

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB220032-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. A. Huizinga, Vorsitzender, Oberrichterin
Dr. D. Scherrer und Oberrichter lic. iur. M. Spahn sowie
Gerichtsschreiberin MLaw C. Rüedi

Beschluss vom 17. April 2023

in Sachen

A._____,

Klägerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____

gegen

B._____ **AG,**

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y1._____ und / oder
Rechtsanwalt M.A. HSG in Law Y2._____

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen einen Beschluss des Bezirksgerichtes Zürich, 4. Abteilung,
im ordentlichen Verfahren vom 8. August 2022 (CG220024-L)**

Erwägungen:

I.

1. Mit Klageschrift vom 4. April 2022 und unter Einreichung der Klagebewilligung des Friedensrichteramtes der Stadt Zürich vom 15. Dezember 2021 machte die Klägerin und Berufungsklägerin (fortan: Klägerin) die Klage mit folgendem Rechtsbegehren bei der Vorinstanz anhängig (Urk. 1, Urk. 2):

- "1. Es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin unter Vorbehalt des Nachklagerechts den Betrag von CHF 70'000.00 zzgl. Zins von 5% seit dem 21. November 2019 zu bezahlen.
2. Es sei der am 9. November 2020 erhobene Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Zürich 5 vom 6. November 2020 zu beseitigen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. 7.7% MWST zu Lasten der Beklagten."

Die Klägerin begründete die Klage damit, dass sie der Beklagten und Berufungsbeklagten (fortan: Beklagte) im Hinblick auf einen nicht zustande gekommenen Architektenvertrag Akontozahlungen im Betrag von insgesamt CHF 70'000.– überwiesen habe, womit die Beklagte im Umfang von CHF 70'000.– ungerechtfertigt bereichert worden sei und ihr diesen Betrag gemäss Art. 62 Abs. 1 OR zurückzuerstatten habe (Urk. 2 Rz 56). Im Eventualstandpunkt machte die Klägerin geltend, die Beklagte habe aufgrund mehrerer Sorgfaltspflichtverletzungen und der Unbrauchbarkeit der Ergebnisse der erbrachten Leistungen jeglichen Vergütungsanspruch verloren, weshalb ihr die Beklagte gemäss Art. 400 OR sämtliche Akontozahlungen zurückzuerstatten habe (Urk. 2 Rz 59).

2. In ihrer (nicht einlässlichen) Klageantwort vom 1. Juni 2022 beantragte die Beklagte, es sei das Verfahren einstweilen auf die Frage der anderweitigen Rechtshängigkeit zu beschränken und auf die Klage nicht einzutreten; eventualiter sei das Verfahren bis zum Vorliegen eines rechtskräftigen Urteils im zwischen den Parteien derzeit vor Kantonsgericht Zug hängigen Verfahren (Geschäfts-Nr. A1 2020 13) zu sistieren (Urk. 9). Die Beklagte führte zur Begründung aus, die Klägerin schulde ihr ein Architektenhonorar von CHF 213'892.55. Abzüglich der bereits geleisteten Akontozahlungen von CHF 70'000.– ergebe sich eine offene

Forderung von CHF 143'892.55 zuzüglich Zins. Am 7. Februar 2020 sei die Klage beim Kantonsgericht Zug eingereicht worden; die Klage sei seit dem 23. August 2019 rechtshängig (Urk. 9 Rz 6). Die Sperrwirkung des Verfahrens vor dem Kantonsgericht Zug verbiete ein Eintreten auf die vorliegende Klage. Der Kernpunkt beider Verfahren liege im strittigen Bestand eines Vertrags zwischen den Parteien und (bejahendenfalls) den gegenseitigen Ansprüchen unter diesem Vertrag. Es bestehe offenkundig die Gefahr widersprüchlicher Urteile. Auch nach der zweigliedrigen Streitgegenstandstheorie seien die beiden Klagen identisch. Die Rechtsbegehren seien nicht individualisiert, aber entgegengesetzt. Der zugrunde liegende Lebenssachverhalt sei identisch. Es gehe stets darum, ob zwischen den Parteien ein Architekturvertrag zustande gekommen sei, und darum, ob sie sich das Architektenhonorar von CHF 213'892.55 verdient oder ob sie nichts zugute habe, mit der Folge, dass sie die bereits erhaltenen Akontozahlungen von CHF 70'000.– zurückerstatten müsste. Der Streitgegenstand vor Kantonsgericht Zug umschliesse die erhaltenen Akontozahlungen, da die Klägerin (nicht nur CHF 70'000.–, sondern) jegliche Honorarforderungen bestreite. Jede Leistung, die das Kantonsgericht Zug der Beklagten noch zuspreche, beinhalte also die Bejahung einer noch offenen (d.h. über die Akontozahlungen hinausgehenden) Forderung. Mit anderen Worten: Jeder Franken, den das Kantonsgericht Zug der Beklagten noch zuspreche, setze voraus, dass es den bereits akonto bezahlten Sockel von CHF 70'000.– für rechtmässig geschuldet beurteile (Urk. 9 Rz 19 ff.).

