

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: NP120010-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider und Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Bohli Roth.

Urteil vom 5. Juni 2012

in Sachen

A. _____,

Beklagter und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____ AG,

Klägerin und Berufungsbeklagte

betreffend **Forderung**

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im vereinfachten Verfahren des Bezirksgerichtes Dietikon vom 6. Dezember 2011; Proz. FV110041

Rechtsbegehren:
(sinngemäss)

- "1. Es sei der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin Fr. 10'539.25 nebst Zins zu 5 % seit 23. September 2010 zu bezahlen.
2. Der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ... des Betreuungsamtes C. _____ (Zahlungsbefehl vom 18. Januar 2011) sei im Umfang gemäss Ziffer 1 aufzuheben.
3. Es sei der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin die Betreuungskosten in der Höhe von Fr. 100.00 sowie die Kosten des Schlichtungsverfahrens in der Höhe von Fr. 450.00 zu bezahlen.
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beklagten."

Urteil des Bezirksgerichtes Dietikon vom 6. Dezember 2011:
(act. 25 S. 7)

1. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin Fr. 10'539.25 nebst Zins zu 5 % seit 23. September 2010 zu bezahlen.
In diesem Umfang wird der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ... des Betreuungsamtes C. _____ (Zahlungsbefehl vom 18. Januar 2011) aufgehoben.
2. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'500.00 festgesetzt. Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
3. Die Kosten werden dem Beklagten auferlegt.
4. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine Parteientschädigung von Fr. 550.00 (Fr. 100.00 zuzüglich der Kosten des Schlichtungsverfahrens in der Höhe von Fr. 450.00) zu bezahlen.
5. (...)

Berufungsanträge:

Des Beklagten und Berufungsklägers (act. 22 S. 1/2)):

- "1. Es sei das Urteil des Bezirksgerichts Dietikon vom 6. Dezember 2011 aufzuheben und es sei die Klage vollumfänglich abzuweisen.
2. Eventualiter sei das Urteil des Bezirksgerichts Dietikon vom 6. Dezember 2011 aufzuheben und es sei das Verfahren zur neuen Entscheidung an das Bezirksgericht Dietikon zurückzuweisen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerin und Berufungsbeklagten."

Erwägungen:

1. Am 13. September 2011 erhob die Klägerin und Berufungsbeklagte (nachfolgend Klägerin) beim zuständigen Bezirksgericht Dietikon Klage mit dem Begehren, es sei der Beklagte und Berufungskläger (nachfolgend Beklagter) zur Zahlung von Fr. 12'683.10 und weiteren Kosten zu verpflichten (act. 1 und 2; Prot. VI S. 2). Im Laufe des erstinstanzlichen Verfahrens reduzierte sie die Forderung auf Fr. 10'539.20, in welchem Umfang die Vorinstanz die Klage Guthiess (act. 25). Gegen das zunächst im Urteilsdispositiv und auf Begehren begründet zugestellte Urteil erhob der Beklagte unter Berücksichtigung der Gerichtsferien rechtzeitig Berufung (act. 17/2 und act. 22; Art. 145 Abs. 1 lit. a ZPO). Der mit Verfügung vom 14. Mai 2012 auferlegte Prozesskostenvorschuss wurde fristgerecht geleistet (act. 26 - 28). In Anwendung von Art. 312 Abs. 1 ZPO kann auf die Einholung einer Berufungsantwort verzichtet werden.

2. Das angefochtene Urteil stützt sich auf den von der Klägerin vor Vorinstanz vorgebrachten Sachverhalt, der - da der Beklagte der Hauptverhandlung unentschuldig ferngeblieben war - unbestritten blieb.

Die Klägerin liess vor Vorinstanz durch ihren Key Account Manager, D._____, vorbringen, sie habe dem Club E._____, in F._____, dessen Inhaber der Beklagte gewesen sei, im Jahr 2009 zwei Zelte für den Aussenbereich zur Verfügung gestellt. G._____, sei seine Kontaktperson gewesen. Als er, D._____, in der Woche 33 des Jahres 2010 die Zelte zurückverlangt habe, habe ihm G._____, erklärt,

dass er nicht mehr im E. _____ arbeite und ihn an den Beklagten verwiesen. Dieser habe ihm, D. _____, mitgeteilt, dass die Zelte nun vom Imbiss H. _____ in C. _____ genutzt würden. Bei einem anschliessenden Termin vor Ort habe er ein völlig zerstörtes und ein kaputtes, zusammengeflicktes Zelt angetroffen. Der Beklagte habe erklärt, dass das zweite Zelt durch das Wetter völlig zerstört worden sei. Er, D. _____, habe versucht, die Angelegenheit mit dem Beklagten zu regeln, damit dieser den Schaden bei der Versicherung angeben könne, doch sei ein weiterer Kontakt mit dem Beklagten nicht mehr zustande gekommen. Die Klägerin habe deshalb dem Beklagten für die beiden zerstörten Zelte und für Ersatzschirme, welche sie für einen Event notfallmässig habe kaufen müssen, Rechnung gestellt. Bis zur Sühnverhandlung habe es zwischen den Parteien keine Kontakte mehr gegeben, eine aussergerichtliche Einigung sei nicht möglich gewesen. G. _____ könne bestätigen, dass die Klägerin die Zelte dem Club E. _____ ausgeliehen und der Beklagte diese zum Imbiss H. _____ mitgenommen habe, ohne die Klägerin darüber zu informieren (Prot. VI S. 3-5). Der Vertreter der Klägerin führte weiter aus, der Vertrag sei zwischen ihm als Vertreter der Klägerin und G. _____ als Vertreter des Clubs E. _____ abgeschlossen worden (Prot. VI S. 6). Es sei vereinbart worden, dass der Club E. _____ ab seiner Eröffnung das Produkt "...", ein alkoholfreies Produkt der Klägerin führe. Als Gegenleistung habe die Klägerin dem Club für die Eröffnung und auf unbestimmte Zeit die beiden Zelte ausgeliehen. Für den Club habe dies den Effekt gehabt, dass der Aussenbereich mit Grill gedeckt gewesen sei, für die Klägerin hätten die Zelte einen Werbeeffect gebracht (Prot. VI S. 6). Die Zelte seien gemäss Aussagen von G. _____ vom Clubgelände entfernt worden nachdem der Aussenbereich des Clubs E. _____ im September oder Oktober 2009 geschlossen worden sei (Prot. VI S. 7). Als er, D. _____, im Jahre 2010 (Woche 33) beim Beklagten vorbeigeschaut habe, habe ihm dieser erklärt, das zusammengeflickte und zerrissene Zelt sei bei einem Unwetter teilweise und das zweite Zelt ganz zerstört worden (Prot. VI S. 8).

3. Die Vorinstanz ging davon aus, dass D. _____ namens der Klägerin mit G. _____ namens des Clubs E. _____, dessen Inhaber der Beklagte gewesen sei, über die beiden Zelte einen Leihvertrag im Sinne von Art. 305ff. OR abgeschlossen habe. Im April 2010 habe das nicht im Handelsregister eingetragene Einzel-

