

ZH_OBERGERICHT LB210051 vom 28. Januar 2022

ZH Obergericht, 2022-01-28, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LB210051

FR: ZH_OBERGERICHT LB210051 du 28 janvier 2022

IT: ZH_OBERGERICHT LB210051 del 28 gennaio 2022

Erwägungen

E. 1

Mit Eingabe vom 25. April 2018 reichte die Klägerin beim Bezirksgericht Zürich (Vorinstanz) eine Klage betreffend definitive Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts ein (act. 1). Das Verfahren wurde unter der Geschäfts-Nr. CG180028-L angelegt. Die Vorinstanz holte bei der Klägerin einen Kostenvorschuss ein (act. 7; act. 9) und setzte dem Beklagten Frist zur Erstattung der Klageantwort an (act. 10). Die Klageantwort wurde am 15. Oktober 2018 eingereicht (act. 15).

E. 1.1

Die Parteien haben mit Werkvertrag vom 24. März / 10. April 2017 (act. 3/1) betreffend die Vergütung grundsätzlich Einheitspreise vereinbart (Ziff. 2). Ziffer 2.1 des Werkvertrags verweist primär auf das Leistungsverzeichnis vom 10. Februar 2017. Das Leistungsverzeichnis (act. 3/1, Anhang "Submission Baugrube und Tragwerk Variante D") führt tabellarisch je Leistungsposition die erwartete Menge (Vorausmass) in bestimmter Masseinheit, den Preis für eine Masseinheit sowie das Ergebnis von deren Multiplikation auf. Die voraussichtliche Grundvergütung wird mit insgesamt Fr. 237'142.75 (inkl. MWST) beziffert (act. 3/1 Ziffer 2.1, Ziffer 7 und Anhang; act. 2 Rz. 7; act. 15 Rz. 6).

E. 1.2

Das Merkmal des Einheitspreises besteht darin, dass er je Mengeneinheit bzw. je Masseinheit (z.B. Laufmeter, Kubikmeter, Kilo/Tonne, Stückzahl) festgesetzt wird, so dass sich die effektive Vergütung für die zu erbringende Leistung aus der Multiplikation des Einheitspreises und der festgestellten (erbrachten) Menge ergibt (BSK OR I-ZINDEL/PULVER/SCHOTT, Art. 373 N 7). Das im Leistungsverzeichnis angegebene Vorausmass ist das Ergebnis einer Prognose oder Schätzung und nicht rechtsverbindlich. Massgebend für die vom Besteller geschuldete Vergütung ist die tatsächlich ausgeführte Menge (GAUCH, Werkvertrag,

E. 1.3

Nach der allgemeinen Regel von Art. 8 ZGB obliegt es der Klägerin zur Begründung ihres Vergütungsanspruchs, die Menge der unter den jeweiligen Positionen des Leistungsverzeichnisses erbrachten Leistungen sowie den dafür jeweils vereinbarten Einheitspreis zu behaupten und – sofern ihre Behauptungen bestritten sind – zu beweisen (BGer 4A_281/2017 vom 22. Januar 2018 E. 2). 2.

E. 2

Am 10. Oktober 2018 reichte die Klägerin vor Vorinstanz Klage und Klagebewilligung betreffend eine Forderung aus Werkvertrag ein (act. 19/1; act. 19/2). Das Verfahren wurde unter der Geschäfts-Nr. CG180085-L angelegt. Die Vorinstanz holte bei der Klägerin

wiederum einen Kostenvorschuss ein (act. 19/6; act. 19/9) und setzte dem Beklagten Frist zur Erstattung der Klageantwort an (act. 19/13). Die Klageantwort wurde am 27. Februar 2019 erstattet (act. 19/16).

E. 2.1

Die Vorinstanz erwog, die Klägerin sei der ihr obliegenden Behauptungs- last im Rahmen der Klagebegründung knapp nachgekommen. Der Beklagte habe

- 11 - alsdann die sehr allgemein gehaltenen Behauptungen naturgemäss nicht konkret bzw. substantiiert bestreiten können. Er habe aber die Leistungen und Arbeiten gesamthaft und vollumfänglich bestritten. Die Klägerin wäre entsprechend gehal- ten gewesen, ihre Behauptungen nun zu substantiieren und zu beweisen.

E. 2.2

Die Klägerin verneint, dass eine hinreichende Bestreitung des Beklagten vorliege. Da die Klageschrift noch gar keine Substantiierung enthalten habe, kön- ne man entgegen der Vorinstanz nicht von einer expliziten und umfassenden Be- streitung in der Klageantwort sprechen (act. 60 S. 4). 2.3.1 Die Vorinstanz hat die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu den Behaup- tungs-, Substantiierungs- und Bestreitungsobliegenheiten der Parteien wiederge- geben (act. 64 S. 10 f.). Hervorzuheben ist zusammenfassend Folgendes: Inwie- weit unter Geltung der Verhandlungsmaxime Tatsachen zu behaupten und zu substantiieren sind, ergibt sich einerseits aus den Tatbestandsmerkmalen der angerufenen Norm und andererseits aus dem prozessualen Verhalten der Gegen- partei (BGE 127 III 365 E. 2b). Grundsätzlich genügt es zunächst, wenn die be- hauptungsbelastete Partei die anspruchsbegründenden Tatsachen in ihren we- sentlichen Zügen behauptet. Es ist nicht erforderlich, dass sie vorweg sämtliche möglichen Einwände der Gegenpartei entkräftet. Bestreitet der Prozessgegner alsdann allerdings den Tatsachenvortrag der behauptungsbelasteten Partei, hat diese ihre Behauptungen zu substantiieren, d.h. sie in Einzeltatsachen gegliedert so umfassend und klar darzulegen, dass darüber Beweis abgenommen oder da- gegen der Gegenbeweis angetreten werden kann (BGE 127 III 365 E. 2b; BGer 4A_281/2017 vom 22. Januar 2018 E. 4.2). Was die Bestreitungen der Gegenpar- tei betrifft, müssen diese ihrerseits so konkret sein, dass die behauptungsbelaste- te Partei weiss, welche Tatsachenbehauptungen sie beweisen muss. Je detaillier- ter ein Parteivortrag ist, desto konkreter muss die Gegenpartei erklären, welche Tatsachen sie bestreitet (BGer 4A_281/2017 vom 22. Januar 2018 E. 4.3). Nicht dartun muss die beweisbefreite Partei grundsätzlich, weshalb eine bestrittene Be- hauptung unrichtig sei (BGE 117 II 113 E. 2; BGer 4A_443/2017 vom 30. April 2018 E. 4.1).

- 12 - 2.3.2 In den Klagebegründungen konnte sich die Klägerin im Wesentlichen darauf beschränken, unter Verweis auf den Werkvertrag, auf behauptete Nachträge und Regierechnungen sowie auf die Schlussrechnung den Werklohn einzufordern und die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts zu verlangen. Weitergehende bzw. substantiierte Behauptungen waren zu diesem Zeitpunkt nicht zwingend er- forderlich. Wäre der klägerische Standpunkt vom Beklagten nicht bestritten wor- den, hätte die Vorinstanz die Klage entsprechend gutheissen können. Der Beklag- te hat allerdings mehrfach bestritten, dass die Klägerin die in Rechnung gestellten Leistungen erbracht hat. Die Vorinstanz hat dies im Einzelnen aufgezeigt und auf folgende Stellen in den Klageantwortschriften verwiesen (act. 64 S. 9): • act. 15 und act. 19/16 Rz. 15: "[...]. Die angeblichen Leistungen der Kläge- rin und die daraus angeblich resultierenden Forderungen

werden deshalb mit Nichtwissen vorsorglich gesamthaft bestritten." • act. 15 und act. 19/16 Rz. 32: "Weder die von der Klägerin eingereichten Nachtragsofferten noch die Schlussrechnung vom 9. November 2017 sind genügend, um irgendwelche angeblichen (in Erbringung, Umfang und Wert vollumfänglich bestrittenen) Arbeiten zu beweisen [...]." • act. 19/16 Rz. 49: "Vorliegend wird eine Werklohnforderung der Klägerin in Bestand, Erbringung und Umfang vollumfänglich bestritten." • act. 15 Rz. 51: "Die von der Klägerin nur äusserst rudimentär behaupteten Leistungen, welche die Klägerin auf dem Grundstück des Beklagten an der E.____-strasse ... in D.____ erbracht haben will, werden in Bestand, Erbringung und Umfang vollumfänglich bestritten." • act. 19/16 Rz. 54: "Der Schlussrechnung ist aber nicht zu entnehmen, welche Arbeiten zu welchem Zeitpunkt von wem und zu welchem Preis erbracht worden sein sollen. Die entsprechende Leistungserbringung durch die Klägerin wird denn auch bestritten." • act. 19/16 Rz. 55: "[...], steht dem Beklagten ein Leistungsverweigerungsrecht bezüglich des restlichen Werklohnes, sollten die entsprechenden Leistungen überhaupt erbracht worden sein, was bestritten wird, zu." Der Beklagte hat damit klar zum Ausdruck gebracht, dass er die Leistungen "in Bestand, Erbringung und Menge" bestreitet. Für die Klägerin war deutlich erkennbar, dass sie nun insgesamt die erbrachten Leistungen – und damit insbesondere auch die effektiven Mengen, d.h. das Ausmass – nachweisen musste und ent-

- 13 - sprechend ihre bisher allgemein gehaltenen Behauptungen zur Leistungserbringung zu substantizieren und Beweise anzubieten hatte. 2.4.1 Die Klägerin wirft dem Beklagten in diesem Zusammenhang vor, sich treuwidrig und rechtsmissbräuchlich zu verhalten, wenn er, der von einer professionellen Bauleitung vertreten worden sei, dem Gericht mit dem Bestreiten mit Nichtwissen weismachen wolle, er habe keine Ahnung, was tatsächlich gebaut und in Rechnung gestellt worden sei (act. 60 S. 3). Der wahre Grund, weshalb der Beklagte die Forderungen nicht bezahlen wolle, sei, dass sein Haus Risse aufweise, die durch Arbeiten der Klägerin entstanden sein sollen, woraus sich ergebe, dass Arbeiten geleistet worden seien und die vollumfänglichen Bestreitungen des Beklagten treuwidrig seien (act. 60 S. 4, s.a. S. 6). Grundlage für die Mängelrüge des Beklagten vom 18. Oktober 2018 (act. 16/25) seien die von der Klägerin ausgeführten Arbeiten. Aus dem hierfür erstellten Gutachten der H.____ vom 15. Oktober 2018 (act. 16/25, Beilage) sei ersichtlich, welche Arbeiten die Klägerin am Bau des Beklagten ausgeführt habe (act. 60 S. 5). 2.4.2 Es kann durchaus als störend empfunden werden, dass der Beklagte im Rahmen der Bestreitungen (teilweise) so tut, als seien überhaupt keine Arbeiten verrichtet worden. Es mag auch sein, dass das Motiv für die vollumfänglichen Bestreitungen in den Rissbildungen am Wohnhaus zu verorten ist (vgl. etwa act. 15 Rz. 7 ff.). Allerdings ist der Beklagte aufgrund seiner prozessualen Stellung nicht gehalten, näher auszuführen, weshalb er die Behauptungen der Klägerin bestreitet. Auch ein Bestreiten mit Nichtwissen ist zulässig, jedenfalls wenn die fraglichen Geschehnisse nicht Gegenstand eigener Handlungen oder Wahrnehmungen sind (BGer 4A_443/2017 vom 30. April 2018 E. 4.3). Vorliegend geht es um Handlungen und Leistungen der Klägerin und nicht um solche des Beklagten. Es stand dem Beklagten damit frei, die von der Klägerin behauptete Leistungserbringung insgesamt, ohne Begründung sowie mit Nichtwissen zu bestreiten. Selbst wenn man sodann das Verhalten des Beklagten als widersprüchlich ansehen wollte, würde dies allein keinen Rechtsmissbrauch begründen. Setzt sich jemand zu seinem früheren Verhalten in Widerspruch, ist darin nur dann ein Verstoß gegen Treu und Glauben zu erblicken, wenn das frühere Verhalten ein schutzwürdi-

- 14 - ges Vertrauen begründet hat, welches enttäuscht würde (BGE 140 III 481 E. 2.3.2). Der Vertrauende muss aufgrund des geschaffenen Vertrauens Dispositionen getroffen haben, die sich nun als nachteilig erweisen (BGE 125 III 257 E. 2a; BGer 4A_443/2017 vom 30. April 2018 E. 4.4). Dies ist vorliegend nicht der Fall.

E. 2.5

Nach dem Ausgeführten hat die Vorinstanz zu Recht angenommen, dass die Klägerin aufgrund der (hinreichenden) Bestreitungen des Beklagten gehalten war, die von ihr erbrachten Leistungen substantiiert zu behaupten und zu beweisen. 3.

E. 3

Mit Beschluss vom 4. April 2019 wurden die beiden Verfahren Nr. CG180028-L und Nr. CG180085-L vereinigt und unter erstgenannter Nummer weitergeführt. Verfahren Nr. CG180085-L wurde als dadurch erledigt abgeschlossen (act. 17; act. 19/18).

E. 3.1

Die Vorinstanz weist darauf hin, dass die Klägerin in der Replik zunächst zum Ausdruck gebracht habe, sich aufgrund der Bestreitung durch den Beklagten ihrer Substanziierungsobliegenheit bewusst zu sein. Sie habe sich alsdann aber bloss auf einer einzigen Seite mit der Grundvergütungsforderung (ohne Nachtrags- und Regiearbeiten) auseinandergesetzt und im Wesentlichen nur auf die zwei Teilzahlungsgesuche und die Schlussrechnung verwiesen. Die Klägerin habe, obwohl die Schlussrechnung und das Schlussergebn über weite Strecken erklärungsbedürftig seien, zum einen nicht dargetan und erläutert, wie sich der behauptete Vergütungsanspruch zusammensetze und berechne; zum andern habe sie keine Beweise offeriert.

E. 3.2

Die Klägerin hält dafür, die Vorinstanz stelle zu hohe Anforderungen an die Substanziierung. Sie, die Klägerin, habe in der Replik unter Bezugnahme auf den Text des Werkvertrages dargestellt, welche Arbeiten gemäss Vertrag zu erledigen gewesen seien (act. 60 S. 7 m.H.a. act. 34 Rz. 13.1). Sie habe weiter ausgeführt, in welchem Zeitraum die Arbeiten ausgeführt worden seien und genau dargestellt (und dazu die entsprechenden Beweise angeboten), wie diese Arbeiten erfasst und dem Beklagten mitgeteilt worden seien, nämlich durch die laufende Ausmasse, welche sie ins Recht gelegt habe (act. 60 S. 7 m.H.a. act. 35/5-7). Diese Ausmasse hätten zwischen 11 und 30 Seiten umfasst und hätten nicht in die Rechtsschrift übernommen werden können. Die Ausmass-Positionen würden aber haargenau den Beschreibungen der Positionen im Leistungsverzeichnis des

- 15 - Werkvertrages entsprechen (act. 60 S. 7 f.). Bei einem Einheitspreisvertrag könne auch nicht verlangt werden, dass die Berechnung (Multiplikation der Einheitspreise der einzelnen Positionen mit den ausgemessenen Mengen) im Einzelnen in die Rechtsschrift übernommen und erklärt werde (act. 60 S. 8). Der Verweis auf die beigelegte Ausmasse genüge den Anforderungen des Bundesgerichts und darüber könne ohne weiteres Beweis geführt werden: "Erbrachte die Klägerin die Leistungen, die sie in den Ausmassen beschrieben, berechnete und in den Abrechnungen in Verrechnung gebracht hat?" (act. 60 S. 8). Sie habe mithin die Leistungen als gesamtes beschrieben und den Werkvertrag ins Recht gelegt, sie habe die Teilrechnungen und die Ausmasse ins Recht gelegt und zum Beweis angeboten und im Falle einer substantiierten Bestreitung der Ausmasse wäre es ein Leichtes, die entsprechenden Beweissätze zu formulieren, wie z.B. "Es obliegt der Klägerin

der Beweis, dass die im Ausmass unter Position XY aufgeführten Menge tatsächlich geleistet wurde." Der Rest sei eine mathematische Operation (act. 60 S. 9). 3.3.1 Gemäss Art. 221 Abs. 1 lit. d ZPO enthält die Klage die Tatsachenbehauptungen. Der Behauptungs- und Substanziierungslast (vorne E. 2.3.1) ist grundsätzlich in den Rechtsschriften nachzukommen. Der bloss pauschale Verweis auf Beilagen genügt in aller Regel nicht (BGer 4A_264/2015 vom 10. August 2015 E. 4.2.2). Das Gericht und die Gegenpartei sollen nicht aus den Beilagen die Sachdarstellung zusammensuchen müssen. Es ist nicht an ihnen, Beilagen danach zu durchforsten, ob sich daraus etwas zu Gunsten der behauptungsbelasteten Partei ableiten lässt (BGer 4A_281/2017 vom 22. Januar 2018 E. 5). Ausnahmsweise kann es zwar zulässig sein, seinen Substanziierungsobligationen durch Verweis auf Beilagen nachzukommen. Der Verweis auf eine Beilage ist aber jedenfalls ungenügend, wenn diese für sich selbst nicht erlaubt, die geltend gemachten Positionen zu prüfen und gegebenenfalls substantiiert zu bestreiten, und die Beilage in den Rechtsschriften nicht hinreichend konkretisiert und erläutert wird (BGer 4A_281/2017 vom 22. Januar 2018 E. 5.1). Werden Tatsachen in ihren wesentlichen Zügen in einer Rechtsschrift behauptet und wird für Einzelheiten auf eine Beilage verwiesen, ist zu prüfen, ob die Gegenpartei und das Gericht damit die notwendigen Informationen in einer Art erhalten, die eine Übernahme in

- 16 - die Rechtsschrift als blossen Leerlauf erscheinen lässt, oder ob der Verweis ungenügend ist, weil die nötigen Informationen in den Beilagen nicht eindeutig und vollständig enthalten sind oder aber daraus zusammengesucht werden müssten. Es genügt nicht, dass in den Beilagen die verlangten Informationen in irgendeiner Form vorhanden sind. Es muss auch ein problemloser Zugriff darauf gewährleistet sein, und es darf kein Interpretationsspielraum entstehen (BGer 4A_281/2017 vom 22. Januar 2018 E. 5.3). Gemäss Art. 221 Abs. 1 lit. e ZPO sind in der Klage im Weiteren die einzelnen Beweismittel zu den behaupteten Tatsachen zu bezeichnen. Eine Beweisofferte muss sich eindeutig der damit zu beweisenden Tatsachenbehauptung zuordnen lassen und umgekehrt (BGE 144 III 67 E. 2.1). Die Beweismittel sind im Regelfall unmittelbar im Anschluss an die Tatsachenbehauptung, die bewiesen werden soll, aufzuführen. Hinreichend ist auch, wenn in Klammerbemerkungen nach einer Tatsachenbehauptung unzweideutig und klar verständlich auf die entsprechende Beweisofferte hingewiesen wird (BGer 4A_447/2018 vom 20. März 2019 E. 5.1.2.2 f.). 3.3.2 Die Klägerin verweist zur Geldendmachung ihres Grundvergütungsanspruchs auf den Werkvertrag (act. 3/1), die Teilzahlungsgesuche Nr. 1 und 2 (act. 35/4-6) und die Schlussrechnung (act. 35/7; act. 34 Rz. 13.1). In der Schlussrechnung sind die Leistungspositionen und Einheitspreise gemäss Leistungsverzeichnis (act. 3/1, Anhang) aufgeführt, teilweise ergänzt durch weitere Leistungspositionen (vgl. act. 35/7 S. 2 ff. Pos. 2.3, 3.2, 6.10-12, 15.7, 16.13, 19.7, 19.8, 21.7-10). Angegeben sind sodann die Mengen (Ausmasse) und das jeweilige Produkt aus Preis und Menge. Wie die Vorinstanz festgehalten hat, verzichtete die Klägerin auf erläuternde Ausführungen zu den erbrachten Leistungen. Die Klägerin ihrerseits ist der Ansicht, dies sei nicht erforderlich gewesen, da zum Beweis verstellt werden könne, dass die in der Schlussrechnung aufgeführten Mengen erbracht worden seien, und da der Rest (die Berechnung der Vergütung aus Einheitspreis und Menge) bloss Mathematik sei. Ob dem mit Blick auf die wiedergegebene bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach die Tatsachenbehauptungen grundsätzlich in den

- 17 - Rechtsschriften aufzuführen sind, sowie die eingehenden Ausführungen der Vorinstanz zur Erklärungsbedürftigkeit der Ausmasse und zur fehlenden Nachvollziehbarkeit der geltend gemachten Beträge (vgl. act. 64 S. 15 ff.) so ist, kann offen bleiben. Denn die Klägerin unterliess es, Beweismittel zu bezeichnen, aufgrund derer sich die effektiv erbrachten Mengen ermitteln liessen. Bei den Zahlungsgesuchen (act. 35/4-6) und der Schlussrechnung (act. 35/7) – auf welche die Klägerin (auch) für ihren Tatsachenvortrag verweist – handelt es sich um blosser Parteibehauptungen. Weitere Beweismittel wurden nicht bezeichnet (act. 34 Rz. 13.1). Entgegen der offenbaren Vorstellung der Klägerin genügt es nicht, dass ein Beweissatz formuliert werden kann. Eine Beweisaufgabe des Gerichts im Sinne des früheren § 136 ZPO/ZH, mit welcher die Parteien zur definitiven Nennung der Beweismittel aufgefordert wurden, erfolgt nicht (DIKE ZPO-PAHUD, Art. 221 N 16). Vielmehr sind die Beweismittel im Rahmen der zwei zur Verfügung stehenden Vorträge (dazu sogleich unten E. 3.4.1 ff.) anzugeben. Entsprechend geht die Klägerin auch fehl, wenn sie rügt, die Vorinstanz habe zu Unrecht eine antizipierte Beweiswürdigung vorgenommen (vgl. act. 60 S. 10 f.). Mangels bezeichneter Beweismittel schloss die Vorinstanz zu Recht, dass sich die Behauptungen der Klägerin nicht beweisen lassen. Auch die von der Klägerin an anderer Stelle "offerierten Beweise zu den Zusatzforderungen, wie E-Mails, Pläne, Rapporte und Liefer-scheine" (act. 60 S. 10 f., Hervorhebung hinzugefügt) durfte die Vorinstanz entgegen der Ansicht der Klägerin mit Bezug auf die Grundvergütungsforderung "in den Wind schlagen" und unberücksichtigt lassen, ebenso den – einzig im Beweismittelverzeichnis zur Klagebegründung betreffend Bauhandwerkerpfandrecht (act. 2) angeführten – Bauführer I. _____ (vgl. act. 60 S. 11).

3.4.1 Die Klägerin hat im vorinstanzlichen Verfahren eine als "Triplik" bezeichnete Eingabe vom 29. Oktober 2020 (act. 45) eingereicht, in der sie weitergehende Ausführungen macht und erstmals auch mit Bezug auf die Grundvergütungsforderung Beweismittel (Zeugen, Augenschein, Expertise) offeriert (vgl. act. 45 Rz. 14 a.E.). Die Vorinstanz hat festgehalten, diese Beweismittel seien aufgrund des verspäteten Vorbringens nicht mehr zu berücksichtigen (act. 64 S. 10).

- 18 - 3.4.2 Die Vorinstanz hat die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Aktenschluss und Novenschranke im Einzelnen wiedergegeben (act. 64 S. 6 f.). Zusammenfassend ist nochmals Folgendes festzuhalten: Im ordentlichen Verfahren kann sich jede Partei nur zweimal unbeschränkt äussern, d.h. Tatsachen behaupten und bestreiten sowie ihre Beweismittel bezeichnen bzw. einreichen: ein erstes Mal im Rahmen des ersten Schriftenwechsels und ein zweites Mal entweder im Rahmen eines zweiten Schriftenwechsels oder – wenn kein solcher durchgeführt wird – an einer Instruktionsverhandlung oder zu Beginn der Hauptverhandlung (BGE 144 III 67 E. 2.1). Danach tritt der sog. Aktenschluss ein. Neue Tatsachen und Beweismittel können nur noch unter den Voraussetzungen von Art. 229 Abs. 1 ZPO in den Prozess eingebracht werden. Während echte Noven im Prinzip ohne Weiteres noch vorgebracht werden können, sind unechte Noven nur zulässig, wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vorher vorgebracht werden konnten. Bei Entgegnungen auf sog. Dupliknoven, d.h. neue Tatsachen und Beweismittel, die von der beklagten Partei erst in der Duplik vorgetragen wurden, kann der Sorgfaltsnachweis nur gelingen, wenn die Dupliknoven für diese Noveneingabe kausal sind. Erforderlich ist einerseits, dass erst die Dupliknoven das Vorbringen der unechten Noven veranlassen, und andererseits, dass die unechten Noven in technischer bzw. thematischer Hinsicht als Reaktion auf die Dupliknoven aufzufassen sind (BGE 146 III 55 E. 2.5.2). Beansprucht eine Partei das Novenrecht, hat sie diese

Voraussetzungen im Einzelnen darzutun (DIKE ZPO-PAHUD, Art. 229 N 15; ZK ZPO-LEUENBERGER, Art. 229 N 10; HGer ZH, ZR 113/2014 Nr. 54 E. 3). 3.4.3 Ausgehend von diesen Grundsätzen hat die Vorinstanz erwogen, der Anschluss sei vorliegend mit der Erstattung der Duplik (act. 40) eingetreten. Auf diesen Umstand seien die Parteien in der Verfügung vom 9. September 2020, mit der Frist zur Stellungnahme zu Noven in der Duplik angesetzt worden sei (act. 42), explizit aufmerksam gemacht worden. Bei den alsdann in der "Triplik" (act. 45) vorgebrachten neuen Vorbringen und Beweismitteln handle es sich um unechte Noven. Die Klägerin hätte damit für jede einzelne neue Tatsache und jedes einzelne neue Beweismittel substantiiert darlegen müssen, dass die Zulässigkeitsvoraussetzungen für das Vorbringen von unechten Noven in zeitlicher und

- 19 - inhaltlicher Hinsicht erfüllt seien. Dieser prozessualen Obliegenheit komme die Klägerin mit dem pauschalen Hinweis, die Beklagte habe in der Duplik erstmals die Tatsachenbehauptung aufgestellt, dass die Klägerin "überhaupt irgendwelche Arbeiten erbracht" habe, nicht nach. Bereits aus diesem (formellen) Grund wären die unechten Noven der Klägerin nicht mehr zu berücksichtigen. Die Klägerin erläutere nämlich nicht, weshalb es ihr trotz zumutbarer Sorgfalt nicht möglich gewesen sein soll, diese Tatsachen und Beweismittel bereits zuvor und somit rechtzeitig in das Verfahren einzubringen. Immerhin zielten die neuen Vorbringen der Klägerin darauf ab, ihre eigene Werklohnforderung nachträglich zu substantizieren bzw. zu beziffern. Dies hätte allerdings bereits während der Behauptungsphase in der Klagebegründung bzw. in der Replik geschehen müssen. Im vorliegenden Fall habe der Beklagte bereits in seinen Klageantworten ausdrücklich die Leistungen und Arbeiten der Klägerin "gesamthaft" resp. "vollumfänglich" bestritten (act. 64 S. 7 ff. m.H.a. die vorne unter E. 2.3.2 wiedergegebenen Stellen in den Rechtschriften des Beklagten). Damit stehe fest, dass der Beklagte bereits in seinem ersten Parteivortrag (Klageantwort) die Leistungserbringung und damit die geltend gemachte Werklohnforderung der Klägerin explizit und umfassend bestritten habe. Die Voraussetzungen von Art. 229 Abs. 1 ZPO seien nicht erfüllt, weshalb die in der "Triplik" neu vorgebrachten Tatsachen und Beweismittel als verspätet nicht mehr zu berücksichtigen seien (act. 64 S. 9 f.). 3.4.4 Die Klägerin geht auf diese Ausführungen nicht konkret ein. Sie belässt es im Wesentlichen dabei, pauschal zu monieren, die Vorinstanz hätte die Behauptungen des Beklagten aufgrund des Widerspruchs zwischen der Mängelrüge (welche erbrachte Arbeiten voraussetze) und der unsubstantiierten Bestreitung, dass überhaupt irgendwelche Arbeiten erbracht worden seien, als unzureichend qualifizieren und auch die Triplik der Klägerin zulassen müssen, statt das treuwidrige Verhalten des Beklagten zu schützen (act. 60 S. 6). Dies ist nicht geeignet, die überzeugenden Erwägungen der Vorinstanz in Frage zu stellen. Wie vorne (E. 2) ausgeführt, hat der Beklagte bereits in den Klageantworten klar zum Ausdruck gebracht, dass er die in Rechnung gestellten Leistungen in "Bestand, Erbringung und Menge" bestreitet, und dass es an der Klägerin gelegen hätte, in der Replik die tatsächlich erbrachten Leistungen substantiiert zu behaupten sowie die Be-

- 20 - weismittel zu bezeichnen. Unzulänglich ist auch die klägerische Behauptung, sie habe "in einzelnen Punkten genau dargestellt, weshalb sie der Ansicht [sei], dass es sich um ein Novum in der Duplik hand[le], welches erst die erneute Stellungnahme veranlasst habe", was "insbesondere die Ziffern 7-11, 15, 17, 20-23" betreffe (act. 60 S. 12). Die Berufungsklägerin hätte mittels klarer Verweisungen auf die Ausführungen vor der

Vorinstanz genau aufzeigen müssen, wo sie welche konkreten Behauptungen erhoben hat. Pauschale Verweise genügen (auch hier) nicht (vgl. BGer 4A_580/2015 vom 11. April 2016 E. 2.2). 4.

E. 4

Am 3. Juni 2019 fand eine Instruktionsverhandlung statt, an der keine Einigung erzielt werden konnte (Prot. VI S. 6 f.). Zwecks Führung aussergerichtlicher Vergleichsgespräche wurde das Verfahren sistiert (act. 26). Nachdem auch diese

- 5 - Vergleichsbemühungen gescheitert waren (vgl. act. 28), wurde das Verfahren mit Verfügung vom 31. Oktober 2019 wieder aufgenommen und wurde ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet (act. 29). Es folgten eine Replik vom 13. März 2020 (act. 34), eine Duplik vom 18. Juni 2020 (act. 40), eine "Triplik" vom 29. Oktober 2020 (act. 45) sowie eine Stellungnahme zur "Triplik" vom 22. Januar 2021 (act. 49). Die Parteien verzichteten alsdann auf die ersten Parteivorträge im Sinne von Art. 228 ZPO (act. 49 S. 20; act. 50). Am 10. September 2021 erging das Urteil der Vorinstanz (act. 55 = act. 63/1 = act. 64 [Aktenexemplar]).

E. 4.1

Die Klägerin führt aus, in Bezug auf die Höhe der Forderungen brauche es keine Expertise, da Einheitspreise vereinbart gewesen seien (act. 60 S. 11).

E. 4.2

Worauf die Klägerin damit genau hinaus will, ist unklar. Jedenfalls ist nochmals Folgendes festzuhalten: Fixiert werden beim Einheitspreisvertrag die Einheitspreise. Darin zeigt sich der Festpreiskarakter des Einheitspreises (GAUCH, a.a.O., Rz. 929). Bei den im Leistungsverzeichnis aufgeführten Mengen handelt es sich demgegenüber bloss um die damals bzw. zur Zeit der Ausschreibung erwarteten (prognostizierten bzw. geschätzten) Mengen (sog. Vorausmass; vgl. Art. 39 Abs. 1 Satz 3 SIA-Norm 118). Massgebend für die vom Besteller geschuldete Vergütung ist die tatsächlich ausgeführte Menge (vorne E. 1.2). Ohne den Beweis dieser effektiv ausgeführten Menge kann die dem Unternehmer zustehende Vergütung nicht bestimmt werden. 5.

E. 5

Mit Eingabe vom 18. Oktober 2020 (richtig: 2021) erhob die Klägerin Berufung gegen das Urteil der Vorinstanz (act. 60). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 1-58). Mit Verfügung vom 26. Oktober 2021 wurde der Klägerin Frist angesetzt, um einen Kostenvorschuss zu leisten (act. 65). Der Vorschuss ging am 10. November 2021 ein (act. 67). Das Verfahren ist spruchreif (vgl. Art. 312 Abs. 1 HS 2 ZPO). III. 1. Die Klägerin ist durch das angefochtene Urteil beschwert. Es handelt sich um einen berufungsfähigen Entscheid (Art. 308 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 ZPO). Die Berufung wurde form- und fristgerecht erhoben (Art. 311 Abs. 1 ZPO; vgl. act. 56) und der einverlangte Kostenvorschuss wurde rechtzeitig geleistet (act. 66; act. 67). Dem Eintreten auf die Berufung steht damit nichts entgegen. 2. Mit Berufung kann eine unrichtige Rechtsanwendung und eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung. Abgesehen von offensichtlichen Mängeln hat sich das Berufungsgericht allerdings grundsätzlich auf die Beurteilung der in der Berufung und Berufungsantwort gegen das

erstinstanzliche Urteile erhobenen Beanstandungen zu beschränken. Die Parteien haben mittels klarer Verweisungen auf die Ausführungen vor der Vorinstanz zu zeigen, wo sie die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben haben. Sie haben die von ihnen kritisierten Erwägungen des angefochtenen

Entscheidens 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). In rechtlicher Hinsicht ist das Berufungsgericht bei dieser Prüfung jedoch weder an die Erwägungen der ersten Instanz noch an die mit den Rügen vorgebrachten Argumente der Parteien gebunden, sondern sie wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO). Das Berufungsgericht kann die Rügen der Parteien auch mit abweichenden Erwägungen gutheissen oder abweisen (BGer 2C_124/2013 vom 25.11.2013 E. 2.2.2). IV. 1.

E. 5.1

Die Klägerin macht sinngemäss geltend, es sei von einer Anerkennung der Ausmasse bzw. der Rechnungen auszugehen. Sie rügt, die Vorinstanz zitiere zwar ihre Ausführungen in Bezug auf die Prüffrist der Rechnungen, ohne sich aber mit ihrem Argument, dass die Mahnung "durchaus auch als Mahnung für die Kontrolle des Ausmasses betrachtet werden kann", auseinandersetzen, wobei festzuhalten sei, dass sie entgegen den beklaglichen Ausführungen in der Duplik die erwähnten Mahnungen ins Recht gelegt habe (act. 60 S. 5 m.H.a. act.

- 21 - 3/9+10). Die Vorinstanz hätte daher zum Schluss kommen müssen, dass damit die Anforderungen von Art. 155 Abs. 2 SIA Norm 118 erfüllt gewesen seien und somit sowohl das 2. Teilzahlungsgesuch wie auch die Schlussrechnung aufgrund der Nachfristansetzungen ohne weiteres fällig geworden seien, wobei weder seine Bauleitung, noch der Beklagte selber bis zum Zeitpunkt der Klageantwort im vorinstanzlichen Verfahren jemals behauptet hätten, dass am Ausmass der Klägerin zu zweifeln sei (mit Ausnahme der später nicht mehr weiter kommentierten Anmerkungen der Bauleitung im überprüften Ausmass), oder dass sie die in Rechnung gestellten Arbeiten nicht geleistet habe, so dass auch dieses absolute Nicht-Reagieren gegen Treu und Glauben verstosse (act. 60 S. 6). 5.2.1 Im Zusammenhang mit der Frage der Anerkennung macht die Vorinstanz Ausführungen zur Bedeutung des vom Beklagten beglichenen Teilzahlungsgesuchs Nr. 1. Sie führt aus, die Parteien seien übereinstimmend davon ausgegangen, dass es sich bei diesem Zahlungsgesuch um eine "Akonto-Rechnung" und somit auch um eine Akonto-Zahlung gehandelt habe (act. 64 S. 20 m.H.a. act. 34 Rz 13.1 und act. 40 Rz. 106). Der Begriff der Akonto-Zahlung bringe – im Gegensatz zur Teil- oder Abschlagszahlung – zum Ausdruck, dass bei definitiv feststehenden Ansprüchen (sei dies durch Vereinbarung oder Gerichtsurteil) die Zahlung in Anrechnung zu bringen sei. Zum Zeitpunkt der Akonto-Zahlung stehe allerdings in der Regel noch nicht mit Sicherheit fest, ob überhaupt Ansprüche bestünden und in welcher Höhe. Für den Fall, dass der Anspruch schliesslich nicht oder nur in geringerem Umfang bestehe, könne ein vertraglicher Rückforderungsanspruch geltend gemacht werden (act. 64 S. 20 m.H.a. BGE 134 III 591 E. 5). Mit einer Akonto-Zahlung bringe der Schuldner somit gerade nicht zum Ausdruck, dass er die Forderung in einer bestimmten Höhe anerkenne (act. 64 S. 20 f. m.H.a. BGer 4A_281/2017 vom 22. Januar 2018 E. 3). Überdies hätten der Beklagte bzw. die Bauleitung bei diversen Positionen des Teilausmasses einen Vorbehalt angebracht, wonach die Zahlung resp. die Mengenangaben nach der Überprüfung des effektiven Ausmasses allenfalls zu korrigieren seien (act. 64 S. 21 m.H.a. act. 35/5 S. 3, Anmerkung "*"). Somit

habe der Beklagte damals klar zum Aus- 1 druck gebracht, dass er den Grossteil der Mengenangaben im ersten Teilaus- mass nicht endgültig anerkenne, sondern eine Nachprüfung nach Fertigstellung

- 22 - des Werkes vorbehalten bleibe. Ohnehin würde auch eine (vorbehaltlose) Anerkennung des Ausmasses keine Schuldanerkennung in Bezug auf die geschuldete Vergütung enthalten und hätte sie auch keine Umkehr der Beweislast zur Folge, die vielmehr beim Unternehmer verbleibe (act. 64 S. 21). 5.2.2 Die Klägerin bestreitet diese vorinstanzlichen Ausführungen zu Recht nicht, jedenfalls nicht konkret. Zu wiederholen und teilweise zu ergänzen ist Fol- gendes: Unter Akontozahlungen versteht man vorläufige Zahlungen, die unter Vorbehalt einer definitiven Abrechnung geleistet werden, wobei die Differenz zwischen den geleisteten Akontozahlungen und dem durch die Abrechnung festge- stellten effektiven vertraglichen Anspruch von der einen oder anderen Seite aus- zugleichen ist (BGer 4A_307/2020 vom 13. Januar 2021 E. 7.4.1). Aus der Be- zahlung des "Teilzahlungsgesuchs Nr. 1" (act. 35/4+5) lässt sich damit keine (teilweise) Anerkennung der Rechnungen ableiten. Auch ein Prüfvermerk, mit dem ein Vertreter des Bauherrn eine Rechnung zur Bezahlung freigibt, ist keine Anerkennung der geprüften Rechnung (SCHUMACHER/KÖNIG, Die Vergütung im Bauwerkvertrag, 2. A. 2017, Rz. 274). Damit wurden vorliegend durch die Ver- merke der Bauleitung auf dem "Teilzahlungsgesuch Nr. 1" grundsätzlich auch die bei den einzelnen Positionen angeführten Ergebnisse aus der Multiplikation von Einheitspreis und Ausmass nicht anerkannt (siehe betreffend Ausmass immerhin unten E. 6.4). Im Gegenteil wurden bei einer Mehrzahl der Positionen ausdrück- lich Vorbehalte angebracht ("FREIGABE UNTER VORBEHALT. MENGEN WER- DEN NACH EFFEKT. AUSMASS ÜBERPRÜFT UND GEGEBENENENF[ALLS] KORRIGIERT"; act. 35/5 S. 3). Diese ausdrücklichen Vorbehalte betreffen Positi- onen im Umfang von Fr. 59'951.20 (exkl. MWST; act. 35/5 Pos. 6.2 [Fr. 10'938.45], 6.9. [Fr. 18'765.00], 6.10 [Fr. 4'417.50], 6.11 [Fr. 1'910.00], 10.4 [Fr. 2'479.50], 10.6 [Fr. 214.00], 10.7 [Fr. 3'514.00], 10.10 [Fr. 4'263.75], 11.2 [Fr. 2'600.00], 13.3 [Fr. 3'854.00], 14.7 [Fr. 2'286.00], 16.8 [Fr. 209.00], 18.14 [Fr. 4'500.00]). 5.2.3 Keine Anerkennung zur Folge hat im Weiteren das blosses Schweigen nach Erhalt einer Rechnung. Dies gilt selbst bei langem Schweigen auf den Eingang einer detaillierten Rechnung (SCHUMACHER/KÖNIG, a.a.O., Rz. 265; GAUCH, a.a.O.,

- 23 - Rz. 1267). Aus dem Umstand, dass der Beklagte nach der (bestrittenen) Zustel- lung des Teilzahlungsgesuchs Nr. 2 (act. 35/6) und der Schlussrechnung (act. 35/7) nicht reagierte, kann die Klägerin nichts ableiten. Dass vorliegend be- sondere Umstände vorlägen, aufgrund derer im konkreten Einzelfall auf eine An- erkennung der Rechnungen zu schliessen wäre, tut die Klägerin nicht dar und ist nicht zu sehen. Auch der pauschale Verweis auf Art. 155 Abs. 2 SIA Norm 118 ("Hält die Bauleitung die Prüfungsfrist nach Art. 154 Abs. 2 nicht ein, so kann der Unternehmer eine Nachfrist von einem Monat ansetzen, mit deren Ablauf seine Forderung auch ohne Bescheid der Bauleitung fällig wird.") bzw. auf die Verlänge- rung der Prüfungsfrist auf zwei Monate gemäss Anhang zum Werkvertrag (act. 34 Rz. 13.1; vgl. act. 3/1 Anhang "Ergänzungen, Präzisierungen und Abweichungen von den Allgemeinen Bedingungen für Bauarbeiten Norm SIA 118, Ausgabe 2013") hilft nicht weiter. Zum einen tut die Klägerin nicht dar, dass die Vorausset- zungen gemäss dieser Norm und der damit zusammenhängenden Bestimmungen gegeben seien. Der blosses Hinweis auf zwei Mahnungen vom 7. November 2017 (act. 3/9) und vom 8. Januar 2018 (act. 3/10), mit denen Fristen von rund zehn bzw. acht Tagen angesetzt

wurden, um die offene Rechnung zu bezahlen, genügt hierfür nicht. Zum anderen hätte das Ausbleiben eines Prüfungsbescheids nach Massgabe von Art. 155 Abs. 2 SIA Norm 118 ohnehin keine Anerkennung der Schlussabrechnung mit der darin enthaltenen Abrechnungsforderung zur Folge (GAUCH, a.a.O., Rz. 1268a a.E.). Nicht zu sehen ist auch, inwiefern die erwähnten Mahnungen "durchaus auch als Mahnung[en] für die Kontrolle des Ausmasses betrachtet werden" könnten, wie die Klägerin pauschal behauptet. Damit braucht auch auf die Ausführungen der Klägerin zur Frage, ob die Rechnungen und Mahnungen dem Beklagten tatsächlich zugestellt wurden (vgl. dazu act. 64 S. 22 f.), bzw. ihre Vorwürfe, wonach der Beklagte diesbezüglich widersprüchliche Ausführungen gemacht habe (act. 60 S. 8), nicht eingegangen zu werden.

E. 6

A. 2019, Rz. 1256). Diese effektive Menge wird nach Ausmass bestimmt (vgl. dazu Art. 141-143 SIA-Norm 118).

E. 6.1

Nachdem die Vorinstanz festgestellt hatte, dass die Klage hinsichtlich der Grundvergütungsforderung abzuweisen sei, prüfte sie die zusätzlich geltend gemachten Forderungen aus Nachtrags- und Regiearbeiten nicht mehr weiter. Sie

- 24 - hielt fest, selbst wenn die Klägerin mit diesen beiden Forderungen in der Gesamthöhe von Fr. 43'863.45 (Fr. 27'800.10 + Fr. 16'063.35) noch durchdringen sollte, wäre dieser Betrag bereits durch die (unbestrittene) Zahlung des Beklagten in der Höhe von Fr. 109'226.45 (inkl. MWST) getilgt. Die Klägerin habe nicht dargelegt, welche der behaupteten Leistungen bzw. welche Forderung(en) mit der Akonto-Zahlung des Beklagten vergütet worden seien. Fest stehe lediglich, dass die bereits geleistete Zahlung des Beklagten die möglicherweise noch bestehende Forderung aus Nachtrags- und Regiearbeiten bei Weitem übersteige. Entsprechend sei die Klage gesamthaft abzuweisen (act. 64 S. 23 f.).

E. 6.2

Die Klägerin geht auf diese Ausführungen nur ganz knapp ein, indem sie die Feststellung, wonach sie nicht dargetan habe, für welche Arbeiten die Akonto-zahlung des Beklagten geleistet worden seien, als aktenwidrig rügt. Dies ergebe sich zweifelsfrei aus dem Zusammenhang mit der ersten Teilrechnung, die über genau den Betrag gelautet habe, den der Beklagte nach Erhalt dieser Teilrechnung an sie überwiesen habe (act. 60 S. 11).

E. 6.3

Was sie aus diesem Einwand konkret ableiten will, tut die Klägerin nicht dar. Es ist auch nicht zu sehen, wieso der Schluss der Vorinstanz nicht richtig sein soll. Vorne wurde festgehalten, dass es sich bei Akontozahlungen um vorläufige Zahlungen handelt, die unter Vorbehalt einer definitiven Abrechnung geleistet werden, wobei die Differenz zwischen den geleisteten Akontozahlungen und dem durch die Abrechnung festgestellten effektiven vertraglichen Anspruch von der einen oder anderen Seite auszugleichen ist (E. 5.2.2). Die Vorinstanz hat entsprechend zu Recht die bereits erbrachte Akontozahlung dem Prozessergebnis gegenübergestellt, wie es sich im Falle einer vollumfänglichen Zusprechung der Nachtrags- und Regieforderungen präsentieren würde.

E. 6.4

Der Vollständigkeit halber ist auf Folgendes hinzuweisen: Auch wenn man davon ausgeht, dass mit den Prüfvermerken der Bauleitung auf dem "Teilzahlungs-gesuch Nr. 1" zwar nicht die Rechnung (vgl. E. 5.2.2), aber immerhin die Ausmasse in dem Umfange anerkannt wurden, als kein ausdrücklicher Vorbehalt angebracht wurde, ändert sich nichts. Eine solche Anerkennung des Ausmasses begründet zwar eine tatsächliche (natürliche) Vermutung für dessen Richtigkeit

- 25 - (GAUCH, a.a.O., Rz. 921). Allerdings betreffen die ausdrücklichen Vorbehalte, wonach die Mengen nach effektivem Ausmass zu überprüfen und gegebenenfalls zu korrigieren seien, Positionen im Umfang von Fr. 59'951.20 (exkl. MwSt.; dazu oben E. 5.2.2). Auch dieser Betrag übersteigt die Nachtrags- und Regieforderungen deutlich.

E. 6.5

Festzuhalten ist, dass die Vorinstanz zu Recht die Nachtrags- und Regieforderungen nicht geprüft hat. Auf die diesbezüglichen Ausführungen in der Berufung (act. 60 S. 9 ff.) braucht nicht eingegangen zu werden.

E. 7

Nach dem Ausgeführten ist die Berufung abzuweisen und das vorinstanzliche Urteil zu bestätigen. VI. 1. Bei diesem Verfahrensausgang sind die Kosten des Berufungsverfahrens der Berufungsklägerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Ausgehend vom Streitwert von Fr. 389'622.40 (act. 64 S. 5 E. 3.1 f., S. 24 E. 8.2) ist die Gerichtsgebühr in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 4 Abs. 1 und 2 GebV OG auf Fr. 12'000.– festzusetzen. 2. Eine Parteientschädigung ist nicht zuzusprechen, der Berufungsklägerin nicht, weil sie unterliegt, dem Berufungsbeklagten nicht, weil ihm keine zu entschädigenden Aufwände entstanden sind. Es wird erkannt: 1. Die Berufung wird abgewiesen. Das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom

E. 10

September 2021 wird bestätigt. 2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 12'000.– festgesetzt und der Berufungsklägerin auferlegt. Für die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens wird der von der Berufungsklägerin geleistete Vorschuss von Fr. 18'500.– herangezogen; der

- 26 - Überschuss wird der Berufungsklägerin zurückerstattet, unter Vorbehalt eines allfälligen Verrechnungsanspruchs. 3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen. 4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Berufungsbeklagten unter Beilage eines Doppels von act. 60, sowie an das Bezirksgericht Zürich, je gegen Empfangsschein. Nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück. 5. 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. 389'622.40. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Obergericht des Kantons Zürich II. Zivilkammer Die Vorsitzende: Die Gerichtsschreiberin: lic. iur. E. Lichti Aschwanden MLaw J. Camelin-Nagel versandt am:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.