

# ZH\_OBERGERICHT PP170019 vom 15. Dezember 2017

ZH Obergericht, 2017-12-15, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_PP170019](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_PP170019)

FR: ZH\_OBERGERICHT PP170019 du 15 décembre 2017

IT: ZH\_OBERGERICHT PP170019 del 15 dicembre 2017

## Erwägungen

### E. 1

Die Klägerin und Beschwerdegegnerin (fortan Klägerin) verrichtete am 12. und 13. November 2015 an und in der (grossen) Garage des Einfamilienhauses des Beklagten und Beschwerdeführers (fortan Beklagter) an der C. \_\_\_\_\_ - Strasse ... in D. \_\_\_\_\_ verschiedene Malerarbeiten. Hierfür fordert sie vom Beklagten eine Vergütung in Höhe von Fr. 2'830.15 nebst 5% Zins seit 17. November 2015 und die Betreuungskosten (act. 3, act. 5/6 und act. 5/9-11). Am 14. November 2016 gelangte die Klägerin mit einem Gesuch um Rechtsöffnung unter Beilage der Klagebewilligung des Friedensrichteramtes D. \_\_\_\_\_ vom 9. August 2016 an das Bezirksgericht Pfäffikon, welches die Eingabe ungeachtet seiner Bezeichnung als Anerkennungsklage entgegen nahm und behandelte (act. 3, act. 6). Mit Urteil vom 26. Januar 2017 hiess das Einzelgericht des Bezirksgerichtes Pfäffikon die Klage teilweise gut und verpflichtete den Beklagten, der Klägerin Fr. 2'830.15 nebst 5% Zins seit 20. Mai 2016 sowie die Betreuungskosten zu bezahlen. Im Mehrbetrag (Zins) wies es die Klage ab. Auf die (sinngemässe) Widerklage des Beklagten trat es nicht ein. Für den zugesprochenen Betrag sowie im Umfang der Prozesskosten beseitigte es den Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Pfäffikon ZH (act. 18).

### E. 2

Zur Rüge der Durchführung eines unrichtigen Verfahrens durch die Vorinstanz ist Folgendes festzuhalten: Am 14. November 2016 wandte sich die Klägerin an das Bezirksgericht Pfäffikon und ersuchte mit kurzer Begründung und unter Verwendung des entsprechenden Formulars um Rechtsöffnung. Am Schluss ihrer Ausführungen verlangte sie (auch) die Gutheissung ihrer Klage. Sie legte die Klagebewilligung des Friedensrichteramtes D. \_\_\_\_\_ vom 9. August 2016 sowie zahlreiche Unterlagen bei (act. 1, act. 3-4, act. 5/3-20). Unklare oder widersprüchliche Rechtsbegehren sind nach Treu und Glauben auszulegen, wobei nicht nur auf den Wortlaut des Begehrens, sondern auch auf die Klagebegründung abzustellen ist (ZK ZPO-Leuenberger, 3. A., Art. 221 N 38 f.). In den eingereichten Dokumenten findet sich nichts, was als Rechtsöffnungstitel im Sinne von Art. 80 oder 82 SchKG in Frage kommt. Namentlich stellt die Klagebewilligung keinen solchen Titel dar. Da einem Rechtsöffnungsverfahren auch kein Schlichtungsversuch vorausgeht, nahm die Vorinstanz mit Verfügung vom 21. November 2016 die Eingabe im Rahmen einer Gesamtbetrachtung zu Recht als Anerkennungsklage entgegen und legte entsprechend ein Verfahren an, das nach den Regeln von Art. 243 ff. ZPO durchzuführen war (act. 6). Bei dieser Konstellation allein auf das offensichtlich fälschlicherweise verwendete Formular oder die unrichtige Klagebezeichnung durch die Klägerin abzustellen, wäre nach Treu und Glauben verfehlt gewesen. Sehr merkwürdig ist, dass der Einzelrichter dann in seinem Urteil nicht nur den Rechtsvorschlag beseitigte (wie das nach Art. 79 SchKG richtig war), sondern zusätzlich Rechtsöffnung erteilte (Dispositiv Ziff. 3).

