

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF170041-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Würsch

Urteil vom 15. Dezember 2017

in Sachen

A._____,

Gesuchstellerin und Berufungsklägerin,

vertreten durch Rechtsanwalt PD Dr. iur. X1.____ und / oder Rechtsanwältin lic. iur. X2.____,

gegen

B.____ **AG**,

Gesuchsgegnerin und Berufungsbeklagte,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y.____,

betreffend **vorsorgliche Beweisführung**

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes Audienz des Bezirksgerichtes Zürich vom 10. Juli 2017 (ET170006)

Rechtsbegehren der Gesuchstellerin:

(act. 1 S. 2 ff., sinngemäss)

- "1 Es sei eine vorsorgliche Beweisführung anzuordnen.
2. Im Rahmen dieser vorsorglichen Beweisführung seien durch den gerichtlich bestellten Gutachter die Fragen 1-10 (gemäss act. 1 S. 2-5) in Bezug auf den Anbau für Praxisräumlichkeiten an der Liegenschaft C._____ ... in ... Zürich zu beantworten.
3. Der Gutachter sei hinsichtlich der unter Ziff. 2 hiervor aufgelisteten Fragen 1-10 – sofern die einzelnen Fragen durch den Gutachter bejaht werden oder (bei Verneinung) wenn sonst Abweichungen von den Regeln der Baukunde vorgefunden werden – anzuweisen, den vorgefundenen Zustand im Einzelnen zu dokumentieren und bezüglich (i) Art, (ii) Lage, (iii) Ausmass und Umfang durch Wort und Bild präzise zu beschreiben; dies (soweit möglich) unter Angabe allfällig nicht eingehaltener Regeln der Baukunde.
4. Es sei Herr D._____, dipl. Bau-Ing. ETH/SIA/STV, c/o D1._____ AG, ... [Adresse], als Gerichtsexperte zu ernennen.
5. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, zzgl. 8% MWST auf der Prozessentschädigung, zu Lasten der Gesuchsgegnerin."

Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, Einzelgericht Audienz, vom 10. Juli 2017:

(act. 25 = act. 28 S. 13 f.)

1. Das Gesuch vom 21. Februar 2017 wird abgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr von Fr. 7'500.– wird der Gesuchstellerin auferlegt, unter Verrechnung des geleisteten Kostenvorschusses.
3. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, der Gesuchsgegnerin eine Parteientschädigung von Fr. 10'000.– zu bezahlen.
- 4./5. [Schriftliche Mitteilung / Rechtsmittelbelehrung: Berufung, 10 Tage, kein Fristenstillstand].

Berufungsanträge:

(act. 29 S. 2)

- "1. Es sei das Urteil des Einzelgerichts Audienz am Bezirksgericht Zürich vom 10. Juli 2017 (Geschäfts-Nr. ET170006-L) vollumfänglich aufzuheben und es sei die Vorinstanz anzuweisen, auf das von der Berufungsklägerin am 21. Februar 2017 eingereichte Gesuch um vorsorgliche Beweisführung materiell einzutreten und dieses zu behandeln resp. die Rechtsbegehren der Berufungsklägerin zu prüfen.
2. Eventualiter sei das Urteil des Einzelgerichts Audienz am Bezirksgericht Zürich vom 10. Juli 2017 (Geschäfts-Nr. ET170006-L) vollumfänglich aufzuheben und es sei das Verfahren zur neuen Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
3. Subeventualiter sei das Urteil des Einzelgerichts Audienz am Bezirksgericht Zürich vom 10. Juli 2017 (Geschäfts-Nr. ET170006-L) vollumfänglich aufzuheben und es sei durch die Rechtsmittelinstanz selbst materiell auf das von der Berufungsklägerin am 21. Februar 2017 eingereichte Gesuch um vorsorgliche Beweisführung einzutreten und sie selbst habe dieses zu behandeln resp. die Rechtsbegehren der Berufungsklägerin zu prüfen.
4. Es seien die Akten der Vorinstanz beizuziehen.
5. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, zzgl. 8% MwSt. auf der Prozessentschädigung, zu Lasten der Berufungsbeklagten."

Erwägungen:

I.

1. A._____ (Gesuchstellerin und Berufungsklägerin, fortan Berufungsklägerin) ist Eigentümerin des Einfamilienhauses an der C._____ ... in ... Zürich. Ende des Jahres 2004 gab sie den Auftrag zur Planung und Ausführung von Um- sowie Anbauarbeiten an ihrer Liegenschaft. Der aufgesetzte Vertrag für Architekturleistungen, welcher als Auftraggeberin die Berufungsklägerin und als Architekten unter dem Logo "Architekten-Gemeinschaft B1._____" E._____ aufführte, blieb ununterzeichnet. Der Baubeginn war am 4. April 2005. Die Honorar-

Schlussabrechnung wurde von der Berufungsklägerin sowie E._____ am 2. März 2006 unterschriftlich genehmigt. Im Oktober 2007 wurden (letzte) Garantearbeiten durchgeführt, betreffend welche diverse Schreiben des Architekten E._____ (unter Verwendung des Briefpapiers mit Logo "Architekten-Gemeinschaft B1._____") an die Berufungsklägerin ergingen. Im Februar 2013 entdeckte die Berufungsklägerin ein Loch in der Tapete einer Innenwand des Anbaus, bei dessen Behebung sie einen Wasserschaden von grossem Ausmass feststellte. Per E-Mail vom 20. Februar 2013 teilte sie E._____ "eine überraschende Entdeckung" mit und orientierte über immer wieder auftretenden Schimmel. Mit Schreiben vom 26. Juni 2014 zeigte die nunmehr anwaltlich vertretene Berufungsklägerin an, dass sie die B._____ AG (Gesuchsgegnerin und Berufungsbeklagte, fortan Berufungsbeklagte) für verantwortlich sowie für die Kosten der Instandsetzung des Anbaus haftbar erachte und um Unterzeichnung eines Verjährungseinredevorwands ersuche. Im Schreiben vom 7. Juli 2014 bestritt der Rechtsvertreter der Berufungsbeklagten vorsorglich deren Gegenparteistellung und auch die Versicherung der Berufungsbeklagten stellte sich im Schreiben vom 18. Juli 2014 auf den Standpunkt, dass E._____ die Berufungsbeklagte durch sein Handeln nicht verpflichtet habe. Am 2. September 2014 stellte die Berufungsklägerin gegen die Berufungsbeklagte sowie gegen E._____ ein Betreibungsbegehren über je Fr. 900'000.00 nebst Zins zu 5% seit 27. Oktober 2004. In beiden Betreibungen wurde Rechtsvorschlag erhoben (act. 1 S. 9 ff.; act. 3/2; act. 3/6; act. 3/8-17; act. 17 S. 11 ff.; act. 18/8).

