

# ZH\_OBERGERICHT NE110017 vom 16. Juli 2012

ZH Obergericht, 2012-07-16, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_NE110017](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_NE110017)

FR: ZH\_OBERGERICHT NE110017 du 16 juillet 2012

IT: ZH\_OBERGERICHT NE110017 del 16 luglio 2012

## Erwägungen

### E. 1

a) Am 10. August 2005 schloss die Klägerin (Generalunternehmerin) mit dem Beklagten (Besteller) einen Werkvertrag über die schlüsselfertige Erstellung einer 3½-Zimmer-Wohnung als Teil der Überbauung D.\_\_\_\_-Strasse ... in E.\_\_\_\_ (Urk. 4/3 bzw. 6/2). Während der Erstellung vereinbarten die Parteien diverse Änderungen, die Mehrkosten zur Folge hatten, welche die Klägerin auf Fr. 33'145.65 bezifferte (Urk. 2 S. 4; Prot. Vi S. 10), deren Höhe jedoch vom Beklagten bestritten wurde (Urk. 6/16; Prot. Vi S. 3). Er bezahlte in der Folge Fr. 15'000.–. Im vorinstanzlichen Verfahren forderte die Klägerin vom Beklagten den Betrag von Fr. 18'145.65 (zuzüglich Zins), den sie als Summe der restlichen Werklohnforderung und noch ausstehender Mehrkostenforderung bezeichnete (Urk. 60 S. 2 f.). Der Beklagte machte dagegen verrechnungsweise diverse Werk-mängel geltend und weigerte sich, der Klägerin nebst den bereits bezahlten Fr. 15'000.– einen weiteren Geldbetrag zu bezahlen (Prot. Vi S. 3 ff.). Nach Durchführung der Hauptverhandlung und des Beweisverfahrens hielt die Vorinstanz Mehrkosten von Fr. 30'765.85 für ausgewiesen. Sie berücksichtigte die Zahlung von Fr. 15'000.– und einen Minderungsbetrag von Fr. 8'000.– als Abzug für einen Werkmangel. Zu diesem Betrag von Fr. 7'765.85 addierte sie einen Verzugsschaden von Fr. 187.50 und hiess die Klage in der Höhe von Fr. 7'953.35 nebst Zins zu 5 % seit 11. Juli 2008 teilweise gut (Urk. 60). b) Gegen die Abweisung des eingeklagten Mehrbetrages legte die Klägerin am 3. Oktober 2011 fristgerecht Berufung ein (Urk. 59). Innert Frist reichte der Beklagte keine Berufungsantwort ein (vgl. Urk. 65 f.), weshalb das Verfahren androhungsgemäss ohne Berufungsantwort weitergeführt wird (Art. 147 ZPO, Art. 405 ZPO). Die Berufung hemmt die Rechtskraft und Vollstreckbarkeit des angefochtenen Urteils (nur) im Umfang der Anträge (Art. 215 Abs. 1 i.V.m. Abs. 4 ZPO, Art. 405 ZPO). Es ist daher davon Vormerk zu nehmen, dass das vorinstanzliche Urteil im Umfang der teilweisen Klagegutheissung (Dispositiv Ziffer 1) mit Ablauf der unbenützten Frist zur Erhebung der Anschlussberufung am 19. Dezember 2011 in Rechtskraft erwachsen ist (zum Zeitpunkt vgl. Reetz/Hilber, in: Sutter-

- 4 - Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Kommentar, Art. 315 N 15). Streitig ist somit nur noch ein Betrag von Fr. 10'286.20 (vgl. Ziffer 1 des Berufungsantrags). c) Während sich das vorinstanzliche Verfahren nach bisherigem Recht (ZPO/ZH) beurteilte, ist auf das Berufungsverfahren die neue Prozessordnung anwendbar, da der angefochtene Entscheid den Parteien nach deren Inkrafttreten eröffnet wurde (Art. 404 f. ZPO). Bei der entsprechenden Prüfung ist indes zu klären, ob im erstinstanzlichen Verfahren die Regeln der damals noch anzuwendenden ZPO/ZH und des GVG/ZH befolgt wurden. Im Berufungsverfahren kann eine unrichtige Rechtsanwendung oder eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts gerügt werden (Art. 310 ZPO). Strittig ist, ob die Vorinstanz

zu Recht die von der Klägerin bestrittene Minderungsforderung für Fenster im Umfang von Fr. 8'000.– zugelassen hat (a) sowie ob sie zu Recht die Klage betreffend eine Mehrkostenforderung für Boden- und Wandplattenbeläge von Fr. 619.05 (b) und für Elektroinstallationen von Fr. 1'667.15 (c) abgewiesen hat.

## E. 2

c) Mehrkostenforderung für Elektroinstallationen Schliesslich macht die Klägerin Mehrkosten im Betrag von Fr. 1'667.15 für Elektroinstallationen geltend (Urk. 59 S. 11 f.). Es handle sich dabei um einen Direktauftrag des Beklagten an die H. \_\_\_\_\_ AG. Diese Subunternehmerin habe ihre Rechnung an die Klägerin als Generalunternehmerin gesandt, welche sie dann dem Beklagten weiterverrechnet habe (Prot. VI S. 14 f. und S. 26). Der Beklagte bestreitet die Mehrkostenforderung (Urk. 2 S. 8), da er dazu weder seine Unterschrift noch einen Auftrag gegeben habe und der entsprechende Auftrag seiner Ansicht nach wohl seitens der Klägerin ergangen sei, da diese aufgrund eines

- 12 - Fehlers in der Lüftungsplanung die Elektroinstallationen habe versetzen müssen (Prot. VI S. 7 und S. 21). Im vorinstanzlichen Verfahren reichte die Klägerin die entsprechende Mehrkostenofferte vom 19. Mai 2008 (Urk. 4/6) ein, die von keiner der beiden Parteien unterzeichnet war. In ihrer Beweisantragungsschrift bezog sie sich weder auf diese Mehrkostenofferte noch auf die Abrechnung samt dazugehörigen Regierapporten (Urk. 29 S. 3). Hingegen berief sie sich auf I. \_\_\_\_\_, den ehemaligen Bauleiter der Klägerin, der in der Folge als Zeuge einvernommen wurde. Dieser sagte zunächst aus, er und ein anderer Bauleiter hätten die Elektroinstallationen gemäss Plan abgenommen. Ihm sei nicht bekannt, dass der Beklagte der H. \_\_\_\_\_ AG im Zusammenhang mit den Elektroinstallationen einen Direktauftrag erteilt habe (Urk. 48 S. 2). Auch auf Vorhalt der Abrechnung der Klägerin an den Beklagten vom 19. Mai 2008 (Urk. 4/6) konnte er einen Direktauftrag des Beklagten nicht nachvollziehen (Urk. 48 S. 3 oben). Auf Vorhalt des dazugehörigen Regierapportes ... führte I. \_\_\_\_\_ aus, der Vermerk "zulasten Käufer" bedeute, dass vorher Abklärungen gemacht worden seien, die dann dazu geführt hätten, dass der Käufer als Auftraggeber bezeichnet werde (Urk. 48 S. 3). Die Vorinstanz hielt dazu fest, dass der Regierapport von der Klägerin nicht als Beweismittel bezeichnet worden sei, weshalb darauf nicht abgestellt werden könne. Auch stelle die Aussage des Zeugen I. \_\_\_\_\_ wohl nur eine allgemeine Information dar, ohne direkten Bezug zum Beklagten, zumal als Vertreter der Klägerin auf dem fraglichen Regierapport der Name J. \_\_\_\_\_ und weder der Zeuge noch der von Letzterem genannte andere Bauleiter K. \_\_\_\_\_ erwähnt werde (vgl. Urk. 4/6, Regierapport ...). Unter diesen Umständen seien die Aussagen des Zeugen I. \_\_\_\_\_ nicht geeignet, für die Behauptung der Klägerin, bei dieser Position habe es sich um einen Direktauftrag des Beklagten an den Subunternehmer gehandelt, den positiven Beweis erbringen zu können. Es komme dazu, dass die nicht unterschriebene Abrechnung samt angehängten Regierapporten für sich allein den Direktauftrag für Elektroinstallationen nicht bewiesen hätte (Urk. 60 S. 8 ff.).

- 13 - In ihrer Berufungsschrift stellt sich die Klägerin auf den Standpunkt, dass das Nichtnennen der Abrechnung ein offensichtliches Versehen darstelle, weshalb die Vorinstanz sie im Rahmen ihrer richterlichen Fragepflicht nach § 55 ZPO/ZH darauf aufmerksam hätte machen müssen (Urk. 59 S. 12). Ob § 55 ZPO/ZH ein Nachfragen geboten hätte, braucht hier aus folgenden Gründen nicht näher geprüft zu werden: Die Vorinstanz kam aufgrund zweier selbständiger Erwägungen zum Schluss, dass der Beweis scheitere. Daran hätte eine korrekte Bezeichnung der strittigen Abrechnung samt

Regierapport als Beweismittel nichts geändert. Mit diesen beiden entscheidungstragenden Erwägungen der Vorinstanz setzt sich die Klägerin nicht auseinander, insbesondere legt sie nicht dar, weshalb die nicht unterschriebene Abrechnung samt angehängten Regierapporten für sich allein den Direktauftrag für Elektroinstallationen hätte beweisen können, oder weshalb zu Unrecht festgehalten wurde, dass die Aussage des Zeugen I. \_\_\_\_\_ nur eine allgemeine Information darstelle, die ohne direkten Bezug zur beklagten Partei sei. Anhaltspunkte dafür, dass die Vorinstanz den Sachverhalt geradezu willkürlich festgestellt hätte bzw. das Recht willkürlich angewandt worden wäre, werden weder geltend gemacht noch sind sie sonst ersichtlich. Entsprechend ist der Beweis gescheitert, weshalb die Mehrkostenforderung von Fr. 1'667.15 ebenfalls abzuweisen ist.

### **E. 3**

Zusammenfassend sind Berufung und Klage im den rechtskräftig entschiedenen Betrag übersteigenden Umfang abzuweisen. Bei diesem Verfahrensausgang ist die erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsregelung zu bestätigen. Die Klägerin wird im Berufungsverfahren kostenpflichtig; dem Beklagten ist mangels relevanter Umtriebe im Berufungsverfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen (vgl. Art. 95 Abs. 3 ZPO). Es wird beschlossen:

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