

# ZH\_OBERGERICHT NP170026 vom 26. Oktober 2017

ZH Obergericht, 2017-10-26, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_NP170026](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_NP170026)

FR: ZH\_OBERGERICHT NP170026 du 26 octobre 2017

IT: ZH\_OBERGERICHT NP170026 del 26 ottobre 2017

## Erwägungen

### E. 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 Mehr- familienhäuser 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 notwendi- gen 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 Be- stand dieser Forderung nicht in Abrede, hält ihr aber eine Verrechnungsforderung entgegen. Sie macht geltend, es sei ihr ein Schaden von CHF 40'000.-- entstan-

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

### E. 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 ver- pflichtete 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

### E. 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 Rechtsmitte- linstanz einzureichen (Art. 311 ZPO). Die Berufungsschrift erfüllt die formellen An- forderungen: 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). Hier von 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.

- 5 - 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

- 6 - (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.

#### **E. 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.

#### **E. 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-

- 7 - 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.

#### **E. 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, verfall 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).

#### **E. 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).

#### **E. 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. Dressluys 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

- 8 - 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 Entscheidegebühr 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:

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