2. Am 23. Februar 2017 gelangte die Berufungsklägerin an das Einzelgericht Audienz am Bezirksgericht Zürich (fortan Vorinstanz) und beantragte eine vorsorgliche Beweisabnahme mit den eingangs erwähnten Rechtsbegehren (act. 1). Die Berufungsklägerin bezifferte den Streitwert in der Folge aufforderungsgemäss und leistete den Kostenvorschuss für das vorinstanzliche Verfahren (act. 9 und act. 12). Die Berufungsbeklagte erstattete die Gesuchsantwort am 12. April 2017. Sie bestritt darin ihre Passivlegitimation (act. 17 S. 9 f.). Die Vorinstanz stellte der Berufungsklägerin die Eingabe der Berufungsbeklagten mit Verfügung vom 19. April 2017 zu, mit dem Hinweis, dass sich eine allfällige schriftliche Stellungnahme vorab auf die Passivlegitimation zu beschränken habe. Eine Stellungnah-

me, welche nicht innert 10 Tagen erfolge, bleibe unberücksichtigt (act. 19). Dem Gesuch der Berufungsklägerin um Erstreckung der Frist zur Einreichung einer Stellungnahme bis am 22. Mai 2017 entsprach die Vorinstanz (act. 21). Die Berufungsklägerin erstattete eine Stellungnahme am 22. Mai 2017 (act. 23). Mit Urteil vom 10. Juli 2017 wies die Vorinstanz das Gesuch der Berufungsklägerin um vorsorgliche Beweisabnahme unter Kosten- und Entschädigungsfolgen für die Berufungsklägerin ab (act. 25 = act. 28 S. 13 f.).

3. Gegen diesen Entscheid erhob die Berufungsklägerin mit Eingabe vom 24. Juli 2017 (Datum Poststempel) fristgerecht Berufung beim Obergericht des Kantons Zürich, wobei sie die eingangs aufgeführten Anträge stellte (act. 29 S. 2; act. 26a). Mit Verfügung vom 7. August 2017 wurde ihr Frist angesetzt, um für das Berufungsverfahren einen Kostenvorschuss zu leisten. Der Vorschuss ging fristgerecht ein (act. 31-33).

4. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 1-26). Da sich die Berufung der Berufungsklägerin – wie nachfolgend noch dazulegen wird – sofort als unbegründet erweist, kann auf die Einholung einer Berufungsantwort der Berufungsbeklagten verzichtet werden (Art. 312 Abs. 1 ZPO). Der Berufungsbeklagte ist mit dem vorliegenden Entscheid lediglich das Doppel der Berufungsschrift zuzustellen. Auf die Vorbringen der Berufungsklägerin ist nachfolgend – soweit entscheidrelevant – einzugehen.

II.

1. Der vorinstanzliche Entscheid betrifft ein Gesuch um vorsorgliche Beweisführung, auf welches die Bestimmungen über die vorsorglichen Massnahmen Anwendung finden (Art. 158 Abs. 1 ZPO). Erstinstanzliche Massnahmeentscheide sind grundsätzlich mit Berufung anfechtbar (Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO), wobei in vermögensrechtlichen Angelegenheiten die Berufung nur zulässig ist, wenn der Streitwert der zuletzt aufrecht erhaltenen Rechtsbegehren mindestens Fr. 10'000.00 beträgt (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Zur Bestimmung des Streitwertes ist in Verfahren betreffend vorsorgliche Beweisführung aufgrund des allgemeinen

Verweises in Art. 158 Abs. 2 ZPO an das Massnahmerecht anzuknüpfen, weshalb sich der Streitwert für die vorsorgliche Beweisführung nach dem Streitinteresse im Hauptprozess richtet (OGer ZH LF110134 vom 12. Januar 2012; BGE 140 III 12 E. 3.3). Dieses beträgt vorliegend Fr. 500'000.00 (act. 9 und act. 17 S. 8, act. 28 S. 13). Die Berufung ist dementsprechend zulässig.

2.1. Die Berufung ist schriftlich und begründet einzureichen (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Es kann sowohl die unrichtige Rechtsanwendung als auch die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz kann sämtliche Mängel frei und uneingeschränkt prüfen, vorausgesetzt, dass sich die Berufung erhebende Partei mit den Entscheidungsgründen der ersten Instanz – soweit für die Berufung relevant – im Einzelnen auseinandersetzt und konkret aufzeigt, was am angefochtenen Urteil oder am Verfahren des Bezirksgerichts falsch war (ZR 110/2011 Nr. 80; vgl. BGE 138 III 374 = Pra 2013 Nr. 4 E. 4.3.1). Soweit eine genügende Beanstandung vorgebracht wird, wendet die Berufungsinstanz das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO). Die Berufungsinstanz ist weder an die Argumente der Parteien noch an die Begründung des vorinstanzlichen Entscheides gebunden (vgl. BGE 133 II 249 E. 1.4.1 m.w.H.). Sie darf sich auf die wesentlichen Überlegungen konzentrieren, von welchen sie sich hat leiten lassen (vgl. BK ZPO-Hurni, Bd. I, Bern 2012, Art. 53 N 60 f.).

2.2. Neue Tatsachen und Beweismittel sind im Berufungsverfahren nur dann noch zu berücksichtigen, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz hatten vorgebracht werden können (Art. 317 Abs. 1 ZPO; vgl. dazu BGE 138 III 625). In prozessualer Hinsicht hat eine Partei, welche neue Tatsachen und/oder Beweismittel im Berufungsverfahren einführen will, der Rechtsmittelinstanz (und der Gegenpartei) jeweils darzulegen, dass dies ohne Verzug erfolgt ist und weshalb es ihr trotz zumutbarer Sorgfalt nicht möglich gewesen war, die Tatsache und/oder das Beweismittel bereits vor erster Instanz vorzubringen (vgl. etwa ZK ZPO-Reetz/Hilber, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 317 N 49 m.w.H.; siehe auch OGer ZH LB110049 vom 5. März 2012, Erw. II.1.1 und II.1.2). Fehlt es an dergleichen Darlegungen, erweist

sich die Berufung in Bezug auf die darin vorgetragenen Noven als unbegründet und bleiben diese insofern unbeachtlich.

III.

A. Stellungnahme vom 22. Mai 2017

1. Die Vorinstanz berücksichtigte die Stellungnahme der Gesuchstellerin zur Passivlegitimation vom 22. Mai 2017 samt Beilagen nicht. Zur Begründung führte sie aus, im Summarverfahren sei grundsätzlich je ein Parteivortrag vorgesehen. Ein zweiter Schriftenwechsel sei nur anzuordnen, wenn die Gegenpartei in ihrer Stellungnahme Einwendungen oder Einreden vorbringe, zu denen sich der Gesuchsteller im Gesuch nicht geäußert habe und auch nicht habe äussern müssen. Die Berufungsklägerin habe sich bereits in ihrem Gesuch zur Passivlegitimation geäußert und es habe ihr aufgrund vorprozessualer Korrespondenz bewusst sein müssen, dass die Berufungsbeklagte sich nicht als passivlegitimiert erachte. Vor diesem Hintergrund hätte es sich aufgedrängt, sämtliche Sachvorbringen und Urkunden zur Passivlegitimation bereits mit dem Gesuch in das Verfahren einzubringen. Die Gesuchsantwort der Berufungsbeklagten sei der Berufungsklägerin lediglich im Rahmen des rechtlichen Gehörs zugestellt worden, verbunden mit dem Hinweis, dass sich eine allfällige Stellungnahme auf die Passivlegitimation zu beschränken habe. Eine Fristansetzung zur Erstattung einer Replik zum genannten Thema sei damit nicht erfolgt (act. 28 S. 7, Erw. 5.).

2. Die Berufungsklägerin sieht in der Nichtberücksichtigung ihrer Stellungnahme vom 22. Mai 2017 eine Verletzung ihres rechtlichen Gehörs (Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 53 Abs. 1 ZPO) und des Anspruchs auf Behandlung nach Treu und Glauben (Art. 9 BV). Sie bringt zusammengefasst vor, die Vorinstanz habe ihr mit Verfügung vom 19. April 2017 explizit die Möglichkeit resp. eine Frist eingeräumt, um zur Frage der Passivlegitimation eine Stellungnahme einzureichen. Daraus folge der Umkehrschluss, wenn eine Stellungnahme innert Frist eingereicht werde, werde sie berücksichtigt, sonst nicht. Dies ergebe sich ohnehin aus dem sog. Replikrecht, wonach zu jeder Eingabe Stellung genommen werden könne, und

zwar unabhängig davon, ob diese neue und erhebliche Gesichtspunkte enthalte. Die Vorinstanz habe alsdann mit Verfügung vom 25. April 2017 (kommentarlos) die von ihr verlangte Fristerstreckung gewährt. Im Vertrauen darauf, dass die Stellungnahme zur Passivlegitimation im Verfahren angemessen berücksichtigt werde, habe sie eine solche ausgearbeitet und fristgerecht eingereicht. Die Stellungnahme hätte demzufolge berücksichtigt werden müssen. In widersprüchlicher Weise und entgegen dem erweckten Vertrauen, habe sich die Vorinstanz jedoch überraschenderweise plötzlich auf den Standpunkt gestellt, dass im summarischen Verfahren nur je ein Parteivortrag vorgesehen sei und ein zweiter Schriftenwechsel nur angeordnet werde, wenn sich ein Gesuchsteller im Gesuch nicht äussere und auch nicht habe äussern können. Dabei gingen die Ausführungen der Vorinstanz fehl, dass sie (die Berufungsklägerin) aufgrund der vorprozessualen Korrespondenz mit dem Einwand der fehlende Passivlegitimation seitens der Berufungsbeklagten habe rechnen müssen. Zum einen sei die F. _____ in der Korrespondenz den gestellten Fragen betreffend den Vertragspartner gezielt ausgewichen und sie habe die Passivlegitimation der (bei ihr versicherten) Berufungsbeklagten lediglich in Bezug auf allfällige Schäden bestritten, die auf eine fehlerhafte Leitung der Gartenarbeiten zurückzuführen seien. Der vorprozessuale Standpunkt einer Partei könne überdies vom Standpunkt in einem späteren Prozess abweichen. Zum anderen habe sie (die Berufungsklägerin) in ihrem Gesuch über zwei Seiten und damit im Rahmen eines summarischen Verfahrens äusserst ausführlich dargelegt, weshalb sie die Berufungsbeklagte als passivlegitimiert erachte. Sich bereits im Gesuch zu sämtlichen möglichen Einwendungen und Einreden der Gegenpartei ausführlich und substantiiert zu äussern, sei unmöglich und nicht praktikabel. Die Ausführungen der Vorinstanz, dass die Gesuchsantwort der Berufungsbeklagten ihr lediglich im Rahmen des rechtlichen Gehörs zugestellt worden sei, eine diesbezügliche Stellungnahme aber nicht berücksichtigt werden könne, sei nicht nachvollziehbar und widerspreche dem Anspruch auf rechtliches Gehör. Denn die Einwendung der Berufungsbeklagten, sie sei nicht passivlegitimiert, stelle in prozessualer Hinsicht ein Novum dar, zu welchem sie (die Berufungsklägerin) sich in jedem Fall innert 10 Tagen äussern durfte (act. 29 S. 5-11).

3. Wie die Vorinstanz korrekt ausführte, sind Gesuche um vorsorgliche Beweisführung zufolge des Verweises in Art. 158 Abs. 2 ZPO im summarischen Verfahren zu behandeln (vgl. act. 28 S. 7 Erw. 5.). Im summarischen Verfahren ist gemäss Art. 253 ZPO von der Gegenpartei eine mündliche oder schriftliche Stellungnahme einzuholen, sofern das Gesuch nicht offensichtlich unzulässig oder unbegründet erscheint. Ein weiterer Schriftenwechsel – auch dies führte die Vorinstanz richtig aus (act. 28 S. 7, Erw. 5.) –, also das Erstellen einer Replik und einer Duplik, ist nicht vorgesehen. Anders als im ordentlichen Verfahren, in welchem sich die Parteien zweimal uneingeschränkt äussern können, kommt ihnen diese Gelegenheit im summarischen Verfahren also lediglich einmal zu. Die Parteien haben folglich ihre Vorbringen, d.h. die Tatsachenbehauptungen und Beweismittel, grundsätzlich abschliessend im Gesuch bzw. der Stellungnahme zum Gesuch darzulegen (OGer ZH LF140087 vom 16. Dezember 2016 E. 7; auch OGer ZH LF160079 vom 13. Februar 2017 E. II.5.c; ZK ZPO-Klingler, a.a.O., Art. 252 N 30 ff. m.w.H. sowie Art. 253 N 11; vgl. ferner BSK ZPO-Willisegger, 2. A., Basel 2013, Art. 229 N 58; Pahud, DIKE-Komm-ZPO, 2. A., Zürich/St. Gallen 2016, Art. 229 N 27, Kaufmann, DIKE-Komm-ZPO, a.a.O., Art. 252 N 31 ff. m.w.H. auch zu teils abweichenden Ansichten). Danach sind neue Angriffs- und Verteidigungsmittel nur noch unter den Voraussetzungen von Art. 229 ZPO zulässig (ZK ZPO-Klingler, a.a.O., Art. 252 N 33; vgl. auch Art. 219 ZPO), wobei zu beachten ist, dass die blossе Bestreitung eines gegnerischen Vorbringens kein Novum darstellt (OGer ZH LF140087 vom 16. Dezember 2016 E. 7).

4. In der unter Säumnisandrohung erfolgten förmlichen Fristansetzung der Vorinstanz mit Verfügung vom 19. April 2017 (act. 19) kann keine Anordnung eines zweiten Schriftenwechsels im Sinne von Art. 225 ZPO erkannt werden. Auch die gewährte Nachfrist ändert daran nichts. Die Vorinstanz räumte der Berufungsklägerin damit keinen weiteren Parteivortrag ein, welcher im Verfahren uneingeschränkt Berücksichtigung finden würde resp. mit welchem sie unbeschränkt neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel vorbringen durfte. Der anwaltlich vertretenen Berufungsklägerin hätte dies klar sein müssen. Wenn die Berufungsklägerin schreibt, die Vorinstanz habe ihr explizit eine zehntägige Frist angesetzt, um noch einmal resp. vertieft zur Passivlegitimation Stellung zu nehmen (act. 29

S. 8), handelt es sich um ihre Interpretation: Von einer vertieften Stellungnahme war nicht die Rede. Der Vorinstanz kann diesbezüglich weder ein widersprüchliches Verhalten noch eine Verletzung des Gebots von Treu und Glauben gemäss Art. 52 ZPO vorgeworfen werden, ganz abgesehen davon, dass die Fristansetzung zu einer vom Gesetz nicht vorgesehenen Rechtsschrift das Gesetz nicht ändern würde, so wenig wie eine unrichtige Rechtsmittelbelehrung ein nicht vorhandenes Rechtsmittel schafft. Die vorinstanzliche Fristansetzung erfolgte zur Wahrung des – auch von der Berufungsklägerin angerufenen – sog. Replikrechts. Dieses besteht unabhängig davon, ob ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet, eine Frist zur Stellungnahme angesetzt oder die Eingabe lediglich zur Kenntnisnahme zugestellt wird (BGE 138 I 484 E. 2.2). Es beinhaltet, dass Eingaben – trotz den Einschränkungen im summarischen Verfahren – aufgrund des Anspruchs der Parteien auf rechtliches Gehör (vgl. Art. 53 Abs. 1 ZPO) der jeweiligen Gegenpartei zur Kenntnisnahme zuzustellen sind und ihr die Möglichkeit zu gewähren ist, Stellung zu nehmen. Dabei steht es der Vorinstanz frei, hierzu ausdrücklich eine Frist anzusetzen. Es ist Sache der jeweiligen Partei, zu beurteilen, ob eine Stellungnahme aufgrund neuer Vorbringen erforderlich ist oder nicht (BGE 138 I 484 E. 2.1). Die Novenschranke kann auf jeden Fall mit solchen auf dieses sog. "ewige" Replikrecht gestützten Ausführungen weder umgangen noch verschoben werden (OGer ZH PF150029 vom 17. August 2015 E. 3.5).

Die Berufungsklägerin durfte in ihrer nach Eintritt der Novenschranke erstatteten Stellungnahme somit zwar uneingeschränkt in der Gesuchsantwort der Berufungsbeklagten enthaltene neuen Vorbringen zur Passivlegitimation bestreiten. Das Einführen weiterer Tatsachen und Beweismittel zur Passivlegitimation, welche weder im Gesuch vom 21. Februar 2017 noch in der Eingabe der Berufungsbeklagten vom 12. April 2017 erwähnt waren, richtete sich jedoch nach Art. 229 Abs. 1 ZPO analog. Durch die Nichtberücksichtigung der Stellungnahme vom 22. Mai 2017 könnte der Vorinstanz folglich nur eine Gehörsverletzung vorgeworfen werden, sofern die Berufungsklägerin darin zulässige Noven im Sinne von Art. 229 Abs. 1 ZPO vorgebracht hat, welche zu Unrecht nicht gehört wurden.

5.1. Gemäss Art. 229 Abs. 1 ZPO sind neue Tatsachen und Beweismittel zu berücksichtigen, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und erst nach der früheren Eingabe entstanden sind (sog. echte Noven) oder zwar bereits vorher vorhanden waren, jedoch trotz zumutbarer Sorgfalt nicht vorher vorgebracht werden konnten (sog. unechte Noven). Wird ein Novum im Sinne von Art. 229 Abs. 1 ZPO vorgebracht, muss gleichzeitig dargelegt werden, dass die Voraussetzungen dieser Bestimmung erfüllt sind (BK ZPO-Killias, Bern 2012, Art. 229 N 14 und 18; BSK ZPO-Willisegger, a.a.O., Art. 229 N 33; OFK ZPO-Engler, 2. A., Zürich 2015, Art. 229 N 5; ZK ZPO-Leuenberger, a.a.O., Art. 229 N 10).

5.2. Die Berufungsklägerin hatte sich in ihrem Gesuch auf rund zwei Seiten unter dem Titel "Parteien" zur Passivlegitimation der Berufungsbeklagten geäussert (act. 1 S. 7-9). Die Berufungsbeklagte antwortete hierauf auf zirka eineinhalb Seiten (act. 17 S. 9-10). Die alsdann von der Berufungsklägerin erstattete Stellungnahme vom 22. Mai 2017 umfasste sechzehn Seiten und zehn Belege zur Passivlegitimation (act. 23 und act. 24/20a-27). Es ist offensichtlich, dass sie demzufolge zahlreiche neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel in das Verfahren einbrachte. Dabei begründete die Berufungsklägerin jedoch in keiner Weise, ob diese erst nach Gesuchseinreichung bzw. Erstattung der Gesuchsantwort durch die Berufungsbeklagte entstanden waren oder trotz zumutbarer Sorgfalt nicht vorher vorgebracht werden konnten. Auch in ihrer Berufungsschrift äussert sich die Berufungsklägerin dazu nicht. Sie erklärt einzig, dass es schlicht unmöglich und unpraktikabel sei, sich bereits im Rahmen des Gesuchs zu sämtlichen möglichen Einwendungen und Einreden der Gegenpartei ausführlich und substantiiert zu äussern. Dies würde in seitenlangen Ausführungen ausufern und damit den Rahmen des summarischen Verfahrens sprengen (act. 29 S. 8). Darin ist keine Begründung zu sehen, dass es der Berufungsklägerin trotz zumutbarer Sorgfalt nicht möglich war, die neuen Tatsachen und Beweismittel bereits mit dem Gesuch vorzubringen. Es kann von der anwaltlich vertretenen Berufungsklägerin erwartet werden, dass sie die Besonderheiten und Einschränkungen des summarischen Verfahrens kennt. Sie hätte nicht zu jeglichen möglichen Einwendungen und Einreden der Berufungsbeklagten etwas ausführen, sondern abwägen müssen, auf welche Darlegungen und Beweismittel es für den Nachweis der Passivlegitimation

ankommt. Diese wären bereits mit dem Gesuch vom 21. Februar 2017 vorzubringen gewesen.

Die Berufungsklägerin wendet im Berufungsverfahren ferner ein, zu Rechtsfragen dürfe man sich ohnehin stets äussern, weshalb ihre Stellungnahme vom 22. März 2017 hätte berücksichtigt und die Vorinstanz sämtliche sich diesbezüglich stellende Frage umfassend hätte prüfen müssen (act. 29 S. 16). Es trifft zu, dass die Parteien ihre rechtlichen Standpunkte äussern dürfen und rechtliche Ausführungen nicht unter den Anwendungsbereich von Art. 229 ZPO fallen (vgl. etwa Pahud, DIKE-Komm-ZPO, a.a.O., Art. 229 N 4). Das Gericht wendet das Recht aber von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO). Es muss sich einerseits nicht zu jedem rechtlichen Standpunkt der Parteien äussern. Andererseits hat es (nur) die rechtzeitig unterbreiteten Tatsachenvorbringen mit den zugehörigen Beweismitteln rechtlich zu würdigen. Die Berufungsklägerin kann folglich aus ihrem Einwand nichts für sich ableiten.

6. Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass der Vorinstanz keine unrichtige Rechtsanwendung und/oder Sachverhaltsfeststellung vorgeworfen werden kann, indem sie sich bei der Entscheidungsfindung auf im Gesuch der Berufungsklägerin vorgebrachte Tatsachen sowie Beweismittel stützte und die in der Stellungnahme vom 22. Mai 2017 enthaltenen Noven samt Belegen unberücksichtigt liess.

B. Zur Passivlegitimation

1. In ihrem Gesuch vom 21. Februar 2017 hatte die Berufungsklägerin vorgebracht, der Architektenvertrag sei zwischen ihr und der Firma "B1._____" geschlossen worden. Es sei davon auszugehen, dass die Berufungsbeklagte damals in Form einer Kollektivgesellschaft organisiert gewesen und im Jahr 2006 faktisch in eine Aktiengesellschaft umgewandelt worden sei. Die neue Rechtsform sei ihr (der Berufungsklägerin) nicht ausdrücklich kommuniziert worden. Sie sei fortan unter identischer Firma, gleichem Firmenlogo, gleicher Adresse, gleicher Telefon-/Faxnummer, gleicher E-Mailadressen und gleicher persönlicher Besetzung weiterbetreut worden. E._____" habe im Namen der "B1._____" die Garan-

tiearbeiten im Oktober 2007 betreut. Damit habe die Berufungsbeklagte zu verstehen gegeben, dass sie sämtliche laufenden Rechtsbeziehungen der (damaligen) "B1._____", mithin sämtliche vertragliche Pflichten aus dem Architektenvertrag des Jahres 2004, konkludent übernommen habe. E._____, ihr Ansprechpartner, habe Jahre nach der AG-Gründung stets das Briefpapier der Firma "B1._____" verwendet. Das Nichtaufführen der Bezeichnung "AG" im Briefkopf könne ihr nicht zum Nachteil gereichen, die Firma dürfe nämlich ausschliesslich von der berechtigten Aktiengesellschaft verwendet werden. E._____ habe durch Weiterverwendung der Firma "B1._____" auch nach der Gründung der Berufungsbeklagten gegen aussen deutlich zu verstehen gegeben, dass er für diese handle. Er sei an der Adresse der Berufungsbeklagten, unter ihrer Telefon- sowie Faxnummer erreichbar gewesen und er habe die E-Mailadresse "E._____@B1._____.ch" verwendet. E._____'s Auftritt gegen aussen könne folglich nur mit Wissen und Willen der Berufungsbeklagten geschehen sein und sei offensichtlich von ihr geduldet worden. Aus diesen Gründen müsse sich die Berufungsbeklagte das Verhalten von E._____ anrechnen lassen (act. 1 S. 7-9).

2. Die Berufungsbeklagte hielt dem entgegen, der Architektenvertrag führe als Vertragsparteien die Berufungsklägerin und – unter dem Logo "Architekten-Gemeinschaft B1._____" – "E._____, Architekt HTL, ... [Adresse]" auf. Vertragspartner sei damit E._____ gewesen und nicht die mehr als zwei Jahre nach dem Vertragsschluss gegründete AG. Die Berufungsklägerin versuche die Passivlegitimation zu konstruieren, ihre Argumentation gehe jedoch fehl: Eine "faktische" Umwandlung von Kollektivgesellschaften – und erst recht von blossen Bürogemeinschaften – in Aktiengesellschaften gebe es nicht. Rechtsverhältnisse würden auch nicht ohne weiteres konkludent übernommen: Für eine Abtretung wäre die Schriftform erforderlich. Die Voraussetzungen der Schuldübernahme seien nicht gegeben und auch nicht behauptet worden. Aus der Sachverhaltsdarstellung der Berufungsklägerin lasse sich kein Eintreten in die Rechtsbeziehungen der "Kollektivgesellschaft" ableiten. Erst recht sei kein Eintritt in einen Vertrag erfolgt, den E._____ zwar mit der Adresse der "Architekten Gemeinschaft", aber in eigenem Namen abgeschlossen habe. E._____ sei nie Teilhaber an der B._____ AG geworden und habe seine Mandate nie in diese eingebracht. Er sei nie als Ange-

stellter, in anderer Funktion als Hilfsperson oder als Organ tätig gewesen.

E._____ habe für seine selbständige Tätigkeit die Räumlichkeiten und die gemeinsame Infrastruktur der "Architekten-Gemeinschaft B1._____" genutzt. Sie (die Berufungsbeklagte) nutze dieselben Räumlichkeiten und Infrastruktur, was sie aber nicht zur Vertragspartnerin der Berufungsklägerin mache (act. 17 S. 9 f.).

3.1. Zum Vorbringen der Berufungsklägerin, die vormalige Kollektivgesellschaft sei faktisch in eine AG resp. die Berufungsbeklagte umgewandelt worden, erwog die Vorinstanz unter Hinweis auf Art. 54 Abs. 2 lit. a FusG, Art. 66 FusG sowie Art. 137 lit. a HRegV, dass solches ausgeschlossen werden könne. Die Umwandlung müsse dem Handelsregister zur Eintragung angemeldet werden und werde unter der Rubrik "Besondere Tatbestände" vorgenommen. Die Berufungsbeklagte sei am tt.mm.2006 (Datum Tagesregistereintrag) in das Handelsregister eingetragen worden und der am tt.mm.2006 erfolgten Publikation im SHAB (Beleg-Nr. ...) sei zu entnehmen, dass es sich um eine Neueintragung gehandelt habe. Andere Varianten der Umwandlung, beispielsweise eine faktische, seien unzulässig (act. 28 S. 7 f.).

3.2. Die Vorinstanz erkannte in der Argumentation der Berufungsklägerin, die Berufungsbeklagte habe durch ihr Verhalten zu verstehen gegeben, sämtliche laufenden Rechtsbeziehungen mit dem (damaligen) "B1._____" (konkudent) übernommen zu haben, die sinngemässe Geltendmachung einer Vertragsübernahme (act. 28 S. 8). Dazu führte die Vorinstanz im Wesentlichen aus, für eine Vertragsübernahme sei die Zustimmung aller Parteien erforderlich. Sie komme durch Austausch übereinstimmender Willensäusserungen zustande. Könne der übereinstimmende tatsächliche Wille der Parteien bei Vertragsschluss nicht festgestellt werden, so seien die Willensäusserungen nach dem Vertrauensprinzip auszulegen. Eine Vertragsübernahme könne grundsätzlich auch durch konkludentes Verhalten der Parteien erfolgen.

Dokumentiert sei, dass E._____ ein Briefpapier verwendet habe, auf dem das heute von der Berufungsbeklagten verwendete Logo (B1._____), die Überschrift "Architekten-Gemeinschaft" sowie eine Auflistung von fünf resp. (ab 2. März 2006) sieben Namen aufgeführt gewesen sei. Die Adresse, Telefon- und Fax-

nummer sowie die E-Mailadresse im Briefkopf stimmten mit jenen der Berufungsbeklagten überein. Unter dem Adresskopf seien E. _____s Name (in roter Schrift) mit Zusatz "Architekt HTL", eine mit jener der Berufungsbeklagten nicht übereinstimmende Telefonnummer sowie die E-Mailadresse "E. _____@B1. _____.ch" vermerkt gewesen. Die Verwendung des genannten Briefpapiers durch E. _____ auch nach Gründung der Berufungsbeklagten sei zwar unter firmenrechtlichen Gesichtspunkten unzulässig, dass die Berufungsklägerin dadurch jedoch in den Glauben versetzt worden wäre, der Architektenvertrag sei auf die Berufungsbeklagte übergegangen, werde von ihr selber nicht konkret behauptet und sei auch nicht ersichtlich. So habe die Berufungsklägerin ihre überraschende Entdeckung und die Notwendigkeit einer Sanierung am 20. Februar 2013 nicht der Berufungsbeklagten, sondern E. _____ auf die private E-Mailadresse mitgeteilt. Daraus müsse geschlossen werden, dass die Berufungsklägerin bis zu diesem Zeitpunkt weiterhin E. _____ als ihren Vertragspartner betrachtet habe (act. 28 S. 9 f.). Die Vorinstanz erwog weiter, die Berufungsklägerin behaupte, E. _____ und die Berufungsbeklagte hätten mit ihrem Verhalten zum Ausdruck gebracht, das strittige Vertragsverhältnis übertragen zu wollen. Die diesbezüglichen Ausführungen der Berufungsklägerin würden sich aber durchwegs auf die Schreiben E. _____s mit dem genannten Briefpapier beziehen. Inwiefern sich daraus ein der Berufungsbeklagten zurechenbarer Wille, den Architektenvertrag zu übernehmen, herleiten lasse, sei nicht ersichtlich. Sodann sei E. _____ nie im Handelsregister als Verwaltungsrat der Berufungsbeklagten eingetragen gewesen, weshalb er zum vornherein nie befugt gewesen sei, Dritten gegenüber namens Letzterer Erklärungen abzugeben. Den Ausführungen der Berufungsklägerin lasse sich im Übrigen solches auch nicht entnehmen. Eine der Berufungsbeklagten anrechenbare Willenserklärung, welche nach Treu und Glauben den Schluss zuliesse, diese habe die von E. _____ abgeschlossenen Verträge mit dessen Einverständnis übernommen, lasse sich auch nicht aus der vorprozessualen Korrespondenz entnehmen (act. 28 S. 11-12). Nicht zuletzt spreche nach Ansicht der Vorinstanz auch der chronologische Ablauf der Geschehnisse gegen eine konkludente Vertragsübernahme: Der fragliche Architektenvertrag sei bereits vollständig ausgeführt worden. Das noch offene Honorar sei gemäss der von E. _____ und der Berufungsklägerin am

2. März 2006 unterzeichneten Schlussrechnung in drei Teilbeträgen per Ende April 2006, Ende Januar 2007 und Ende April 2007 zu bezahlen gewesen. Die letzten beiden Raten wären im Falle einer Vertragsübernahme bei Gründung der Berufungsbeklagten im Dezember 2006 konsequenterweise an diese zu bezahlen gewesen. Eine Vertragsübernahme nach Erfüllung des Architektenvertrags hätte insofern keinen Sinn gemacht, als die Berufungsbeklagte ohne Gegenleistung einzig noch eine allfällige Mängelhaftung übernommen hätte (act. 28 S. 12 f.).

4.1. Die Berufungsklägerin macht unter dem Titel "konkludente Vertragsübernahme" geltend, sie habe durch den von E. _____ geschaffenen Anschein (Verwendung desselben Briefpapiers, derselben E-Mailadresse sowie derselben Anschrift wie die Berufungsbeklagte) sehr wohl davon ausgehen können und dürfen, dass die Berufungsbeklagte den Architektenvertrag übernommen habe. Zuständige Ansprechperson sei für sie jedoch nach wie vor E. _____ gewesen, was auch erkläre, weshalb sie am 20. Februar 2013 ihre Entdeckung an dessen private E-Mailadresse im Sinne einer Zustelladresse gerichtet habe. Die vorinstanzliche Schlussfolgerung, sie sei bis zu diesem Datum davon ausgegangen, E. _____ sei ihr Vertragspartner, treffe nicht zu. Im Weiteren verkenne die Vorinstanz, dass das verwendete Briefpapier lediglich ein Aspekt sei, welcher sie berechtigterweise habe glauben lassen, die Berufungsbeklagte habe den Architektenvertrag übernommen. Letztere habe es wissentlich zugelassen, dass E. _____ von ihren Räumlichkeiten aus mit ihrem Briefpapier bzw. Logo operierte und sie sei dagegen nicht eingeschritten. Auch habe die Berufungsbeklagte faktisch und im Auftritt gegen aussen klar kommuniziert, dass sie die Projekte der Architekten-Gemeinschaft B1. _____ übernommen habe, da sie aus der Zeit vor ihrem Handelsregistereintrag herrührende Projekte der Architekten-Gemeinschaft als Referenz auf ihrer Webseite angegeben habe. Schliesslich erachtet die Berufungsklägerin es als schlicht nicht nachvollziehbar, inwiefern der chronologische Ablauf der Geschehnisse gegen eine konkludente Vertragsübernahme sprechen solle. Arbeiten im Zusammenhang mit dem Architektenvertrag, sprich Garantearbeiten, seien bis Oktober 2007 und somit noch nach Gründung der Berufungsbeklagten ausgeführt worden. Auf welches Konto die vereinbarten Honorarraten einbezahlt worden seien, sei irrelevant. Dies zeige nicht auf, ob die Berufungsbeklagte (in-

tern) einen Teil des Honorars übernommen habe oder ob dieses vollumfänglich E._____ zugestanden habe (act. 29 S. 12-14).