Das Letztere ist dem Verfahren im Sinne von Art. 80 SchKG vorbehalten. Auch

- 4 - der Einzelrichter hat aber Anspruch darauf, dass man seine falsche Wortwahl nach Treu und Glauben versteht (Art. 52 ZPO), und in diesem Sinn ist es klar, dass er den Rechtsvorschlag beseitigen wollte. Weiter setzte die Vorinstanz der Klägerin am 21. November 2016 Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses an. Mit dessen Bezahlung erklärte sich die Klägerin mit dem Vorgehen der Vorinstanz, ihr Gesuch als Klage entgegenzunehmen und im vereinfachten Verfahren zu behandeln, einverstanden. Auch der Beklagte erhob weder gegen die Verfügung vom 21. November 2016 noch gegen die Vorladung vom 22. November 2017 zum Forderungsprozess (act. 7) – und nicht etwa zu einem Rechtsöffnungsverfahren – irgendwelche Einwände. Ernst-hafte Bedenken hätte er bereits damals äussern können, obschon keine entsprechende Spezialbestimmung im Sinne von Art. 319 lit. b Ziff. 1 ZPO besteht. Das Vorgehen der Vorinstanz, das Gesuch als Klage entgegenzunehmen und zu be- handeln, erweist sich somit als korrekt. Die diesbezüglichen Beanstandungen des Beklagten sind demnach unbegründet.

### **E. 3**

Allein aus dem Umstand, dass der angefochtene Entscheid das Datum der Hauptverhandlung trägt, schliesst der Beklagte sodann, die Vorinstanz habe seine eingereichten Notizen und Beweismittel sowie seine mündlichen Darlegun- gen anlässlich der Verhandlung gar nicht beachtet (act. 16 S. 2). Dem ist nicht zu folgen. Ist die Sache spruchreif, so hat das Gericht einen Entscheid zu erlassen. Spruchreife liegt vor, wenn das Gericht über sämtliche Entscheidgrundlagen für einen Sach- oder einen Nichteintretensentscheid verfügt und das gesetzlich vor- gesehene Verfahren durchgeführt hat. Die Urteilsberatung und die Entscheidfäl- lung folgen üblicherweise im Anschluss an die Hauptverhandlung, können aber auch auf einen späteren Termin verschoben werden (ZK ZPO-Staehelin, 3. A., Art. 236 N 15). Für einen solchen Aufschub hatte die Vorinstanz offenbar keinen Grund. Sie erachtete die Sache als spruchreif und fällte entsprechend nach der Verhandlung und durchgeführter Beratung ihren Entscheid. Dessen Eröffnung mit schriftlicher Begründung erfolgte am 31. März bzw. 1. April 2017 (act. 13/1-2, Prot. I S. 14 ff.). Grundsätzlich ist das Gericht mit der Eröffnung an mindestens eine Partei an seinen Entscheid gebunden. Vorher kann es aber, sollte es zu ei-

- 5 - ner anderen Auffassung gelangen, jederzeit darauf zurückkommen und den Ent- scheid in Wiedererwägung ziehen (ZK ZPO-Staehelin, a.a.O., Art. 236 N 23). Auch hierzu sah sich die Vorinstanz nicht veranlasst. Nur weil das angefochtene Urteil nicht im Sinne des Beklagten ausfiel, bedeutet das nicht, dass sich die Vor- instanz mit seinem Standpunkt nicht auseinandersetzte oder die offerierten Be- weismittel nicht würdigte. Vielmehr erachtete sie seine Vorbringen als nicht stich- haltig und gab ihnen deshalb keine Folge. III. 1. Die Parteien haben einen Werkvertrag nach Art. 363 ff. OR abge- schlossen, wonach die Klägerin im Bereich der Garage des Beklagten im Rahmen der Sanierung eines Wasserschadens Malerarbeiten zu einem Preis von total Fr. 2'830.15 (Fr. 1'550.35 für inner- und Fr. 1'279.80 für ausserhalb der Garage) auszuführen hat. Der Vertrag basiert auf zwei Offerten der Klägerin vom 15. Juni 2015 zuhanden der Bauleiterin E.\_\_\_\_\_ AG, welche die Klägerin denn auch be- auftragte. Diese erledigte die Arbeiten am 12. und 13. November 2015 und stellte am 17. November 2015 Rechnung über Fr. 2'830.15. Über diese beiden Rech- nungen (Nr. 142475 und 142725) liegen die Parteien im Streit. Die Klägerin stellt sich auf den Standpunkt, die Arbeiten fach- und termingerecht ausgeführt zu ha- ben. Der Beklagte hingegen erachtet das Ergebnis als mangelhaft und den Preis als überteuert (zum

