

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: NP160032-O/U

Mitwirkend: Obergerichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Obergerichter Prof. Dr. P. Higi und Ersatzrichterin Prof. Dr. I. Jent-Sørensen sowie Gerichtsschreiber lic. iur. R. Barblan.

Urteil vom 6. Februar 2017

in Sachen

A. _____ GmbH & Co. KG,

Beklagte und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Kläger und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **Forderung**

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im vereinfachten Verfahren des Bezirksgerichtes Meilen vom 21. März 2016; Proz. FV150066

Rechtsbegehren:

1. Die Beklagte sei zu verpflichten, die Garage der klagenden Partei so umzubauen, dass eine Entwässerung der Garage gewährleistet ist und kein Wasser in die Betondecke unter der Garage eindringt.
2. Eventualiter sei die beklagte Partei zu verpflichten, die Kosten für den Umbau im Auftrag des Klägers zu übernehmen.
3. unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zuzüglich Mehrwertsteuer) zu Lasten der Beklagten.

angefochtenes Urteil:

1. Die Beklagte wird verpflichtet, in der Garage des Klägers an der C.____ - Strasse ... in D.____ [Ortschaft] unentgeltlich ein Gefälle derart einzubauen, dass eine Entwässerung der Garage gewährleistet ist und kein Wasser in die Betondecke, die den Garagenboden bildet, eindringt.
Insoweit das klägerische Rechtsbegehren Ziff. 1 über vorliegende Verpflichtung hinausgeht, wird die Klage abgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf CHF 3'700.--.
3. Die Gerichtskosten werden der Beklagten auferlegt.
4. Die Entscheidgebühr wird mit dem vom Kläger geleisteten Kostenvorschuss von CHF 3'700.-- verrechnet, ist ihm aber von der Beklagten zu ersetzen.
Die Beklagte wird überdies verpflichtet, dem Kläger die Kosten des Schlichtungsverfahrens in der Höhe von CHF 375.-- zu ersetzen.
5. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger eine Parteientschädigung von CHF 5'200.-- (8 % MWST in diesem Betrag eingeschlossen) zu bezahlen.
- 6./7. (Mitteilungen, Rechtsmittelbelehrung)

Berufungsanträge:

der Beklagten (act. 38):

1. Es sei in Gutheissung der Berufung das vorinstanzliche Urteil (Urteil des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Meilen vom 21. März 2016 in Sachen B._____, D._____, gegen A._____ GmbH & Co. KG, ...; Geschäfts-Nr.: 150066-G/UEg-Co/kg) aufzuheben und die Streitsache zur Abnahme der von der Beklagten und Berufungsklägerin respektive den Parteien gemäss Art. 152 ZPO angebotenen Beweismittel und zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
2. Eventualiter sei in Gutheissung der Berufung das vorinstanzliche Urteil (Urteil des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Meilen vom 21. März 2016 in Sachen B._____, D._____, gegen A._____ GmbH & Co. KG, ...; Geschäfts-Nr.: 150066-G/UEg-Co/kg) aufzuheben und es sei die Klage gemäss den mit der Klageantwort vom 11. Januar 2016 vor der Vorinstanz gestellten Anträgen der Beklagten und Berufungsklägerin durch das Obergericht direkt abzuweisen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich gesetzlicher Mehrwertsteuer von 8% zu Lasten der Klägerin und Berufungsbeklagten, auch für das erstinstanzliche Verfahren.

des Klägers (act. 49):

1. Auf die Berufung sei nicht einzutreten,
2. eventualiter sei die Berufung abzuweisen,
3. unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. MWSt zu Lasten der Berufungsklägerin.

Erwägungen:

1.1 Die Beklagte ist Anbieterin von Fertig- bzw. Systemhäusern. Der Kläger schloss mit ihr am 10. Februar 2012 einen Werkvertrag über den Bau eines "A._____-Hauses", welches an die C._____-Strasse ... in D._____ zu stehen kommen sollte. Im Prozess ist streitig, ob die Beklagte den Boden der Garage richtig erstellt hat resp. was Konsequenzen einer nicht richtigen Erfüllung sind.

Mit Klagebewilligung vom 12. August 2015 brachte der Kläger die Sache am 28. Oktober 2015 an das Gericht, wobei er den Streitwert auf Fr. 27'299.15 inklusive Mehrwertsteuer bezifferte (act. 2). Der Einzelrichter holte einen Kostenvorschuss ein und setzte dann Frist und Nachfrist zur "Beantwortung" der Klage, was die Beklagte für eine entsprechende Eingabe nutzte (act. 18). Anschliessend lud der Einzelrichter zur Hauptverhandlung vor, die am 21. März 2016 stattfand. Mit Urteil vom 21. März 2016 hiess er die Klage im Wesentlichen gut (act. 27). Das an den Anwalt der Beklagten gesandte Urteil wurde auf der Post nicht abgeholt (act. 29). Daraufhin liess der Einzelrichter den Parteien die eingelegten Akten retournieren.

Mit Beschluss vom 13. Juni 2016 trat die Kammer nicht ein auf die Begehren der Beklagten, es sei festzustellen, dass ihm das Urteil vom 21. März 2016 nicht korrekt zugestellt wurde, eventuell, es sei ihm die Frist für ein Rechtsmittel wiederherzustellen (act. 43/38, NP160024-O/U); es wird darauf zurück zu kommen sein.

1.2 Am 15. August 2016 reichte die Beklagte die heute zu diskutierende Berufung mit den eingangs wiedergegebenen Anträgen ein (act. 38).

Es wurde ein Kostenvorschuss verlangt und bezahlt (act. 42 und 45), und es wurden die Akten des erwähnten Verfahrens NP160024 beigezogen (act. 43/31-39).

Die Referentin setzte Frist zur Beantwortung der Berufung (act. 47), was der Kläger mit Eingabe vom 24. Oktober 2016 nutzte (act. 49).

Am 11. Januar 2017 wurde den Parteien die Bestimmung eines neuen Referenten mitgeteilt (act. 51). Dieser vervollständigte das Dossier um die vom Bezirksgericht den Parteien retournierten Akten (act. 53, act. 54-60).

Die Berufungsantwort wurde der Beklagten zugestellt (act. 61, 62). Mit Schriftsatz vom 30. Januar 2017 liess diese sich vernehmen. Sie hält an den in der Berufung gestellten Anträgen fest und verdeutlicht ihre Argumente (act. 64).

2. Zunächst ist zu prüfen, ob die Berufung rechtzeitig erhoben wurde, was eine Prozessvoraussetzung darstellt. Wenn die gescheiterte Zustellung an den Anwalt der Beklagten massgebend ist, hat sie die Frist versäumt; rechnet sie zulässigerweise ab dem tatsächlichen Erhalt des Urteils, ist die Berufung unter Berücksichtigung der Gerichtsferien rechtzeitig.

2.1 Die Beklagte argumentiert, sie habe das Urteil des Einzelrichters nicht erhalten, insbesondere sei ihr von der Post keine Einladung zugegangen, die entsprechende Sendung abzuholen. Die beiden Assistentinnen des Anwaltsbüros E. _____ (welcher die Beklagte vertrat und vertritt) bestätigten, dass sie keine Abholungseinladung für das heute angefochtene Urteil gesehen hätten, und dass ihnen insbesondere auch für eine andere Sendung, welche das Büro in jenen Tagen erwartete, keine Abholungseinladung zugegangen sei. Die Assistentinnen hätten festgestellt, dass gerade in der fraglichen Zeit auf der betreffenden Poststelle ein personeller Wechsel erfolgte. Aus diesen Gründen werde eine allfällige Vermutung für die einwandfreie Geschäftsabwicklung bei der Post so weit erschüttert, dass der Zugang der Abholungseinladung für die Sendung mit dem angefochtenen Urteil nicht mehr unterstellt werden dürfe. Nach Zustellung des angefochtenen Urteils am 20. Juni 2016 sei die Berufung innert Frist erhoben worden (im Einzelnen act. 38 S. 3 ff.).

Dem gegenüber geht der Kläger davon aus, nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge sei die Sendung mit dem angefochtenen Urteil am Tag nach der Aufgabe durch die Kanzlei des Einzelrichters für die Beklagte zur Abholung auf der Post bereit gelegen. Diese bestätige, dass der Kanzlei des Vertreters der Beklagten am 1. April 2016 eine Abholungseinladung ins Postfach gelegt worden sei. Dabei müsse es sich um die Sendung mit dem angefochtenen Urteil handeln, denn die Beklagte behaupte nicht, sie habe an dem Tag noch etwas anderes erhalten. Da die Beklagte mit der Zusendung einer gerichtlichen Sendung rechnen musste, gelte diese mit Ablauf der siebentägigen Abholfrist als zugestellt, und die Berufung sei verspätet. Die Bestätigung der beiden Assistentinnen seien nicht geeignet, den Standpunkt der Beklagten zu stützen, da man nicht auf der Post kontrolliere, was man erhalten habe, sondern erst zurück im Büro, und ein Abhol-

schein gut auf diesem Weg verloren gehen könne. Ob schon früher dem Büro E._____ eine Sendung nicht zugestellt werden konnte, sei für den hier vorliegenden Fall ohne Bedeutung. Der behauptete Personalwechsel sei unbewiesen, und es stimme nicht, dass Personalwechsel bei der Post der Dienstleistungsqualität abträglich seien. In dem von der Beklagten angeführten Fall der Fehlleitung eines Abholscheines habe der versehentliche Empfänger ausfindig gemacht werden können, wie die Beklagte selber konzidiere. Mit Nichtwissen bestreitet der Beklagte, dass E._____ Rechtsanwälte schon Briefe erhielt, welche nicht dieses Büro betrafen. Die Post habe auch keine Veranlassung, Missstände zu vertuschen, und daher sei ihre Bestätigung beweiskräftig, dass die Abholungseinladung ins Postfach von E._____ Rechtsanwälte gelegt worden sei. - Zudem habe der Anwalt der Beklagten am 18. Mai 2016 die Einlegerakten zurück erhalten. Dass er das Urteil erst am 20. Juni 2016 erhielt, bedeute mangelnde Bemühung um die nachträgliche Zustellung. Damit sei die Berufungsfrist ebenfalls abgelaufen (im Einzelnen act. 49 S. 2 ff.).

2.2 Die Beklagte stand in einem Prozess, und sie und ihr Anwalt mussten mit Zustellungen in dieser Sache rechnen. Wenn das Büro E._____ Rechtsanwälte die Abholungseinladung für die Sendung mit dem Urteil erhalten hat, trat mit Ablauf der siebentägigen Abholfrist die Zustellfiktion ein (Art. 139 Abs. 3 lit. a ZPO). Das ist nicht streitig. Umstritten ist, ob der Zugang der Abholungseinladung erstellt sei. Nach einer allgemeinen Regel muss das Gericht den Beweis für seine Zustellungen sicherstellen. Das geschieht, indem es seine Sendungen eingeschrieben verschickt, denn dann muss der Empfänger unterschriftlich quittieren. Früher geschah das im Zustellbüchlein des Postboten, heute wird die Unterschrift auf einem elektronischen Kästchen angebracht, von wo die Quittung auf Papier ausgedruckt oder aber auch elektronisch übermittelt werden kann. Der wichtigste Schwachpunkt dieses Vorgehens ist der Zugang der Abholungseinladung, wenn der Empfänger vom Zustellboten nicht angetroffen wird, oder wenn der Empfänger ein Postfach unterhält. Aus praktischen Gründen wird das richtige Hinterlassen dieses Papiers vermutet (*BGer* 5A_98/2011 vom 3. März 2011), allerdings kann diese Vermutung erschüttert werden, worüber in Würdigung aller Umstände zu entscheiden ist. Wenn der Einwand, man habe keine Abholungseinladung er-

halten, von vorneherein als "Ausrede" qualifiziert wird (KuKo ZPO-Weber, 2. Aufl., Art. 138 N 9 S. 696 oben), ist das doch sehr pragmatisch und eher am Ergebnis orientiert. Es kann der Eindruck entstehen, der Einwand werde nicht ernst genommen, und das wäre verfehlt. Die Überlegung des Bundesgerichts, der irrtümliche Empfänger einer Abholungseinladung gebe diese dem richtigen Adressaten weiter oder sende sie gar der Post zurück, kann zutreffen, muss es aber nicht. Sie wird denn auch kritisiert (BSK ZPO-Gschwend/Bornatico, 2. Aufl., Art. 138 N 18; BK ZPO-Frei, Art. 138 N 29). Diese Kritik ist berechtigt, und zwar auch ohne dass man der Post grundsätzlich schlechte Arbeit unterstellen muss. Es ist eine Erfahrungstatsache, dass die Mitarbeitenden der Post zunehmend unter Zeit- und Effizienz-Druck arbeiten müssen, was - nicht weiter erstaunlich - immer wieder zu Fehlern führt. Die Gerichte erfahren das etwa in ihrer alltäglichen Praxis, wenn Sendungen retourniert werden: nicht selten finden sich auf solchen Umschlägen offenkundig falsche Aufkleber; immer wieder wird die den Empfang quittierende Person mit einer unrichtigen Bezeichnung angegeben (etwa "Empfänger persönlich" statt "Vertreter" und umgekehrt), und auch in den privaten Briefkästen finden sich mitunter Irrläufer. Wie häufig Irrtümer vorkommen, ist statistisch wohl nicht erfasst. Diese Möglichkeit als "rein theoretisch" abzutun und dem Privaten damit von vorneherein faktisch die Einwendung abzuschneiden, in seinem Fall müsse ein Versehen passiert sein, wäre aber jedenfalls zu streng. Es bleibt daher nur, im Einzelfall die Bestreitung des Adressaten zu würdigen und auf ihre Plausibilität hin zu prüfen (OGerZH NP150016 vom 29. Juli 2015). Dabei ist wesentlich, dass dem Adressaten wenn auch nicht das Beweisen, so doch das Plausibel-Machen eines negativen Umstandes zugemutet wird, was streng genommen gar nicht möglich ist.

