

Bezirksgericht Zürich

10. Abteilung



Geschäfts-Nr. CG160096-L/U

Mitwirkend: Bezirksrichter lic. iur. R. Harris als Vorsitzender, Ersatzrichter lic. iur. K. Peter, Bezirksrichter lic. iur. P. Dienst, sowie Gerichtsschreiber MLaw A. Geml

Beschluss vom 12. Februar 2019

in Sachen

Stockwerkeigentümergeinschaft A.____,

Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. W.____

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X.____

sowie

B.____ AG,

Streitberufene Nebenintervenientin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur., LL.M. Y.____

gegen

C.____ AG (vormals D.____ AG),

Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt PD Dr. iur. Z.____

betreffend **Forderung**

Rechtsbegehren:

(act. 2 S. 3; act. 67 S. 2)

- "1. Es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerschaft die Kosten der Ersatzvornahme für die Behebung der gerügten Mängel betr. Unzulänglichkeiten der verputzten Aussenwärmedämmung der Bauwerke im A.____ [Adresse] zu bezahlen und hierfür einen Vorschuss in der Höhe der durch ein gerichtliches Gutachten festzustellenden mutmasslichen Kosten zu bezahlen, mindestens CHF 1'000'000.--, zuzüglich 5% Zins seit 28.05.2014, und ferner die vorprozessualen Parteikosten von gesamthaft CHF 17'024.35 zuzüglich 5% Zins auf CHF 1'705.65 seit 30.04.2013, auf CHF 556.30 [recte 556.20] seit 30.04.2013, auf CHF 3'300.10 seit 09.07.2013, auf CHF 2'113.55 seit 31.07.2013, auf CHF 333.70 seit 03.09.2013, auf CHF 148.35 seit 24.09.2013, auf CHF 370.80 seit 22.10.2013, auf CHF 2'9562.55 [recte 2'952.55] seit 26.11.2013, auf CHF 4'254.95 seit 08.01.2014 und auf CHF 1'288.50 seit 28.01.2014 zu bezahlen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten zzgl. MWST."

Erwägungen:

1. Prozessverlauf

Am 22. Januar 2015 ging die Klage mit obigem Rechtsbegehren zusammen mit der Klagebewilligung des Friedensrichteramts der Kreise 7 + 8 beim hiesigen Gericht ein (act. 1; act. 2; damalige Verfahrensnr. CG150011). Mit Beschluss vom 5. März 2015 wurde ein Kostenvorschuss von Fr. 30'750.– erhoben, der fristgerecht einging (act. 7; act. 9). Mit Eingabe vom 21. April 2015 stellte die Beklagte die sachliche Zuständigkeit des hiesigen Gerichts in Abrede und beantragte, auf die Klage sei nicht einzutreten (act. 10). Mit Beschluss vom 23. Juli 2015 verneinte das hiesige Gericht die sachliche Zuständigkeit und trat auf die Klage nicht ein (act. 15). Gegen diesen Beschluss erhob die klagende Partei Berufung ans Obergericht des Kantons Zürich. Dieses hiess mit Beschluss vom 9. März 2016 die Berufung gut und wies die Sache zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die hiesige Instanz zurück (act. 20). Die Beklagte erhob daraufhin Beschwerde ans Schweizerische Bundesgericht gegen

den Beschluss des Obergerichts. Das Bundesgericht wies die Beschwerde der Beklagten betreffend sachliche Zuständigkeit mit Urteil vom 5. Oktober 2016 ab (BGer 4A_242/2016), korrigierte indes die Parteibezeichnung entgegen dem Beschluss des Obergerichts vom 9. März 2016 (act. 22; vgl. dazu Ziff. 4 nachfolgend). In der Folge wurde das Verfahren unter der Verfahrensnummer CG160096 am hiesigen Gericht weitergeführt. Mit Beschluss vom 15. November 2016 wurden die Parteien aufgefordert, zur Frage der Partei- und Prozessfähigkeit der klagenden Partei Stellung zu nehmen. Die Stellungnahme der klagenden Partei datiert vom 5. Dezember 2016 (act. 27). Diejenige der Beklagten datiert vom 15. Dezember 2016 (act. 30). Mit Verfügung vom 13. Januar 2017 wurde von der in der Klage vorgenommenen Streitverkündung (act. 2 S. 3) gegenüber der B.____ AG Vormerk genommen, wobei die B.____ AG aufgefordert wurde zu erklären, ob sie dem Prozess als Nebenintervenientin beitrete. Ferner wurde das Verfahren fortgeführt und der Beklagten Frist zur Klageantwort angesetzt (act. 32). Mit Eingabe vom 24. Februar 2017 erklärte die B.____ AG, dem Prozess als Nebenintervenientin beizutreten, wovon mit Verfügung vom 28. Februar 2017 Vormerk genommen wurde (act. 38; act. 39). Die Klageantwort datiert vom 24. April 2017 (act. 43). Mit Verfügung vom 25. September 2017 wurde ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet und der klagenden Partei Frist zur Replik angesetzt (act. 50). Mit Eingabe vom 27. September 2017 verkündete die klagende Partei nunmehr gegenüber der E.____ AG den Streit (act. 52). Mit Verfügung vom 2. Oktober 2017 wurde davon Vormerk genommen, wobei der E.____ AG Frist angesetzt wurde zu erklären, ob sie dem Prozess als Nebenintervenientin beitrete. Ferner wurde die Frist zur Replik abgenommen (act. 53). Mit Schreiben vom 3. November 2017 erklärte die E.____ AG, dem Prozess nicht als Nebenintervenientin beizutreten (act. 58). In der Folge wurde mit Verfügung vom 7. November 2017 der klagenden Partei erneut Frist zur Replik angesetzt (act. 59). Mit Eingabe vom 24. Februar 2018 reichte die streitberufene B.____ AG eine Stellungnahme ein, die den Parteien zugestellt wurde (act. 65; act. 69). Die Replik datiert vom 14. Februar 2018 (act. 67). Mit Verfügung vom 28. Februar 2018 wurde der Beklagten Frist zur Erstattung der Duplik angesetzt (act. 69). Die Duplik datiert vom 6. Juni 2018 (act. 75). Mit Eingaben vom 11. Juli 2018, vom 6. August 2018 und

vom 13. August 2018 haben die Parteien auf die Durchführung einer Hauptverhandlung verzichtet (act. 80; act. 81; act. 84). Mit Verfügung vom 7. August 2018 wurde der klagenden Partei Frist angesetzt, um zu den Dupliknoten Stellung zu nehmen (act. 82). Die Stellungnahme der klagenden Partei datiert vom 1. Oktober 2018 und wurde der Beklagten sowie der Nebenintervenientin zugestellt (act. 87). Die Beklagte entgegnete darauf mit einer Stellungnahme datierend vom 29. Oktober 2018 (act. 91), die der klagenden Partei sowie der Nebenintervenientin zugestellt wurde (act. 93; act. 94). Gleichermassen wurde mit einer ungefragten Stellungnahme der Beklagten vom 18. Dezember 2018 zum Streitwert und zur Prozessentschädigung sowie den weiteren diesbezüglichen Stellungnahmen der Parteien verfahren (act. 95 ff.). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

2. Streitgegenstand

2.1. Totalunternehmervertrag Bauprojekt F._____

Mit Totalunternehmervertrag vom 14. März 2007 bzw. 24. Juli 2007 hat sich die aktuell als C._____ AG firmierende Beklagte (bzw. die G._____ AG als Rechtsvorgängerin der H._____ AG und der D._____ AG; act. 100 f.) gegenüber der E._____ AG (vertreten durch die I._____ AG) für die Planung, schlüsselfertige, betriebs- und bezugsbereite Erstellung und Übergabe des Bauprojekts F._____ in J._____ [Ort] verpflichtet (act. 4/5 Ziff. 1.1). Im Rahmen des Projekts wurden verteilt auf drei Gebäude im Zeitraum 2007 bis 2009 insgesamt 15 luxuriöse und hochpreisige Wohnungen erstellt (act. 67 Rz. 11 f.). Es wurde die SIA-Norm 118 als anwendbar erklärt (act. 4/5 Ziff. 11). Die einzelnen Stockwerkeigentumsanteile wurden von der E._____ AG alsdann an die jeweiligen Stockwerkeigentümer verkauft (beispielhaft Kaufvertrag act. 4/2).

2.2. Abnahme und Schlussprüfung

Der streitgegenständliche Werkteil (Fassade) wurde am 15. September 2009 abgenommen (act. 44/3). Die Schlussprüfung nach Ablauf der zweijährigen Garantiefrist fand am 12. Juli 2011 statt (act. 4/6).

2.3. Streitgegenständliche Fassadenmängel

Die klagende Partei macht hinsichtlich der Fassade am Haus C1, C2 und C3 geltend, die sichtbaren Details der verputzten Aussenwärmedämmung seien mangelhaft ausgeführt worden, was zu einem Feuchtigkeitseintritt an den Fensterzargen (Risse) führe. Zusammengefasst geht es unter anderem um Farb- und Strukturunterschiede in den Fassaden, Risse, unsaubere Anschlüsse sowie um zu geringe Putzstärke (act. 2 Rz. 24 ff.). Eine ausführliche Beschreibung der einzelnen Mängel ist der Replik zu entnehmen (act. 67 Rz. 54 ff.).

2.4. Mangelfolgeschaden

Infolge der mangelhaften Planung und Ausführung der verputzten Aussenwärmedämmung seien sodann vorprozessuale Anwaltskosten im Umfang von Fr. 17'024.35 entstanden, welche als Mangelfolgeschaden geltend gemacht würden (act. 2 Rz. 75 ff.).

2.5. Nachbesserungsanspruch

Die Klägerin macht nun – nebst den vorprozessualen Anwaltskosten – einen Nachbesserungsanspruch geltend (Kosten für die Ersatzvornahme) hinsichtlich der streitgegenständlichen Mängel.

3. Zuständigkeit

Im Totalunternehmervertrag vom 14. März bzw. 24. Juli 2007 (Ziff. 17.8) wurde festgehalten, dass in erster Instanz ausschliesslich das Handelsgericht des Kantons Zürich zuständig sei. Eine vorgängige Vereinbarung über die sachliche Zuständigkeit ist indes unzulässig, wie das Bundesgericht mit Urteil vom 5. Oktober 2016 festgehalten hat (BGer 4A_242/2016 E. 2.4). Das Bezirksgericht ist folglich sachlich zuständig. Die örtliche Zuständigkeit ist aufgrund der Gerichtsstandvereinbarung unbestrittenermassen gegeben.

4. Ungenaue Parteibezeichnung

4.1. Übersicht

4.1.1. Die klagende Partei reichte ihre Klage mit der nachfolgenden Bezeichnung ein:

"Stockwerkeigentümerschaften A.____, J.____ [Ort]

K.____

L.____

M.____ und N.____

O.____

P.____

Q.____

R.____

S.____

T.____ und U.____

V.____ und AA.____

AB.____ und AC.____

AD.____

AE.____

Klägerschaft"

Entsprechend lautete auch die Parteibezeichnung auf der Klagebewilligung (act. 1; act. 2). Diese gewählte Bezeichnung erwies sich insoweit als missverständlich, als daraus nicht eindeutig hervorging, ob die einzelnen aufgeführten Stockwerkeigentümer oder die Stockwerkeigentümergeinschaft als klagende Partei(en) angesehen werden musste.

4.1.2. Das hiesige Gericht führte das Rubrum fortan unter der Bezeichnung "Stockwerkeigentümergeinschaft A.____" und ging damit implizit davon aus, dass nicht die einzelnen Stockwerkeigentümer, sondern nur die beschränkt partei- und prozessfähige Stockwerkeigentümergeinschaft klagende Partei sei (vgl. etwa act. 7).

4.1.3. Das Obergericht hat sich in seinem Urteil vom 9. März 2016 neben der sachlichen Zuständigkeit auch mit der Parteibezeichnung der klagenden Partei befasst. Die Beklagte wendete vor dem obergerichtlichen Verfahren ein, dass sich die Klagebewilligung nicht auf die einzelnen Stockwerkeigentümer, sondern auf die Stockwerkeigentümergeinschaft beziehe (act. 20 E. 3.1 S. 15). Dieser Argumentation ist das Obergericht nicht gefolgt, unter anderem, da die klagende Partei in ihrer Klagebegründung ausführen liess (act. 2 Rz. 2 S. 5):

"Die Aktivlegitimation der Klägerschaft ergibt sich aus den Kaufverträgen zwischen der E.____ AG und den einzelnen Stockwerkeigentümern (vgl. exemplarisch Kaufvertrag vom 13. Juli 2009) bzw. den von der E.____ AG an die Klägerschaft gültig abgetretenen Gewährleistungsansprüchen einerseits und andererseits aus den Versammlungsbeschlüssen vom 26. März 2013 und 27. November 2014, mit welchen die einzelnen Stockwerkeigentümer die AF.____ AG beauftragt haben, die vorliegende Streitsache in Vertretung der Stockwerkeigentümer vor Gericht zu bringen."

4.1.4. Entsprechend änderte das Obergericht die Parteibezeichnung bzw. das Rubrum ab und führte die einzelnen Stockwerkeigentümer nunmehr als Parteien auf. Ferner hielt es fest, die klagende Partei habe mit einer Eingabe ans Obergericht klargestellt, dass im vorliegenden Verfahren die einzelnen Stockwerkeigentümer als Kläger fungieren würden. Dies habe die klagende Partei ebenso im Zusammenhang mit einer an das Handelsgericht eingereichten Klage klargestellt (act. 20 E. 3.2 lit. b und c S. 17).

4.1.5. Mit anderen Worten ging die klagende Partei bei Einreichung ihrer Klage davon aus, dass die einzelnen Stockwerkeigentümer als Kläger auftreten würden. Entsprechend liess sie ausführen (act. 2 Rz. 11 S. 7):

"Diese Gewährleistungsansprüche bzw. allfällige Mängelrechte und Garantiesprüche gegen die Beklagte hat die E.____ AG gem. Vertragstext der jeweils öffentlich beurkundeten Kaufverträgen an die Stockwerkeigentümer abgetreten, weshalb der Umfang der Gewährleistungsansprüche bei allen identisch ist."

Sie stützte sich dabei auf die Kaufverträge zwischen der E._____ AG und den jeweiligen Stockwerkeigentümern (vgl. beispielhaft Kaufvertrag vom 13. Juli 2009; act. 4/2).

4.1.6. Sodann setzte sich auch das Bundesgericht (neben der Frage der sachlichen Zuständigkeit) mit der Parteibezeichnung auseinander, da die Beklagte die obergerichtliche Berichtigung der Parteibezeichnung angefochten hatte (BGer 4A_242/2016 E. 3; act. 22). Auch vor Bundesgericht liess die klagende Partei ausführen, dass von Anfang an die einzelnen Stockwerkeigentümer geklagt hätten (BGer 4A_242/2016 E. 3.5). Sie argumentierte unter anderem, der Begriff "Stockwerkeigentümerschaft (en)" werde im Gesetz nicht verwendet und gelte nicht als Synonym für die Stockwerkeigentümergeinschaft.

4.1.7. Das Bundesgericht ist der Argumentation des Obergerichts und der klagenden Partei jedoch nicht gefolgt. Es führte unter anderem aus (BGer 4A_242/2016 E. 3.5; act. 22):

"Dafür, dass mit Stockwerkeigentümerschaft (en) die Gemeinschaft der Stockwerkeigentümer gemeint war und diese als Klägerin auftrat, spricht zunächst, dass in der Klage bezüglich ihr die sie gehörig identifizierenden Angaben vorhanden sind, nicht aber bezüglich der einzelnen natürlichen Personen, die bloss mit Namen und Vornamen, jedoch ohne Adresse oder anderweitige Angaben aufgeführt sind. Hinzu kommt, dass die Klagebewilligung ausgestellt wurde auf die "Klägerin" (Einzahl) und mit dem dort aufgeführten Rechtsbegehren Leistung an die "Klägerin" (Einzahl) verlangt wurde. Auch in den prozessualen Anträgen, die in der Klagebewilligung wiedergegeben sind, ist von der Klägerin in Einzahl die Rede."

Ferner führte es aus (BGer 4A_242/2016 E. 3.5):

"Wie durch die typografische Gestaltung untermauert wird, verhält es sich hier ebenso. Zu dieser Parteibezeichnung in der Klagebewilligung (siehe auch zit. Urteil 4A_560/2015 E. 4.3.1 in fine zur Tragweite, die der Parteibezeichnung im Schlichtungsverfahren zukommt) finden sich in der Klageschrift keine Präzisierungen, obwohl dies angezeigt gewesen wäre, wenn die Beschwerdegegnerin

selber davon ausgegangen wäre, nicht die Stockwerkeigentümergeinschaft sei Klägerin, sondern die einzelnen Stockwerkeigentümer. Mangels klar anderslautender Angaben seitens der Beschwerdegegnerin konnten und mussten deshalb alle am erstinstanzlichen Verfahren Beteiligten zweifelsfrei davon ausgehen, die Stockwerkeigentümergeinschaft trete als Klägerin auf."

4.1.8. Entsprechend folgte es, dass die Stockwerkeigentümergeinschaft Klägerin sei.

4.1.9. Die klagende Partei liess infolgedessen in ihrer dem hiesigen Gericht eingereichten Stellungnahme zur Partei- und Prozessfähigkeit ausführen, dass sie nunmehr ebenfalls die "Stockwerkeigentümergeinschaft" als klagende Partei betrachte. Sie legte die entsprechende Vertragspassage in Abänderung zu ihrer bisherigen Argumentation nun im Sinne der bundesgerichtlichen Erwägungen dahingehend aus, dass die Mängelrechte und Garantieansprüche an die Stockwerkeigentümergeinschaft abgetreten worden seien (act. 27 Rz. 5 f.; act. 4/2 S. 7). Sie verwendete dabei den Begriff der Stockwerkeigentümergeinschaft stets in der Einzahl (act. 27 Rz. 2 f., 5, 8 ff.). Die Parteibezeichnung in ihren Rechtschriften lautete fortan "Stockwerkeigentümergeinschaft A.____" (act. 27; act. 67; act. 87). In ihrer Replik verwendete die klagende Partei den Begriff der "Klägerin" ebenfalls stets in Einzahl (act. 67 Rz. 27 ff.). Die klagende Partei geht indes repliando davon aus, dass die Mängelrechte und Garantieansprüche an drei verschiedene Stockwerkeigentümergeinschaften übergegangen seien (act. 67 Rz. 33 ff.). Als "Klägerin" sei demnach die einfache Streitgenossenschaft gemeint (act. 67 Rz. 23).

4.1.10. Die Beklagte stellt sich in ihrer Duplik auf den Standpunkt, dass die "Stockwerkeigentümergeinschaft A.____" nicht parteifähig sei. Aus dem sachenrechtlichen Spezialitätsprinzip ergebe sich, dass Stockwerkeigentum nur an einzelnen individualisierten Grundstücken begründet werden könne (act. 75 Rz. 19 ff.). Folglich seien drei Stockwerkeigentümergeinschaften in die Streitigkeit involviert. Sie reicht in diesem Zusammenhang die einzelnen Grundbuchauszüge der Liegenschaft AG.____ (Grundbuchblatt ..., Kat.-Nr. ...; act. 76/1), der Liegenschaft im AH.____ (Grundbuchblatt ..., Kat.-Nr. ...; act. 76/2) sowie der Liegen-

schaft AI.____ (Grundbuchblatt ..., Kat.-Nr. ...; act. 76/3) ein. Die vorliegende Klage habe jedoch die "Stockwerkeigentümergeinschaft A.____" eingereicht, die als solches gar nicht existiere und deshalb nicht parteifähig sei, weshalb auf die Klage nicht einzutreten sei (act. 75 Rz. 24).

4.1.11. Dem entgegnet die klagende Partei in ihrer Stellungnahme vom 1. Oktober 2018, dass nicht in Abrede gestellt werde, dass vorliegend drei Stockwerkeigentümergeinschaften am Verfahren auf der "Aktivseite" beteiligt seien. Die "Klägerin" habe sich als zulässige einfache Streitgenossenschaft konstituiert, die selbstredend partei- und prozessfähig sei. Es handle sich um eine einfache Streitgenossenschaft, die aus den Stockwerkeigentümergeinschaften AG.____, AH.____ und AI.____ bestehe. Das Bundesgericht habe verbindlich festgestellt, dass die "Stockwerkeigentümergeinschaft A.____" Klägerin sei. Diese Parteibezeichnung sei mit Schrägstrichen versehen, die nach der offiziellen Bedeutung im Duden den Sinn hätten, einen Satz zu gliedern, um unter anderem die Verbindung von Personen bzw. wie vorliegend die Verbindung der Stockwerkeigentümergeinschaften zu einer einfachen Streitgenossenschaft darzustellen. Sodann müsse es der Beklagten klar sein, dass es sich vorliegend um drei Stockwerkeigentümergeinschaften handle, zumal es sich beim streitgegenständlichen Projekt um drei Mehrfamilienhäuser handle mit den Kat.-Nr. ..., ... und ... (act. 87 Rz. 35 ff.).

4.2. Die Parteibezeichnung ist ungenau

4.2.1. Zunächst ist festzuhalten, dass die Parteibezeichnung "Stockwerkeigentümergeinschaft A.____" entgegen der klagenden Partei keineswegs auf das Bestehen einer einfachen Streitgenossenschaft hindeutet. Wie die Beklagte zu Recht vorbringt, lässt die Bezeichnung vielmehr darauf schliessen, dass es sich um *ein* Grundstück mit mehreren Gebäuden bzw. ein Grundstück mit einem Gebäude mit mehreren Hauseingängen handelt (act. 91 Rz. 24). Unbehelflich sind in Anbetracht dessen die Ausführungen der klagenden Partei, wonach ein Schrägstrich die Verbindung von Personen bedeute, weshalb eine einfache Streitgenossenschaft vorliege (act. 87 Rz. 47 ff.). In der Gerichtspraxis werden die einzelnen Parteien einer einfachen Streitgenossenschaft im Rubrum fortlaufend nummeriert

bzw. untereinander aufgeführt, wobei diesfalls auch stets die Rede von "Klägerinnen" (in der Mehrzahl) ist. Dies ermöglicht eine klare Unterscheidung der jeweiligen Parteien. Nach dieser Darstellung richten sich üblicherweise auch die Eingaben von anwaltlich vertretenen Parteien.

4.2.2. Die klagende Partei will als "Klägerin" die einfache Streitgenossenschaft verstanden wissen, die selbstredend partei- und prozessfähig sei (act. 87 Rz. 42). Damit verkennt sie jedoch das Wesen einer einfachen Streitgenossenschaft. Einer einfachen Streitgenossenschaft als solches kann keine Parteifähigkeit zukommen, vielmehr steht diese den jeweiligen Parteien zu. Damit ist es auch unpräzise bzw. missverständlich, wenn die klagende Partei stets von der "Klägerin" in Einzahl schreibt, wenn sie damit die drei Stockwerkeigentümergeinschaften im AG.____, AH.____ und AI.____ meint.

4.2.3. Die von der klagenden Partei in ihren Rechtsschriften aufgeführte Parteibezeichnung "Stockwerkeigentümergeinschaft A.____" erweist sich damit jedenfalls als ungenau.

4.3. Berichtigung der Parteibezeichnung

4.3.1. Zu prüfen bleibt damit, ob eine Berichtigung der ungenauen Parteibezeichnung in Betracht kommt.

4.3.2. Die Parteien sind nach Art. 221 Abs. 1 lit. a ZPO genau zu bezeichnen, so dass über ihre Identität kein Zweifel besteht. Die genaue Bezeichnung der Prozessparteien ist eine zentrale Voraussetzung für die Prüfung ihrer Partei- und Prozessfähigkeit wie auch ihrer Legitimation. Eine Berichtigung der Parteibezeichnung ist zulässig, wenn jede Gefahr einer Verwechslung ausgeschlossen werden kann (BGE 136 III 545 E. 3.4.1; BGE 131 I 57 E. 2.2; BGE 120 III 11 E. 1b). Ist der Mangel in der Parteibezeichnung jedoch derart gravierend, dass die Identität der Parteien gänzlich unbestimmt bleibt, oder klagt eine nicht existierende Partei, ist auf die Klage nicht einzutreten. Die Benennung sämtlicher Verfahrensparteien ist eine zentrale Voraussetzung für die Prüfung ihrer Partei- und Prozessfähigkeit wie auch deren Legitimation. Es ist daher nicht überspitzt forma-

listisch, wenn an der Einhaltung dieser Voraussetzung festgehalten wird (BGer 4A_510/2016 E. 3.1; BGer 4A_116/2015 E. 3.5.1 ff.). Die Beklagte weist zu Recht darauf hin, dass die Möglichkeit, sich unter einer gemeinsamen Parteibezeichnung zu konstituieren – in Anbetracht der Voraussetzungen an eine zweifelsfreie Identifizierung der Prozessbeteiligten – nicht besteht (act. 75 Rz. 345; Steck/Brunner, BSK-ZPO, 3. Aufl., Basel 2017, N. 11 f. zu Art. 238 ZPO). Gerade dies ist jedoch der Fall, wenn die klagende Partei unter der Bezeichnung "Klägerin" auftritt, wobei sie darunter eine einfache Streitgenossenschaft verstanden haben will. Die so gewählte Bezeichnung lässt eine *zweifelsfreie* Identifikation jedoch *nicht* zu.

4.3.3. Vorliegend hat sich bereits das Bundesgericht mit der Frage der Parteibezeichnung auseinandergesetzt, wie aufgezeigt wurde. Es hat die Sache sodann an das Bezirksgericht zur Beurteilung der Eintretensfrage zurückgewiesen, namentlich inwieweit vorliegend der Stockwerkeigentümergeinschaft die Partei- und Prozessfähigkeit zukommt (BGer 4A_242/2016 E. 5).

4.3.4. Weist das Bundesgericht eine Streitsache an die Vorinstanz zurück, hat die mit der Neuurteilung befasste kantonale Instanz die rechtliche Beurteilung, mit der die Rückweisung begründet wurde, ihrer Entscheidung zugrunde zu legen. Wegen dieser Bindung bleibt es verwehrt, der Beurteilung des Rechtsstreits einen anderen als den bisherigen Sachverhalt zu unterstellen oder die Sache unter rechtlichen Gesichtspunkten zu prüfen, die im Rückweisungsentscheid ausdrücklich abgelehnt oder überhaupt nicht in Erwägung gezogen worden sind. Der Umfang der Bindung ergibt sich aus der Begründung der Rückweisung, die sowohl den Rahmen für die neuen Tatsachenfeststellungen als jenen für die neue rechtliche Begründung vorgibt. Die vom Bundesgericht bereits entschiedenen Fragen sind jedenfalls nicht mehr zu überprüfen (BGE 135 III 334 E. 2; BGer 4A_391/2009 E. 1.1).

4.3.5. Das Bundesgericht hat in seinen Erwägungen verbindlich festgelegt, dass Klägerin im vorliegenden Verfahren die "Stockwerkeigentümergeinschaft A.____" sei, wie auch aus dem bundesgerichtlichen Rubrum hervorgeht. Es hat dazu insbesondere erwogen, dass die Klagebewilligung auf die "Klägerin" (Ein-

zahl) ausgestellt und mit dem dort aufgeführten Rechtsbegehren Leistung an die "Klägerin" (Einzahl) verlangt worden sei (BGer 4A_242/2016 E. 3.5). Entgegen der klagenden Partei kann im Lichte dessen nicht gefolgert werden, dass das Bundesgericht impliziert hätte, dass es sich um mehrere Stockwerkeigentümergeinschaften handle, die als Klägerinnen im vorliegenden Verfahren auftreten (act. 87 Rz. 36).

4.3.6. Gegenteiliges lässt sich auch nicht aus der nachfolgenden bundesgerichtlichen Erwägung schliessen (BGer 4A_242/2016 E. 3.5):

"Dafür, dass mit Stockwerkeigentümerschaft (en) die Gemeinschaft der Stockwerkeigentümer gemeint war und diese als Klägerin auftrat, spricht zunächst, dass in der Klage bezüglich ihr die sie gehörig identifizierenden Angaben vorhanden sind, nicht aber bezüglich der einzelnen natürlichen Personen, die bloss mit Namen und Vornamen, jedoch ohne Adresse oder anderweitige Angaben aufgeführt sind."

Soweit das Bundesgericht den Begriff "Stockwerkeigentümerschaft (en)" verwendete, bezog sich dies auf die in der Klagebewilligung und auf die von der klagenden Partei in ihrer Klage vom 19. Januar 2015 verwendete Bezeichnung, wobei sich die klagende Partei damals als eine Mehrzahl von natürlichen Personen betrachtete, wie sie sowohl gegenüber dem Obergericht als auch gegenüber dem Bundesgericht klargestellt hat.

4.3.7. Unbesehen von den bundesgerichtlichen Erwägungen wäre auch fraglich, ob die Voraussetzungen für eine Berichtigung vorlägen. Eine Berichtigung ist nur unter der Voraussetzung zulässig, dass im konkreten Fall *jegliche* Verwechslungsgefahr ausgeschlossen werden kann. Eine Berichtigung dient dazu, rein formelle Ungenauigkeiten zu beseitigen, und zwar sofern auf Seiten des Gerichts sowie der Parteien kein Zweifel über die Identität der betroffenen Partei besteht (BGE 131 I 57 E. 2.3 = Pra 94 [2005] Nr. 135). Selbst wenn man mit der klagenden Partei schliessen würde, dass es für die Beklagte infolge ihrer Beteiligung am fraglichen Projekt hätte klar gewesen sein müssen, dass eine "Stockwerkeigen-

tümergeinschaft A.____" nicht existiert, könnte diese Schlussfolgerung jedenfalls nicht auch für das Gericht Geltung beanspruchen:

4.3.8. Die klagende Partei machte weder in ihrer Klagebegründung noch in ihrer Stellungnahme zur Partei- und Prozessfähigkeit entsprechende Ausführungen, aus denen auf eine einfache Streitgenossenschaft mit verschiedenen Stockwerkeigentümergeinschaften zu schliessen gewesen wäre. Unklar war stets, ob die "Stockwerkeigentümergeinschaft A.____" oder die einzelnen Stockwerkeigentümer als klagende Partei auftreten. Vielmehr liess sie in ihrer Klagebegründung argumentieren, die einzelnen Stockwerkeigentümer seien aktivlegitimiert und stellte sich zunächst auf den Standpunkt, diese seien auch Verfahrensparteien. Ferner hat die klagende Partei während des gesamten Verfahrens nie gegen die Parteibezeichnung "Stockwerkeigentümergeinschaft A.____" opponiert bzw. diese stets selber in ihren Eingaben verwendet. Grundbuchauszüge wurden erst anlässlich des zweiten Schriftenwechsels eingebracht. Sodann hat das Bundesgericht festgehalten, dass mangels klar anderslautender Angaben seitens der klagenden Partei alle am erstinstanzlichen Verfahren Beteiligten zweifelsfrei davon ausgehen mussten, *die* Stockwerkeigentümergeinschaft trete als klagende Partei auf (BGer 4A_242/2016 E. 3.5). Daraus erhellt, dass für die hiesige Instanz kein Anlass bestand, das Rubrum im Sinne einer einfachen Streitgenossenschaft mit drei Stockwerkeigentümergeinschaften als Klägerinnen aufzuführen. Wenn jedoch Zweifel bestehen, ob durch eine gewählte Parteibezeichnung mehrere Parteien oder nicht an einem Verfahren beteiligt sein sollen, so kann eine Verwechslungsgefahr gerade nicht mehr ausgeschlossen werden, weshalb diese einer Berichtigung nicht zugänglich ist.

4.3.9. Auch ist unbehelflich, wenn die klagende Partei nun erstmals in ihrer Replik erhellende Ausführungen vorträgt, die darauf schliessen lassen, dass drei Stockwerkeigentümergeinschaften in das Verfahren involviert sein sollen (act. 67 Rz. 33 ff.). Wie aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung hervorgeht, ist es nicht allein massgeblich, wie eine Partei – welche die Unklarheit zu vertreten hat – ihre gewählte Bezeichnung verstanden haben will. Dementsprechend hat das Bundesgericht entgegen den eindeutigen Anträgen der klagenden Partei die

Stockwerkeigentümergeinschaft und nicht die einzelnen Stockwerkeigentümer als klagende Partei betrachtet, wobei es bei seiner Beurteilung einer Parteibezeichnung durchaus auch auf formale Kriterien hinsichtlich der Darstellung etc. abgestellt hat (BGer 4A_242/2016 E. 3.5). Dass unter dem Begriff "Stockwerkeigentümergeinschaft A.____" eine einfache Streitgenossenschaft hätte verstanden werden müssen, war nach dem Ausgeführten jedoch nicht naheliegend.

4.3.10. Von einer Berichtigung abzugrenzen ist ein Parteiwechsel im Sinne von Art. 83 Abs. 4 ZPO, der mangels Zustimmung der Beklagten vorliegend nicht in Betracht kommt (act. 75 Rz. 346).

4.4. Fazit

Zusammenfassend ist jedenfalls festzuhalten, dass das Bundesgericht die "Stockwerkeigentümergeinschaft A.____" verbindlich als klagende Partei bezeichnet hat, wobei deren Partei- und Prozessfähigkeit noch zu prüfen sei (die Erwägungen zur Partei- und Prozessfähigkeit bei Stockwerkeigentümergeinschaften sind als obiter dictum aufzufassen; BGer 4A_242/2016 E. 5).

5. Partei- und Prozessfähigkeit der "Stockwerkeigentümergeinschaft A.____"

5.1. Partei- und Prozessfähigkeit als Prozessvoraussetzung

Gemäss Art. 59 Abs. 2 lit. c ZPO ist die Partei- und Prozessfähigkeit eine Prozessvoraussetzung, die nach Art. 60 ZPO von Amtes wegen zu prüfen ist. Prozessvoraussetzungen sind zu jedem Zeitpunkt eines Verfahrens zu erfüllen.

5.2. Nichtexistente Partei

Es ist unbestritten, dass *eine* Partei mit der Bezeichnung "Stockwerkeigentümergeinschaft A.____" nicht existiert. Klagt eine "nichtexistente Partei", so ist auf die Klage nach dem Ausgeführten nicht einzutreten. Zu erinnern ist, dass die – von der klagenden Partei zu verantwortende – Unklarheit hinsichtlich der Bezeichnung "Stockwerkeigentümergeinschaft A.____" im zweiten Schriften-

wechsel aufgebracht wurde, weshalb nicht schon bereits zu einem früheren Zeitpunkt ein Nichteintretensentscheid ergangen ist.

5.3. Fazit

Folglich ist auf die Klage nicht einzutreten. Doch selbst wenn man der Auffassung der klagenden Partei folgen würde, wonach mit der von ihr gewählten Bezeichnung die drei Stockwerkeigentümergeinschaften AG.____, AH.____ und AI.____ zu verstehen wären, ist auf die Klage aus weiteren Gründen nicht einzutreten, wie den nachstehenden Erwägungen zu entnehmen ist.

6. Unbezifferte Forderungsklage

6.1. Parteistandpunkte

6.1.1. Die Beklagte moniert, dass die Erhebung einer unbezifferten Forderungsklage im vorliegenden Fall unzulässig sei, weshalb auf die Klage nicht einzutreten sei. Der klagenden Partei sei es zumutbar, die behaupteten Mängel bzw. die notwendig erachteten Arbeiten und deren Kosten konkret und detailliert darzulegen (act. 75 Rz. 33 ff.). Ferner lege die klagende Partei drei technische Berichte ins Recht, welche die bestrittenen Mängel aufzeigen würden. Daraus ergebe sich, dass der klagenden Partei die Einholung einer umfassenden Expertise über die Kosten der Ersatzvornahme sehr wohl möglich gewesen wäre (act. 75 Rz. 39 ff.).

6.1.2. Die klagende Partei begründet die Unmöglichkeit bzw. Unzumutbarkeit der Bezifferung damit, dass gemäss AJ.____-Gutachten die Fassadenflächen komplett überarbeitet werden müssten. Mithin seien erhebliche Sanierungsmassnahmen sowie Massnahmen zur Beseitigung der ästhetischen Mängel nötig. Da die Klägerin selbst nicht sachverständig sei, könne sie nicht präzise vorhersagen, wie hoch die Nachbesserungskosten sein würden. Wie hoch die Kosten schlussendlich sein würden, müsse im Rahmen eines Gerichtsgutachtens geschätzt werden, welches sich zu den exakten Ersatzvornahmen äussern, diese beschreiben, aufgliedern sowie die Material- als auch die Arbeitskosten festhalten solle (act. 67 Rz. 5 ff.). Der klagenden Partei liege lediglich eine Kostenschätzung vor, die jedoch mit erheblichen Unsicherheiten verbunden sei. Dies sei für die klagende

Partei unzumutbar, was nur dadurch beseitigt werden könne, dass eine fundierte Expertise erstellt werde (act. 87 Rz. 69 ff. und 85). Der klagenden Partei sei es deshalb erst nach der gutachterlichen Einschätzung möglich, die Gesamthöhe der Ersatzvornahmekosten zu beziffern und diese entsprechend nach den Liegenschaften AG._____, AH._____ und AI._____ aufzuschlüsseln bzw. aufzuteilen. Der klagenden Partei sei es mithin auch unzumutbar, die Aufteilung der Kosten zu begründen, da noch gar kein zu beziffernder Betrag vorliege (act. 87 Rz. 65 f.).

6.2. Rechtliches

6.2.1. Art. 85 Abs. 1 ZPO regelt sowohl die unbezifferte Forderungsklage im engeren Sinne einerseits als auch die Stufenklage andererseits. Die Stufenklage ist dadurch charakterisiert, dass ein materiellrechtlicher Hilfsanspruch auf Rechnungslegung mit einer unbezifferten Forderungsklage verbunden wird (BGE140 III 409 E. 4.3). Die Stufenklage ist vorliegend unbestrittenermassen nicht einschlägig, weshalb die Voraussetzungen der unbezifferten Forderungsklage im engeren Sinne zu prüfen sind.

6.2.2. Nach Art. 85 Abs. 1 ZPO kann die klagende Partei eine unbezifferte Forderungsklage erheben, wenn es ihr unmöglich oder unzumutbar ist, ihre Forderung bereits zu Beginn des Prozesses zu beziffern. Sie muss dabei einen Mindeststreitwert angeben, der als vorläufiger Streitwert gilt. Die klagende Partei wird damit von der Verpflichtung befreit, ihr Rechtsbegehren zu beziffern. Dies hat insbesondere dort zu gelten, wo erst das Beweisverfahren die Grundlage der Bezifferung der Forderung abgibt. Es obliegt der klagenden Partei der Nachweis, dass und inwieweit eine Bezifferung unmöglich oder unzumutbar ist (BGE140 III 409 E. 4.3).

6.2.3. Unmöglich ist die Bezifferung eines Klageanspruchs in all jenen Fällen, in denen dem Kläger die genaue Höhe des Anspruchs nicht bekannt ist und dieses Unkenntnis auf Tatsachen beruht, die in der Sphäre des Beklagten liegen. Unzumutbar ist die Bezifferung der Klageforderung in Fällen, in denen sich die Höhe des Anspruchs *nur* mithilfe einer vorsorglichen Beweisaufnahme, eines vorsorglichen Expertiseverfahrens oder eines selbstständigen Verfahrens auf Rechnungs-

legung oder Auskunft ermitteln liesse (Bopp/Bessenich, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2016, N. 12 f. zu Art. 85 ZPO). Die unbezifferte Forderungsklage enthebt die klagende Partei nur vermindert von ihrer Behauptungs- und Substantiierungslast. Sie ist bereits bei Klageanhebung gehalten, die Tatsachen anzugeben, welche als Anhaltspunkte für die Entstehung und die Höhe des geltend gemachten Schadens in Frage kommen, und dafür Beweise anzubieten. Nur soweit ein Beweisverfahren schon für schlüssige Behauptungen unabdingbar ist, fehlt es an der Möglichkeit oder Zumutbarkeit der Bezifferung. Ist diese Voraussetzung nicht erfüllt, ist die Forderung nach dem Grundsatz von Art. 84 Abs. 2 ZPO zu beziffern (BGE 140 III 409 E. 4.3.2 und 4.4; Markus, Berner Kommentar ZPO, 2012, N. 14 zu Art. 85 ZPO). Insgesamt ist die Unzumutbarkeit oder Unmöglichkeit der Bezifferung mit Bezug auf den Zweck der unbezifferten Forderungsklage zu beurteilen, der darin besteht, die klagende Partei vom Risiko zu befreien, welches sie bei Einklagung eines falschen Betrags eingeht (Dorschner, BSK-ZPO, 3. Aufl., Basel 2017, N. 8 und 21 zu Art. 85 ZPO m.w.H.).

6.2.4. Die Zulassung der unbezifferten Forderungsklage ist restriktiv zu handhaben. Der blosse Umstand, dass es schwierig ist, einen Schaden zu quantifizieren, stellt für sich genommen grundsätzlich keine Unzumutbarkeit dar, die Forderung zu beziffern. Der Begriff der Unzumutbarkeit ist eng zu umschreiben, da das Beweisverfahren grundsätzlich nicht dazu dienen soll, Lücken bezüglich der Bezifferung oder der Behauptungen zu schliessen. Die Unzumutbarkeit ist deshalb nur für Situationen annehmbar, in welchen sich die klagende Partei in einer regelrechten Behauptungsnot befindet. Im Weiteren ist hervorzuheben, dass sich die Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit auf die *Forderungsbezifferung* beziehen muss. Besteht diesbezüglich kein Informationsdefizit, kann von vornherein keine Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit vorliegen und muss die Klage auch von Beginn weg beziffert werden. Die Zulassung der unbezifferten Forderungsklage im engeren Sinne darf nicht den Weg für eine unzulässige Beweisausforschung ebnen (ZR 115/2016 S. 197 E. 3.4.1; Baumann Wey, Die unbezifferte Forderungsklage nach Art. 85 ZPO, Diss. Luzern 2013 = LBR Bd. 75, Rz. 426 f. und 451).

6.3. Würdigung der Zulässigkeitsvoraussetzungen

6.3.1. Vorauszuschicken ist, dass die klagende Partei mit ihrer Klage (nebst den vorprozessualen Anwaltskosten) einen Anspruch auf Ersatzvornahme (Kostenvorschuss) gestützt auf Art. 169 Abs. 2 i.V.m. Art. 179 SIA-Norm 118 geltend macht (act. 2 Rz. 105 ff.). Das Bundesgericht hat in seinem Leitentscheid BGE 128 III 416 einen Anspruch auf Bevorschussung der Nachbesserungskosten bejaht, diesen jedoch an verschiedene Modalitäten geknüpft. So ist der Besteller insbesondere verpflichtet, nach Abschluss der "Ersatznachbesserung" über die Kosten abzurechnen und dem Unternehmer einen allfälligen Überschuss zurückzuerstatten (BGE 128 III 416 E. 4.2.2). Der Kostenvorschuss ist mithin ein vorweggenommener Aufwendungsersatz für die Kosten der Ersatzvornahme und somit eine weitere Änderung des ursprünglichen Erfüllungsanspruchs. Bezüglich der Höhe der tatsächlichen Kosten, die in diesem Zeitpunkt noch gar nicht aufgelaufen sind und für die am Ende Ersatz geschuldet ist, entfaltet das Urteil keine Rechtskraft. Vorschüsse sind Akonto-Zahlungen, die definitionsgemäss unter dem Vorbehalt definitiver Kostenliquidierung geleistet werden. Das Kostenvorschussurteil schliesst demzufolge im Abrechnungsprozess weder die Rückforderung eines zu hohen Kostenvorschusses durch den Unternehmer noch die Nachforderung der noch nicht gedeckten Kosten durch den Besteller aus (BGE 141 III 257 E. 3.3). Damit ist festzuhalten, dass die tatsächlichen Kosten noch nicht aufgelaufen sind, zumal vorliegend die Aussenwärmedämmungen noch neu zu planen und zu sanieren wären (so die klagende Partei; act. 67 Rz. 159) und damit ohnehin noch nicht definitiv wären. Dies gilt es bei der Beurteilung der Unzumutbarkeit einer Bezifferung jedenfalls nicht ausser Acht zu lassen. Die Unmöglichkeit einer Bezifferung ist vorliegend nicht einschlägig.

6.3.2. Insofern die Beklagte geltend macht, eine unbezifferte Forderungsklage sei bereits *dem Grundsatz* nach ausgeschlossen bei Klagen wie der vorliegenden, zumal ohne Weiteres Kostenvoranschläge für Mängelbehebungen eingeholt werden könnten, kann ihr nicht gefolgt werden. Die von ihr in diesem Zusammenhang zitierten Entscheide (act. 75 Rz. 34 ff.) betreffen die Substantiierungsanforderungen an einen Schaden, wobei sich diese aus dem materiellen Recht ergeben. Die

Unzumutbarkeit einer Forderungsbezeichnung stellt eine prozessrechtliche Frage dar, die es anhand des Einzelfalls zu prüfen gilt, wobei es der klagenden Partei obliegt, die entsprechenden Umstände darzutun.

6.3.3. Soweit die klagende Partei fehlenden eigenen Sachverstand aufführt (act. 67 Rz. 6; act. 87 Rz. 69 ff.), weshalb sie die Nachbesserungskosten nicht vorhersagen könne, ist ihr zu entgegen, dass ihre vertretene Auffassung immer zur Bejahung der Unzumutbarkeit einer Forderungsbezeichnung führen würde, sobald es einer Partei am nötigen Sachverstand fehlt. Dies stünde jedoch offensichtlich im Widerspruch zu einer engen Umschreibung einer Unzumutbarkeit bzw. zu den erwähnten (restriktiven) Zulassungsvoraussetzungen einer unbezifferten Forderungsklage. Es erscheint einer nicht sachverständigen Partei regelmässig zumutbar, die Kosten von notwendigen Reparaturen mit Hilfe von Kostenvorschlägen von (bausachverständigen) Unternehmern zu beziffern lassen (BGer 4A_125/2012 vom 16. Juli 2012 E. 3.2 und 4.2).

6.3.4. Vorliegend liess die klagende Partei im Vorfeld des Prozesses indes Parteigutachten durch die AJ.____ erstellen (act. 4/14; act. 4/15; act. 4/16). Die klagende Partei führt aus, dass gemäss diesen Parteigutachten die Fassadenfläche komplett überarbeitet werden müssten, mithin erhebliche Sanierungsmassnahmen sowie Massnahmen zur Beseitigung der ästhetischen Mängel nötig seien. Es erschliesst sich jedoch nicht, inwiefern diese Feststellung geeignet sind, die Unzumutbarkeit einer Forderungsbezeichnung zu begründen (act. 67 Rz. 6). Insbesondere behauptet die klagende Partei nicht, dass einer vorgängigen Schätzung der zu erwartenden Sanierungskosten etwa bautechnische Schwierigkeiten entgegenstünden, die einer *besonderen* Expertise bedürften.

6.3.5. Vielmehr führt die klagende Partei selbst aus, dass die E.____ AG gestützt auf die Parteigutachten der AJ.____ die Kosten der Ersatzvornahme auf Fr. 1'500'000.-/ 2'000'000.- bzw. gegebenenfalls noch höher eingestuft habe, wobei man keine gröberen Abweichungen im Falle eines Schieds- oder Gerichtsgutachten erwarte (act. 67 Rz. 7). Damit setzt sie sich jedoch in Widerspruch zu ihrer Argumentation, wonach eine Bezifferung ihres Anspruchs auf Ersatzvornahme unzumutbar sein soll und zeigt damit auf, dass eine solche ebengerade

möglich gewesen wäre. Selbiges ergibt sich ferner aus der von der klagenden Partei ins Recht gelegten Kostenprognose von AK.____, der den Betrag für eine Notlösung zur Risssanierung (und nicht für eine Wiederherstellung des vertraglich geschuldeten Zustandes) auf Fr. 332'000.– [sic!] schätzte (act. 67 Rz. 8; act. 68/4). Zu erinnern ist schliesslich, dass im vorliegenden Vorschussprozess nur die zu *erwartenden* Kosten für die Ersatzvornahme zu beziffern wären, die *regelmässig* auf einer Schätzung beruhen. Dass eine solche nicht möglich bzw. unzumutbar wäre, ist nicht dargetan.

6.3.6. Unbehelflich ist deshalb auch der pauschale Hinweis der klagenden Partei, die Bezifferung im Rahmen eines Parteigutachtens vorzunehmen, würde einen übermässigen Aufwand und unverhältnismässig hohe Kosten verursachen (act. 67 Rz. 9; act. 87 Rz. 69 ff.): Eine Bezifferung der tatsächlich anfallenden Kosten ist gerade nicht verlangt. Es handelt sich vorliegend zudem nicht um einen überdurchschnittlich komplexen Bauprozess, Gegenstand des Verfahrens bilden Fassadenmängel von drei Mehrfamilienhäusern. Die klagende Partei liess zudem drei technische Beurteilungen durch den Bauexperten AK.____ erstellen, in welchen die von ihr behaupteten Mängel detailliert dargestellt und beschrieben werden (act. 67 Rz. 153 ff.; act. 68/46-48). Dass in Anbetracht dessen eine zusätzliche Kostenschätzung zur Behebung dieser Mängel unverhältnismässig hohe Kosten verursacht hätte, ist nicht ersichtlich.

6.3.7. Sodann ist der Hinweis der klagenden Partei unbehelflich, es liege in der Natur von Kostenprognosen, dass diese mit erheblichen Unsicherheiten verbunden seien (act. 87 Rz. 85). Sie führt keine konkreten Gründe auf, die im vorliegenden Fall auf solche erheblichen Unsicherheiten bzw. auf eine Behauptungsnot schliessen würden.

6.3.8. Ebenso stösst der klägerische Hinweis ins Leere, die Höhe der Kosten würden nur als Parteibehauptungen gelten, die von der Beklagten ohnehin bestritten würden (act. 67 Rz. 9). Hätte die klagende Partei die erforderlichen Instandstellungsarbeiten anhand von Voranschlägen beziffert, hätte sich die Beklagte dazu substantiiert aussprechen und ihrerseits Beweise offerieren können (BGer 4A_125/2012 vom 16. Juli 2012 E. 4.2). Nur wenn sie ihrer Bestreitungsob-

liegenheit genügend nachgekommen wäre, hätten die zu erwartenden Kosten zum Beweis verstellt werden müssen.

6.3.9. Dazu kommt, dass eine unbezifferte Forderungsklage nur hinsichtlich einer unmöglichen oder unzumutbaren Forderungs*bezifferung* zulässig ist. Die klagende Partei will jedoch auch die Aufschlüsselung der Ersatzvornahmekosten unter den drei Liegenschaften – bzw. unter den drei Stockwerkeigentümergeinschaften – nach der Durchführung des Beweisverfahren vornehmen. Das Gutachten habe sich zu äussern, wie die Ersatzvornahmekosten auf die Liegenschaften AG.____, AH.____ und AI.____ aufzuteilen seien (act. 87 Rz. 65 f.). Für eine solche Vorgehensweise bietet die unbezifferte Forderungsklage jedoch keine Grundlage, da es nur um eine nachträgliche *Bezifferung* gehen kann, und nicht darum, Lücken bezüglich (fehlenden) Behauptungen zu schliessen. An substantiierten Ausführungen in der Klage bzw. in der Replik (mithin vor Aktenschluss), nach welchen Kriterien bzw. gestützt worauf eine Aufschlüsselung unter den drei Stockwerkeigentümergeinschaften vorzunehmen wäre, fehlt es jedoch vorliegend. Das Beweisverfahren dient jedoch wie erwähnt nicht dazu, Lücken bezüglich der Behauptungen zu schliessen.

6.3.10. Auch die Berücksichtigung des Zwecks der unbezifferten Forderungsklage, die klagende Partei vom Risiko zu befreien, welches sie bei Einklagung eines falschen Betrags eingeht, führt zu keiner anderen Beurteilung der Unzumutbarkeit, zumal die klagende Partei selbst ausführt, die Kosten der Ersatzvornahme seien von der E.____ AG auf Fr. 1'500'000.–/ 2'000'000.– eingestuft worden, wobei man keine gröberen Abweichungen im Falle eines Schieds- oder Gerichtsgutachten erwarte (act. 67 Rz. 7). Es sind vorliegend unter den erwähnten restriktiven Voraussetzungen einer unbezifferten Forderungsklage keine Gründe ersichtlich, die klagende Partei vom allgemeinen Prozessrisiko, einen zu hohen bzw. einen zu geringen Betrag zu beziffern bzw. einzuklagen, zu befreien. Zu erwähnen ist diesbezüglich, dass der angegebene Mindeststreitwert von Fr. 1'000'000.– nur provisorischer Natur ist und zur Bestimmung des Kostenvorschusses bzw. der sachlichen Zuständigkeit sowie der Verfahrensart dient. Kosten- und Entschädigungsfolgen würden sich endgültig aufgrund der festgehaltenen definitiven Bezif-

ferung bestimmen (Markus, Berner Kommentar ZPO, Bern 2012, N. 20 zu Art. 85 ZPO m.w.H.).

6.3.11. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass es der klagenden Partei weder unmöglich noch unzumutbar gewesen wäre, die Höhe ihrer Ansprüche, das heisst die zu erwartenden Kosten für die Mängelbehebung, zu Beginn des Prozesses zu beziffern. Die Voraussetzungen einer unbezifferten Forderungsklage im engeren Sinne nach Art. 85 Abs. 1 ZPO liegen nicht vor. Das (unbeziffert) gestellte Rechtsbegehren erweist sich daher im Hinblick auf Art. 84 Abs. 2 ZPO als ungenügend.

6.4. Keine Ausübung der gerichtlichen Fragepflicht

6.4.1. Ist das Vorbringen einer Partei unklar, widersprüchlich, unbestimmt oder offensichtlich unvollständig, so gibt ihr das Gericht durch entsprechende Fragen Gelegenheit zur Klarstellung und zur Ergänzung (Art. 56 ZPO). Vorliegend kann von keinem unklaren, widersprüchlichen, unbestimmten oder offensichtlich unvollständigen Vorbringen bzw. Rechtsbegehren im Sinne des Art. 56 ZPO gesprochen werden. Eine Annahme von Unvollständigkeit scheidet bereits daran, dass keine eigentliche Lücke im Rechtsbegehren vorliegt, sondern sich die anwaltlich vertretene klagende Partei vielmehr bewusst des Instruments der unbezifferten Forderungsklage bedient hat, in der Auffassung, deren Voraussetzung lägen hier vor bzw. seien genügend dargelegt. Daher liegt auch weder ein unklares Vorbringen noch ein (unbegründet) unbestimmt gebliebenes Rechtsbegehren vor (ZR 115/2016 Nr. 47 S. 197, 201 E. 3.5).

6.4.2. Die Ausübung der gerichtlichen Fragepflicht darf zudem keine Partei einseitig bevorzugen und nicht zu einer Verletzung des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Parteien führen. Vor allem dient die gerichtliche Fragepflicht nicht dazu, prozessuale Nachlässigkeiten der Parteien auszugleichen. Bei anwaltlich vertretenen Parteien hat die richterliche Fragepflicht nur eine sehr eingeschränkte Tragweite (BGer 4A_375/2015 vom 26. Januar 2016 E. 7.1).

6.4.3. Eine Aufforderung zur Bezifferung durch das Gericht, welches nach den klägerischen Vorbringen die Voraussetzungen von Art. 85 ZPO nicht für gegeben erachtet, würde vor diesem Hintergrund auch eine einseitige Bevorzugung der klagenden Partei bedeuten (BGer 4A_375/2015 vom 26. Januar 2016 E. 7.1). Zudem könnte die Annahme einer ausgedehnten gerichtlichen Fragepflicht trotz anwaltlicher Vertretung auch einen gewissen Anreiz für die klagende Partei darstellen, bei Klageanhebung (versuchsweise) auf die Bezifferung zu verzichten, wenn sich die Bezifferung zwar als schwierig oder aufwendig, nicht jedoch als tatsächlich unmöglich oder unzumutbar erweist, was nicht schützenswert wäre (ZR 115/2016 Nr. 47 S. 197, 201 E. 3.5).

6.5. Rechtsfolgen

6.5.1. Wird ein Rechtsbegehren nicht beziffert, ohne dass ausnahmsweise auf dessen Bezifferung verzichtet werden könnte (z.B. gestützt auf Art. 85 ZPO), ist auf die Klage nicht einzutreten (BGE 140 III 409 E. 4.4).

6.5.2. Die fehlende Bezifferung der Klage stellt zudem keinen Mangel im Sinne von Art. 132 Abs. 1 ZPO dar, zu dessen Verbesserung das Gericht eine Nachfrist einzuräumen hätte (BGE 140 III 409 E. 4.3.2).

6.5.3. Die Rechtsfolge des Nichteintretens auf unbezifferte Begehren steht unter dem Vorbehalt des überspitzten Formalismus (Art. 29 Abs. 1 BV), weshalb grundsätzlich zu prüfen ist, ob durch eine Auslegung des Rechtsbegehrens im Lichte seiner Begründung ermittelt werden kann, dass die Klage auf die Zusprechung eines bestimmten Geldbetrages gerichtet ist (BGE 137 III 617 E. 6.2). Vorliegend steht einer Auslegung des Rechtsbegehrens im Sinne der Einforderung eines bestimmten Klagebetrages entgegen, dass die klagende Partei eindeutig und bewusst eine unbezifferte Forderungsklage im engeren Sinne nach Art. 85 ZPO erhoben hat, was sich nicht nur aus der Formulierung des Rechtsbegehrens (unter Nennung eines Mindestwertes der Klage, vgl. Art. 85 Abs. 1 Satz 2 ZPO), sondern auch aus dessen Begründung ergibt. Sie möchte sich gerade auf keinen Klagebetrag festlegen bzw. stellt sich auf den Standpunkt, eine Bezifferung sei unzumutbar. Es wäre daher nicht statthaft, die von ihr angestrebte unbezifferte

Forderungsklage in eine Klage umzudeuten, die auf die Leistung eines bestimmten Betrages geht (ZR 115/2016 Nr. 47 S. 197, 201 f. E. 3.7.2).

6.5.4. Eine Klagebeurteilung gemäss angegebenem Mindeststreitwert kommt sodann in Einklang mit herrschender Lehre und Rechtsprechung ebenfalls nicht in Betracht. Seine Bedeutung liegt vielmehr lediglich in der Nennung eines vorläufigen Streitwertes (ZR 115/2016 Nr. 47 S. 197, 202 E. 3.7.3).

6.6. Fazit

Nachdem das Rechtsbegehren nach zweifach durchgeführtem Schriftenwechsel nicht den Anforderungen von Art. 84 Abs. 2 ZPO genügt, und auch kein Anwendungsfall von Art. 85 ZPO vorliegt, ist auf die Klage auch deshalb nicht einzutreten. Hinzuweisen bleibt, dass es entgegen der klagenden Partei (act. 87 Rz. 68) nicht unstatthaft ist, zum jetzigen Verfahrenszeitpunkt auf die Klage nicht einzutreten. Die Voraussetzungen zur Zulassung der unbezifferten Forderungsklage wurde von der klagenden Partei erst in ihrer Replik *näher* ausgeführt; bis zu diesem Zeitpunkt wäre zudem auch noch eine Klageänderung denkbar gewesen. Dazu kommt, dass die Voraussetzungen von der Beklagten erst in der Duplik umfassend bestritten wurden.

7. Rechtsbegehren

7.1. Parteistandpunkte

7.1.1. Die Beklagte bringt schliesslich vor, das klägerische Rechtsbegehren erweise sich als mangelhaft, da unklar sei, wie die Kosten auf die drei Liegenschaften zu verteilen seien, womit es an der erforderlichen Vollstreckbarkeit fehlen würde (act. 75 Rz. 25 ff.).

7.1.2. Dem entgegnet die klagende Partei, dass das unbezifferte Leistungsbegehren einer nachträglichen Bezifferung bzw. Präzisierung zugänglich sein müsse. Nach einer gutachterlichen Einschätzung sei es möglich, die Gesamthöhe der Ersatzvornahmekosten zu beziffern und diese auf die Liegenschaften AG.____, AH.____ und AI.____ aufzuschlüsseln. Das Gutachten habe sich zu äussern,

wie die Ersatzvornahmekosten auf die Liegenschaften AG.____, AH.____ und AI.____ aufzuteilen seien (act. 87 Rz. 59 ff.).

7.2. Rechtliches

Im Rechtsbegehren hat die klagende Partei den Anspruch zu bezeichnen, den sie gegen die beklagte Partei erhebt. Dabei ist das Rechtsbegehren so bestimmt zu formulieren, dass es bei Gutheissung der Klage vom Gericht unverändert zum Urteilsinhalt erhoben und ohne weitere Verdeutlichung vollstreckt werden kann. Unklare Rechtsbegehren sind nach Treu und Glauben auszulegen, wobei nicht nur auf den Wortlaut des Begehrens, sondern auch auf die Klagebegründung abzustellen ist. Auf Klagen mit Rechtsbegehren, die unklar, unvollständig oder unbestimmt sind, ist nicht einzutreten (BGE 133 III 539 E. 4.3 = Pra 97 [2008] Nr. 44; BGE 137 III 617 E. 4.3; BGE 140 III 159 E. 4.2.4).

7.3. Würdigung

7.3.1. Gemäss klägerischer Auffassung sind die drei Stockwerkeigentümergeinschaften AG.____, AH.____ und AI.____ Verfahrensparteien. In ihrem Rechtsbegehren verlangt die klagende Partei indes die Bezahlung eines "Pauschalbetrags" an die Klägerschaft, ohne eine Aufschlüsselung der Ersatzvornahmekosten auf diese vorzunehmen. Die Beklagte wendet zu Recht ein, dass im Hinblick auf eine allfällige Vollstreckung unbestimmt wäre, welche Stockwerkeigentümergeinschaft aufgrund eines zugesprochenen Pauschalbetrags einen Anteil auf dem Betreuungsweg einfordern könnte (act. 75 Rz. 29).

7.3.2. Die klagende Partei behauptet nicht, dass den einzelnen Stockwerkeigentümergeinschaften (in ihrem Aussenverhältnis) gesamthaft der ganze Vorschussbetrag zustehen würde. Vielmehr solle durch das Gutachten eine Aufteilung der Kosten auf die einzelnen Stockwerkeigentümergeinschaften erfolgen. Diese Vorgehensweise erschliesse sich sinngemäss auch aus ihren prozessualen Anträgen (act. 87 Rz. 59 ff.).

7.3.3. Solches erschliesst sich jedoch weder aus dem klägerischen Rechtsbegehren noch aus ihren prozessualen Anträgen. Der prozessuale Antrag Nr. 2 der kla-

genden Partei "*Der Klägerschaft sei nach Erstattung des gerichtlichen Gutachtens Frist für eine genauere Bezifferung des Rechtsbegehrens 1 und 2 zu stellen.*" (act. 2 S. 3; act. 67 S. 2) bezieht sich gemäss Wortlaut auf die *Bezifferung*, nicht jedoch auf die *Aufteilung* der Kosten unter den verschiedenen Stockwerkeigentümergeinschaften.

7.3.4. Das Rechtsbegehren der klagenden Partei erweist sich damit auf eine Aufteilung bzw. Aufschlüsselung der Ersatzvornahmekosten als auch der vorprozessualen Anwaltskosten als zu unbestimmt.

7.3.5. Weder in der Klagebegründung noch in der Replik bringt die klagende Partei substantiierte Ausführungen zu einer etwaigen Aufteilung der Ersatzvornahmekosten bzw. der vorprozessualen Anwaltskosten auf die drei Stockwerkeigentümergeinschaften vor, womit das Rechtsbegehren auch im Lichte der (vor Aktenschluss relevanten) Begründung unklar bliebe (vgl. sinngemäss Ziff. 6.5 hier vor).

7.4. Fazit

Folglich wäre auch infolge eines zu unbestimmten Rechtsbegehrens nicht auf die Klage einzutreten. Hinzuweisen bleibt, dass es entgegen der klagenden Partei (act. 87 Rz. 68) nicht unstatthaft wäre, zum jetzigen Verfahrenszeitpunkt deswegen auf die Klage nicht einzutreten. Die klagende Partei nahm erst in ihrer Replik den Standpunkt ein, dass es sich um drei verschiedene Stockwerkeigentümergeinschaften handle, die zur Problematik hinsichtlich der Bestimmtheit des Rechtsbegehrens geführt hat.

8. Kosten- und Entschädigungsfolgen

8.1. Die Prozesskosten, bestehend aus Gerichtskosten und Parteientschädigung (vgl. Art. 95 Abs. 1 ZPO), werden der unterliegenden Partei auferlegt. Bei Nichteintreten gilt die klagende Partei als unterliegend (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

8.2. Die Auferlegung von Prozesskosten an die "Stockwerkeigentümergeinschaft A.____" als inexistente Partei kommt jedoch nicht in Betracht. Die Beklagte

beantragt deshalb die Auferlegung der Prozesskosten an die einzelnen Stockwerkeigentümer (gemäss Klage) als auch an die Stockwerkeigentümergeinschaften im AG.____, AH.____ und AI.____ unter solidarischer Haftung (act. 75 Rz. 549 f.).

8.3. Gemäss Art. 108 ZPO hat unnötige Prozesskosten zu bezahlen, wer sie verursacht hat. Für die Kostentragung ausreichend ist das Verursachen unnötiger Prozesskosten, ein Verschulden ist nicht vorausgesetzt (Jenny, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 2016, N. 3 ff. zu Art. 108 ZPO).

8.4. Das Bundesgericht hat verbindlich festgelegt, dass die einzelnen Stockwerkeigentümer nicht als Kläger angesehen werden können. Daraus lässt sich entgegen der Beklagten nicht folgern, sie hätten für das vorliegende *erstinstanzliche* Verfahren unnötig Kosten verursacht. Dass eine inexistente Partei als klagende Partei aufgetreten ist, wurde durch die ungenaue Bezeichnung der drei Stockwerkeigentümergeinschaften AG.____, AH.____ und AI.____ verursacht. Wie die Beklagte richtigerweise darlegt, haben sich die drei Stockwerkeigentümergeinschaften AG.____, AH.____ und AI.____ dafür ausgesprochen, Klage gegen die Beklagte zu erheben, wie dem Protokoll der Stockwerkeigentümersammlung vom 27. November 2014 zu entnehmen ist (act. 68/3 S. 3), wobei sie sich durch die klägerischen Rechtsvertreter vertreten liessen (act. 68/1). Dass unnötige Prozesskosten durch die von ihnen gewählte missverständliche Parteibezeichnung entstanden sind, ist insoweit ihnen anzulasten, womit sie die Prozesskosten für das vorliegende Verfahren unnötig verursacht haben. Es ist deshalb angezeigt, die Prozesskosten unter solidarischer Haftbarkeit den Stockwerkeigentümergeinschaften AG.____, AH.____ und AI.____ aufzuerlegen. Aufgrund der beklagtischen Ausführungen in der Duplik (75 Rz. 549 f.) ist ihnen zu einer möglichen Kostenaufgabe auch das rechtliche Gehör gewährt worden, da sie schon in der Stellungnahme vom 1. Oktober 2018 (act. 87) Gelegenheit hatten, sich zu diesen Anträgen zu äussern.

8.5. Die Höhe der Gerichtsgebühr bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG; Art. 96 ZPO i.V.m. § 199

Abs. 1 GOG), während die Höhe der Parteientschädigung gemäss der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 festzusetzen ist (AnwGebV; Art. 96 ZPO i.V.m. § 48 Abs. 1 lit. c und Abs. 2 AnwG). Sowohl die Gerichtsgebühr als auch die Parteientschädigung richten sich in erster Linie nach dem Streitwert bzw. nach dem Streitinteresse (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG; § 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV).

8.6. Der Streitwert wird gemäss Art. 91 Abs. 1 ZPO durch das Rechtsbegehren bestimmt. Da es zu keinem Beweisverfahren mit einer nachträglichen Bezifferung der eingereichten unbezifferten Forderungsklage gekommen ist, hat es beim vorläufig angegebenen Streitwert der klagenden Partei von Fr. 1'000'000.– sein Bewenden, selbst wenn die E.____ AG gar mit höheren Kosten für die Ersatzvornahme rechnet; der von der klagenden Partei vorläufig angegebene Streitwert erscheint jedenfalls nicht offensichtlich unrichtig im Sinne von Art. 91 Abs. 2 ZPO.

8.7. In Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 10 GebV OG ist die Gerichtsgebühr – unter Berücksichtigung des doppelt durchgeführten Schriftenwechsels und weiteren Stellungnahmen (insbesondere zur Partei- und Prozessfähigkeit) und umfangreichen Rechtsschriften, der Schwierigkeit des Falles sowie des Aufwands – vorliegend auf die Grundgebühr von Fr. 30'750.– anzusetzen. Zwar ist es zu keiner Anspruchsprüfung (§ 10 Abs. 1 GebV OG) gekommen, von einer Reduktion der Grundgebühr ist jedoch aufgrund des Aufwandes abzusehen, wobei die ausgebliebene Anspruchsprüfung insoweit zu berücksichtigen ist, als auf eine Erhöhung der Grundgebühr zu verzichten ist.

8.8. Die Parteientschädigung ist in Anwendung von §§ 2, 4 und § 11 AnwGebV festzulegen. Die Grundgebühr ist ausgehend vom Streitwert und angesichts des Zeitaufwands und der Schwierigkeit des Falles leicht zu erhöhen und auf Fr. 35'000.– anzusetzen. Der Anspruch der Grundgebühr entsteht mit der Beantwortung der Klage (§ 11 Abs. 1 AnwGebV). Für die weiteren Rechtsschriften ist die Zusprechung eines Pauschalzuschlags von Fr. 15'000.– gemäss § 11 Abs. 2 AnwGebV angezeigt. Die von der Beklagten beantragte Verdoppelung der Gebühr gemäss §§ 2 und 4 AnwGebV kommt vorliegend nicht in Betracht, zumal

kein Beweisverfahren durchgeführt worden ist und es sich nicht um einen überaus komplexen Baufall handelt.

8.9. Die C.____ AG als Rechtsnachfolgerin der ursprünglich beklagten Parteien unterliegt der Mehrwertsteuerpflicht (UID: CHE-...). Gestützt auf das Kreisschreiben des Obergerichts des Kantons Zürich vom 17. Mai 2006 ist ihr daher kein Mehrwertsteuerzusatz zuzusprechen.

Es wird beschlossen:

1. Auf die Klage wird nicht eingetreten.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 30'750.-.
3. Die Gerichtskosten werden den Stockwerkeigentümergeinschaften AG.____, AH.____ und AI.____, in J.____ [Ort], unter solidarischer Haftung auferlegt und aus dem geleisteten Kostenvorschuss bezogen.
4. Die Stockwerkeigentümergeinschaften im AG.____, AH.____ und AI.____, in J.____ [Ort] werden unter solidarischer Haftung verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von Fr. 50'000.- zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, je als Gerichtsurkunde.
6. Eine Berufung gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen von der Zustellung an im Doppel und unter Beilage dieses Entscheids beim Obergericht des Kantons Zürich, Zivilkammer, Postfach, 8021 Zürich, erklärt werden. In der Berufungsschrift sind die Anträge zu stellen und zu begründen. Allfällige Urkunden sind mit zweifachem Verzeichnis beizulegen.

Zürich, 12. Februar 2019

BEZIRKSGERICHT ZÜRICH
10. Abteilung

Der Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. R. Harris

MLaw A. Geml