

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LB220027-O/U02

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

## **Beschluss und Urteil vom 29. März 2023**

in Sachen

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

Klägerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X1.\_\_\_\_ und / oder  
Rechtsanwältin lic. iur. X2.\_\_\_\_,

gegen

**B.**\_\_\_\_ **AG,**

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y.\_\_\_\_,

betreffend **Forderung**

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

**Präzisiertes Rechtsbegehren:**

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

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

**Urteil des Bezirksgerichts Bülach vom 18. Mai 2022:**

(Urk. 79 S. 50 = Urk. 83 S. 50)

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

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

### **Berufungsanträge:**

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

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

der Beklagten und Berufungsbeklagten (Urk. 92 S. 2):

"Die Berufungsklage sei unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. Mwst.) zulasten der Klägerin und Berufungsklägerin vollumfänglich abzuweisen."

---

### **Erwägungen:**

#### **I. Sachverhalt und Prozessverlauf**

1. Der vorliegende Rechtsstreit dreht sich um (Werkmangel-)Ansprüche, welche die Klägerin (Berufungsklägerin) aus dem von ihr als Bauherrin (u.a.) mit der Beklagten (Berufungsbeklagten) als Unternehmerin geschlossenen Werkvertrag Nr. 2710 vom 9. November 2012 (Urk. 4/1) ableitet. In Ausführung dieses

Vertrags hatte die Beklagte bzw. deren Subunternehmerin E. \_\_\_\_\_ AG im Wohnhaus der Klägerin in D. \_\_\_\_\_ eine Vorhangschiene im Wohn- und Essbereich sowie in der Küche montiert. Die Werkabnahme erfolgte am 13. Oktober 2013 (Urk. 4/2). Am 7. August 2015 löste sich ein Teil der verbauten Vorhangschiene in einer Ecke des Wohnbereichs und fiel zu Boden. Die Beklagte machte die angehängten Vorhänge, welche für das verbaute Modell viel zu schwer seien, für den Schadensvorfall verantwortlich. Trotzdem verlegte sie ein Duplikat der Vorhangschiene auf eigene Kosten und erklärte, dass die viel zu schweren Vorhänge unverzüglich zu entfernen seien (Urk. 24/23). Anfangs Juni 2017 löste sich die Vorhangschiene, an welcher nach wie vor dieselben Vorhänge angehängt waren, in einer anderen Ecke des Wohnzimmers von der Decke (vgl. Urk. 4/9). Dieses Mal verweigerte die Beklagte die Schadensbehebung bzw. zeigte sich dazu nur bereit, wenn rechtsgenügend nachgewiesen sei, dass das erstellte Werk tatsächlich Mängel aufweise, was sie bestritt. Nachdem sie im August und Oktober 2017 zwei seitens der Klägerin gesetzte Fristen zur Einreichung eines Lösungsvorschlags zur Nachbesserung hatte verstreichen lassen (Urk. 4/6-7) und stattdessen eine gemeinsame Begutachtung vorgeschlagen hatte (Urk. 4/8), worauf die Klägerin jedoch nicht weiter einging, trieb letztere die Sanierung ohne die Beklagte voran. Hierzu holte sie ein privates Kurzgutachten sowie Offerten zur ersatzweisen Nachbesserung durch andere Unternehmen ein (Urk. 4/3; Urk. 4/10-12). Mit Schreiben vom 22. Februar 2018 erklärte sich die Beklagte – ohne jegliche Werkmängel anzuerkennen – doch noch zur Nachbesserung bereit und stellte der Klägerin am 5. März 2018 eine (Vergleichs-)Offerte mit einem konkreten Sanierungsvorschlag zu (Urk. 12/11 und Urk. 12/13-14). Weiter liess sie den Schadensfall ebenfalls gutachterlich bewerten (Urk. 4/4). Die Klägerin wollte von einer Nachbesserung durch die Beklagte aber nichts mehr wissen (Urk. 12/12).

2. Mit Eingabe vom 15. November 2018 machte die Klägerin beim Bezirksgericht Bülach (Vorinstanz) die vorliegende Forderungsklage anhängig (Urk. 1 und Urk. 2). Mit ihrem (im Laufe des Verfahrens präzisierten) Rechtsbegehren verlangte sie von der Beklagten einerseits Kostenersatz für die erfolgte Mängelbeseitigung in der Höhe von Fr. 86'616.75 (Urk. 31 S. 2 [Rechtsbegehren 1] und S. 3 Rz 6; Urk. 75 S. 2 [Rechtsbegehren 1]) und andererseits – als Mangel-

folgeschäden – die Erstattung vorprozessualer Anwalts-, Beweissicherungs- und Gutachterkosten im Betrag von insgesamt Fr. 11'573.05 (Fr. 4'646.70 vorprozessuale Anwaltskosten, Fr. 6'493.15 Kosten des von ihr in Auftrag gegebenen Privatgutachtens und Fr. 433.20 Gebühren für die amtliche Befundaufnahme vom 27. September 2018; vgl. Urk. 2 S. 2 [Rechtsbegehren 3] und S. 9 Rz 56 ff.; Urk. 31 S. 2 [Rechtsbegehren 3]; Urk. 75 S. 2 [Rechtsbegehren 3]). Am 18. Mai 2022 fällte die Vorinstanz das eingangs wiedergegebene Urteil, mit dem die Beklagte verpflichtet wurde, der Klägerin Fr. 433.20 (Ersatz der Gebühren für die amtliche Befundaufnahme; Klagebegehren 3) zu bezahlen; im Übrigen, d.h. bezüglich der Kosten für die Ersatzvornahme (Klagebegehren 1) sowie der vorprozessualen Anwaltskosten und der Kosten des Privatgutachtens (Klagebegehren 3), wurde die Klage unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerin abgewiesen (Urk. 79 = Urk. 83, insbes. S. 50).

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

3. Gegen das vorinstanzliche Urteil erhob die Klägerin mit Eingabe vom 23. Juni 2022 Berufung mit den vorstehend zitierten Rechtsmittelanträgen (Urk. 82). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (Urk. 1-81). Mit Verfügung vom 1. Juli 2022 wurde der Klägerin für die zweitinstanzlichen Gerichtskosten ein Vorschuss von Fr. 8'700.– auferlegt (Urk. 85), welcher am 4. Juli 2022 einging (Urk. 86). Am 11. Oktober 2022 beschloss die erkennende Kammer im Sinne eines Teilentscheids, mit Bezug auf den Berufungsantrag 3 (betreffend Kosten der Ersatzvornahme in der Höhe von Fr. 86'616.75) unter Kostenfolge zu Lasten der Klägerin auf die Berufung nicht einzutreten (Urk. 87, insbes. S. 14). Hiergegen erhob die Kägerin Beschwerde in Zivilsachen, welche vom Bundesgericht mit Urteil vom 22. Dezember 2022 abgewiesen wurde (Urk. 89 und Urk. 90). Die in der Folge fristwährend erstattete Berufungsantwort der Beklagten datiert vom 17. Februar 2023 (Urk. 92; vgl. auch Urk. 91) und wurde der Klägerin mit Verfügung vom 2. März 2023 zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 93). Weitere pro-

zessuale Anordnungen oder Eingaben erfolgten nicht. Das (Rest-)Verfahren ist spruchreif.

## II. Prozessuale Vorbemerkungen

1. Die Klägerin beantragt berufsungsweise die (volumfängliche) Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils (Urk. 82 S. 2 [Rechtsbegehren 1]). Ihrem Sinn nach richtet sich die Berufung in der Sache selbst allerdings nur gegen Dispositiv-Ziffer 2 des angefochtenen Entscheids (betreffend Klageabweisung im Mehrbetrag). Mit Bezug auf die Teilgutheissung der Klage im Umfang von Fr. 433.20 (Dispositiv-Ziffer 1) ist die Klägerin denn auch nicht beschwert. Die Beklagte ihrerseits hat ausdrücklich auf eine Anschlussberufung verzichtet (Urk. 92 Rz 4). Dispositiv-Ziffer 1 des angefochtenen Urteils ist somit in Rechtskraft erwachsen, wovon Vormerk zu nehmen ist.

2. Die Rechtsmittelvoraussetzungen sind erfüllt: Die Berufung richtet sich gegen einen erstinstanzlichen Endentscheid im Sinne von Art. 308 Abs. 1 lit. a ZPO in einer vermögensrechtlichen Angelegenheit, deren Streitwert Fr. 10'000.– übersteigt (Art. 308 Abs. 2 ZPO) und die nicht unter einen Ausnahmetatbestand gemäss Art. 309 ZPO fällt. Die Berufung wurde form- und fristgerecht bei der zuständigen kantonalen Berufungsinstanz (§ 48 GOG) erhoben (Art. 311 Abs. 1 und Art. 142 f. ZPO sowie Urk. 80), und die vor Vorinstanz weitestgehend unterlegene Klägerin ist zu deren Erhebung legitimiert. Unter dem Vorbehalt rechtsgenügender Begründung (dazu nachstehend, E. II.4) ist die Berufung anhand zu nehmen. Der zweitinstanzliche Entscheid kann aufgrund der Akten ergehen (Art. 316 Abs. 1 ZPO).

3. Nachdem auf den Berufungsantrag 3 mit Beschluss vom 11. Oktober 2022 nicht eingetreten wurde (Urk. 87) und der gegen diesen Teilentscheid erhobenen Beschwerde ans Bundesgericht kein Erfolg beschieden war (Urk. 90), ist die erstinstanzliche Abweisung des Klagebegehrens Ziffer 1 in Rechtskraft erwachsen. Der damit eingeklagte Anspruch auf Erstattung der Kosten der Ersatzvornahme in Höhe von Fr. 86'616.75 bildet deshalb nicht mehr Gegenstand des

vorliegenden Berufungsverfahren. Thema desselben sind nur noch die klageweise geltend gemachten und noch nicht rechtskräftig zugesprochenen Mangelfolgeschäden, nämlich die vorprozessualen Anwaltskosten im Betrag von Fr. 4'646.70 (dazu hinten, E. III.1) und die Kosten des Privatgutachtens von Fr. 6'493.15 (dazu hinten, E. III.2), d.h. der Berufungsantrag 2 ohne die Kosten der Beweissicherung (amtliche Befundaufnahme vom 27. September 2018) von Fr. 433.20 (vgl. vorne, E. II.1), sowie die erstinstanzlich zugesprochene Parteientschädigung (dazu hinten, E. III.3).

4. Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über eine uneingeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung (BGer 5A\_184/2013 vom 26. April 2013, E. 3.1). In der schriftlichen Berufungsbegründung (Art. 311 ZPO) ist unter Bezugnahme auf die beanstandeten Erwägungen der Vorinstanz, die im Einzelnen zu bezeichnen sind, und in argumentativer Auseinandersetzung mit denselben hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem der genannten Mängel leidet. Pauschale Verweisungen auf frühere oder andere Rechtsschriften und Vorbringen, deren blosser Wiederholung oder eine neuerliche Darstellung der Sach- oder Rechtslage, welche nicht darauf eingeht, was vor der Vorinstanz vorgebracht und von dieser erwogen wurde, genügen nicht (vgl. BGE 138 III 374 E. 4.3.1 S. 375 f.; BGE 141 III 569 E. 2.3.3 S. 576 f.; BGer 5A\_751/2014 vom 28. Mai 2015, E. 2.1; BGer 5A\_635/2015 vom 21. Juni 2016, E. 5.2; CHK-Sutter-Somm/Seiler, ZPO 311 N 8 ff.; Hungerbühler/Bucher, DIKE-Komm-ZPO, Art. 311 N 36 ff.; ZK ZPO-Reetz/Theiler, Art. 311 N 36). Stützt sich der angefochtene Entscheid auf mehrere Begründungen, die je für sich den Ausgang des Rechtsstreits besiegeln oder eine bestimmte tatsächliche oder rechtliche Annahme tragen, muss der Berufungskläger in der Berufungsschrift sämtliche den Entscheid selbstständig tragenden Begründungen argumentativ aufgreifen und entkräften. Dasselbe gilt im Falle von Haupt- und Eventualbegründung (BGer 4D\_9/2021 vom 19. August 2021, E. 3.3.1; BGer 4A\_614/2018 vom 8. Oktober 2019, E. 3.2 [je m.w.Hinw.]; Hunger-

bühler/Bucher, DIKE-Komm-ZPO, Art. 311 N 42 f.; ZK ZPO-Reetz/Theiler, Art. 311 N 36; BSK ZPO-Spühler, Art. 311 N 16; CPC-Jeandin, Art. 311 N 3d). Die gesetzlichen Begründungsanforderungen gelten sinngemäss auch für die Berufungsantwort bzw. die Vorbringen der berufungsklagten Partei, die aufzeigen sollen, aus welchen Gründen der Berufung nicht gefolgt werden könne (BGer 4A\_580/2015 vom 11. April 2016, E. 2.2; BGer 4A\_496/2016 vom 8. Dezember 2016, E. 2.2.2 [je m.w.Hinw.]).

Was nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden und hat grundsätzlich Bestand. Die Berufungsinstanz ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht gehalten, von sich aus wie eine erstinstanzliche Gerichtsbehörde alle sich stellenden tatsächlichen und rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn keine entsprechenden Rügen der Parteien vorliegen. Sie hat sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der Beanstandungen zu beschränken, die in der schriftlichen Berufungsbegründung oder -antwort (prozesskonform) gegen den erstinstanzlichen Entscheid erhoben werden (vgl. BGE 142 III 413 E. 2.2.4 S. 417 m.w.Hinw.; BGE 144 III 394 E. 4.1.4 S. 397 f.; BGer 5A\_111/2016 vom 6. September 2016, E. 5.3; BGer 4A\_258/2015 vom 21. Oktober 2015, E. 2.4.3). In diesem Rahmen ist auf die Parteivorbringen einzugehen, soweit dies für die Entscheidungsfindung erforderlich ist (BGE 134 I 83 E. 4.1 S. 88 m.w.Hinw.; BGE 141 III 28 E. 3.2.4 S. 41; BGE 143 III 65 E. 5.2 S. 70 f.).

5. Neue Tatsachen und Beweismittel (Noven) können im Berufungsverfahren nur unter den Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO berücksichtigt werden, d.h. wenn sie – kumulativ – ohne Verzug vorgebracht wurden (lit. a) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (lit. b). 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.Hinw.]). Werden Tatsachenbehauptungen oder Beweisanträge im Berufungsverfahren bloss er-

neuert, ist unter Hinweis auf konkrete Aktenstellen aufzuzeigen, dass und wo sie bereits vor Vorinstanz eingebracht wurden; andernfalls gelten sie als neu.

6. Die Vorinstanz kam zum Schluss, dass das Werk, welches Gegenstand des Werkvertrags bildet (Einbau der Vorhangschiene), in zweifacher Hinsicht nicht vertragskonform erstellt worden sei und dass die festgestellten Vertragsabweichungen Werkmängel im Sinne von Art. 166 SIA-Norm 118 darstellten (Urk. 83 S. 15 ff. E. IV.4). Diese Auffassung wird von den Parteien im Berufungsverfahren nicht bemängelt und hat nach den vorstehend dargelegten Grundsätzen demnach Bestand. Davon ist im Folgenden auszugehen.

### **III. Materielle Beurteilung**

#### **1. Vorprozessuale Anwaltskosten**

1.1. Die Vorinstanz erwog, dass ausserprozessuale Kosten aus dem gerechtfertigten Beizug eines vorprozessual beauftragten Anwalts, welche durch einen Werkmangel des abgelieferten Werks verursacht worden und nicht durch eine prozessuale Parteientschädigung abgedeckt seien, einen Mangelfolgeschaden darstellten, für den der Unternehmer unter bestimmten Voraussetzungen hafte (Urk. 83 S. 42 f. E. IV.7.2 m.Hinw. auf BGer 4A\_264/2015 vom 10. August 2015, E. 3). Die Klägerin fordere (unter diesem Titel) Fr. 4'646.70 als Schadenersatz für vorprozessualen Anwaltsaufwand. Konkret mache sie geltend, es seien 12.75 Stunden Arbeitsaufwand zu einem Stundenansatz von Fr. 330.– zuzüglich einer Spesenpauschale von 2 % sowie 7.7 % bzw. 8 % Mehrwertsteuer verrechnet worden – Kosten, welche für den Schriftenverkehr mit der Beklagten, deren Rechtsschutzversicherung und deren Rechtsvertretung, die Vorbereitung und Teilnahme an der vorprozessualen Befundaufnahme sowie das Gutachten von Dr. F. \_\_\_\_\_ angefallen und aufgrund der beigebrachten Beilagen (Urk. 12/7-13) ausgewiesen seien. Weitere Ausführungen habe die Klägerin nicht gemacht, obschon sie hierzu die Behauptungs- und Beweislast trage. Sie komme damit ihrer Substantiierungspflicht in zweifacher Hinsicht nicht nach: Erstens bleibe offen und damit nicht nachprüfbar, welche konkreten Arbeiten des klägerischen

Rechtsvertreter an welchen Daten und zu welchem Zeitaufwand verrechnet worden seien. Zweitens fehlten Tatsachenbehauptungen dazu, inwiefern der verrechnete Stundenaufwand der Durchsetzung der Hauptforderung gedient habe und nicht bereits durch die Parteientschädigung abgedeckt sei. Mit der Parteientschädigung (Art. 95 Abs. 3 ZPO) würden nämlich sämtliche Kosten abgegolten, die vor dem Prozess angefallen, jedoch – retrospektiv betrachtet – für die Vorbereitung bzw. die Durchführung des Prozesses notwendig oder nützlich gewesen seien. Darunter fielen auch Sachverhaltsabklärungen der Parteien, die zur Aufstellung von Tatsachenbehauptungen bzw. zur Substantiierung derselben notwendig seien. Im Übrigen lasse sich selbst der geltend gemachte Betrag von Fr. 4'646.70 gestützt auf die Begründung der Klägerin nicht eins zu eins nachvollziehen (12.75 Stunden x Fr. 330.– = Fr. 4'207.50; zuzüglich 2 % Spesenpauschale [Fr. 84.15] und Fr. 336.60 Mehrwertsteuer [Berücksichtigung eines 8 %-Satzes auf sämtliche Arbeitsstunden] = Fr. 4'628.20; anstatt der geltend gemachten Fr. 4'646.70). Insgesamt erwiesen sich die als Mangelfolgeschaden geltend gemachten vorprozessualen Anwaltskosten von Fr. 4'646.70 als nicht hinreichend dargetan und damit als unbegründet (Urk. 83 S. 44 f. E. IV.7.3.1).

1.2. Der vorinstanzlichen Auffassung (unzureichende Substantiierung des Mangelfolgeschadens "vorprozessuale Anwaltskosten") ist im Ergebnis beizupflichten. Zur Begründung kann vorweg auf die im Wesentlichen zutreffenden Erwägungen im angefochtenen Urteil verwiesen werden. Gegen diese rechtliche Würdigung, welcher sich die Beklagte in der Berufungsantwort anschliesst (Urk. 92 Rz 9), ist auch mit der Kritik der Klägerin nicht anzukommen.

1.2.1. Von vornherein unbehelflich ist der Einwand, die Klägerin habe vor Vorinstanz geltend gemacht, dass die vorprozessualen Anwaltskosten in der Höhe von Fr. 4'646.70 vorprozessual anerkannt worden seien, was die Beklagte in der Klageantwort "ohne Substanz und pauschal" bestritten habe (Urk. 82 Rz 46 m.Hinw. auf Urk. 2 Rz 57 und Urk. 10 [recte: 11] Rz 43; vgl. auch Urk. 17 Rz 85). Das vorliegende (ordentliche) Verfahren unterliegt mit Bezug auf die Feststellung des Sachverhalts der Verhandlungsmaxime (Art. 55 ZPO). Es ist demnach Sache der Parteien, dem Gericht das für die Rechtsanwendung relevante Tatsachenfun-

dament zu präsentieren, d.h. Behauptungen zum entscheidewesentlichen Sachverhalt aufzustellen und zu bestreiten sowie Beweismittel für ihre tatsächlichen Behauptungen und Bestreitungen anzugeben (vgl. dazu BGE 144 III 519 E. 5.1 S. 522; *OGer ZH PP180026 vom 15.01.2019, E. 3.3.1*). Welche Tatsachen zu behaupten sind, hängt vom Tatbestand der Norm ab, auf die der geltend gemachte Anspruch abgestützt wird. Die Parteien haben alle Tatbestandselemente der materiellrechtlichen Normen zu behaupten, die den von ihnen angebehrten Anspruch begründen (BGer 4A\_401/2021 vom 11. Februar 2022, E. 4.2.1 m.w.Hinw.). Das Gericht darf seinem Entscheid nur (prozesskonform) behauptete und unbestrittene oder bestrittene, aber bewiesene Tatsachen zugrunde legen. Erstere muss es als wahr hinnehmen. Die Vorbringen zum Sachverhalt haben dabei im Rahmen der Parteivorträge bzw. Rechtsschriften zu erfolgen (vgl. insbes. Art. 221 Abs. 1 lit. d und e sowie Art. 222 Abs. 2 ZPO, Art. 225 ZPO; BGE 144 III 519 E. 5.2.1 S. 522; BGer 4A\_401/2021 vom 11. Februar 2022, E. 4.3).

Entsprechend entscheidet sich die Frage, ob eine bestimmte Tatsachenbehauptung (hier: betreffend die Höhe der vorprozessualen Anwaltskosten) von der Gegenpartei bestritten wurde oder unbestritten blieb (d.h. im Sinne von Art. 222 Abs. 2 ZPO "anerkannt" wurde), allein aufgrund der Parteivorbringen *im gerichtlichen Verfahren*. Ob eine Bestreitung ausserhalb desselben bei anderer Gelegenheit – etwa im Rahmen der vorprozessualen Korrespondenz – unterblieb oder die fragliche Tatsache dort gar zugestanden wurde, ist mit Blick auf die Erstellung des entscheidewesentlichen Sachverhalts im Prozess hingegen ohne Belang. Die Klägerin kann deshalb aus dem Umstand, dass die Beklagte die Höhe der vorprozessualen Anwaltskosten vor Anhebung des Prozesses nicht bestritten haben soll, nichts zu ihren Gunsten ableiten. In der Klageantwort bestritt die Beklagte diese Kosten aber unmissverständlich und jedenfalls in rechtsgenügender Weise, wenn sie dort geltend machte, sie habe stets dargetan, dass sie die klägerische Forderung, "welche diese Kosten mitbeinhaltet [,] in Gänze bestreitet", zumal "ein solcher ersatzfähiger Mangelfolgeschaden im Einzelfall zu substantiieren [sei], was die Klägerin vorliegend jedoch zur Gänze unter[lasse]" (Urk. 11 Rz 43). An dieser Bestreitung hielt sie in der Duplik fest (Urk. 23 Rz 79 [zu Urk. 17 Rz 88];

s.a. Urk. 77 Rz 38). Von einer prozessrelevanten Anerkennung der vorprozessualen Anwaltskosten durch die Beklagte kann mithin keine Rede sein.

1.2.2. Soweit die Klägerin einwendet, die von der Vorinstanz monierte Unstimmigkeit im Quantitativ der geltend gemachten Anwaltskosten sei Rundungsdifferenzen geschuldet und (deshalb) nicht von Belang (Urk. 82 Rz 47 a.E.), beruft sie sich auf eine erstmals im Berufungsverfahren vorgetragene neue Tatsache zur Schadensbezifferung. Sie legt allerdings nicht dar und es liegt auch nicht auf der Hand, dass und weshalb die Voraussetzungen für die Zulässigkeit dieses unechten Novums erfüllt sind (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Ihr Einwand, es handle sich um blosse Rundungsdifferenzen, kann folglich nicht berücksichtigt werden (vgl. vorne, E. II.5). Damit bleibt es bei der zutreffenden vorinstanzlichen Feststellung, dass sich der geltend gemachte Betrag von Fr. 4'646.70 aufgrund der Begründung der Klägerin nicht eins zu eins nachvollziehen lässt und insofern unzureichend substantiiert wurde. Dass (auch) die Beklagte, welche die Forderung insgesamt bestritt (vgl. vorstehende E. III.1.2.1), "dazu nichts ausgeführt" habe, wie die Klägerin vorbringt (Urk. 82 Rz 47 a.E.), ist im Übrigen belanglos. Denn die – von der Beklagten im vorliegenden Kontext ausdrücklich verneinte (vgl. Urk. 11 Rz 43; Urk. 23 Rz 79) – Frage hinreichender Substantiierung der Sachvorbringen stellt eine Rechtsfrage dar (vgl. BGer 5A\_745/2021 vom 26. April 2022, E. 1.3.1; BGE 127 III 365 E. 2.b S. 368 m.w.Hinw.), die das Gericht auch ohne nähere Ausführungen der Beklagten von Amtes wegen zu beurteilen hatte (Art. 57 ZPO). Mit dem Argument der Rundungsdifferenz ist somit ebenfalls kein Mangel im Sinne von Art. 310 ZPO dargetan.

1.2.3. Bei den eingeklagten vorprozessualen Anwaltskosten handelt es sich um einen Mangelfolgeschaden(sposten), für den die Klägerin Ersatz verlangt. Nach gefestigter bundesgerichtlicher Rechtsprechung können vorprozessuale Anwaltskosten haftpflichtrechtlich Bestandteil des Schadens bilden, aber nur, wenn sie gerechtfertigt, notwendig und angemessen waren, der Durchsetzung der Forderung dienen und nur insoweit, als sie nicht durch die Parteientschädigung gedeckt sind (BGer 4A\_264/2015 vom 10. August 2015, E. 3 m.w.Hinw.; BGer 4A\_537/2021 vom 18. Januar 2022, E. 6.1; BGer 4A\_624/2021 vom 8. April 2022,

E. 6.2; Fellmann/Kottmann, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band I, 2012, Rz 1534 und Rz 1541; Jenny/Tuor, Ausserprozessuale Anwaltskosten – ein Schaden kommt selten allein, AnwRev 6/7/2022, S. 250; einlässlich dazu Borle, Vorprozessuale Anwaltskosten – es führt kein Weg an der Substanziierung vorbei, HAVE 1/2012, S. 3 ff.; zur Subsidiarität gegenüber der Parteientschädigung ferner BGE 139 III 190 E. 4.2 ff. S. 192 ff.). Das gilt auch, wenn (wie hier) in der Hauptsache werkvertragliche Ansprüche und die vorprozessualen Parteikosten als Mangelfolgeschaden geltend gemacht werden (BGer 5A\_458/2019 vom 30. Januar 2020, E. 5.3; s.a. BGer 4A\_501/2021 vom 22. Februar 2022, E. 9.1; BGer 4A\_692/2015 vom 1. März 2017, E. 6.1.2). Terminologisch werden ersatzfähige vorprozessuale Parteikosten auch als ausserprozessuale Kosten bezeichnet (vgl. dazu etwa BGer 4A\_692/2015 vom 1. März 2017, E. 6 und E. 6.1.2; BGer 5A\_458/2019 vom 30. Januar 2020, E. 5.3; ZMP 2018 Nr. 14, E. 4), wobei diese Begriffe in Literatur und Praxis uneinheitlich verwendet werden (Jenny/Tuor, a.a.O., S. 249). Im vorliegenden Verfahren werden sie jedoch sinngleich verstanden. Aus dem Umstand, dass die Klägerin den eingeforderten Schaden als "vorprozessuale" (und nicht als "ausserprozessuale") Anwaltskosten bezeichnet, lässt sich deshalb nichts ableiten (vgl. Urk. 92 Rz 5; Urk. 77 Rz 38).

1.2.3.1. Gilt wie vorliegend die Verhandlungsmaxime, ist es Sache der Parteien, dem Gericht die Tatsachen, auf die sie ihre Begehren stützen, darzulegen und die Beweismittel anzugeben (Art. 55 Abs. 1 ZPO; s.a. vorne, E. III.1.2.1). Eintritt, Bestand und Höhe des Schadens (als konkrete unfreiwillige Vermögensverminderung) beschlagen anspruchsbegründende Tatsachen. Dasselbe gilt für die Sachumstände, die den (Rechts-)Schluss zulassen, dass die angefallenen vorprozessualen Anwaltskosten zur Durchsetzung des Anspruchs gerechtfertigt, notwendig und angemessen waren und nicht durch die Parteientschädigung nach Art. 95 Abs. 3 ZPO gedeckt sind. Für die sachverhältnismässigen Grundlagen all dieser Tatbestandsmerkmale trägt nach der allgemeinen Regel von Art. 8 ZGB die Klägerin die Behauptungs-, Substantiierungs- und Beweislast; die Beklagte ist demgegenüber bestreitungsbelastet (BGer 4A\_264/2015 vom 10. August 2015, E. 4.2.2; BGer 4A\_537/2021 vom 18. Januar 2022, E. 6.1; BGer 4A\_501/2021 vom 22. Februar 2022, E. 9.1; BGer 4A\_624/2021 vom 8. April 2022, E. 6.2;

Stauber, Anspruch auf Ersatz vorprozessualer Anwaltskosten – prozessuale Aspekte, in: Leupold/Rüetschi/Stauber/Vetter [Hrsg.], Der Weg zum Recht, Festschrift für Alfred Bühler, 2008, S. 166 ff., insbes. S. 169 f.; Borle, a.a.O., S. 9).

Wie weit die anspruchsbegründenden Tatsachen inhaltlich zu substantiieren sind, damit sie unter die massgeblichen Bestimmungen des materiellen Rechts (hier: Art. 368 Abs. 2 OR) subsumiert werden können, bestimmt das materielle Bundesrecht. Die konkreten Anforderungen an die Substantiierung ergeben sich einerseits aus den Tatbestandsmerkmalen der angerufenen Norm und andererseits aus dem prozessualen Verhalten der Gegenpartei. Die Tatsachenbehauptungen müssen jedenfalls so konkret formuliert sein, dass ein substantiiertes Bestreiten möglich ist oder der Gegenbeweis angetreten werden kann. Behauptungen sind hinreichend, wenn sie unter der Annahme, sie seien bewiesen, einen Sachverhalt ergeben, den das Gericht den entsprechenden Gesetzesnormen zuordnen und gestützt darauf die Forderung zusprechen kann. Ein solchermassen vollständiger Tatsachenvortrag wird als schlüssig bezeichnet, da er bei Unterstellung, er sei wahr, den Schluss auf die angebehrte Rechtsfolge zulässt. Nur soweit der Prozessgegner den schlüssigen Tatsachenvortrag der behauptungsbelasteten Partei bestreitet, 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 (BGE 144 III 519 E. 5.2.1.1 S. 522 f.; statt vieler auch BGer 4A\_401/2021 vom 11. Februar 2022, E. 4.2.1; BGer 4A\_604/2020 vom 18. Mai 2021, E. 4.1.2; einlässlich ferner BGer 4A\_377/2021 vom 29. Juni 2022, E. 3.1; BGer 4A\_350/2020 vom 12. März 2021, E. 6.2.1).

Werden vorprozessuale Anwaltskosten als Schaden geltend gemacht und die entsprechende Behauptung von der Gegenpartei bestritten, muss die klagende Partei zur hinlänglichen Substantiierung der Ersatzforderung namentlich die tatsächlichen Aufwendungen ihres Rechtsvertreters im Einzelnen darlegen und konkretisieren, damit deren Notwendigkeit und Angemessenheit sowie die Abgrenzung von den durch die Parteientschädigung gedeckten Kosten geprüft wer-

den kann (BGer 4A\_127/2011 vom 12. Juli 2011, E. 12.4; BGer 4A\_692/2015 vom 1. März 2017, E. 6.1.2; BGer 4A\_624/2021 vom 8. April 2022, E. 6.2 und E. 6.3). Dazu ist dem Gericht grundsätzlich eine detaillierte Kostenaufstellung vorzulegen, welche die einzelnen Bemühungen klar zu umschreiben und die für jede einzelne Tätigkeit aufgewendete Zeit zu nennen hat (Fellmann/Kottmann, a.a.O., Rz 1542; Borle, a.a.O., S. 9; vgl. auch BGer 4D\_47/2022 vom 17. November 2022, E. 4.1). Eine bloss allgemeine oder beispielhafte Aufzählung unternommener Bemühungen genügt nicht (vgl. zum Ganzen auch die Hinweise auf die diesbezügliche Rechtsprechung in BGer 4A\_692/2015 vom 1. März 2017, E. 6.1.3; ferner auch Jenny/Tuor, a.a.O., S. 250 und S. 252 [wonach das Bundesgericht verhältnismässig hohe Anforderungen an die Substantiierung dieser Voraussetzungen gestellt habe]; Lindner/Middendorp, Von ausserprozessualen Kosten und der Verteilung der Prozesskosten, in: dRSK, publiziert am 21. April 2017, Ziff. 18 ["Voraussetzung für die Zusprechung als Schadenersatz ist in prozessualer Hinsicht, dass diese Aufwendungen substantiiert ausgewiesen und von den Aufwendungen zur Vorbereitung des Prozesses klar abgegrenzt werden."]).

1.2.3.2. Die Klägerin machte in der Klageschrift pauschal vorprozessuale Anwaltskosten in der Höhe von Fr. 4'646.70 geltend, ohne diese näher zu umschreiben (Urk. 2 Rz 57). Die Beklagte bestritt in der Klageantwort eine Ersatzpflicht (auch) für diese Kosten unter explizitem Hinweis auf die fehlende Substantiierung (Urk. 11 Rz 43 [und Rz 58]). Daraufhin führte die Klägerin in der Replik, in welcher sie der Beklagten zu Unrecht vorhielt, diese Kosten "nicht ansatzweise bestritten" zu haben, näher aus, wie sich dieselben zusammensetzten: "12.75 Stunden Anwaltsaufwand" zu Fr. 330.– sowie 2 % Spesenpauschale und 7.7 % bzw. 8 % Mehrwertsteuer "für vorprozessualen Schriftverkehr mit der Beklagten, deren Rechtsschutzversicherung und deren Rechtsvertretung, Vorbereitung und Teilnahme an vorprozessualer Befundaufnahme sowie vorprozessuales Gutachten Dr. F.\_\_\_\_\_", worin der Aufwand für den vorliegenden Prozess nicht enthalten sei. "Der vorprozessuale Aufwand ... [sei] sodann durch die beklaglichen Beilagen 7 bis 13 [= Urk. 12/7-13] ausgewiesen" (Urk. 17 Rz 88; s.a. Urk. 75 Rz 47).

Mit diesen Ausführungen und den Hinweisen auf verschiedene "Produkte der vorprozessualen Arbeit" bzw. auf die von der Beklagten ins Recht gereichten "anwaltlichen Produkte" (Urk. 82 Rz 46 und Rz 47) gab die Klägerin zwar einen plausiblen Überblick über die von ihrem Rechtsvertreter unternommenen vorprozessualen Bemühungen. Eine detaillierte Zusammenstellung der einzelnen anwaltlichen Tätigkeiten und deren zeitlichen Dauer, aus denen sich der behauptete Gesamtaufwand an Zeit und Kosten schlüssig ergibt, blieb sie jedoch schuldig. Insbesondere präsentierte sie keine detaillierte Honorarnote ihres Rechtsvertreters, die eine Zuordnung der einzelnen, konkreten, in der Replik nur unspezifisch und zusammenfassend umschriebenen anwaltlichen Bemühungen zum geltend gemachten Zeitaufwand und zu den daraus resultierenden Kosten ermöglicht hätte. Entsprechend blieb unklar, wie sich der eingeforderte Schadensbetrag im Einzelnen zusammensetzt, d.h. für welche konkreten anwaltlichen Tätigkeiten ihr welche Zeitaufwände in Rechnung gestellt wurden. Hinzu kommt, dass ein Teil der Beilagen zur Klageantwort, auf welche die Klägerin zum Beleg für den behaupteten vorprozessualen Gesamtaufwand ihres Rechtsvertreters (einzig) verwies, Handlungen des Gegenanwalts und mithin anwaltlichen Aufwand untermauert, der primär auf Seiten der *Beklagten* angefallen war (so Urk. 12/9-11 und Urk. 12/13).

Damit waren die tatsächlichen Vorbringen zur Schadensposition "vorprozessuale Anwaltskosten" aber zu allgemein gehalten, um dem Gericht zu ermöglichen, deren Ersatzfähigkeit anhand der massgebenden Kriterien zu prüfen, insbesondere zu beurteilen, ob und inwieweit der betriebene Aufwand gerechtfertigt, notwendig und angemessen war. Ebenso wenig wurde die Beklagte in die Lage versetzt, den behaupteten Aufwand resp. dessen Notwendigkeit, Angemessenheit und fehlende Deckung durch die Parteientschädigung substantiiert zu bestreiten und konkrete (Gegen-)Beweise zu offerieren. Sie durfte sich deshalb darauf beschränken, an ihrer allgemeinen Bestreitung dieser Schadensposition festzuhalten (vgl. Urk. 23 Rz 79). Insbesondere war sie nicht gehalten, näher darzutun, weshalb diese von ihr bestrittene Behauptung resp. Schadensposition unrichtig sei (vgl. BGer 4A\_350/2020 vom 12. März 2021, E. 6.2.1; BGer 4A\_401/2021 vom 11. Februar 2022, E. 4.2.2; BGer 4A\_377/2021 vom 29. Juni 2022, E. 3.1

a.E.). Mangels Zergliederung in beweisfähige Einzeltatsachen konnte über die vorprozessualen Anwaltskosten bzw. die tatsächlichen Grundlagen der Pflicht zu deren Erstattung weder Beweis abgenommen noch der Gegenbeweis angetreten werden. Die vorinstanzliche Ansicht, diese Schadensposition sei nicht hinreichend substantiiert worden und ein Anspruch auf Ersatz der vorprozessualen Anwaltskosten deshalb zu verneinen, erweist sich somit als rechtskonform.

1.2.3.3. Daran ändert auch der Einwand nichts, dass der (zu pauschal) geltend gemachte und im ersatzfähigen Quantitativ keineswegs gerichtsnotorische anwaltliche Aufwand von 12.75 Stunden "nie substantiiert bestritten" worden sei und aus dem Schreiben vom 2. Februar 2018 (Urk. 12/8) hervorgehe, dass er weit vor dem gerichtlichen Verfahren angefallen sei (vgl. Urk. 82 Rz 47). Ersteres war angesichts dessen unzureichender Substantiierung durch die Klägerin weder möglich noch erforderlich, und allein mit dem Hinweis auf den weit vor der Klageeinleitung liegenden Zeitpunkt der ausgewiesenen anwaltlichen Bemühungen lässt sich eine fehlende Deckung derselben durch die Parteientschädigung nicht rechtsgenügend dartun (vgl. BGer 4A\_501/2021 vom 22. Februar 2022, E. 9.2.2; BGer 4C.55/2006 vom 12. Mai 2006, E. 4.2). Im Übrigen ging die Vorinstanz nicht davon aus, dass der Anwaltsaufwand von der Parteientschädigung gedeckt sei, wie die Klägerin unterstellt (Urk. 82 Rz 47). Sie kam vielmehr zum Schluss, diese Frage lasse sich mangels hinreichender diesbezüglicher Behauptungen nicht beurteilen.

Soweit die Klägerin zur Begründung ihrer Rüge, die vorprozessualen Anwaltskosten genügend substantiiert zu haben, zudem auf Beilagen verweist, welche sie (selbst) mit der Klage eingereicht hatte (Urk. 4/3 und Urk. 4/6-8; vgl. Urk. 82 Rz 46), ist sie damit ohnehin nicht zu hören. Nachdem weder dargetan noch ersichtlich ist, dass und wo sie bereits in ihren vorinstanzlichen Rechtsschriften zur Untermauerung des behaupteten vorprozessualen Aufwands auf diese Beilagen verwiesen hat (vgl. gegenteils Urk. 2 Rz 57 und Urk. 17 Rz 88, wo entsprechende Hinweise fehlen), handelt es sich hierbei um unzulässige neue Vorbringen, die bei der Entscheidungsfindung nicht berücksichtigt werden können (vgl. Art. 317 Abs. 1 ZPO und vorne, E. II.5). Dass die fraglichen Beilagen bereits "alle-

samt im Prozess vorliegen und somit aktenkundig sind" (Urk. 82 Rz 46), ist belanglos. Denn gemäss Art. 221 Abs. 1 lit. d und e ZPO müssen die Tatsachenbehauptungen und die Bezeichnung der einzelnen Beweismittel zu den behaupteten Tatsachen in der Klage (oder in der Replik) enthalten sein. Dieses Erfordernis bezweckt, dass einerseits das Gericht erkennen kann, auf welche Tatsachen sich die klagende Partei stützt und womit sie diese beweisen will, und dass andererseits die Gegenpartei weiss, gegen welche konkreten Behauptungen sie sich verteidigen muss (Art. 222 ZPO). Es ist weder am Gericht noch an der Gegenpartei, danach zu forschen, ob sich aus den von den Parteien ins Recht gereichten Beilagen etwas zu Gunsten der behauptungsbelasteten Partei ableiten lässt (BGer 4A\_401/2021 vom 11. Februar 2022, E. 4.3.1; BGer 4A\_377/2021 vom 29.6.2022, E. 3.2 [je m.w.Hinw.]). Der Umstand, dass die betreffenden Beilagen bereits aktenkundig waren, berechnete oder verpflichtete die Vorinstanz deshalb nicht, sie (auch) im vorliegenden Zusammenhang zu berücksichtigen.

1.2.4. Steht damit aber fest, dass die Klägerin die vorprozessualen Anwaltskosten nicht genügend substantiierte, ist dem weiteren Einwand, die substantiierte Begründung dieser Kosten in der Replik (Urk. 17 Rz 88) habe der Vorinstanz ermöglicht, den klägerischen Standpunkt in ihren Erwägungen (Urk. 83 S. 44 f. E. IV.7.3.1) darzustellen, womit die Anwaltskosten auch genügend substantiiert seien (Urk. 82 Rz 46), das Fundament entzogen. Im Übrigen vermengt die Klägerin damit die zu unterscheidenden vorinstanzlichen Ausführungen zum Prozesssachverhalt einerseits – nämlich die (blosse) Wiedergabe der klägerischen Vorbringen zu Gegenstand, Berechnung und Höhe der vorprozessualen Anwaltskosten (vgl. BGE 140 III 16 E. 1.3.1 S. 18; BGer 5A\_745/2021 vom 26. April 2022, E. 1.3.1) – und deren rechtliche Würdigung durch das Gericht andererseits. Denn ob ein bestimmter Sachverhalt genügend substantiiert behauptet ist, um unter die einschlägigen Rechtsnormen subsumiert werden und die von ihnen vorgesehenen Rechtsfolgen auslösen zu können, beschlägt eine Rechtsfrage und damit die von der Schildung der Sachumstände zu unterscheidende Rechtsanwendung. Wenn die klägerischen Sachvorbringen zum geltend gemachten Schaden (durch die Werkmängel verursachte vorprozessuale Anwaltskosten) der Vorinstanz ermöglichten, den (tatsächlichen) Standpunkt der Klägerin darzu-

stellen, ist damit deshalb weder indiziert noch präjudiziert, dass sie auch hinreichend substantiiert waren, um die daraus abgeleitete Rechtsfolge (Ersatzpflicht bezüglich dieses Schadens) beurteilen resp. bejahen zu können. Die Rechtsfrage der hinreichenden Substantiierung der Sachvorbringen zur Beurteilung bzw. Bejahung der Ersatzpflicht für die vorprozessualen Anwaltskosten wird durch die klägerischen Tatsachenbehauptungen resp. deren Wiedergabe im angefochtenen Urteil mithin nicht beantwortet, sondern schliesst sich daran an.

## 2. Vorprozessuale Gutachterkosten

2.1. Die Vorinstanz hielt fest, dass auch unvermeidbare Kosten einer notwendigen Begutachtung des Werks, welche der Besteller zur Feststellung des Werkmangels von einem privaten Sachverständigen verlangt habe, einen ersatzfähigen Mangelfolgeschaden darstellen könnten. Ob die Begutachtung notwendig und angemessen gewesen sei, um eine zweckentsprechende Verfolgung der Rechte aus dem betreffenden Mangel zu sichern, müsse der Besteller substantiieren und beurteile sich nach den Umständen und seinem Kenntnisstand im Zeitpunkt der Beauftragung des Sachverständigen. Habe ein privates Gutachten schlussendlich keinen Einfluss auf den Entscheid des mit dem Streit befassten Gerichts, bedeute dies im Umkehrschluss noch nicht, dass die Gutachterkosten nicht notwendig gewesen seien. Im Einzelnen bemesse sich der Schadenersatzanspruch nach Massgabe von Art. 43 und 44 OR (Art. 99 Abs. 3 OR), was beispielsweise eine Herabsetzung erlaube, wenn der Besteller seinem Privatgutachter eine unüblich hohe Vergütung bezahlt habe (Urk. 83 S. 43 f. E. IV.7.2.2).

Die Klägerin mache mit Verweis auf die Rechnung von Dr. F. \_\_\_\_\_ geltend, der Betrag von Fr. 6'493.15 für das private Kurzgutachten sei ausgewiesen. Abgesehen davon, dass mit einem Verweis auf eine Beilage ohne entsprechende Ausführungen in der Rechtsschrift der Substantiierungspflicht grundsätzlich nicht Genüge getan sei, falle vorliegend ins Auge, dass sowohl die Kosten als auch der Stundenaufwand für das klägerische Kurzgutachten rund ein Drittel höher ausgefallen seien als für das umfangreichere Gerichtsgutachten, und dass darüber hinaus keine Angaben dazu gemacht würden, wie viel Zeit für welche konkreten Ar-

beiten an welchen Daten benötigt worden sei. Ungeachtet der bereits ungenügenden Substantiierung hinsichtlich der Höhe der Gutachterkosten – so die Vorinstanz im Sinne einer selbstständigen Alternativbegründung weiter – habe die Beklagte [recte: Klägerin] in Bezug auf die Angemessenheit und Notwendigkeit des Kurzugutachtens sodann einzig ausgeführt, dass dessen Erstellung notwendig gewesen sei, weil die Beklagte bestritten habe, für den mangelhaften Werkzustand verantwortlich zu sein. Damit komme die Klägerin vor dem Hintergrund, dass die Beklagte ihr noch am 17. Oktober 2017 die Bevorschussung der Kosten für eine gemeinsame Begutachtung zugesichert, die Klägerin stattdessen aber am 31. Oktober 2017 auf eigene Faust ein Parteigutachten in Auftrag gegeben habe, ihrer Substantiierungspflicht auch in diesem Punkt nicht nach. Einerseits hätte die Klägerin Behauptungen dazu aufstellen müssen, weshalb das private Parteigutachten zur Durchsetzung der Rechtsansprüche trotz des offerierten gemeinsamen Gutachtens als zwingend notwendig erachtet worden sei, andererseits auch dazu, inwiefern diese Kosten vor dem Hintergrund, dass eine gemeinsame Begutachtung kostensparend und prozessbeschleunigend gewirkt hätte, überhaupt als angemessen hätten qualifiziert werden können. Die verlangten Gutachterkosten in der Höhe von Fr. 6'493.15 könnten somit infolge mehrfacher Substantiierungsmängel nicht zugesprochen werden (Urk. 83 S. 45 E. IV.7.3.2).

Im Sinne einer die Klageabweisung hinsichtlich der Gutachterkosten ebenfalls selbstständig tragenden Eventualbegründung fügte die Vorinstanz schliesslich an, dass selbst dann, wenn der Schaden durch die Klägerin substantiiert behauptet worden und bewiesen wäre, diese Kosten angesichts der nicht nachvollziehbaren Verweigerung, einen gemeinsamen Gutachter zu ernennen, was zumindest zu jenem Zeitpunkt ein Parteigutachten obsolet gemacht hätte, in ermessensgemässer Ausübung von Art. 43 Abs. 1 i.V.m. Art. 44 OR nicht der Beklagten aufzuerlegen wären (Urk. 83 S. 46 E. IV.7.3.2 a.E.).

2.2. Die in der Berufung bezüglich der Gutachterkosten erhobenen Rügen (Urk. 82 Rz 48 ff., u.a. m.Hinw. auf Urk. 83 S. 45 unten) richten sich allesamt und nur gegen die vorinstanzliche Auffassung, die Klägerin habe den Mangelfolgeschaden "vorprozessuale Gutachterkosten" in mehrfacher Hinsicht ungenügend

substantiiert. Die das Urteil diesbezüglich alleine tragende Eventualbegündung, wonach diese Kosten selbst bei hinreichender Substantiierung und beweismässiger Erstellung gestützt auf Art. 43 Abs. 1 i.V.m. Art. 44 OR nicht der Beklagten zu überbinden (und der Klägerin somit auch aus einem anderen rechtlichen Grund nicht zu erstatten) wären, ficht die Klägerin nicht an. Darauf nimmt sie weder konkret Bezug, noch setzt sie sich damit argumentativ auseinander. Sie zeigt jedenfalls nicht rechtsgenügend auf, dass und inwiefern diese Begründung rechtsfehlerhaft sei. Damit hat die Eventualbegründung Bestand und beschränken sich die gegen die Hauptbegündung (mangelhafte Substantiierung) erhobenen Rügen im Ergebnis auf eine Anfechtung der Urteilsgründe, wofür kein schutzwürdiges Interesse besteht. Insoweit ist auf die Berufung nicht einzutreten (vgl. vorne, E. II.4; BGer 4A\_187/2021 vom 22. September 2021, E. 3.4.1; BGer 4A\_133/2017 vom 20. Juni 2017, E. 2.2; Hurni, Zum Rechtsmittelgegenstand im Schweizerischen Zivilprozessrecht, 2018, Rz 279; s.a. Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO).

2.3. Ergänzend ist mit der Vorinstanz (Urk. 83 S. 45 E. IV.7.3.2), deren Erwägungen sich die Beklagte in der Berufungsantwort anschliesst (Urk. 92 Rz 12 ff.), festzuhalten, dass die Klägerin keine substantiierten Sachbehauptungen vortrug, welche dafür sprechen, die private vorprozessuale Begutachtung des Werks als für die Rechtsverfolgung notwendig und deren Kosten als angemessen (und nicht unter Art. 95 Abs. 3 lit. a ZPO fallend) zu qualifizieren. Dazu äusserte sich die Klägerin vor Vorinstanz nicht näher, obwohl sie die Behauptungs- und Substantiierungslast für das tatsächliche Fundament dieser Anspruchsvoraussetzungen trägt (vgl. BGer 4A\_692/2015 vom 1. März 2017, E. 6.1.2; BGer 4A\_447/2018 vom 20. März 2019, E. 6.3.2; vorne, E. III.1.2.3). Allein der hierfür angeführte Umstand, dass die Beklagte bestritt, für den Werkmangel verantwortlich zu sein (vgl. Urk. 2 Rz 58), liess die einseitige private Mandatierung eines Gutachters jedenfalls nicht eo ipso als notwendig und angemessen erscheinen. Dies umso weniger, nachdem die Beklagte am 17. Oktober 2017 und damit nur rund zwei Wochen vor der Auftragserteilung (vgl. Urk. 4/3 S. 2) noch Hand für eine gemeinsame Begutachtung geboten resp. eine solche vorgeschlagen hatte (vgl. Urk. 4/8; Urk. 11 Rz 33 f.). Zwar hatte die Beklagte, wie die Vorinstanz zutreffend erwog (Urk. 83 S. 35 E. IV.5.3.2), keinen Anspruch auf eine gemeinsame,

von der Klägerin mitgetragene aussergerichtliche Begutachtung (s.a. Urk. 17 Rz 94). Es stand der Klägerin deshalb frei, ein Privatgutachten auch allein in Auftrag zu geben. Entgegen deren Ansicht (Urk. 82 Rz 49) hatte ein einseitiges Vorgehen aber nicht ohne weiteres zur Folge, dass ihr ein solches "nicht zum Nachteil gereichen" konnte, indem die Beklagte hierfür ersatzpflichtig wäre. Vielmehr musste die Klägerin, wollte sie sich nicht auf ein gerichtliches Gutachten im Sinne von Art. 168 Abs. 1 lit. d ZPO oder allenfalls eine vorgängige vorsorgliche Beweisführung nach Art. 158 ZPO stützen, damit rechnen, die Kosten für das von ihr veranlasste Privatgutachten selber tragen zu müssen (vgl. Fellmann/Kottmann, a.a.O., Rz 1540).

Eine Pflicht der Beklagten, ihr diese Kosten als Mangelfolgeschaden zu ersetzen, könnte im Lichte der Rechtsprechung nur bejaht werden, wenn die Klägerin (unter anderem) substantiierte tatsächliche Behauptungen zu den Tatbestandsmerkmalen der Notwendigkeit und Angemessenheit einer vorprozessualen privaten Begutachtung zur Durchsetzung ihrer werkvertraglichen Ansprüche vorgetragen hätte. Dahingehende Behauptungen unterliess sie trotz der beklagti-schen Bestreitung ihrer Ersatzforderung bzw. deren Voraussetzungen (Urk. 11 Rz 43 und Rz 58) jedoch vollends (vgl. Urk. 17 Rz 85 f.; s.a. Urk. 75 Rz 48; zur Unerheblichkeit einer fehlenden vorprozessualen Bestreitung der Gutachterkosten [vgl. Urk. 2 Rz 59] auch vorne, E. III.1.2.1). Mit dem Hinweis auf den "aktenkundige[n] vorprozessuale[n] Schriftenverkehr" (insbes. Urk. 12/9-11 und Urk. 12/13) in der Berufung (Urk. 82 Rz 49) sind solche (prozesskonform vorgetragene) Sachvorbringen vor Vorinstanz jedenfalls nicht rechtsgenügend dargetan. Sie lassen sich auch mit der neu erhobenen Behauptung nicht nachholen, wonach ein gemeinsam in Auftrag gegebenes Gutachten an der "Verweigerungshaltung" der Beklagten nichts geändert hätte (Urk. 82 Rz 49). Einerseits ist die Zulässigkeit dieses Novums weder dargetan noch offensichtlich. Es muss deshalb unbeachtet bleiben (vgl. Art. 317 Abs. 1 ZPO und vorne, E. II.5). Andererseits oblag es nicht der Beklagten (sondern der Klägerin), diesbezüglich substantiierte Behauptungen aufzustellen. Der klägerische Vorwurf, die Beklagte habe "durchgehend eine Verweigerungshaltung an den Tag gelegt" (Urk. 82 Rz 49), ist aufgrund der Aktenlage im Übrigen ohnehin verfehlt (vgl. insbes. Urk. 4/8, Urk. 12/9-11 und Urk. 11

Rz 33 ff.). Ebenso wenig indiziert oder belegt ein (blosser) Nutzen des Privatgutachtens für die Klägerin, dass dasselbe auch notwendig war (vgl. Urk. 82 Rz 51).

Zumindest die vorinstanzliche Alternativbegründung hielte einer Überprüfung somit stand. Bezüglich der vorprozessualen Gutachterkosten vermöchte die Berufung mithin selbst dann nicht durchzudringen, wenn auf sie einzutreten wäre.

2.4. Bei dieser Würdigung kann offenbleiben, ob die Gutachterkosten in quantitativer Hinsicht genügend substantiiert wurden und angemessen sind, wie die Klägerin berufsungsweise ebenfalls geltend macht (Urk. 82 Rz 48 und Rz 50 f.).

### 3. Parteientschädigung / Mehrwertsteuerzuschlag

3.1. Die Vorinstanz sprach der Beklagten eine Parteientschädigung von Fr. 18'000.– zu, antragsgemäss zuzüglich eines Mehrwertsteuerzuschlags von 7.7 % (vgl. Urk. 11 S. 2 und Rz 60; Urk. 23 S. 2 und S. 31; Urk. 37 S. 2; Urk. 77 S. 2 und S. 20), wobei sie den Zuschlag nicht näher begründete (Urk. 83 S. 49 E. V.2.2 a.E. und S. 50 Disp.-Ziff. 5).

3.2. Die Klägerin hält dem entgegen, dass die Beklagte selber mehrwertsteuerpflichtig sei, was sich aus den Akten ergebe und der Vorinstanz auch mitgeteilt worden sei. Sei die Beklagte mehrwertsteuerpflichtig, sei sie vorsteuerabzugsberechtigt, weshalb keine Mehrwertsteuer zuzuschlagen sei (Urk. 82 Rz 53 m.Hinw. auf Urk. 4/1 und Urk. 17 Rz 99). Die Beklagte äussert sich in der Berufungsantwort nicht zu dieser Rüge.

3.3. In Nachachtung eines Entscheids des Kassationsgerichts des Kantons Zürich vom 19. Juli 2005 (publiziert in ZR 104 [2005] Nr. 76) sieht Ziffer 2.1.1 des Kreisschreibens der Verwaltungskommission des Obergerichts über die Mehrwertsteuer vom 17. Mai 2006 vor, dass einer anwaltlich vertretenen Partei nur dann ohne weiteres ein "Mehrwertsteuerzusatz" zur Parteientschädigung (als Ersatz für die auf dem Anwaltshonorar zu leistende Mehrwertsteuer) zuzusprechen ist, wenn ein solcher beantragt wird und die Gegenpartei gegen diesen Antrag nicht opponiert. Widersetzt sich die Gegenpartei jedoch dem Antrag und bestreitet

sie einen Anspruch auf Ersatz der Mehrwertsteuer, insbesondere weil die antragstellende (entschädigungsberechtigte) Partei selber der Mehrwertsteuerpflicht unterliegt, ist ein "Mehrwertsteuerzusatz" nur dann zuzusprechen, wenn letztere nachweist, dass sie die ihrem Anwalt auf das Honorar für die Prozessführung bezahlte Mehrwertsteuer nicht als Vorsteuer von der eigenen Mehrwertsteuerschuld abziehen kann (und ihr durch die Zahlung der Mehrwertsteuer an den Anwalt deshalb ein zusätzlicher Schaden entstand). Ohne diesen Nachweis ist dem Antrag auf "Mehrwertsteuerzusatz" nicht zu entsprechen. Diese Regelung trägt dem Grundsatz Rechnung, dass die Parteientschädigung ihrer Natur nach Schadenersatz darstellt, welcher der berechtigten Prozesspartei die Kosten und Umtriebe, die ihr durch das gerichtliche Verfahren entstanden sind, ganz oder teilweise vergüten soll, und dass der geltend gemachte Schaden (als anspruchsbegründende Tatsache) vom Geschädigten nachzuweisen ist.

3.4. Die Klägerin wies die Vorinstanz in der Replik darauf hin, dass die Beklagte selbst mehrwertsteuerpflichtig und vorsteuerabzugsberechtigt sei, weshalb letzterer im Falle des Obsiegens eine Parteientschädigung ohne Mehrwertsteuerzuschlag zuzusprechen wäre (Urk. 17 Rz 99). Die Beklagte, deren eigene Mehrwertsteuerpflicht gemäss dem UID-Register des Bundesamts für Statistik BFS feststeht (CHE-112.366.431 MWST; vgl. auch Urk. 4/1), bestritt diese Sachdarstellung in ihrer Duplik nicht konkret. Ihre zu allgemein gehaltene pauschale Bestreitung (vgl. Urk. 23 Rz 83) genüge den Anforderungen an eine rechtsgenügende Bestreitung jedenfalls nicht (vgl. dazu Art. 222 Abs. 2 ZPO; BGE 141 III 433 E. 2.6 S. 437 f.; BGer 4A\_36/2021 vom 1. November 2021, E. 5.1.2; BGer 4A\_415/2021 vom 18. März 2022, E. 5.3; Pahud, DIKE-Komm-ZPO, Art. 222 N 10; KUKO ZPO-Richers/Naegeli, Art. 222 N 5 f.; CHK-Sutter-Somm/Seiler, ZPO 222 N 5 m.w.Hinw.). Zudem unterliess sie jedwelchen Nachweis, dass und inwieweit sie die auf dem Honorar ihres Rechtsvertreters bezahlte Mehrwertsteuer nicht als Vorsteuer von der eigenen Mehrwertsteuerschuld abziehen könne, schon im Ansatz. Bei dieser Sachlage hätte ihr nach den vorstehend dargelegten Grundsätzen aber kein "Mehrwertsteuerzusatz" zugesprochen werden dürfen. Indem die Vorinstanz dies dennoch tat, hat sie das Recht unrichtig angewandt (Art. 310 lit. a ZPO). Diesbezüglich ist die Berufung begründet. Die Dispositiv-

Ziffer 5 des angefochtenen Urteils ist aufzuheben und die Parteientschädigung für das vorinstanzliche Verfahren auf insgesamt Fr. 18'000.– (d.h. ohne Mehrwertsteuerzuschlag) festzusetzen (Art. 318 Abs. 1 lit. b ZPO).

#### 4. Ergebnis

Weitere (das noch zur Beurteilung stehende Prozessthema betreffende) Mängel im Sinne von Art. 310 ZPO macht die Klägerin nicht geltend und sind auch nicht offensichtlich (vgl. vorne, E. II.4). Zusammenfassend bleibt damit festzuhalten, dass die Berufung, soweit sie nicht bereits durch den Beschluss vom 11. Oktober 2022 (Urk. 87) und das bundesgerichtliche Urteil vom 22. Dezember 2022 (Urk. 90) erledigt ist, hinsichtlich der Parteientschädigung (Mehrwertsteuerzuschlag) durchdringt. Mit Bezug auf die vorprozessualen Gutachterkosten ist auf die Berufung nicht einzutreten, bezüglich der vorprozessualen Anwaltskosten ist sie unbegründet und das vorinstanzliche Urteil insoweit zu bestätigen (Art. 318 Abs. 1 lit. a ZPO).

### **IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen**

#### 1. Berufungsverfahren

1.1. Nach dem Verzicht auf Anschlussberufung beträgt der (Gesamt-)Streitwert des Berufungsverfahrens Fr. 97'756.60 (Fr. 98'189.80 ./. Fr. 433.20; s.a. Urk. 87 S. 13 E. 4.2), wofür die GebV OG eine zweitinstanzliche Grundgebühr von rund Fr. 8'660.– vorsieht (§ 12 Abs. 1 i.V.m. § 4 Abs. 1 GebV OG). Von diesem Streitwert entfallen gut 10 % auf den vorliegend beurteilten Berufungsantrag 2. Wie zuvor schon bezüglich des Berufungsantrags 3 (vgl. vorne, E. I.3) unterliegt die Klägerin auch mit Bezug auf diesen Antrag vollumfänglich. Das im Verhältnis zum Gesamtstreitwert der Berufung lediglich marginale Obsiegen hinsichtlich des Mehrwertsteuerzuschlags fällt für die Kostenverteilung insgesamt nicht ins Gewicht. Entsprechend ist auch die Entscheidgebühr für das vorliegende Erkenntnis, welche unter Mitberücksichtigung des Gesamtstreitwerts auf Fr. 1'100.– festzusetzen ist, vollumfänglich der Klägerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO)

und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss (Urk. 85 und Urk. 86) zu verrechnen (Art. 111 Abs. 1 ZPO).

1.2. Ausserdem ist die Klägerin antragsgemäss (vgl. Urk. 92 S. 2) zu verpflichten, der Beklagten für den vorliegenden (zweiten) Teil des Berufungsverfahrens eine (volle) Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 106 Abs. 1 und Art. 111 Abs. 2 ZPO). Diese ist – wiederum unter Berücksichtigung des hier beurteilten Anteils am gesamten Berufungsstreitwert – auf Fr. 900.– festzusetzen (§ 2 Abs. 1, § 4 Abs. 1, § 11 Abs. 1 und § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV). Der beantragte Mehrwertsteuerzuschlag fällt aus den vorstehend dargelegten Gründen (E. III.3) ausser Betracht.

1.3. Im übrigen Umfang, d.h. mit Bezug auf den Berufungsantrag 3, wurden die Kosten- und Entschädigungsfolgen bereits im Beschluss vom 11. Oktober 2022 geregelt (Urk. 87 S. 12 f. E. 4 und S. 14 Disp.-Ziff. 2-4).

## 2. Erstinstanzliches Verfahren

Abgesehen vom gewährten Mehrwertsteuerzuschlag (vgl. dazu vorne, E. III.3) wird die Nebenfolgenregelung des erstinstanzlichen Verfahrens in der Berufung weder selbstständig angefochten noch konkret bemängelt. Sie entspricht dem Verfahrensausgang in der Sache (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO) und ist deshalb zu bestätigen (Art. 318 Abs. 1 lit. a ZPO).

### **Es wird beschlossen:**

1. Es wird vorgemerkt, dass Dispositiv-Ziffer 1 des Urteils des Bezirksgerichts Bülach im ordentlichen Verfahren vom 18. Mai 2022 in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Auf die Berufung wird nicht eingetreten, soweit sie sich gegen die Klageabweisung hinsichtlich der vorprozessualen Gutachterkosten richtet.

3. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

**Es wird erkannt:**

1. In teilweiser Gutheissung der Berufung wird die Klägerin verpflichtet, der Beklagten für das erstinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 18'000.– zu bezahlen.
2. Im Übrigen wird die Berufung abgewiesen, soweit auf sie eingetreten wird, und die Dispositiv-Ziffern 2 (soweit die vorprozessualen Anwaltskosten betreffend) sowie 3-4 des Urteils des Bezirksgerichts Bülach im ordentlichen Verfahren vom 18. Mai 2022 werden bestätigt.
3. Die Entscheidgebühr für den vorliegenden Berufungsentscheid wird auf Fr. 1'100.– festgesetzt.
4. Die Kosten für den vorliegenden Berufungsentscheid werden der Klägerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
5. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten für den vorliegenden zweiten Teil des Berufungsverfahrens eine Parteientschädigung von Fr. 900.– zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.
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) i.V.m. 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. 97'756.20.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 29. März 2023

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Der Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. A. Huizinga

Dr. M. Nietlispach

versandt am:  
Im