4.2. Unter der Thematik "Duldung- oder Anscheinsvollmacht" wendet die Berufungsklägerin ein, dass die vorinstanzlichen Erwägungen zwar zutreffend seien, wonach E._____ nicht Verwaltungsrat und daher gegenüber Dritten zur Abgabe von Erklärungen namens der Berufungsbeklagten nicht befugt (gewesen) sei. Ein Dritter habe jedoch nicht wissen oder erkennen können, ob eine interne Vollmacht an E._____ vorlag. Da E._____ in den Büros der Berufungsbeklagten gearbeitet, dasselbe Logo sowie dieselbe E-Mailadresse verwendet habe, habe nach Ansicht der Berufungsklägerin ein Dritter davon ausgehen können und dürfen, dass die Berufungsbeklagte von E._____s Handeln gewusst habe und entsprechend eine Vollmacht vorliege. Die Berufungsklägerin bringt vor, die Berufungsbeklagte habe auch nie bestritten, dass E._____ in ihren Räumlichkeiten arbeitete, ihr Logo sowie dieselbe E-Mailadresse verwendete, was ihre Kenntnis impliziere. Die Berufungsbeklagte sei dagegen nicht eingeschritten, womit eine Duldungsvollmacht vorliege und sie rechtlich verpflichtet worden sei. Sollte die Berufungsbeklagte nichts gewusst haben, so hätte sie – in einem gemeinsamen Büro mit nur gerade fünf Architekten – zumindest erkennen müssen, dass E._____ nach Aussen den Anschein erwecke, für sie tätig zu werden, womit die Berufungsbeklagte zumindest aufgrund einer von ihr geschaffenen Anscheinsvollmacht haften würde (act. 29 S. 14 f.).

5.1. Vorauszuschicken ist, dass in den vorstehend aufgeführten Vorbringen der Berufungsklägerin zum Teil Tatsachenbehauptungen enthalten sind, welche sie in ihrer Eingabe an die Vorinstanz vom 22. Mai 2017 vortrug, oder welche sie im Berufungsverfahren im Sinne einer Nachsubstantiierung ihrer vorinstanzlichen Gesuchsbegründung neu vorbringt (bspw. Behauptung über wissentliches Zulassen der Berufungsbeklagten, dass E._____ von ihren Räumlichkeiten aus mit ihrem Briefpapier bzw. Logo operiere; Kommunizieren der Berufungsbeklagten, dass sie Projekte der Architekten-Gemeinschaft B1._____ übernommen habe). Zum einen legt die Berufungsklägerin nicht dar, dass hinsichtlich dem im Berufungsverfahren neu Vorgebrachten die Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO erfüllt wären.

Die neuen Tatsachenbehauptungen sind aus diesem Grund unbeachtlich (vgl. oben Erw. II. 2.2.). Zum anderen können die von der Vorinstanz zu Recht nicht berücksichtigten Tatsachenbehauptungen (vgl. oben Erw. III.6.) nicht auf dem Umweg über die Berufungsschrift doch noch in das Verfahren eingeführt werden.

5.2. Bei der Vertragsübernahme durch Rechtsgeschäft handelt es sich um einen sog. dreiseitigen Vertrag sui generis zwischen dem Dritten, der ausscheidenden und der verbleibenden Vertragspartei. Die Behauptungs- und Beweislast für den Abschluss des Übertragungsvertrags liegt bei derjenigen Partei, die sich auf eine Änderung in der Parteistellung im Grundvertrag stützt. Die Reihenfolge, in welcher die (drei) Willenserklärungen zur Übertragung der Parteistellung abgegeben werden, ist ohne Belang. Es ist möglich, einer Vertragsübertragung mittels konkludenter Willensäußerung zuzustimmen. Für die Annahme einer konkludenten Willenserklärung ist aber ein hoher Grad an Deutlichkeit vorauszusetzen (vgl. Christoph Bauer, Parteiwechsel im Vertrag: Vertragsübertragung und Vertragsübergang – Unter besonderer Berücksichtigung des allgemeinen Vertragsrechts und des Fusionsgesetzes, SSHW Bd 294, Zürich/St. Gallen 2010, N 220 f. und 255 f.). E._____ müsste demzufolge nicht nur eine dahingehende (zumindest konkludente) Erklärung abgegeben haben, dass der Architektenvertrag mit sämtlichen Rechten und Pflichten auf die Berufungsbeklagte übergehen soll, es müsste der Berufungsbeklagten auch normativ ein kommunizierter Wille zugerechnet werden können, den Vertrag übernehmen zu wollen. Schliesslich müsste auch die Berufungsklägerin eine auf den Übergang des Architektenvertrages gerichtete (ausdrückliche oder konkludente) Erklärung abgegeben haben. Dafür, dass dies der Fall wäre, fehlt es bereits an hinreichenden Behauptungen der Berufungsklägerin.

Eine der Berufungsbeklagten zurechenbare Willenserklärung, den Architektenvertrag übernehmen zu wollen, leitet die Berufungsklägerin – wie schon die Vorinstanz zutreffend erkannte – aus der Verwendung des Briefpapiers durch E._____ ab, welches das (gleiche) heute von der Berufungsbeklagten verwendete Logo, die (gleiche) heute verwendete Adresse sowie Telefon- und Faxnummer aufführte. Dies sei mit Wissen und Willen der Berufungsbeklagten geschehen und somit von ihr geduldet worden. Die Berufungsklägerin behauptet damit nicht, dass

