

# ZH\_OBERGERICHT LB170040 vom 22. Dezember 2017

ZH Obergericht, 2017-12-22, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LB170040](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LB170040)

FR: ZH\_OBERGERICHT LB170040 du 22 décembre 2017

IT: ZH\_OBERGERICHT LB170040 del 22 dicembre 2017

## Erwägungen

### E. 1

Sachverhalt

#### E. 1.1

Die Kläger sind eine öffentlichrechtliche Anstalt mit Sitz in Zürich und seit dem Jahre 1908 im Handelsregister eingetragen. Gemäss der im Handelsregister eingetragenen Zweckbestimmung werden sie vom Kanton Zürich "zum Zwecke der ..." betrieben (Urk. 60).

#### E. 1.2

Die Beklagte ist eine Stockwerkeigentümergeinschaft, nämlich die "Stockwerkeigentümergeinschaft A.\_\_\_\_\_". Auf der in der Gemeinde D.\_\_\_\_\_ gelegenen Parzelle Kat.-Nr. 1 im Halte von 6707 m<sup>2</sup> befinden sich vier Mehrfamilienhäuser (A.\_\_\_\_\_ 1, 2, 3 und 4) mit je fünf Stockwerkeinheiten (Grundbuch- Blätter 2 - 21). Die Eigentümer dieser 20 Stockwerkeinheiten bilden die erwähnte am 6. Juli 2006 ins Grundbuch eingetragene Stockwerkeigentümergeinschaft (Urk. 69). Die Parzelle Kat.-Nr. 2 ist das Nachbargrundstück zu der erwähnten Parzelle Kat.-Nr. 1. Sie umfasst ein Gebäude mit einer Unterniveaugarage mit 50 Abstell- plätzen, welche für die Bewohner des Gebäudes auf Kat.-Nr. 1 gedacht sind. Seit dem 6. Juli 2006 ist diese Parzelle mit 50 Abstellplätzen in Miteigentum aufgeteilt, wobei jedem Miteigentümer eine Miteigentumsquote von 1/50 zukommt (Grundstü- 50 cke Grundbuch-Blätter 23 - 72). Es besteht eine "Nutzungs- und Verwaltungsord- nung" (Urk. 70).

- 8 -

#### E. 1.3

Die Nebenintervenientin (damals domiziliert in St. Gallen und firmierend als "E.\_\_\_\_\_ AG", vgl. Urk. 61 und 62) war seinerzeit Alleineigentümerin der beiden erwähnten Grundstücke. Als Generalunternehmerin erstellte sie die vier erwähn- ten Mehrfamilienhäuser auf der Parzelle Kat.-Nr. 1. Vor Erstellung der Überbau- ung wurde im Jahre 2006 bezüglich der Liegenschaft Kat.-Nr. 1 eine Erklärung der Nebenintervenientin "über die Bildung von Miteigentumsanteilen und deren Ausgestaltung zu Stockwerkeigentum" öffentlich beurkundet. Gestützt auf die ent- sprechende Grundbuchanmeldung wurde am 6. Juli 2006 diese Stockwerkeigen- tumsbegründung mit 20 Stockwerkeinheiten im Grundbuch eingetragen; ange- merkt wurde im Grundbuch sodann auch das Reglement vom 12. April 2006 be- treffend die 20 Stockwerkeinheiten umfassende Stockwerkeigentümergein- schaft (Urk. 69). Alleineigentümerin aller Stockwerkeinheiten blieb einstweilen die Nebenintervenientin. Am 6. Juli 2006 wurde das Reglement der "Stockwerkeigen- tümergeinschaft A.\_\_\_\_\_ " im Grundbuch angemerkt

(Urk. 69; Urk 5/4/3 S. 2).

#### **E. 1.4**

Die Nebenintervenientin verkaufte in den Monaten Juni und Juli 2006 sechs Stockwerkeinheiten mit Kaufverträgen, die noch vor der Begründung des Stockwerkeigentums abgeschlossen worden waren. Drei weitere Kaufverträge wurden zwischen dem 6. Juli 2006 (Datum der Begründung des Stockwerkeigentums) und dem 10. Oktober 2006 (Datum des Vertrags mit den Klägern) abgeschlossen. Die ersten beiden Eigentumsübertragungen von Stockwerkeinheiten erfolgten am 26. September 2007; weitere 14 Eigentumsübertragungen folgten bis zum 3. Dezember 2007; die weiteren Eigentumsübertragungen erfolgten später (Urk. 12 Rz 22-27).

#### **E. 1.5**

Am 10. Oktober 2006 unterzeichneten die Kläger als "Anlagenersteller und Wärmelieferant" einerseits und die "Stockwerkeigentümergeinschaft 'A.\_\_\_\_'" als "KUNDE" andererseits einen "Anlagebau- und Wärmelieferungsvertrag", der im Prozess von den Parteien als "Contractingvertrag" bezeichnet wird. Auf Seiten der Stockwerkeigentümergeinschaft wurde im Vertrag vermerkt, sie werde "zurzeit" durch die Nebenintervenientin vertreten. Entsprechend unterzeichneten den Vertrag für die Stockwerkeigentümergeinschaft F.\_\_\_\_ und G.\_\_\_\_, welche damals für die Nebenintervenientin je kollektivzeichnungsberechtigt waren

- 9 - (Urk. 61). Der Vertrag betrifft einerseits die Erstellung und den Betrieb einer "Erdwärmesonden-Wärmepumpen-Heizanlage für die Häuser der Wohnüberbauung 'A.\_\_\_\_'" ("4 MFH mit 20 Wohnungen") einschliesslich "Heizungsfernleitung ... mit dezentraler Brauchwassererwärmung". Und andererseits regelte der Vertrag den "kostenpflichtigen Energiebezug des KUNDEN von den B.\_\_\_\_" (Urk. 5/4/1, Ziff. 1). Der "KUNDE" ist gemäss Ziff. 6.1 verantwortlich dafür, dass die vier Mehrfamilienhäuser mit den 20 Wohnungen an die noch zu erstellende Anlage angeschlossen werden und auch angeschlossen bleiben. Im Vertrag wurden die Pflichten beider Parteien im Einzelnen geregelt. Gemäss Ziff. 6.3 verpflichtete sich sodann der "KUNDE" "zur dauernden Abnahme der bereitgestellten Wärme zur Deckung seines ganzen Bedarfs" sowie zu deren Bezahlung. Ziff. 6.13 und 6.14 des Vertrages lauten wie folgt: "6.13 Der KUNDE benachrichtigt die B.\_\_\_\_ über eine allfällige Handänderung des Grundstücks im Voraus. Dem KUNDEN ist bekannt, dass jede Handänderung gemeinsam mit der Übertragung des vorliegenden Vertrages zu erfolgen hat und er haftet gegenüber den B.\_\_\_\_ für die Einhaltung dieser Bestimmung. 6.14 Der KUNDE hat die Pflicht zur Weiterüberbindung der Rechte und Pflichten aus diesem Vertrag auf einen eventuellen Rechtsnachfolger zu übertragen [sic!]". Gemäss Ziff. 10 des Vertrages setzt sich der "Wärmepreis" aus dem Grundpreis als "Beitrag zu den Fixkosten (Verzinsung, Amortisation etc.)" von Fr. 45'735.00 pro Jahr und einem sog. "Arbeitspreis" als Entgelt für die gelieferte Wärme von Fr. 0.053 pro kWh zusammen, und zwar für Heizung und Brauchwasser. Beide Preise sind indexiert: Während der Grundpreis an den "Index der Konsumentenpreise des Bundesamtes für Statistik" angebunden ist, soll der Arbeitspreis gemäss Vertrag jährlich einmal an den "Index des Strompreises des Bundesamtes für Statistik" angepasst werden. Schliesslich vereinbarten die Parteien für "allfällige Streitigkeiten aus diesem Vertrag" den Gerichtsstand Zürich (Ziff. 14 des Vertrages).

#### **E. 1.6**

Am 30. bzw. am 31. Januar 2007 unterzeichneten die Nebenintervenientin in ihrer Eigenschaft "als Eigentümerin sämtlicher Stockwerkeinheiten an Kat.-Nr. 1 (GBBl. 2 bis 21)" sowie "als Eigentümerin sämtlicher Miteigentumsanteile an Kat.-

- 10 - Nr. 2 (GBBl. 23 bis 72)" einerseits und die Kläger andererseits einen Dienstbarkeitsvertrag (Urk. 5/4/2). Den Klägern wurde mit diesem Vertrag zu Lasten der Grundstücke Kat.-Nr. 1 und 2 eine Personaldienstbarkeit eingeräumt, nämlich das "dauernde Recht", bestimmte Grundstücksteile "für die Installation, den Fortbestand und die Erneuerung einer Erdwärmesonden-Wärmepumpenanlage zu benutzen und diese Anlage zu betreiben, alles zur Erzeugung von Wärmeenergie für Heizung und Brauchwarmwasser für die Wohnüberbauung 'A.\_\_\_\_\_'". Festgelegt wurde im Vertrag, dass "die Betriebs- und Unterhaltskosten ... zu Lasten der jeweiligen Eigentümer der belasteten Grundstücke" gehen sollten. Gemäss Ziff. 4 der "weiteren Bestimmungen" "gehen die Stromkosten in den Unterstationen für die Raumheizung und Brauchwassererwärmung zu Lasten der jeweiligen Stockwerkeigentümer des entsprechenden Mehrfamilienhauses 1, 2, 3 oder 4". Ziff. 7 des Dienstbarkeitsvertrages lautet wie folgt: "7. Die Grundeigentümerin und Bauherrschaft, die SE.\_\_\_\_ AG [heute "C.\_\_\_\_ AG"], verpflichtet sich, die gesamte Wohnüberbauung 'A.\_\_\_\_\_' (4 Mehrfamilienhäuser, 1 bis 4 mit total 20 Wohnungen auf dem Grundstück Kat.-Nr. 1) an die zentrale Heizanlage anzuschliessen. Ferner verpflichtet sie sich, die obligatorischen Rechte und Verpflichtungen gemäss diesem Vertrag sowie den separaten Anlagebau- und Wärmeenergieliefervertrag vom 10.10.2006 auf die Käufer der 20 Stockwerkeinheiten zu überbinden mit der Pflicht zur Weiterüberbindung." Die Dienstbarkeit wurde am 2. Februar 2007 zur Eintragung in das Grundbuch angemeldet (Urk. 5/4/2 S. 5); gleichentags erfolgte die Eintragung im Grundbuch (Urk. 69 S. 2).

### **E. 1.7**

Vom Januar 2008 an stellten die Kläger dem Verwalter der Beklagten periodisch Rechnungen für die Lieferung von Fernwärme (Urk. 5/4/12a-k: Rechnungen vom 12.1.2008, Fr. 16'508.95; 8.2.2008, Fr. 8'210.00; 11.4.2008, Fr. 8'210.00; 13.6.2008, Fr. 8'210.00; 8.8.2008, Fr. 8'210.00; 19.9.2008, Fr. 8'210.00; 10.10.2008, Fr. 7'398.25; 6.2.2009, Fr. 9'270.00; 10.4.2009, Fr. 9'270.00; 9.10.2009, Fr. 10'100.00; 11.12.2009, Fr. 10'100.00).

### **E. 1.8**

Am 28. August 2009 teilte der Verwalter der Beklagten den Klägern brieflich Folgendes mit (Urk. 4/9): "Wir informieren Sie, dass wir seitens der Eigentümergemeinschaft angewiesen wurden, keine Zahlungen mehr zu leisten, da 16 von 20 Stockwerkeigen-  
- 11 - tümer mit Ihnen resp. dem Ersteller bezüglich dem Contracting und den daraus zu leistenden Akontozahlungen uneinig sind. Solange dieser Konflikt nicht gelöst ist, erfolgen keine Zahlungen. Bezahlt werden lediglich die Verbrauchskosten. Hierfür wollen Sie uns eine separate Rechnung stellen." In der Folge blieben die Teilrechnung der Kläger "für Fernwärme Juli / August 2009" vom 7. August 2009 über Fr. 10'100.00 (Urk. 5/4/7) und die Rechnung unter dem Titel "Abrechnung Fernwärme" für die Periode vom 1. Juli 2008 bis zum 30. Juni 2009" über Fr. 25'612.35 (Urk. 5/4/8) unbezahlt. Die Mahnung der Kläger vom 11. November 2009 (Urk. 5/4/6) fruchtete nichts. Mit Zahlungsbefehl Nr. ... des Betreibungsamtes D.\_\_\_\_ vom 10. Dezember 2012 liessen die Kläger die Beklagte für den Betrag von Fr. 35'727.35 nebst Zins zu 5% seit 19. November 2009 betreiben. Die Beklagte erhob Rechtsvorschlag (Urk. 5/4/5).

## **E. 2**

Prozessverlauf bis zum Urteil des Bundesgerichts vom 29. Juli 2015 Zunächst sei auf die Beschreibung des Prozessverlaufs im Rückweisungs- beschluss der Berufungsinstanz vom 4. Februar 2015 verwiesen (Urk. 92 S. 13- 16 E. 2 und 3). Zusammenfassend sei Folgendes festgehalten:

### **E. 2.1**

Die Kläger machten ihre Klage am 13. April 2010 gemäss ZPO/ZH beim Bezirksgericht Meilen rechtshängig. Dieses trat am 2. November 2011 auf die Klage insoweit nicht ein, als sie sich auf Vertrag stützte und wies sie unter den Titeln "ungerechtfertigte Bereicherung" und "faktisches Vertragsverhältnis" ab. Soweit sich die Klage aber auf Vertrag stützte, überwies es die Sache an das Bezirksgericht Zürich, dessen 6. Abteilung die Klage am 10. Dezember 2013 insoweit abwies. Mit Eingabe vom 10. Januar 2013 erweiterten die Kläger das Rechtsbegehren Ziff. 2 ihrer Klage auf Fr. 176'914.20 (Urk. 67/16 bzw. Urk. 16 in CG110149). In der Folge wurde die Beklagte durch Dispositiv-Ziff. 3 des Beschlusses der Vorinstanz vom 12. September 2013 (Urk. 67/21 bzw. Urk. 21 in CG110149) aufgefordert, "zur Klageänderung vom 10. Januar 2013 bzw. den act. 16 und 17/1-3 Stellung zu nehmen". Aus den Beilagen 17/1-3 ergibt sich die Zusammensetzung der Forderung der Kläger. Mit Eingabe vom 1. Oktober 2013 (Urk. 67/23 bzw. Urk. 23 in CG110149) erklärte hierauf die Beklagte, dass die Klageänderung zwar materiell bestritten werde, indessen werde "formell ... gegen

- 12 - eine Klageänderung keine prozessualen Einwände erhoben". Eine Begründung für diesen Antrag enthält diese nur wenige Zeilen umfassende Eingabe der Kläger aber nicht. Das Bezirksgericht Zürich liess in der Folge mit seinem ersten Urteil vom 10. Dezember 2013 die Erweiterung des Rechtsbegehrens Ziff. 2 der Kläger auf Fr. 176'914.20 implizit zu (Urk. 67/25 bzw. Urk. 25 in CG110149).

### **E. 2.2**

Gegen beide bezirksgerichtlichen Urteile, jenes des Bezirksgerichts Meilen und jenes des Bezirksgerichts Zürich (6. Abteilung), ergriffen die Kläger die Berufung. Die Berufungsinstanz vereinigte die beiden Berufungsverfahren, hob mit Beschluss vom 4. Februar 2015 beide bezirksgerichtlichen Urteile auf und wies die Sache zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuem Entscheid im Sinne der Erwägungen gesamthaft an das Bezirksgericht Zürich zurück (Urk. 92).

### **E. 2.3**

Die Beklagte zog den obergerichtlichen Rückweisungsentscheid mit der Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht weiter. Dieses trat mit Urteil vom 29. Juli 2015 (4A\_166/2015) auf die Beschwerde nicht ein, weil die Voraussetzungen für die Anfechtung eines Zwischenentscheides nicht gegeben waren (Urk. 92). Das Bundesgericht entnahm dem obergerichtlichen Rückweisungsbeschluss, dass gemäss Auffassung der Berufungsinstanz das Bezirksgericht Meilen für die Beurteilung der Klage in ihren Eventualstandpunkten unzuständig sei. Das Bundesgericht kam in diesem Zusammenhang zum Schluss, dass diese Überlegungen der Berufungsinstanz zuträfen. Es sei daher folgerichtig, dass das Obergericht die Sache "insgesamt" an das Bezirksgericht Zürich zurückgewiesen habe. Damit sei "das Verfahren insgesamt nicht abgeschlossen" (Urk. 92 S. 5 E. 2.1).

### **E. 3**

Weiterer Prozessverlauf

#### **E. 3.1**

Die Sache ging am 12. August 2015 beim Bezirksgericht Zürich wieder ein und wurde in der Folge unter der Prozessnummer CG150114 behandelt. Es kam im Wesentlichen zu den folgenden weiteren Prozesshandlungen: - Urk. 105: 2.2.2016, Beweisauflegebeschluss gemäss § 136 ZPO/ZH; - Urk. 111: 14.3.2016, Verzicht der Beklagten auf Beweisanretung; - Urk. 112: 16.3.2016, Beweisanretungsschrift Kläger;

- 13 - - Urk. 119: 24.5.2016, Abweisung des Wiedererwägungsgesuches der Beklagten bezüglich Beweisauflegebeschluss; - Urk. 121: 18.7.2016, Beweisabnahmebeschluss gemäss § 140 ZPO/ZH; - Urk. 132: 17.11.2016 Verzicht der Kläger auf öffentliche Verhandlung (unter Vorbehalt); - Urk. 133: 21.11.2017, Verzicht der Beklagten auf öffentliche Verhandlung; - Urk. 141: 12. Januar 2017, Stellungnahme der Kläger zum Beweisergebnis; - Urk. 142: 24. Januar 2017, Stellungnahme der Beklagten zum Beweisergebnis.

#### **E. 3.2**

Mit Urteil vom 11. Juli 2017 (Urk. 157) hiess die Vorinstanz die Klage im Wesentlichen gut. In antizipierter Beweiswürdigung verzichtete sie namentlich auf die Einholung eines gerichtlichen Gutachtens, auf die Anhörung der von den Klägern genannten 54 Zeugen sowie auf die Durchführung eines Augenscheins (vgl. Urk. 157 S. 5, 15, 27).

#### **E. 3.3**

Gegen das am 27. Juli 2017 zugestellte vorinstanzliche Urteil erhob die Beklagte mit Rechtschrift vom 14. September 2017 Berufung (Urk. 156), welche von den Klägern am 14. November 2017 beantwortet wurde (Urk. 161). Mit Verfügung vom 16. November 2017 (Urk. 162) wurde den Parteien eröffnet, dass die Sache in die Phase der Urteilsberatung gehe.

### **E. 4**

Prozessuales

#### **E. 4.1**

Da der Prozess am 13. April 2010 anhängig gemacht wurde (Urk. 1), ist für das ganze erstinstanzliche Verfahren das kantonale Prozessrecht massgebend (Art. 404 Abs. 1 ZPO). Dagegen richtet sich das Berufungsverfahren betreffend das vom 11. Juli 2017 datierende vorinstanzliche Urteil nach der ZPO (Art. 405 Abs. 1 ZPO).

#### **E. 4.2**

Das Berufungsverfahren ist ein eigenständiges Verfahren. Es dient nicht etwa der Vervollständigung des vorinstanzlichen Verfahrens, sondern vielmehr der Überprüfung und Korrektur des erstinstanzlichen Entscheides im Lichte konkret dagegen vorgebrachter Beanstandungen (BGE 142 III 413 E. 2.2.1). In der Be-

- 14 - rufungsschrift sind die Behauptungen bestimmt und vollständig aufzustellen. Zudem muss sie – im Gegensatz zur Klageschrift – nicht nur eine tatsächliche, sondern auch eine rechtliche Begründung enthalten (ZK ZPO-REETZ/THEILER, Art. 311 N 36). Der Berufungskläger hat mittels klarer und sauberer Verweisungen auf die Ausführungen vor

der Vorinstanz zu zeigen, wo er die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden und wo er die massgeblichen Beweisanträge gestellt hat. Es ist nicht Sache der Rechtsmittelinstanz, die Akten und die Rechtsschriften der Vorinstanz zu durchforsten, um festzustellen, was welche Partei wo ausgeführt hat. Damit ist gesagt, dass die Berufungsschrift weder eine pauschale Verweisung auf die bei der Vorinstanz eingereichten Rechtsschriften noch eine neuerliche Darstellung der Sach- oder Rechtslage enthalten darf, welche nicht darauf eingeht, was vor der Vorinstanz vorgebracht worden ist. Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über eine umfassende Überprüfungsbefugnis der Streitssache, d.h. über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung (BGer 5A\_184/2013 vom 26. April 2013, E. 3.1). In der schriftlichen Berufungsbegründung (Art. 311 ZPO) ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem der genannten Mängel leidet (BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 5A\_751/2014 vom 28. Mai 2015, E. 2.1). Was nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, braucht die Rechtsmittelinstanz nicht zu überprüfen. Das gilt zumindest solange, als ein Mangel nicht geradezu ins Auge springt (BGer 4A\_258/2015 vom 21. Oktober 2015, E. 2.4.3; BGer 4A\_290/2014 vom 1. September 2014, E. 5).

#### **E. 4.3**

Für das vorliegende zweite Berufungsverfahren ist allerdings zusätzlich zu beachten, dass seitens der Berufungsinstanz am 4. Februar 2015 ein Rückweisungsentscheid gemäss Art. 318 Abs. 1 lit. c ZPO ergangen ist (Urk. 92). Ein solcher Rückweisungsentscheid ist nach allgemeinen Grundsätzen nicht nur für die erste Instanz verbindlich, sondern er kann auch von der rückweisenden Instanz später nicht mehr in Frage gestellt werden. Soweit in einem kantonalen Rechts-

- 15 - mittel gegen den erstinstanzlichen Entscheid die Erwägungen im früheren Rückweisungsentscheid der oberen kantonalen Instanz angefochten werden, fehlt der betreffenden Partei das Rechtsschutzinteresse am Rechtsmittel, weshalb die obere kantonale Instanz auf solche Rügen von vornherein nicht eintritt (BGE 143 III 290 E. 1.5). Die Beklagte ficht mit ihrer Berufung in erster Linie den obergerichtlichen Rückweisungsbeschluss vom 4. Februar 2015 an (Urk. 156 Rz 10-91). Insoweit ist auf die Berufung von vornherein nicht einzutreten. Das gilt namentlich auch für den sinngemässen Antrag der Beklagten, dass das Urteil des Bezirksgerichts Meilen vom 2. November 2011 zu "bestätigen" sei (vgl. Urk. 156 Rz 90).

#### **E. 4.4**

Im ersten Berufungsverfahren verlangten die Kläger noch die Durchführung einer öffentlichen Verhandlung (vgl. Urk. 92 E. 13.1 S. 44). Das tun sie heute nicht mehr. Mit der Berufungsantwort bestätigen sie, dass sie vor Vorinstanz sich damit einverstanden erklärt hätten, "anstatt einer mündlichen Verhandlung" eine schriftliche Stellungnahme zum Beweisergebnis abzugeben. Sie hätten aber den Vorbehalt angebracht, dass sie im Falle weiterer Beweiserhebungen auf einer mündlichen Verhandlung bestünden (Urk. 161 Rz 7). Dieser Vorbehalt versteht sich von selbst; die erwähnte Erklärung der Kläger setzt voraus, dass sich der vorliegende Prozess als spruchreif erweist und keiner weiterer

Beweiserhebungen mehr be- darf.

#### **E. 4.5**

Beim Rückweisungsbeschluss vom 4. Februar 2015 wirkte Oberrichterin Dr. Schaffitz als Vorsitzende mit. Infolge Pensionierung ist sie in der Zwischenzeit aus dem Obergericht ausgeschieden. An ihrer Stelle wirkt beim heutigen Ent- scheid Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider mit.

#### **E. 5**

Die Vorgaben des Rückweisungsbeschlusses vom 4. Februar 2015 Zusammenfassend sei darauf hingewiesen, dass der Rückweisungsbe- schluss der Kammer vom 4. Februar 2015 (Urk. 92) für den weiteren Prozessver- lauf die folgenden verbindlichen Vorgaben macht:

- 16 - - Die Parteien sind durch einen Anlage-Contractingvertrag vom 10. Mai 2006 verbunden (Urk. 92 S. 21 E. 6.2.). - Das Vertragsverhältnis kollidiert nicht mit den Vorschriften des Bun- desgesetzes über die Stromversorgung (StromVG), denn die Kläger sind Endverbraucher im Sinne von Art. 6 StromVG (Urk. 92 S. 22-24, E. 6.3.). - Die Beklagte war im Zeitpunkt des Vertragsschlusses handlungsfähig, auch wenn damals die Nebenintervenientin Eigentümerin sämtlicher Stockwerkanteile war (Urk. 92 S. 24-29 E. 7.). - Der Abschluss eines Contracting-Vertrages fällt in die von Art. 712I ZGB erfasste Verwaltungstätigkeit der Stockwerkeigentümergemein- schaft (Urk. 92 S. 29 f., E. 8.1.). - Die Nebenintervenientin als damalige einzige Eigentümerin aller Stockwerkeinheiten durfte beim Vertragsschluss für die Beklagte han- deln (Urk. 92 S. 30 E. 8.2.). - Aus dem Umstand, dass bezüglich des Contracting-Vertrages keine Beschlüsse protokolliert wurden, kann die Beklagte für ihr Verhältnis zu den Klägern nichts ableiten (Urk. 92 S. 31 E. 8.2.). - Durch die Unterzeichnung des Contracting-Vertrages hat die Beklagte kein ungültiges Insihgeschäft vorgenommen (Urk. 92 S. 31 f. E. 8.2.). - Der Contractingvertrag bedurfte nicht der öffentlichen Beurkundung (Urk. 92 S. 32 E. 8.3.). - Der Contractingvertrag wurde von den Klägern als "Contractor" und der Beklagten als Contractingnehmerin abgeschlossen. Die Nebeninterve- nientin handelte als Vertreterin der Beklagten und nicht etwa als Ver- tragspartei (Urk. 92 S. 33 E. 8.3. und E. 8.4.). - Tatsachenbehauptungen der Beklagten fehlen, wonach – entgegen dem Wortlaut des Contractingvertrages – der Vertrag zwischen den Klägern einerseits und der Nebenintervenientin andererseits abgeschlos- sen sein soll (Urk. 92 S. 33-35 E. 9.). - Den Klägern steht ein Anspruch aus Vertrag zu, weshalb ihr Eventu- alanspruch, dass ihnen eine Forderung aus einem sog. faktischen Ver- tragsverhältnis bzw. aus ungerechtfertigter Bereicherung zustehe, ge- genstandslos ist (Urk. 92 S. 35 E. 10.). - In den Jahren 2008 und 2009 bezahlte die Beklagte den Klägern ge- stützt auf neun Rechnungen den Betrag von Fr. 84'037.20 (Urk. 92 S. 36 E. 11.1.). - Der Betrag von Fr. 35'712.35 gemäss Rechtsbegehren Ziff. 1 betrifft zwei Rechnungen aus dem Jahre 2009 (Urk. 92 S. 36 f. E. 11.2.). - Die Kläger nahmen im Laufe des erstinstanzlichen Verfahrens zwei Klageerweiterungen bezüglich ihrer Forderung gemäss Rechtsbegeh- ren Ziff. 2 vor: Zunächst bezifferten sie ihre Forderung auf Fr. 83'633.65 und alsdann auf Fr. 176'914.20, wogegen die Beklagte

- 17 - ausdrücklich "keine prozessualen Einwände" erhob und die Klageer- weiterung vom Bezirksgericht zugelassen wurde (Urk. 92 S. 14 E. 2.4.). - Der erwähnte Betrag von Fr. 83'633.65 ergibt sich aus 10 Rechnungen der Beklagten (Gesamtbetrag Fr. 96'017.15; Urk. 92 S. 37 E. 11.3.1.), wobei eine dieser Rechnungen, Urk. 5/29/15g (für die Periode vom 1. Juli 2009 bis zum 30. Juni 2010), von der Beklagten bereits bezahlt war, was den erwähnten

Saldo ergibt (Urk. 92 S. 37 f. E. 11.3.1.). - Der Betrag von Fr. 83'633.65 schliesst auch die Kosten für den Schadenfall vom 20. März 2011 von Fr. 1'313.65 (Urk. 5/29/151) ein (Urk. 92 S. 37 f. E. 11.3.1. und 11.3.2.). - Am 10. Januar 2013 erweiterten die Kläger ihr Rechtsbegehren um weitere Fr. 93'280.55 auf Fr. 176'914.20. Sie legten dabei neun weitere Rechnungen über einen Betrag von Fr. 94'594.20 vor, schrieben aber der Beklagten den Betrag von Fr. 1'313.65 gemäss Urk. 5/29/151 für den "Schadenfall" infolge Bezahlung gut (Urk. 92 S. 39 E. 11.4.). - Die Kläger haben ihre Finanzierungs- und Amortisationskosten nicht offen zu legen, weil der Contractingvertrag in Ziff. 10.2 und Ziff. 10.3 abschliessend bestimmt, wie "Grundpreis" und "Arbeitspreis" zu errechnen sind (Urk. 92 S. 39 f. E. 12.1.). - Die Substantiierung der Rechtsbegehren durch die Kläger genügt den prozessualen Anforderungen (Urk. 92 S. 40 E. 12.2.). - Entscheidend sind die sog. "Turnusrechnungen" der Kläger (Urk. 92 S. 40 f. E. 12.3.). - Gemäss Ziff. 10 des Vertrages beträgt der Grundpreis Fr. 45'735.00 pro Jahr. Pro Kilowattstunde gelieferte Wärme gilt gemäss Ziff. 10.3 des Vertrages ein Preis von 5,3 Rappen. Zum "Index des Strompreises des Bundesamtes für Statistik" haben es die Kläger unterlassen, die erforderlichen Behauptungen aufzustellen (Urk. 92 S. 41 f. E. 12.4.). - Bezüglich des Grundpreises wird die Klage grundsätzlich gutzuheissen sein (Urk. 92 S. 42 E. 12.5.). - Für die Bestimmung des "Arbeitspreises" ist von einem nicht zu indexierenden Preis von 5,3 Rappen pro Kilowattstunde Wärme auszugehen (Urk. 92 S. 43 E. 12.6. und 12.6.1.). - Die Beklagte bestreitet, die Wärmeenergie "im Umfang der in Rechnung gestellten bzw. eingeklagten Forderungen effektiv" bezogen zu haben. Darüber ist daher Beweis zu führen (Urk. 92 S. 43 f. E. 12.6.2.).

## **E. 6**

Das vorinstanzliche Beweisverfahren und die Würdigung der Beweise

### **E. 6.1**

Beweisauflage. Die Vorinstanz hat am 2. Februar 2016 einen Beweisauftrag erlassen (Urk. 105), der den Anforderungen des § 136 ZPO/ZH genügt. Korrekt ist auch der in Anwendung von § 140 ZPO/ZH ergangene vorinstanzliche Beweisabnahmebeschluss vom 18. Juli 2016 (Urk. 121). Dort hielt die Vorinstanz ausdrücklich fest, dass einstweilen aus prozessökonomischen Gründen auf die Abnahme der beantragten 54 Zeugnisse sowie der beantragten Gutachten sowie des Augenscheins verzichtet werde. In der Folge kam die Vorinstanz zum Schluss, dass die von ihr abgenommenen Beweismittel genühten, um zu einer tragfähigen Tatsachenfeststellung zu kommen, worauf sie den Parteien mit Beschluss vom 29. November 2016 Frist ansetzte, um zum (bisherigen) Beweisergebnis Stellung zu nehmen (Urk. 134). In der Folge nahmen die Parteien mit Schriftsätzen vom 12. und 24. Januar 2017 zum Beweisergebnis Stellung (Urk. 141 und 142).

### **E. 6.2**

Tatsachenbehauptungen und Beweisverfahren. Die Beklagte beanstandet in diesem Zusammenhang, dass von der Vorinstanz über Behauptungen Beweis abgenommen worden sei, die nicht prozessrechtskonform aufgestellt worden seien (Urk. 156 Rz 92 ff.). Damit schiebt sie einerseits in unzulässiger Weise den obergerichtlichen Rückweisungsbeschluss an; und andererseits ist ihre Beurteilung falsch. Im Rückweisungsbeschluss wurde dazu Folgendes festgehalten (Urk. 92 S. 40 E. 12.2.): "Die Kläger verweisen zur Substantiierung ihrer Rechtsbegehren im Wesentlichen auf die ins Recht gelegten Akontorechnungen und

'Turnusrechnungen'. Es fragt sich, ob damit der Substantiierungspflicht überhaupt genügt werden kann. Substantiiert werden musste die Klage nämlich im erstinstanzlichen Verfahren, auf welches noch die zürcherische ZPO anwendbar war. Gemäss § 113 ZPO/ZH hatten die Kläger im Hauptverfahren vor erster Instanz 'ihre Behauptungen bestimmt und vollständig aufzustellen'. Im Abrechnungsprozess kann es genügen, wenn die Parteien in ihren Vorträgen lediglich auf die einzelnen Abrechnungen hinweisen. Es braucht nicht jede Position in den Rechtsschriften erwähnt zu werden, solange nicht Einwendungen und Bestreitungen des Prozessgegners dazu Anlass geben. Die Stellungnahme der Beklagten in Klageantwort und Duplik zeigt überdies, dass sie sehr genau verstanden hat, worum es hier geht, nämlich um die einzelnen Abrechnungen der Kläger." Damit hat die Berufungsinstanz klar gesagt, dass die Sachvorbringen nach dem anwendbaren zürcherischen Prozessrecht in diesem Abrechnungsprozess genügen. Den einzelnen "Turnusabrechnungen" lag jeweils eine Abrechnung über den gemessenen Wärmeverbrauch bei (vgl. z.B. Urk. 5/4/12/g bzw. Urk. 5/29/15/g). Weder in der Klageantwort noch in der Duplik hat die Beklagte erkennen lassen, dass sie nicht weiss, was Gegenstand des Prozesses ist, näm-

- 19 - lich die von den Klägern gestellten Rechnungen für den Wärmebezug. Zu Recht verweisen die Kläger mit ihrer Berufungsantwort darauf (Urk. 161 Rz 19 ff.). Im Übrigen hat die Beklagte auch nicht mit ihrer Rechtsschrift vom 1. Oktober 2013 (Urk. 67/23 bzw. Urk. 23 in CG110149) zu den von den Klägern mit ihrer Klageerweiterung vom 10. Januar 2013 vorgelegten Rechnungen und Abrechnungen Stellung genommen, wiewohl sie zuvor mit Beschluss der Vorinstanz vom 12. September 2013 (Urk. 67/21 bzw. Urk. 21 in CG110149) dazu aufgefordert worden war (vgl. dort Dispositiv-Ziff. 3).

### **E. 6.3**

"Globale Beweisofferten". Die Beklagte stellt sich sodann auf den Standpunkt, dass es unzulässig sei, wenn die Kläger mit ihrer Beweisantretungsschrift für alle Beweissätze "global dieselben Beweismittel" offerierten. Sie verweist dabei allerdings auf Literatur, die sich nicht auf die zürcherische, sondern auf die schweizerische Zivilprozessordnung bezieht (Urk. 156 Rz 95). Ausgangspunkt für das Beweisverfahren ist der vorinstanzliche Beweisauftragbeschluss vom 2. Februar 2016 (Urk. 105). Mit diesem wurde – basierend auf Energierechnungen der Kläger – diesen aufgegeben, Beweismittel zu nennen für den Wärmeverbrauch in sechs verschiedenen Perioden. Damit geht es um ein einheitliches Beweisthema, das ebenso gut in einem einzigen Beweissatz hätte zusammengefasst werden können. Wenn die Kläger auf die Beweisaufgabe hin für alle Beweissätze die gleichen Beweismittel nannten, ist das daher nicht zu beanstanden. Hätte die Vorinstanz statt sechs nur einen einzigen Beweissatz formuliert, wäre das beim gegebenen Beweisthema jedenfalls vertretbar gewesen.

### **E. 6.4**

Zählerstände (Urk. 113/5 und 113/15). Die Vorinstanz bezeichnet die Urk. 113/5 und 113/15 als "zentrale Beweismittel", aus denen sich gemäss den Klägern die Zählerstände des für die fragliche Wärmepumpe der Überbauung 'A. \_\_\_\_\_' einschlägigen Zählers darstellten. Zu prüfen ist zunächst die Beweiskraft dieser "zentralen Beweismittel".

#### **E. 6.4.1**

Urk. 113/5 haben die Kläger mit ihrer im Sinne von § 137 ZPO/ZH eingereichten Beweisantretungsschrift vom 16. März 2016 in den Prozess eingeführt. In

- 20 - ihrer Beweisantragungsschrift gaben sie dazu die folgende Erklärung (Urk. 112 S. 3): "Tagesauswertung des Zählerstandes in den Jahren 2008-2012. Es ist dies eine Liste mit Serverdaten vom Server B.\_\_\_\_\_, welche per automatischer Fernübermittlung vom Wärmelieferungs-Anzeigegerät bei der Beklagten täglich an B.\_\_\_\_\_ übermittelt werden. Diese Liste enthält 1-2 Zählerstände pro Tag und ist ein verkürzter Auszug aus der vollständigen 3-Minutentakt-Liste, welche sich auf dem Memo-Stick in Beilage 15 [= Urk. 113/15] findet." Die Vorinstanz beschreibt Urk. 113/5 wie folgt (Urk. 157 S. 15 f.): Es liege mit dieser Urkunde in ausgedruckter Form ein mit "Zählerstände Tagesauswertung 2008" überschriebenes, 40-seitiges Dokument vor, das für sämtliche Daten zwischen dem 10. Januar 2008 und dem 31. Dezember 2012 für eine bestimmte Uhrzeit unter dem Kolonnen-titel "A.\_\_\_\_\_ Zentrale / 16 B2 / NA0-Eth" einen sechs- bzw. siebenstelligen "Betrag" ausweise, der bei 172'652 beginne und bis zur Höhe von 1'069'933, zwar nicht mit jedem Eintrag, aber doch auf der Zeitachse stetig ansteige. Diese Beschreibung von Urk. 113/5 durch die Vorinstanz wird mit der Berufung nicht beanstandet. Die Beschreibung ist denn auch durchaus zutreffend. Urk. 113/5 ist ein typischer Ausdruck von Daten, die in einem Computer gespeichert sind. Es sind dort Daten für jeden Tag zwischen dem 10. Januar 2008 und dem 31. Dezember 2012 vermerkt, mithin Daten, die für 1'817 Tage ermittelt worden sind.

#### **E. 6.4.2**

Urk. 113/15 ist ein sog. Memory-Stick, Marke "hama", mit einer Speicherkapazität von 16GB; seine Daten können über einen USB-Anschluss in einem Computer gelesen werden. Auch Urk. 113/15 wurde von den Klägern mit ihrer Beweisantragungsschrift vom 16. März 2016 in den Prozess eingeführt (Urk. 112 S. 4). In der Beweisantragungsschrift brachten die Kläger zu Urk. 113/15 den folgenden Vermerk an: "Memo-Stick mit elektronischer, vollständiger und detaillierter Liste der Zählerstände, die ca. im 3-Minutentakt automatisch per Fernübermittlung auf den Server der B.\_\_\_\_\_ übermittelt wurden (Papierausdruck würde ca. 15'000 Seiten umfassen, Ausdruck kann aber nachgeliefert werden)". Die Vorinstanz beschreibt Urk. 113/15 wie folgt (Urk. 157 S. 16): Auf dem Memory-Stick befanden sich eine Excel-Datei sowie fünf PDF-Dateien, die unter den Titeln "3min Auswertung Wärmehähler" (unter jeweiligem Zusatz der Jahres-

- 21 - zahl 2008 bis 2012) Listen nach demselben Aufbau wie diejenige der ausgedruckten Zählerstände enthalten. In den Listen der genannten Dateien sind aber entsprechend den eingetragenen Zeitangaben Werte für alle rund drei Minuten aufgeführt, die ebenso ausgehend von 172'652 zwar nicht mit jedem Eintrag, aber dennoch insgesamt auf der Zeitachse stetig anstiegen. Auch diese Beschreibung des von den Klägern eingereichten Beweismittels durch die Vorinstanz wird mit der Berufung nicht beanstandet. Eine Überprüfung durch die Berufungsinstanz ergibt, dass die vorinstanzliche Beschreibung zutrifft. Im Einzelnen lässt sich Folgendes sagen: - PDF-Datei "3min-Auswertung-WärmehählerNA0\_2008", umfassend 46'063 KB bzw. 2875 Seiten, Daten im Dreiminutentakt zwischen dem

#### **E. 6.4.3**

Die Beklagte beanstandet mit der Berufung, dass die Vorinstanz in willkürlicher Weise bloße Parteibehauptungen als Urkunden gewürdigt habe. Urk. 113/5 und Urk. 113/15 seien von den Klägern "nachträglich für Beweis-zwecke erstellte Tabellen und Listen". In unzulässiger Weise habe die Vorinstanz sodann auf neue Behauptungen der Kläger

abgestellt, denn sonst hätte sie die vermeintlichen "Beweismittel" weder einordnen noch verstehen können. Es sei prozessual unzulässig, wenn die Vorinstanz davon ausgehe, "dass die aufgeführten Listen tatsächlich die vom massgebenden Zähler erhobenen Zählerstände wiedergeben". Die Beklagte anerkennt zwar ausdrücklich, dass Urk. 113/5 und Urk. 113/15 "insoweit echt" seien. Dennoch vermöchten diese "Parteiaufzeichnungen keinen Beweis für die im vorliegenden Verfahren strittigen effektiven Wärmeverbrauch" zu liefern, denn "elektronische Echtzeit-Daten des vorliegend massgeblichen Zählers" seien nicht vorgelegt worden (Urk. 156 Rz 98).

#### **E. 6.4.4**

Zu diesen Beweismitteln führte die Vorinstanz – teilweise unter Hinweis auf die einschlägige Literatur – Folgendes aus (Urk. 157 S. 15-19): Entgegen dem Standpunkt der Beklagten handle es sich bei den von der Klägerin eingereichten Listen mit Zählerständen gerade nicht um nachträgliche Parteibehauptungen, sondern um Beweismittel, die dazu dienen könnten, die – gestützt auf die Vorbringen des Behauptungsverfahrens – bereits zum Beweis verstellten Behauptungen nachzuweisen. Insbesondere fielen auch die in elektronischer Form auf dem Memory-Stick abgespeicherten Listen unter den weiten Urkundenbegriff der §§ 183 ff. ZPO/ZH. Selbstredend ergebe sich aus der Einreichung der genauen Zählerstände für jeden Tag oder für jedes Zeitintervall von drei Minuten ein detaillierteres Bild darüber, wie die behaupteten Wärmelieferungen der zum Beweis verstellten Perioden genau zustande gekommen seien. Eine solche oder gar eine auf jede bezogene kWh heruntergebrochene Darstellung sei jedoch im Behauptungs-

- 23 -  
verfahren gerade nicht nötig gewesen, um den im Streit stehenden Anspruch genügend zu substantieren, der von der gelieferten Gesamtmenge der (als solcher nicht weiter differenzierten) Wärme in einer bestimmten Zeitperiode abhängt. Da es sich bei den Zählerständen, soweit sie aus den Urkunden hervorgingen, mithin nicht lediglich um Parteibehauptungen handle, könne die Beklagte auch aus einer blossen Bestreitung dieser Zählerstände nicht mehr für sich ableiten, als dass sie die klägerische Würdigung der fraglichen Urkunden (pauschal) in Abrede stelle. Im Hinblick auf den Beweiswert der Urkunden sei entscheidend, ob die aufgeführten Listen auch tatsächlich die vom massgeblichen Zähler erhobenen Zählerstände wiedergäben. Diesbezüglich erklärten die Kläger im Zusammenhang mit der Einreichung der Urkunden sowie auch in der Stellungnahme zum Beweisergebnis, es handle sich um den Ausdruck der vollautomatisch per Fernübermittlung vom Wärmelieferungs-Anzeigegerät bei der Beklagten täglich bzw. im 3-Minutentakt gemessenen kWh-Werte. Eine derartige Erklärung zum Zustandekommen der Urkunden bzw. deren Bedeutung sei aber ohne weiteres im Beweisverfahren zulässig und auch geboten, denn die Erklärung ergebe sich aus der Einreichung der entsprechenden Beweismittel, beziehe sich auf diese und bewege sich überdies im Rahmen der zu beweisenden Wärmelieferungen. Es sei gerade nicht Sache des Behauptungsverfahrens, das sich auf die zur Anspruchsbegründung rechtserheblichen Tatsachen beziehe, Erläuterungen zur Herkunft oder zum Verständnis von Beweismitteln zu machen. Letztlich gehe es hier um die Frage, ob den Urkunden in Bezug auf den ihnen von den Klägern zugeschriebenen Inhalt, nämlich die Wiedergabe der (automatisch übermittelten und gespeicherten) wertmässigen Ausgaben des fraglichen Zählers, der Charakter einer echten Urkunde zukomme (oder ob es sich – entgegen den klägerischen Angaben – um eine Darstellung nicht aus einer solchen Datenerhebung stammender, allfällig willkürlich abgedruckter Werte handle). In dieser Hinsicht unterlasse es die Beklagte jedoch – sofern

sich ihre (pauschalen) Bestreitungen überhaupt auf die entsprechenden Erläuterungen der Kläger und nicht bloss auf die Zählerstände an sich bezögen –, auch nur ansatzweise konkrete Gründe vorzubringen, weshalb es sich bei den Listen, welche die Kläger als eine Ausgabe der an sie automatisch und elektronisch übermittelten Zählerstände einreichen, nicht um die

- 24 - Aufführung derartiger Zählerstände handeln sollte. Durch ihre bloss pauschalen Bestreitungen vermöge die Beklagte jedenfalls keine ernstlichen Zweifel daran zu wecken, dass das gelieferte Zahlenmaterial die vom Zähler ausgegebenen kWh-Werte zu den angegebenen Zeitpunkten wiedergebe. In diesem Zusammenhang weist die Vorinstanz auf die Literatur "zum mittlerweile in der eidgenössischen Zivilprozessordnung verankerten Art. 178 ZPO" hin und führt aus, es leuchte ein, dass eine im 3-Minutentakt aktualisierte Messung über den Zeitraum von Jahren hinweg nicht anders als auf automatischem, elektronischem Wege erhoben werden könne und in der Ausgabe von Daten münde, wie sie die Kläger eingereicht hätten. Ferner passe ins Bild, dass die aus den Listen ersichtlichen Zählerstände in der Zeitachse stetig (wenn auch nicht mit jedem Eintrag) anstiegen bzw. sich nicht verringerten und diese Anstiege jeweils in der Sommerzeit – im Vergleich zu den Wintermonaten – geringer ausfielen. Es sei in beweiswürdiger Sicht kein Anlass ersichtlich, die aufgelisteten Werte nicht als Ausgabe des hier fraglichen Zählers zu beurteilen. Mit diesen überzeugenden vorinstanzlichen Überlegungen, denen auch die Berufungsinstanz folgt, setzt sich die Beklagte mit ihrer Berufung nur ganz am Rande auseinander. Vor Vorinstanz hat sich die Beklagte zu den Urk. 113/5 und Urk. 113/15 mit ihrer Eingabe vom 31. März 2016 (Urk. 115 S. 8 und 9 f.) sowie mit ihrer Stellungnahme zum Beweisergebnis vom 24. Januar 2017 (Urk. 142 S. 5 f. und S. 9) geäußert. Im wesentlichen waren das die gleichen Argumente, die auch mit der Berufung vorgetragen werden. Dazu hat aber bereits die Vorinstanz der Beklagten zutreffend Antwort gegeben.

#### **E. 6.4.5**

Der Vorinstanz ist namentlich darin zu folgen, dass im Prozessrecht von einem weiten Urkundenbegriff auszugehen ist und dass dies bereits für die zürcherische Zivilprozessordnung galt; heute ist dies ausdrücklich im Gesetz festgelegt (vgl. Art. 177 ZPO). Taugliche Beweismittel können daher durchaus elektronische Aufzeichnungen sein. Auf solche Aufzeichnungen haben sich die Kläger im Beweisverfahren denn auch berufen. Nach zürcherischem Prozessrecht müssen die Beweismittel erst mit der Beweisantragungsschrift genannt werden. Wenn sich eine Prozesspartei im Beweisverfahren auf elektronische Dateien als Beweismittel

- 25 - beruft, dann stellt sich die Frage, wie diese Dateien in den Prozess einzuführen sind. Unter diesen Umständen darf eine Prozesspartei in ihrer Beweisantragungsschrift gemäss § 137 ZPO/ZH durchaus Erklärungen abgeben, wie es zu den elektronischen Aufzeichnungen, auf die sie sich im Beweisverfahren stützen will, gekommen ist. Nach zürcherischer Praxis dürften die Parteien in ihrer Beweisantragungsschrift gar Unterbeweissätze formulieren und dabei "neu indizierende Tatsachen" vorbringen (so: FRANK/STRÄULI/MESSMER, Kommentar zur ZPO/ZH, 3.A., § 137 N 4). Die von der Beklagten beanstandeten – durchaus knappen – Erklärungen sind nicht etwa Tatsachenbehauptungen, sondern sie sind eng mit den von den Klägern im Beweisverfahren offerierten Beweismitteln verbunden. Gemäss diesen Erklärungen wurden die Daten vom "Wärmelieferungs-Anzeigegerät" "per automatische Fernübermittlung" auf den Server der Kläger überspielt. Das wird von der Beklagten mit der Berufung nicht in Abrede gestellt

(Urk. 156 Rz 98); sie beschränkt sich in diesem Zusammenhang statt dessen einzig auf ihren unzu- treffenden Standpunkt, die Kläger hätten unzulässige Noven vorgetragen. Damit ist davon auszugehen, dass die Daten der von der Beklagten entgegengenom- menen Wärmelieferungen durch Fernübermittlung auf den Server der Kläger ge- langt sind. Dort liegen die eigentlichen elektronischen Dateien, die physisch nicht zu den Akten gegeben werden können.

#### **E. 6.4.6**

Wollen sich die Kläger auf die erwähnten in ihrem Server verzeichneten elektronischen Dateien berufen, dann stellt sich die weitere Frage, wie diese Da- ten im Prozess abzubilden sind. Die Kläger haben sich dazu entschlossen, einen 40 Seiten umfassenden Ausdruck einzureichen, der in der Regel lediglich eine Datenspeicherung pro Tag enthält. Zusätzlich haben sie den Memory Stick mit den fünf entsprechenden PDF-Dateien im Umfang von 234'614 KB eingereicht, die 14'643 Seiten umfassen würden, wenn sie ausgedruckt würden. Diese Vorge- hensweise ist vernünftig. Entgegen der Meinung der Beklagten hat das mit neuen Tatsachenbehauptungen nichts zu tun. Stattdessen wurden von den Klägern mit Urk. 113/5 und 113/15 die massgebenden elektronischen Dateien so präsentiert, dass ohne weiteres nachvollzogen werden kann, was sie enthalten. Es kann da- her keine Rede davon sein, dass mit Urk. 113/5 und 113/15 neue und damit unzu- lässige Parteibehauptungen in den Prozess eingeführt worden wären, mit denen

- 26 - die bisherigen Behauptungen der Kläger "nachsubstanziiert" würden (so Urk. 142 S. 9), wie das die Beklagte glaubt (vgl. auch Urk. 156 S. 46).

#### **E. 6.4.7**

Es fragt sich sodann einzig, ob die Daten, welche aus Urk. 113/5 und Urk. 113/15 zu erkennen sind, mit den elektronischen Dateien übereinstimmen, die sich auf dem Server der Kläger befinden. In diesem Zusammenhang hat die Vorinstanz zu Recht den Grundgedanken von Art. 178 ZPO in Erinnerung geru- fen, der auch dem zürcherischen Prozessrecht zugrunde liegt (vgl. Urk. 157 S. 18 f.). Gemäss dieser Bestimmung genügt es nicht einfach, die Echtheit eingereich- ter Urkunden zu bestreiten; vielmehr muss diese Bestreitung "ausreichend be- gründet" werden. In gleicher Weise kann das Gericht gemäss dem heute an- wendbaren Art. 180 ZPO die Einreichung von Originalurkunden verlangen, "wenn begründete Zweifel an der Echtheit bestehen". Würden die Kläger Ausdrucke bzw. PDF-Dateien einreichen, die nicht mit den elektronischen Dateien ihres Ser- vers übereinstimmen, dann läge eine Situation vor, die mit der Einreichung unech- ter Urkunden durchaus vergleichbar wäre. Der Vorinstanz ist daher darin zu fol- gen, wenn sie in dieser Hinsicht eine bloss pauschale Bestreitung seitens der Be- klagten nicht genügen lassen will. Die Beklagte hätte ihre Bestreitung zumindest in nachvollziehbarer Art begründen müssen. Das hätte einerseits mit den techni- schen Gegebenheiten der Wärmelieferungsanlage auf ihrem Grundstück zusam- menhängen können. Die Beklagte hätte aber auch dartun können, dass die durch die Daten ausgewiesenen Wärmelieferungen mit den tatsächlich gelieferten Men- gen nicht übereinstimmen bzw. übereinstimmen können. Solche Vorbringen hat die Beklagte aber vor Vorinstanz weder mit ihrer unverlangten Eingabe zu den Beweiseinwendungen (vgl. Urk. 115 S. 8 f.) noch mit ihrer Stellungnahme zum Beweisergebnis gemacht. Die Beanstandungen der Berufung liegen auf der glei- chen Linie: Dort rügt die Beklagte, dass die Kläger keine "elektronischen Echtzeit- Daten des vorliegend massgeblichen Zählers", sondern lediglich von ihnen "selbst produzierte"

Papiere vorgelegt hätten. Mit diesen – in der Tat pauschalen – Bestreitungen macht es sich die Beklagte zu einfach. Ohne konkrete Anhaltspunkte und auch ohne zu erklären, was "elektronische Echtzeit-Daten des vorliegend massgeblichen Zählers" sein sollen, wirft sie den Klägern vor, dass sie die von ihnen eingereichten Abbildungen der elektronischen Dateien ihres Servers "selbst

- 27 - produziert", d.h. wohl konstruiert, hätten. Ernsthaftige Gründe an der Echtheit des Urkundeninhalts zu zweifeln (vgl. dazu WEIBEL, ZK-ZPO, Art. 178 N 6 und RÜETSCHI, BK-ZPO, Art. 178 N 3) tragen die Beklagten damit jedenfalls nicht vor.

#### **E. 6.4.8**

Die Vorinstanz hat im Sinne des Gesagten festgehalten, dass "in beweiswürdiger Sicht kein Anlass ersichtlich" sei, "die aufgelisteten Werte nicht als Ausgabe des hier fraglichen Zählers ... zu beurteilen". Die Berufungsinstanz sieht das gleich. Es kann daher namentlich darauf verzichtet werden, im Sinne des Beweisantrages der Kläger (vgl. Urk. 112 S. 4) zu dieser Frage ein gerichtliches Gutachten einzuholen.

#### **E. 6.5**

Eigenschaften und Eichung des Zählers (Urk. 113/1-4).

##### **E. 6.5.1**

In der Folge setzte sich die Vorinstanz im angefochtenen Urteil sehr einlässlich mit den technischen Gegebenheiten auseinander (Urk. 157 S. 19-23). Sie stützte sich namentlich auf die folgenden Beweismittel: - das Inbetriebnahme-Protokoll der Firma 'H.\_\_\_\_\_' mit Auftragsdatum

##### **E. 6.5.2**

Was die Beklagte dagegen mit der Berufung vorträgt, schlägt nicht durch:

###### **E. 6.5.2.1**

Urk. 113/1 (Inbetriebnahme-Protokoll H.\_\_\_\_\_.). Die Beklagte macht mit der Berufung geltend, dass sich aus diesem Protokoll "schlicht nichts zum konkreten Energieverbrauch der Berufungskläger von 2008 bis 2012 ableiten" lasse (Urk. 156 Rz 99 S. 48). Die Vorinstanz sagt solches aber auch gar nicht. Sie schliesst aus dem Protokoll einzig, "dass es sich bei den Anlagen, zu denen Eichbescheinigungen eingereicht wurden, um diejenigen handelt, die an der Wärmepumpe der Überbauung 'A.\_\_\_\_\_' in Betrieb stehen" (Urk. 157 S. 23). Dazu äussert sich die Beklagte aber nicht.

###### **E. 6.5.2.2**

Urk. 113/2 und Urk. 113/4 (Eichbescheinigung des Zählers H.\_\_\_\_\_ und Foto Urk. 113/4; vgl. dazu Berufung Urk. 156 S. 49). Auch hier ist der Beklagten zu sagen, dass die Vorinstanz aus diesen Urkunden keine Schlüsse bezüglich des konkreten Energieverbrauchs zieht. Auf Grund der vorinstanzlichen Darlegungen ist einzig davon auszugehen, dass die Messgeräte richtig funktioniert haben. Geradezu mutwillig ist die mit der Berufung vorgetragene Bestreitung, wonach sich die vorgelegte Eichbescheinigung nicht auf den Zähler der Beklagten beziehe: Die Eichbescheinigung bezieht sich ausdrücklich auf das Gerät "I.\_\_\_\_\_" mit der Fabriknummer .... Es ist dies das Gerät, das mit exakt dieser Nummer auf der Fotografie Urk. 113/4c zu sehen ist. Gemäss dem vorinstanzlichen Urteil wurde diese Fotografie "vor Ort" aufgenommen (Urk. 157 S. 23), also im Herrschaftsbereich der Beklagten. Ebenso haltlos ist die weitere Rüge der

Berufung, wonach

- 29 - die eingereichten Eichbestätigungen "keinerlei Bezug auf den streitgegenständlichen Zähler der Berufungskläger" hätten (Urk. 156 S. 50).

### **E. 6.5.2.3**

Urk. 113/3 (Verfügung Bundesamt für Meteorologie). Mit den vorinstanzlichen Überlegungen (Urk. 157 S. 22), weshalb sich die Eichperiode auf zehn Jahre verlängerte und dass keine Anhaltspunkte dafür bestünden, wonach die behördlichen Bedingungen seitens der Kläger nicht eingehalten worden seien, setzt sich die Berufung nicht auseinander (Urk. 156 S. 49). Die Berufung vermag insbesondere auf keine konkreten Unregelmässigkeiten hinzuweisen.

### **E. 6.5.3**

Die von der Vorinstanz unter dem Titel "Gesamtwürdigung" gemachte Beweiswürdigung leuchtet ein und ist nachvollziehbar (Urk. 157 S. 25-27), weshalb auf sie zu verweisen ist. Mit der Berufung wendet die Beklagte in diesem Zusammenhang erneut ein, die Urk 113/5 und 113/15 seien nicht beweistauglich (Urk. 156 Rz 104). Dazu wurde bereits eine Antwort erteilt (vgl. oben E. 6.4.). Gleiches gilt für die erneute Einwendung der Beklagten, dass ein genügender Sachvortrag als Grundlage für ein Beweisverfahren fehle. Auch dazu wurde bereits Stellung genommen (vgl. oben E. 6.2.). 7. Zum Quantitativ Unter den Titeln "Schlussfolgerungen" (Urk. 157 S. 27), "gesamter Wärmepreis", "Mahnkosten" (Urk. 157 S. 29), "Verzugszins" (Urk. 157 S. 29 f.), "Betreibungskosten" (Urk. 157 S. 30), "Zusammenfassung" (Urk. 157 S. 30) und "Beseitigung Rechtsvorschlag" (Urk. 157 S. 30) errechnet die Vorinstanz das den Klägern zustehende Quantitativ sowie ihre weiteren Ansprüche. Die vorinstanzlichen Darlegungen sind richtig, weshalb auf sie zu verweisen ist. Die Berufung setzt sich mit diesen vorinstanzlichen Ausführungen nicht auseinander. Das führt angesichts der oben gemachten Ausführungen zu den Beweisfragen ohne weiteres zur Abweisung der Berufung, soweit auf sie überhaupt einzutreten ist, und zur Bestätigung des angefochtenen Urteils.

- 30 - 8. Kosten- und Entschädigungsfolgen Angesichts des Prozessausganges wird die unterliegende Beklagte für das vorinstanzliche Verfahren und die beiden Berufungsverfahren in vollem Umfange kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Damit sind insbesondere auch die Kosten- und Entschädigungsfolgen gemäss vorinstanzlichem Urteil, welche auch das erste Berufungsverfahren LB110078 betreffen (Dispositiv-Ziff. 3- 7), zu bestätigen. Ferner sind die Prozesskosten für das vorliegende zweite Berufungsverfahren festzusetzen. Ausgangsgemäss ist den Klägern gemäss ihrem Antrag eine Parteientschädigung zuzusprechen, bei der antragsgemäss die Mehrwertsteuer zu berücksichtigen ist. Für das zweite Berufungsverfahren ist von einem Streitwert von Fr. 209'440.50 auszugehen. Es wird erkannt: 1. Die Berufung wird abgewiesen, soweit auf sie einzutreten ist, und das Urteil des Bezirksgerichts Zürich (3. Abteilung) vom 11. Juli 2017 wird bestätigt. 2. Die Entscheidgebühr für das zweite Berufungsverfahren LB170040 wird auf Fr. 13'250.00 festgesetzt. 3. Die Gerichtskosten für das zweite Berufungsverfahren LB170040 werden der Beklagten auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet. 4. Die Beklagte wird verpflichtet, den Klägern für das zweite Berufungsverfahren LB170040 eine Parteientschädigung von Fr. 10'000.00 zu bezahlen. 5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Nebenintervenientin 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 Be-

- 31 - schwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 209'440.50. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG. Zürich, 22. Dezember 2017 Obergericht des Kantons Zürich I. Zivilkammer Die Vorsitzende: Die Gerichtsschreiberin: Dr. L. Hunziker Schnider lic. iur. M. Reuss Valentini versandt am: mc

#### **E. 10**

Januar 2008, 06:20:18, bis 31. Dezember 2008, 23:57:50; Anfangszählerstand 172'690; Endzählerstand 341'797. Bei 480 Datenaufnahmen pro Tag ergibt das hier ca. 171'200 Datenaufnahmen. - PDF-Datei "3min-Auswertung-WärmezählerNA0\_2009", umfassend 47'590 KB bzw. 2970 Seiten, Daten im Dreiminutentakt zwischen dem 1. Januar 2009, 00:00:49, bis 31. Dezember 2009, 23:57:00; Anfangszählerstand 341'799; Endzählerstand 532'654. Bei 480 Datenaufnahmen pro Tag ergibt das hier ca. 175'200 Datenaufnahmen. - PDF-Datei "3min-Auswertung-WärmezählerNA0\_2010", umfassend 48'087 KB bzw. 3000 Seiten, Daten im Dreiminutentakt zwischen dem 1. Januar 2010, 00:00:00, bis 31. Dezember 2010, 23:59:22; Anfangszählerstand 532'656; Endzählerstand 743'529. Bei 480 Datenaufnahmen pro Tag ergibt das hier ca. 175'200 Datenaufnahmen. - PDF-Datei "3min-Auswertung-WärmezählerNA0\_2011", umfassend 47'278 KB bzw. 2953 Seiten, Daten im Dreiminutentakt zwischen dem 1. Januar 2011, 00:02:22, bis 31. Dezember 2011, 23:57:24; Anfangszählerstand 743'531; Endzählerstand 881'051. Bei 480 Datenaufnahmen pro Tag ergibt das hier ca. 175'200 Datenaufnahmen. - PDF-Datei "3min-Auswertung-WärmezählerNA0\_2012", umfassend 45'599 KB bzw. 2845 Seiten, Daten im Dreiminutentakt zwischen dem 1. Januar 2012, 00:00:24, bis 31. Dezember 2012, 23:54:06; Anfangszählerstand 881'052; Endzählerstand 1'070'979. Bei 480 Datenaufnahmen pro Tag ergibt das hier ca. 175'700 Datenaufnahmen. - Excel-Datei "3min-Auswertung-WärmezählerNA0\_2012\_2012\_Total", umfassend 20'098 KB, enthaltend die Arbeitsmappen "2008", "2009", "2010", "2011", "2012". In diese Arbeitsmappen wurden exakt die Daten der PDF-Dateien übertragen. Gegenüber den PDF-Dateien ergeben sich aus dieser Datei keine neuen Erkenntnisse.

- 22 - Die fünf PDF-Dateien erfassen eine Datenmenge von 234'614 KB oder 14'643 Seiten. Verzeichnet sind insgesamt ca. 873'000 einzelne Datenaufnahmen zwischen dem 10. Januar 2008, 06:20:18, und dem 31. Dezember 2012, 23:54:06. Die Differenz der Zählerstände beläuft sich auf insgesamt 907'283 oder durchschnittlich 181'457 pro Jahr.

#### **E. 15**

August 2007 betreffend "Objekt: ... A.\_\_\_\_\_ D.\_\_\_\_\_", welches sich auf eine "Kompakt-Klein-Wärmezähler-Batterie" "I.\_\_\_\_\_" mit der Nr. ..., einen "Durchfluss-Sensor WPD-H-50" mit der Nr. ... sowie auf einen "Temperatur-Fühler PLC 100/140/2,5m" mit der Nummer ... bezieht und welches ausdrücklich auf die Überbauung A.\_\_\_\_\_ und auf die dortige Heizung im Haus 4 Bezug nimmt (Urk. 113/1); - drei Eichbescheinigungen des Schweizerischen Eichdienstes, in denen am 18. April bzw. am 24.

April 2007 festgehalten wird, dass das Mess- gerät "I.\_\_\_\_\_" mit der Fabr. Nr. ... der eichtechnischen Prüfung ent- spreche, und die Messgeräte Temperaturfühler "PLC 100/140/2.5" mit der Seriennummer ... sowie hydraulischer Geber "WPDH 50 OD AM" mit der Seriennummer ... die gesetzlichen Anforderungen, die in der Zulassung zur Eichung festgelegt seien, erfülle (Urk. 113/2); - die Verfügung des damaligen Bundesamtes für Meteorologie METAS (seit 1. Januar 2013 Eidgenössisches Institut für Meteorologie METAS) vom 27. April 2007, mit welcher der Klägerin die Genehmigung zur Er- haltung der Messbeständigkeit nach dem Prinzip der Überwachung der Messdaten im Betrieb (gemäss Anhang 2, Punkt 1 der VO des EJPD über Messgeräte für thermische Energie) erteilt wurde (Urk. 113/3); - Fotografie Urk. 113/4a: Überschriften mit "Temperaturfühler" und ein Gerät zeigend mit der angebrachten Nummer "..."; - Fotografie Urk. 113/4b: Überschriften mit "Durchflussmesser/ Wärme- zähler" und ein Gerät zeigend mit der Nummer "...";

- 28 - - Fotografie Urk. 113/4c: zeigend den Wärmezähler "I.\_\_\_\_\_" mit der Nummer ... und einem Kleber darauf "B.\_\_\_\_\_" ...". Die Vorinstanz kam gestützt auf diese Unterlagen zum Schluss, dass die ordnungsgemässe Eichung bis zum 18./24. April 2012 nachgewiesen sei und dass auch darüber hinaus keine Zweifel daran bestünden, dass auch in der weite- ren Zeitspanne "vom 18./24. April 2012 bis zum 30. September 2012 die Eichung der Messgeräte gültig und die entsprechenden Messungen anhand eines mess- beständigen Verfahrens vorgenommen wurden, sodass auf die Angaben des frag- lichen Zählers abgestellt werden kann". Auf die überzeugenden Erwägungen der Vorinstanz (Urk. 157 S. 19-23 E. 3.3.3./b) ist ohne Einschränkung zu verweisen.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.