Ganzen act. 3, act. 5/9-10, act. 5/12-13, act. 9, act. 16). 2. Der Beklagte kritisiert den angefochtenen Entscheid als nicht nachvollziehbar und ungerecht. So habe die E. \_\_\_\_\_ AG (Bauleiterin) bzw. deren Herr F. \_\_\_\_\_ (Architekt) die Klägerin beauftragt. Herr F. \_\_\_\_\_ und Herr B. \_\_\_\_\_ (von der Klägerin) seien befreundet und würden sich gegenseitig auf seine Kosten unterstützen. Weiter habe er mit einer E-Mail vom 25. Oktober 2015 fünf versteckte Mängel gerügt, welche aber nicht korrigiert worden seien. Die für die Aussenmauern der Garage verwendete Farbe würde sodann entgegen den Versprechungen den Schmutz nicht fliessen lassen, sondern ihn vielmehr absorbieren. Ferner habe der von der ... [Versicherung] beauftragte Experte, G. \_\_\_\_\_, die Bauleitung

- 6 - und sämtliche beteiligten Handwerker auf den 3. Juni 2016 erfolglos zu einer Sitzung eingeladen. Wie die anderen habe die Klägerin nicht den Mut gehabt, ihre Fehler vor dem Experten einzugestehen. Schliesslich habe Herr G. \_\_\_\_\_ die beiden Rechnungen für die Malerarbeiten als zu hoch erachtet und empfohlen, die Arbeitsrapporte zu verlangen, welche er (der Beklagte) aber von der Klägerin nie erhalten habe. Erst wenn alle versteckten Mängel durch die Klägerin oder besser durch ein kompetenteres Malergeschäft auf deren Kosten korrigiert, die richtige Grundierung und die versprochene Farbe angebracht und ihm die verlangten Arbeitsrapporte samt einer transparenten Kalkulation ausgehändigt worden seien, habe die Klägerin Anspruch auf Bezahlung. Der verlangte Werklohn sei jedoch viel zu hoch und deshalb ungerechtfertigt (act. 16). 3.a) Mit seinen zum Teil nicht leicht nachvollziehbaren Ausführungen hält der Beklagte dem Vergütungsanspruch der Klägerin in erster Linie sein Nachbesserungsrecht entgegen, indem er die Korrektur diverser Malerarbeiten verlangt. Dabei bezieht er sich einerseits auf fünf in seiner E-Mail vom 25. Oktober 2015 umschriebene, teils versteckte Mängel und andererseits auf die Arbeiten vom 12./13. November 2015 an seiner Garage (act. 9 S. 3, act. 16 S. 2 f., Prot. I S. 6 ff., S. 10 ff.). Klarzustellen ist demnach, dass der Beklagte bereits vor Vorinstanz auch die der Werklohnforderung zugrunde liegenden Arbeiten vom 12./13. November 2015 verbessert haben wollte (vgl. act. 18 S. 6). b) Der Unternehmer hat grundsätzlich unabhängig von seinem Verschulden nach Art. 367 ff. OR für Werkmängel einzustehen, es sei denn, die Haftung wurde gesetzlich oder vertraglich beschränkt bzw. ausgeschlossen. Eine solche Freizeichnung ergibt sich vorliegend aber weder aus den Akten noch wurde sie von den Parteien geltend gemacht. Die Bestimmung von Art. 368 OR räumt dem Besteller bei Ablieferung eines mangelhaften Werkes alternativ ein Wandelungs-, Minderungs- und Nachbesserungsrecht ein. Nachbesserung kann verlangt werden, wenn sie dem Unternehmer nicht übermässige Kosten verursacht (Art. 368 Abs. 2 OR). Wie die anderen Mängelrechte stellt die Nachbesserung ein Gestaltungsrecht dar. Wird es ausgeübt, entsteht ein einklagbarer Anspruch des Bestellers gegen den Unternehmer auf (in aller Regel) unentgeltliche Leistung der

- 7 - Nachbesserung. Der Besteller kann die Zahlung des – trotz Nachbesserungsanspruches fälligen – Werklohnes mit der Einrede des nicht erfüllten Vertrages nach Art. 82 OR verweigern, bis der Unternehmer die Verbesserung vorgenommen hat (Huguenin, OR BT, 3. A., N 634, N 650 ff.; Gauch, Der Werkvertrag, 5. A., N 2374, N 2377 ff.). Ausgeübt wird das Nachbesserungsrecht durch einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung, worin der Besteller vom Unternehmer die Nachbesserung verlangt. Die Erklärung ist unwiderruflich. Hat der Besteller für einen bestimmten Mangel Nachbesserung verlangt, so ist ein allfälliges Wandelungs- und Minderungsrecht aus diesem Mangel erloschen. Der Besteller hat das Werk nach Ablieferung "sobald es nach dem üblichen Geschäftsgang

tunlich ist" zu überprüfen und die Mängel zu rügen (Art. 367 Abs. 1 OR). Die Rüge hat unverzüglich zu erfolgen und muss genügend substantiiert werden, d.h. Art, Umfang und gegebenenfalls der Ort des Mangels sind möglichst genau zu bezeichnen. Versteckte Mängel sind dem Unternehmer sofort nach Entdeckung anzuzeigen (Art. 370 Abs. 3 OR). Die Wahlerklärung nach Art. 368 OR muss nicht bereits zusammen mit der Mängelrüge abgegeben werden. Die Beweislast für das Bestehen eines Mangels und die rechtzeitige Rüge trägt der Besteller (Huguenin, a.a.O., N 636 ff; Gauch, a.a.O., N 1486 ff., N 1705 ff., N 1835 ff.). Der Unternehmer hat die verlangte Nachbesserung innerhalb einer angemessenen Verbesserungsfrist vorzunehmen. Die Ansetzung einer Frist durch den Besteller ist von Gesetzes wegen nicht erforderlich (Gauch, a.a.O., N 1782 ff.). c) Der Beklagte macht wie bereits vor Vorinstanz geltend, die Mängel, die er verbessert haben will, mit der E-Mail vom 25. Oktober 2015 gerügt zu haben (act. 9 S. 2, act. 16 S. 1, Prot. I S. 10 ff.). Er legte seinen Eingaben zahlreiche, nicht näher kommentierte Fotos bei (act. 10/7 und 10/9, act. 17/7). Die hier in Frage stehenden Arbeiten im Bereich der (grossen) Garage wurden indes unbestritten erst am 12./13. November 2015 durchgeführt. Sie bzw. die in diesem Zusammenhang verlangte Mängelbehebung (namentlich die Verwendung der richtigen Grundierung und der versprochenen, wasserresistenten und schmutzabweisenden Farbe) können somit von vornherein nicht Gegenstand der

- 8 - betreffenden E-Mail sein, was sich aus deren Inhalt klar ergibt. In der E-Mail werden zwei Wände im Haus, das Unterdach, der Sockel in der kleinen und der Holzrahmen eines Fensters in der grossen Garage genannt (act. 10/2 S. 4 = act. 17/2 S. 4). Dabei handelt es sich offensichtlich nicht um die vorliegend strittigen Mängel an der Garage, was der Beklagte auf ausdrückliche Nachfrage der Vorinstanz auch einräumte. Seiner Ansicht nach hätte die Klägerin aber im Rahmen der erneuten Malerarbeiten an der Garage zugleich die in der E-Mail verlangten Korrekturen vornehmen können, da sie hierzu in ihrer Offerte "sicher genug Luft" gehabt habe (act. 10/2 S. 4, Prot. I S. 10 und 13). Das fragliche E-Mail war nicht an die Klägerin als Belastete, sondern an die E.\_\_\_\_\_ AG als Beauftragte des Beklagten adressiert. Nach eigener Aussage hatte die Klägerin aber Kenntnis davon (Prot. I S. 11). Sie bestritt hingegen, dass hinsichtlich der hier relevanten Arbeiten eine Mängelrüge erfolgt sei. Der Beklagte vermische diverse Themen (Prot. I S. 9 und 11). Mit der vorliegend zu beurteilenden Klage fordert die Klägerin einzig den Werklohn für ihre am 12./13. November 2015 an der Garage des Beklagten vorgenommenen Malerarbeiten. Entsprechend kann sich das nunmehr vom Beklagten geltend gemachte Nachbesserungsrecht auch nur auf die Mangelhaftigkeit dieser Arbeiten beziehen, die aber gerade nicht Gegenstand der E-Mail vom 25. Oktober 2015 sind. Allein mit dieser E-Mail vermag der Beklagte demnach nicht nachzuweisen, dass er oder die E.\_\_\_\_\_ AG die hier strittigen Mängel gerügt haben. Beweismittel für eine weitere, die hier geltend gemachten Mängel betreffende Rüge legte er nicht vor. Dass keine solche Rüge erfolgte, hat daher als erstellt zu gelten. Demnach hat der Beklagte mangels Abgabe einer unverzüglichen Mängelrüge keinen Nachbesserungsanspruch gegen die Klägerin aus den behaupteten Mängeln an der grossen Garage. Dass es sich dabei um versteckte Mängel handelt, macht er nicht geltend und ist auch nicht ersichtlich. Im Übrigen wären auch solche Mängel unmittelbar nach ihrer Entdeckung dem Unternehmer zu melden gewesen. Seiner Einrede des nichterfüllten Vertrages nach Art. 82 OR ist somit die Grundlage entzogen und es ist der Beklagte zur Rückbehaltung der Vergütung nicht berechtigt. Nur der Vollständigkeit halber bleibt anzumerken, dass gemäss

- 9 - den beiden Rechnungen die für den Innen- und Aussenbereich der Garage offerierten Farben auch tatsächlich verwendet wurden (act. 5/9-10 und 5/12-13). 4.a) Nebst der Qualität der Arbeiten der Klägerin stellt der Beklagte die Höhe der Rechnungen in Frage, ohne indes zu sagen, welchen Werklohn er für angemessen hält. Er fordert eine saubere und transparente Kalkulation sowie die Herausgabe der Arbeitsrapporte (act. 9 S. 3 f., act. 16). Ob er den verrechneten Betrag nur für die gemäss ihm mangelhaften Arbeiten oder generell als zu hoch erachtet, bleibt unklar (Prot. I S. 11 ff.). Sollte er die Vergütung der Klägerin wegen Mangelhaftigkeit des Werkes herabsetzen wollen, so ist dies in Anbetracht der von ihm verlangten Nachbesserung ausgeschlossen. Mit der Wahl von Nachbesserung der monierten Mängel an der Garage fällt ein Minderungsanspruch wie gesehen dahin, da diese Rechte dem Besteller nur alternativ zur Verfügung stehen. Der vom Unternehmer geschuldete Verbesserung steht die verabredete Vergütung durch den Besteller gegenüber. b) Soweit der Beklagte den Rechnungsbetrag von Fr. 2'830.15 grundsätzlich, also auch bei fachgerechter Ausübung als zu hoch erachten, so ist ihm Folgendes entgegenzuhalten: Die Klägerin unterbreitete dem Beklagten am 15. Juni 2015 zwei Offerten für genau umschriebene Malerarbeiten im Innen- und Aussenbereich der Garage für total Fr. 2'830.15 (act. 5/12-13). Weitere Leistungen, namentlich die Korrektur früherer Arbeiten, sind nicht Inhalt der Offerten. Die Offerten wurden in der Folge angenommen und bestimmten den geschuldeten Vertragsinhalt. Am 12./13. November 2015 führte die Klägerin die Arbeiten aus. Dass die Parteien den Vertrag zu einem anderen als dem offerierten Preis abgeschlossen hätten, macht der Beklagte richtigerweise nicht geltend und ergibt sich auch nicht aus den Akten. Demnach einigten sich die Parteien beim Preis auf eine feste Vergütung im Sinne von Art. 373 Abs. 1 OR. Diese Preisabrede ist für die Parteien verbindlich und gilt – vorbehalten namentlich die hier nicht relevante Ausnahme von Art. 373 Abs. 2 OR – unabhängig vom Aufwand des Unternehmers und den effektiven Erstellungskosten (Gauch, a.a.O., N 900 ff.). Demzufolge ist der Beklagte grundsätzlich verpflichtet, den vereinbarten und ihm auch in Rechnung

- 10 - gestellten Pauschalpreis zu bezahlen. Seine diesbezüglichen Einwendungen sind unbehelflich. Der Beklagte verlangt die Arbeitsrapporte mit den genauen Stunden und Quadratmetern sowie eine Kalkulation (act. 9 S. 3, act. 16 S. 2 f.). Damit spricht er offensichtlich den von der Klägerin mit ihrer Klage eingereichten Baustellenrapport an, worauf die Klägerin in ihrer Replik auch hinwies (act. 5/11, Prot. I S. 9). Im Arbeitsrapport werden die ausgeführten Tätigkeiten und die hierfür verwendeten Stunden erfasst. Da aber der tatsächliche Aufwand der Klägerin bei Vereinbarung eines Pauschalpreises für die Höhe ihrer Vergütung keine Rolle spielt, kann der Beklagte weder aus dem Arbeitsrapport noch aus einer detaillierten Kalkulation etwas zu seinen Gunsten ableiten. Falls er diese Unterlagen zum Nachweis der behaupteten Mängel heranziehen will, so ist ihm entgegenzuhalten, dass der Rapport über die Qualität der Arbeiten gerade keinen Aufschluss gibt. 5.a) Sollte der Beklagte Gegenansprüche aus früheren Werkverträgen verrechnungsweise geltend machen und so die Werklohnforderung reduzieren wollen (vgl. act. 18 S. 6) – betreffend die Arbeiten vom 12./13. November steht die verlangte Nachbesserung einer Herabsetzung entgegen – würde er damit nicht durchdringen. Die Klägerin bestreitet allfällige Forderungen des Beklagten. Die behaupteten Mängel seien die Folge mangelhaften Unterhalts, was der Beklagte zu verantworten habe (Prot. I S. 9 ff.). Die Vorinstanz gab die allgemeinen Voraussetzungen der Verrechnung nach Art. 120 ff. OR zutreffend wieder (act. 18 S. 7 f.). Ergänzend ist anzufügen, dass die Verrechnungsforderung tatsächlich bestehen und durchsetzbar sein muss. Des Weiteren ist

sie genau zu bezeichnen. Unerheblich ist dagegen, ob sie, wie vorliegend, bestritten ist. Sodann muss der Schuldner dem Gläubiger ausdrücklich oder stillschweigend zu erkennen geben, dass er von seinem Verrechnungsrecht – es handelt sich dabei wie bei den Mängelrechten um ein Gestaltungsrecht – Gebrauch macht. Die Beweislast für die Abgabe einer Verrechnungserklärung liegt beim Verrechnenden (Huguenin, OR AT, 3. A., N 848 ff.; BSK OR I-Peter, 6. A., Art. 120 N 2 ff., Art. 124 N 1 ff.). b) Will der Beklagte demnach eine Forderung zur Verrechnung bringen, hat er im Wesentlichen den Bestand der Forderung sowie die Abgabe einer hin-

- 11 - reichenden Verrechnungserklärung nachzuweisen. Eine Verrechnungsforderung aus früheren Malerarbeiten setzt somit wiederum eine rechtzeitige und substantiierte Mängelrüge voraus. Wie gesehen bezeichnete der Beklagte zum Nachweis seiner Sachdarstellung als einziges Beweismittel die E-Mail vom 25. Oktober 2015 (act. 5/18). In der E-Mail werden die verlangten Korrekturen allerdings nur sehr allgemein, namentlich ohne nähere Angaben zum Umfang der Mängel umschrieben. Zudem ist nicht bekannt, wann die Klägerin tatsächlich von der E-Mail erfahren hat (vgl. oben III.3.c). Ob die E-Mail den Anforderungen an eine Mängelrüge dennoch genügt, kann aber offen bleiben, da es der Beklagte auch auf konkrete Nachfrage der Vorinstanz versäumte, seine Forderungen auch nur ansatzweise zu beziffern. Er erwähnte einzig, die Klägerin habe genügend Reserve in ihren Offerten zur Behebung sämtlicher Mängel (act. 10/2 S. 4, Prot. I S. 10 und 13). Darüber hinaus begnügte er sich damit, einen vernünftigeren bzw. tieferen Preis zu verlangen (act. 9 S. 3, Prot. I S. 14, act. 16 S. 1). Damit gab der Beklagte weder ausdrücklich noch konkludent eine hinreichende Verrechnungserklärung ab. Die Vorinstanz ist ihrer Fragepflicht genügend nachgekommen, zumal der Beklagte nach eigener Aussage ein erfahrener Bauherr und Geschäftsmann mit juristischem Beistand im Hintergrund ist (act. 9 S. 1 ff., Prot. I S. 6 ff.). Der Verrechnung könnte demnach nicht stattgegeben werden. 6.a) Demnach ist der Hauptanspruch der Klägerin auf Leistung der verlangten Vergütung im Grundsatz zu bejahen. Die Vorbringen des Beklagten zum Verhältnis von Herrn B.\_\_\_\_\_ und Herrn F.\_\_\_\_\_ (den vom Beklagten beauftragten Architekten), zum Verhalten weiterer Handwerker sowie zur Funktion der ... [Versicherung] bzw. von deren Experten G.\_\_\_\_\_ sind für die Entscheidungsfindung nicht massgeblich (act. 9 S. 2 f., act. 16 S. 2, Prot. I S. 7 ff.). Es bleibt damit insoweit beim bezirksgerichtlichen Ergebnis, der Werklohn sei geschuldet. Ob demselbständige Ansprüche des Beklagten entgegenstehen, wird nachstehend zu prüfen sein. b) Kommt der Unternehmer seiner Pflicht auf Nachbesserung nicht nach, kann der Besteller zur Durchsetzung seines Anspruchs auf Erfüllung klagen. Die Klage richtet sich auf Leistung der Nachbesserung (Gauch, a.a.O., N 1802 f.). Die

- 12 - vom Beklagten geforderte Verbesserung diverser Mängel nahm die Vorinstanz somit zu Recht als (sinngemässe) Widerklage entgegen. Sie trat darauf aber nicht ein, da die erst in der Quadruplik erhobene Widerklage nach Art. 224 Abs. 1 ZPO verspätet sei (act. 18 S. 6). Sollte der Beklagte sinngemäss geltend machen, auf seine Widerklage einzutreten und diese sei gutzuheissen, ist ihm insoweit Recht zugeben, als er die Widerklage rechtzeitig mit der Klageantwort erhob. Der Beklagte verlangte bereits in seinen zu Beginn der Klageantwort eingereichten und vom Gericht zu den Akten genommenen Plädoyernotizen die Korrektur auch der strittigen Werklohnforderung zugrundeliegenden Mängel (versprochene Grundierung und Farbe) und nicht nur – wie die Vorinstanz erwog – der in der E-Mail vom 25. Oktober 2015 erwähnten Mängel (act. 9 S. 2

f., Prot. I S. 6, vgl. auch oben E. III.4.a). Die Widerklage hätte demnach materiell behandelt werden müssen. c) Nachbesserungsschuld und -forderung bilden die Rechtsfolge, die sich aus der Ausübung des Nachbesserungsrechts ergibt. Die Ausübung erfolgt wie gesehen durch eine unverzügliche und spezifizierte Mängelrüge. Da es zu den hier massgeblichen Mängeln an einer solchen Rüge allerdings wie erwähnt fehlt, hat der Beklagte kein Recht auf unentgeltliche Nachbesserung durch die Klägerin. Seine Mängelrechte sind verwirkt und die Widerklage wäre demnach abzuweisen gewesen. Gegebenenfalls kann in der Widerklage jedenfalls dann, wenn die Widerklage zulässig und begründet ist, eine konkludente Verrechnungserklärung liegen, was nach Ausübung der Fragepflicht durch Auslegung zu ermitteln ist (vgl. dazu BSK OR I-Peter, 6. A., Art. 120 N 4 und Leuenberger, Art. 224 N 8). Die Widerklage erweist sich indes als unbegründet. Im Übrigen kann auf das oben zur Verrechnung Gesagte verwiesen werden.

#### **E. 7**

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass mangels einer hinreichenden Mängelrüge keine Nachbesserungsschuld der Klägerin begründet wurde, weshalb der Beklagte nicht gestützt auf Art. 82 OR einstweilen die Bezahlung des Werklohnes verweigern kann. Ebenso wenig dringt er mit seinen allfällig geltend gemachten, unsubstantiierten Verrechnungsansprüchen durch. Da keine Nachbes-

- 13 - serungsschuld besteht, ist auch der Widerklage auf Leistung der Nachbesserung nicht stattzugeben. Der Beklagte ist somit verpflichtet, der Klägerin die vereinbarte Vergütung von Fr. 2'830.15 zu bezahlen.

#### **E. 8**

Auf den Forderungsbetrag von Fr. 2'830.15 verlangt die Klägerin Zins von 5 % ab 17. November 2015 (Datum der Rechnungsstellung; act. 3, act. 5/9- 10). Demgegenüber kam die Vorinstanz zum Schluss, der Beklagte sei erst mit der Zustellung des Zahlungsbefehls in Verzug gesetzt worden, weshalb der Zins von 5 % ab 20. Mai 2016 zuzusprechen sei (act. 18 S. 9 f., act. 5/4). Der Beklagte hält dem in seiner Beschwerde entgegen, die Zinsen seien nebst allen anderen Kosten von der Klägerin zu tragen, ohne dies allerdings näher darzulegen oder sich mit der vorinstanzlichen Begründung auseinanderzusetzen (act. 16 S. 3). Damit kommt der Beklagte seiner Begründungsobliegenheit nicht genügend nach. Im Übrigen ist der Vorinstanz beizupflichten. Der Werklohn wird mit der Ablieferung des Werkes fällig (Art. 372 Abs. 1 OR). Bei Fälligkeit wird der Schuldner durch Mahnung des Gläubigers in Verzug gesetzt, es sei denn, es liege ein Verfalltagsgeschäft vor, was hier zu verneinen ist. Ab dem Zeitpunkt der Mahnung ist der Verzugszins zu zahlen (Art. 104 Abs. 1 OR). Zwar liegen zwei Mahnungen in den Akten. Ob und wann sie dem Beklagten zugegangen sind, ist jedoch unbekannt (act. 5/6-7). Die Vorinstanz stellte somit zu Recht auf die Zustellung des Zahlungsbefehls am 20. Mai 2016 ab. Als unmissverständliche Aufforderung zur Erbringung der Leistung kommt der Zahlungsbefehl einer Mahnung gleich. Demnach schuldet der Beklagte 5 % Zins ab 20. Mai 2016.

#### **E. 9**

Die Vorinstanz schloss demzufolge zutreffend, der Beklagte habe der Klägerin den geforderten Werklohn von Fr. 2'830.15 nebst Zins zu 5 % seit 20. Mai 2016 zu bezahlen. Entsprechend erfolgten die Aufhebung des Rechtsvorwurfs in der Betreibung Nr. ... des Betreibungsamtes Pfäffikon ZH für den Forderungsbetrag samt Zinsen und Kosten zu Recht. Die Beschwerde erweist sich somit insgesamt als unbegründet und ist abzuweisen.

- 14 - III. Ausgangsgemäss wird der Beklagte für das Beschwerdeverfahren kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Der Klägerin ist mangels Umtrieben, die es zu entschädigen gölte, keine Entschädigung zuzusprechen. Es wird erkannt:

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