die Berufungsbeklagte selber eine Willenserklärung abgegeben habe, vielmehr scheint sie eine durch E. _____ mit der Verwendung des genannten Briefpapiers abgegebene (konkludente) Erklärung mittels dem Institut der Anscheins- oder Duldungsvollmacht der Berufungsbeklagten zurechnen zu wollen. Die Berufungsklägerin möchte sich dabei nicht anrechnen lassen resp. übergeht, dass die Aktiengesellschaft im Briefpapier nicht genannt wurde. Abgesehen davon, dass gemäss Art. 950 Abs. 1 OR in der Firma einer Handelsgesellschaft oder Genossenschaft die Rechtsform angegeben werden muss, kann von einer Verwendung der *identischen Firma* keine Rede sein, denn das von E. _____ verwendete Briefpapier führt die Firma "B. _____ AG" gerade nicht auf (vgl. act. 3/5-6, act. 18/2-3, act. 18/5-6, act. 18/8). Es handelte sich – obwohl die Berufungsklägerin nunmehr erstmals im Berufungsverfahren Gegenteiliges behauptet – beim verwendeten Briefpapier *nicht* um jenes der Aktiengesellschaft, sondern um das (damalige bzw. weiterverwendete) Briefpapier der Architekten-Gemeinschaft B1. _____ (vgl. etwa act. 18/8). E. _____s Name wurde in roter Schrift hervorgehoben und er unterschrieb mit seinem eigenen Namen, nicht ausdrücklich im Namen der Architekten-Gemeinschaft und schon gar nicht in jenem der Aktiengesellschaft. Es fehlt an einer schlüssigen Erklärung E. _____s hinsichtlich einer Vertragsübertragung für sich sowie in Vertretung für die Berufungsbeklagte. Einzig aus dem identischen Logo, der identischen Adresse sowie Telefon-/Faxnummer auf dem Briefpapier kann nicht mit hinreichender Deutlichkeit auf eine Erklärung zur Vertragsübertragung geschlossen werden, und es ergibt sich keineswegs daraus, dass E. _____ für die Berufungsbeklagte handelte. Ist folglich nicht davon auszugehen, dass E. _____s Handeln als Abgabe einer Willenserklärung für die Berufungsbeklagte gewertet werden kann, so nützt es der Berufungsklägerin auch nichts, wenn sie Ausführungen zu einer Duldungs- oder Anscheinsvollmacht macht. Es fehlt von vornherein an einem Handeln im Namen der Berufungsbeklagten. Im Weiteren ist der Vorinstanz darin zuzustimmen, dass nicht davon ausgegangen werden kann, die Berufungsklägerin sei durch die Verwendung des genannten Briefpapiers nach der Gründung der Berufungsbeklagten in den guten Glauben versetzt worden, es seien von E. _____ und der Berufungsbeklagten übereinstimmende Erklärungen hinsichtlich einer Übernahme des Architektenvertrages vorgelegen. Die

Berufungsklägerin gab vor Vorinstanz an, ihr sei die neue Rechtsform der Berufungsbeklagten nicht kommuniziert worden. Die vorinstanzlichen Erwägungen, dass keine Umwandlung der Atelier-Gemeinschaft in eine Aktiengesellschaft vorliegt, wurde von der Berufungsklägerin zu Recht nicht beanstandet. War der Berufungsklägerin gemäss eigenen Angaben die Gründung der Aktiengesellschaft nicht bewusst, so ist nicht ersichtlich, wie sie selber eine (konkludente) Zustimmung zu einer Vertragsübernahme hätte geben sollen. Eine solche wurde von ihr im Übrigen auch nicht behauptet. Zuletzt erschliesst sich der Kammer nicht, wieso die Berufungsklägerin ihre Entdeckung am Anbau der Liegenschaft an E.____s private E-Mailadresse im Sinne einer – wie sie neu im Berufungsverfahren vorbringt – Zustelladresse gerichtet hat (vgl. act. 3/10), und nicht an die E-Mailadresse "E.____@B1.____.ch", wenn sie doch der Ansicht gewesen wäre, die Berufungsbeklagte habe alle Rechte und Pflichten aus dem Architektenvertrag übernommen.

6.1. Die Berufungsklägerin beanstandet in ihrer Berufung schliesslich, die Vorinstanz habe ihre Ausführungen unberücksichtigt gelassen, dass E.____ mit der Berufungsbeklagten dergestalt eine einfache Gesellschaft gebildet habe, als beide unter Verwendung des identischen Logos und des identischen Firmenauftrittes (gleiche Adresse, gleiche Telefonnummer, gleiche E-Mailadresse) nach aussen auftraten. Dies könne im Rechtsverkehr lediglich als Zusammenschluss zu einer einfachen Gesellschaft verstanden werden, in welchem Fall die Berufungsbeklagte aufgrund von Art. 544 Abs. 3 OR direkt sowie zusammen mit E.____ hafte und sie folglich – auch wenn E.____s Verträge nicht übernommen wurden – passivlegitimiert sei (act. 29 S. 15 f.).

6.2. Diese Ausführungen brachte die Berufungsklägerin in ihrer Stellungnahme vom 22. Mai 2017 in das vorinstanzliche Verfahren ein. Die Vorinstanz berücksichtigte diese, wie bereits dargelegt (vgl. oben Erw. III.6.), zu Recht nicht. Sie können deshalb auch im Berufungsverfahren keine Berücksichtigung finden. Im Gesuch der Berufungsklägerin vom 21. Februar 2017 fehlt es sodann an hinreichenden Tatsachenbehauptungen, insbesondere zur Tatbestandsvoraussetzung des gemeinsamen Zwecks, welche sich rechtlich unter die Bestimmung von

Art. 530 OR subsumieren liessen und eine Passivlegitimation der Berufungsbe-
klagten aus Haftung aus einfacher Gesellschaft begründen würden. Der äussere
Anschein aufgrund des Auftretens gegen aussen, worauf sich die Berufungsklä-
gerin bezieht (act. 29 S. 15 f.), genügt nicht, um eine einfache Gesellschaft ent-
stehen zu lassen.

7. Nach dem Gesagten ist folglich mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass
es an der Passivlegitimation der Berufungsbeklagten fehlt. Die Berufung der Beru-
fungsklägerin ist abzuweisen und das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, Einzelge-
richt Audienz, vom 10. Juli 2017 (ET170006-L/U), mit welchem das Gesuch um
vorsorgliche Beweisführung abgewiesen wurde, ist zu bestätigen.

IV.

1. Ausgangsgemäss wird die Berufungsklägerin für das Berufungsverfahren
kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist
unter Berücksichtigung des Streitwertes von Fr. 500'000.00 in Anwendung von
§ 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 2 Abs. 1 lit. a, c und d, § 4 Abs. 1 und 2
sowie § 8 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 7'000.00 festzulegen. Die Entscheidgebühr ist
der Berufungsklägerin aufzuerlegen und mit dem von ihr geleisteten Kostenvor-
schuss zu verrechnen.

2. Für das Berufungsverfahren sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen: Der Berufungsklägerin nicht, weil sie unterliegt, der Berufungsbeklagten nicht, weil ihr im Berufungsverfahren keine relevanten Umtriebe entstanden sind (Art. 106 Abs. 1 und Art. 95 Abs. 3 ZPO).

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen, und das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, Einzelgericht Audienz, vom 10. Juli 2017 (ET170006-L/U) wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 7'000.00 festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Berufungsklägerin auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet.
4. Parteientschädigungen werden keine zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Berufungsbeklagte unter Beilage eines Doppels von act. 29, sowie an das Bezirksgericht Zürich (Einzelgericht Audienz) und an die Obergerichtskasse, 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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG sowie ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 500'000.00.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Würsch

versandt am:
18. Dezember 2017