

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: NP180019-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende,
Oberrichter Dr. H.A. Müller und Oberrichterin Ch. von Moos Würgler
sowie Gerichtsschreiber lic. iur. F. Rieke

Beschluss vom 18. Juli 2018

in Sachen

A. _____,

Klägerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____,

gegen

B. _____,

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____,

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am
Bezirksgericht Meilen vom 4. Mai 2018 (FV160063-G)**

Rechtsbegehren (Urk. 14 S. 2):

- "1. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin CHF 29'617.70 zuzüglich Zinsen von 5 % seit 11. November 2015 auf CHF 25'313.90 und seit dem 16. September 2016 auf CHF 4'303.80 zu bezahlen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (inklusive die Kosten der Klagebewilligung von CHF 525.00 und inklusive Mehrwertsteuerzuschlag von 8 %) zu Lasten der Beklagten."

Urteil des Bezirksgerichts Meilen vom 4. Mai 2018 (Urk. 67 S. 14 f.):

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:
CHF 4'000.00 ; die weiteren Kosten betragen:

CHF	375.00	Dolmetscherkosten
CHF	4'375.00	Kosten total
3. Die Kosten werden der Klägerin auferlegt und - soweit ausreichend - aus dem von ihr geleisteten Vorschuss bezogen.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von CHF 6'600.- (Mehrwertsteuer eingeschlossen) zu bezahlen.
5. [Schriftliche Mitteilung]
6. [Rechtsmittelbelehrung: Berufung, Frist 30 Tage, bzw. Beschwerde gegen die Regelung der Kosten und Entschädigungsfolgen, Frist 30 Tage]

Berufungsanträge (Urk. 66 S. 2):

- "1. Es sei das Urteil des Bezirksgerichts Meilen vom 4. Mai 2018 (Geschäfts-Nr. FV160063-G/U/Sz-Hk/kg-ha) vollumfänglich aufzuheben und zur Neuurteilung und zur Durchführung der Beweisabnahme an die Vorinstanz zurückzuweisen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (inklusive Mehrwertsteuerzusatz von 7.7 %) zulasten der Beklagten."

Erwägungen:

1. a) Die Parteien sind Eigentümerinnen von zwei, durch einen öffentlichen Treppenweg getrennten, Nachbargrundstücken in C._____. Die Klägerin macht geltend, der von der Beklagten auf deren Grundstück erstellte Neubau eines Einfamilienhauses, insbesondere die damit verbundenen Grabarbeiten, hätten auf dem Vorplatz ihrer Liegenschaft Senkungen und Risse verursacht. Die Beklagte bestreitet, dass ihre Bauarbeiten zu Schäden auf dem Grundstück der Klägerin geführt hätten, ansonsten auch der Fussweg zwischen den Liegenschaften hätte Schäden aufweisen müssen; allfällige festzustellende Setzungen und Risse seien die schlichte Folge eines bereits seit langer Zeit zu Setzungen neigenden Vorplatzes, auf dem bereits früher (Reparatur)-Arbeiten ausgeführt worden seien (Urk. 67 S. 2).

b) Am 23. Dezember 2016 reichte die Klägerin beim Bezirksgericht Meilen (Vorinstanz) gegen die Beklagte eine Klage auf Zahlung von Fr. 11'800.-- nebst Kosten ein (Urk. 2; samt Klagebewilligung vom 16. September 2016, Urk. 1). Am 8. März 2017 erstattete die Klägerin die schriftliche Klagebegründung (Urk. 14), in welcher sie die Klage auf Zahlung von Fr. 29'617.70 nebst Zinsen und Kosten erweiterte (Urk. 14 S. 2; Rechtsbegehren eingangs wiedergegeben). Am 29. Mai 2017 erstattete die Beklagte die schriftliche Klageantwort, mit dem Antrag auf kostenfällige Abweisung der Klage (Urk. 23 S. 2). Am 2. Oktober 2017 fand die Hauptverhandlung mit mündlicher Replik und Duplik sowie einer mündlichen Novenstellungnahme der Klägerin statt (Urk. 31, 34 und 37). Die schriftliche Novenstellungnahme der Beklagten datiert vom 9. Januar 2018 (Urk. 44). Zu dieser nahm die Klägerin am 5. Februar 2018 Stellung (Urk. 50). Die Beklagte reichte am 23. Februar 2018 eine weitere Stellungnahme ein (Urk. 58), welche der Klägerin zugestellt wurde (Urk. 59 und 60). Am 4. Mai 2018 wies die Vorinstanz die Klage ab (Urk. 61 = Urk. 67; Entscheiddispositiv eingangs wiedergegeben).

c) Gegen dieses ihr am 23. Mai 2018 zugestellte Urteil hat die Klägerin am 22. Juni 2018 fristgerecht Berufung erhoben und die eingangs aufgeführten Berufungsanträge gestellt (Urk. 66 S. 2).

d) Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen. Am 11. Juli 2018 leistete die Klägerin fristgerecht den von ihr geforderten Vorschuss von Fr. 4'000.-- für die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens (Urk. 72 und 73). Da sich die Berufung sogleich als unbegründet bzw. unzulässig erweist, kann auf die Einholung einer Berufungsantwort verzichtet werden (vgl. Art. 312 Abs. 1 ZPO).

2. a) Die Vorinstanz erwog im Wesentlichen, dass die Klägerin den Zustand des Vorplatzes vor den Bauarbeiten der Beklagten nicht ausreichend substantiiert habe, womit der effektive Schaden der Klägerin nicht ermittelt werden könne. Weiter seien auch ihre Vorbringen zum vorliegenden eingeklagten effektiven Schadensbild ungenügend und unklar. Dies führe zur Abweisung der Klage in Bezug auf den geltend gemachten Schadenersatz von Fr. 22'997.30 (Urk. 67 S. 4-11). Nachdem die Schadenersatzklage abzuweisen sei, entfalle auch eine Anspruchsgrundlage für die zu deren Durchsetzung geltend gemachten Kosten

von Fr. 2'316.60 für eine Expertise und einen amtlichen Befund (Urk. 67 S. 11). Auch die geltend gemachten vorprozessualen Anwaltskosten von Fr. 4'303.80 seien nicht zu entschädigen, da diese von der Parteientschädigung gedeckt seien und zufolge der Klageabweisung im Hauptpunkt ohnehin nicht ersatzpflichtig wären (Urk. 67 S. 12-14).

b) Die Klägerin stellt, wie erwähnt, den Berufungsantrag, das vorinstanzliche Urteil aufzuheben und das Verfahren zur Neuurteilung und zur Durchführung einer Beweisabnahme an die Vorinstanz zurückzuweisen (Urk. 66 S. 2). Sie macht in ihrer Berufung zusammengefasst geltend, die Voraussetzungen für eine Schadenersatzpflicht gestützt auf Art. 685 ZGB seien erfüllt: Auf dem Grundstück der Beklagten seien umfangreiche und massive Bauarbeiten erfolgt. Nur diese könnten die erfolgten erheblichen Senkungen und Rissbildungen am Grundstück der Klägerin verursacht haben; andere Ursachen seien ausgeschlossen. Indem die Vorinstanz ihr (der Klägerin) vorwerfe, den Vorzustand nicht genügend substantiiert zu haben, wende sie Art. 8 ZGB unrichtig an, denn es sei Sache der Beklagten, einen allfälligen Mehrwert durch die Sanierung und damit auch den Vorzustand zu behaupten und zu beweisen. Entgegen der Vorinstanz sei sie (die Klägerin) ihrer Substantiierungspflicht mehr als ausreichend nachgekommen; sie habe alle Voraussetzungen, welche zum Schaden geführt hätten, genannt und detailliert beschrieben sowie auch den Schaden konkret beziffert, sodass ohne weiteres hätte Beweis abgenommen werden können. Die Beklagte habe denn aufgrund der klägerischen Behauptungen auch substantiiert bestreiten können. Ob die Behauptung des Schadens tatsächlich zutreffe, ergebe sich dann aus der offerierten Expertise. Die Vorinstanz habe in Verletzung von Art. 8 ZGB und Art. 29 Abs. 2 BV überhöhte Anforderungen an die Substantiierung gestellt, insbesondere Detail-Substantiierungen verlangt, für welche die Klägerin das Fachwissen gar nicht besitze. In Verletzung von Art. 152 Abs. 1 ZPO habe die Vorinstanz keine Beweisverhandlung durchgeführt und keine Beweise abgenommen. Entgegen der Vorinstanz seien auch die Noven in der Stellungnahme vom 5. Februar 2018 zu hören, weil es sich um echte Noven handle. Auch seit dem angefochtenen Urteil habe sich der Schaden weiter vergrössert, was ebenso ein echtes Novum sei. Sie (die Klägerin) verlange eine Rückweisung an die Vo-

rinstanz und die Durchführung eines Beweisverfahrens. Im Rahmen dieses Verfahrens wolle sie aufgrund des neu festgestellten grösseren Schadens eine Klageänderung geltend machen; dies sei aufgrund des sachlichen Zusammenhangs und der gleichen Verfahrensart zulässig (Urk. 66 S.16-29).

c) Aus Berufungsantrag und Berufungsbegründung ergibt sich, dass die Klägerin mit ihrer Berufung einzig erreichen will, dass die Sache an die Vorinstanz zurückgewiesen wird, damit diese dann ein Beweisverfahren durchführe.

Die Berufung ist ein reformatorisches und vollständiges Rechtsmittel. Im Berufungsverfahren sind daher in aller Regel bestimmte Rechtsbegehren in der Sache zu stellen, und zwar so, dass diese Anträge zum Dispositiv des zweitinstanzlichen Urteils erhoben werden könnten. Auf Berufung hin bestätigt die Berufungsinstanz das angefochtene Urteil oder entscheidet neu; eine Rückweisung hat die Ausnahme zu bleiben (BGE 137 III 617 E. 4.3; ZK-REETZ/THEILER, Art. 311 ZPO N 34; BK-STERCHI, Art. 311 ZPO, N 14 f.; DIKE-HUNGERBÜHLER/BUCHER, Art. 311 ZPO N 16; ZPO-Rechtsmittel-KUNZ, Art. 311 ZPO N 60; SEILER, Die Berufung nach ZPO, Rz 875 ff.). Ein blosser Rückweisungsantrag vermag insbesondere auch dann nicht zu genügen, wenn ein fehlendes oder unzureichendes Beweisverfahren gerügt wird, denn es hängt vom Ermessen der Berufungsinstanz ab, ob ein solcher Verfahrensmangel zur Rückweisung führt oder nicht (vgl. Art. 316 Abs. 3 und Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 2 ZPO). Nur in Ausnahmefällen, nämlich wenn ein Entscheid in der Sache von vornherein nicht möglich ist, vermag ein blosser Rückweisungsantrag zu genügen. Das trifft etwa dann zu, wenn ein erstinstanzlicher Nichteintretensentscheid angefochten wird, der ergangen ist, ohne dass zuvor ein ordnungsgemässes Verfahren durchgeführt worden wäre (DIKE-HUNGERBÜHLER/BUCHER, Art. 311 ZPO N 20 f.).

Im vorliegenden Fall hat die Klägerin keinen materiellrechtlichen Antrag gestellt, sondern verlangt mit der Berufung ausschliesslich die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zwecks Durchführung eines Beweisverfahrens. Ein solcher Berufungsantrag genügt nach dem Gesagten den gesetzlichen Anforderungen an den Berufungsantrag nicht, wurde doch das erstinstanzliche Verfahren ordnungsgemäss durchgeführt. Ob ein Beweisverfahren notwendig war oder nicht, hängt

indessen von der materiellrechtlichen Beurteilung der Streitsache ab. Eine solche Beurteilung ist angesichts des auf blosser Rückweisung gerichteten Berufungsantrages nicht möglich. Die Klägerin übergeht mit ihrem Antrag namentlich auch den Umstand, dass die Berufungsinstanz auch bei fehlendem oder unvollständigem Beweisverfahren keineswegs verpflichtet ist, die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen, sondern gemäss Art. 316 Abs. 3 ZPO ein notwendiges Beweisverfahren selber durchführen könnte. Da ihr Berufungsantrag lediglich prozessualer Art ist, genügt er nicht und es ist auf die Berufung ohne weiteres nicht einzutreten.

3. a) Für das Berufungsverfahren beträgt der Streitwert Fr. 29'617.20 (Urk. 66 S. 29). Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist in Anwendung von § 4 Abs. 1, § 10 Abs. 1 und § 12 GebV OG auf Fr. 2'000.-- festzusetzen.

b) Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens sind ausgangsgemäss der Klägerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

c) Für das Berufungsverfahren sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen, der Klägerin zufolge ihres Unterliegens, der Beklagten mangels relevanter Umtriebe (Art. 95 Abs. 3, Art. 106 Abs. 1 ZPO).

Es wird beschlossen:

1. Auf die Berufung wird nicht eingetreten.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'000.-- festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens werden der Klägerin auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet.
4. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte unter Beilage der Doppel von Urk. 66, 69 und 70/3-4, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Die vorinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist 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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 29'613.90.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 18. Juli 2018

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. F. Rieke

versandt am:
sf