

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB240007-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. A. Huizinga, Vorsitzender, Oberrichter
lic. iur. M. Spahn und Oberrichterin lic. iur. Ch. von Moos
sowie Gerichtsschreiber Dr. M. Nietlispach

Beschluss vom 26. April 2024

in Sachen

A._____ AG,

Beklagte und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw X1._____

sowie

B._____ AG,

Nebenintervenientin und Verfahrensbeteiligte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X2._____

gegen

C._____,

Kläger und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y1._____

sowie

D._____ AG,

Nebenintervenientin und Verfahrensbeteiligte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y2._____

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen einen Beschluss des Bezirksgerichtes Meilen im
ordentlichen Verfahren vom 9. Januar 2024 (CG210002-G)**

Modifiziertes Rechtsbegehren:

(Urk. 6/31 S. 2)

- "1. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger Fr. 21'879.65 zzgl. Zins von 5 % seit 1. September 2020 zu bezahlen;
2. die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger eine nach Abschluss des Beweisverfahrens noch zu beziffernde Summe zu bezahlen, welche den Kosten für die Behebung der Mängel an der Lüftungsanlage beim Schwimmbad des Haupthauses der Überbauung «E._____» am F._____rain ... in G._____ gemäss Ziff. 33-50 der Klageschrift entspricht, zzgl. Zins von 5 % seit 1. September 2020;
3. unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zzgl. MwSt.) zulasten der Beklagten."

Beschluss des Bezirksgerichtes Meilen vom 9. Januar 2024:

(Urk. 6/65 S. 10 f. = Urk. 2 S. 10 f.)

1. Auf die unbezifferte Forderungsklage (Rechtsbegehren 2 gemäss Replik) wird eingetreten.
2. Die Kosten- und Entschädigungsfolgen bleiben dem Endentscheid vorbehalten.
3. [Mitteilung]
4. [Rechtsmittelbelehrung, Berufung, 30 Tage]

Berufungsanträge der Beklagten und Berufungsklägerin:

(Urk. 1 S. 2)

- "1. Es sei der Beschluss des Bezirksgerichts Meilen vom 9. Januar 2024 (Geschäfts-Nr. CG210002) vollumfänglich aufzuheben;
2. Es sei auf die unbezifferte Forderungsklage vom 22. Januar 2021 des Berufungsbeklagten (Rechtsbegehren 2) nicht einzutreten;
3. Eventualiter sei die Streitsache mit der Weisung an die Vorinstanz zurückzuweisen, nicht auf das Rechtsbegehren 2 einzutreten, und das Verfahren betreffend die Rechtsbegehren 1 (CHF 46'500.00),

3 und 4 infolge Klagerückzugs durch den Berufungsbeklagten abzuschreiben;

4. Der Berufungsbeklagte sei zu verpflichten, die Verfahrenskosten im Zusammenhang mit dem Nichteintretensentscheid sowie dem Abschreibungsentscheid vollumfänglich zu übernehmen, und der Berufungsklägerin für die Aufwendungen in diesem Zusammenhang eine angemessene Parteientschädigung (zzgl. MwSt. von 8,1 %) zu bezahlen;

5. Es sind die Akten aus dem Verfahren bei der Vorinstanz beizuziehen;

6. Die Kosten des Berufungsverfahrens seien vollumfänglich den [recte: dem] Berufungsbeklagten aufzuerlegen, und es sei dieser zu verpflichten, der Berufungsklägerin eine angemessene Parteientschädigung (zzgl. MwSt. von 8.1 %) für die Aufwendungen im Berufungsverfahren zu bezahlen."

Erwägungen:

I. Sachverhalt und Prozessverlauf

1. Sachverhalt

1.1. Zwischen dem Kläger und Berufungsbeklagten (nachfolgend: Kläger) und der Beklagten und Berufungsklägerin (nachfolgend: Beklagte) wurde am 3. April 2016 ein Architekturvertrag betreffend Überbauung "E._____" am F._____-rain ... in G._____ abgeschlossen (Urk. 6/5/1). Dabei verpflichtete sich die Beklagte, die Planung und Bauleitung für das Bauvorhaben "E._____" auszuführen. Zwischen den Parteien kam es in der Folge zu diversen Unstimmigkeiten, wobei der Kläger der Beklagten unter anderem vorwirft, ihn mit der aufgrund ihrer unsorgfältigen Bauleitung massiv mangelhaften Überbauung seinem Schicksal überlassen zu haben. Neben dem Fehlen einer ordentlichen Baudokumentation, der Nichtlieferung eines Unterhalts- und Reinigungskonzeptes, kam es gemäss Kläger zudem zu diversen Baumängeln und massiven Kostenüberschreitungen.

1.2. Mit der vorliegenden Klage verlangt der Kläger Fr. 21'879.65 für den Ersatz der Überlaufrinnenabdeckung Schwimmbad (Planungsfehler) und eine nach Abschluss des Beweisverfahrens noch zu beziffernde Summe, welche den Kosten

für die Behebung der Mängel an der Lüftungsanlage beim Schwimmbad des Haupthauses der Überbauung "E. _____" am F. _____-rain ... in G. _____ entspricht, zzgl. Zins von 5% seit 1. September 2020 (Urk. 6/31 S. 2).

2. Prozessgeschichte

2.1. Bezüglich des Verlaufs des erstinstanzlichen Verfahrens kann auf den angefochtenen Beschluss vom 9. Januar 2024 verwiesen werden (Urk. 2 S. 4 f.).

2.2. Der vorinstanzliche Beschluss vom 9. Januar 2024 konnte dem Kläger und den Nebenintervenientinnen und Verfahrensbeteiligten je am 12. Januar 2024 (Urk. 6/66/1-3) und der Beklagten am 15. Januar 2024 (Urk. 6/66/4) zugestellt werden. In der Folge erhob die Beklagte mit Schriftsatz vom 14. Februar 2024 Berufung (Urk. 1). Der mit Verfügung vom 19. Februar 2024 (Urk. 5) auferlegte Kostenvorschuss von Fr. 9'000.- wurde am 26. Februar 2024 geleistet (Urk. 7).

2.3. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 6/1-66). Da sich die Berufung sogleich als unbegründet erweist, kann auf die Einholung einer Berufungsantwort verzichtet werden (Art. 312 Abs. 1 ZPO).

II. Prozessuales

1. Ausgangslage

Die Vorinstanz beschränkte gestützt auf Art. 125 lit. a ZPO den Prozess auf die strittige Frage der Zulässigkeit der unbezifferten Forderungsklage gemäss Rechtsbegehren 2 der Replik. Nach entsprechenden Erwägungen kam sie zum Schluss, dass die unbezifferte Forderungsklage (Rechtsbegehren 2 gemäss Replik) zulässig sei und trat darauf ein (Urk. 2 S. 10).

2. Berufungsverfahren

2.1. Die Beklagte ist durch den Entscheid der Vorinstanz beschwert. Es handelt sich um eine berufungsfähige Streitigkeit (Art. 308 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 ZPO). Die Berufung wurde form- und fristgerecht erhoben (Art. 311 Abs. 1 ZPO; Urk. 66/4, Urk. 1). Der verlangte Kostenvorschuss ging rechtzeitig ein (Urk. 7). Auf

die Berufung ist unter dem Vorbehalt hinreichender Begründung (vgl. Art. 311 ZPO; BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGE 141 III 569 E. 2.3.3) einzutreten.

2.2. Das Berufungsverfahren stellt keine Fortsetzung oder gar Wiederholung des erstinstanzlichen Verfahrens dar, sondern ist nach der gesetzlichen Konzeption als eigenständiges Verfahren ausgestaltet (BGE 142 III 413 E. 2.2.1 S. 414 m.Hinw. auf die Botschaft zur Schweizerischen ZPO, BBI 2006 S. 7374). Es zeichnet sich dadurch aus, dass bereits eine richterliche Beurteilung des Rechtsstreits vorliegt. Sein Gegenstand wird durch die Berufungsanträge und die Berufungsbegründung umrissen.

Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über eine uneingeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung (BGer 5A_184/2013 vom 26. April 2013, E. 3.1). In der schriftlichen Berufungsbegründung (Art. 311 ZPO) ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem der genannten Mängel leidet. Dies setzt (im Sinne einer Eintretensvoraussetzung) voraus, dass der Berufungskläger die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnet, die er anführt, sich inhaltlich mit diesen auseinandersetzt und mittels präziser Verweisungen auf die Akten aufzeigt, wo die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben wurden bzw. aus welchen konkreten Aktenstellen sich der geltend gemachte Berufungsgrund ergeben soll (vgl. BGE 138 III 374 E. 4.3.1 S. 375 f.; BGE 141 III 569 E. 2.3.3 S. 576 f.; BGer 5A_751/2014 vom 28. Mai 2015, E. 2.1; BGer 5A_635/2015 vom 21. Juni 2016, E. 5.2; CHK-Sutter-Somm/Seiler, ZPO 311 N 8 ff.; Hungerbühler/Bucher, DIKE-Komm-ZPO, Art. 311 N 36 ff.; ZK ZPO-Reetz/Theiler, Art. 311 N 36). Pauschale Verweisungen auf frühere oder andere Rechtsschriften und Vorbringen, deren blosser Wiederholung oder eine neuerliche Darstellung der Sach- oder Rechtslage, welche nicht darauf eingeht, was vor der Vorinstanz vorgebracht und von dieser erwogen wurde, genügen den gesetzlichen Begründungsanforderungen nicht und sind deshalb unbeachtlich.

Was nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden und hat grundsätzlich Bestand. Die Berufungsinstanz ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht gehalten, von sich aus wie eine erstinstanzliche Gerichtsbehörde alle sich stellenden tatsächlichen und rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn keine entsprechenden Rügen der Parteien vorliegen. Sie hat sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der Beanstandungen zu beschränken, die in der schriftlichen Berufungsbegründung gegen den erstinstanzlichen Entscheid erhoben werden (vgl. BGE 142 III 413 E. 2.2.4 S. 417 m.w.Hinw.; BGer 5A_111/2016 vom 6. September 2016, E. 5.3; BGer 4A_258/2015 vom 21. Oktober 2015, E. 2.4.3). Insofern erfährt der Grundsatz "iura novit curia" (Art. 57 ZPO) im Berufungsverfahren eine Relativierung (CHK-Sutter-Somm/Seiler, ZPO 57 N 6; BK ZPO I-Hurni, Art. 57 N 21 und N 39 ff.; Glasl, DIKE-Komm-ZPO, Art. 57 N 22). In diesem Rahmen ist auf die Parteivorbringen einzugehen, soweit dies für die Entscheidungsfindung erforderlich ist (BGE 134 I 83 E. 4.1 S. 88 m.w.Hinw.; BGE 141 III 28 E. 3.2.4 S. 41; BGE 143 III 65 E. 5.2 S. 70 f.).

III. Unbezahlte Forderungsklage

1. Rechtliches

Nach der Dispositionsmaxime darf das Gericht nicht mehr oder nichts anderes zusprechen, als was mit dem Rechtsbegehren verlangt wird (Art. 58 Abs. 1 ZPO). Daraus ergibt sich grundsätzlich das Erfordernis eines bestimmten Rechtsbegehrens gemäss Art. 84 Abs. 1 ZPO, wobei bei Geldforderungen der Betrag gemäss Art. 84 Abs. 2 ZPO zu beziffern ist. In Art. 85 ZPO ist die Abweichung vom Grundsatz zur Bezifferung der Forderungsklage enthalten. Art. 85 ZPO ermöglicht der klagenden Partei, eine zu Beginn des Prozesses unbezahlte Forderungsklage zu erheben, die sie erst nach dem Beweisverfahren zu beziffern hat – damit liegt eine nachträglich zu beziffernde Forderungsklage aufgrund des Beweisergebnisses vor (BSK ZPO-Dorschner, Art. 85 N 1 f.).

Der Hinweis in Art. 85 Abs. 2 ZPO auf das Beweisverfahren spricht dafür, von der klagenden Partei nicht zu verlangen, sich vor Prozesseinleitung mit einer vorsorglichen Beweisaufnahme, bzw. einer vorsorglichen Expertise, die notwendigen – fehlenden – Angaben zu verschaffen, und es kann von ihr auch nicht verlangt werden, aus Angst vor den Kostenfolgen mit einer Teilklage nur einen Teil der Gesamtforderung einzuklagen. Es sprechen durchwegs auch Argumente der Prozessökonomie dafür, der klagenden Partei nicht zuzumuten, einen ersten Prozess auf Rechnungslegung oder Auskunftserteilung zu durchschreiten und erst anschliessend mit der (Leistungs-)Klage ihren bezifferten Hauptanspruch durchzusetzen (BSK ZPO-Dorschner, Art. 85 N 8). Die klagende Partei hat immerhin einen Mindestwert als vorläufigen Streitwert anzugeben, da die sachliche Zuständigkeit sich ansonsten überhaupt nicht bestimmen lässt. Bei der nachträglichen Bezifferung handelt es sich nur um eine Präzisierung des Rechtsbegehrens und nicht um eine Klageänderung, da erst jetzt der genaue Umfang des Streitgegenstandes feststeht (BSK ZPO-Dorschner, Art. 85 N 9).

Die nachträglich zu beziffernde Forderungsklage aufgrund des Beweisergebnisses basiert auf einem Informationsdefizit der klagenden Partei, das sie mit einem formellen Beweisantrag zu beseitigen versucht. Voraussetzung dafür, dass eine Forderungsklage nicht bereits zum Prozessbeginn zu beziffern ist, liegt bei Unmöglichkeit der Bezifferung vor, weil erst (und nur) das Beweisverfahren der klagenden Partei die Grundlage für die Berechnung der Forderung liefert (BSK ZPO-Dorschner, Art. 85 N 19). Die temporäre Befreiung von der Bezifferung der Forderung bedeutet keine Befreiung von der Behauptungs- und Substantiierungslast – die klagende Partei ist gehalten, die Tatsachen als Anhaltspunkt für die Entstehung und Höhe ihres Anspruchs anzugeben und die Beweise, mit denen die Unmöglichkeit und Unzumutbarkeit beseitigt werden soll, anzubieten. Ebenso hat die klagende Partei aufzuzeigen, "dass und inwieweit eine Bezifferung unmöglich oder unzumutbar ist" (BSK ZPO-Dorschner, Art. 85 N 21 mit Hinweis auf BGE 140 III 409 E. 4.3.2 und 4.4).

Gemäss BGE 148 III 322 hat die klagende Partei, die sich auf eine Ausnahme von der Pflicht zur Bezifferung einer Klage auf Bezahlung eines Geldbetrages beruft,

bereits in der Klageschrift hinreichend aufzuzeigen, dass die Bedingungen nach Art. 85 Abs. 1 ZPO für eine unbezifferte Forderungsklage erfüllt sind (E. 2 und 3).

2. Rügen der Beklagten

2.1. Die Beklagte macht berufungsweise geltend, die Vorinstanz sei auf die unbezifferte Forderungsklage eingetreten und habe sich in pauschaler Weise auf einen obergerichtlichen Entscheid (*OGer ZH NP170024 vom 21. Februar 2018, E. 3.5*) gestützt, wobei dieser Entscheid ohne wesentliche Bedeutung in der Rechtsprechung und zudem nicht einschlägig sei. Gemäss diesem Entscheid sei eine unbezifferte Forderungsklage in aufwendigen Bauprozessen im Sinne einer angeblichen Praxis des Obergerichts dann generell möglich, wenn vom Kläger gleichzeitig mit der Klageeinreichung ein Antrag auf Einholung eines gerichtlichen Gutachtens gestellt werde (Urk. 1 S. 6 Ziff. 13). Würde der Vorinstanz gefolgt und dem besagten Entscheid des Obergerichts eine dermassen wichtige Bedeutung zukommen, würde dies für die Baubranche und die in diesem Zusammenhang zu führenden Prozesse eine Bedeutung haben, welche mit der sonstigen Rechtsprechung des Ober- und des Bundesgerichts nicht zu vereinbaren wäre, zumal es damit faktisch in jedem Bauprozess, in welchem es um Forderungen gehe, die aus behaupteten Mängeln an Werken abgeleitet würden, ohne jegliche Substantiierung sowie ohne die Erfüllung der übrigen – notabene restriktiv gehandhabten – Voraussetzungen möglich würde, eine unbezifferte Forderungsklage einzureichen und diese anschliessend durch den Beizug eines Gutachters nachträglich substantiieren und beziffern zu lassen. Es sei geradezu offensichtlich, dass dies nicht der Fall sein könne und wohl auch nicht die Absicht des Obergerichts in seinem obiter dictum gewesen sei, zumal das Urteil ansonsten in Lehre und Rechtsprechung mit Sicherheit hohe Wellen geschlagen hätte, was allerdings nachweislich nicht der Fall gewesen sei, weil darauf nirgendwo sonst verwiesen worden sei (Urk. 1 S. 6 Ziff. 14).

Im von der Vorinstanz zitierten Entscheid erwog die hiesige Kammer zusammenfassend, dass sich gerade in Bauprozessen hochtechnische Fragen stellen könnten, zu deren Beantwortung nur eine sachverständige Person berufen sei. Erst wenn deren Gutachten vorliege, sei die abschliessende Substantiierung und Be-

zifferung der Klage zumutbar (*OGer ZH NP170024 vom 21. Februar 2018, E. 3.5.*). Es geht somit um die Beantwortung von hochtechnischen Fragestellungen, die nur durch einen Spezialisten, d.h. einen Gutachter beantwortet werden können, was nicht bei jedem Bauprozess der Fall sein wird. In der Konstellation des genannten Entscheides sind die Erwägungen der hiesigen Kammer richtig. Ob und inwieweit sie es vorliegend auch sind, ist im Folgenden zu prüfen. Unerheblich ist, ob es sich dabei um einen Leitentscheid handelt. Die Rüge der Beklagten ist unbehelflich.

2.2. Die Beklagte macht geltend, dass die unbezifferte Forderungsklage des Klägers sich aus mehreren Gründen nicht mit dem von der Vorinstanz zitierten Obergerichtsentscheid vergleichen lasse (Urk. 1 S. 7 Ziff. 15). So hätten die Parteien im zitierten Obergerichtsentscheid offenbar in ihrem Hauptbegehren bereits einen Mindestbetrag (und damit gleichzeitig einen Mindeststreitwert) angegeben, was der Kläger im vorliegenden Fall nachweislich unterlassen habe, was im vorinstanzlichen Verfahren auch entsprechend gerügt worden sei. Die Nennung eines Mindestbetrages sei allerdings eine der zwingend zu erfüllenden Voraussetzungen einer unbezifferten Forderungsklage, welche vorliegend nachweislich fehle (Urk. 1 S. 7 Ziff. 16 und S. 8 f. Ziff. 21 ff.).

Entgegen der Behauptung der Beklagten hat der Kläger in der Klagebegründung die Kosten für die Sanierung der Lüftungstechnik des Schwimmbades bzw. die Kosten der Instandsetzung mit ungefähr Fr. 150'000.- angegeben, wobei er festhielt, dass der genaue Betrag durch einen gerichtlichen Gutachter festzusetzen sei (Urk. 6/2 S. 16 Rz 45). Der Mindestwert ist somit angegeben ("ungefähr CHF 50'000.00"). Soweit in Fällen der vorliegenden Art, in denen weder die Zuständigkeit noch die Verfahrensart vom Wert des (noch) nicht bezifferten Klagebegehrens abhängen, überhaupt ein Mindestwert genannt werden muss (Frage offengelassen in BGer 4A_587/2021 vom 30. August 2022, E. 10.5), ist sodann nicht zwingend erforderlich, dass derselbe im Rechtsbegehren selbst aufgeführt wird, wenn er sich (wie hier) sonst aus der Klageschrift ergibt (vgl. BGer 4A_587/2021 vom 30. August 2022, E. 10.4 und 10.5; Zogg/Angstmann, OFK-ZPO, ZPO 85 N 7).

2.3. Die Beklagte behauptet weiter, im zitierten Obergerichtsentcheid hätten die dortigen Kläger offenbar ausdrücklich den prozessualen Antrag auf die Einholung eines Gutachtens gestellt (Antrag 4), was der Kläger im vorliegenden Fall wiederum komplett unterlassen habe; auch aus der Formulierung der Anträge 2 und 3 könne schlichtweg kein solches Rechtsbegehren herausinterpretiert werden. Ein solcher Antrag wäre allerdings selbst gemäss dem strittigen Obergerichtsentcheid zwingend erforderlich gewesen (Urk. 1 S. 7 Ziff. 17). Gemäss handelsgerichtlicher Rechtsprechung sei bei einer unbezifferten Forderungsklage der Antrag auf die Edition von Urkunden, auf die Durchführung von Zeugeneinvernahmen oder – wie vorliegend einschlägig – die Einholung eines Gutachtens zu stellen (Entscheid des Handelsgerichts Zürich vom 22. März 2018, HG150195, E. 3.2; Urk. 1 S. 10 f. Ziff. 25 ff.).

Sowohl im Rechtsbegehren Ziffer 2 als auch in der Klagebegründung verlangte der Kläger ausdrücklich, dass die Kosten für die Ersatzvornahme bzw. Mangelbhebung von einem Gerichtsexperten festzusetzen seien (Urk. 6/2 S. 2 und S. 31 Rz 100). Dass dafür vorgängig eine Expertise einzuholen ist, versteht sich von selbst.

Unter dem Titel "Mangelhafte Bauleitung im Bereich Entwässerung und Lüftungstechnik Schwimmbad" machte der Kläger zudem diverse Ausführungen und offerierte neben Urkunden und Zeugenbefragungen auch eine Gerichtsexpertise als Beweis (Urk. 6/2 S. 12 ff. Rz 33 ff.). Die explizite Beantragung eines Gutachtens hat sich mit der Nennung dieses Beweismittels erübrigt, weshalb die Rüge der Beklagten unberechtigt ist. Lediglich ergänzend ist anzufügen, dass sich im von der Beklagten angegebenen Entscheid des Handelsgerichtes (*HG ZH HG150195 vom 22. März 2018, E. 3.2*) an der zitierten Stelle keine Ausführungen zu der von ihr behaupteten Thematik finden lassen.

2.4. Die Beklagte führt weiter aus, dass die Kläger gemäss dem zitierten Obergerichtsentcheid ganz offensichtlich und detailliert ausgeführt hätten, inwiefern es ihnen ohne die Einholung eines Gutachtens unmöglich oder unzumutbar sei, ihre Forderung zu beziffern. Solche Ausführungen fehlten in der Rechtsschrift des Klägers vollständig, was im vorinstanzlichen Verfahren von Beginn weg bemän-

gelt und gerügt worden sei; selbst die Vorinstanz gehe davon aus, dass die Begründung äusserst knapp ausfalle (Urk. 1 S. 8 Ziff. 18 und S. 12 Ziff. 32 ff.).

Der Kläger hat im Rechtsbegehren Ziffer 2 seiner Klageschrift beantragt, die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger einen vom Gerichtsexperten festzusetzenden Betrag zu bezahlen als Bevorschussung der Kosten für die Ersatzvornahme zur Behebung der von der Beklagten verursachten Mängel an der Entwässerung und Lüftungstechnik des Schwimmbads im Haupthaus der Überbauung "E. _____" am F. _____-rain ... in G. _____ gemäss Ziff. 33-50 der Klageschrift (Urk. 6/2 S. 2). Im Rahmen seiner Klagebegründung führte der Kläger aus, hinsichtlich der mangelhaften Planung der Entwässerung und Lüftungstechnik des Schwimmbads klagt er seinen Anspruch auf Bevorschussung der Kosten für die Behebung der von der Beklagten verursachten Mängel ein. Die ungefähren Kosten der Mängelbehebung seien gemäss Kostenzusammenstellung des Experten bekannt (Urk. 6/2 S. 31 Rz 99 f.).

Bezüglich der geltend gemachten Mängel verlangt der Kläger im Sinne des von ihm Ausgeführten die Einholung einer gerichtlichen Expertise und hielt fest, dass die Mängel und die Kosten für deren Behebung vom gerichtlichen Experten festzustellen seien. Zentrales Beweismittel bildet gemäss der Klage ein gerichtliches Gutachten. Es geht um hochtechnische Fragestellungen, die von der Beklagten bestrittene Mängel, deren Behebung und die dafür notwendigen Kosten betreffen. Da dem Gericht der dafür erforderliche Sachverstand abgehen dürfte, ist die Einholung eines gerichtlichen Gutachtens gemäss Art. 183 ff. ZPO wohl unumgänglich. Es müsste zudem die sachverständige Person mit den erforderlichen Abklärungen betraut werden (Art. 186 ZPO).

Der Kläger hat sich in seiner Klageschrift zu den von ihm geltend gemachten Schäden nicht nur auf ein gerichtliches Gutachten, sondern auch auf den Expertenbericht der H. _____ AG vom 24. Februar 2020 (Urk. 6/5/17) und insbesondere auf einen Massnahmekatalog samt Kostenschätzung Mängelbehebung der I. _____ AG vom 17. Juni 2020 (Urk. 6/5/23) berufen. Damit soll gemäss der Darstellung in der Klageschrift nachgewiesen werden, wie hoch der Schaden bzw. die Kosten für eine Sanierung des Zuluftkanals und der gesamten Lüftungstechnik im

Schwimmbadbereich der Überbauung "E._____" vorläufig zu schätzen ist (Urk. 6/2 S. 13 Rz 36 und S. 16 Rz 45). Wenn der Kläger dazu ausführt, dass diese Kostenzusammenstellung als Parteigutachten zu gelten hat, so ist dies zutreffend. Gemäss konstanter Rechtsprechung des Bundesgerichts zur ZPO ist das Parteigutachten kein Beweismittel (BSK ZPO-Dolge, Art. 183 N 17 mit Hinweis auf BGE 141 III 433, 437 f. E. 2.5.3 und 2.6 und weiteren Hinweisen). Weil der Expertenbericht, der Massnahmekatalog und die Kostenschätzung für die Mängelbehebung als blosse Parteigutachten gelten, war es für den Kläger auch nicht möglich oder zumutbar, sein diesbezügliches Rechtsbegehren bereits zu Beginn des Prozesses, d.h. in der Klagebegründung genau zu beziffern, was er in seiner Klageschrift zureichend geltend gemacht hat.

2.5. Zu beachten ist auch, dass es als zulässig erachtet wird, dass das Gericht die Höhe der mutmasslichen Ersatzvornahmekosten in analoger Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR schätzt, wenn die im Prozess vorgetragenen Behauptungen und offerierten Beweise dazu genügen (Brändli, Die Nachbesserung im Werkvertrag, 2007, N 917; Niquille-Eberle, Probleme rund um die Ersatzvornahme, insbesondere die Bevorschussung der Kosten, in: Koller [Hrsg.], Neue und alte Fragen zum privaten Baurecht, 2004, S. 85 f., N 39 ff.). Im Vorschussprozess wird definitiv nur über die Höhe des Vorschusses, nicht aber bezüglich der Höhe der tatsächlichen Kosten, die in diesem Zeitpunkt noch gar nicht aufgelaufen sind und für die am Ende Ersatz geschuldet wird, entschieden, woran auch nichts ändert, wenn die Abschätzung der mutmasslichen Kosten nicht auf blossen Offerten etc., sondern auf Gutachten beruht (BGE 141 III 257 E. 3.3 S. 260). Bei der reinen Ermessensklage nach Art. 42 Abs. 2 OR ist die klagende Partei aber ebenfalls davon befreit, die Forderung jedenfalls anfänglich beziffern, und das Gericht hat von Amtes wegen ermessensweise den richtigen Betrag zuzusprechen. Bei der Ersatzvornahme wird die Geltendmachung des Vorschusses im Rahmen einer unbezifferten Leistungsklage daher als zulässig erachtet (Niquille-Eberle, a.a.O., S. 91 N 49). Ob der Kläger im Vorfeld Offerten, Kostenschätzungen oder Parteigutachten einholt, die dem Gericht eine zuverlässige Schätzung erlauben sollen, oder ob eine gerichtliche Expertise beantragt und eingeholt wird, um die "voraus-

sichtlichen Kosten" zu ermitteln (Niquille, a.a.O., S. 88 N 43), kann nicht entscheidend sein.

3. Fazit

3.1. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Voraussetzungen für eine unbezifferte Forderungsklage vom Kläger genügend aufgezeigt wurden und diese zudem erfüllt sind. Die Ausführungen der Vorinstanz erweisen sich damit als zutreffend.

3.2. Entgegen der Gehörsverweigerungsrüge der Beklagten, wonach die Vorinstanz sich nicht mit ihren übrigen Vorbringen befasst habe (u.a. fehlende Begründung der Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit, fehlender Mindestreitwert in Ziff. 5 ff. der Klage [recte: Klageantwort] und Ziff. 8 ff. der Duplik) und damit die Begründungspflicht verletzt habe (Urk. 1 S. 8 Rz 20), hat sich die Vorinstanz zu diesen Voraussetzungen geäußert und diese als erfüllt erachtet (Urk. 2 S. 9 f.).

3.3. Auf den Eventualantrag betreffend die Abschreibung des Verfahrens hinsichtlich der Rechtsbegehren 1 (Fr. 46'500.-), 3 und 4 infolge Klagerückzugs (Urk. 1 S. 2 Berufungsantrag 3) ist nicht weiter einzugehen. Die Abschreibung ist der Vorinstanz vorbehalten und bildet, da sie bislang noch nicht erfolgte, nicht Gegenstand des angefochtenen Entscheids, welcher sich auf die Frage der Zulässigkeit der unbezifferten Forderungsklage (Rechtsbegehren 2 gemäss Replik) beschränkt (vgl. Urk. 2 S. 6 E. 2.2).

3.4. Die Berufung ist daher abzuweisen und der Beschluss des Bezirksgerichts Meilen vom 9. Januar 2024 ist zu bestätigen (Art. 318 Abs. 1 lit. a ZPO).

IV.Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Erstinstanzliche Prozesskosten

Ausgangsgemäss ist die erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsregelung, wonach diese dem Endentscheid vorbehalten wird, zu bestätigen (Art. 104 Abs. 1 ZPO).

2. Zweitinstanzliche Prozesskosten

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Beklagte kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren ist bei einem Streitwert für die unbezifferte Forderungsklage von mindestens Fr. 150'000.- auf Fr. 7'200.- festzusetzen (§ 4 Abs. 1 und 2 sowie § 9 Abs. 2 in Verbindung mit § 12 Abs. 1 und 2 der GebV OG), der Beklagten aufzuerlegen und mit ihrem Kostenvorschuss zu verrechnen (Art. 111 Abs. 1 ZPO). Parteientschädigungen sind nicht zuzusprechen, der Beklagten zufolge ihres Unterliegens und dem Kläger mangels Aufwendungen.

Es wird beschlossen:

1. Die Berufung wird abgewiesen und der Beschluss des Bezirksgerichts Meilen vom 9. Januar 2024 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 7'200.- festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Beklagten auferlegt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
4. Für das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Kläger sowie die Nebeninteressentinnen und Verfahrensbeteiligten unter Beilage je eines Doppels von Urk. 1, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

6. Eine **Beschwerde** gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert **30 Tagen** von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen 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 liegt über Fr. 170'000.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 26. April 2024

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

Dr. M. Nietlispach

versandt am:
jo