3. Mit Verfügung vom 7. Juni 2022 wurde der Klägerin Frist zur Stellungnahme angesetzt; zugleich wurde der Beklagten die Frist zur Erstattung der Klageantwort abgenommen (Urk. 11). In ihrer Stellungnahme vom 20. Juni 2022 schloss die Klägerin auf Abweisung der gegnerischen Anträge. Sie stellte in Abrede, dass – mangels Widerklage oder Verrechnungserklärung im Zuger Verfahren – die Gefahr einander widersprechender Urteile bestehe, und brachte vor, im vorliegenden Prozess sei ein anderer Lebenssachverhalt zu beurteilen, stehe ein anderer Rechtsgrund im Vordergrund und gehe es um einen anderen Antrag. Aber selbst wenn die Gefahr sich widersprechender Urteile bestehen würde – so die Klägerin weiter –, wäre dies unter Berücksichtigung der konkreten Umstände und Abwägung der auf dem Spiel stehenden Interessen hinzunehmen (Urk. 13 Rz

9 f.). Der Streitgegenstand in Zug umschliesse die Rückleistung der Akontozahlungen gerade nicht. Das Kantonsgericht Zug urteile über den Bestand einer Forderung der Beklagten über CHF 143'892.55 nebst Zins gegenüber der Klägerin; einen darüber hinausgehenden Honoraranspruch dürfe das Kantonsgericht Zug ebenso wenig beurteilen, wie es der Klägerin diesen Betrag von CHF 70'000.– zuzüglich Zins zusprechen dürfe. Es sei falsch, dass die Bejahung einer noch offenen Forderung durch das Kantonsgericht Zug die Bejahung einer noch offenen, über die Akontozahlungen hinausgehenden Forderung beinhalte und jeder Franken, den das Kantonsgericht Zug der Beklagten zuspreche, voraussetze, "dass es den bereits akonto bezahlten Sockel von CHF 70'000.– für rechtmässig geschuldet" beurteile (Urk. 13 Rz 13 ff.). Zudem seien weitere fundamentale Tatsachen (wie die Fehleinschätzung der Beklagten über die Ausbaumöglichkeiten auf ihren Grundstücken) aufgrund des bereits eingetretenen Aktenschlusses nicht Prozessgegenstand im Zuger Verfahren geworden (Urk. 13 Rz 8).

4. Mit Beschluss vom 8. August 2022 trat die Vorinstanz auf die Klage nicht ein und regelte die Prozesskosten zu Lasten der Klägerin (Urk. 14 = Urk. 19). Die Vorinstanz erwog, das Bundesgericht folge im Hinblick auf das Prozesshindernis der Rechtshängigkeit der Kernpunkttheorie. Vorliegend gehe es in beiden Verfahren im Kern um die Frage, ob zwischen den Parteien ein Architekturvertrag zustande gekommen sei. Wenn sowohl das Kantonsgericht Zug als auch das Bezirksgericht Zürich über diese Frage entschieden, bestehe die Gefahr sich widersprechender Urteile. Werde die Frage der Rechtshängigkeitssperre nach der Kernpunkttheorie beurteilt, seien die Streitgegenstände vorliegend identisch. Daran könne auch das Argument, es hätten sich nach Aktenschluss im Zuger Verfahren weitere Tatsachen ergeben, die dort nicht Prozessgegenstand geworden seien, nichts zu ändern. Es hätte der Klägerin obliegen, diese neuen Tatsachen unverzüglich in den Prozess einzubringen. Ein allfälliges Versäumnis könne nicht dadurch geheilt werden, dass eine im Kern identische Klage bei einem anderen Gericht angehoben werde, um so die neue Behauptung doch noch in den Prozess einbringen zu können (Urk. 19 S. 5 ff.).

Der Vollständigkeit halber prüfte die Vorinstanz, ob die beiden Klagen auch bei Geltung des zweigliedrigen Streitgegenstandsbegriffs, den das Bundesgericht bei der Prüfung der Prozessvoraussetzung der *res iudicata* heranzieht, als identisch zu beurteilen sind. Dabei sei – so die Vorinstanz – die Anspruchsidentität nicht grammatikalisch, sondern inhaltlich zu verstehen. Ein neuer Anspruch sei trotz abweichender Umschreibung vom beurteilten nicht verschieden, wenn er in diesem bereits enthalten gewesen sei, im neuen Verfahren das kontradiktorische Gegenteil zur Beurteilung gestellt werde oder die im ersten Prozess beurteilte Hauptfrage für Vorfragen des zweiten Prozesses von präjudizieller Bedeutung sei. Vorliegend seien die Rechtsbegehren der beiden Klagen entgegengesetzt. Der den beiden Verfahren zugrunde liegende Lebenssachverhalt sei identisch. Es sei zu klären, ob zwischen den Parteien ein Architekturvertrag zustande gekommen sei und der Beklagten ein Architektenhonorar zustehe oder nicht. Mit der vorliegenden Klage werde das kontradiktorische Gegenteil zur Klage vor dem Kantonsgericht Zug zur Beurteilung gestellt. Die dort zu beantwortende Frage nach dem Zustandekommen eines Architekturvertrags sei damit für die im vorliegenden Verfahren zu beurteilende Frage, ob die Beklagte ungerechtfertigt bereichert sei, von präjudizieller Bedeutung. Da die Beklagte im Zuger Verfahren die Akontozahlungen von CHF 70'000.– angerechnet habe, sei es zutreffend, dass der Streitgegenstand diese Zahlungen umschliesse und die Zusprechung eines weiteren Geldbetrages voraussetze, dass das Zuger Gericht den bereits akonto bezahlten Sockel als rechtmässig geschuldet beurteile. Den (in früheren Entscheiden teilweise erfolgten) Einbezug des Rechtsgrundes in die Definition des Streitgegenstandes habe das Bundesgericht aufgegeben. Zusammenfassend sei der vorliegende Streitgegenstand auch bei Anwendung der zweigliedrigen Streitgegenstandstheorie identisch mit demjenigen im Verfahren vor dem Kantonsgericht Zug. Die Rechtshängigkeit der Klage auf Leistung eines Architektenhonorars unter Anrechnung der Akontozahlungen am Kantonsgericht Zug bewirke eine Ausschluss- bzw. Sperrwirkung, weshalb es an einer negativen Prozessvoraussetzung fehle und ein Nichteintretensentscheid zu ergehen habe (Urk. 19 S. 8 f.).

5. Gegen den ihr am 15. August 2022 zugestellten Entscheid (Urk. 15) erhob die Klägerin mit Eingabe vom 13. September 2022, gleichentags zur Post gege-

ben und hierorts eingegangen am 15. September 2022, Berufung mit folgenden Anträgen (Urk. 18 S. 2):

- "1. Es sei der Beschluss des Bezirksgerichts Zürich vom 8. August 2022 (Verfahren Nr. CG220024) aufzuheben.
2. Es sei die Vorinstanz anzuweisen, auf die Klage einzutreten.
3. Eventualiter zu Ziff. 2 sei die Sache zur richtigen Ermittlung des rechtsrelevanten Sachverhalts und erneuten Entscheidung über die strittige Prozessvoraussetzung der anderweitigen Rechtshängigkeit an die Vorinstanz zurückzuweisen.
4. Subeventualiter zu Ziff. 2 sei die Vorinstanz anzuweisen, das Verfahren bis zum Vorliegen eines rechtskräftigen Urteils im zwischen den vor dem Kantonsgericht Zug hängigen Verfahren (Geschäfts-Nr. A1 2020 13) zu sistieren.
5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWST) zu Lasten der Berufungsbeklagten."

Den mit Verfügung vom 20. September 2022 eingeforderten Kostenvorschuss von CHF 3'500.– leistete die Klägerin rechtzeitig (Urk. 24, Urk. 28). Am 23. September 2022 erstattete sie eine Noveneingabe und reichte den am 16. September 2022 zwischen den Parteien ergangenen Entscheid des Kantonsgerichts Zug ein (Urk. 25). Mit der Berufungsantwort vom 30. November 2022 beantragt die Beklagte, die Berufung sei abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann (Urk. 30). Die Klägerin reichte gestützt auf das unbedingte Replikrecht am 16. Dezember 2022 eine weitere Stellungnahme ein (Urk. 36), die der Beklagten am 6. Januar 2023 zugestellt wurde (Urk. 39). Weitere Eingaben sind nicht erfolgt.

II.

1.1 Die Berufung wurde fristgerecht erhoben. Sie richtet sich gegen einen erstinstanzlichen Endentscheid. Der von der Klägerin gestellte Aufhebungs- bzw. Rückweisungsantrag ist in der vorliegenden Konstellation (Nichteintretensentscheid) ausnahmsweise zulässig (BGE 137 II 313 E. 1.3 S. 317; BGer 5A_424/2018 vom 3. Dezember 2018, E. 4.2 und 4.3). Da die Streitwertgrenze erreicht wird, ist auf die Berufung – unter Vorbehalt hinreichender Begründung – einzutreten (Art. 308 Abs. 1 und Art. 311 ZPO).

1.2 Mit der Berufung kann eine unrichtige Rechtsanwendung und eine unrichtige Sachverhaltsfeststellung geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO), wobei die Berufung zu begründen ist (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Abgesehen von offensichtlichen Mängeln hat sich das Berufungsgericht auf die Beurteilung der in der Berufung und Berufungsantwort gegen das erstinstanzliche Urteil erhobenen Beanstandungen zu beschränken. Die Überprüfung erfolgt dabei in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht mit unbeschränkter Kognition. In Anwendung des Grundsatzes *iura novit curia* (Art. 57 ZPO) ist das Berufungsgericht bei seiner Prüfung weder an die Erwägungen der ersten Instanz noch an die Argumente der Parteien gebunden (BGE 144 III 394 E. 4.1.4 mit Hinweis auf BGE 142 III 413 E. 2.2.4 und weitere Entscheide). Es kann die Berufung daher auch aus andern als den geltend gemachten Gründen gutheissen oder den Entscheid mit einer Begründung bestätigen, die von jener der Vorinstanz abweicht (sog. Motivsubstitution; BGer 2C_124/2013 vom 25. November 2013, E. 2.2.2; Reetz/Hilber, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm., Art. 318 N 21; Seiler, Die Berufung nach ZPO, Zürich 2013, N 1507; für das Verfahren vor Bundesgericht: BGE 144 III 462 E. 3.2.3).

1.3 Neue Tatsachen und Beweismittel (Noven) können im Berufungsverfahren nur unter den Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO berücksichtigt werden, d.h. wenn sie – kumulativ – ohne Verzug vorgebracht wurden (lit. a) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (lit. b). Wer sich auf (unechte) Noven beruft, hat deren Zulässigkeit darzutun und ihre Voraussetzungen notwendigenfalls zu beweisen (BGE 143 III 42 E. 4.1 S. 43; BGer 5A_86/2016 vom 5. September 2016, E. 2.1, je m.w.Hinw.). Allerdings prüft das Gericht (einschliesslich die Berufungsinstanz) von Amtes wegen, ob die Prozessvoraussetzungen vorhanden sind (BGer 5A_469/2019 vom 17. November 2020, E. 3.2). Dabei findet die eingeschränkte Untersuchungsmaxime Anwendung (BGer 4A_581/2021 vom 3. Mai 2022, E. 3.7; 4A_229/2017 vom 7. Dezember 2017, E. 3.4). Sie müssen grundsätzlich im Zeitpunkt der Fällung des Sachurteils gegeben sein (BGE 140 III 159 E. 4.2.4). Neue rechtliche Argumente (Vorbringen zum Recht) stellen von vornherein keine Noven im Sinne von Art. 317 Abs. 1 ZPO dar und können in der Berufung uneingeschränkt vorgetragen werden (BGer

4A_519/2011 vom 28. November 2011, E. 2.1; 5A_351/2015 vom 1. Dezember 2015, E. 4.3). Sie dürfen sich allerdings nicht auf unzulässige neue Tatsachen stützen.