unternehmen den Inhaber gewechselt, was als Übernahme eines Geschäftes nach Art. 181 OR zu qualifizieren sei, wobei der Beklagte gemäss Art. 181 Abs. 2 OR neben dem neuen Schuldner solidarisch hafte. Der Beklagte sei aus dem Vertrag zum bestimmungsgemässen Gebrauch der Sache verpflichtet gewesen. Gemäss unbestrittenem Sachverhalt seien die beiden Zelte total zerstört worden, weshalb gestützt auf die Ankaufskosten und unter Berücksichtigung der Lebensdauer für die beiden Zelte von einem Schaden von Fr. 10'000.-- zuzüglich Kosten für die Ersatzschirme im Umfang von Fr. 539.35 auszugehen sei. Durch die Mitnahme der Zelte vom Club an seinen Imbissstand H. _____ in C. _____ habe der Beklagte die Vereinbarung mit der Klägerin verletzt, wobei das Verschulden vermutet werde, zumal der Beklagte keinen Exkulpationsbeweis erbracht habe. Sollte der Schaden durch ein Unwetter entstanden sein, was der klägerische Vertreter gestützt auf Angaben des Beklagten ausgeführt habe, (wobei allerdings aufgrund der unentschuldigten Abwesenheit des Beklagten offen gelassen werden müsse, ob die Zelte zum Beispiel auch durch unsorgfältige Benützung zerstört worden seien), sei dies als Zufall (jedenfalls aber nicht als höhere Gewalt im Sinne eines kausalitätsunterbrechenden Ereignisses) zu qualifizieren. Der Beklagte hafte aufgrund seiner vertragswidrigen Nutzung der Zelte (act. 25 S. 4-6).

4.1. In der Berufungsbegründung macht der Beklagte geltend, die Vorbringen des klägerischen Vertreters anlässlich der vorinstanzlichen Hauptverhandlung hätten nicht der Wirklichkeit entsprochen, was dieser gewusst habe. Der klägerische Vertreter habe das Gericht zur falschen Feststellung des Sachverhaltes verleitet und es stelle sich die Frage, ob ein strafrechtlich relevantes Verhalten stattgefunden habe (Stichwort "Prozessbetrug"). Stelle sich im Nachhinein heraus, dass der Entscheid durch ein Verbrechen oder Vergehen zum Nachteil einer Partei beeinflusst worden sei, stelle dies einen Revisionsgrund dar und umso mehr müsse gelten, dass Hinweise auf allfällige strafbare Handlungen noch vor dem Eintritt der Rechtskraft im Berufungsverfahren als Novum geltend gemacht werden können (act. 22 Rz 6 und 7). Der Vertreter der Klägerin habe an der Hauptverhandlung mehrfach gesagt, die Klägerin habe dem Club E. _____, dessen Inhaber der Beklagte gewesen sei, zwei Zelte geliehen, weshalb die Vorinstanz von einem Vertragsverhältnis zwischen der Klägerin und dem Beklagten ausgegangen

sei. Er, der Beklagte, sei hingegen der Ansicht, dass nicht er, sondern die I. _____ GmbH, die im Übrigen auch an der Clubadresse domiziliert gewesen und zwischenzeitlich liquidiert sei, den Club E. _____ betrieben habe. Ein nach Zustellung des begründeten Urteils erfolgter E-Mailwechsel zwischen dem beklagtischen Rechtsvertreter und J. _____, Verwaltungsrat einer Schwestergesellschaft der Klägerin, der innerhalb der B. _____-Gruppe als Rechtsanwalt und Jurist für die rechtlichen Belange zuständig sei, habe ergeben, dass es den Beteiligten zu jeder Zeit klar gewesen sei, dass der Club E. _____ von der I. _____ GmbH betrieben werde. Damit liege ein neues Beweismittel vor, welches auch in der Hauptverhandlung vom 6. Dezember 2011 nicht hätte vorgebracht werden können und deshalb als echtes Novum im Berufungsverfahren zu berücksichtigen sei (act. 22 Rz 11 - 13 i.V.m. act. 23/2). Der Beklagte sei zwar an der I. _____ GmbH beteiligt gewesen, doch handle es sich dabei um eine eigenständige und vom Beklagten verschiedene Person, was sich auch aus dem Handelsregister ergebe und daher auch dem Vertreter der Klägerin habe bekannt sein müssen (act. 22 Rz 15 i.V.m. act. 23/3). Daraus sei nichts anderes zu schliessen, als dass D. _____ absichtlich und wider besseres Wissen behauptet habe, es bestehe ein Leihvertrag zwischen dem Beklagten und der Klägerin, obwohl ihm stets klar gewesen sei, dass der Leihvertrag zwischen der Klägerin und der I. _____ GmbH entstanden sei (act. 22 Rz 16).

4.2. Der Beklagte weist in seiner Berufungsbegründung zu Recht darauf hin, dass im Berufungsverfahren neue Tatsachen und Beweismittel nur noch berücksichtigt werden können, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Mit Bezug auf den als Beweismittel vorgelegten E-Mail-Verkehr zwischen dem Rechtsvertreter des Beklagten und dem gemäss beklagtischer Behauptung für Rechtsfragen bei der Klägerin zuständigen J. _____ (act. 23/2), trifft zwar zu, dass dieser von einem Zeitpunkt nach Erlass des angefochtenen Urteils datiert. Er soll den Nachweis erbringen für die fehlende Passivlegitimation des Beklagten. Die Einrede der fehlenden Passivlegitimation hätte hingegen bereits vor Vorinstanz vorgebracht werden können. Wenn dies zufolge unentschuldigter Säumnis des Beklagten an der Hauptverhandlung nicht geschah, kann es nicht im

Berufungsverfahren nachgeholt werden. Auch neue Einreden sind nur zulässig, wenn sie ihre Grundlage in neuen Tatsachen haben, welche als Noven unter Art. 317 Abs. 2 ZPO zulässig sind (DIKE online ZPO - Peter Volkart, Art. 317 ZPO N 17). Ein nachträglich entstandenes Beweismittel für eine verspätet vorgebrachte Behauptung oder Einrede vermag die Behauptung selbst nicht zu ersetzen und muss aus diesem Grund unberücksichtigt bleiben. Damit bleibt es insoweit beim vorinstanzlichen Entscheid.

4.3. Soweit der Beklagte dem klägerischen Vertreter strafrechtlich relevantes Verhalten vorwerfen will, indem er geltend macht, dieser habe - obwohl ihm bekannt sein musste (Art. 933 OR) (und ihm gestützt auf das neue Beweismittel offenbar auch bekannt gewesen sei) - absichtlich und wider besseres Wissen behauptet, die Klägerin habe dem Club E._____ die beiden Zelte geliehen, ist zunächst festzuhalten, dass der Beklagte selbst nicht in Frage stellt, die Zelte tatsächlich auch im Club E._____ verwendet zu haben. Aus dem Handelsregisterauszug der I._____ GmbH, welche im vorinstanzlichen Verfahren nie zur Sprache gekommen war, ergibt sich sodann nicht, dass diese - wie nun der Beklagte geltend macht - den Club betrieben habe. Der Gesellschaftszweck wird umschrieben mit "Führung eines oder mehrerer Restaurationsbetriebe. Daneben Betätigung im Import-und Exporthandel" u.a.m. (act. 23/3). Hieraus und aus der - ebenfalls neuen und nicht mehr zulässigen - Behauptung, die I._____ GmbH sei an der Clubadresse domiziliert gewesen, auf ein betrügerisches Verhalten der Klägerin schliessen zu wollen, erweist sich zum vornherein als ungeeignet. Über Mutmassungen hinaus gehende konkrete Anhaltspunkte für ein strafrechtlich relevantes Verhalten sind jedenfalls nicht dargetan und ergeben sich auch nicht aufgrund der Akten.

5.1. Eventualiter beruft sich der Beklagte auf eine unrichtige Sachverhaltsfeststellung sowie eine unrichtige Rechtsanwendung durch die Vorinstanz: Unrichtig sei, dass die Vorinstanz offen lasse, aus welchem Grund die Zelte beschädigt worden seien, da nicht bestritten worden sei, dass dies durch ein Unwetter geschehen war. Wenn die Vorinstanz alsdann wissen wolle, dass ein Unwetter jedenfalls nicht so gross habe sein können, dass der Kausalzusammenhang zwi-

schen dem vertragswidrigen Verhalten des Beklagten und dem Schaden unterbrochen worden wäre, begeben sich diese ins Reich der Spekulation (act. 22 Rz 17ff.). Der Beklagte ist der Auffassung, es stehe aufgrund der von der Klägerin wiedergegebenen Behauptungen des Beklagten fest, dass die Zelte durch ein Unwetter zerstört worden seien. Zelte, die für die Benützung auf unbestimmte Zeit im Aussenbereich ausgeliehen waren, seien Wind und Wetter ausgesetzt, die eingetretenen Schäden gehörten daher zum bestimmungsgemässen Gebrauch. Eine Zufallshaftung wegen vertragswidriger Verschiebung der Zelte an einen andern Ort entfalle aber, wenn der Zufall die Sache auch beim vereinbarungsgemässen Gebrauch getroffen hätte, was vorliegend der Fall sei. Es könne nicht darauf ankommen, ob die Zelte im Aussenbereich des Clubs E. _____ in F. _____ gestanden hätten oder vor dem Imbissstand H. _____ - ebenfalls in F. _____ (act. 22 Rz 19).

5.2. Es ist in der Tat nicht nachvollziehbar, weshalb im angefochtenen Urteil die Ursache für den an den Zelten entstandenen Schaden offen gelassen wurde, nachdem die einzig behauptete Ursache - ein Unwetter - unbestritten geblieben war. Für die Vorinstanz bestand sodann kein Anlass, sich zum Ausmass des Unwetters zu äussern oder sich dazu gar festzulegen, da Behauptungen der Parteien dazu gänzlich fehlten. Dies hilft dem Beklagten indes nicht weiter. Er selbst geht mit der Vorinstanz zu Recht davon aus, dass das (unbestrittene) Verbringen der Zelte an einen andern als den vertraglich vereinbarten Ort vertragswidrig war und die grundsätzliche Haftung für Zufall begründete (act. 22 Rz 19 S. 5). Die Behauptung, die Haftung entfalle, weil der Zufall die Sache auch bei vereinbartem Gebrauch getroffen hätte (act. 22 Rz 19 a.E.; Art. 306 Abs. 3 OR), basiert sodann auf der neuen Behauptung, dass die Zelte beim Belassen am vereinbarten Ort gleich beschädigt worden wären. Der Beklagte behauptet nicht und es ist auch nicht ersichtlich, inwiefern diese neue Behauptung nicht schon vor Vorinstanz hätte vorgebracht werden können bzw. sie die Voraussetzungen gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO erfüllt. Sie kann daher im Berufungsverfahren nicht mehr berücksichtigt werden. Der Beklagte vermag auch mit der Eventualbegründung nicht durchzudringen, weshalb die Berufung abzuweisen ist und es beim vorinstanzlichen Entscheid sein Bewenden haben muss.

6. Bei diesem Ausgang des Verfahrens ist das erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsdispositiv ebenfalls zu bestätigen und der Beklagte wird auch für das Berufungsverfahren kostenpflichtig. Die Kosten sind aus dem von ihm geleisteten Prozesskostenvorschuss zu beziehen. Da der Klägerin im Berufungsverfahren keine Umtriebe entstanden sind, ist ihr keine Entschädigung zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Bezirksgerichts Dietikon vom 6. Dezember 2011 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'800.00 festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Beklagten und Berufungskläger auferlegt und mit seinem Kostenvorschuss verrechnet.
4. Der Klägerin und Berufungsbeklagten wird für das zweitinstanzliche Verfahren keine Parteientschädigung zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerin und Berufungsbeklagte unter Beilage des Doppels von act. 22, sowie an das Bezirksgericht Dietikon 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. 10'539.25.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.
Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. P. Diggelmann

lic. iur. S. Bohli Roth

versandt am: