

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PP180002-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. A. Katzenstein und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin MLaw N. Menghini-Griessen

Urteil vom 8. Februar 2018

in Sachen

A. _____,

Beklagter und Beschwerdeführer

gegen

B. _____ GmbH,

Klägerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

betreffend **Forderung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im vereinfachten Verfahren des Bezirksgerichtes Winterthur vom 29. November 2017; Proz. FV150063

Rechtsbegehren:

1. Der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin Fr. 9'388.20 nebst 5% Zins seit 1. Juni 2015 zu bezahlen.
2. Der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes C._____, Zahlungsbefehl vom 29. Juli 2015, sei zu beseitigen und der Klägerin sei die definitive Rechtsöffnung für den Betrag von Fr. 9'388.20 nebst 5% Zins seit 1. Juni 2015 und Betreuungskosten zu erteilen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Beklagten.

Urteil des Einzelgerichts des Bezirksgerichtes Winterthur:

1. In Gutheissung der Klage wird der Beklagte verpflichtet, der Klägerin Fr. 9'388.20 nebst 5% Zins seit 1. Juni 2015 sowie Fr. 73.30 Zahlungsbefehlskosten zu bezahlen.

In diesem Umfang ist der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes C.____ (Zahlungsbefehl vom 29. Juli 2015) beseitigt

2. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf Fr. 2'213.--. Die Pauschale für das Schlichtungsverfahren beträgt Fr. 375.--.
3. Die Gerichtskosten (Entscheidgebühr und Pauschale für das Schlichtungsverfahren) werden dem Beklagten auferlegt und mit dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Der Fehlbetrag von Fr. 553.-- wird vom Beklagten nachgefordert.
4. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine Parteientschädigung von Fr. 3'013.-- zu bezahlen. Zudem hat der Beklagte der Klägerin den Kostenvorschuss von Fr. 1'660.-- sowie die Kosten des Schlichtungsverfahrens von Fr. 375.-- zu ersetzen.

5./6. (Mitteilungen, Rechtsmittelbelehrung)

Rechtsmittelanträge

des Beklagten (act. 35)

1. Das Urteil des Bezirksgerichtes Winterthur vom 29. 11. 2017 sei aufzuheben (Ziff. 1, 3 und 4) unter vollumfänglicher Abweisung der Klage.
2. Das Betreibungsamt C.____ sei anzuweisen, die klägerische Betreuung Nr. ... zu löschen.

3. Dem Beschwerdeführer sei für das Verfahren vor der Vorinstanz eine seinem Aufwand und Auslagen angemessene Parteientschädigung zuzusprechen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen.

Erwägungen:

1. Die Klägerin verlegt laut Handelsregister Bodenbeläge und führt allgemeine Bauarbeiten aus. Ihren Sitz und die Geschäftsadresse hat sie in D. _____. Der Beklagte ist selbständiger Rechtsanwalt. Er wohnt in D. _____ und hat ein Büro/Atelier im benachbarten E. _____. Im April 2015 verlegte die Klägerin dort rund 80 m² Parkett. Um die Vergütung für diese Arbeiten dreht sich der Prozess.

Gestützt auf die Klagebewilligung vom 28. Oktober 2015 leitete die Klägerin am 18. Dezember 2015 mit einer Klageschrift das gerichtliche Verfahren ein. Der Beklagte nahm dazu schriftlich am 23. Mai 2016 Stellung, und am 28. September 2016 fand die mündliche Verhandlung statt. Der Beklagte formulierte am 20. Dezember 2016 Einwendungen gegen das Protokoll, weil entweder unrichtig protokolliert worden oder das Gesprochene offenkundig ein Versehen gewesen sei. Am 29. November 2017 erliess der Einzelrichter eine Verfügung und ein Urteil. Mit der Verfügung gab er dem Begehren um Berichtigung des Protokolls statt, mit dem Urteil wies er die Klage ab (act. 36). Die beiden in einem Dokument enthaltenen Entscheide gingen der Klägerin am 6. und dem Beklagten am 12. Dezember 2017 zu (act. 30).

2. Die Berichtigung des Protokolls wurde nicht angefochten. Gegen das Urteil erklärte und begründete der Beklagte mit Eingabe vom 22. Januar 2018 Beschwerde (act. 35).

Die Akten des Einzelrichters wurden beigezogen.

Die Beschwerde wurde unter Berücksichtigung der Weihnachtsferien innert der 30-tägigen Frist erhoben. Sie enthält Anträge und eine Begründung.

Den ihm auferlegten Kostenvorschuss zahlte der Beklagte ein. Dem Eintreten auf die Beschwerde steht nichts entgegen.

3.1 Der Einzelrichter erwägt, im gestützt auf die schriftliche Offerte geschlossenen Vertrag hätten die Parteien das Parkett (vereinfacht bezeichnet) "geölte Eiche Country" vereinbart, wogegen die Klägerin (ebenfalls vereinfacht) "geölte Eiche Boston" geliefert und verlegt habe. Die beiden Typen seien einander trotz unterschiedlicher Bezeichnung so ähnlich, dass aus rechtlicher Sicht nicht die Lieferung und der Einbau einer ganz anderen Sache, sondern allenfalls ein Mangel vorliege. Der Beklagte habe aber ausser dem Hinweis darauf, dass er eine andere als die bestellte Parkett-Sorte erhalten habe, und der Weigerung, den verlangten Preis zu zahlen, keine Mängelrechte ausgeübt. Daher sei die Klage gutzuheissen (act. 36).

3.2 Der Beklagte wirft dem Einzelrichter vor, dieser habe der Klägerin etwas anderes zugesprochen als diese verlangte, und damit die so genannte Dispositionsmaxime (Art. 58 ZPO) verletzt. Die Klägerin habe nämlich eine Vergütung für das Liefern und Verlegen von Parkett "Country" verlangt, wogegen sie tatsächlich das Parkett "Boston" eingebaut habe (act. 35 S. 5 ff.). Ferner habe die Klägerin nirgends eindeutig klar gemacht, wie und warum sie sich bei der Bezeichnung des Parkett-Typs im Vertrag irrte. Er selber habe einen solchen Irrtum "vehement" bestritten. Darum verletze das angefochtene Urteil den Grundsatz von Art. 55 ZPO, die so genannte Verhandlungsmaxime, wonach nur auf Tatsachen abgestützt werden dürfe, welche eine Partei behauptete (act. 35 S. 9 f.). Für den Fall, dass er mit der Beschwerde obsiegt, beansprucht er eine Entschädigung für das Verfahren in erster Instanz von mindestens Fr. 6'149.--, in der Beschwerdeinstanz von Fr. 3'044.-- (dazu und zu den übrigen Vorbringen im Einzelnen act. 35 passim).

3.3 Die Rügen des Beklagten sind so, wie er sie formuliert, unbegründet. Der Einzelrichter hat über das Rechtsbegehren auf Zahlung von Fr. 9'388.20 nebst Zins entschieden und hat es gutgeheissen. Eine Verletzung der Dispositionsmaxime liegt augenscheinlich nicht vor. Die Klägerin hat sodann vorgetragen, dass sie nach Absprache und aufgrund eines Vertrages mit dem Beklagten in

dessen Büro/Atelier im grossen Raum im Obergeschoss rund 80 m² Eichenparkett verlegte. Sie hat eingeräumt, dass im schriftlichen Vertrag ein anderer Parkett-Typ genannt ist als der, den sie dann tatsächlich verlegte, aber sie verlangt unzweifelhaft eine Vergütung für den tatsächlich verlegten Boden. Darüber, wie es zu der unrichtigen Bezeichnung kam, sind sich die Parteien uneins, und der Einzelrichter hat die Darstellung der Klägerin nicht übernommen, beide Parteien hätten eigentlich den dann verlegten Typ gemeint. Aus rechtlichen Gründen ist er gleichwohl zum Schluss gekommen, der Beklagte müsse die verlangte Arbeit bezahlen. Das hat mit einer Verletzung der Verhandlungsmaxime nichts zu tun.

Auch wenn der Beklagte seine Rügen rechtlich irrtümlich mit nicht einschlägigen Grundsätzen und rechtlichen Hinweisen begründet, sind seine Beanstandungen zu prüfen, so weit sie sich nach Treu und Glauben verstehen lassen (Art. 52 ZPO). Die Rechtsanwendung ist Sache des Gerichts (Art. 57 ZPO) und hängt nicht von der korrekten Bezeichnung bestimmter Normen ab.

Der Beklagte will in der Sache geltend machen, er schulde keine Vergütung, weil die Klägerin nicht den vereinbarten Typ Parkett einbaute. Das ist der rechtlichen Überprüfung zugänglich.

Unstreitig ist, dass sich die Parteien aufgrund einer schriftlichen Offerte der Klägerin über den Einbau von Parkett im grossen Raum im Obergeschoss des Büros/Ateliers des Klägers einigten. Das war ein Werkvertrag im Sinne der Art. 363 ff. OR. Der Werkpreis wurde für die Vorarbeiten (Entfernen von Laminat und Teppich), das Verlegen des Parketts und weiterer Arbeiten nach Einheitspreisen festgesetzt (act. 3/5 zweites Blatt). Darum – zum entsprechenden in erster Instanz geäusserten Einwand des Beklagten – war es richtig, dass die Klägerin ihre Arbeit auch nach diesen Einheitspreisen in Rechnung stellte und kommt es nicht darauf an, ob ihre Mitarbeiter einen oder zwei Tage lang beansprucht waren (Art. 373 Abs. 1 OR; BSK OR I-Zindel/Pulver/Schott, 6. Aufl. 2015, N. 7 zu Art. 363 OR).

Für einen gültigen Werkvertrag bedarf es allerdings auch der Einigung über das Werk. Wird darüber keine Einigung erzielt, fehlt es an einem für den Werkver-

trag notwendigen Element (Art. 363 OR). Eine vertragliche Vergütung fällt dann fürs Erste ausser Betracht, auch wenn der Unternehmer vertragslos tatsächlich baute – es wäre denn, man könnte eine nachträgliche Einigung über das Erstellte (sinngemässe Offerte und deren Annahme im Sinne einer Genehmigung) feststellen; es käme auch ein Anspruch des Unternehmers gestützt auf das Sachenrecht in Frage (Art. 672 ZGB), oder ein Anspruch aus Bereicherung, wenn der Mieter durch das Werk einen Anspruch gegen den Vermieter aus Art. 206a OR erwirbt. Die Parteien haben aber beide je einen übereinstimmenden Willen in ihrem Sinn behauptet, und auch der Beklagte berief sich nicht darauf, er und die Klägerin hätten Unterschiedliches gewollt. Tatsächlicher Dissens als einem Beweisverfahren zugängliche Behauptung scheidet daher aus.

Die Klägerin hat behauptet, der Beklagte habe nach Besichtigung eines Musters den Parkett-Typ "Boston" bestellt, das sei die übereinstimmende Meinung der Parteien gewesen, und die Bezeichnung "Country" in der schriftlichen Offerte beruhe auf einem Irrtum. Träfe das zu, käme es auf das Wort in der Tat nicht an, und Vertragsinhalt wäre Parkett "Boston" (Art. 18 Abs. 1 OR). Der Einzelrichter hat aber erwogen, die dafür genannten Beweismittel vermöchten diese tatsächliche Behauptung der Klägerin nicht zu belegen. Über die gegenteilige Behauptung des Beklagten (beide Seiten hätten in Wahrheit "Country" gewollt) musste kein Beweis erhoben werden. Die Offerte nennt als zu verlegendes Parkett den Typ "Country", und darum ist das in objektiverer Auslegung nach Treu und Glauben der Gegenstand des Vertrages (Art. 1 OR, Art. 2 ZGB). Der Beklagte wendet dagegen so weit ersichtlich nichts von Belang ein.

Das angefochtene Urteil erwägt weiter, die beiden Parkett-Typen seien einander sehr ähnlich – aus Eiche, gealtert und geölt – und nur in der Helligkeit leicht verschieden (im Übrigen sei hier angemerkt, dass die beiden Typen praktisch gleich viel kosten, dazu auch nachstehend). Weil Holz als Naturprodukt im Farbton ohnehin immer leicht schwanke, seien die beiden Typen nicht (völlig) verschieden in dem Sinn, dass der Einbau von "Boston" den Vertrag zum Einbau von "Country" überhaupt nicht erfülle. Vielmehr wäre zu diskutieren, ob das verlegte Parkett gegenüber der vertraglichen Vereinbarung einen *Mangel* aufweise. Dies-

falls hätte der Beklagte die ihm gesetzlich zustehenden Mängelrechte geltend machen können (Art. 368 OR). Das habe er weder im Vorfeld des Prozesses noch in diesem selbst getan, sodass es keinen Grund gebe, der Klägerin die verlangte Vergütung zu verweigern. Damit setzt sich der Beklagte in der Beschwerde nicht substantiiert auseinander – er behauptet zwar, er habe "schon im Vorfeld Wandelung nebst Schadenersatz geltend gemacht" (act. 35 S. 11), ohne aber zu sagen, wann er das ins Verfahren des Einzelrichters einführte – und in der Beschwerde ist die Behauptung nicht mehr zulässig (Art. 326 ZPO). Die Kammer schliesst sich daher den Erwägungen des Einzelrichters an.

Die Kammer würdigt die Äusserungen des Beklagten während und nach dem Einbau des Parkettes im Übrigen anders als der Einzelrichter. Die Arbeiten waren für den 13. und 14. April 2015 vorgesehen (act. 3/6), und der Beklagte verfolgte sie offenbar persönlich: er schrieb der Klägerin am Abend des 14. April 2015 *"Der Boden wird schön ... ;-)"* (act. 3/9). Am 5. Mai 2015 teilte er mit, *"Ich möchte Ihnen [...] meine Dankbarkeit für Ihre Beratung und Arbeit ausdrücken, die ich schätze und mit der ich sehr zufrieden bin. Ich freue mich über dieses neue Parkett [...]"* (act. 3/11 zweites Blatt). Nach eigener Darstellung hatte er zu Beginn der Verlegearbeiten gegenüber den Leuten der Klägerin geäussert, er empfinde das gelieferte Parkett dunkler und weniger einheitlich gefärbt als das ausgewählte Muster (act. 13 S. 9 oben). Wenn die beiden Typen sich tatsächlich unterscheiden, erkannte er das also beim oder sogar schon vor dem Verlegen und wenn es ein Mangel im Rechtssinn war, dann also ein sofort erkennbarer (Art. 367 / 370 OR). Seine in der Folge geäusserte Zufriedenheit kann nach Treu und Glauben nur als Genehmigung der Ausführung der Arbeit verstanden werden. Und das gälte, um auch das noch zu erwähnen, auch für den Fall, dass man die beiden Parkett-Typen als (völlig) verschiedene Qualitäten beurteilte: das Verhalten des Beklagten wäre in diesem Fall als Zustimmung zum Verlegen des an sich nicht bestellten Typs zu werten. Beide Varianten führen zum Ergebnis, dass er den Werklohn zu zahlen hat.

Obgleich der Beklagte das in der Beschwerde weder ausdrücklich noch stillschweigend thematisiert und es demnach darauf nicht ankommen kann, sei eine

weitere Bemerkung angefügt. Die Parteien unterhielten sich nach erfolgtem Vertragsschluss über die rund 80 m² Parkett für den grossen Raum im Obergeschoss auch noch über Folge-Arbeiten (bezeichnet als "weitere drei Bodenteile / 2xOG 1xUG, ohne Treppe" resp. "OG Teil 2 und UG"), worüber freilich keine Einigung mehr zustande kam. Im Verlaufe dieser Diskussion, in welcher als Variante auch der reine Materialbezug gegen Barzahlung erwogen wurde, stellte sich heraus, dass das verlegte Parkett "Boston" beim Hersteller nicht mehr erhältlich war. Das war für den Beklagten wohl unangenehm. Zwar behauptete er in der Verhandlung vor dem Einzelrichter, gegenüber der Klägerin stets klar gemacht zu haben, dass für ihn ein einheitlicher Parkett-Belag im ganzen Haus Bedingung gewesen sei (act. 13 S. 11). Dafür nannte der anwaltlich tätige und zudem im Verfahren des Einzelrichters anwaltlich vertretene Beklagte allerdings keine Beweismittel; eine Hilfestellung des Gerichts im Sinne von Art. 56 ZPO war in dieser Situation nicht angezeigt, und es konnte zu dem Punkt daher kein Beweis erhoben werden. In der Offerte, welche Grundlage des Vertrages ist, findet sich keine Zusicherung, dass das zu verlegende Parkett auch in weiteren Mengen erhältlich sei, und das ist auch nicht eine Selbstverständlichkeit, welche der Beklagte nach Treu und Glauben voraussetzen durfte. Im Gegenteil räumt der Beklagte an anderer Stelle selber ein, die Klägerin habe ihn darauf hingewiesen, dass eine spätere Lieferung des nämlichen Parketts nicht garantiert sei, und sie würde daher empfehlen, alles zusammen oder zeitlich nahe zusammen ausführen zu lassen (act. 13 S. 4). Ob diese spätere Lieferung in naher Zukunft oder erst nach einem oder zwei Jahren zur Diskussion stand, ist nicht entscheidend, da ein bestimmtes Material irgend einmal, im unglücklichsten Fall am Tag nach Bezug der ersten Lieferung, ausgehen kann. Der Rat der Klägerin war darum so zu verstehen, dass sie empfahl, die ganze gewünschte Menge des gewählten Parketts in einem Mal zu bestellen. Das wurde dann aber nicht so gemacht. Die Möglichkeit, dass der verlegte Typ Parkett auch später noch erhältlich sein werde, wurde daher nicht Vertragsbestandteil oder Gegenstand einer Zusicherung der Klägerin, und wenn sich der Beklagte darauf beriefe, wäre es nicht begründet und stünde seiner Verpflichtung zum Zahlen des Werklohns für die tatsächlich ausgeführten Arbeiten nicht entgegen.

Zur Berechnung des Werklohns, namentlich zu den der Rechnung zugrunde liegenden Ausmassen, wendet der Beklagte im Übrigen nichts ein. Beim Einheitspreis für den Parkett hat die Klägerin behauptet, "Country" (wie bestellt) koste Eu 53.40/m², das gelieferte "Boston" Eu 55.50/m² (act. 3/15). Der Beklagte hat die Gültigkeit der Preisliste für den Zeitpunkt des Vertragsschlusses zwar bestritten, aber weder erläutert, was die richtigen Zahlen seien, noch das Verhältnis teurer/günstiger in Frage gestellt. Die Klägerin hat in der Rechnung den – in Franken umgerechneten – niedrigeren Preis für "Country" eingesetzt, statt den höheren für "Boston" (act. 3/10). Das könnte der Beklagte also nicht mit Erfolg beanstanden.

3.4 Die Beschwerde ist abzuweisen.

4. Dem unterliegenden Beklagten ist die Entscheidgebühr für das Beschwerdeverfahren aufzuerlegen; sie ist tarifgemäss auf Fr. 1'600.-- festzusetzen.

Eine Parteientschädigung ist nicht zuzusprechen. Der Klägerin nicht, weil sie mit der Beschwerde keine Aufwendungen hatte, dem Beklagten nicht, weil er unterliegt. Zu seinem eventuellen Antrag, ihm seine aufgewendete Zeit zum Anwaltstarif zu vergüten: die Arbeitszeit verschiedener Personen kann zu verschiedenen Preisen verkauft werden. Die Lebens- (und auch die Frei-)Zeit eines gut Verdienenden ist aber nicht mehr wert als die eines Erwerbslosen. Und der Beklagte hat nicht belegt, dass ihm wegen der Auseinandersetzung mit der Klägerin verrechenbare Anwalts-Stunden entgingen. Auch wenn er mit der Beschwerde obsiegt hätte, wären ihm daher nur seine tatsächlichen Auslagen und allenfalls eine symbolische Entschädigung zuzusprechen gewesen.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr von Fr. 1'600.-- wird dem Beklagten auferlegt und aus seinem Vorschuss bezogen.
3. Eine Parteientschädigung wird nicht zugesprochen.

4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerin unter Beilage eines Doppels von act. 35, sowie – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an das Bezirksgericht Winterthur, Einzelrichter, alles gegen Empfangsschein.
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. 9'388.20.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. P. Diggelmann

MLaw N. Menghini-Griessen

versandt am: