

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RT230084-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. A. Huizinga, Vorsitzender, Oberrichterin
Dr. S. Janssen und Ersatzoberrichterin lic. iur. N. Jeker sowie
Gerichtsschreiber Dr. J. Trachsel

Urteil vom 19. Januar 2024

in Sachen

A._____ AG,

Klägerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

B._____ AG,

Beklagte und Beschwerdegegnerin

betreffend **Rechtsöffnung**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen
Verfahren am Bezirksgericht Horgen vom 23. Mai 2023 (EB230038-F)**

Erwägungen:

I. Sachverhalt und Prozessverlauf

1.1 Im Zentrum des vorliegenden Verfahrens steht der mit "C._____ Integration" betitelte Vertrag (nachfolgend: Vertrag), den die Parteien am 29. September 2020 unterzeichneten (Urk. 4/2 Ziff. 5). Gemäss diesem Vertrag ist die Beklagte und Beschwerdegegnerin (nachfolgend Beklagte) die Kundin und die Klägerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend Klägerin), welche als "Reseller" bezeichnet wird, vertreibt eine Lizenz (die sog. "C._____ solution"). Als Lizenzgeberin und ebenfalls Vertragspartei wird die C._____ Sàrl (nachfolgend: C._____) aufgeführt (Urk. 4/2 Ziff. 1.3, 5.). Vor Vorinstanz stützte sich die Klägerin auf diesen Vertrag als provisorischen Rechtsöffnungstitel, um die dritte Jahreslizenzgebühr in Höhe von CHF 106'834.– zzgl. MWST von CHF 8'226.20 einzufordern (Urk. 1/2 Rz. 7 ff.; Urk. 4/2 Ziff. 3 f.). Hierzu habe sie am 6. Januar 2023 eine innert zehn Tagen zahlbare Rechnung in Höhe von CHF 115'060.20 an die Beklagte geschickt (Urk. 4/3). Die Forderung sei demnach seit dem 17. Januar 2023 fällig (Urk. 1/2 Rz. 10). Die Beklagte habe jedoch die Rechnung nie beglichen, woraufhin die Klägerin die Betreibung Nr. ... eingeleitet habe (Urk. 1/2 Rz. 11; Urk. 2).

1.2 Die Beklagte entgegnete im vorinstanzlichen Verfahren im Wesentlichen, dass bisher keine einzige der gekauften 1'200 Lizenzen habe erfolgreich aktiviert werden können. Das C._____ -Produkt habe nicht erfolgreich in die IT-Infrastruktur integriert werden können. Die Parteien hätten deswegen eine Diskussion geführt, im Rahmen welcher namentlich die C._____ in Aussicht gestellt habe, zu prüfen, wie sie der Beklagten nicht genutzte Dienstleistungen zurückerstatten könne (Urk. 13 S. 2; Urk. 14/8). Nachdem trotz dieser Versprechen seitens der C._____ keine Lösung offeriert worden sei, habe die Beklagte den Vertrag am 4. November 2022 unter Verweis auf einen Grundlagenirrtum, einen Vertragsbruch sowie aus wichtigem Grund gekündigt (Urk. 14/10) sowie die vorliegend strittige dritte Jahreslizenz nicht gezahlt (Urk. 13 S. 3).

1.3 Zum weiteren Schriftenwechsel vor Vorinstanz sei auf die betreffenden Dokumente (insb. Urk. 17 und 21) verwiesen, auf welche, soweit erforderlich, nachfolgend näher eingegangen wird (s.u. insb. III.3.2).

1.4 Mit Urteil vom 23. Mai 2023 wies das Einzelgericht des Bezirksgerichts Horgen (Vorinstanz) das von der Klägerin gestellte provisorische Rechtsöffnungsbegehren in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamts Thalwil-Rüschlikon-Kilchberg (Zahlungsbefehl vom 23. Januar 2023) für den Betrag von CHF 115'060.20 zzgl. Zins von 5% seit 17. Januar 2023 sowie die Betreuungskosten in Höhe von CHF 203.30 unter Kostenfolgen zulasten der Klägerin ab (Urk. 27).

2.1 Gegen das vorinstanzliche Urteil erhob die Klägerin mit Eingabe vom 12. Juni 2023 Beschwerde mit den folgenden Anträgen (Urk. 26 S. 2):

"1. Es sei das Urteil EB230038 des Bezirksgerichts Horgen vom 23. Mai 2023 aufzuheben und in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamts Thalwil-Rüschlikon-Kilchberg (Zahlungsbefehl vom 23. Januar 2023) sei gestützt auf Art. 82 SchKG Rechtsöffnung zu erteilen für:

CHF 115'060.20 nebst Zins zu 5% seit 17. Januar 2023 und Betreuungskosten in Höhe von CHF 203.30.

2. Eventualiter sei das Urteil EB230038 des Bezirksgerichts Horgen vom 23. Mai 2023 aufzuheben und die Sache zur Neubeurteilung an das Bezirksgericht Horgen zurückzuweisen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. MwSt. zulasten der Beschwerdegegnerin."

2.2 Mit Verfügung vom 13. Juni 2023 wurde der Klägerin Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses von CHF 3'000.– angesetzt (Urk. 31), welcher fristgerecht einging (Urk. 32). Die Beklagte reichte innert der mit Verfügung vom 7. September 2023 angesetzten Frist die Beschwerdeantwort ein (Urk. 33 bis 36/1-14). Die Beschwerdeantwort wurde der Klägerin mit Verfügung vom 3. Oktober 2023 zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 37), woraufhin die Klägerin im Rahmen ihres Replikrechts mit Eingabe vom 16. Oktober 2023 eine Stellungnahme einreichte (Urk. 38 bis 40/10-11). Die Stellungnahme vom 16. Oktober 2023 wurde der Beklagten mit Verfügung vom 14. November 2023 zugestellt, woraufhin diese im Rahmen ihres Replikrechts mit Eingabe vom 27. November 2023 eine Stellungnahme einreichte (Urk. 42 bis 44/1-2). Diese wurde wiederum am 29. November

2023 der Klägerin zur Kenntnisnahme zugestellt. Mit Eingabe vom 11. Dezember 2023 äusserte sich die Klägerin ein weiteres Mal; diese Stellungnahme wurde der Beklagten am 3. Januar 2024 ebenfalls zur Kenntnis zugestellt (Urk. 46+47). Weitere prozessuale Anordnungen oder Eingaben sind nicht erfolgt. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 1-25). Das Beschwerdeverfahren erweist sich als spruchreif.

II. Prozessuales

1. Die Rechtsmittelvoraussetzungen sind erfüllt: Die Beschwerde richtet sich gegen einen erstinstanzlichen Endentscheid, gegen den die Berufung unzulässig ist (Art. 319 lit. a i.V.m. Art. 309 lit. b Ziff. 3 ZPO). Sie wurde form- und fristgerecht erhoben (Art. 321 Abs. 1 und 2 i.V.m. Art. 251 lit. a ZPO, Art. 142 f. ZPO; Urk. 26 und 25/2). Der Kostenvorschuss wurde rechtzeitig geleistet (Urk. 31, 32) und die vor Vorinstanz unterlegene Klägerin ist ohne Weiteres zur Beschwerdeerhebung legitimiert. Auf die Beschwerde ist daher einzutreten. Der Beschwerdeentscheid kann aufgrund der Akten ergehen (Art. 327 Abs. 2 ZPO).

2. Mit der Beschwerde können die unrichtige Rechtsanwendung sowie offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Die Beschwerde ist begründet einzureichen (Art. 321 Abs. 1 ZPO). Dazu gehört, dass in der Beschwerde im Einzelnen dargelegt werden muss, was genau am angefochtenen Entscheid unrichtig sein soll. Was nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden. Das gilt zumindest soweit, als ein Mangel nicht geradezu ins Auge springt (*OGer ZH RT180080 vom 29. August 2018, E. I.4.*). Die Beschwerdegründe sind in der Beschwerdeschrift resp. innert der Beschwerdefrist vollständig vorzutragen und nachzuweisen; ein allfälliger zweiter Schriftenwechsel oder die Ausübung des aus Art. 6 EMRK (soweit anwendbar: BSK SchKG-Staehelin, Art. 84 N 41b m.w.H.) bzw. Art. 29 Abs. 2 BV abgeleiteten allgemeinen Replikrechts (BGE 144 III 117 E. 2.1 S. 118; BGE 146 III 237 E. 3.1 [S. 243]) dienen nicht dazu, die bisherige Kritik zu vervollständigen oder gar Neue vorzutragen (BGE 142 III 413 E. 2.2.4

[S. 417; betr. Berufung]). Eine Ergänzung der Beschwerde nach Ablauf der gesetzlichen Beschwerdefrist oder im Rahmen einer spontanen Replik ist mithin unzulässig.

3. Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel sind im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO). Eine Ausnahme gilt für Noven, zu denen erst der Entscheid der Vorinstanz Anlass gegeben hat (BGE 139 III 466 E. 3.4). Unbeschränkt zulässig sind sodann neue rechtliche Vorbringen: Diesbezüglich hat die Beschwerdeinstanz volle Kognition, weil sie das Recht von Amtes wegen anwenden muss (Art. 57 ZPO; *OGer ZH RT150086 vom 17. August 2015, E. 4.1*).

4. Zahlreiche Dokumente, die in den Akten liegen, inklusive des Vertrags vom 29. September 2020 (Urk. 4/2) sind auf Englisch abgefasst. Eine Übersetzung der Dokumente ist vorliegend entbehrlich, da das Gericht und offensichtlich auch die Parteien, die auf die englischsprachigen Dokumente Bezug nehmen, des Englischen mächtig sind (BSK SchKG-Staehelin, Art. 84 N 54 m.w.H.).

III. Materielles

1. Die Vorinstanz erwog im Entscheid vom 23. Mai 2023 im Wesentlichen, dass der Vertrag von beiden Parteien unterzeichnet worden sei und deshalb als potentieller provisorischer Rechtsöffnungstitel dienen könne (Urk. 27 S. 8). Bei zweiseitigen Verträgen gelange die sog. *Basler Rechtsöffnungspraxis* zur Anwendung. In deren Rahmen habe die Schuldnerin insbesondere die Möglichkeit, glaubhaft zu machen, dass die Gegenleistung der Gläubigerin in einem Austauschverhältnis zur geforderten Leistung der Schuldnerin stehe, um gestützt darauf zu behaupten, dass die Gläubigerin die Gegenleistung nicht gehörig erbracht habe (Urk. 27 S. 9 f.). Vorliegend habe die Beklagte glaubhaft gemacht, dass die Gegenleistung für die Jahreslizenzgebühr in der erfolgreichen Implementierung der C.____-Accounts bestehe sowie in nicht haltloser Weise behauptet, dass diese Gegenleistung von der Klägerin nicht erbracht worden sei. Dass die C.____-Accounts nicht erfolgreich hätten aktiviert werden können, habe die Klägerin weder bestritten noch mit Urkunden widerlegt (Urk. 27 S. 10 f.). Im Lichte

der Basler Rechtsöffnungspraxis scheitere daher das Rechtsöffnungsbegehren, weshalb die Zulässigkeit der Kündigung vom 4. November 2022 offengelassen werden könne (Urk. 27 S. 12).

2.1 Die Klägerin rügt, dass die einzige Gegenleistung, welche sie im Austauschverhältnis für die Jahreslizenzgebühr geschuldet habe, in den Lizenzen an sich bestehe. Dass die Klägerin diese verschafft habe, sei unbestritten (Urk. 26 Rz. 29; Urk. 38 Rz. 23). Ein Austauschverhältnis zwischen den Jahreslizenzzahlungen und dem Aktivierungserfolg der C._____-Accounts habe die Beklagte hingegen erst in der Duplik vom 28. März 2023 (Urk. 21) behauptet. Diese Behauptung sei unrichtig sowie verspätet erfolgt und wäre von der Vorinstanz nicht zu berücksichtigen gewesen (Urk. 26 Rz. 29; Urk. 38 Rz. 22). Zudem sei die Vorinstanz in Willkür verfallen, indem sie zum einen mit Verfügung vom 6. März 2023 den Aktenschluss angeordnet (Urk. 15), zum anderen aber erwogen habe, dass die Beklagte mit der Eingabe vom 17. März 2023, welche von nach dem Aktenschluss datiere, weder bestritten habe, dass die 1'200 C._____-Accounts nicht hätten integriert werden können, noch durch Urkunden widerlegt habe, dass die Gegenleistung der Klägerin nicht gehörig erbracht worden sei. Nur die Anordnung eines zweiten Schriftenwechsels führe zur unbeschränkten Äusserungsmöglichkeit mit sämtlichen Säumnisfolgen (Urk. 26 Rz. 21 f.; Urk. 27 S. 10 unten). Die Vorinstanz habe es ausserdem unrichtigerweise unterlassen, die (aus Sicht der Klägerin nicht gegebene) Zulässigkeit der Kündigung vom 4. November 2022 zu prüfen (Urk. 26 Rz. 25).

2.2 Die Beklagte hält demgegenüber fest, dass die Vorinstanz das Austauschverhältnis zwischen der Lizenzgebühr und der Implementierung der 1'200 C._____-Accounts zutreffend festgestellt habe. Der Vertrag habe ihr nicht nur die Lizenzen an sich verschafft, sondern auch ein Recht, diese Lizenzen zu nutzen. Die Lizenzen würden sonst eine leere Worthülse darstellen (Urk. 34 S. 7 f.). Kein einziger der 1'200 C._____-Accounts habe aktiviert werden können, was von der Beklagten unbestritten geblieben sei (Urk. 34 S. 3). Die Kündigung (Urk. 14/10) sei daher mit guten Gründen erfolgt (Urk. 34 S. 8).

2.3 Der Inhalt des weiteren Schriftenwechsels, in dessen Rahmen im Wesentlichen die vorstehend umrissenen Argumente wiederholt wurden (s.o. III.2.1-2.2), ist den Akten zu entnehmen (insb. Urk. 42, 46).

3.1 Es stellt sich zunächst die Frage, ob die Vorinstanz das Rechtsöffnungsge- such zu Recht anhand der Basler Rechtsöffnungspraxis scheitern liess. In dem Zusammenhang ist massgebend, welche Einwendungen und Einreden die Be- klagte i.S.v. Art. 82 Abs. 2 SchKG vorbrachte. In ihrer Gesuchsantwort vom 1. März 2023 führte die Beklagte aus, dass keine einzige der 1'200 Lizenzen für die vier C.____-Module erfolgreich habe aktiviert werden können (Urk. 13 S. 2). Sodann verwies die Beklagte auf die Kündigung vom 4. November 2022 (Urk. 14/10), welche sich auf einen wichtigen Grund, einen Grundlagenirrtum und einen Vertragsbruch stützte (Urk. 13 S. 3; s.o. I.1.2). Diese Ausführungen sind so zu verstehen, dass sie die fehlende gehörige Gegenleistung der Klägerin behaup- tete, um damit die Kündigung vom 4. November 2022 zu rechtfertigen. Die Be- klagte machte in ihrer Stellungnahme vom 1. März 2023 also geltend, *infolge der Kündigung vom 4. November 2022* die Jahreslizenzgebühr 2023 nicht mehr zu schulden. Dass die Beklagte in ihrer Gesuchsantwort vom 1. März 2023 *bezüglich der hier interessierenden Jahreslizenzgebühr 2023* die Einrede der nicht gehörig erbrachten Gegenleistung erbracht hätte, ist nicht ersichtlich.

3.2 Des Weiteren machte die Beklagte erst in der Duplik vom 28. März 2023 auch betreffend die Jahreslizenz 2023 die nicht gehörige Erbringung der Gegen- leistung erstmals geltend (Urk. 21 S. 1 unten). Dies war unter Berücksichtigung des nach dem erstmaligen Schriftenwechsel eingetretenen Aktenschlusses ver- spätet (Urk. 15; Art. 229 Abs. 1 ZPO), weshalb auch die diesbezüglichen Vorbrin- gen der Beklagten im Rahmen des Beschwerdeverfahrens (insb. Urk. 34 S. 7, 9; Urk. 42 S. 1) nicht zu hören sind.

3.3 Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass die Vorinstanz das Rechtsöff- nungsbegehren an der Basler Rechtsöffnungspraxis scheitern liess, obwohl deren Anwendungsbereich für die hier strittige Periode betreffend die Jahreslizenzge- bühr 2023 nicht eröffnet war. Zu prüfen bliebe damit die Rechtmässigkeit der Kün- digung vom 4. November 2022 (Urk. 14/10).

4.1 Zur Rechtmässigkeit ihrer Kündigung verwies die Beklagte bereits in ihrer Gesuchsantwort vom 1. März 2023 auf das Software as a Service Agreement (nachfolgend: SaaS Agreement), das im Rahmen des Vertrags vom 29. September 2020 zwischen den Parteien vereinbart worden sei (Urk. 13 S. 1; Urk. 14/1a-1b; Urk. 4/2 S. 4). Mit den "manufacturer's licence and maintenance agreements" (Urk. 4/2 S. 4) sei dieses SaaS Agreement gemeint (Urk. 13 S. 1). Hierzu legte die Beklagte die E-Mail von C. _____ vom 30. September 2020 bei (Urk. 14/1a). Ebenso führte die Beklagte in der Beschwerdeantwort aus, dass die Kündigung im Lichte des SaaS Agreement mit guten Gründen erfolgt sei (Urk. 34 S. 8; Urk. 36/3a-3b). Im SaaS Agreement selbst ist vorgesehen, dass jede Partei das Recht habe, den Vertrag zu kündigen, sofern die andere Partei den Vertrag verletzt habe und die Vertragsverletzung auch 30 Tage, nachdem sie darauf schriftlich hingewiesen worden sei, fortdauere (Urk. 36/3b Ziff. 6.2). Ob vor diesem Hintergrund die Kündigung (Urk. 14/10) gerechtfertigt war, kann indes aus nachstehenden Gründen nicht näher erörtert werden.

4.2.1 Um die Rechtmässigkeit der Kündigung (Urk. 14/10) beurteilen zu können, müssen die vollständigen Vertragsunterlagen bekannt sein. In dem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass der Vertrag nicht nur auf die allgemeinen Bedingungen des SaaS Agreement verweist, sondern auch auf die allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin (Urk. 4/2 S. 4). Es lässt sich somit nicht ausschliessen, dass ein sog. "battle of the forms" vorliegen könnte, d.h. sich widersprechende AGB-Klauseln zur Frage der Kündigungsmöglichkeit. Gerade weil vorliegend die Klägerin und nicht C. _____ als Gläubigerin auftritt, wäre die Kenntnis der AGB der Gläubigerin unerlässlich gewesen, um die Rechtmässigkeit der Kündigung abschliessend zu beurteilen.

4.2.2 Es wäre an der Klägerin gewesen, einen genügenden Rechtsöffnungstitel einzureichen. Nach h.M. taugen Urkunden nur dann als Rechtsöffnungstitel, wenn diese vollständig eingereicht werden. Dies setzt insbesondere voraus, dass sämtliche Vertragsbestandteile, inklusive der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, beigelegt werden (*OGer ZH RT190071 vom 20. Juni 2019, S. 11*; *BezGer ZH EB171826 vom 26. Januar 2018, E. 2.4 = ZR 117/2018 Nr. 32 [S. 126]*; Stücheli,

Die Rechtsöffnung, Diss. Zürich 2000, in: Zürcher Studien zum Verfahrensrecht Bd. 119, 2000, S. 166). Dies ist vorliegend nicht geschehen. Bis heute liegen die AGB der Klägerin nicht vor, was vorliegend von Amtes wegen zu berücksichtigen ist (BGE 147 III 176 E. 4.2.1).

4.3 Zusammenfassend ergibt sich, dass kein genügender Rechtsöffnungstitel vorliegt, weshalb die Beschwerde abzuweisen und das vorinstanzliche Urteil – wenn auch mit anderer Begründung – zu bestätigen ist.

IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens sind der mit ihren Rechtsmittelanträgen unterliegenden Klägerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Bemessung der zweitinstanzlichen Entscheidungsgebühr richtet sich nach der Gebührenverordnung zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (GebV SchKG). Sie ist, ausgehend von einem Streitwert von CHF 115'060.20 (Urk. 26 S. 2), in Anwendung von Art. 48 Abs. 1 i.V.m. Art. 61 Abs. 1 GebV SchKG auf CHF 1'500.– festzusetzen und mit dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen (Art. 111 Abs. 1 ZPO).

2.1 Die nicht anwaltlich vertretene Beklagte verlangt unter Hinweis auf die Bemühungen von Rechtsanwalt Y. _____ eine Entschädigung in Höhe von CHF 7'130.50 (Urk. 34 S. 1). Die hierzu eingereichten Honorarnoten decken sowohl den Zeitraum des erstinstanzlichen als auch des vorliegenden Verfahrens ab (Urk. 36/2a-2c). Die Klägerin spricht der Beklagten die Berechtigung auf eine Parteientschädigung ab (Urk. 38 S. 1).

2.2.1 Gemäss der abschliessenden (CHK ZPO-Sutter-Somm/Seiler, Art. 95 N 13) Definition aus Art. 95 Abs. 3 ZPO gelten als Parteientschädigung der Ersatz notwendiger Auslagen (lit. a), die Kosten einer berufsmässigen Vertretung (lit. b) sowie in begründeten Fällen eine angemessene Umtriebsentschädigung für eine nicht berufsmässig vertretene Partei (lit. c). Bei den notwendigen Auslagen nach Art. 95 Abs. 3 lit. a ZPO geht es namentlich um Reisespesen, Versandkosten, Kosten für Kopien, Übersetzungskosten und dergleichen. Die Kosten der berufs-

mässigen Vertretung nach Art. 95 Abs. 3 lit. b ZPO betreffen hauptsächlich das Anwaltshonorar (Art. 68 Abs. 2 lit. a ZPO). Die Umtriebesentschädigung nach Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO kann insbesondere durch den Verdienstaussfall eines selbständig Erwerbstätigen, der ohne beruflichen Vertreter prozessiert, begründet werden (Botschaft vom 28. Juni 2006 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, BBl 2006 7293; CHK ZPO-Sutter-Somm/Seiler, Art. 95 N 14-17).

2.2.2 Die vorliegend von der Beklagten geltend gemachten Anwaltskosten stellen keine Kosten für die berufsmässige Vertretung i.S.v. Art. 95 Abs. 2 lit. b ZPO dar, weil die Beklagte stets in eigenem Namen, ohne anwaltliche Vertretung auftrat und sich Rechtsanwalt Y. _____ nie als Vertreter der Beklagten nach Art. 68 Abs. 2 ZPO auswies. Zugleich können die vorliegenden Anwaltskosten auch nicht als Auslagen i.S.v. Art. 95 Abs. 3 lit. a ZPO aufgefasst werden, weil der Gesetzgeber durch die gesonderte Erwähnung der Kosten einer berufsmässigen Vertretung in Art. 95 Abs. 3 lit. b ZPO, die an sich auch unter Art. 95 Abs. 3 lit. a ZPO subsumiert werden könnten, zeigte, dass lediglich Kosten einer berufsmässigen Vertretung i.S.v. Art. 68 ZPO zu entschädigen sind. Die Kosten des ausserprozessual beigezogenen Anwalts der Beklagten können sodann auch nicht als Umtriebesentschädigung i.S.v. Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO aufgefasst werden. Wie der Gesetzgeber mit dem Beispiel des Verdienstaussfalls eines selbständig Erwerbstätigen zum Ausdruck brachte, hat die Bestimmung aus Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO den eigenen Aufwand der Partei, welche den Prozess selbst führt, zum Regelungsgegenstand (BGer 4A_233/2017 vom 28. September 2017, E. 4.5).

2.2.3 Es ergibt sich, dass der Beklagten keine Partei- bzw. Umtriebesentschädigung zuzusprechen ist.

3. Die Kosten- und Entschädigungsfolgen des erstinstanzlichen Verfahrens sind vorliegend nicht näher zu überprüfen (Art. 318 Abs. 3 ZPO analog).

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf CHF 1'500.– festgesetzt.

3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Klägerin auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

6. Eine **Beschwerde** gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert **30 Tagen** von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt CHF 115'060.20.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 19. Januar 2024

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

Dr. J. Trachsel

versandt am:
jo