

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: NP150004-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Ersatzrichter lic. iur. H. Meister
sowie Gerichtsschreiber lic. iur. M. Hinden

Urteil vom 19. März 2015

in Sachen

A._____, Dr. med. dent.,
Beklagte und Berufungsklägerin

gegen

B._____ AG,
Klägerin und Berufungsbeklagte

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im vereinfachten Verfahren
des Bezirksgerichtes Meilen vom 18. Dezember 2014; Proz. FV130054**

ursprüngliches Rechtsbegehren:

(act. 2)

- "1. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem/der Klägerin zu bezahlen, unter Kostenfolge zu Lasten der/die beklagten Partei zudem sei der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ... zu beseitigen für
- | | | |
|----------------------------------|-----|-----------|
| Grundforderung | CHF | 11'990.60 |
| + Identifikation/Bonitätsprüfung | CHF | 18.90 |
| + Verzugsschaden | CHF | 935.00 |
| + Betreuungskosten | CHF | 103.00 |
| + Schlichtungskosten | CHF | 525.00 |

zuzüglich Zins auf Grundforderung von zu 6.00 % seit dem 24.11.2011"

Urteil des Bezirksgerichtes Meilen, Einzelgericht im vereinfachten Verfahren vom 18. Dezember 2014:

(act. 56 S. 14)

1. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin CHF 11'990.60 netto nebst Zins zu 5 % seit 28. Februar 2013 zu bezahlen. Im Mehrumfang werden die Forderung und das Zinsbegehren abgewiesen.
2. Der in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Meilen-Herrliberg-Erlenbach, Zahlungsbefehl vom 21. Februar 2013, erhobene Rechtsvorschlag wird im Umfang von CHF 11'990.60 nebst Zins zu 5 % seit 28. Februar 2013 sowie für die Betreuungskosten aufgehoben.
3. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 2'030.00.
4. Die Gerichtskosten werden der Beklagten auferlegt.
5. Die Gerichtskosten werden mit dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss von CHF 2'030.00 verrechnet, sind ihr jedoch von der Beklagten zu ersetzen. Die Beklagte wird überdies verpflichtet, der Klägerin die Kosten des Schlichtungsverfahrens in der Höhe von CHF 525.00 zu ersetzen.
6. Der Klägerin wird keine Parteienschädigung zugesprochen.
- 7./8. Mitteilung / Rechtsmittel.

Berufungsanträge:

der Beklagten und Berufungsklägerin (act. 53 S. 1):

"Es sei die Klage im Betrag von Fr. 2'069.90 gutzuheissen und im darüber hinausgehenden Umfang abzuweisen (Direktentscheid oder Rückweisung – z.B. zur Ergänzung des Beweisverfahrens – an die Vorinstanz) unter KEF zu Lasten Klägerin."

Erwägungen:

I. Gegenstand des Verfahrens und Verfahrensgang

1. Die Beklagte und Berufungsklägerin (nachfolgend Beklagte) betreibt in ... eine Zahnarztpraxis. Die Klägerin und Berufungsbeklagte (nachfolgend Klägerin) ist eine ...firma, welche für die Beklagte ...arbeiten erledigt sowie ..., ..., ... und ... etc. hergestellt hat. Gegenstand des Verfahrens bilden von der Beklagte unbezahlt gebliebene Rechnungen, welchen die Beklagte ihrerseits Verrechnungsforderungen gegenüberstellt.
2. Mit Eingabe vom 14. August 2013 erhob die Klägerin bei der Vorinstanz Klage mit eingangs erwähntem Rechtsbegehren (act. 1 und 2). Nach Leistung des Prozesskostenvorschusses fand am 24. September 2013 die Hauptverhandlung statt (act. 13A = Prot. VI S. 1 ff.); ein dort abgeschlossener Vergleich wurde von der Beklagten fristgerecht widerrufen. Am 28. Dezember 2013 erliess die Vorinstanz die Beweisverfügung, mit welcher die Parteien aufgefordert wurden, dem Gericht Unterlagen einzureichen, worauf die Klägerin die Klage um CHF 935.00 reduzierte. Die Beklagte reichte ihre Beweismittel erst nach Ablauf der Frist ein. Die Parteien verzichteten in der Folge auf einen mündlichen Schlussvortrag und sie erstatteten ihre schriftlichen Schlussvorträge. Mit Urteil vom 18. Dezember 2014 hiess die Vorinstanz die Klage weitgehend gut (act. 56). Das Urteil wurde der in der Schlussphase des erstinstanzlichen Verfahrens anwaltlich vertretenen Beklagten am 6. Januar 2015 zugestellt (act. 51/1).
3. Am 2. Februar 2015 erhob die Beklagte Berufung. Sie beantragt die Klage nur in einem reduzierten Umfang gutzuheissen und im Übrigen abzuweisen

(act. 53). Nach rechtzeitigem Eingang des Prozesskostenvorschusses (act. 57 und 59) erweist sich das Verfahren als spruchreif. Auf die Einholung einer Berufungsantwort kann verzichtet werden (Art. 312 Abs. 1 ZPO).

II. Formelles

Die Berufung ist bei der Rechtsmittelinstanz innert 30 Tagen seit Zustellung des begründeten Entscheides schriftlich und begründet einzureichen. Sie hat einen Antrag und eine Begründung zu enthalten. Ersteres geht zwar nicht explizit aus dem Gesetzestext hervor, ergibt sich jedoch aufgrund der Pflicht zur Begründung der Berufungsschrift gemäss Art. 311 Abs. 1 ZPO. Bei nicht rechtskundig vertretenen Parteien sind die Anforderungen an die Antragspflicht gering anzusetzen. Der Berufungskläger darf sich aber nicht darauf beschränken, lediglich die Aufhebung des angefochtenen Entscheides zu beantragen, sondern er muss einen Antrag in der Sache stellen. Bei juristischen Laien genügt dabei eine Formulierung, aus der sich mit gutem Willen herauslesen lässt, wie das Obergericht entscheiden soll. In der Begründung ist darzulegen, aus welchen Gründen der angefochtene Entscheid falsch ist und deshalb abgeändert werden muss (HUNGERBÜHLER, DIKE-Komm-ZPO, Art. 311 N 14 und N 27 ff.; OGerZH LB110051 vom 29. September 2011 E. 2; REETZ/THEILER, ZK-Komm-ZPO, Art. 311 N 34 und 36, letztere setzen bei der Antragspflicht einen Antrag im Berufungsantrag und nicht nur in der Begründung voraus).

Die Berufungsschrift ging mit Antrag und Begründung fristgerecht bei der Rechtsmittelinstanz ein. Dem Eintreten steht nichts entgegen.

III. Materielles

1. Mit der Berufung kann unrichtige Rechtsanwendung sowie die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsbegründung hat sich sachbezogen mit der Begründung des angefochtenen Entscheides auseinanderzusetzen und darzutun, weshalb und in welchen Belangen der angefochtene Entscheid falsch sein soll. Bei Laien sind die Anforderungen gering, es muss sich aus der Begründung aber ergeben, weshalb der an-

gefochtene Entscheid unrichtig sein soll. Eine in der Substanz mangelhafte Begründung kann sich in der materiellen Beurteilung zum Nachteil des Berufungsklägers auswirken (HUNGERBÜHLER, DIKE-Komm-ZPO, a.a.O.; REETZ/THEILER, ZK-Komm-ZPO, Art. 311 N 36.). Sodann sind neue Tatsachen und Beweismittel nur noch unter den Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO zu berücksichtigen, mithin wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten.

2. Die Beklagte rügt in der Berufung drei Punkte, auf die nachstehend im Einzelnen einzugehen ist. Vorab ist folgendes festzuhalten: Die Beklagte verweist in der Berufungsschrift wiederholt auf ihren vor Vorinstanz abgegebenen zweiten Schlussvortrag (act. 47), aus welchem sie auch zitiert (act. 53 S. 2, 3 und 4). Die Vorinstanz erwog im angefochtenen Entscheid, dass in den Schlussvorträgen eingebrachte Tatsachen und Beweismittel für die Entscheidungsfindung nur noch im Rahmen von Art. 229 i.V.m Art. 219 ZPO beachtlich sein können (act. 56 S. 4/5). Die Beklagte hält dem in der Berufung zu Recht nichts entgegen. Die Einschränkung hat auch im Berufungsverfahren Bestand.

3. In einem ersten Punkt rügt die Beklagte, die Klägerin sei vor Vorinstanz jedenfalls im Umfang ihres Klageanteilrückzugs im Betrag von CHF 935.-- sowie bezüglich der abgewiesenen CHF 18.90 und der Teilabweisung der Verzugszinshöhe unterlegen, was bei den Kostenfolgen zu Unrecht nicht berücksichtigt worden und im Berufungsverfahren zu korrigieren sei (act. 53 S. 2). Was im vorinstanzlichen Urteilsdispositiv konkret geändert werden soll, sagt sie allerdings nicht. Ebenso fehlt es an der Auseinandersetzung mit dem vorinstanzlichen Entscheid, der mit Bezug auf die Kosten- und Entschädigungsfolgen festhielt, dass die Klägerin fast vollumfänglich obsiege und deshalb der Beklagten sämtliche Kosten aufzuerlegen seien (act. 56 S. 13). Damit stellt sie keinen genügenden Antrag und genügt den Anforderungen an die Begründung nicht. Die Berufung ist insoweit abzuweisen.

Anzumerken ist, dass die Prozesskosten grundsätzlich nach Obsiegen und Unterliegen auf die Parteien verteilt werden, wobei ein Klagerückzug als Unterliegen gilt (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Das Gericht kann von dieser Regel gemäss Art. 107 ZPO

allerdings aus verschiedenen Gründen abweichen und es steht ihm dabei ein gewisses Ermessen zu.

Vorliegend ging die Vorinstanz von einem Streitwert von CHF 11'990.60 aus und sie berechnete die Kosten auf diesem Betrag. Im Umfang von CHF 11'990.60 wurde die Beklagte auch zur Zahlung verpflichtet. Insoweit entspricht die vorinstanzliche Anordnung der Regel von Art. 106 ZPO. Richtigerweise hätte die Vorinstanz allerdings vom Streitwert gemäss ursprünglichem Rechtsbegehren (act. 2) ausgehen müssen (Art. 91 ZPO). Der für die Kosten- und Entschädigungsfolgen massgebliche Wert wäre damit um den Betrag von CHF 935.--, in welchem Umfang die Klägerin die Klage im Laufe des Verfahrens zurückzog und um CHF 18.90, in welchem Betrag die Klage abgewiesen wurde, erhöht gewesen. Die Zinsforderung war demgegenüber nicht zu berücksichtigen. Die Vorinstanz hätte das Verfahren im Umfang des Klagerückzuges abschreiben und im Umfang von CHF 18.90 abweisen müssen. Hinsichtlich dieser beiden Positionen unterlag die Klägerin vor Vorinstanz. Da diese Beträge aber wie gesehen in die Streitwertberechnung gar nicht einbezogen worden sind, wurde die Beklagte durch die vorinstanzliche Regelung jedenfalls nicht über Gebühr belastet, zumal die Gebühr auf dem Betrag von CHF 11'990.60 verrechnet wurde. Die Berufung erweist sich insoweit als unbegründet.

4.1 Die Klägerin verlangte von der Beklagten vor Vorinstanz die Bezahlung von verschiedenen unbezahlt gebliebenen Rechnungen, welche die Beklagte vor Vorinstanz hinsichtlich zahlreicher Positionen anerkannte (ihnen aber Verrechnungsforderungen entgegensetzte). Es kann hier auf die Zusammenstellung im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (act. 56 S. 5/6). Auch eine Teilforderung über CHF 1'757.60 bestritt die Beklagte vor Vorinstanz in ihrem Bestand nicht, sie machte vor Vorinstanz indes geltend, es sei ihr diese Rechnung zweimal gestellt worden und sie habe die Rechnung bereits bezahlt. Dafür, dass ihr die Forderung zweimal in Rechnung gestellt worden war, wie die Beklagte behauptete, wurde ihr vor Vorinstanz der Hauptbeweis auferlegt. Die Vorinstanz kam zum Schluss, dass die Beklagte den Beweis nicht habe erbringen können, weshalb sie sie zur Bezahlung verpflichtete (act. 56 S. 6).

4.2 In der Berufung rügt die Beklagte diese Feststellung der Vorinstanz als aktenwidrig und unzutreffend. Sie verweist darauf, dass die Klägerin selbst an der Hauptverhandlung vom 24. September 2013 die doppelte Verrechnung des Betrages anerkannt habe, die Ausführungen des Herrn D._____ (Prot. VI S. 14/15 = act. 13A) seien jedenfalls widersprüchlich, was mit richterlichen Zusatzfragen hätte geklärt werden können (act. 53 S. 2).

4.3 Gemäss vorinstanzlichem Protokoll spricht Herr D._____, Verwaltungsrat der Klägerin, tatsächlich von einer doppelten Rechnungstellung. Weiter geht er allerdings davon aus, dass dies mittels Gutschriften korrigiert und die zu Recht erfolgte Rechnung nicht bezahlt worden sei (Prot. VI S. 14/15 = act. 13A). Damit blieb die Forderungsposition vor Vorinstanz umstritten und jedenfalls unklar. Von letzterem scheint auch die Beklagte auszugehen, wenn sie die Vorbringen von Herrn D._____ als widersprüchlich bezeichnet. Blieben die für die Entscheidung wesentlichen Tatsachen der doppelten Rechnungstellung sowie der Bezahlung der Rechnung auch nach der Hauptverhandlung und Befragung durch die Vorinstanz strittig, so war darüber Beweis zu führen (Art. 150 ZPO). Entsprechend erliess die Vorinstanz die Beweisverfügung vom 28. Dezember 2013, wobei sie der Beklagten den Hauptbeweis für den Nachweis der umstrittenen Tatsachen auferlegte (act. 19 S. 3). Die Beklagte rügt im Berufungsverfahren die Beweisaufgabe nicht. Ebenso wenig hält sie der vorinstanzlichen Feststellung, sie, die Beklagte, habe den Nachweis der Bezahlung im Beweisverfahren nicht erbringen können, etwas entgegen. Ihre Rügen beschränken sich vielmehr auf die erste Phase des vorinstanzlichen Verfahrens. Diesem folgte wie gesehen zu Recht das Beweisverfahren, aus welchem die Vorinstanz wiederum die korrekten Schlussfolgerungen zog. Auch diese Rüge der Beklagten erweist sich damit als unbegründet.

5.1 Die Beklagte stellte der klägerischen Forderung vor Vorinstanz folgende Verrechnungsforderungen gegenüber: Abzug E._____ CHF 5'195.45 (act. 12/4) und Abzüge F._____ CHF 1'083.90 und CHF 804.90 (act. 12/2 und 12/3).

5.2 Die Vorinstanz hat im angefochtenen Entscheid die Voraussetzungen, unter welchen eine Verrechnung möglich ist, zutreffend dargelegt. Es kann darauf ver-

wiesen werden (act. 56 S. 8 ff.). Die Vorinstanz legte dar, die Beklagte habe mit Bezug auf Arbeiten, welche die Klägerin für die Patientinnen E._____ und F._____ gemacht hatte, massive Fehler der Klägerin behauptet, so dass die Beklagte sich entschlossen habe, die Arbeit anderweitig in Auftrag zu geben. Die Beklagte habe allerdings keine Ausführungen dazu gemacht, auf welche Rechtsgrundlage sie ihre Verrechnungsforderungen stütze. Bei den Arbeiten der Klägerin handle es sich um Werkverträge und bei Mängeln stehe dem Besteller das Wahlrecht zu, Wandelung, Minderung oder Nachbesserung zu beanspruchen und bei Verschulden Schadenersatz zu verlangen. Unter gewissen Voraussetzungen sei auch die Ersatzvornahme durch einen Dritten zulässig. Dies sei indes nicht der Fall, wenn sich die Beklagte wie vorliegend darauf beschränkte, zu erklären, dass sie die Patientinnen nicht habe verlieren wollen. Es erübrige sich daher die Prüfung der weiteren Voraussetzungen für eine Geltendmachung von Schadenersatz (Werkmangel, Mängelrüge, Verschulden) (act. 56 S. 10/11).

5.3 In der Berufung bezieht sich die Beklagte auf ihren 2. Schlussvortrag vor Vorinstanz. Sie machte dort nicht nur erstmals einen höheren Abzug bezüglich der Patientin E._____ geltend, nämlich CHF 6'274.30 anstatt CHF 5'195.45, sondern – erstmals in dieser Deutlichkeit auch –, dass die Arbeiten für die Patientinnen E._____ und F._____ vollkommen unbrauchbar gewesen und von der Klägerin zurückgenommen worden seien. Sie verweist im Weiteren auf die Vorbringen anlässlich der vorinstanzlichen Hauptverhandlung, was die Rechnungstellung bezüglich der Patientin F._____ betrifft (act. 12/2 und 12/3). Sie macht geltend, sie habe mit Bezug auf die Fälle E._____ und F._____ in der richterlichen Befragung konkret, detailliert und wahrheitsgemäss erklärt, was an der Arbeit der Klägerin fehlerhaft und für die Patientinnen unbrauchbar gewesen sei; ebenso, dass eine nochmalige Nach-Nachbesserungen unzumutbar gewesen wäre. Anstatt durch Zeugenaussagen der Patientinnen E._____ und F._____ rasch und unkompliziert bestätigen zu lassen, dass die teils monatelangen klägerischen Nachbesserungsversuche nichts halfen, sei sie, die Beklagte, dann als juristischer Laie mit juristisch-theoretischen Argumenten buchstäblich "abgeschmettert" worden (act. 53 S. 2 - 4).

5.4 Dass und inwieweit diese juristischen Argumente unzutreffend gewesen sein sollen, tut die Beklagte nicht dar. Soweit sie bezugnehmend auf ihren zweiten Schlussvortrag vor Vorinstanz einen höheren Verrechnungsbetrag im Zusammenhang mit der Patientin E._____ geltend macht und neu behauptet, die Prothese E._____ sei von der Klägerin zurückgenommen worden, weil sie vollkommen unbrauchbar gewesen sei, kann sie nicht gehört werden, da nicht ersichtlich und auch nicht behauptet ist, dass die Voraussetzungen von Art. 317 ZPO erfüllt sind.

Damit bleibt zu prüfen, ob auf der Grundlage der rechtzeitig in den Prozess eingebrachten Vorbringen, die vorinstanzlichen Erwägungen und Schlussfolgerungen einer Überprüfung stand halten. Dabei ist vorab festzuhalten, dass die Vorinstanz die Voraussetzungen der Zulässigkeit einer Ersatzvornahme zutreffend dargelegt hat. Diese werden von der Beklagten denn auch nicht in Frage gestellt. Die Ersatzvornahme ist im Rahmen des werkvertraglichen Nachbesserungsrechts möglich, wenn sich der Unternehmer als unfähig erweist, die Werkmängel zu beseitigen oder wenn er die Nachbesserung verweigert. Es müssen überdies die Voraussetzungen des Schuldnerverzugs oder aber eine richterliche Ermächtigung vorliegen (ZINDEL/PULVER, BSK OR I, 5. Aufl., Art. 368 N 58; HONSELL, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 9. Aufl., § 22 Ziff. II.3 c)cc).

5.5 Die Vorinstanz hat zu Recht darauf hingewiesen, dass sich die Beklagte in den für den Entscheid relevanten Vorbringen darauf beschränkte, zu erklären, dass sie die Patientinnen nicht habe verlieren wollen und darum die Arbeiten anderweitig in Auftrag gegeben habe. Aus dem Vorbringen der Beklagten vor Vorinstanz geht nicht hervor, ob und allenfalls wann und in welcher Form sie die Klägerin auf Mängel hingewiesen hat. Dass sie – wie die Vorinstanz annimmt – von der Klägerin eine Nachbesserung verlangt und so von ihrem Wahlrecht Gebrauch gemacht hat, ergibt sich sodann nicht aus den Vorbringen der Beklagten, sondern aus jenen der Klägerin selbst, auf welche sich die Beklagte aber beruft (act. 53 S. 3). Dies betrifft indes nur die Patientin F._____, für die Patientin E._____ fehlt es auch daran. Die tatsächlichen Grundlagen, die den Schluss zuliessen, die Beklagte habe einen Anspruch darauf, dass ihr die Kosten für die Ersatzvornahme

von der Klägerin ersetzt werden könnten, sind damit zu einem wesentlichen Teil nicht einmal behauptet. Die Berufung erweist sich auch in diesem Punkt als unbegründet und ist damit insgesamt abzuweisen. Das Urteil des Bezirksgerichts Meilen vom 18. Dezember 2014 ist demgemäss zu bestätigen.

IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Bei diesem Ausgang des Verfahrens bleibt es auch bei der vorinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsregelung und es wird die Beklagte auch für das Berufungsverfahren kostenpflichtig. Eine Prozessentschädigung für die Klägerin entfällt, weil ihr durch das Verfahren keine zu ersetzenden Aufwendungen entstanden sind.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen. Das Urteil des Bezirksgerichtes Meilen, Einzelgericht im vereinfachten Verfahren, vom 18. Dezember 2014 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1700.00 festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Beklagten und Berufungsklägerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerin und Berufungsbeklagte unter Beilage des Doppels von act. 53, sowie an das Bezirksgericht Meilen, Einzelgericht im vereinfachten Verfahren, 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 ca. Fr. 12'000.00.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. A. Katzenstein

lic. iur. M. Hinden

versandt am: