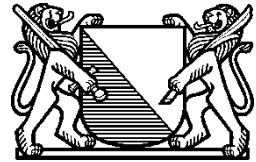


# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LB190009-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. D. Scherrer, Vorsitzende, Oberrichterin  
Dr. L. Hunziker Schnider und Oberrichter Dr. M. Kriech sowie  
Gerichtsschreiberin lic. iur. L. Stünzi

## **Beschluss und Urteil vom 17. Februar 2020**

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Kläger und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_

gegen

1. **B.** \_\_\_\_\_,

2. **C.** \_\_\_\_\_,

3. **D.** \_\_\_\_\_ Immobilien AG,

4. **E.** \_\_\_\_\_ AG Transporte,

Beklagte und Berufungsbeklagte

1, 2, 3, 4 vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. \_\_\_\_\_

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen einen Beschluss und ein Urteil des Bezirksgerichtes Meilen  
vom 28. Dezember 2018 (CG140029-G)**

**Rechtsbegehren:**

(Urk. 2 S. 2 f.)

- "1. Es seien die Beklagten zu verpflichten, dem Kläger sein ausstehendes Rest-Bauleiterhonorar für die Überbauung F. \_\_\_\_\_ - Strasse in der Höhe von CHF 40'018.30 oder einen nach Massgabe des Beweisergebnisses höheren Betrag sowie Auslagenersatz in der Höhe von CHF 7'248.15 zu bezahlen, zuzüglich Zins von
- 5 % auf CHF 21'578.00 seit dem 1. März 2012
  - 5 % auf CHF 12'582.00 seit dem 29. März 2012
  - 5 % auf CHF 5'158.10 seit dem 30. Juli 2012
  - 5 % auf CHF 7'248.15 seit dem 23. März 2012.

Es seien die Beklagten zu verpflichten, den Kläger für die von ihm bezahlten Friedensrichterkosten zu entschädigen.

Der Beklagte Nr. 1 sei zu verpflichten, dem Kläger die Zahlungsbefehlskosten in der Höhe von CHF 103.00 in der Betreuung Nr. 1 des Betreibungsamtes Uster zu ersetzen.

2. In der Betreuung Nr. 1 des Betreibungsamtes Uster gegen den Beklagten Nr. 1 (Zahlungsbefehl vom 30. April 2012) sei dem Kläger Rechtsöffnung zu gewähren.
3. [...]
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten."

**"Präzisiertes" Rechtsbegehren:**

(Urk. 67 S. 2)

"Es sei dem Kläger auch das aus seiner nach Klageerhebung bzw. nach dem 1. Juli 2012 erbrachten Bauleitungstätigkeit entstandene Bauleiterhonorar (korrelierend mit den nach diesem Datum entstandenen Baukosten) zu erstatten."

**Beschluss und Urteil des Bezirksgerichtes Meilen vom 28. Dezember 2018:**

(Urk. 97 S. 44 f.)

1. Die Beklagten werden verpflichtet, dem Kläger CHF 7'248.15 zzgl. Zins von 5 % seit 23. März 2012 aus dem Gesellschaftsvermögen zu bezahlen.

Im Mehrumfang wird die Klage abgewiesen soweit darauf überhaupt eingetreten werden kann.

2. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf CHF 7'950.—.
3. Die Gerichtskosten von total CHF 13'725.— (Entscheidgebühr von CHF 7'950.—; Kosten des Schlichtungsverfahrens von CHF 475.—; zweitinstanzliche Entscheidgebühr nach Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich vom 21. August 2014 von CHF 5'300.—) werden dem Kläger im Umfang von CHF 11'666.25 und den Beklagten (solidarisch) im Umfang von CHF 2'058.75 auferlegt. Die Gerichtskosten werden von den Kostenvorschüssen des Klägers soweit ausreichend bezogen.
4. Der Kläger wird verpflichtet, den Beklagten folgende Parteientschädigungen zu bezahlen:
  - dem Beklagten 1: CHF 2'332.25 (Mehrwertsteuer inklusive);
  - dem Beklagten 2: CHF 2'332.25 (Mehrwertsteuer inklusive);
  - der Beklagten 3: CHF 2'159.50;
  - sowie der Beklagten 4: CHF 2'159.50.
5. (Schriftliche Mitteilung)
6. (Rechtsmittelbelehrung: Berufung, 30 Tage bzw. Beschwerde gegen Dispositivziffer 2-4, 30 Tage)

### **Berufungsanträge:**

des Klägers und Berufungsklägers (Urk. 96 S.2 ff.):

- "1. Das angefochtene Urteil sei aufzuheben, soweit darin dem klägerischen Rechtsbegehren nicht entsprochen wurde.
- 1.1 In Korrektur von Dispositiv-Ziffer 1 sei die Klage vollständig gutzuheissen und seien die Beklagten zu verpflichten, dem Kläger (zusätzlich zum zugesprochenen Betrag von CHF 7'248.15 zzgl. Zins von 5% seit 23. März 2012) den Betrag von CHF 40'018.30.— zu bezahlen, zuzüglich Zins von 5% auf CHF 21'578.00 seit dem 1. März 2012

5% auf CHF 12'582.00 seit dem 29. März 2012

5% auf CHF 5'158.10 seit dem 30. Juli 2012.

- 1.2 Eventuell sei das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zur erneuten Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
- 1.3 Dispositiv- Ziffern 3 und 4 seien entsprechend der beantragten Urteilskorrektur anzupassen. Die Gerichtskosten seien (inkl. den Zahlungsbefehlskosten in der Höhe von CHF 103.-- in der Betreuung Nr. 1 des Betreibungsamtes Uster) vollumfänglich den Beklagten aufzuerlegen und dem Kläger sei für das vorinstanzliche Verfahren eine angemessene Umtriebsentschädigung zuzusprechen.
- 1.4 In der Betreuung Nr. 1 des Betreibungsamtes Uster gegen den Beklagten Nr. 1 (Zahlungsbefehl vom 30. April 2012) sei der Rechtsvorschlag zu beseitigen.
2. Unabhängig von Begehren 1 sei auf jeden Fall das Kostendispositiv des angefochtenen Urteils wie folgt anzupassen:
  - 2.1 Dem Kläger seien für seine prozessualen Aufwendungen im Zusammenhang mit der Schiedsabrede der Beklagten, die zu den Entscheiden des Bezirksgerichts im Verfahren CG120023 vom 21. Mai 2013 und des Obergerichts im Verfahren LB130027 vom 9. Oktober 2013 führten, Prozessentschädigungen in der Höhe von CHF 5'730.00 zuzusprechen. Entsprechend seien die in Dispositiv-Ziffer 4 des angefochtenen Urteils festgesetzten Beträge um gesamthaft CHF 5'730 zu reduzieren.
  - 2.2 Die im Verfahren vor Obergericht LB130027 (Urteil vom 9. Oktober 2013) vom Kläger erhobene Prozesskaution in der Höhe von CHF 4'750.00 sei ihm zurückzuerstatten und die auf ihn entfallende Gebührenauflage gemäss Dispositiv-Ziffer 3 entsprechend zu reduzieren.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beklagten."

der Beklagten und Berufungsbeklagten (Urk. 104 S. 2):

"Es sei die Berufung abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

Es sei die Kostenbeschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWSt betreffend die Beklagten 1 und 2) zulasten des Klägers."

## **Erwägungen:**

### **I.**

Am 17. Januar 2008 schlossen der Kläger und Berufungskläger (nachfolgend: Kläger) und die vier Beklagten und Berufungsbeklagten (nachfolgend: die Beklagten) einen Konsortialvertrag. Darin vereinbarten sie die Bildung eines Baukonsortiums in der rechtlichen Form der einfachen Gesellschaft mit dem Namen "Konsortium F.\_\_\_\_-Strasse". Zweck des Konsortiums war, ein Grundstück in G.\_\_\_\_ zu kaufen, zu überbauen und im Stockwerkeigentum gewinnbringend zu veräussern. Der Kläger erhebt gegenüber den Beklagten eine Forderungsklage, mit welcher er einen Restanspruch aus seinem Bauleitermandat betreffend die Überbauung "F.\_\_\_\_-Strasse" in der Höhe von CHF 40'018.30 - bzw. einen nach Massgabe des Beweisergebnisses höheren Betrag - sowie Auslagenersatz in der Höhe von CHF 7'248.15 geltend macht.

### **II.**

Der Kläger hatte das Verfahren am 27. Juli 2012 bei der Vorinstanz anhängig gemacht (Urk. 1 und 2). Der weitere Prozessverlauf vor Vorinstanz kann dem angefochtenen Urteil entnommen werden (Urk. 97 S. 3 f.). Gegen das am 28. Dezember 2018 gefällte Urteil hat der Kläger mit Berufungsschrift vom 13. Februar 2019 rechtzeitig Berufung erhoben (Urk. 96). Der Kläger hat einen Kostenvorschuss von Fr. 4'750.- geleistet (Urk. 102). Die Berufungsantwortschrift datiert vom 20. Mai 2019 (Urk. 104). Mit Eingabe vom 1. Juli 2019 ersuchte der Kläger um Fristansetzung zur Erstattung einer Replik (Urk. 107), welchem Begehren mit Verfügung vom 3. Juli 2019 nachgekommen wurde (Urk. 107). Mit Eingabe vom 20. August 2019 hat der Kläger eine Stellungnahme zur Berufungsantwort eingereicht, welche den Beklagten zur Kenntnisnahme zugestellt wurde (Urk. 108). Das Verfahren ist spruchreif.

Da die I. Zivilkammer per 1. Januar 2020 neu konstituiert worden ist, wirkt im vorliegenden Verfahren neu Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider als Referentin.

### III.

1. Der Kläger ficht den vorinstanzlichen Entscheid an, soweit seinen Rechtsbegehren darin nicht entsprochen wurde (Urk. 96 S. 2 f.). Die Beklagten haben weder Berufung noch Anschlussberufung erhoben. Da die Berufung die Rechtskraft und Vollstreckbarkeit des angefochtenen Entscheids nur im Umfang der Anträge hemmt (Art. 315 Abs. 1 ZPO), ist Dispositiv-Ziffer 1 insoweit in Rechtskraft erwachsen, als die Klage (bezüglich Auslagenersatz samt Zinsen) gutgeheissen wurde. Dies ist vorzumerken.

2. Mit der Berufung kann sowohl die unrichtige Rechtsanwendung als auch die unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). In der Berufungsschrift sind die Behauptungen bestimmt und vollständig aufzustellen. Zudem muss sie – im Gegensatz zur Klageschrift – nicht nur eine tatsächliche, sondern auch eine rechtliche Begründung enthalten (Reetz/Theiler, in: Sutter-Somm et al., ZPO Komm., Art. 311 N 36). Der Berufungskläger hat mittels klarer und sauberer Verweisungen auf die Ausführungen vor der Vorinstanz zu zeigen, wo er die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben hat. Die Parteien haben die von ihnen kritisierten Erwägungen des angefochtenen Entscheids wie auch die Aktenstücke, auf die sie ihre Kritik stützen, genau zu bezeichnen (BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 4A\_580/2015 vom 11.04.2016, E. 2.2 [nicht publiziert in BGE 142 III 271]). Was nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden. Es ist nämlich nicht Sache der Rechtsmittelinstanz, die Akten und die Rechtsschriften der Vorinstanz zu durchforsten, um festzustellen, was welche Partei wo ausgeführt hat. Damit ist gesagt, dass die Berufungsschrift weder eine pauschale Verweisung auf die bei der Vorinstanz eingereichten Rechtsschriften noch eine neuerliche Darstellung der Sach- oder Rechtslage enthalten darf, welche nicht darauf eingeht, was vor der Vorinstanz vorgebracht worden ist. Pauschale Verweisungen auf die vor der Vorinstanz eingebrachten Rechtsschriften sind namentlich dann unzulässig, wenn sich die Vorinstanz mit den Ausführungen des Berufungsklägers auseinandergesetzt hat. Stützt sich der angefochtene Entscheid auf meh-

rere selbständige Begründungen, muss sich der Berufungskläger in der Berufungsschrift mit allen Begründungen auseinandersetzen. Das Gleiche gilt im Falle von Haupt- und Eventualbegründung. Auch hier muss sich der Berufungskläger mit beiden Begründungen auseinandersetzen (Hungerbühler/Bucher, DIKE-Komm-ZPO, Art. 311 N 42 f.). Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist das Berufungsgericht nicht gehalten, von sich aus wie eine erstinstanzliche Gerichtsbehörde alle sich stellenden tatsächlichen und rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn keine entsprechenden Rügen der Parteien vor der zweiten Instanz vorliegen. Abgesehen von offensichtlichen Mängeln hat sich das Berufungsgericht grundsätzlich auf die Beurteilung der in der Berufung und Berufungsantwort gegen das erstinstanzliche Urteil erhobenen Beanstandungen zu beschränken. Die Rügen der Parteien geben mithin das Prüfungsprogramm der Berufungsinstanz vor; der angefochtene Entscheid ist grundsätzlich nur auf die gerügten Punkte hin zu überprüfen. In rechtlicher Hinsicht ist das Berufungsgericht, in Anwendung des Grundsatzes *iura novit curia*, bei dieser Prüfung jedoch weder an die Erwägungen der ersten Instanz noch an die Argumente der Parteien gebunden. In tatsächlicher Hinsicht ist es nicht an die Feststellungen des erstinstanzlichen Gerichts gebunden, auch wenn mangels entsprechender Sachverhaltsrügen der Parteien im Berufungsverfahren der erstinstanzliche Entscheid nach dem Gesagten in der Regel als Grundlage des Rechtsmittelverfahrens dient (BGE 144 III 394 E. 4.1.4 m.w.H.).

Die Vorinstanz hat sich eingehend mit dem unbezifferten Teil der Forderungsklage und dem "Präzisierten Rechtsbegehren" des Klägers auseinandergesetzt (Urk. 97 S. 7-14). Sie kam zum Schluss, auf den unbezifferten Teil des Rechtsbegehrens bzw. das neue separate Rechtsbegehren sei nicht einzutreten (Urk. 97 S. 14). Soweit der Kläger moniert, er habe keine unbezifferte Klage erhoben, die vorinstanzlichen Ausführungen aber einzig und pauschal als unerfindlich oder nicht einleuchtend bezeichnet (Urk. 96 S. 31), kommt er seiner Begründungspflicht nicht nach. Er leitet aus seinen Vorbringen auch nichts ab. Auf diese ist nicht weiter einzugehen.

3. Wer sich auf neue Tatsachen beruft (Art. 317 Abs. 1 ZPO), hat zu substantiieren und zu beweisen, dass er die entsprechenden Noven unverzüglich nach ihrer Entdeckung vorgebracht hat und dass er sie trotz Anwendung zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz hat vorbringen können (Reetz/Hilber, in: Sutter-Somm et al., ZPO Komm., Art. 317 N 34). Wer sich auf (unechte) Noven beruft, hat deren Zulässigkeit darzutun und ihre Voraussetzungen notwendigenfalls zu beweisen (BGE 143 III 42 E. 4.1 S. 43; BGer 5A\_86/2016 vom 5. September 2016, E. 2.1, je m.w.H.). Werden Tatsachenbehauptungen oder Beweisanträge im Berufungsverfahren bloss erneuert, ist unter Hinweis auf konkrete Aktenstellen aufzuzeigen, dass und wo sie bereits vor Vorinstanz eingebracht wurden; andernfalls gelten sie als neu. Neue rechtliche Argumente (Vorbringen zum Recht) stellen keine Noven im Sinne von Art. 317 Abs. 1 ZPO dar und können in der Berufung uneingeschränkt vorgetragen werden (BGer 4A\_519/2011 vom 28. November 2011, E. 2.1; 5A\_351/2015 vom 1. Dezember 2015, E. 4.3). Sie dürfen sich allerdings nicht auf unzulässige neue Tatsachen stützen.

#### IV.

1. Die Vorinstanz hat die im erstinstanzlichen Verfahren eingenommenen Parteistandpunkte zur Honorarforderung im angefochtenen Entscheid zusammenfassend wiedergegeben, ohne dass die Parteien diesbezüglich Beanstandungen erheben, weshalb vorab auf diese Erwägungen verwiesen werden kann (Urk. 97 S. 16 f.).

Die Vorinstanz erwog, es sei unbestritten, dass der Kläger die Bauleitung übernommen und dafür grundsätzlich eine Vergütung zugute habe. Es sei von einem Bauleitervertrag auszugehen, welcher dem Auftragsrecht unterstehe. Dem Beauftragten sei nach Art. 394 Abs. 3 OR eine Vergütung zu leisten, wenn sie verabredet oder üblich sei. Eine Vereinbarung über das Honorar des Klägers werde von den Beklagten bestritten (Urk. 97 S. 17 f.). Die Vorinstanz kam zum Schluss, eine Vereinbarung der Parteien über das Honorar des Klägers scheitere bereits am vertraglichen Formvorbehalt (Urk. 92 S. 31 i.V.m. S. 18 ff.). Aber auch



unabhängig vom Formvorbehalt gelinge dem Kläger der Nachweis einer (rechts-  
genügenden) baukostenabhängigen Honorarvereinbarung nicht (Urk. 97 S. 31).  
Der direkte Beweis einer mündlichen Vereinbarung misslinge dem Kläger. Er  
bringe nicht konkret vor, wer genau wann mit wem was vereinbart haben solle.  
Beweismittel offeriere er keine (Urk. 97 S. 20 ff.). Auch das Zustandekommen ei-  
ner Honorarabrede durch "konkludentes Handeln" verneint die Vorinstanz. Dass  
die Akontorechnungen beglichen worden seien, begründe nicht die Honorarver-  
einbarung, wie sie der Kläger geltend mache (Urk. 97 S. 22 ff., insb. S. 25). Aus  
dem früheren Projekt "H. \_\_\_\_\_-Strasse" allein, bei welchem der Honoraranspruch  
des damaligen Bauleiters baukostenabhängig gewesen sei, lasse sich keine kon-  
kludente Willensäusserung ableiten und könne auch nicht auf eine Usanz ge-  
schlossen werden (Urk. 97 S. 26 f.). Ebenso lasse sich aus den Architektenver-  
trägen nichts zu seinen Gunsten ableiten (Urk. 97 S. 27 f.). Schliesslich qualifizier-  
te die Vorinstanz auch das Schreiben des Klägers vom 10. August 2011 nicht als  
sog. kaufmännisches Bestätigungsschreiben (Urk. 97 S. 28 ff.) und verneinte  
auch eine Genehmigung des Honorars anlässlich der Gesellschafterversammlung  
vom 17. November 2011 (Urk. 97 S. 31).

Da eine Honorarvereinbarung nicht erstellt sei, prüfte die Vorinstanz den  
Honoraranspruch des Klägers bei Aufwandvergütung i.S. von Art. 394 Abs. 3 OR  
und verneinte diesen. Der Kläger habe es jedenfalls unterlassen, die Notwendig-  
keit und Angemessenheit der geltend gemachten gut 2'000 Stunden Arbeit zu be-  
haupten und zu substantiieren (Urk. 97 S. 31ff.).

2. Vorab ist auf die Frage einzugehen, ob ein vertraglicher Schriftform-  
vorbehalt besteht. Die Vorinstanz stellte fest, dass die Honorarvereinbarung zwi-  
schen den Parteien einem Schriftlichkeitsvorbehalt mit konstitutiver Wirkung un-  
terstehe (Urk. 97 S. 18 ff.). Trifft diese Auffassung zu, erübrigt es sich, die weite-  
ren Vorbringen des Klägers zur behaupteten Honorarvereinbarung zu prüfen, da  
eine schriftliche Vereinbarung unbestrittenermassen nicht vorliegt.

2.1 Der Kläger macht im Berufungsverfahren geltend, die Vorinstanz ha-  
be gegen den Verhandlungsgrundsatz verstossen. Dass der vom Kläger monierte  
mündliche bzw. konkludent geschlossene Vertrag der Schriftform bedurft hätte,

um gültig zu sein, sei von den Beklagten nicht behauptet worden. Es finde sich in den Rechtsschriften der Beklagten nirgends die Behauptung, Ziffer X. Abs. 2 des Konsortialvertrages habe eine Formvorschrift im Sinne von Art. 16 OR enthalten (Urk. 96 S. 27 f.). Aufgrund der Vorbringen der Beklagten habe er keinen Anlass zur Annahme gehabt, dass sich das Gericht auf diesen Standpunkt stellen könnte. Das Gericht hätte ihn daher zu dieser Frage anhören müssen (Urk. 96 S. 28). Ziffer X. Abs. 2 des Konsortialvertrages enthalte sodann gar keinen Schriftlichkeitsvorbehalt. Das vorinstanzliche Auslegungsergebnis sei nicht haltbar (Urk. 96 S. 28 f.). Eventualiter macht der Kläger eine Aufhebung des Formvorbehaltes durch vorbehaltlose Entgegennahme der klägerischen Dienstleistung geltend (Urk. 96 S. 29 f.).

Die Beklagten bezeichnen den Vorwurf des Verstosses gegen den Verhandlungsgrundsatz als verfehlt und halten dafür, einen Schriftlichkeits- und Genehmigungsvorbehalt einer allfälligen Honorarvereinbarung geltend gemacht zu haben (Urk. 104 S. 6 f.). Als neu und damit verspätet werten die Beklagten die Behauptung des Klägers, Ziffer X. Abs. 2 des Konsortialvertrages enthalte keinen Schriftlichkeits- bzw. Genehmigungsvorbehalt. Zu Recht stelle die Vorinstanz weiter fest, der Kläger habe nicht behauptet, dass die Parteien je den Willen gehabt hätten, den Formvorbehalt aufzuheben. Seine heutigen Behauptungen seien somit verspätet (Urk. 104 S. 7).

2.2 In Verfahren, die - wie vorliegend - vom Verhandlungsgrundsatz beherrscht sind, tragen die Parteien die Verantwortung für die Beschaffung des Tatsachenstoffes. Sie haben dem Gericht die Tatsachen, auf die sie ihre Begehren stützen, darzulegen und die Beweismittel anzugeben (Art. 55 Abs. 1 ZPO). Die Parteien trifft die sog. Behauptungslast. Welche Tatsachen zu behaupten sind, hängt vom Tatbestand der Norm ab, auf welche der geltend gemachte Anspruch abgestützt wird. Die Parteien haben alle Tatbestandselemente der materiellrechtlichen Normen zu behaupten, die den von ihnen angekehrten Anspruch begründen (BGer 4A\_210/2009 vom 7. April 2010, E. 3.2 mit Hinweisen; 4A\_724/2016 vom 19. Juli 2017, E. 3.1 mit Hinweisen). Das Gericht darf seinem Urteil grundsätzlich nur solche Tatsachen zugrunde legen, die von einer Partei im Prozess

behauptet worden sind. Es darf den Sachverhalt nicht von sich aus ergänzen oder berichtigen (Glasl, DIKE-Komm-ZPO, Art. 55 N 7, BSK ZPO-Gehri, Art. 55 N 3). Hingegen wendet das Gericht das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO; "iura novit curia") und subsumiert den feststehenden Sachverhalt unter die relevanten Rechtsnormen.

Der Behauptungslast ist Genüge getan, wenn die Parteien in ihrem Tatsachenvortrag in allgemeiner Weise sämtliche Tatsachen benennen, welche unter die ihr Begehren stützenden Normen zu subsumieren sind. Ein solchermassen vollständiger Tatsachenvortrag wird als schlüssig bezeichnet, da er bei Unterstellung, er sei wahr, den Schluss auf die angebehrte Rechtsfolge zulässt. Bestreitet der Prozessgegner den schlüssigen Tatsachenvortrag der behauptungsbelasteten Partei, greift eine über die Behauptungslast hinausgehende Substantiierungslast. Die Vorbringen sind diesfalls nicht nur in den Grundzügen, sondern in Einzeltatsachen zergliedert so umfassend und klar darzulegen, dass darüber Beweis abgenommen oder dagegen der Gegenbeweis angetreten werden kann (BGer 4A\_210/2009 vom 7. April 2010, E. 3.2 mit Hinweisen; BGE 127 III 365 E. 2b S. 368).

Ist für einen Vertrag, der gemäss Gesetz an keine Form gebunden ist, die Anwendung einer solchen vorbehalten worden, so wird nach Art. 16 Abs. 1 OR vermutet, dass die Parteien vor der Erfüllung der Form nicht verpflichtet sein wollen. Diese Vermutung kann widerlegt werden durch den Nachweis, dass der Formabrede nach dem Parteiwillen nur deklaratorische Bedeutung zukommt oder dass sie nachträglich aufgehoben worden ist. Die Aufhebung ist auch stillschweigend oder durch konkludentes Handeln möglich, wie insbesondere dann, wenn die Parteien sich über die vereinbarte Form hinwegsetzen oder den Vertrag vorbehaltlos erfüllen. Der Beweis für den vertraglichen Formvorbehalt obliegt jener Partei, die sich auf die Unwirksamkeit des mündlich Vereinbarten beruft, während bei feststehendem Formvorbehalt die Beweislast für die Umstossung der gesetzlichen Vermutung von Art. 16 OR diejenige Partei trifft, die trotz Nichteinhaltung der Form die Gültigkeit des mündlich Vereinbarten behauptet (BSK OR I-Schwenzer, Art. 16 N 6, 10 und 12; BGE 125 III 263 E. 4c S. 268 mit Hinweisen).

2.3 Nach den Feststellungen der Vorinstanz zum Prozesssachverhalt haben die Beklagten in der Klageantwort (Urk. 48 Rz. 16 -19) eine Vereinbarung über das Honorar des Klägers bestritten und einen vertraglichen Schriftformvorbehalt geltend gemacht. Es kann auf die zusammenfassende Wiedergabe der Vorbringen der Beklagten durch die Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 97 S. 17). Danach haben die Beklagten u.a. geltend gemacht, wesentlich sei der Abschluss von schriftlichen Verträgen gewesen, welche dem Konsortium zur Genehmigung hätten vorgelegt werden müssen. Es trifft zwar - wie der Kläger geltend macht (Urk. 96 S. 27, S. 28) - zu, dass sich die Beklagten nicht wörtlich auf die Formungültigkeit der behaupteten Honorarvereinbarung bzw. auf die Formvorschrift im Sinne von Art. 16 OR berufen und das Wort Formungültigkeit nicht benutzt bzw. Art. 16 OR nicht zitiert haben. Dies ist aber auch nicht erforderlich, nachdem nur das Tatsächliche behauptet werden muss, und das Gericht von Amtes wegen die Subsumtion unter die relevanten Rechtsnormen vornimmt. Entgegen der Ansicht des Klägers haben die Beklagten unter Berufung auf Ziffer X. Abs. 2 des Konsortialvertrages sehr wohl geltend gemacht, dass ein solcher Vertrag der Schriftform bedurft hätte, indem sie vorbringen, es sei kein schriftlicher Vertrag zur Genehmigung vorgelegt worden. Die Beklagten verweisen dazu im Berufungsverfahren auch auf weitere von der Vorinstanz nicht genannte Belegstellen in ihren erstinstanzlichen Rechtsschriften (vgl. Urk. 104 S. 6 Rz. 9 mit Verweis auf Urk. 48 Rz. 19, 67 und 74 f., Urk. 69 Rz. 183). Sie machten also gegenüber der behaupteten Honorarvereinbarung einen Schriftlichkeits- und Genehmigungsvorbehalt geltend. In welchem Kontext die Wesentlichkeit schriftlicher Verträge begründet wurde, nämlich mit Argumenten der Kostenkontrolle im Rahmen von Kostenvoranschlag und Bauabrechnung (so der Kläger, Urk. 96 S. 27), ist nicht relevant und ändert nichts am geltend gemachten Schriftlichkeitsvorbehalt. Dass sich die Ausführungen der Beklagten einzig darauf bezogen hätten, dass der Kläger die vereinbarten Modalitäten zur "Ermittlung der mittleren Konkurrenzpreise" nicht beachtet habe (Urk. 96 S. 27), trifft nicht zu. So führten die Beklagten aus (Urk. 48 Rz. 18): "Wesentlich war auch der Abschluss von schriftlichen Verträgen, welche dem Konsortium zur Genehmigung hätten vorgelegt werden müssen. Durch schriftliche Verträge mit klaren Preisen, basierend auf einer sauberen Ausschreibung, hätten

Streitigkeiten über Kostenüberschreitungen gegenüber dem Kostenvoranschlag verhindert werden können. Es wäre auch so von Anfang an klar geworden, dass die Kosten- und Ertragsschätzung des Klägers unrealistisch war, und deshalb auf die Ausführung des Projekts hätte verzichtet werden sollen." Eine Verletzung des Verhandlungsgrundsatzes durch die Vorinstanz liegt nicht vor.

Ebenso wenig musste die Vorinstanz den Kläger zur Frage des Vorliegens eines Formvorbehalts "gesondert" anhören. Aus dem Grundsatz "iura novit curia" (Art. 57 ZPO) können sich Einschränkungen des Rechts auf Anhörung ergeben. Das Gericht kann auch Rechtssätze anwenden, welche die Parteien nicht erwähnt haben. Gedenkt das Gericht aber den Entscheid auf rechtliche Begründungen abzustützen, die weder im vorangehenden Verfahren erwähnt, noch von einer der Parteien geltend gemacht wurden und die für die Parteien nicht vorhersehbar waren, sind diese darauf hinzuweisen (BGE 135 III 35 E. 5 S. 39 f.; BGer 4A\_35/2013 vom 15. März 2013, E. 4; 4A\_165/2008 vom 11. November 2008, E. 7.1). Es trifft - wie bereits erwogen - zu, dass sich in den Rechtsschriften der Beklagten nirgends die explizite Behauptung findet, Ziffer X. Abs. 2 des Konsortialvertrages enthalte eine Formvorschrift im Sinne von Art. 16 OR (Urk. 96 S. 28). Dass die Behauptung eines Schriftlichkeitsvorbehalts unter Art. 16 OR subsumiert wird, ist indes naheliegend. Es handelt sich dabei nicht um eine überraschende Rechtsanwendung bzw. eine nicht vorhersehbare rechtliche Lösung, mit welcher der anwaltlich vertretene Kläger nicht zu rechnen gehabt hätte. Auch eine Verletzung des rechtlichen Gehörs liegt nicht vor.

2.4. Zu prüfen ist ferner der Einwand des Klägers, Ziffer X. Abs. 2 des Konsortialvertrages enthalte keinen Schriftlichkeitsvorbehalt bzw. das vorinstanzliche Auslegungsergebnis sei nicht haltbar (Urk. 96 S. 28). Entgegen dem Dafürhalten der Beklagten (Urk. 104 S. 7 Rz. 11) handelt es sich bei der Behauptung, der Konsortialvertrag enthalte keinen Schriftlichkeitsvorbehalt, nicht um ein Novum, ansonsten die Vorinstanz die Frage nicht hätte prüfen müssen (Urk. 97 S. 18f.). Die Vorinstanz ging wohl - zu Recht - von einer impliziten Bestreitung durch den Kläger aus, indem dieser den Abschluss einer gültigen mündlichen Vereinbarung behauptete. Ziffer X. Abs. 2 des Konsortialvertrages lautet:

"Jeder Gesellschafter ist berechtigt, Arbeiten aus seiner Branche zu mittleren Konkurrenzpreisen zu übernehmen. Die Geschäftsführung hat die mittleren Konkurrenzpreise aus der Offertstellung des Gesellschafters und drei unabhängigen Unternehmen festzulegen. Der Werkvertrag ist der Gesellschafterversammlung zur Genehmigung vorzulegen."

Richtig ist zwar, dass ein ausdrücklicher Schriftformvorbehalt darin nicht enthalten ist. Die Vorinstanz hat jedoch aus dem Umstand, dass die Werkverträge der Gesellschafterversammlung vorzulegen sind, geschlossen, dass dies nur möglich ist, wenn diese schriftlich geschlossen wurden. Die Vorlage geschehe sodann zur Genehmigung. Der Kläger hält dem entgegen, wörtlich umfasse eine "Vorlage" auch eine mündliche Vorlage und auch eine "Genehmigung" könne ohne Weiteres mündlich erfolgen (Urk. 96 S. 28). Das vermag nicht zu überzeugen. Gemäss Duden hat das Verb "vorlegen" insbesondere die Bedeutung, etwas vor jemanden zur Ansicht, Begutachtung, Bearbeitung o.ä. hinzulegen bzw. etwas schriftlich Ausgearbeitetes zu unterbreiten, damit darüber Beschluss gefasst wird. Nach dem üblichen Sprachgebrauch wird ein Vertrag denn auch kaum mündlich vorgelegt, sondern wenn, dann mündlich unterbreitet. Die mündliche "Vorlage" eines, allenfalls viele Seiten umfassenden, (Bau-)Werkvertrages dürfte denn auch nicht gebräuchlich sein und kaum vorkommen (und ist nicht damit gleichzusetzen, dass ein Werkvertrag auch mündlich geschlossen werden kann). Die Schlussfolgerung der Vorinstanz, die Vorlage des Werkvertrages sei nur möglich, wenn dieser schriftlich geschlossen werde, ist daher nicht zu beanstanden. Auch Sinn und Zweck eines Formvorbehalts (teleologische Auslegung, Urk. 96 S. 29), wonach die Parteien vor übereilten Vertragsabschlüssen zu schützen seien, steht dem Auslegungsergebnis der Vorinstanz nicht entgegen. Abgesehen davon, dass es sich bei der pauschalen klägerischen Behauptung, es habe unter keinem Titel ein entsprechendes Schutzbedürfnis der Parteien bestanden, um eine neue und damit unbeachtliche Behauptung handelt, ist weder konkret behauptet noch ersichtlich, weshalb ein solches Schutzbedürfnis nicht gegeben sein sollte. Soweit der Kläger das Verhalten der Beklagten und die Verträge zwischen dem Konsortium und den Beklagten sowie den Grundsatz von Treu und Glauben bei der Auslegung berücksichtigt haben möchte (Urk. 96 S. 29), handelt es sich dabei um (be-

strittene) neue Behauptungen, die nicht mehr berücksichtigt werden können. Das vorinstanzliche Auslegungsergebnis ist daher nicht zu beanstanden.

2.5 Die Vorinstanz stellte schliesslich fest, der Kläger habe nicht behauptet, dass die Parteien je den Willen gehabt hätten, den Formvorbehalt aufzuheben (Urk. 97 S. 20). Soweit sich der Kläger im Berufungsverfahren eventualiter auf die Aufhebung des Formvorbehalts durch vorbehaltlose Entgegennahme der klägerischen Dienstleistung beruft, erfolgen seine in diesem Zusammenhang gemachten (bestrittenen, Urk. 104 S. 7 Rz. 12) Ausführungen (Urk. 96 S. 29 f.) daher verspätet und sind nicht mehr zu berücksichtigen.

2.6 Nach dem Gesagten scheitert die behauptete Vereinbarung eines baukostenabhängigen Honoraranspruchs bereits an der für den Bestand und damit die Verbindlichkeit der Honorarvereinbarung erforderlichen Schriftlichkeit. Die Prüfung des Vorliegens einer mündlichen oder konkludenten Honorarvereinbarung kann damit unterbleiben.

3. Die Vorinstanz prüfte weiter, ob der vom Kläger geltend gemachte Anspruch auch gegeben sei, wenn die von ihm behauptete Honorarvereinbarung nicht bestehe ("übliches" Honorar im Sinne von Art. 394 Abs. 3 OR; Urk. 97 S. 31 ff.). Sie erwog, der Kläger habe behauptet, 2'114 Stunden geleistet zu haben, die bei einem "mittleren Ansatz gemäss KBOB oder Empfehlungen der SIA von CHF 140/h" einen Honoraranspruch von fast CHF 300'000.– ergäben. Würden davon die bereits geleisteten Akontozahlungen von CHF 149'126.– abgezogen, bliebe ein Ausstand von CHF 169'327.– und damit erheblich mehr, als der Kläger vorliegend geltend mache (Urk. 97 S. 32 f.). Die Beklagten hätten den behaupteten Stundenaufwand sowie dessen Notwendigkeit und Angemessenheit bestritten. Es wäre am Kläger gelegen, ausreichende Behauptungen und Substantiierungen aufzustellen. Dies unterlasse er; aus keiner seiner Eingaben ergebe sich, was er in diesen gut 2'000 Stunden geleistet haben wolle und weshalb dies notwendig und angemessen gewesen sei. Es mangle damit möglicherweise schon an einer rechtsgenügend substantiierten Behauptung der überhaupt geleisteten Stunden, aber jedenfalls an einer Substantiierung, die die Prüfung der Notwendigkeit und Angemessenheit dieser Stunden erlauben würde. Selbst wenn der Kläger also

den Umfang der Stunden genügend behauptet hätte, sei darüber nicht Beweis abzunehmen. Denn in Anwendung von Art. 8 ZGB sei davon auszugehen, dass die Stunden gar nicht notwendig und angemessen gewesen seien, da das Gegenteil nicht rechtsgenügend behauptet worden sei (Urk. 97 S. 34). Selbst wenn man aber die Vorbringen des Klägers als genügend erachten sollte, könne er weder den Aufwand an sich und erst recht nicht dessen Notwendigkeit und Angemessenheit beweisen. Die in seiner Replik als Beweisofferte aufgeführten "Arbeitsrapporte Dez. 2007 bis August 2012 - Nachreichung im Bestreitungsfall vorbehalten" habe er nicht nachgereicht. Überdies würden für Urkunden neben der Einreichungspflicht auch die allgemeinen Regeln für Beweisofferten gelten. Dazu zähle namentlich, dass Urkunden genau zu bezeichnen seien. Das tue der Kläger nicht. Die vom Kläger behaupteten 2'114 Arbeitsstunden seien deshalb auch mangels genügender Beweisofferte zu ihrer Erbringung und insbesondere ihrer Notwendigkeit und Angemessenheit dem Entscheid nicht zugrunde zu legen (Urk. 97 S. 35 f.).

3.1 Der Kläger beanstandet diese Erwägungen der Vorinstanz nicht. Er macht indes geltend (Urk. 96 S. 33 f.), von ihm werde Unmögliches verlangt. Wenn er erst Jahre nach der Bau- und Garantieabnahme damit konfrontiert werde, dass er aus prozessualen Gründen seine Aufwände detailliert zu rapportieren und darüber hinaus zu erläutern habe, warum die jeweiligen Tätigkeiten im jeweiligen Umfang auch effektiv im Interesse des Auftraggebers gelegen hätten, dann könne er dieser Aufforderung naturgemäss schlicht nicht nachkommen. Die Handhabung des Prozessrechts dürfe nicht zur Vereitelung des materiellen Rechts führen. Art. 394 Abs. 3 Variante 2 OR regle einen Sachverhalt, dem eine Beweisnot immanent sei, und gewähre dem Beauftragten eine Vergütung im Rahmen des Üblichen. Einen strengen Beweis zu fordern im Hinblick auf den geleisteten Stundenaufwand sowie im Hinblick auf die Notwendigkeit dieses Aufwandes, liefe auf die Vereitelung des materiellen Rechts hinaus, weil solche Beweise schlicht nicht geführt werden könnten. Die Vermerke des Klägers über den geleisteten Aufwand in seinen Handnotizen seien von niemandem gegengezeichnet worden und wären deshalb im Kontext der vorinstanzlichen Erwägungen einfach als beweisuntauglich bezeichnet worden.



3.2 Der Kläger bestreitet damit nicht, dass er die Notwendigkeit und Angemessenheit der von ihm angeblich geleisteten Arbeitsstunden nicht substantiiert behauptet hat und mangels Einreichung der offerierten Beweise auch den behaupteten Stundenaufwand nicht zu beweisen vermag. Er hält indes sinngemäss dafür, dies zu verlangen sei, da unmöglich, nicht zulässig. Darin kann ihm nicht gefolgt werden. Gemäss Art. 394 Abs. 3 OR hat der entgeltlich Beauftragte mangels einschlägiger Abrede Anspruch auf das übliche Honorar. Das Gericht hat die Höhe des Honorars nach den allgemeinen Grundsätzen festzulegen, wobei die Vergütung den geleisteten Diensten entsprechen und ihnen objektiv angemessen sei muss (BGer 4A\_481/2013 vom 26. März 2014, E. 3.1; BGE 135 III 259 E. 2.2 = Pra 98 (2009) Nr. 87 E. 2.2). Als Beurteilungsfaktoren bei der Prüfung der Angemessenheit des Honorars fallen u.a. namentlich der Zeitaufwand, die Schwierigkeit der Tätigkeit, die zu tragenden Risiken und die Verantwortung des Beauftragten in Betracht (BSK OR I-Oser/Weber, Art. 394 N 39 m.w.H.; vgl. auch BGer 4C.380/2006 vom 6. März 2006, E. 9). Grundlage einer Entschädigung nach Aufwand bildet der bei sorgfältigem Vorgehen objektiv notwendige Aufwand. Damit ist der geltend gemachte Aufwand so darzulegen, dass dessen Notwendigkeit und Angemessenheit überprüft werden kann; dies setzt nachvollziehbare Angaben zu den erbrachten Arbeiten und aufgewendeten Stunden voraus (BSK OR I-Oser/Weber, Art. 394 N 39 m.w.H., insb. auf BGer 4A\_271/2013 vom 26. September 2013, E. 6.2). Beweispflichtig für die Angemessenheit (Üblichkeit) der Honorarforderung ist der Beauftragte (BSK OR I-Oser/Weber, Art. 394 N 41 m.w.H.; BGer 4C.380/2006 vom 6. März 2006, E. 9).

Nach dem Ausgeführten kann es jedenfalls nicht genügen, einzig einen Stundenaufwand zu behaupten, ohne irgendwelche zusätzlichen Angaben zu liefern. Die nackte Behauptung eines (bestrittenen) Stundenaufwandes verunmöglicht es dem Gericht, den objektiv gerechtfertigten Aufwand des Klägers zu ermitteln. Selbst eine Schätzung des Üblichen würde erfordern, dass die erbrachten Arbeiten jedenfalls in groben Zügen bekannt sind. Es erscheint denn auch wenig glaubhaft, dass der Kläger nicht in der Lage sein soll, bei einer sich nach seinen Angaben über mehr als 1,5 Jahre erstreckenden Tätigkeit wenigstens in etwa anzugeben, welche Arbeiten er ausgeführt hat. Damit wird nicht Unmögliches ver-

langt. Der Kläger scheint sich unter Berufung auf einen Beweisnotstand einfach zu weigern, die von ihm vollbrachten Arbeiten darzutun. Und auch die Befürchtung des Klägers, die von ihm für den geleisteten Aufwand offerierten, aber nicht eingereichten Arbeitsrapporte (wobei es sich nach seinen Angaben im Berufungsverfahren um Vermerke in seinen Handnotizen handeln soll) wären sowieso als beweisuntauglich bezeichnet worden (was nicht feststeht), entbindet ihn nicht von seiner Nachweispflicht.

3.3 Zusammenfassend hat es der Kläger versäumt, den geltend gemachten Aufwand so darzulegen, dass dessen Notwendigkeit und Angemessenheit überprüft werden kann. Die Vorinstanz hat daher zu Recht einen - über das bereits Geleistete hinausgehenden - Honoraranspruch des Klägers verneint.

## V.

Eventualiter beantragt der Kläger die Rückweisung an die Vorinstanz zur Beweiserhebung, namentlich der in den Ziffern 8, 14, 17.2 und 32.2 der Replik angebehrten Befragung der Parteien. Die in den genannten Ziffern offerierten Beweise beschlagen alle die Behauptung einer mündlichen bzw. konkludenten Honorarvereinbarung zwischen den Parteien. Da eine solche Vereinbarung aufgrund des Schriftlichkeitsvorbehalts in Ziffer X. Abs. 2 des Konsortialvertrages nicht beachtlich wäre, erübrigen sich diesbezügliche Weiterungen. Es kann daher offen bleiben, ob - wie die Beklagten geltend machen (Urk. 104 S. 19 Rz. 51 f.) - auf eine entsprechende Beweisabnahme verzichtet werden kann, weil es an substantiierten Behauptungen zur (bestrittenen) Honorarvereinbarung fehle und die Beweisofferten des Klägers zudem ungenügend seien, da sie den Tatsachenbehauptungen, die sie beweisen sollten, nicht einzeln zugeordnet seien. Der klägerische Eventualantrag auf Rückweisung der Sache an die Vorinstanz ist abzuweisen.

## VI.

1. Die Vorinstanz ist auf das klägerische Begehren um Beseitigung des Rechtsvorschlags sowie das Begehren um Ersatz der Zahlungsbefehlskosten von CHF 103.– nicht eingetreten. Sie erwog, offensichtlich beziehe sich der ins Recht gelegte Zahlungsbefehl (Urk. 4/50) nicht auf die vom Kläger in seinem Begehren genannte Betreuung Nr. 1. Schuldner in seinem Begehren sei der Beklagte 1, während in der Urkunde der Beklagte 2 betrieben worden sei. Auch sei im Übrigen kein Zusammenhang zum Projekt "F.\_\_\_\_-Strasse" auszumachen. Der Kläger sei vorliegend anwaltlich vertreten, weshalb er auf den fehlenden bzw. "falschen" Zahlungsbefehl nicht hinzuweisen gewesen sei. Auch handle es sich hierbei nicht um einen Mangel, der nach Art. 132 ZPO hätte behoben werden können.

2. Der Kläger trägt vor, am 27. Juli 2012 sei gleichzeitig auch Klage im Zusammenhang mit dem Bauleiterhonorar aus dem Projekt I.\_\_\_\_-Strasse eingereicht worden. Der Rechtsvertreter habe offenbar der "F.\_\_\_\_-Strassen-Klage" irrtümlicherweise den zu jenem Projekt gehörenden Zahlungsbefehl beigelegt und seinen diesbezüglichen Irrtum bis zum Schluss nicht bemerkt. Im Rechtsbegehren sei aber die richtige Betreuung genannt worden und als Schuldner der Beklagte Nr. 1. Bei einem Verstoss gegen Art. 221 Abs. 2 lit. c ZPO, der offenkundig auf ein Versehen zurückzuführen sei, liege klarerweise ein sofort und ohne Weiteres behebbarer Mangel vor, zu dessen Behebung dem Kläger im Sinne von Art. 132 Abs. 2 ZPO Frist zur Verbesserung anzusetzen gewesen wäre (Urk. 96 S. 32). Den richtigen Zahlungsbefehl hat der Kläger der Berufung beigelegt (Urk. 99/2).

3. Gemäss Art. 132 Abs. 1 ZPO sind Mängel wie fehlende Unterschrift und fehlende Vollmacht innert einer gerichtlichen Nachfrist zu verbessern. Die Bestimmung enthält keine abschliessende Aufzählung der behebbaren Mängel; sie ist vielmehr auf alle noch korrigierbaren Mängel bzw. Fehler anwendbar. Eine Nachfrist zu deren nachträglichen Einreichung ist auch anzusetzen, wenn notwendige oder in der Eingabe erwähnte, ihr aber entgegen Art. 221 Abs. 2 lit. c ZPO nicht beigegebene Beilagen fehlen (BSK ZPO-Gschwend, Art. 132 N 8 und 13 mit Hinweis). Damit trifft die vorinstanzliche Auffassung, wonach es sich beim fehlenden, aber in der Klageschrift als Beilage 50 erwähnten Zahlungsbefehl (vgl.

Urk. 2 S. 41) nicht um einen Mangel handle, der nach Art. 132 ZPO hätte behoben werden können, nicht zu. Dass es sich nicht um einen verbesserlichen Fehler gehandelt hat, weil es sich z.B. nicht um eine irrtümliche, sondern um eine absichtliche Einreichung einer falschen Urkunde gehandelt hätte, wird nicht geltend gemacht. Keine Rolle spielt es ferner für die Behebung eines verbesserlichen Mangels, ob der Kläger anwaltlich vertreten ist. Vielmehr wäre dem Kläger eine Nachfrist anzusetzen gewesen, den offerierten, aber fehlenden Zahlungsbefehl in der Betreibung Nr. 1 einzureichen. Weil dies zu Unrecht unterblieben ist, ist der mit der Berufungsschrift nachgereichte Zahlungsbefehl (Urk. 99/2) als rechtzeitig beigebracht zu berücksichtigen.

4. Mit Zahlungsbefehl in der Betreibung Nr. 1 des Betreibungsamtes Uster, der sich gegen den Beklagten 1 richtet, wurde ein Betrag von CHF 47'000.– zuzüglich Zins von 5 % seit 30. April 2012 gefordert, der sich wie folgt zusammensetzt:

- Honorarrechnung F.\_\_\_\_-Strasse vom 29.02.2012 im Betrag von Fr. 34'160.00
- Honorarrechnung der J.\_\_\_\_ architekten, Frau K.\_\_\_\_ vom 24.03.2011 im Betrag von Fr. 7'248.00
- Kopierspesen im Betrag von Fr. 1'000.00
- Diverses im Betrag von Fr. 4'592.00

Der Kläger machte vor Vorinstanz geltend, Schuldnerin des Honorars sei das Konsortium F.\_\_\_\_-Strasse, mithin die einfache Gesellschaft. Für Gesamthand-schulden hafteten die Gesellschafter persönlich und solidarisch neben der Gesamthand (Urk. 2 S. 41). Ein Honorar ist dem Kläger nicht zuzusprechen. Hingegen hat die Vorinstanz die Beklagten verpflichtet, dem Kläger seine Auslagen im Betrag von Fr. 7'248.15 aus dem Gesellschaftsvermögen zu bezahlen (Urk. 97 S. 44), was unangefochten geblieben ist. Die Ansprüche aus der Tätigkeit für die Gesellschaft (Art. 537 OR) begründen eine Forderung gegen die Gesellschafter insgesamt, die in einem ersten Schritt aus dem ausgeschiedenen Gesellschaftsvermögen zu tilgen ist. Erst in einem zweiten Schritt haften, sofern das Gesellschaftsvermögen nicht ausreicht, die Gesellschafter persönlich nach Massgabe des Innenverhältnisses, ohne besondere Vereinbarung zu gleichen Teilen, aber

nicht solidarisch (BGer 4C.416/2005 vom 24. Februar 2006, E. 3.2; BSK OR II-Handschin, Art. 537 N 4 m.w.H.; BSK OR II-Pestalozzi/Vogt, Art. 544 N 28 f. m.w.H., u.a. zur uneinheitlichen bundesgerichtlichen Praxis betreffend die Frage, ob Art. 537 OR als *lex specialis* Vorrang gegenüber Art. 148 Abs. 2 OR genießt). Der Kläger hat nicht behauptet und es ist auch nicht ersichtlich, dass das Gesellschaftsvermögen nicht ausreicht, um seine Forderung zu begleichen. Eine Haftung der Gesellschafter besteht daher noch nicht, und schon gar keine solidarische. Das klägerische Begehren um Beseitigung des Rechtsvorschlags sowie das Begehren um Ersatz der Zahlungsbefehlskosten von CHF 103.– ist daher abzuweisen. Insoweit ist der Beschluss der Vorinstanz, welche auf die Begehren nicht eingetreten ist, zu korrigieren.

## VII.

1. Der Kläger erhebt eventualiter eine Kostenbeschwerde. Da er in der Hauptsache Berufung einlegt, unterliegt allerdings - wie die Beklagten zu Recht festhalten (Urk. 104 S. 20 Rz. 54) - auch der Kostenentscheid der Berufung.

2. Im Rahmen der Kosten- und Entschädigungsfolgen berücksichtigte die Vorinstanz, dass mit (Rückweisungs-)Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich vom 21. August 2014 im Verfahren LB140056 (Urk. 35 = Urk. 99/5) eine zweitinstanzliche Entscheidgebühr von CHF 5'300.– festgesetzt und die Regelung der Prozesskosten (inkl. einer Parteientschädigung) dem Bezirksgericht überlassen worden sei. Sie auferlegte die zweitinstanzliche Entscheidgebühr nach dem Ausgang des bezirksgerichtlichen Verfahrens zu 85% dem Kläger und zu 15% den Beklagten. Zudem berücksichtigte sie bei der Parteientschädigung an die Beklagten einen Zuschlag von Fr. 2'245.– für das obergerichtliche Verfahren (Urk. 97 S. 42 ff.).

3. Der Kläger trägt im Berufungsverfahren vor (Urk. 96 S. 36 f.), es erscheine unter keinem Titel gerechtfertigt, ihm im Falle eines materiellen Unterliegens auch die Kosten aufzuerlegen, die bei der Behandlung der Zuständigkeits-

frage angefallen seien. Im Gegenteil sei ihm in dieser Hinsicht eine angemessene Umtriebsentschädigung zuzusprechen, in derselben Höhe, in der sie damals zunächst den Beklagten zugesprochen worden sei. Das ergebe sich insbesondere aus einer verfassungskonformen Auslegung von Art. 318 Abs. 1 und 3 ZPO, Art. 104 Abs. 4 und Art. 104 Abs. 2 ZPO, insbesondere von Art. 107 Abs. 1 lit. a, b und f ZPO, namentlich in Anbetracht von Art. 8, Art. 29 Abs. 1 BV und Art. 6 Abs. 1 EMRK. Die Beklagten von jedem Kostenrisiko zu befreien, vertrage sich nicht mit dem Rechtsgleichheitsgebot sowie den Ansprüchen auf ein faires Verfahren und Waffengleichheit.

4. Die Beklagten beantragen, auf die Kostenbeschwerde sei nicht einzutreten, weil sie keinen genügenden Antrag enthalte (Urk. 104 S. 20 Rz. 55). Dem kann nicht gefolgt werden. Aus den Berufungsanträgen Ziffer 2 bis 2.2 ist klar ersichtlich, welche Ziffern des vorinstanzlichen Dispositivs beanstandet werden und wie sie zu ändern sind. Nicht erforderlich ist, dass dies in der Begründung wiederholt wird.

5. Gemäss Art. 104 Abs. 4 ZPO kann die obere Instanz in einem Rückweisungsentscheid die Verteilung der Prozesskosten des Rechtsmittelverfahrens der Vorinstanz überlassen. Damit wird dem Umstand Rechnung getragen, dass nicht absehbar ist, welche Partei in welchem Umfang letztlich obsiegen oder unterliegen wird (Urwyler/Grütter, DIKE-Komm-ZPO, Art. 104 N 6; BSK ZPO-Rüegg, Art. 104 N 7; BK ZPO-Sterchi, Art. 104 N 16). Mit dieser Regelung wird der für die Kostenverteilung massgebende Grundsatz des Unterliegens (Art. 106 ZPO) für das betroffene Rechtsmittelverfahren relativiert, indem nicht massgebend ist, welche Partei mit ihren Rechtsmittelanträgen obsiegt hat, sondern welche Partei später mit ihren ursprünglichen Begehren in der Sache obsiegt (BGer 4A\_364/2013 vom 5. März 2014, E. 15.4; BGer 5A\_517/2015 vom 7. Dezember 2015, E. 3). Art. 104 Abs. 4 ZPO ist als Kann-Vorschrift ausgestaltet. Die Rechtsmittelinstanz kann demnach die Prozesskosten des Rechtsmittelverfahrens auch selber verteilen, wenn hierzu besondere Gründe bestehen. Solche besonderen Gründe können etwa unnötige Prozesskosten im Sinne von Art. 108 ZPO oder die endgültige Entscheidung über eine gesonderte Frage wie etwa die Zu-

ständigkeit oder Verjährung darstellen (ZK ZPO-Rüegg/Rüegg, Art. 104 N 7). So dann erlaubt Art. 107 ZPO, aus besonderen Gründen vom Unterliegerprinzip abzuweichen.

Im Lichte dieser Grundsätze ist die Kosten- und Entschädigungsregelung für das Berufungsverfahren LB140056, wie sie die Vorinstanz vorgenommen hat, nicht zu beanstanden. In Bezug auf das Vorliegen einer Schiedsabrede erhielt der Kläger zwar mit seinem Rechtsmittelantrag recht, doch war mit dem Rückweisungsentscheid der Ausgang des Verfahrens in der Sache noch völlig offen. Nachdem der Vorinstanz die Verteilung der Prozesskosten des Rechtsmittelverfahrens überlassen worden war, durfte sie im Rahmen des für die Kostenverteilung grundsätzlich geltenden Unterliegerprinzips (Art. 106 Abs. 1 ZPO) den Prozessausgang in der Sache, und nicht jenen im Rechtsmittelverfahren berücksichtigen, ansonsten die Regelung von Art. 104 Abs. 4 ZPO überhaupt keinen Sinn machen würde. Die Vorinstanz hat überdies erwogen, der Umstand, dass der Kläger im Verfahren bezüglich der Schiedsabrede obsiegt habe, ändere nichts daran, dass er seine Klage grösstenteils zu Unrecht geführt habe. Hätte er dies nicht getan, wäre auch ein Streit über die völlig unklar formulierte Schiedsvereinbarung - deren Formulierung er im Übrigen als Gesellschafter mitzuverantworten gehabt und damit auch den diesbezüglichen Streit mitverschuldet habe - nicht nötig geworden und die entsprechenden Kosten wären nicht angefallen (Urk. 97 S. 43). Mit dieser Argumentation setzt sich der Kläger nicht auseinander. Er tut auch nicht substantiiert dar, inwiefern besondere Gründe im Sinne von Art. 107 ZPO für ein Abweichen von den Verteilungsgrundsätzen gemäss Art. 106 Abs. 1 ZPO gegeben sein sollen. Eine Konstellation im Sinne von Art. 107 Abs. 1 lit. a oder b ZPO ist nicht ersichtlich. Auch besondere Umstände im Sinne von Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO, die eine Verteilung nach dem Ausgang des Verfahrens als unbillig erscheinen liessen, sind nicht dargetan. Der Umstand allein, dass im obergerichtlichen Verfahren mit der Schiedsabrede auch über die Zuständigkeit entschieden wurde, ist nicht ausreichend. Ebenso wenig ist ersichtlich, inwiefern die von der Vorinstanz vorgenommene Verlegung der Kosten das Rechtsgleichheitsgebot oder den Anspruch auf ein faires Verfahren und auf Waffengleichheit verletzen

könnte. Die Berufung ist damit auch in diesem Punkt ("eventuelle Kostenbeschwerde") abzuweisen.

## **VIII.**

1. Ausgangsgemäss ist die erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsregelung zu bestätigen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Soweit das erstinstanzliche Urteil hinsichtlich der klägerischen Begehren um Beseitigung des Rechtsvorschlags bzw. Ersatz der Zahlungsbefehlskosten korrigiert wird, ändert dies nichts am Verhältnis von Obsiegen und Unterliegen.

2. Auch für das Berufungsverfahren wird der Kläger vollumfänglich kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 OR). Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren ist, ausgehend von einem Streitwert von CHF 40'018.30, auf CHF 4'750.– festzusetzen, dem Kläger aufzuerlegen und mit seinem Kostenvorschuss zu verrechnen (Art. 111 Abs. 1 ZPO). Sodann hat er den Beklagten für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von CHF 3'200.– zu bezahlen (§ 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV), wobei bei mehreren am Prozess beteiligten Beklagten ihre Entschädigungsanteile separat festzusetzen sind (Art. 106 Abs. 3 ZPO). Einen Mehrwertsteuerzusatz haben nur die Beklagten 1 und 2 verlangt (vgl. Berufungsantrag). Dementsprechend hat der Kläger den Beklagten 1 und 2 je eine Parteientschädigung von CHF 864.– und den Beklagten 3 und 4 je eine Parteientschädigung von CHF 800.– zu bezahlen.

### **Es wird beschlossen:**

1. Es wird vorgemerkt, dass Dispositiv-Ziffer 1 des Beschlusses und Urteils des Bezirksgerichts Meilen vom 28. Dezember 2018 insoweit in Rechtskraft erwachsen ist, als die Klage im Umfang von CHF 7'248.15 zzgl. Zins von 5 % seit 23. März 2012 gutgeheissen wurde.



2. Schriftliche Mitteilung erfolgt mit nachfolgendem Erkenntnis.

**Es wird erkannt:**

1. Die Begehren um Beseitigung des Rechtsvorschlags in der Betreuung Nr. 1 des Betreibungsamtes Uster sowie um Ersatz der Zahlungsbefehlskosten von CHF 103.– werden abgewiesen.
2. Im Übrigen wird die Berufung abgewiesen und der Beschluss und das Urteil des Bezirksgerichts Meilen vom 28. Dezember 2018 werden bestätigt.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf CHF 4'750.– festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Kläger auferlegt und mit seinem Kostenvorschuss verrechnet.
5. Der Kläger wird verpflichtet, den Beklagten 1 und 2 für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von je CHF 864.– und den Beklagten 3 und 4 von je CHF 800.– zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

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

7. 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. 40'018.30.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 17. Februar 2020

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. D. Scherrer

lic. iur. L. Stünzi

versandt am:  
sf