

**Art. 158 ZPO, vorprozessuale Beweisabnahme.** *Im Hinblick auf einen kommenden Prozess ist die vorsorgliche Beweisabnahme durch das Einzelgericht zulässig, auch wenn der nämliche Sachverhalt bei einem bereits hängigen Prozess ebenfalls eine Rolle spielt (E. 3.3 - 3.4).* **§ 142 GOG, Zuständigkeit während des Schlichtungsverfahrens.** *Trotz Art. 62 ZPO bleibt das Einzelgericht zuständig (E. 3.2).* **Art. 311 ZPO, Begründung der Berufung Auf Vorakten zu verweisen, ist nicht per se unzulässig (E. 1.2)**

Streitig sind Ansprüche aus einem Werkvertrag. Ein bereits beim Bezirksgericht hängiges Verfahren betrifft die Rückforderung eines unter dem Titel Mängelgarantie abgerufenen Geldbetrages. Nun plant die Bestellerin, gewisse Mängel selber beheben zu lassen.

(aus den Erwägungen des Obergerichts:)

(II) 1.2 Die Beklagte [die Unternehmerin] stellt sich auf den Standpunkt, die Berufung der Klägerin [Bestellerin] genüge den Anforderungen an die Begründung nicht, weil die Klägerin, was den relevanten Sachverhalt betreffe, lediglich auf die Vorakten verweise. Daher sei auf die Berufung nicht einzutreten.

Dem ist nicht zu folgen. Die Berufung führende Partei hat sich in der Begründung ihres Rechtsmittels sachbezogen mit den Entscheidungsgründen des erstinstanzlichen Entscheides auseinanderzusetzen und hat dem Berufungsgericht erkennbar im Wesentlichen darzulegen, inwiefern von der ersten Instanz Recht falsch angewendet und welcher Sachverhalt unrichtig festgestellt worden sein soll (OGer ZH LB110049 vom 5. März 2012, E. II./1.1). Die Anforderungen an die Berufungsbegründung im Einzelfall hängen damit von den konkret erhobenen Rügen ab. Werden lediglich rechtliche Mängel gerügt, auf der Basis des Sachverhaltes, wie er aus dem angefochtenen Entscheid hervorgeht, so genügt eine rechtliche Begründung und ist es nicht erforderlich, die (für die Berufungsbegründung dann gar nicht relevante) Sachverhaltsdarstellung zu wiederholen. Dass die Tatsachenbehauptungen auch vor zweiter Instanz bestimmt und vollständig aufzustellen sind (so [von der Beklagten zitiert] ZK ZPO-Reetz/Theiler, 2. Auflage 2013, Art. 311 N 36 S. 2164), gilt deshalb selbstredend nur dann, wenn damit bestimmte konkrete Rügen begründet werden sollen. Dass mit der Berufungsbegründung unabhängig von den vorgebrachten Rügen das gesamte tatsächliche Klagefun-

dament erneut substantiiert darzulegen wäre, ergibt sich daraus nicht. Es wäre ein Leerlauf, wo es sich nur um Wiederholungen handelte, und es erschwerte zudem die Bearbeitung der Sache ganz erheblich, weil damit die Rechtsschriften aufgebläht würden.

Aus der Berufungsbegründung ergeben sich die geltend gemachten Rügen mit genügender Klarheit. Etwas anderes wird auch von der Beklagten nicht konkret verdeutlicht. Daher ist auf die Berufung der Klägerin einzutreten.

(...)

3.2 Die Klägerin legt ihrem Begehren um vorsorgliche Beweisführung einen Anspruch auf Ersatzvornahme (Beseitigung der Mängel am Epoxy-Belag) auf Kosten der Beklagten zu Grunde.

Diesen Anspruch hat die Klägerin laut ihrer eigenen Schilderung mit Schlichtungsbegehren vom 7. August 2012 beim Friedensrichteramt Zürich Kreise 1 und 2 geltend gemacht. Wie dieses Schlichtungsverfahren ablief, ist nicht bekannt. Offenbar ist eine Klagefrist nach Art. 209 Abs. 3 ZPO ohne Klageerhebung vor dem Bezirksgericht verstrichen (falls das Schlichtungsverfahren überhaupt zur Ausstellung einer Klagebewilligung geführt haben sollte). Dies liegt auch aus der Überlegung nahe, dass die Klägerin angibt, dieses Schlichtungsbegehren lediglich zur Verjährungsunterbrechung gestellt zu haben. Somit ist anzunehmen, dass die durch die Stellung des Schlichtungsbegehrens begründete Rechtshängigkeit nach Art. 62 Abs. 1 ZPO inzwischen dahingefallen ist (vgl. Müller-Chen, DIKE-Komm-ZPO, Art. 62 N 47).

Ohnehin kann mit gutem Grund argumentiert werden, als Rechtshängigkeit gemäss § 142 GOG (also als der Zeitpunkt, ab welchem die Zuständigkeit des Einzelgerichts im summarischen Verfahren für die vorsorgliche Beweisführung endet) sei erst die Rechtshängigkeit vor dem erstinstanzlichen Gericht zu verstehen und nicht bereits jene vor der Schlichtungsbehörde. In der vergleichbaren Konstellation der vorsorglichen Massnahmen vor Rechtshängigkeit nach Art. 263 ZPO wird die Ansicht vertreten, dafür bleibe das Einzelgericht im summarischen

Verfahren auch bei rechtshängigem Schlichtungsverfahren bis zur Einreichung der Klage beim Bezirks- bzw. Mietgericht zuständig (Hauser/Schweri/Lieber, GOG Kommentar, Zürich 2012, § 24 N 77; vgl. auch Hediger, mp 2013 S. 1 ff., S. 9 f.). Aus dieser Überlegung ist eine allfällige Rechtshängigkeit der Klage gestützt auf das Schlichtungsbegehren vom 7. August 2012 umso weniger von Bedeutung.

3.3 Zu prüfen bleibt, ob die Rechtshängigkeit des (...) Verfahrens (...) zur Folge hat, dass das vorliegende Begehren um vorsorgliche Beweisführung als solches *nach* Rechtshängigkeit zu betrachten ist.

3.3.1 Nach der Meinung der Vorinstanz ist dies der Fall, weil die Mängel, für welche vorliegend die vorsorgliche Beweisführung verlangt werde, Gegenstand des Verfahrens (...) sind. Die Vorinstanz knüpft mithin bei der Beurteilung des Eintritts der Rechtshängigkeit nach § 142 GOG an das Beweisthema an, welches mit der vorsorglichen Beweisführung erhärtet werden soll.

Dem ist nicht zu folgen. Die vorsorgliche Beweisführung ist mit Blick auf einen konkreten materiellrechtlichen Anspruch zu verlangen. Das Interesse an der Beweisabnahme hängt vom Interesse an der Durchsetzung eines damit zu beweisenden Anspruchs ab (BK ZPO-Brönnimann, Art. 158 N 13; Fellmann, a.a.O., Art. 158 N 19). Ist dieser materielle Anspruch noch nicht Gegenstand eines Verfahrens, so muss von einem Gesuch um vorsorgliche Beweisführung *vor* Eintritt der Rechtshängigkeit ausgegangen werden. Dass sich bestimmte Sachverhaltsfragen auch in einem anderen, bereits rechtshängigen Prozess stellen können, ändert daran nichts.

Entscheidend ist daher, ob zwischen dem Anspruch, für welchen die Klägerin um vorsorgliche Beweisführung ersucht, und den Ansprüchen (bzw. einem Anspruch), die im Verfahren (...) geltend gemacht werden, Identität besteht. Nur dann ist dieser Anspruch Gegenstand eines rechtshängigen Verfahrens und kann gestützt darauf die sachliche Zuständigkeit der Vorinstanz verneint werden. Darauf wird nachfolgend eingegangen.

3.3.2 Die Klägerin stellt sich zu Recht auf den Standpunkt, Identität von Klagen sei nur dann anzunehmen, wenn dem Richter der gleiche Anspruch aus dem gleichen Rechtsgrund und gestützt auf denselben Sachverhalt erneut zur Beurteilung unterbreitet werde (act. 22 S. 3; ZK ZPO-Sutter-Somm/Hedinger, 2. Auflage 2013, Art. 64 N 11).

Gegenstand des hängigen Verfahrens (...) betreffend die Rückforderung der erwähnten Garantie sind (u.a.) die Mangelfolgeschäden (Kosten der Rechtsvertretung) im Zusammenhang mit den Mängeln "Risse im Epoxy-Belag". Mit (u.a.) diesem Anspruch will die Klägerin die Rückforderung der Garantie verweigern, bzw. begründen, dass sie die Garantie mit Recht in Anspruch nahm. Ihrem vorliegenden Begehren um vorsorgliche Beweisführung legt die Klägerin dagegen wie bereits gesehen einen Anspruch auf Ersatzvornahme der Nachbesserung dieser Mängel auf Kosten der Beklagten zugrunde. Diesen Anspruch hat die Klägerin im Verfahren (...) unbestritten nicht geltend gemacht oder der Rückforderung der Garantie entgegen gehalten. Die Klägerin hat diesen Anspruch dort vielmehr nur insofern erwähnt, als sie ihn sich, zusammen mit sämtlichen Gewährleistungsrechten, ausdrücklich vorbehielt.

Die beiden Ansprüche basieren auf denselben Werkmängeln, d.h. auf demselben Sachverhalt. Dennoch handelt es sich um zwei verschiedene Ansprüche mit eigenem rechtlichen Schicksal. Beide Ansprüche können deshalb unabhängig voneinander geltend gemacht werden, ohne dass dafür ein ausdrücklicher Vorbehalt erforderlich wäre. Dass die Klägerin sich die Geltendmachung weiterer Ansprüche nicht explizit für ein noch einzuleitendes Drittverfahren vorbehielt (sondern nur im hängigen Verfahren ...), tut daher nichts zur Sache. Die Identität der beiden Ansprüche ist deshalb mit der Klägerin zu verneinen.

3.3.3 Was die Beklagte dagegen vorbringt, ist unbehelflich:

Die Rechtshängigkeit von einzelnen Ansprüchen selbständig zu beurteilen, führt entgegen der Beklagten nicht zu einer "Verwedelung" des Streitgegenstands. Der Streitgegenstand beurteilt sich nach gängiger Ansicht einerseits nach dem Rechtsbegehren und andererseits nach dem diesem zugrunde liegenden

Lebenssachverhalt (ZK ZPO-Zürcher, 2. Auflage 2013, Art. 59 N 30). Dass beide Ansprüche auf demselben Lebenssachverhalt (bzw. auf derselben Mängelbeanstandung) beruhen, führt deshalb nicht ohne weiteres zur Identität des Streitgegenstands. Zwei verschiedene Ansprüche gestützt auf denselben Lebenssachverhalt (bzw. Mangel), die ein je eigenes rechtliches Schicksal haben können und die offenkundig auch je einen eigenen Streitwert aufweisen, sind nicht identisch.

Die von der Beklagten aufgezeigte Bundesgerichtspraxis, nach welcher bei der Beurteilung der Identität auf die Geltendmachung neuer rechtserheblicher Tatsachen abgestellt wird, ist in dieser Konstellation nicht massgeblich. Wird aus demselben Sachverhalt ein anderer Anspruch abgeleitet, so scheidet die Identität bereits an der Verschiedenheit der geltend gemachten Ansprüche. Zusätzliche neue tatsächliche Grundlagen sind in diesem Fall nicht erforderlich. Die separate Geltendmachung solcher nicht identischer Ansprüche ist entgegen der Beklagten nicht "konstruiert" oder "praxisfremd". Unabhängig davon, ob beide Ansprüche bereits bekannt sind, ist es zulässig, sie in separaten Verfahren geltend zu machen. Da es um verschiedene Ansprüche geht (wenn auch mit sachlichem Zusammenhang), ist die Gefahr sich widersprechender Urteile entgegen der Beklagten nicht erheblich und kann auch nicht von einem "wildem Prozessieren vor unterschiedlichen Gerichten in gleicher Sache" die Rede sein. Der bestehende sachliche Zusammenhang (gleiche Tatsachengrundlage der Ansprüche) kann (muss aber nicht) Anlass zu einer Vereinigung der Verfahren nach Art. 125 lit. c ZPO geben (vgl. ZK ZPO-Staehelin, 2. Auflage 2013, Art. 125 N 5). Dies bedeutet aber nicht, dass die beiden Klagen zwingend zusammen erhoben werden müssten.

Das Gesagte gilt verstärkt gegenüber einer (im ersten Prozess) beklagten Partei, die sich den Zeitpunkt der Durchführung des Verfahrens nicht aussuchen konnte. Eine solche Partei muss die Möglichkeit haben, weitere Ansprüche aus den betreffenden Mängeln erst in einem späteren Prozess geltend zu machen. Vorausgesetzt ist selbstredend stets, dass die materielle Berechtigung dazu noch besteht.

3.4 Der dem Begehren auf vorsorgliche Beweisführung zugrundeliegende materiellrechtliche Anspruch ist somit bis anhin nicht Gegenstand eines

rechtshängigen Verfahrens. Mithin gilt das Begehren als solches *vor* Rechtshängigkeit, für dessen Beurteilung die Vorinstanz nach § 142 i.V.m. § 25 GOG unbestritten sachlich zuständig ist.

Auf die Eventualbegründung der Klägerin, wonach selbst bei vorbestehender Rechtshängigkeit das Einzelgericht im summarischen Verfahren für die Beurteilung des Begehrens um vorsorgliche Beweisabnahme zuständig wäre, ist danach nicht weiter einzugehen.

3.5 Dass das Beweismittel, dessen vorsorgliche Abnahme die Klägerin verlangt, möglicherweise auch im hängigen Prozess über die Rückerstattung der Garantie wird abgenommen werden müssen (da auch dort die Mangelhaftigkeit der Epoxy-Abdeckung ein Thema ist), ist nicht von Belang. Dabei handelt es sich um die logische Konsequenz des Umstands, dass beide Ansprüche auf dem selben Sachverhalt beruhen. Wie gesehen, führt dies nicht zur Verneinung der Zuständigkeit des Einzelgerichts infolge vorbestehender Rechtshängigkeit. Auch ein anderes Eintretenshindernis lässt sich daraus nicht ableiten:

Wären beide Ansprüche bereits Gegenstand eines Prozesses, so hätte die jeweils beweisbelastete Partei ohne weiteres Anspruch auf die Abnahme der rechtserheblichen Beweise (Art. 152 Abs. 1 ZPO). Das Argument, das selbe Beweismittel müsse zu einem späteren Zeitpunkt in einem anderen Prozess ebenfalls abgenommen werden, weil die selbe Tatsache auch dort rechtserheblich sei, könnte einem entsprechenden Beweisantrag nicht entgegen gehalten werden. Auf diesem Weg könnte höchstens eine Sistierung begründet werden. Das Interesse an der Sistierung eines Verfahrens wegen des Zusammenhangs mit einem anderen Verfahren ist indes eher von untergeordneter Bedeutung, wenn es bloss darum geht, dass Beweisabnahmen im anderen Verfahren vorgesehen sind, welche ebenso gut im betreffenden Verfahren durchgeführt werden können (vgl. ZK ZPO-Staehelin, 2. Auflage 2013, Art. 126 N 4).

Was bei zwei rechtshängigen Prozessen gilt, muss auch dann massgeblich sein, wenn lediglich ein Prozess bereits angehoben wurde und für einen anderen, in diesem Prozess nicht geltend gemachten Anspruch um vorsorgliche Beweis-

führung ersucht wird. Lässt sich das Interesse an der vorsorglichen Beweisführung mit Blick auf die Durchsetzung beider materiellen Ansprüche begründen, so hat die entsprechende Partei die Wahl, das Gesuch im Rahmen des bereits rechtshängigen Prozesses oder separat vorprozessual mit Blick auf den später zu erhebenden zweiten Prozess zu stellen. Dieser Entscheid steht im Ermessen der entsprechenden Partei.

In der Folge ist es gegebenenfalls am Gericht und an den Parteien, mögliche Synergien bei der späteren Beweisabnahme im bereits rechtshängigen Prozess sinnvoll zu nutzen.

3.6 Auf das Begehren der Klägerin um vorsorgliche Beweisabnahme ist daher in Gutheissung der Berufung der Klägerin einzutreten.

Obergericht, II. Zivilkammer  
Beschluss vom 3. Juni 2013  
Geschäfts-Nr.: LF130020-O/U