

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: NE110017-O/U.doc

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. G. Pfister, Vorsitzender, Dr. H.A. Müller und  
Dr. M. Kriech sowie die Gerichtsschreiberin Dr. D. Oser

## **Beschluss und Urteil vom 16. Juli 2012**

in Sachen

**A.\_\_\_\_\_ AG,**

Klägerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_\_

gegen

**B.\_\_\_\_\_,**

Beklagter und Berufungsbeklagter

vertreten durch Dipl. Masch. Ing. HTL, lic. iur. C.\_\_\_\_\_

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts am Bezirksgericht Zürich,  
10. Abteilung, vom 25. August 2011 (FO090024)**

**Rechtsbegehren:**

(Urk. 2 S. 2)

- "1. Der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin Fr. 18'145.65 zu bezahlen, nebst Zins von 7 % seit 11. Juli 2008.
2. Der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin 7 % Zins für den Betrag von Fr. 15'000.– im Zeitraum vom 11. Juli 2008 bis 10. Oktober 2008, d.h. Fr. 262.50, zu bezahlen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Beklagten."

**Urteil des Einzelgerichts am Bezirksgericht Zürich, 10. Abteilung, vom  
25. August 2011:**

(Urk. 60)

- "1. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin Fr. 7'953.35 nebst Zins zu 5 % seit 11. Juli 2008 zu bezahlen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 4'390.–. Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
3. Die Gerichtskosten werden der Klägerin zu 57/100 und dem Beklagten zu 43/100 auferlegt.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten eine reduzierte Umtriebsentschädigung von Fr. 50.– zu bezahlen.

[...]"

**Berufungsanträge:**

der Klägerin und Berufungsklägerin (Urk. 59):

- "1. Es sei Dispositivziffer 1 des angefochtenen Urteils dahingehend zu ändern, als der Beklagte zu verpflichten ist, der Klägerin nicht nur Fr. 7'953.35, sondern Fr. 18'239.55 zu bezahlen, nebst Zins zu 5 % seit 11. Juli 2008.
2. Eventualiter sei das angefochtene Urteil aufzuheben und das Geschäft im Sinne der Erwägungen zur Weiterbehandlung und zum Neuentscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen auch für das vorinstanzliche Verfahren zulasten des Beklagten."

### Erwägungen:

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 Werkmängel 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 Verzugschaden 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 Klageguthetung (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-

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.

## 2. a) Bestrittene Minderungsforderung für Fenster

Entgegen den ursprünglichen Plänen mauerte die Klägerin die Fenster auf der Westseite der Wohnung des Beklagten teilweise auf, wofür dieser einen quantitativ unbestritten gebliebenen Minderungsbetrag wegen eines Werkmangels von Fr. 8'000.– geltend machte (vgl. Prot. VI S. 28).

Die Vorinstanz prüfte vorab, ob bzw. inwiefern der Beklagte aufgrund des vereinbarten Werkvertrages vom 10. August 2005 berechtigt sei, Werkmängel geltend zu machen.

Vertragsinhalt bilden unter anderem folgende Klauseln (Urk. 4/3 S. 4 f.):

Ziff. 10 Abs. 1: "Der Generalunternehmer tritt sämtliche ihm aufgrund der SIA-Verträge mit den Architekten, Ingenieuren, Unternehmern, Handwerkern und Lieferanten zustehenden Garantieansprüche bzw. die ihm aus der Ausübung dieser Garantierechte fliessenden Forderungen an den Besteller ab. Diese Abtretung tritt anstelle der Gewährleistung des Generalunternehmers."

Ziff. 10 Abs. 6: "Im Übrigen wird jede Gewährleistung des Generalunternehmers wegbedungen."

Die Vorinstanz erwog, die Klägerin sei aufgrund der Freizeichnungsklausel nur für Mängel gewährleistungspflichtig, die sie selbst grobfahrlässig oder absichtlich verursacht habe. Folglich sei zu untersuchen, welche allfällig mangelhaft ausgeführten Arbeiten in den Aufgabenbereich der Klägerin als Generalunternehmerin fielen, womit die Möglichkeit einer Haftung offen bleibe, und welche allfällig mangelhaft ausgeführten Arbeiten ausschliesslich in den Aufgabenbereich der entsprechenden Subunternehmer fielen, womit eine diesbezügliche Haftung der Klägerin von vornherein ausgeschlossen sei. Der Nachweis von tatsächlichen Umständen, welche die entsprechende Zuordnung der verschiedenen vom Beklagten bemängelten Arbeitsposten in den Aufgabenbereich der Klägerin zu verschieben vermöge, sei vom Beklagten, der daraus Rechte ableite, zu beweisen (Urk. 60 S. 11 f.).

