enthalten und den erteilten Gutachtensauftrag über- bzw. unterschreiten (vgl. act. 32 S. 7 ff.).

3.3. Die Berufungsklägerin scheint bei ihrem Vorgehen die beschränkten Wirkungen der vorsorglichen Beweisführung gemäss Art. 158 ZPO vor Einleitung eines Prozesses zu verkennen. Dieselbe schliesst eine Beweisabnahme zum gleichen Thema im Hauptprozess nicht aus (ZK ZPO-Fellmann, Art. 158 N 46 und N 48). In einem solchen könnte folglich ohne weiteres ein Zweitgutachten verlangt und angeordnet werden. Überdies wäre es der Berufungsklägerin unter den – gegebenen – Voraussetzungen von Art. 158 ZPO frei gestanden, bei der Vorinstanz ein (zweites) Gutachten zu verlangen. Dies hat sie offenbar versäumt (vgl. act. 25). Für das beantragte Zweitgutachten besteht vorliegend somit von vornherein kein Raum. Insbesondere wird es die Aufgabe des für den (allfälligen) Haupt-

prozess zuständigen Gerichtes sein, darüber zu entscheiden, inwieweit das Gutachten vom 5. Dezember 2011 zuzulassen ist, und dieses danach – soweit relevant – zu würdigen (vgl. Art. 154 und Art. 157 ZPO; DIKE-Komm-ZPO, Art. 158 N 2). Die von der Berufungsklägerin gegen den Inhalt des Gutachtens vom 5. Dezember 2011 erhobenen Einwände sind hier folglich unbeachtlich.

3.4. Des weiteren rügt die Berufungsklägerin, der Gutachter habe es offensichtlich unterlassen zu untersuchen, ob die von einer weiteren am Bau Beteiligten montierte Weichfaserplatte identisch sei mit jener, welche zum Schaden beigetragen haben soll. Ebenso wenig habe der Gutachter untersucht, ob bei der Verschraubung der nachweislich von einer weiteren am Bau Beteiligten montierten Weichfaserplatte identische Schrauben verwendet worden seien wie jene, welche zum Schaden beigetragen haben sollen. Ferner habe er auch nicht untersucht, wo sonst im Holzbereich solche Schrauben verwendet worden seien (act. 32 S. 5, S. 9 und S. 10). Hierzu ist zu bemerken, dass das Gericht den Parteien Gelegenheit zu geben hat, eine Erläuterung des Gutachtens oder Ergänzungsfragen zu beantragen (vgl. Art. 187 Abs. 4 ZPO). Eine solche hat die Vorinstanz den Parteien mit Verfügung vom 8. Dezember 2011 (act. 21) geboten. Die Berufungsklägerin unterliess es jedoch, in ihrer Stellungnahme vom 14. Dezember 2011 entsprechende (konkrete) Ergänzungsfragen zu Händen des Gutachters zu stellen. Der Antrag, das Gutachten sei zu ergänzen (vgl. act. 25 S. 1), für sich allein genügt jedenfalls nicht. Ebenso wenig der blosser Hinweis, eine Kontrolle der Montage der restlichen Weichfaserplatten hätte sicher die Antwort auf die Herkunft der Vollgewindeschrauben geliefert (vgl. act. 25 S. 2). Es ist nicht Aufgabe des Gerichts, aus offen formulierten kritischen Bemerkungen der Parteien zum Gutachten die zu stellenden Zusatzfragen herauszuarbeiten (ZK ZPO-Weibel, Art. 187 N 13). Der Vorinstanz sind folglich im Zusammenhang mit der Prüfung einer Ergänzung des Gutachtens von vornherein keine Versäumnisse anzulasten.

3.5. Auf Grund der dargelegten Erwägungen erweist sich die Berufung als unbegründet. Der angefochtene Entscheid ist deshalb zu bestätigen (vgl. Art. 318 Abs. 1 lit. a ZPO).

#### 4. Kosten- und Entschädigungsfolgen

In Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 8 Abs. 1 sowie § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG erscheint eine Gerichtsgebühr von Fr. 1'500.-- für das Berufungsverfahren als angemessen. Sie ist ausgangsgemäss der Berufungsklägerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO) und mit dem von ihr geleisteten Vorschuss zu verrechnen (Art. 111 Abs. 1 ZPO). Der Berufungsbeklagten sind im Zusammenhang mit dem Berufungsverfahren keine Umtriebe entstanden, die es zu entschädigen gälte. Für das Berufungsverfahren ist daher keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

#### **Es wird erkannt:**

1. Die Berufung wird abgewiesen, und die Verfügung des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Winterthur vom 9. Januar 2012 wird bestätigt, soweit sie nicht bereits rechtskräftig ist.
2. Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren wird auf Fr. 1'500.-- festgesetzt, der Berufungsklägerin auferlegt und aus dem von ihr geleisteten Vorschuss bezogen.
3. Es wird für das Berufungsverfahren keine Parteientschädigung zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Berufungsbeklagte unter Beilage eines Doppels der Berufungsschrift samt Beilagenverzeichnis (act. 32), und an die Obergerichtskasse sowie – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an das Einzelgericht des Bezirksgerichtes Winterthur, 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 liegt unter Fr. 30'000.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. F. Gohl Zschokke

versandt am: