

Beschluss vom 10. Mai 2017

ZK2 2016 64

Mitwirkend Kantonsgerichtsvizepräsident Dr. Reto Heizmann,
Kantonsrichter Clara Betschart und Pius Schuler,
Gerichtsschreiber lic. iur. Mathis Bösch.

In Sachen **A.** _____
Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin,
vertreten durch Rechtsanwalt B. _____,

gegen

C. _____ **AG**
Gesuchsgegnerin und Beschwerdegegnerin,
vertreten durch Rechtsanwalt D. _____,

betreffend vorsorgliche Beweisführung und Fristansetzung nach Art. 366 Abs. 2 OR
(Berufung gegen die Verfügung des Einzelrichters am Bezirksgericht Küss-
nacht vom 25. November 2016, ZES 2012 172a und b);-

hat die 2. Zivilkammer,

nachdem sich ergeben und in Erwägung:

1. Die A._____ stellte aus einem Werkvertragsverhältnis mit der C._____AG am 15. November 2012 dem Einzelrichter im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Küssnacht folgende Anträge (Vi-act. I.a):

1. Es sei eine sachverständige Person zur Prüfung des Werkes mit den Projektnamen „E._____ [...],
 - (a) mit Bezug auf die Dichtigkeit der Unterniveaugaragen (Wände, Böden, Zufahrtsrampen, Lift- und Lichtschächte) des Süd-, Zwischen- und Towertrakts (inkl. Differenzierung zwischen statischen und nicht-statischen Rissen),
 - (b) mit Bezug auf Einhaltung der vertraglich mit 36 cm (+/- 12 mm) vereinbarten Dicke der Decken über den Unterniveaugaragen des Süd- und Zwischentrakts, und
 - (c) mit Bezug auf die Höhen- bzw. Tiefenabweichungen [...von vertraglichen in Schalungsplänen festgelegten Nivellierungen]und zur Erstellung eines schriftlichen Gutachtens inkl. Beurkundung des Befundes hinsichtlich der obgenannten Punkte zu bezeichnen.
2. Es sei der Gesuchsgegnerin eine Frist bis zum 31. März 2013, eventualiter bis zu einem vom Gericht vorgegebenen Termin, anzusetzen, um die vom Sachverständigen gemäss Rechtsbegehren 1 festgestellten Mängel nachzubessern, unter der Androhung, dass bei vollständig oder teilweise unbenütztem Ablauf der Frist dannzumal noch offenen Nachbesserungsarbeiten auf Gefahr und Kosten der Gesuchsgegnerin einem Dritten übertragen werden (Ersatzvornahme).
- 2a [Subeventualiter Nachbesserung nach Mängelfeststellungen in eingereichtem Gutachten].
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MwSt.) zu Lasten der Gesuchsgegnerin.

Der Einzelrichter eröffnete für den ersten, sich auf Art. 367 Abs. 2 OR und den zweiten, auf Art. 366 Abs. 2 OR stützenden Antrag zwei separate Dossiers (ZES 2012 172a und 172b). Die C._____AG nahm zum Gesuch am 28. Januar 2013 Stellung und machte unter anderem geltend, Art. 366 OR beziehe sich auf die Zeit während der Ausführung des Werks und Art. 367 auf die Zeit nach Ablieferung des Werks, weshalb sich die Gesuchsgegnerin nicht

gleichzeitig auf beide Normen stützen könne (Vi-act. II). Nach Eingang von Gutachten und Gutachtensergänzungen setzte der Einzelrichter der Gesuchstellerin Frist zur Substantiierung und Spezifizierung der innert anzusetzender Frist nachzubessernden Mängel an (Vi-act. GA 137), worauf die Gesuchstellerin am 21. Juli 2016 ein 287-seitige „Substantiierungsschrift“ einreichte (Vi-act. III in separatem Ordner). Dazu nahm die Gesuchsgegnerin am 5. September 2016 Stellung und beantragte eine Kürzung der „Substantiierungsschrift“, eventualiter eine Verlängerung der Frist zur Stellungnahme (Vi-act. GA 149). Der Einzelrichter nahm der Gesuchsgegnerin in der Folge die Frist zur Stellungnahme ab und gewährte der Gesuchstellerin das rechtliche Gehör namentlich zur Frage der sachlichen Zuständigkeit zur Fristansetzung nach Art. 366 Abs. 2 OR (Vi-act. GA 150). Die Gesuchstellerin nahm am 6. Oktober 2016 Stellung (Vi-act. GA 154).

2. Mit Verfügung vom 25. November 2016 schrieb der Einzelrichter das Verfahren um vorsorgliche Beweisführung ab (Dispositivziff. 1 lit. a) und trat auf das Gesuch um Fristansetzung für Nachbesserungsarbeiten unter Androhung der Ersatzmassnahme infolge fehlender sachlicher Zuständigkeit nicht ein (Ziff. 1 lit. b). Die Gesuchstellerin erhob gegen diese Verfügung rechtzeitig Berufung. Sie verlangt deren Aufhebung im Umfang von Dispositivziffer 1 lit. b sowie in dem auf dieses Verfahren entfallenden Anteil der Parteikosten. Die Angelegenheit sei mit der Anweisung an den Einzelrichter zurückzuweisen, auf das Gesuch Prozessnummer ZES 2012 172b einzutreten, eventualiter eine Neuurteilung der sachlichen Zuständigkeit und gegebenenfalls eine Verfahrensüberweisung unter Berücksichtigung der kantonsgerichtlichen Ausführungen vorzunehmen. Die Gesuchsgegnerin beantragt die vollumfängliche Abweisung der Berufung, sofern darauf einzutreten sei (KG-act. 16). Zur Berufungsantwort nahm die Gesuchstellerin am 13. Januar 2017 Stellung (KG-act. 22). Die Gesuchsgegnerin duplizierte am 25. Januar 2017 (KG-act. 24).

3. Über die rechtzeitige Vornahme und vertragsgemässe Ausführung der Arbeit enthält Art. 366 OR folgende Regelungen: Beginnt der Unternehmer das Werk nicht rechtzeitig oder verzögert er die Ausführung in vertragswidriger Weise oder ist er damit ohne Schuld des Bestellers so sehr im Rückstande, dass die rechtzeitige Vollendung nicht mehr vorauszusehen ist, so kann der Besteller, ohne den Lieferungstermin abzuwarten, vom Verträge zurücktreten (Abs. 1). Lässt sich während der Ausführung des Werkes eine mangelhafte oder sonst vertragswidrige Erstellung durch Verschulden des Unternehmers bestimmen voraussehen, so kann ihm der Besteller eine angemessene Frist zur Abhilfe ansetzen oder ansetzen lassen mit der Androhung, dass im Unterlassungsfalle die Verbesserung oder die Fortführung des Werks auf Gefahr und Kosten des Unternehmers einem Dritten übertragen werde (Abs. 2).

a) Der Vorderrichter bejahte grundsätzlich seine sachliche Zuständigkeit, bei vertragswidriger Ausführung eines Werkes im Sinn von Art. 366 Abs. 2 OR in Verbindung mit Art. 248 und Art. 250 lit. b Ziff. 3 ZPO sowie § 31 Abs. 2 JG Frist anzusetzen. Er befand jedoch, die Gesuchstellerin werfe der Gesuchsgegnerin selber vor, die Baustelle im Jahr 2009 verlassen zu haben, und führe aus, dieser das fragliche Werk spätestens am 18. August 2012 entzogen zu haben. Daraus schloss er, das Verfahren zur Fristansetzung im Sinne von Art. 366 Abs. 2 OR sei im November 2012 nicht gehörig, nämlich nicht während der Ausführung des Werks eingeleitet worden.

b) Die Gesuchstellerin rügt mit der Berufung, der Vorderrichter habe den Sachverhalt unrichtig festgestellt, Art. 366 OR falsch angewandt und ihr das rechtliche Gehör verweigert, indem er auf ihre diesbezüglichen Vorbringen sowie den Antrag der Verfahrensüberweisung nicht eingegangen sei (vgl. Berufung Ziff. 17). Darüber hinaus rügt sie die vorderrichterliche Verfahrensführung, räumt indes ein, dass dies keinen Berufungsgrund darstelle (Ziff. 19), weshalb darauf vorliegend von Vornherein nicht weiter einzugehen ist.

4. Als unbestritten hat zu gelten, dass erstens die Gesuchsgegnerin ihre Arbeiten eingestellt und die Baustelle verlassen hatte, bevor die Gesuchstellerin um Fristansetzung im Sinne von Art. 366 Abs. 2 OR ersuchte und dass zweitens die Gesuchstellerin, was aktenmässig durch die Einigung der Parteien im Sommer 2012 über die Einstellung der weiteren Zusammenarbeit belegt ist (BB 9), der Gesuchsgegnerin das Werk entzog. Jedenfalls bestritt die Gesuchstellerin mit der Berufung die Tatsache des Werkentzugs nicht (dazu vgl. Berufung Ziff. 10 f., 16, 21, 26 und 31; vgl. auch Stellungnahme KG-act. 22 S. 4 Ziff. 11). Sie hält beide Punkte, ohne diese in sachverhaltlicher Hinsicht substantiiert zu bestreiten, in der Stellungnahme zur Berufungsantwort einfach argumentativ für nicht massgebend bzw. widersprüchlich (KG-act. 22 S. 9 Ziff. 41). Eine Bestreitung erst in der Stellungnahme zur Berufungsantwort wäre abgesehen davon verspätet und unzulässig (Art. 317 ZPO).

Dagegen ist umstritten, ob sich das Werk im Sinne einer Voraussetzung einer Fristansetzung nach Art. 366 Abs. 2 OR noch in Ausführung befand. Die Gesuchstellerin bestreitet, dass die Werke der jeweiligen Projektphasen vollendet bzw. abgeliefert oder abgenommen worden seien. Zwar scheint aufgrund des Wortlautes „während der Ausführung des Werks“ klar, dass nach der Vollendung oder gar nach der Ablieferung des Werkes Art. 366 Abs. 2 OR keine Anwendung mehr findet (so vom Vorderrichter zitiert Bühler, ZK, ³1998, Art. 366 OR N 62). Das sind jedoch nicht die einzigen massgeblichen Kriterien. Daraus folgt insbesondere nicht, dass nur die Vollendung oder die Ablieferung des Werkes die Fristansetzung gemäss dieser Bestimmung hinderte. Besteht der Normzweck nämlich darin, den Besteller in die Lage zu versetzen, eine mangelhafte oder vertragswidrige Erstellung des Werkes rechtzeitig zu stoppen (Bühler, ebd.; Gauch, Der Werkvertrag, ⁵2011, N 868 f.), muss die Verhinderung einer mangelhaften Werkerstellung praktisch noch möglich sein. Das setzt voraus, dass sich das Werk tatsächlich noch in Ausführung befindet und nicht bloss rechtlich allenfalls nicht als abgenommen oder abgeliefert gilt. Nach Art. 366 Abs. 2 OR muss die Voraussehbarkeit einer vertragswidrigen

Werkerstellung mit klarer Bestimmtheit während der Ausführung eintreten (so auch vom Vorderrichter zitierter BGer 4C.433/2005 vom 20. April 2006 E. 2.2.1). Mithin kann der Richter nur während der Werkausführung angerufen werden, solange faktisch klar erkennbar ist, dass das Werk bei seiner Beendigung einen Werkmangel aufweisen, also tatsächlich von der vertraglich geforderten Beschaffenheit des Werks abweichen wird (vgl. auch Zindel/Pulver/Schott, BSK, ⁶2015, Art. 366 OR N 32 i.V.m. Art. 368 OR N 9 mit Hinweisen). In einem solchen Stadium, in welchem sich während der Werkerstellung ein Mangel abzeichnet, dem noch rechtzeitig begegnet werden kann, befanden sich die Parteien in vorliegendem Fall jedoch nicht mehr. Sie einigten sich vor der Gesuchseinreichung, die Zusammenarbeit nicht mehr fortzusetzen.

5. Dass der Vorderrichter nicht begründete, weshalb er den Prozess innerhalb des Gerichts nicht an die Kammer überwies, ist nicht zu beanstanden, da in der schweizerischen Zivilprozessordnung das Institut der Prozessüberweisung generell nicht vorgesehen ist (Domej, KUKO, ²2014, Art. 59 ZPO N 14). Abgesehen davon ist es vorliegend Sache der Gesuchstellerin, das weitere Vorgehen nach Art. 368 OR zu bestimmen. Der Weg ins ordentliche Verfahren führt vorbehältlich eines gemeinsamen Verzichts (Art. 199 Abs. 1 ZPO) zudem zunächst über das Vermittleramt.

6. Aus diesen Gründen ist die Berufung abzuweisen. Die erstinstanzlichen Parteikostenregelungen sind ausgangsgemäss zu bestätigen. Die Gesuchstellerin hält ausdrücklich fest, dass die Verfahrensführung des Vorderrichters kein Berufungsgrund sein könne. Es widerspricht daher nicht nur dem Berufungsantrag, sondern auch der Berufungsbegründung, wenn sie dann doch für den Fall der Berufungsabweisung eine deutliche Kostenreduktion gestützt auf Art. 107 Abs. 1 lit. b und f ZPO verlangt (Berufung Ziff. 38). Abgesehen davon opponierte sie im erstinstanzlichen Verfahren der entsprechenden Fristansetzung zur Mängelsubstantiierung vor dem Entscheid über die sachliche Zu-

ständigkeit nicht. Deshalb erscheint die erstinstanzliche Prozesskostenregelung weder mit Treu und Glauben unvereinbar noch unbillig, zumal für den Einzelrichter nicht absehbar war, dass die Gesuchstellerin sich im summarischen Verfahren im Rahmen von Art. 366 Abs. 2 OR anschickte, eine derart umfangreiche „Substantiierungsschrift“ zu verfassen.

Ausgangsgemäss trägt die unterliegende Gesuchstellerin die Kosten des Berufungsverfahrens und hat sie die Gesuchsgegnerin in Berücksichtigung der vorliegend beschränkten Prozessfrage mit Fr. 1'200.00 zu entschädigen (Art. 106 Abs. 1 ZPO; §§ 2 und 10 GebTRA). Die Parteien opponieren der Streitwertangabe des Vorderrichters von über Fr. 100'000.00 (KG-act. 5 sowie Art. 91 Abs. 2 ZPO) nicht;-

beschlossen:

1. Die Berufung wird abgewiesen.
2. Die Kosten des Berufungsverfahrens von Fr. 1'500.00 werden der Berufungsführerin auferlegt und durch den geleisteten Vorschuss gedeckt, so dass der Berufungsführerin noch Fr. 1'500.00 aus der Kantonsgerichtskasse zurückbezahlt werden.
3. Die Berufungsführerin wird verpflichtet, die Berufungsgegnerin mit Fr. 1'200.00 zu entschädigen.
4. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Zustellung nach Art. 72 ff. des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) Beschwerde in Zivilsachen beim Bundesgericht in Lausanne eingereicht werden; die Beschwerdeschrift muss den Anforderungen von Art. 42 BGG entsprechen. Der Streitwert übersteigt Fr. 100'000.00.
5. Zufertigung an die Parteivertreter (je 2/R) und die Vorinstanz (1/A) sowie nach definitiver Erledigung an die Vorinstanz (1/R, mit den Akten) und die Kantonsgerichtskasse (1/ü, im Dispositiv).

Namens der 2. Zivilkammer
Der Kantonsgerichtsvizepräsident

Der Gerichtsschreiber

Versand

12. Mai 2017 rfl