

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: NP170026-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichterin lic. iur. M. Stamm-
bach sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Bohli Roth.

Urteil vom 26. Oktober 2017

in Sachen

A. _____,

Beklagte und Berufungsklägerin

gegen

B. _____ AG,

Klägerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im vereinfachten Verfahren
des Bezirksgerichtes Affoltern vom 12. Juni 2017; Proz. FV150009**

Rechtsbegehren:

(act. 2 S. 2)

"Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin CHF 19'157.05 nebst 5% Zins seit 11.10.2014 sowie CHF 103.30 Zahlungsbefehlskosten zu bezahlen,

und es sei in der Betreuung Nr. 1 des Betreibungsamtes Bonstetten der Rechtsvorschlag in diesem Umfang aufzuheben,

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten."

Urteil des Bezirksgerichtes Affoltern, Einzelgericht, vom 12. Juni 2017:

(act. 78 S. 31/32)

1. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin Fr. 12'057.05 nebst 5% Zins seit 12. Oktober 2014 zu bezahlen.
Im übersteigenden Betrag wird die Klage abgewiesen.
2. In Umfang gemäss vorstehender Dispositivziffer 1 wird der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. 1 des Betreibungsamtes Bonstetten ZH (Zahlungsbefehl vom 6. Januar 2015) aufgehoben.

Die Kosten des Betreibungsverfahrens sind vorgängig von den Zahlungen in Abzug zu bringen.
3. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 4'040.– ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 360.– Auslagen Bezirksgericht Landquart;
4. Die Entscheidgebühr sowie die Auslagen für das Bezirksgericht Landquart werden der Klägerin zu 1/3 (Fr. 1'467.–), unter Verrechnung mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss in Höhe von Fr. 3'030.–, und der Beklagten zu 2/3 (Fr. 2'933.–) auferlegt, unter Verrechnung mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss in Höhe von Fr. 800.– sowie mit dem Restbetrag des Kostenvorschusses der Klägerin in Höhe von Fr. 1'563.–. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin den ihr auferlegten Kostenanteil im Umfang von Fr. 1'563.– zu erstatten. Der Fehlbetrag wird von der Beklagten nachgefordert.

5. Die Kosten des Schlichtungsverfahrens von Fr. 525.– werden der Klägerin zu 1/3 (Fr. 175.–) und der Beklagten zu 2/3 (Fr. 350.–) auferlegt. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin den ihr auferlegten Kostenanteil von Fr. 350.– zu erstatten.
6. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 5'578.– (inkl. 8% Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
7. Schriftliche Mitteilung
8. Rechtsmittel

Berufungsanträge:

der Beklagten und Berufungsklägerin (act. 76 S. 2):

- "1. Das Urteil des Bezirksgerichts Affoltern Geschäfts-Nr.: FV150009-A/U/db sei aufzuheben.
2. Die Berufungsbeklagte sei zu verpflichten der Berufungsklägerin CHF 20'842.95 nebst 5% Zins seit dem 12. Oktober 2014 zu bezahlen.
3. Alles unter ausgangsgemässer Kosten- und Entschädigungsfolge."

Erwägungen:

I.

1. Die Klägerin und Berufungsbeklagte (nachfolgend Klägerin) – bis 31. Januar 2017 mit der Firma B._____ AG (vgl. SHAB, Tagesregister-Nr. ... vom tt.mm.2017 / CHE-...) – ist ein im Strassen-, Hoch- und Tiefbau tätiges Bauunternehmen, die Beklagte und Berufungsklägerin (nachfolgend Beklagte) Eigentümerin der Mehrfamilienhäuser an der C._____ -Strasse 1, 2 und 3 in D._____ [Ortschaft]. Auf Anweisung der Gemeinde D._____ hatte die Beklagte die Liegenschaften an die Gemeindekanalisation anzuschliessen. Sie beauftragte mit den hierfür notwendigen Arbeiten die Klägerin, welche sie in der Folge ausführte und mit CHF 19'157.05 der Beklagten in Rechnung stellte (act. 4/4). Die Beklagte stellt den Bestand dieser Forderung nicht in Abrede, hält ihr aber eine Verrechnungsforderung entgegen. Sie macht geltend, es sei ihr ein Schaden von CHF 40'000.-- entstan-

den (Prot. VI S. 25 und act. 76 S. 4), da mit den Bauarbeiten der Klägerin das Rhododendronbeet aufgehoben bzw. zerstört worden sei.

2. Mit Eingabe vom 6. Juli 2015 erhob die Klägerin bei der Vorinstanz Klage mit dem eingangs erwähnten Rechtsbegehren (act. 1). Nach Durchführung der mündlichen Hauptverhandlung sowie des Beweis- und Schlussverfahrens verpflichtete die Vorinstanz die Beklagte, der Klägerin CHF 12'057.05 nebst Zins zu bezahlen; im Mehrbetrag wies sie die klägerische Forderung ab (act. 78 S. 31). Der Entscheid ging der Klägerin am 27. Juni 2017 (act. 72) und der Beklagten am 4. Juli 2017 zu (act. 73).

3. Am 4. September 2017 erhob die Beklagte Berufung gegen dieses Urteil. Sie verlangt dessen Aufhebung sowie eine Zahlung von CHF 20'842.95 durch die Klägerin (act. 76 S. 2). Den ihr mit Verfügung vom 8. September 2017 auferlegten Prozesskostenvorschuss für das Berufungsverfahren bezahlte sie nach Ablauf der erstreckten Frist am 10. Oktober 2017 (act. 79, 81 und 83). Das Verfahren erweist sich als spruchreif. Auf die Einholung einer Berufungsantwort kann in Anwendung von Art. 312 ZPO verzichtet werden.

II.

1. Nach Eingang der Berufung prüft die Berufungsinstanz das Vorliegen der Rechtsmittelvoraussetzungen von Amtes wegen. Die Berufung ist innert 30 Tagen ab Zustellung des begründeten Entscheides schriftlich, begründet, mit Anträgen versehen und unter Beilage des angefochtenen Entscheides bei der Rechtsmittelinstanz einzureichen (Art. 311 ZPO). Die Berufungsschrift erfüllt die formellen Anforderungen: Sie ging unter Berücksichtigung des Fristenstillstandes während der Gerichtsferien (Art. 147 Abs. 1 lit. b ZPO) rechtzeitig ein, ist schriftlich begründet und mit Anträgen versehen. Der einverlangte Prozesskostenvorschuss erging zwar nicht innert der erstreckten Frist. Dies schadet der Beklagten indes nicht, weil ihr nach Ablauf der Frist zwingend eine kurze Nachfrist hätte angesetzt werden müssen (Art. 101 Abs. 3 ZPO). Hievon kann abgesehen werden, weil die Zahlung valuta einen Tag nach Ablauf der erstreckten Frist erfolgte (act. 83). Dem Eintreten auf die Berufung steht nichts entgegen.

2. Mit der Berufung kann unrichtige Rechtsanwendung sowie die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). In der Berufung ist aufzuzeigen, inwiefern der angefochtene Entscheid als fehlerhaft erachtet wird. Die Begründung muss hinreichend genau und eindeutig sein, was voraussetzt, dass sich die Berufungsklägerin im Einzelnen mit den vorinstanzlichen Erwägungen auseinandersetzt, diese und die Aktenstücke bezeichnet, auf denen ihre Kritik beruht. Sind diese Anforderungen erfüllt, dann überprüft die Berufungsinstanz den angefochtenen Entscheid sowohl in rechtlicher als auch in tatsächlicher Hinsicht frei. Sie verfügt über volle Kognition (Art. 310 ZPO) und wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO). Dabei kann sich die Berufungsinstanz abgesehen von offensichtlichen Mängeln darauf beschränken, die Beanstandungen zu beurteilen, welche die Parteien in ihren schriftlichen Begründungen gegen das erstinstanzliche Urteil erheben (BGer 5A_635/2015 vom 21. Juni 2015 E.5 unter Hinweis auf BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 5A_141/2014 vom 28. April 2014 E. 2.4; BGer 4A_619/2015 vom 25. Mai 2016 E. 2.2.4 mit weiteren Hinweisen; REETZ/THEILER, ZK ZPO, 3.A., Art. 310 N 5 und 6). Auf die Vorbringen der Beklagten ist nachstehend, soweit für die Entscheidungsfindung erheblich, einzugehen. Neue Tatsachen und Beweismittel sind nach Massgabe von Art. 317 Abs. 1 ZPO nur noch zu berücksichtigen, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten. Eine Klageänderung ist im Berufungsverfahren nur noch zulässig, wenn sie auf neuen Tatsachen und Beweismitteln beruht und mit dem bisherigen Anspruch in einem sachlichen Zusammenhang steht oder die Gegenpartei zustimmt (Art. 317 Abs. 2 ZPO i.V.m. Art. 227 Abs. 1 ZPO).

3. Die Beklagte beantragt in der Berufung neu explizit, die Klägerin sei zu verpflichten ihr CHF 20'842.95 zu bezahlen (act. 76 S. 2). Vor Vorinstanz machte die Beklagte in der Klageantwort geltend, es sei ihr im Zusammenhang mit den Bauarbeiten ein Schaden entstanden, der mindestens so hoch sei wie die Forderung der Klägerin. Sie bestritt die klägerische Forderung mit eben dieser Begründung und machte geltend, es sei der Schadenersatz mit der Forderung zu verrechnen (Prot. VI S. 5/6; act 15 S. 2). Entsprechend nahm die Vorinstanz den Antrag auf Abweisung der Klage als sinngemässes Rechtsbegehren der Beklagten auf

(Prot. VI S. 2, act. 78 S. 2). Im Rahmen ihres Schlussvortrages vor Vorinstanz erklärte die Beklagte dann, der ihr entstandene Schaden sei nicht unbestimmt, sondern betrage ca. CHF 40'000.--; nach Verrechnung ihrer eigenen Forderung schulde ihr die Klägerin noch einen Betrag von CHF 20'000.-- und zusätzlich beanspruche sie eine Entschädigung für den Arbeitsausfall (Prot. VI S. 25 und act. 67 S. 7).

Die Vorinstanz ging im angefochtenen Entscheid auf diese neue Position der Beklagten nicht ein. Ob das Vorbringen der Beklagten im Schlussvortrag sinngemäss als Widerklage in dem die klägerische Forderung übersteigenden Betrag zu qualifizieren war, kann offen bleiben. Eine solche Widerklage hätte die Beklagte mit der Klageantwort erheben müssen (Art. 224 Abs. 1 i.V.m. Art. 219 ZPO) und konnte in jenem Verfahrensstadium nicht mehr berücksichtigt werden. Auch im Berufungsverfahren ist dies schon deshalb nicht mehr möglich (Art. 317 Abs. 2 ZPO), da das Begehren nicht auf neuen Tatsachen beruht. Ziff. 2 der Berufungsbegehren ist daher ohne weiteres abzuweisen.

4.1 Die Beklagte wendet sich in der Berufung einzig gegen die vorinstanzliche Berechnung des Schadens. Allein dies ist im Berufungsverfahren einer Prüfung zu unterziehen, wobei nach dem Gesagten eine Verrechnung im Betrag von maximal der klägerischen Forderung möglich wäre.

4.2. Zur Höhe des Schadens hielt die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid fest, dass bei Zerstörung oder Verlust einer Sache der Verkehrswert zu ersetzen sei, das heisst der Wert, der auf dem Markt für die Anschaffung einer gleichwertigen Sache bezahlt werden müsste. Beweispflichtig sei die Beklagte, wobei diese gestützt auf eine von ihr eingeholte Offerte bei der Gärtnerei E._____ AG, einen Betrag von CHF 19'472.-- geltend gemacht habe. Zur Anzahl, Gattung und zu den Merkmalen der zerstörten Pflanzen habe die Beklagte als Beweismittel mehrere Zeugen und für den Wert die Einholung einer schriftlichen Auskunft des Parks F._____ sowie die erwähnte Offerte angeboten.

Die Vorinstanz kam zum Schluss, dass sich aus den Angaben der Zeugen kein einheitliches und klares Bild ergebe. Hinsichtlich der Anzahl sei von der Entfer-

nung von drei Pflanzen, zwei Rhododendren und einer Azalee auszugehen. Zur Gattung der Pflanzen hätten sich die Zeugen nicht äussern können, die Höhe sei von allen Zeugen mit gegen, aber nicht über zwei Metern angegeben worden; beim Alter sei davon auszugehen, dass die entfernten Pflanzen mindestens 30, eher gegen 50 Jahre alt gewesen seien (vgl. act. 78 S. 20 - 25 E. 3.2.6.). All dies wird im Berufungsverfahren nicht in Frage gestellt.

4.3 Die Beklagte wendet gegen die vorinstanzliche Berechnung ein, für die entfernten Pflanzen mit einem Alter von mindestens 30 oder eher gegen 50 Jahren und einer Höhe von 1,5 bis 2m werde in der schriftlichen Auskunft des F. _____s ein Wert von CHF 10'000.-- bis 20'000.-- für Rhododendren und bis zu CHF 10'000.-- für Azaleen angegeben. Indem die Vorinstanz im Urteil nur von CHF 7'100.-- für alle drei 50-jährigen Pflanzen ausgehe, ver falle sie in Willkür. Bei den beiden Rhododendren sei vom mittleren Preis für 50-jährige Pflanzen von je CHF 15'000.-- und bei der Azalee von einem solchen von CHF 10'000.-- auszugehen, was zu einem Schaden in der Höhe von CHF 40'000.-- führe (act. 76 S. 4).

4.4 Wie dargetan ging die Beklagte im vorinstanzlichen Behauptungsverfahren von einem Schaden von mindestens der Höhe der klägerischen Forderung aus. Da die Klägerin die Schadenshöhe bestritten hatte, wurde der Beklagten der Hauptbeweis dafür auferlegt, dass sich der Schaden für die Entfernung der Pflanzen auf eben diesen Betrag belaufe (act. 18 S. 3). Die Behauptung, der Schaden sei wesentlich höher, nämlich CHF 40'000.--, erhob die Beklagte vor Vorinstanz erst im Schlussvortrag und damit verspätet; dies war nicht mehr zur berücksichtigen und ist auch im Berufungsverfahren nicht zu berücksichtigen (Art. 317 ZPO).

4.5 Für den Wert der entfernten Pflanzen berief sich die Beklagte auf die erwähnte Offerte und die Auskunft des Parks F. _____ (act. 59), welche Dokumente beide hinsichtlich ihres Inhalts nicht umstritten sind. Die von der Beklagten eingeholte Offerte (act. 16/1) belief sich auf CHF 19'472.65, dies für 4 Pflanzen, nämlich 1 Rhododendron "Bismarck", 1 Rhododendron "Dr. H. C. Dresslhuys INK" und 2 Rhododendren rustica "Norma" (= Azalee). Die schriftliche Auskunft des Parks F. _____ (act. 59) erging auf gerichtliche Anfrage hin (act. 54) und äusserte sich zunächst allgemein zur Preisspanne bei Rhododendren bzw. Azaleen, von alten

Pflanzen und von Pflanzen einer bestimmten Grösse (Fragen 1 - 4) sowie alsdann zu den Preisspannen für die von der Beklagten in der eingeholten Offerte genannten Sorten (Frage 5). Die Vorinstanz hat hierauf verwiesen (act. 78 S. 24) und schliesslich zur Schadensberechnung auf die Werte für die konkret angefragten Sorten abgestellt. Auch wenn zutrifft, dass für alte Pflanzen, wie sie vorliegend entfernt wurden, im Vergleich zu jungen Pflanzen weit höhere Werte genannt sind, sind die vorinstanzlichen Wertannahmen sachlich begründet, stützte sich die Vorinstanz doch für die Berechnung des Schadens auf die Werte für jene Pflanzen, welche sich die Beklagte im Hinblick auf den Ersatz der entfernten Pflanzen tatsächlich offerieren liess. Dabei nahm sie den in der Auskunft enthaltenen jeweiligen Maximalwert für eben diese Pflanzen an. Von einer willkürlichen Schadensberechnung kann daher nicht gesprochen werden. Die Berufung erweist sich auch insoweit als unbegründet und ist abzuweisen. Das vorinstanzliche Urteil ist zu bestätigen.

III.

Ausgangsgemäss wird die Beklagte für das Berufungsverfahren kostenpflichtig. Die vorinstanzliche Kostenfestsetzung wurde nicht beanstandet und ist ohne weiteres zu bestätigen. Die Entscheidgebühr ist auf CHF 2'000.00 festzusetzen und aus dem geleisteten Prozesskostenvorschuss zu beziehen. Entschädigungen sind keine zuzusprechen; der Beklagten nicht, weil sie unterliegt, der Klägerin nicht, weil ihr durch das Berufungsverfahren keine entschädigungspflichtigen Aufwendungen entstanden sind.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen. Das Urteil des Bezirksgerichts Affoltern, Einzelgericht, vom 12. Juni 2017 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'000.-- festgesetzt.

3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Beklagten und Berufungsklägerin auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet.
4. Es werden keine Entschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerin und Berufungsbeklagte unter Beilage des Doppels der Berufungsschrift (act. 76), sowie an das Bezirksgericht Affoltern und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten 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 Fr. 32'000.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. P. Diggelmann

lic. iur. S. Bohli Roth

versandt am: