

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB220027-O/U01

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. A. Huizinga, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. B. Schärer und Ersatzoberrichterin lic. iur. N. Jeker
sowie Gerichtsschreiber Dr. M. Nietlispach

Beschluss vom 11. Oktober 2022

in Sachen

A._____,

Klägerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X1._____ und / oder
Rechtsanwältin lic. iur. X2._____

gegen

B._____ AG,

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. C._____

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Bülach im ordentlichen Ver-
fahren vom 18. Mai 2022 (CG180020-C)**

Präzisiertes Rechtsbegehren:

(Urk. 31 S. 2; Urk. 75 S. 2)

- "1. Es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin für die Behebung der Mängel des Einbaus der Vorhangschiene im Wohnzimmer des Hauses der Klägerin an der D._____-strasse 1 in ... E._____
die Kosten der Ersatzvornahme in Höhe von CHF 86'616.75 zu zahlen.
2. [entfällt]
3. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin CHF 11'573.05 für vorprozessuale Anwalts-, Beweissicherungs- und Gutachterkosten zu bezahlen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, zuzüglich MwSt., zulasten der Beklagten."

Urteil des Bezirksgerichtes Bülach vom 18. Mai 2022:

(Urk. 83 S. 50)

1. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin Fr. 433.20 zu bezahlen.
2. Im Übrigen wird die Klage der Klägerin abgewiesen.
3. Die Entscheidgebühr wird angesetzt auf:

Fr.	10'500.00;	die weiteren Auslagen betragen:
Fr.	4'034.70	Gerichtsgutachten
Fr.	846.80	Einvernahme Gutachter
Fr.	<u>15'381.50</u>	(Total)
4. Die Gerichtskosten werden der Klägerin auferlegt und aus den von ihr geleisteten Kostenvorschüssen bezogen. Der Restbetrag ist von der Klägerin nachzufordern. Der von der Beklagten geleistete Barvorschuss wird der Beklagten zurückerstattet.
5. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von Fr. 18'000.– zuzüglich 7.7 % Mehrwertsteuer zu bezahlen.
6. ... [Schriftliche Mitteilung]
7. ... [Rechtsmittelbelehrung: Berufung, Frist 30 Tage]

Berufungsanträge:

der Klägerin und Berufungsklägerin (Urk. 82 S. 2):

- "1. Das Urteil des Bezirksgerichts Bülach vom 18. Mai 2022 im Verfahren CG180020 sei aufzuheben.
2. In teilweiser Gutheissung der Klage sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin CHF 11'573.05 für vorprozessuale Anwalts-, Beweissicherungs- und Gutachterkosten zu bezahlen;
3. Hinsichtlich der Kosten der Ersatzvornahme in Höhe von CHF 86'616.75 sei die grundsätzliche Anspruchsberechtigung der Klägerin festzustellen und die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen, damit sie über die Höhe der von der Beklagten zu bezahlenden Ersatzvornahmekosten urteile.
4. Es seien die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens der Beklagten aufzuerlegen und die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin eine Parteientschädigung in Höhe von [CHF] 18'000 plus 7.7 % MWST zu bezahlen.
5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Berufungsbeklagten, wobei der Streitwert des Berufungsverfahrens auf CHF 98'189.80 festzusetzen sei."

Erwägungen:

1. Sachverhalt und Prozessverlauf

1.1. Gegenstand des vorliegenden Rechtsstreits sind (Werkmangel-)Ansprüche, welche die Klägerin (Berufungsklägerin) aus dem von ihr als Bauherin (u.a.) mit der Beklagten (Berufungsbeklagten) als Unternehmerin geschlossenen Werkvertrag Nr. 2710 vom 9. November 2012 (Urk. 4/1) ableitet. In Ausführung dieses Vertrags hatte die Beklagte bzw. deren Subunternehmerin C._____ AG im Wohnhaus der Klägerin in E._____/ZH eine Vorhangschiene im Wohn- und Essbereich sowie in der Küche montiert. Die Werkabnahme erfolgte am 13. Oktober 2013 (Urk. 4/2). Am 7. August 2015 löste sich ein Teil der verbauten Vorhangschiene in einer Ecke des Wohnbereichs und fiel zu Boden. Die Beklagte

machte die angehängten Vorhänge, welche für das verbaute Modell viel zu schwer seien, für den Schadensvorfall verantwortlich. Trotzdem verlegte sie ein Duplikat der Vorhangschiene auf eigene Kosten und erklärte, dass die viel zu schweren Vorhänge unverzüglich zu entfernen seien (Urk. 24/23). Anfangs Juni 2017 löste sich die Vorhangschiene, an welcher nach wie vor dieselben Vorhänge angehängt waren, in einer anderen Ecke des Wohnzimmers von der Decke (vgl. Urk. 4/9). Dieses Mal verweigerte die Beklagte die Schadensbehebung bzw. zeigte sich dazu nur bereit, wenn rechtsgenügend nachgewiesen sei, dass das erstellte Werk tatsächlich Mängel aufweise, was sie bestritt. Nachdem sie im August und Oktober 2017 zwei seitens der Klägerin gesetzte Fristen zur Einreichung eines Lösungsvorschlags zur Nachbesserung hatte verstreichen lassen (Urk. 4/6-7) und stattdessen eine gemeinsame Begutachtung vorgeschlagen hatte (Urk. 4/8), was die Klägerin jedoch ablehnte, trieb Letztere die Sanierung ohne die Beklagte voran. Hierzu holte sie ein privates Kurzgutachten sowie Offerten zur ersatzweisen Nachbesserung durch andere Unternehmen ein (Urk. 4/3; Urk. 4/10-12). Mit Schreiben vom 22. Februar 2018 erklärte sich die Beklagte – ohne jegliche Werkmängel anzuerkennen – doch noch zur Nachbesserung bereit und stellte der Klägerin am 5. März 2018 eine (Vergleichs-)Offerte mit einem konkreten Sanierungsvorschlag zu (Urk. 12/11 und Urk. 12/13-14). Weiter liess sie den Schadensfall ebenfalls gutachterlich bewerten (Urk. 4/4). Die Klägerin wollte von einer Nachbesserung durch die Beklagte aber nichts mehr wissen (Urk. 12/12).

1.2. Mit Eingabe vom 15. November 2018 (Urk. 2) und unter Einreichung der Klagebewilligung des Friedensrichteramts Hochfelden vom 14. August 2018 (Urk. 1) machte die Klägerin beim Bezirksgericht Bülach (Vorinstanz) die vorliegende Forderungsklage anhängig. Damit verlangte sie ursprünglich, die Beklagte zur Bevorschussung der Kosten für die Ersatzvornahme sowie zur Erstattung vorprozessualer Anwalts-, Beweissicherungs- und Gutachterkosten zu verpflichten (Urk. 2 S. 2). Nach Erhalt der Schlussabrechnung für die Ersatzvornahme änderte die Klägerin ihr Rechtsbegehren in dem Sinne, dass sie von der Beklagten anstelle der Bevorschussung mit anschliessender Abrechnungspflicht Kostenersatz für die erfolgte Mängelbeseitigung in der Höhe von Fr. 86'616.75 verlangte (Urk. 31 S. 2 [Rechtsbegehren 1] und S. 3 Rz 6; Urk. 75 S. 2). Am Begehren um Ersatz

weiterer Mangelfolgeschäden im Betrag von insgesamt Fr. 11'573.05 (Fr. 4'646.70 vorprozessuale Anwaltskosten, Fr. 6'493.15 Kosten des von ihr in Auftrag gegebenen Privatgutachtens und Fr. 433.20 Gebühren für die amtliche Befundaufnahme vom 27. September 2018) hielt sie unverändert fest (Urk. 2 S. 2 [Rechtsbegehren 3] und S. 9 Rz 56 ff.; Urk. 31 S. 2 [Rechtsbegehren 3]; Urk. 75 S. 2 [Rechtsbegehren 3]).

Nach durchgeführtem doppeltem Schriftenwechsel (Urk. 11 [Klageantwort]; Urk. 17 [Replik]; Urk. 23 [Duplik]) und weiteren Stellungnahmen der Parteien (Urk. 31; Urk. 37; Urk. 44; Urk. 46) fand ein Beweisverfahren statt (vgl. Prot. I S. 13 ff. und Urk. 48 ff.). Im Anschluss daran verzichteten die Parteien auf die Durchführung der Hauptverhandlung bzw. mündliche Plädoyers sowie mündliche Schlussvorträge (Prot. I S. 38). Die stattdessen erstatteten schriftlichen Schlussvorträge datieren vom 18. bzw. 21. Februar 2022 (Urk. 77 und Urk. 75). Am 18. Mai 2022 fällte die Vorinstanz das eingangs wiedergegebene Urteil, mit dem die Beklagte verpflichtet wurde, der Klägerin Fr. 433.20 (Ersatz der Gebühren für die amtliche Befundaufnahme; Klagebegehren 3) zu bezahlen; im Übrigen, d.h. bezüglich der Kosten für die Ersatzvornahme (Klagebegehren 1) sowie der vorprozessualen Anwaltskosten und der Kosten des Privatgutachtens (Klagebegehren 3), wurde die Klage unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerin abgewiesen (Urk. 79 = Urk. 83, insbes. S. 50).

Für weitere Einzelheiten der vorinstanzlichen Prozessgeschichte kann auf die Erwägungen im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Urk. 83 S. 2 ff. E. I).

1.3. Gegen das ihr am 25. Mai 2022 zugestellte (Urk. 80) vorinstanzliche Urteil erhob die Klägerin mit Eingabe vom 23. Juni 2022, tags darauf hierorts eingegangen, rechtzeitig Berufung mit den vorstehend zitierten Rechtsmittelanträgen (Urk. 82; vgl. Art. 311 Abs. 1 und Art. 142 f. ZPO). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (Urk. 1-81). Mit Verfügung vom 1. Juli 2022 wurde der Klägerin für die zweitinstanzlichen Gerichtskosten ein Vorschuss von Fr. 8'700.– auferlegt (Urk. 85), welcher am 4. Juli 2022 innert Frist einging (Urk. 86). Weitere pro-

prozessuale Anordnungen wurden bislang nicht getroffen. Über solche wird zu einem späteren Zeitpunkt zu befinden sein (vgl. Art. 124 Abs. 1 ZPO).

2. Prozessuales: (Berufungs-)Teilentscheid

2.1. Gestützt auf den geltend gemachten Werkmangel klagte die Klägerin – mit zwei separaten Rechtsbegehren – zwei je eigenen Voraussetzungen unterliegende Forderungen (Ersatz der Kosten für die Ersatzvornahme [Rechtsbegehren 1] und Ersatz von Mangelfolgeschäden, umfassend drei Schadenspositionen [Rechtsbegehren 3]) ein (vgl. Urk. 2 S. 2 bzw. Urk. 31 S. 2 und Urk. 75 S. 2). Diese Forderungen hätten auch im Rahmen je selbstständiger Klagen geltend gemacht und beurteilt werden können. Sie wurden von der Vorinstanz auch je gesondert beurteilt: Das (präzisierte; vgl. Urk. 83 S. 5 f. E. II.2) Klagebegehren 1 wurde vollumfänglich (Urk. 83 S. 41 E. IV.6.3) und das Klagebegehren 3 in überwiegendem Umfang (vgl. Urk. 83 S. 44 ff. E. IV.7.3) abgewiesen. Die teilweise Gutheissung der Klage betrifft nur das Klagebegehren 3.

2.2. Auch die Berufungsanträge der Klägerin unterscheiden klar und bewusst hinsichtlich dieser beiden Rechtsbegehren. Mit dem Berufungsantrag 2 (Urk. 82 S. 2) formuliert die Klägerin, wie das Klagebegehren 3 (Ersatz von Mangelfolgeschäden) ihrer Meinung nach zu entscheiden sei. Der Berufungsantrag 3 bezieht sich auf das Klagebegehren 1 (Ersatz der Kosten für die Ersatzvornahme) und gibt an, wie die Berufungsinstanz über dieses Klagebegehren zu entscheiden habe bzw. wie der Berufungsentscheid diesbezüglich lauten müsse. Die mit den genannten Berufungsanträgen zur Prüfung gestellten Ansprüche beruhen zwar auf derselben Grundlage, sind aber voneinander unabhängig und können je selbstständig und getrennt beurteilt werden.

2.3. Mit Bezug auf den Berufungsantrag 3 (betreffend Ersatz der Ersatzvornahmekosten) erweist sich die Berufung – wie nachstehend zu zeigen ist – sofort als unzulässig. Diesbezüglich erübrigen sich Weiterungen, insbesondere auch eine Beantwortung der Berufung (vgl. Art. 312 Abs. 1 ZPO). Unter dem Aspekt der Prozessökonomie und des Beschleunigungsgebots sowie zur Vermeidung unnö-

tiger Parteikosten rechtfertigt es sich deshalb, in einem Teilentscheid vorab über diesen Anspruch (Klagebegehren 1) resp. den Berufungsantrag 3 zu befinden (vgl. BGer 5A_731/2019 vom 30. März 2021, E. 1.4.1 und E. 1.4.2 m.Hinw. auf BGE 146 III 254 E. 2.1.3 und E. 2.1.4; ZK ZPO-Staehelin, Art. 236 N 13; BK ZPO II-Killias, Art. 236 N 15; BSK ZPO-Steck/Brunner, Art. 236 N 18 ff.; KUKO ZPO-Sogo/Naegeli, Art. 236 N 5a f.; ferner auch Art. 125 lit. a ZPO).

3. Berufungsantrag 3 / Ersatz der Kosten der Ersatzvornahme

3.1. Die Berufung ist ein Rechtsmittel reformatorischer Natur. Die Berufungsinstanz fällt bei Spruchreife selbst einen Entscheid über die Klagebegehren (vgl. Art. 318 Abs. 1 lit. a und b ZPO). Sie kann auch Beweise abnehmen (Art. 316 Abs. 3 ZPO) und eine allenfalls fehlende Spruchreife somit selber herbeiführen. Dazu ist sie indessen nicht verpflichtet. Gemäss Art. 318 Abs. 1 lit. c ZPO kann sie die Sache (bei Begründetheit der Berufung) auch an die erste Instanz zurückweisen, wenn – wie die Vorschrift im Sinne einer abschliessenden Aufzählung einschränkend voraussetzt – ein wesentlicher Teil der Klage nicht beurteilt wurde (Ziff. 1) oder – alternativ – der Sachverhalt in wesentlichen Teilen zu vervollständigen ist (Ziff. 2) (vgl. BGE 144 III 394 E. 4.3.2.1 S. 399; BGer 4A_129/2019 vom 27. Mai 2019, E. 1.2.2; CHK-Sutter-Somm/Seiler, ZPO 318 N 2 und N 9 m.w.Hinw.). Die Rückweisung hat somit die Ausnahme zu bleiben, weil der Prozess andernfalls unnötig verlängert wird (vgl. Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], BBI 2006, S. 7376; CHK-Sutter-Somm/Seiler, ZPO 318 N 9 m.w.Hinw.; vgl. auch Steininger, DIKE-Komm-ZPO, Art. 318 N 2 und N 4 f.; ZK ZPO-Reetz/Hilber, Art. 318 N 24). Als "Kann"-Vorschrift ausgestaltet, stellt es diese Bestimmung sodann ins pflichtgemässe Ermessen der Berufungsinstanz, die Sache unter den darin genannten Voraussetzungen an die Erstinstanz zurückzuweisen oder – allenfalls nach eigener Beweisabnahme – selbst zu entscheiden. Zu einem eigenen Entscheid ist die Berufungsinstanz auch in diesen Fällen (d.h. selbst bei wesentlichen Lücken im erstinstanzlichen Urteil) stets berechtigt (Steininger, DIKE-Komm-ZPO, Art. 318 N 5; ZK ZPO-Reetz/Hilber, Art. 318 N 25; vgl. auch BGE 144 III 394 E. 4.3.2.2 S. 399 und S. 400; BGer 5A_424/2018 vom 3. Dezember 2018, E. 4.2; BGer 4A_460/2016

vom 5. Januar 2017, E. 1.3 m.w.Hinw.; CHK-Sutter-Somm/Seiler, ZPO 318 N 2; Seiler, Die Berufung nach ZPO, 2013, Rz 877, Rz 1518 und Rz 1521); eine gesetzliche Pflicht, die Sache an die erste Instanz zurückzuweisen, wenn eine der Voraussetzungen von Art. 318 Abs. 1 lit. c ZPO vorliegt, gibt es nicht (BGer 5A_9/2020 vom 6. Mai 2020, E. 2.3.1). Entsprechend besteht auch kein Anspruch auf Fällung eines kassatorischen bzw. Rückweisungsentscheids (BGer 5A_786/2021 vom 18. März 2022, E. 5.1; BGer 4A_129/2019 vom 27. Mai 2019, E. 1.2.2; BGer 5A_424/2018 vom 3. Dezember 2018, E. 4.2; CHK-Sutter-Somm/Seiler, ZPO 318 N 2), und die Parteien können einen solchen mit ihren Rechtsmittelanträgen nicht präjudizieren oder gar erzwingen. Die Wahl zwischen neuem Sach- oder Rückweisungsentscheid ist der Parteidisposition resp. der Dispositionsmaxime entzogen und ungeachtet allfälliger Parteibegehren von Amtes wegen zu treffen (Seiler, a.a.O., Rz 1519; CHK-Sutter-Somm/Seiler, ZPO 318 N 9).

Nach herrschender Meinung erscheint eine Rückweisung gestützt auf Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 1 ZPO insbesondere dann als geboten, wenn die Erstinstanz das Vorliegen einer Prozessvoraussetzung zu Unrecht verneint, deshalb einen Nichteintretensentscheid gefällt und die Klage somit materiell überhaupt nicht beurteilt hat (vgl. BGer 5A_424/2018 vom 3. Dezember 2018, E. 4.2 und E. 4.3 m.Hinw. auf das Schrifttum; BGer 4A_207/2019 vom 17. August 2020, E. 3.2; BGer 4D_71/2020 vom 23. Februar 2021, E. 4.3) oder wenn aufgrund einer Verfahrensbeschränkung (Art. 125 lit. a ZPO) nur ein Teil des Prozessthemas behandelt wurde (CHK-Sutter-Somm/Seiler, ZPO 318 N 14; weitere Beispiele bei Seiler, a.a.O., Rz 1533). Eine Rückweisung zur Vervollständigung des Sachverhalts (Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 2 ZPO) wird dagegen nur in jenen Fällen befürwortet, in denen die Berufungsinstanz ein ausgedehntes Beweisverfahren durchführen müsste (BGer 5A_786/2021 vom 18. März 2022, E. 5.1; Seiler, a.a.O., Rz 1536).

Vor diesem Hintergrund muss die Berufung neben einer Begründung (Art. 311 Abs. 1 ZPO) – im Sinne einer Rechtsmittelvoraussetzung – als Rechtsmittelantrag grundsätzlich ein reformatorisches Rechtsbegehren ("Antrag in der

Sache") enthalten. Der Berufungskläger muss darlegen, welche konkreten Änderungen des angefochtenen Entscheids er verlangt, d.h. wie der Entscheid seiner Meinung nach zu lauten hätte. Das Rechtsbegehren muss so bestimmt sein, dass es im Falle einer Guttheissung der Berufung unverändert zum Urteil erhoben werden kann. Namentlich sind Anträge, die auf Geldzahlung gerichtet sind, zu beziffern (BGE 137 III 617 E. 4.2-4.3 S. 618 f. und E. 6.1 S. 621; BGer 4A_383/2013 vom 2. Dezember 2013, E. 3.2.1; BGer 4D_8/2013 vom 8. April 2013, E. 2.2 [je m.w.Hinw.]). Ein blosser Antrag auf Aufhebung und Rückweisung der Sache an die Erstinstanz genügt in der Regel nicht. Ein solcher ist nur dann zulässig, wenn die Berufungsinstanz bei einer Guttheissung der Berufung, d.h. wenn sie die Rechtsauffassung des Berufungsklägers teilen würde, mangels (auch nicht herbeiführbarer) Spruchreife nicht selbst, sondern nur kassatorisch entscheiden könnte (Hungerbühler/Bucher, DIKE-Komm-ZPO, Art. 311 N 20; ZK ZPO-Reetz/Theiler, Art. 311 N 34), beispielsweise weil das erstinstanzliche Verfahren noch gar nicht vollständig durchgeführt wurde oder eine Verletzung des rechtlichen Gehörs des Berufungsklägers in seinem Teilgehalt des Anhörungsrechts gerügt wird (vgl. BGer 5A_775/2018 vom 15. April 2019, E. 3.4 m.Hinw. auf BGer 5A_485/2016 vom 19. Dezember 2016, E. 2). Die Zulässigkeit eines konkreten Berufungsbegehrens ist mithin nicht an diesem selbst zu messen, sondern an den berufsungsweise vorgetragenen Beanstandungen (BGer 5A_9/2020 vom 6. Mai 2020, E. 2.1 m.w.Hinw.). Da die kantonale Berufungsinstanz – anders als das Bundesgericht bei der Beschwerde in Zivilsachen (vgl. Art. 97 Abs. 1 und Art. 105 Abs. 2 BGG) – volle Kognition in Tat- und Rechtsfragen hat (vgl. Art. 310 ZPO und BGer 5A_184/2013 vom 26. April 2013, E. 3.1) und selber Beweise abnehmen kann, genügt es aber auch dann, wenn der Sachverhalt von der ersten kantonalen Instanz unvollständig festgestellt wurde, nicht, lediglich die Aufhebung des erstinstanzlichen Entscheids und die Rückweisung der Sache an die Erstinstanz zu verlangen; insofern ist die Rechtslage mit Bezug auf das Erfordernis materieller Berufungsanträge strenger als nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Beschwerde in Zivilsachen (vgl. BGE 133 III 489 E. 3.1 S. 489 f.; ZK ZPO-Reetz/ Theiler, Art. 311 N 34).

Ein ungenügender Rechtsmittelantrag stellt keinen verbesserlichen Mangel im Sinne von Art. 132 ZPO dar (BGer 4A_258/2015 vom 25. Oktober 2015, E. 2.4.1; BGer 4A_203/2013 vom 6. Juni 2013, E. 3.2 [je m.Hinw. auf BGE 137 III 617 E. 6.4 S. 622]), sondern führt zum Nichteintreten auf die Berufung. Aus dem Verbot des überspitzten Formalismus folgt allerdings, dass auf eine Berufung mit formell mangelhaften Rechtsbegehren ausnahmsweise einzutreten ist, wenn sich aus der Begründung, allenfalls in Verbindung mit dem angefochtenen Entscheid, ergibt, was der Berufungskläger in der Sache verlangt oder – im Falle zu beziffernder Rechtsbegehren – welchen Geldbetrag er zugesprochen haben möchte. Formell mangelhafte Rechtsbegehren sind im Lichte der Begründung auszulegen (BGE 137 III 617 E. 6.2 S. 621 f. m.w.Hinw.; BGer 4A_383/2013 vom 2. Dezember 2013, E. 3.2.1; 5A_380/2012 vom 27. August 2012, E. 3.2.3). Nicht auszulegen sind hingegen – an sich mangelhafte – Begehren, wenn diese den wirklichen Willen der Partei wiedergeben; diesfalls ist vom Wortlaut des Begehrens auszugehen (BGer 5A_775/2018 vom 15. April 2019, E. 4.1 a.E.; vgl. auch BGer 5A_354/2018 vom 21. September 2018, E. 1.6.3; zum Ganzen ferner BGer 5A_188/2017 vom 8. August 2017, E. 2.1; Kunz, in: Kunz/Nowotny/Stauber, ZPO-Rechtsmittel – Berufung und Beschwerde, 2013, Art. 311 N 63 ff.; Seiler, a.a.O., Rz 875 ff.).

3.2. Die Klägerin verlangt mit ihrem Berufungsantrag 3 nicht die Zusprechung einer bestimmten Geldsumme, sondern die gerichtliche Feststellung ihrer grundsätzlichen Anspruchsberechtigung und die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz, damit diese über die (zwischen den Parteien strittige) Höhe des von der Beklagten unter diesem Titel geschuldeten Betrags urteile (Urk. 82 S. 2). Dieser (Feststellungs- und Rückweisungs-)Antrag ist unzulässig. Der damit verfolgte, von der Vorinstanz verworfene Anspruch auf Ersatz der Kosten für die Ersatzvornahme ist auf Geldzahlung gerichtet. Das Berufungsbegehren 3 hätte deshalb beziffert werden müssen. Insoweit erweist es sich als formell mangelhaft. Da daraus aber klar und unmissverständlich hervorgeht, was die Klägerin von der Berufungsinstanz tatsächlich verlangt, ist es jedoch weder auslegungsbedürftig noch unklar, weshalb auch die gerichtliche Fragepflicht (Art. 56 ZPO) nicht zum Tragen kommt. Zwar erhellt aus der Berufungsbegründung, dass die Klägerin Anspruch

auf den gesamten vor Erstinstanz eingeklagten Betrag von Fr. 86'616.75 zu haben glaubt (Urk. 82 Rz 40). Dennoch kann auch und gerade unter Mitberücksichtigung der Berufungsbegründung nicht davon ausgegangen werden, dass sie diesen Betrag im vorliegenden Berufungsverfahren tatsächlich fordert bzw. im Berufungsurteil zugesprochen erhalten möchte. Vielmehr stellte die – anwaltlich vertretene und mithin juristisch beratene – Klägerin ihr Begehren ganz bewusst nicht als Leistungs-, sondern als Feststellungs- und Rückweisungsbegehren. Mit ihren Ausführungen bringt sie klar zum Ausdruck, dass sie ihren Berufungsantrag 3 nicht bloss unglücklich formuliert hat, sondern die Rückweisung zur betragsmässigen Festsetzung des Kostenerstattungsanspruchs an die erste Instanz tatsächlich will. Dies in der Meinung, sie habe gestützt auf Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 1 ZPO sowie aufgrund des Prinzips der "double instance" einen Anspruch auf Rückweisung bzw. darauf, dass über die (erstinstanzlich noch nicht beurteilte) Höhe der Ersatzforderung von der Vorinstanz entschieden werde, weil es sich dabei um einen wesentlichen, nicht beurteilten Teil der Klage im Sinne dieser Vorschrift handle (vgl. Urk. 82 Rz 8, Rz 11, Rz 38 und Rz 40). Ihre Auffassung trifft nach dem vorstehend Ausgeführten aber nicht zu.

Nachdem das vorinstanzliche Verfahren (einschliesslich eines Beweisverfahrens) vollständig durchgeführt und der geltend gemachte Anspruch von der Vorinstanz auch materiell beurteilt (und verworfen) wurde, ist nicht ersichtlich, weshalb ein reformatorischer Berufungsentscheid über den betragsmässigen Umfang des Anspruchs nicht möglich sein oder ausserhalb des der beschliessenden Kammer gesetzlich eingeräumten Ermessens liegen sollte, falls diese die Berufung gutheissen bzw. die klägerische Rechtsauffassung teilen würde. Gründe, die einem reformatorischen Berufungsentscheid gleichsam zwingend entgegenstehen würden bzw. "die Sache für die Berufungsinstanz diesbezüglich nicht reif für einen Endentscheid" erscheinen liessen (vgl. Urk. 82 Rz 8), werden von der Klägerin auch nicht dargetan und sind gemessen an den Beanstandungen in der Berufungsschrift nicht ersichtlich. Es genügt in diesem Zusammenhang nicht, bloss geltend zu machen, den Parteien dürfe zur Beurteilung der strittigen Kostenhöhe, welche vor Vorinstanz ausführlich thematisiert wurde (vgl. Urk. 82 Rz 38 m.w.Hinw.), keine Instanz verloren gehen, und zu behaupten, diese Beurteilung

sei nach der Konzeption des Gesetzgebers nicht Aufgabe der Berufungsinstanz (Urk. 82 Rz 38 a.E.). Indem der Gesetzgeber der Berufungsinstanz in Art. 318 Abs. 1 ZPO die Möglichkeit einräumt ("kann"), im Falle der Begründetheit der Berufung selber neu zu entscheiden (lit. b) *oder* die Sache an die erste Instanz zurückzuweisen (lit. c) sowie Beweise abzunehmen (Art. 316 Abs. 3 ZPO), hat er den Grundsatz der "double instance" nicht zum massgeblichen Kriterium erhoben und folglich in Kauf genommen, dass einer Partei nicht in jedem Fall (und für jede entscheidrelevante Frage) zwei Instanzen mit voller Kognition zur Verfügung stehen (BGer 5A_9/2020 vom 6. Mai 2020, E. 2.3.4; BGer 5A_775/2018 vom 15. April 2019, E. 3.4). Im Übrigen bezieht sich der Grundsatz primär auf die Gegenstand der Klage bildende Streitsache als solche, nicht auf einzelne Rechts- oder Tatfragen innerhalb derselben (vgl. auch BGE 143 III 42 E. 5.4 S. 45 m.w.Hinw.).

Angesichts des klar erkennbaren und gewollten klägerischen Verständnisses als Feststellungs- und Rückweisungsantrag verbietet es sich, den Berufungsantrag 3 entgegen seinem wahren Sinn und dem wirklichen Willen der Klägerin in einen Antrag auf Zusprechung von Fr. 86'616.75 umzudeuten resp. über den Weg einer (unzulässigen) Auslegung als beziffertes Leistungsbegehren aufzufassen. Vielmehr ist die Klägerin auf ihrem ausdrücklichen Willen zu behaften und vom Wortlaut ihres Begehrens auszugehen (vgl. BGer 5A_775/2018 vom 15. April 2019, E. 4.2-4.3). Es bleibt somit dabei, dass es im Berufungsverfahren mit Bezug auf die Kosten der Ersatzvornahme an einem bezifferten Leistungsbegehren und damit an einem rechtsgenügenden Antrag mangelt. Auf die Berufung ist folglich (ohne Weiterungen; vgl. BGer 5A_79/2019 vom 21. November 2019, E. 3.1) nicht einzutreten, soweit sie sich gegen die vorinstanzliche Abweisung des Klagebegehrens 1 richtet (Berufungsantrag 3).

4. Kosten- und Entschädigungsfolgen

4.1. Das Gericht entscheidet im Endentscheid über die Prozesskosten (Art. 104 Abs. 1 ZPO). Als Endentscheid gilt auch ein Teilentscheid, in welchem das Gericht – wie vorliegend – bloss einen Teil der Rechtsbegehren behandelt (BSK ZPO-Rüegg/Rüegg, Art. 104 N 4; Urwyler/Grütter, DIKE-Komm-ZPO,

Art. 104 N 2 Fn 1; CHK-Sutter-Somm/Seiler, ZPO 104 N 4; KUKO ZPO-Schmid/Jent Sørensen, Art. 104 N 1). Zwar lässt ein Teil der Lehre bei objektiver Klagenhäufung auch eine Festsetzung der Nebenfolgen eines Teilentscheids erst am Ende des Prozesses zu (BK ZPO-Sterchi, Art. 104 N 2; Urwyler/Grütter, DIKE-Komm-ZPO, Art. 104 N 2 Fn 1). Dazu besteht jedoch kein Anlass.

4.2. Der (Gesamt-)Streitwert des vorliegenden Berufungsverfahrens beträgt Fr. 98'189.80 (vgl. Art. 91 ZPO sowie § 12 Abs. 2 GebV OG und § 13 Abs. 1 AnwGebV; s.a. Urk. 82 Rz 3), wofür die GebV OG eine zweitinstanzliche Grundgebühr von rund Fr. 8'700.– vorsieht (§ 12 Abs. 1 i.V.m. § 4 Abs. 1 GebV OG). Von diesem Streitwert entfallen knapp 90 % auf den mit vorliegendem Beschluss beurteilten Anspruch auf Erstattung der Kosten für die Ersatzvornahme (Fr. 86'616.75). Die Entscheidgebühr für den vorliegenden Teilentscheid ist entsprechend diesem Anteil, aber ohne präjudizielle Wirkung für die Entscheidgebühr für den noch offenen Teil des Berufungsverfahrens, sowie unter Berücksichtigung des Reduktionsgrundes von § 10 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 5'000.– festzusetzen. Sie ist ausgangsgemäss der (hinsichtlich des Berufungsantrags 3) als unterliegend zu betrachtenden Klägerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO) und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss (Urk. 85 und Urk. 86) zu verrechnen.

4.3. Für das zweitinstanzliche (Teil-)Verfahren sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen: Der diesbezüglich obsiegenden Beklagten sind keine entschädigungspflichtigen Kosten und Umtriebe im Sinne von Art. 95 Abs. 3 ZPO entstanden, und die Klägerin hat als unterliegende Partei ohnehin keinen Anspruch auf Parteientschädigung (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

4.4. Über die (von der Klägerin selbstständig bemängelten; vgl. Urk. 82 Rz 53) Nebenfolgen des erstinstanzlichen Verfahrens wird später zu befinden sein.

Es wird beschlossen:

1. Auf die Berufung wird mit Bezug auf den Berufungsantrag 3 (betreffend Kosten der Ersatzvornahme) nicht eingetreten.
2. Die Entscheidgebühr für den vorliegenden Beschluss wird auf Fr. 5'000.– festgesetzt.
3. Die Kosten für den vorliegenden Beschluss werden der Klägerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
4. Für das zweitinstanzliche Teilverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte unter Beilage eines Doppels der Berufungsschrift (Urk. 82) sowie einer Kopie von Urk. 84, und an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.
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) i.V.m. Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Teilentscheid im Sinne von Art. 91 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 98'189.80.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 11. Oktober 2022

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

Dr. M. Nietlispach

versandt am:
Im