Die Klägerin macht mit ihrer Berufung im Hauptstandpunkt geltend (Urk. 59 S. 7), die Vorinstanz habe zwar zutreffend festgehalten, dass der Beklagte zu behaupten und zu beweisen habe, dass der geltend gemachte Mangel durch die Klägerin selbst, und zwar absichtlich oder grobfahrlässig, verursacht worden sei. Der Beklagte habe dies jedoch in seinen insgesamt drei Vorträgen anlässlich der Hauptverhandlung weder ansatzweise behauptet noch belegt. Die Vorinstanz hätte somit gemäss § 54 Abs. 1, § 114 ZPO/ZH (Verhandlungs- und Eventualmaxime) und Art. 8 ZGB davon ausgehen müssen, dass keine Tatsachen vorlägen, die nach Art. 100 Abs. 1 OR und 101 Abs. 1 und 2 OR der Wegbedingung der Haftung der Klägerin entgegenstünden. Bereits deshalb sei die vorliegende Berufung im Betrag von Fr. 8'000.– gutzuheissen.

Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden: Der nicht anwaltliche Vertreter des Beklagten brachte anlässlich der Hauptverhandlung vom 18. März 2009 vor, dieser sei mit den (bei Vertragsabschluss vorhandenen) Plänen einverstanden gewesen, bis dann am 6. November 2007 neue Pläne vorgelegt worden seien. Diese seien bis zum Schluss nicht korrigiert worden, obwohl der Beklagte be-

mängelt habe, dass die Fenster auf der Westseite nicht bis zum Boden reichten. Ohne Änderung der Pläne sei eine Brüstung von 1.22 Meter hochgemauert worden. Als der Beklagte dies bei der Klägerin moniert habe, sei die lapidare Begründung erfolgt, dass dies aufgrund der Baueingabe habe korrigiert werden müssen. Diese Korrektur sei jedoch nie belegt worden. Es sei schleierhaft, warum die Pläne plötzlich geändert worden seien und die Fenster nicht mehr bis zum Boden reichten (Prot. VI S. 4). Die Klägerin könne sich nicht hinter den Ziffern des Vertrags verstecken, die besagten, dass sämtliche Mängel beim Unternehmer direkt geltend zu machen seien. Schliesslich sei die Klägerin haftbar für Mängel, denn sie bezahle ja auch die Aufträge. Gemäss Ziff. 10 Abs. 4 des Werkvertrags ermächtige der Generalunternehmer den Besteller, die Mängelrüge direkt beim jeweiligen Architekten, Ingenieur, Unternehmer, Handwerker oder Lieferanten zu erheben. Dies gelte aber nicht ausschliesslich (Prot. VI S. 9). Die Ausführung nicht behobener Mängel sei trotz der Ermächtigung, die nicht zwingend und unabdingbar sei, an den Generalunternehmer zu senden. Dieser könne sich nicht von dieser Pflicht entbinden (Prot. VI S. 23). Damit brachte der Vertreter des Beklagten genügend klar zum Ausdruck, dass die Verantwortung für die Änderung der Fenster bei der Klägerin lag.

Weiter führte die Vorinstanz aus, die Klägerin habe sich gemäss Ziff. 2 des Werkvertrags verpflichtet, die Wohnung des Beklagten, inklusive Keller und Tiefgaragenabstellplatz, schlüsselfertig zu erstellen. Grundsätzlich umfassten die Aufgaben eines Generalunternehmers die Verwirklichung eines fremden Projekts, wobei dieser bisweilen auch die Ausführungs- und Detailplanung übernehme und die Arbeiten der von ihm beigezogenen Subunternehmer zu koordinieren habe (mit Hinweis auf Gauch, Werkvertrag, 5. Aufl., Zürich 2011, N 222 f.). Basierend auf diesen Überlegungen seien somit Arbeiten, die eine Planungs- und Koordinationstätigkeit voraussetzten, dem Aufgabenbereich der Klägerin zuzuordnen. Dabei sei seitens deren Vertreters *im Rahmen des Hauptverfahrens* nicht bestritten worden, dass es sich dabei um eine Planungsaufgabe gehandelt habe, und dass die Fenster ursprünglich bis zum Boden geplant worden seien (Urk. 60 S. 13).

Diesen Erwägungen hält die Klägerin entgegen, es sei völlig unerheblich, ob ein Generalunternehmer bisweilen auch die Ausführungs- und Detailplanung übernehme und die Arbeiten der von ihm beigezogenen Subunternehmer zu koordinieren habe oder nicht. Vorliegend sei es das Architekturbüro F. \_\_\_\_\_ gewesen, das die umstrittene Planänderung vorgenommen habe. Auf den Planköpfen der Projektänderungspläne sei daher der Architekt als Planer aufgenommen, weswegen die Annahme der Vorinstanz, wonach der Mangel dem Aufgabenbereich der Klägerin zuzuordnen sei, auch von daher aktenwidrig sei. Dazu komme, dass diese Änderung nicht Teil der Ausführungs- und Detailplanung, sondern Teil der Projektierung im Baubewilligungsverfahren gewesen sei. Ein allfällig von der Vorinstanz durchzuführendes Beweisverfahren würde folglich ohne weiteres ergeben, dass der betreffende Aufgabenbereich nicht der Klägerin, sondern ihrem Architekten als Hilfsperson zuzuordnen sei (Urk. 59 S. 7 f.).

Die Klägerin hatte im vorinstanzlichen Hauptverfahren ausdrücklich geltend gemacht, sie als Generalunternehmerin habe kleine Änderungen von sich aus vornehmen dürfen. Es sei einfach zu belegen, dass die Korrektur aufgrund einer behördlichen Anordnung erforderlich gewesen sei (Prot. Vi S. 12). Sie behauptete erstmals in ihrer Beweisantretungsschrift vom 22. März 2010 (Urk. 29 S. 10) und damit nach Abschluss des Hauptverfahrens, die "Planungs- und Koordinationstätigkeit" falle ebenso wenig in ihren Aufgabenbereich wie die Bauarbeiten, die von den Subunternehmern der Klägerin ausgeführt worden seien: Die Planungs- und Koordinationstätigkeit habe dem Architekturbüro F. \_\_\_\_\_ obgelegen, das – nicht anders als die Subunternehmer – Hilfsperson der Klägerin gewesen sei.

Damit sind jedoch sowohl die Behauptung, dass es sich um eine Projektierungsaufgabe, als auch jene, dass der betreffende Aufgabenbereich nicht der Klägerin, sondern ihrem Architekten als Hilfsperson zuzuordnen sei, unzulässige Noven: So legt die Klägerin nicht dar, inwiefern vor Vorinstanz die Voraussetzungen von § 115 ZPO/ZH vorgelegen hätten, so dass die Vorinstanz auf diese verspätete Tatsachenbehauptung hätte abstellen müssen. Ebenso wenig führt die Klägerin aus, weshalb es ihr trotz zumutbarer Sorgfalt nicht möglich gewesen wä-

re, diese Tatsachenbehauptungen vor erster Instanz rechtzeitig vorbringen zu können (Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO).

Die Klägerin macht sodann subeventualiter geltend (Urk. 59 S. 9), die Frage, ob sie den Mangel absichtlich oder grobfahrlässig verschuldet habe, sei einfach übergangen worden. Auch hier habe die Vorinstanz die Verhandlungs- und Eventualmaxime (§ 54 Abs. 1 und § 114 ZPO/ZH) sowie Art. 8 ZGB verletzt. Wäre vom Beklagten Grobfahrlässigkeit behauptet worden, so hätte das Beweisverfahren ergeben müssen, dass dies nicht zutreffe. Insbesondere habe sie sich auf die Darstellung des Architekturbüros verlassen dürfen, wonach die Planänderung wegen behördlicher Vorgaben nötig gewesen sei. Sie habe überhaupt keinen Anlass gehabt, die Projektänderung von sich aus vorzunehmen, zumal sie zu keiner Kostenersparnis geführt hätte (mit Hinweis auf Prot. Vi S. 25).

Der Beklagte gab an der Hauptverhandlung – wie bereits erwähnt – zu Protokoll, es stelle eine "lapidare Ausrede" dar, wonach die ursprüngliche Baueingabe nicht habe durchgeführt werden können. Die Fenster seien in der Baueingabe nie beanstandet gewesen. Auf dem Foto seien ganz deutlich Fenster bis zum Boden erkennbar. Die Brüstung sei ein billiges Aufmauerwerk. Die Fenster seien sehr teuer, und die Klägerin habe somit einen Gewinn erwirtschaften wollen (Prot. Vi S. 8). Folglich behauptete der Beklagte nicht nur eine grobfahrlässige, sondern sogar eine absichtliche Verursachung des Werkmangels.

Im angefochtenen Entscheid stellte die Vorinstanz fest, die Klägerin habe anerkannt, dass sie sich bei Vertragsschluss zum Erstellen einer Wohnung mit bis zum Boden reichenden Fenstern verpflichtet habe, womit ein Mangel im Sinne einer nicht vertragsgemässen Werkausführung vorliege. Die Klägerin habe sich jedoch zur Entlastung auf Ziffer 7 des Werkvertrages gestützt, wonach Änderungen am Bauprojekt vorbehalten würden, soweit sie infolge behördlicher Vorgaben erfolgten. Die Auflagen der Baubewilligung hätten ihr keine andere Wahl gelassen, als die Fenster in der Wohnung des Beklagten entsprechend zu verkleinern (Urk. 60 S. 14 f.).

Vor dem Hintergrund dieser Parteibehauptungen ist somit nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz der Klägerin den Hauptbeweis dafür auferlegt hat, wonach sie aufgrund behördlicher Auflagen verpflichtet gewesen sei, die strittigen Fensterflächen zu reduzieren (Urk. 15 S. 2).

In der Folge erwog die Vorinstanz, das Beweisverfahren habe indessen die von der Klägerin aufgestellte Behauptung in keiner Weise zu stützen vermögen. Der von der Klägerin beantragte und vom Gericht in der Folge beigezogene Amtsbericht des Amtes für Städtebau der Stadt E. \_\_\_\_\_ (Urk. 51) halte entgegen der klägerischen Behauptung klar und eindeutig fest, dass für die Klägerin keine behördliche Verpflichtung bestanden habe, die Fenster auf der Westseite aufzumauern. Die entsprechende Auflage habe sich einzig auf die in den ursprünglichen Plänen Bodenkontakt aufweisenden (Laden-)Fenster an der D. \_\_\_\_\_-Strasse bezogen. Demgegenüber liege die Wohnung ... des Beklagten im südwestlichen Teil der aus zwei Häusern bestehenden Überbauung. Die Wohnung des Beklagten sei nicht zur D. \_\_\_\_\_-Strasse hin orientiert, sondern befinde sich in dem von dieser Strasse rückliegenden Gebäude. Aufgrund des von der D. \_\_\_\_\_-Strasse nach Westen abfallenden Geländes hätten die Fenster der fraglichen Wohnung von vornherein keinen Kontakt mit dem Terrain, sondern würden ein Geschoss darüber liegen. Diese "unmissverständliche" Aussage schliesse somit die Erbringung des positiven Beweises für die entsprechende klägerische Behauptung aus. Daran ändere auch nichts, wenn die Klägerin in der Stellungnahme zum Amtsbericht ausführe, dass sie sich in guten Treuen zur Projektüberarbeitung veranlasst gesehen habe (mit Hinweis auf Urk. 54 S. 2). An diesem Ergebnis vermöchte auch die Zeugenbefragung der Architekten F. \_\_\_\_\_ sowie der übrigen von der Klägerin angeführten Beweismitteln nichts zu ändern, weshalb darauf verzichtet werden könne (Urk. 60 S. 15).

Bestand aber keine behördliche Verpflichtung zu einer Planänderung, so ist schlichtweg nicht nachvollziehbar und "schlechterdings unverständlich" (vgl. dazu BGer 4C.92/2007), weshalb die Fenster nicht vertragsgemäss errichtet worden sind. Das Verhalten ist deshalb als grobfahrlässig zu bezeichnen. Insbesondere

kann von Fachleuten erwartet werden, dass sie die Baubewilligung korrekt auslegen und bei Unklarheiten bei den Baubehörden nachfragen. Die Minderungsforderung des Beklagten ist folglich in der Höhe von Fr. 8'000.– ausgewiesen; die Klage in diesem Umfang abzuweisen.

## 2. b) Mehrkostenforderung für Boden- und Wandplattenbeläge

Des Weiteren macht die Klägerin eine Mehrkostenforderung für Plattenarbeiten von Fr. 619.05 geltend (Urk. 59 S. 10 f.).

Die Vorinstanz erwog, der Beklagte habe diesbezüglich ohne nähere Begründung von den geforderten Fr. 2'272.15 ausdrücklich lediglich den Betrag von Fr. 1'653.10 anerkannt (mit Hinweis auf Prot. Vi S. 6). Nicht anerkannt sei folglich ein Differenzbetrag von Fr. 619.05 zur klägerischen Forderung. In der Folge sei der Klägerin der Beweis dafür auferlegt worden, dass die Parteien Mehrkosten im Betrag von Fr. 2'272.15 für Plattenarbeiten vereinbart hätten (Urk. 15). Im Beweisverfahren habe der Geschäftsführer und Mehrheitsaktionär G.\_\_\_\_\_ als Zeuge das Vorgehen der Klägerin bei der Preisberechnung folgendermassen erläutert: Seitens der Klägerin werde zuerst aufgrund der Pläne als Basis der Preisberechnung bestimmt, wo Standardplatten und -parkett gelegt würden. Danach wähle der Käufer seine Bodenbeläge aus. Aufgrund der Angaben des Plattenlegers werde durch die Klägerin eine Mehrkostenofferte erstellt, die vom Käufer unterschrieben werden müsse (Urk. 47 S. 2 f.). Die Klägerin habe indes keine entsprechende unterschriebene Urkunde einbringen können. Auch habe von ihr beweismässig nicht erstellt werden können, dass im vorliegenden Fall ein anderes Vorgehen gewählt worden wäre, beispielsweise dass der Beklagte mit dem Plattenleger direkt Änderungen vorgenommen hätte, welche zu Mehrkosten im behaupteten Umfang geführt hätten. Es sei daher unter diesem Titel von einer berechtigten Mehrkostenforderung von Fr. 1'653.10 auszugehen (Urk. 60 S. 7 f.).

Die Klägerin hält dafür, die Aussage des Beklagten, wonach er lediglich Fr. 1'653.10 anerkenne, da die ".15 ein Rundungsfehler" seien, lasse sich lediglich unter Berücksichtigung der Urk. 6/16 erklären; dieses Schriftstück habe der

Beklagte allerdings nicht ausdrücklich zum Bestandteil seiner Ausführungen erklärt. Sollte die Darstellung in Urk. 6/16 dennoch berücksichtigt werden, so sei Gegenrecht zu halten in dem Sinne, dass auch die "selbsterklärende" Rechnung (Urk. 4/12) zum Bestandteil der klägerischen Behauptungen gezählt werde, was die Klägerin so gewollt, aber nicht ausdrücklich gesagt habe. In Urk. 4/12 werde substantiiert aufgeführt, wie sich die Mehrkostenforderung zusammensetzen würde. Da der Beklagte diese Darstellung nicht substantiiert bestritten habe, sei von der Richtigkeit der Rechnung auszugehen. Die Vorinstanz habe daher den Sachverhalt falsch festgestellt, indem sie einzig aufgrund der Tatsache, dass Urk. 4/12 nicht unterschrieben sei, nur von dem vom Beklagten anerkannten Betrag von Fr. 1'653.10 ausgegangen sei. Dies gelte umso mehr, als die vom Beklagten eingereichte Mehrkostenofferte im anerkannten Betrag von Fr. 1'653.15 von ihm ebenfalls nicht unterzeichnet sei (mit Hinweis auf Urk. 24/8).

Entgegen der Auffassung der Klägerin ist es unerheblich und war somit von der Vorinstanz auch nicht weiter zu prüfen, weshalb der Beklagte die Forderung im Umfang von Fr. 1'653.10 anerkannt hat. Auf ein behauptetes "Gegenrecht" unter Hinweis auf Urk. 6/16 kann sich die Klägerin nicht berufen. Eine substantiierte Bestreitung der Zusammensetzung der Mehrkostenforderung war nicht nötig, stellt doch die Urk. 4/12 nichts anderes als eine Parteibehauptung dar, weshalb sie auch nicht als beweiskräftige Urkunde einzustufen ist, sodass die Forderung und damit die Berufung in diesem Punkt mangels Beweises abzuweisen ist.

## 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

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 Beweisantrittungsschrift 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.).

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 entscheidtragenden 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.

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:**

1. Es wird vorgemerkt, dass das Urteil des Einzelgerichtes am Bezirksgericht Zürich, 10. Abteilung, vom 25. August 2011 in folgendem Umfang am 19. Dezember 2011 in Rechtskraft erwachsen ist:

1. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin Fr. 7'953.35 nebst Zins zu 5 % seit 11. Juli 2008 zu bezahlen.
2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

**Sodann wird erkannt:**

1. Die Klage wird im den rechtskräftig entschiedenen Betrag übersteigenden Umfang (Mehrbetrag) abgewiesen.
2. Die erstinstanzliche Festsetzung der Kosten- und Entschädigungsfolgen im angefochtenen Entscheid (Dispositiv Ziffern 2 bis 4) wird bestätigt.
3. Die Gerichtskosten für das Berufungsverfahren werden auf Fr. 1'800.– festgesetzt.
4. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden der Klägerin auferlegt.
5. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Einzelgericht am Bezirksgericht Zürich, 10. Abteilung, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

7. 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. 10'286.20.

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

Zürich, 16. Juli 2012

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Der Vorsitzende :

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. G. Pfister

Dr. D. Oser

versandt am:  
mc