2.1 Die Klägerin beanstandet, die Vorinstanz wende den Begriff der Identität des Streitgegenstands gemäss der Kernpunkttheorie falsch an. Die Vorinstanz verkenne, dass es sich bei der beim Kantonsgericht Zug eingereichten Klage nicht um eine echte, sondern um eine unechte Teilklage handle. Der dort eingeklagten Forderung von CHF 143'892.55 lägen verschiedene – zwar ungenügend substantiierte und bestrittene, aber doch voneinander abgrenzbare – Leistungen bzw. Lebensvorgänge zugrunde. Habe das Kantonsgericht Zug im Rahmen einer unechten Teilklage aber nur eine Forderung über CHF 143'892.55 mit dem diesem Betrag entsprechenden Klagefundament zu beurteilen, bestehe a priori keine Gefahr sich widersprechender Urteile, weil unterschiedliche Lebenssachverhalte (unterschiedliche Architekturleistungen verschiedener Leistungsphasen) zu beurteilen seien. In Bezug auf jede behauptete Architekturleistung sei individuell zu prüfen, ob dafür Entgelt geschuldet sei und wenn ja, in welcher Höhe. Welche konkreten Architekturleistungen für die Akontozahlungen von CHF 70'000.– erbracht worden seien, werde die Beklagte im Verfahren vor Vorinstanz darzulegen haben, während sie vor den Zuger Gerichten darlegen müsse, welche Architekturleistungen für den Betrag von CHF 143'892.55 erbracht worden seien. Der Mangel, dass die Beklagte nicht darlege, welche Leistungen und Ansprüche mit der Forderung von CHF 143'892.55 abgegolten würden, dürfe ihr (der Klägerin) nicht zum Nachteil gereichen, indem für das gesamte von der Beklagten vor Kantonsgericht Zug präsentierte "Panoptikum an Lebenssachverhalten" eine Rechtshängigkeitssperre verhängt werde. Die Vorinstanz blende zudem zu Unrecht aus, dass ihre Klage einen Nachklagevorbehalt (hinsichtlich Schadenersatz) und eine Eventualbegründung enthalte, wonach die Beklagte ihren Honoraranspruch aufgrund bestimmter Lebenssachverhalte verloren und die Akontozahlungen zurückzuerstatten habe. Es sei daher falsch, dass es im Kern lediglich darum gehe, ob zwischen den Parteien ein Architekturvertrag zustande gekommen sei. Die Frage nach dem Zustandekommen eines Architekturvertrags sei stets eine – für jede einzelne Architekturleistung individuell zu beantwortende – Vorfrage, die in kei-

nem Fall Gegenstand der Rechtskraft eines Urteils werden könne. Der Streitgegenstand vor dem Kantonsgericht Zug enthalte demnach die Architekturleistungen, die mit der Akontozahlung von CHF 70'000.– abgegolten worden seien, gerade nicht (Urk. 18 Rz 33 ff.).

Mit der Noveneingabe vom 23. September 2022 reichte die Klägerin das Urteil des Kantonsgerichts Zug vom 16. September 2022 (Urk. 27/12) als echtes Novum ein. Sie führte dazu aus, indem das Kantonsgericht Zug das Zustandekommen eines Architekturvertrags bejaht, die eingeklagte Forderung über CHF 143'892.55 aber mangels Substantiierung der Architekturleistungen abgewiesen habe, habe es sich entsprechend auch nicht dazu geäußert, ob und gegebenenfalls welche Architekturleistungen für die Akontozahlungen von CHF 70'000.– erbracht worden seien. Durch das Urteil werde bestätigt, dass es sich bei der Klage der Beklagten um eine unechte Teilklage gehandelt habe, der Streitgegenstand des Zürcher Verfahrens im Zuger Verfahren gerade nicht enthalten sei und im Zürcher Verfahren auch nicht das kontradiktorische Gegenteil zur Beurteilung gestellt werde. Bestätigt werde schliesslich auch, dass sich im Zürcher Verfahren wegen der unterschiedlichen, von der Beklagten zu substantiierenden Lebenssachverhalten (Architekturleistungen) keine widersprechenden Urteile ergeben könnten und die Vorinstanz die Kernpunkttheorie durch die Reduktion auf die Frage des Zustandekommens eines Architekturvertrags falsch angewandt habe. Das Urteil zeige klar, dass die Frage nach dem Zustandekommen eines Vertrags nur eine Vorfrage gewesen sei, die nicht Gegenstand der Rechtskraft des Urteils werden könne (Urk. 25).

2.2 Die Beklagte ist der Auffassung, die Klägerin stelle zum Inhalt des Zuger Parallelverfahrens viele neue und damit unzulässige Behauptungen auf. Die Noveneingabe sei bereits deshalb unbehelflich, weil die Rechtshängigkeit des Parallelverfahrens im Zeitpunkt der Beurteilung durch die Vorinstanz entscheidend sei. Die Beurteilung der anderweitigen Rechtshängigkeit erfolge allerspätestens im Zeitpunkt, in dem das später angerufene Gericht über das Eintreten auf die Klage entscheide. Dieser Zeitpunkt sei vorliegend der 8. August 2022. Im Übrigen versuche die Klägerin die gewöhnliche Leistungsklage der Beklagten auf Zahlung der

Leistungen aus Architekturvertrag (ein Lebenssachverhalt) zu einer unechten Teilklage über mehrere Lebenssachverhalte umzudeuten, um so via mehrere Streitgegenstände der Rechtshängigkeitssperre zu entkommen. Nach der anwendbaren Kernpunkttheorie sei dies irrelevant. Sie habe eine einheitliche und zusammenhängende Dienstleistung erbracht, nämlich die Planung des Bauprojekts der Klägerin bis zur Erteilung der Baubewilligung. Es gebe weder eine Teilklage noch mehrere Lebenssachverhalte oder Streitgegenstände, selbst wenn die zweigliedrige Streitgegenstandstheorie relevant wäre. Es gehe um eine Gesamtklage sowie die Substantiierung und den Beweis einzelner Leistungen, die keine eigenen Lebenssachverhalte seien. Unabhängig davon, ob die Klägerin einen Nachklagevorbehalt angebracht oder eine Eventualbegründung geliefert habe, müsste die Vorinstanz – wie das Zuger Gericht im Parallelverfahren – über die Gültigkeit des gleichen Architekturvertrags entscheiden, womit offensichtlich einander widersprechende Urteile drohen würden. Genau diese Vorfrage sei das Schulbeispiel für eine Gefahr widersprüchlicher Urteile, welche die Kernpunkttheorie gerade verhindern wolle (Urk. 30).

3.1 Soweit im Berufungsverfahren gestützt auf Art. 317 Abs. 1 ZPO oder die Untersuchungsmaxime zulässigerweise noch neue Tatsachen oder Beweismittel eingebracht werden, führt dies zur Fortführung des Prozesses vor der zweiten Instanz. Die Berufungsinstanz hat solche neuen Tatsachen und Beweismittel bei ihrer Berufungsentscheid, die den Entscheid der Vorinstanz ersetzt, zu berücksichtigen. Auch sie legt ihrem Entscheid unter Vorbehalt rechtzeitiger Geltendmachung den Sachverhalt zugrunde, wie er im Zeitpunkt ihres Entscheides besteht (BK ZPO-Killias, Art. 236 N 23). Der Entscheid über die Prozessvoraussetzungen ist davon nicht ausgenommen. Wohl ist ihre Prüfung in einem möglichst frühen Verfahrensstadium vorzunehmen; sie müssen aber grundsätzlich erst im Urteilszeitpunkt vorliegen (BGE 140 III 159 E. 4.2.4; BK ZPO-Zingg, Art. 60 N 33; BSK ZPO-Gehri, Art. 60 N 5; Seiler, Die Berufung nach ZPO, 2013, N 562 und N 570). So kann es auch erst während eines laufenden Prozesses zum Eintritt der abgeurteilten Sache durch einen Sachentscheid in einem parallel anhängigen Verfahren kommen (Erk, Prozessvoraussetzungen, 2022, S. 472 f.).

3.2 Der unverzüglich nach seiner Eröffnung eingereichte Entscheid des Kantonsgerichts Zug vom 16. September 2022 (Urk. 27/12) ist somit zu beachten. Die Beklagte ersucht um Ansetzung einer Frist zur Stellungnahme, sollte dem "Novum" bzw. "dem neuen Urteil" Relevanz beigemessen werden (Urk. 30 Rz 58). Dem kann nicht entsprochen werden. Mit Verfügung vom 25. Oktober 2022 war der Beklagten Frist angesetzt worden, um die Berufung (samt Noveneingabe vom 23. September 2022) zu beantworten (Urk. 29). Eine neuerliche Fristansetzung liefe auf eine unzulässige nachträgliche Ergänzung der Berufungsantwort hinaus. In der Berufungsantwort vom 30. November 2022 brachte die Beklagte nicht vor, sie habe das Urteil vom 16. September 2022 angefochten (Urk. 30 Rz 65). Es ist deshalb davon auszugehen, dass es unangefochten geblieben und in Rechtskraft erwachsen ist. Die Rechtshängigkeit endet mit dem rechtskräftigen Abschluss eines Verfahrens. Damit ist im heutigen Zeitpunkt nur noch zu beurteilen, ob die bei der Vorinstanz anhängig gemachte "Sache" durch das Kantonsgericht Zug bereits rechtskräftig entschieden wurde (Art. 59 Abs. 2 lit. e ZPO).

3.3 Wie bereits die Vorinstanz erwog, beurteilt sich die Identität von Streitgegenständen im Zusammenhang mit der negativen Wirkung der materiellen Rechtskraft nach den Rechtsbegehren und dem behaupteten Lebenssachverhalt, d.h. dem Tatsachenfundament, auf das sich die Klagebegehren stützen. Dabei ist der Begriff der Anspruchsidentität nicht grammatikalisch, sondern inhaltlich zu verstehen. Der neu gestellte Anspruch ist deshalb trotz abweichender Umschreibung vom Beurteilten nicht verschieden, wenn er in diesem bereits enthalten war, wenn im neuen Verfahren das kontradiktorische Gegenteil zur Beurteilung gestellt wird oder wenn die im ersten Prozess beurteilte Hauptfrage für Vorfragen des zweiten Prozesses von präjudizieller Bedeutung ist. Auf welche Rechtsgrundlage die Klagebegehren gestützt werden, ist demgegenüber nicht entscheidend (BGE 144 III 452 E. 2.3.2; 142 III 210 E. 2.1; 139 III 126 E. 3.2.3; 123 III 16 E. 2.a).

3.4 Vor Kantonsgericht Zug klagte die Beklagte gegen die Klägerin auf Bezahlung von CHF 143'892.55 nebst Zins. Die Klage der Klägerin gegen die Beklagte vor Vorinstanz geht auf Leistung von CHF 70'000.– nebst Zins. Weder sind die beiden Rechtsbegehren identisch, noch ist das neue Rechtsbegehren im frü-

her gestellten Rechtsbegehren enthalten. Die von der Klägerin zurückverlangten CHF 70'000.– werden von den eingeklagten CHF 143'892.55 gerade nicht umfasst, zumal die Beklagte die von der Klägerin bereits geleisteten Akontozahlungen von CHF 70'000.– von ihrer Gesamtforderung von CHF 213'892.55 in Abzug brachte (Urk. 34/1 = Urk. 3/28 [letztes Blatt], Urk. 9 Rz 21, Urk. 10/1 Rz 49). Der Vorinstanz wurde – entgegen ihrer Meinung (Urk. 19 S. 8) – auch nicht das kontradiktorische Gegenteil zur Beurteilung unterbreitet. Solches wäre namentlich dann der Fall, wenn das nach einer gutgeheissenen Leistungsklage Geleistete mit einer Rückforderungsklage zurückverlangt wird (BGer 4A_ 525/2021 vom 28. April 2022, E. 5.1 mit weiteren Hinweisen) oder im Zweitprozess die Feststellung verlangt wird, dass das im Erstprozess Verlangte bzw. Zugesprochene nicht geschuldet wird (Droese, Res iudicata ius facit, 2015, S. 231 Fn 1178).

3.5 Richtig besehen geht es vorliegend – wie im vom Bundesgericht in BGE 148 III 371 beurteilten Fall – um die Präklusionswirkung des Ersturteils. Die Vorinstanz hat die präjudizielle Bedeutung darin erkannt, dass in beiden Verfahren zu klären ist, ob zwischen den Parteien ein Architekturvertrag zustande gekommen ist und der Beklagten ein Architektenhonorar zusteht oder nicht (Urk. 19 S. 8). Im genannten bundesgerichtlichen Verfahren klagte eine Bank gegen ein Unternehmen nach Glattstellung und Liquidierung von dessen Positionen auf Bezahlung eines Negativsaldos von EUR 17'080'021.86. Das Handelsgericht des Kantons Zürich hiess die Klage im Säumnisverfahren gut. Nach Eintritt der Rechtskraft klagte das Unternehmen gegen die Bank und beantragte, die Bank habe ihr im Sinne einer Teilklage EUR 90'003.– als Schadenersatz aus Vertragsverletzung zu bezahlen. Das Handelsgericht trat gestützt auf Art. 59 Abs. 2 lit. e ZPO auf die Klage nicht ein. Das Bundesgericht hiess die dagegen erhobene Beschwerde gut. Es erwog, dass einzig das Dispositiv des Entscheids (im Sinne des Entscheids über das im Erstprozess verfolgte Rechtsschutzziel) an der Rechtskraft teilnehme. Nicht in Rechtskraft erwachsen würden Feststellungen zu präjudiziellen Rechtsverhältnissen und zu sonstigen Neben- und Vorfragen sowie weitere Rechtsfolgen, die sich aus dem Inhalt des Ersturteils mit logischer Notwendigkeit ergeben mögen. Nicht alles – so das Bundesgericht weiter –, womit sich das Gericht im Erstprozess beschäftigt habe (oder hätte beschäftigen sollen), werde materiell

rechtskräftig, andernfalls sich die Parteien mit ins Unabsehbare erweiterten Bindungen konfrontiert sähen. Damit im Zusammenhang stehe der Dispositionsgrundsatz, der es verbiete, den Parteien Entscheidungen aufzudrängen, die sie gar nicht verlangt hätten. Ob im Erstprozess vorfrageweise oder "implizit" "(mit-)entschieden" worden sei, dass sich die Beschwerdegegnerin in Bezug auf die Glattstellung der relevanten Positionen am 10. August 2018 vertragskonform verhalten habe – ansonsten eine Unterdeckung allenfalls zu verneinen gewesen wäre –, sei nicht von Belang. Auf den Entscheid über diese Vorfrage erstrecke sich die materielle Rechtskraft nicht. Dass die vorliegende Streitsache "thematisch" zum Ersturteil "passe", in beiden Verfahren "Ereignisse im August 2018 betreffend das Trading" zu beurteilen gewesen seien und es "im Kern" um Ähnliches gehe, mache die Klage der Beschwerdeführerin nicht unzulässig. Eine Ausnahme vom soeben Ausgeführten gelte einzig im Falle der Verrechnung. Nach der Rechtsprechung erstrecke sich die materielle Rechtskraft auf eine vom Gericht behandelte Verrechnungsforderung, obwohl sich deren Beurteilung nicht aus dem Dispositiv, sondern nur aus der Begründung ergebe. Vorliegend sei kein Schadenersatzanspruch zur Verrechnung gestellt worden. Mit dem vorliegend eingeklagten Schadenersatzanspruch mache die Beschwerdeführerin einen eigenständigen Anspruch geltend (BGE 148 III 371 E. 5.3.2 und 5.3.3).

3.6 Das Kantonsgericht Zug prüfte in seinem Urteil vom 16. September 2022 zunächst, ob zwischen den Parteien ein Vertrag zustande gekommen ist, nachdem dies von der Klägerin (damalige Beklagte) in Abrede gestellt worden war. Es kam zum Schluss, dass die Klägerin die Beklagte (damalige Klägerin) beauftragte, ihr Haus umzubauen und aufzustocken bzw. die dafür erforderlichen Planungs- und Entscheidungsgrundlagen zu erarbeiten. In rechtlicher Hinsicht ging es von einem Gesamtvertrag für Architekturleistungen aus. In einem zweiten Schritt prüfte das Kantonsgericht Zug, ob die gestützt auf den Architektenvertrag seitens der Beklagten ausgestellte Schlussrechnung in der geltend gemachten Höhe geschuldet ist. Es hielt dafür, dass die Honorarbestimmungen der SIA-Ordnung 102 nicht anwendbar seien, weshalb die Entschädigung nach Aufwand festzusetzen sei, was nachvollziehbare Angaben zu den erbrachten Arbeiten und den dafür aufgewendeten Arbeitsstunden voraussetze. Dabei trage der Architekt

die Beweislast für den Bestand und die Höhe des Honorars. Vorliegend fehle es an einer detaillierten Auflistung, an welchem Datum welche Arbeiten vorgenommen worden seien und wie viele Stunden die involvierten Personen dafür aufgewendet hätten. Es genüge nicht, einen Stundenaufwand zu behaupten, ohne irgendwelche zusätzlichen Angaben zu liefern. Die nackte Behauptung eines bestrittenen Stundenaufwandes verunmögliche es dem Gericht, den objektiv gerechtfertigten Aufwand der Beklagten zu ermitteln. Mangels ausreichender Substantiierung würde sich auch mittels Honorargutachten nicht ermitteln lassen, ob die aufgewendeten Stunden angemessen gewesen wären. Damit sei der Beklagten auch gestützt auf den tatsächlichen Zeitaufwand kein Honorar zuzusprechen. Auch könnten der Beklagten mangels Belegen bzw. Beweisen weder die bestrittenen effektiven Aufwendungen für Reisespesen und Druckkosten (Nebenkosten) noch Schadenersatz wegen einer allfälligen Kündigung zur Unzeit zugesprochen werden (Urk. 27/12).

3.7 Das Kantonsgericht Zug hat eine vertragliche Leistungspflicht der Klägerin bzw. einen Erfüllungs- und Schadenersatzanspruch der Beklagten verneint, wobei es vorfrageweise das Zustandekommen eines Vertrages bejahte. Allerdings hätte die Klage mangels Substantiierung der behaupteten Leistungen und mangels Nachweises von Nebenkosten und eines Schadens auch ohne vorfrageweise Prüfung eines Vertragsverhältnisses abgewiesen werden können. Mit der vorliegenden Klage auf Rückerstattung der Akontozahlungen macht die Klägerin einen eigenständigen Leistungsanspruch geltend. Mit Blick auf die Bindungswirkung von Leistungsklagen ist deren Beschränkung auf die Hauptfrage von besonderer Bedeutung. Nur die Leistungspflicht, nicht aber deren Voraussetzung steht rechtskräftig fest. Ist z.B. ein vertraglicher Anspruch rechtskräftig zugesprochen worden, so bedeutet dies nicht, dass in einem späteren Prozess über einen anderen Anspruch aus dem gleichen Vertrag vom Bestand des Vertrags auszugehen wäre; denn die Frage nach dem gültigen Bestand des Vertrags war im früheren Prozess eine Vorfrage, deren Entscheidung keine Bindungswirkung entfaltet (Droese, a.a.O., S. 221). Das Kantonsgericht Zug stellte im Dispositiv lediglich fest, die Beklagte verfüge über keinen Leistungsanspruch. Es stellte nicht fest, dass zwischen den Parteien ein Vertragsverhältnis besteht. Das Bestehen eines

Vertragsverhältnisses war lediglich eine Vorfrage, nicht aber Streitgegenstand. Auf die Urteilsbegründung und die darin getroffenen tatsächlichen Feststellungen und rechtlichen Erwägungen erstreckt sich die Rechtskraft nicht. Dies gilt auch für Feststellungen zu präjudiziellen Rechtsverhältnissen oder sonstigen Vorfragen, die sich aus dem Inhalt des Urteils mit logischer Notwendigkeit ergeben (BGE 121 III 474 E. 4a; vgl. auch Erk, a.a.O., S. 458).

3.8 Wohl begründet die Klägerin die vorliegende Klage im Hauptstandpunkt mit dem Nichtzustandekommen eines Vertrages mit der Beklagten (Urk. 2 Rz 37 ff.). Demgegenüber ist die Beklagte der Ansicht, die Klägerin schulde ihr ein Architektenhonorar (Urk. 9 Rz 5 f.). Sie hatte der Klägerin am 20. März 2019 eine Schlussrechnung für erbrachte Leistungen "nach SIA 1001/2" gestellt (Urk. 3/28 [letztes Blatt]). Es stellt sich somit auch im vorliegenden Verfahren die Frage, ob zwischen den Parteien ein Vertrag zustande gekommen ist. Nach dem Gesagten darf die Vorinstanz im vorliegenden Verfahren diese Frage erneut prüfen und die Klage gutheissen, wenn sie zur Auffassung gelangt, es sei kein Architekturvertrag zwischen den Parteien zustande gekommen und die Beklagte sei im Umfange der Akontozahlungen ungerechtfertigt bereichert. Abgesehen davon macht die Klägerin zu Recht geltend, sie fordere die Akontozahlungen auch für den Fall zurück, dass zwischen den Parteien ein Vertrag zustande gekommen sei. Die von ihr geltend gemachte Verletzung der Sorgfalts- und Rechenschaftsablagepflicht spielten im Zuger Verfahren keine Rolle. Insoweit kann von vornherein nicht gesagt werden, der Streitgegenstand sei identisch resp. die Sache bereits anderweitig rechtskräftig entschieden. Daran ändert nichts, dass die Klägerin die von ihr behauptete "Vertragswidrigkeit" nicht in den Zuger Prozess einbrachte (vgl. BGE 148 III 371 E. 5.3.3 und BGer 4A_525/2021 vom 28. April 2022, E. 5.2 [nicht publ. in BGE 148 III 371]).

3.9 Auch nach der sog. Kernpunkttheorie, die zur Beurteilung einer anderweitigen Rechtshängigkeit heranzuziehen ist, wäre nicht anders zu entscheiden. Demzufolge kommt es bei der Prüfung der Identität des Streitgegenstands nicht auf die formale Identität der beiden Klagebegehren an. Das Augenmerk ist vielmehr auf die rechtliche Frage zu legen, die im Mittelpunkt der beiden Verfahren

steht (BGer 4A_405/2022 vom 26. Januar 2023, E. 2.1, mit weiteren Hinweisen). Während im Zuger Verfahren die Frage zu beantworten war, ob der Beklagten ein Honoraranspruch für erbrachte Leistungen zustand, dreht sich der vorliegende Prozess darum, ob die Klägerin die erbrachten Akontozahlungen aus dem nicht verwirklichten Grund eines nicht zustande gekommenen Vertrags oder infolge Schlechterfüllung zurückfordern kann. Es trifft zwar zu, dass sich in beiden Prozessen die Frage nach dem Bestand resp. Nichtbestand eines Architektenvertrags stellt. Identität der zu beurteilenden Rechtsfrage kann indes nicht mit der Identität des Streitgegenstands gleichgesetzt werden. Der Zuger Prozess betraf den CHF 70'000.– übersteigenden Honoraranspruch der Beklagten; der Zürcher Prozess beschlägt die Rückerstattung der geleisteten CHF 70'000.– mangels eines Rechtsgrundes resp. wegen Schlechterfüllung. Die im Mittelpunkt der beiden Verfahren zu beurteilenden Rechtsfragen sind damit verschieden (vgl. BGer 5C.245/2004 vom 11. März 2005, E. 1: Keine Identität zwischen dem Anspruch der Versicherungsgesellschaft auf Rückerstattung bereits ausbezahlter Taggelder infolge Rücktritts vom Versicherungsvertrag und dem Anspruch des Versicherten auf Auszahlung der restlichen Taggelder gestützt auf den gleichen Versicherungsvertrag).

4. Zusammenfassend ergibt sich, dass der Klage weder eine anderweitige Rechtshängigkeit noch die Rechtskraft eines anderweitigen Entscheides entgegensteht. Die Berufung ist somit begründet, ohne dass weitere von den Parteien aufgeworfene Fragen beantwortet werden müssen. Der angefochtene Entscheid ist aufzuheben und die Sache zur Fortsetzung des Verfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 318 Abs. 1 lit. c ZPO). Dem von der Klägerin gestellten Antrag, die Vorinstanz anzuweisen, auf die Klage einzutreten (Urk. 18 S. 2), kann nicht entsprochen werden, da sich die Vorinstanz lediglich mit der anderweitigen Rechtshängigkeit auseinandersetzte, ansonsten aber nicht weiter prüfte, ob die weiteren Prozessvoraussetzungen erfüllt sind (Urk. 19 S. 3, S. 9).

III.

Ausgangsgemäss wird die unterliegende Beklagte für das Berufungsverfahren kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Entscheidunggebühr ist auf CHF 3'750.– festzusetzen (§ 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit Art. 4 Abs. 1 und § 9 Abs. 2 analog GebV OG). Die Gerichtskosten sind mit dem von der Klägerin geleisteten Vorschuss von CHF 3'500.– zu verrechnen. Im Mehrbetrag stellt die Gerichtskasse Rechnung. Die Beklagte ist zu verpflichten, der Klägerin den Vorschuss zu ersetzen (Art. 111 Abs. 1 und 2 ZPO). Die Parteientschädigung inkl. Mehrwertsteuer ist auf CHF 3'250.– zu veranschlagen (§ 13 in Verbindung mit § 4 Abs. 1 und § 10 Abs. 1 lit. a analog AnwGebV).

Es wird beschlossen:

1. Der Beschluss des Bezirksgerichtes Zürich, 4. Abteilung, vom 8. August 2022 wird aufgehoben und die Sache zur Fortsetzung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidunggebühr wird auf CHF 3'750.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens werden der Beklagten auferlegt und mit dem von der Klägerin geleisteten Vorschuss verrechnet. Im Mehrbetrag stellt die Gerichtskasse Rechnung. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin den Vorschuss von CHF 3'500.– zu ersetzen.
4. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von CHF 3'250.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist werden die erst- und zweitinstanzlichen Akten der Vorinstanz zugestellt.

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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt CHF 70'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 17. April 2023

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw C. Rüedi

versandt am:

ip