Die Assistentin F._____ des Büros E._____ Rechtsanwälte schildert den üblichen Ablauf so: sie leere das Postfach und prüfe die Papiere auf Abholungseinladungen; wenn sie eine solche vorfinde, werde die Sendung umgehend am Schalter abgeholt. Am Freitag 1. April 2016, als sie statt ihrer Kollegin G._____ den Postdienst versah, habe sie keinen solchen Zettel vorgefunden (act. 43/34/5). Der 1. April 2016 ist der Tag, an welchem gemäss Bestätigung der Post (act. 43/34/4, zweites Blatt) die Sendung mit dem angefochtenen Urteil avisiert

wurde. Ob das Anwaltsbüro E._____ auch am 22. März 2016 eine Abholungseinladung nicht erhielt und ob mitunter Sendungen für andere Adressaten irrtümlich in sein Postfach gelangen, muss und kann offen bleiben. Ebenso ist nicht näher zu prüfen, ob um die in diesem Verfahren fragliche Zeit auf der Post H._____ personelle Wechsel erfolgten. Dem Kläger ist auch darin Recht zu geben, als eine Abholungseinladung zwischen anderen Sendungen liegend übersehen werden und dann verloren gehen kann. Das ändert allerdings nichts daran, dass eben auch Fehler beim Hinterlassen der Abholungseinladungen möglich sind. Die Post bestätigte nicht, wann wer unter welchen Umständen die fragliche Sendung avisiert hat, sondern sie stützte sich offenkundig auf die elektronischen Aufzeichnungen über den Ablauf der Zustellung resp. des Zustellversuches. Damit muss ihr keineswegs eine bewusste Unwahrheit unterstellt werden, wie der Kläger argumentiert. Ebenso wenig darf allerdings dem Vertreter der Beklagten und seiner Assistentin unlautere Absicht unterstellt werden. Der Kläger behauptet nicht und es ist keineswegs gerichtsnotorisch, dass das Anwaltsbüro E._____ aufgrund früherer Vorfälle im Verdacht stehe, den Zugang von Gerichtsurkunden resp. die Abholungseinladungen dafür wider besseres Wissen zu bestreiten. Am Ende bleibt nur die Feststellung, dass im vorliegenden konkreten Fall ein Irrtum der Post beim Ablegen der Abholungseinladung mindestens möglich ist (was der Kläger indirekt auch einräumt: act. 49 S. 6 vor Ziff. 4.8). Das genügt, um die Vermutung der einwandfreien Zustellung zu erschüttern.

Die Fiktion der Zustellung des angefochtenen Urteils durch Ablauf der siebentägigen Abholfrist greift daher nicht.

2.3 Der Kläger argumentiert, mit dem Gesuch um Fristwiederherstellung (im Verfahren NP160024 der Kammer, act. 43) habe die Beklagte eingeräumt, dass die Frist für die Berufung abgelaufen sei, und daher könne auf diese heute nicht eingetreten werden (act. 49 Ziff. 4.3).

Das Argument hält nicht. Die Beklagte hat in jenem Verfahren ausdrücklich bestritten, dass ihr Vertreter die Abholungseinladung erhielt, und gerade darum wurde auf das Gesuch um Wiederherstellung nicht eingetreten (Beschluss vom

13. Juni 2016 = act. 43/38 E. 2.2). Jenes Verfahren steht der heutigen Berufung nicht entgegen.

2.4 Eine andere Frage ist, ob die Beklagte die Berufung durch langes Zuwarten verwirkt hat. Der Kläger verweist richtig darauf, dass eine Partei nicht beliebige lange warten darf, wenn sie Kenntnis von einem Urteil erhält, auch wenn ihr dieses nicht korrekt zugestellt worden ist (vgl. soeben erwähnter Beschluss a.a.O.). Grundsatz bleibt aber, dass die Berufungsfrist nur durch eine korrekte Zustellung ausgelöst wird; die Verwirkung ist eine Ausnahme und bedarf besonderer Umstände, aufgrund welcher der Partei ein Verhalten gegen Treu und Glauben vorgeworfen werden kann.

Am 18. Mai 2016 quittierte die Kanzlei des Anwaltsbüros E. _____ für die Rücksendung der im Verfahren des Einzelrichters eingelegten Akten (act. 54 = act. 30 im Dossier des Einzelrichters). Der Anwalt hielt sich beruflich im Ausland auf. Am folgenden Tag erkundigte er sich beim zuständigen Gerichtsschreiber, was es damit auf sich habe, erfuhr, dass ein Urteil gefällt und an ihn versandt worden sei und liess sich die Nummer der Postsendung geben, mit welcher diese nachverfolgt werden kann (act. 43/32, im Dossier des Einzelrichters nicht aktenkundig gemacht). In der Folge liess er bei der Post nachforschen, was es mit der Sendung auf sich habe (act. 43/34/4). Am 17. Juni 2016 gab der Einzelrichter das Urteil noch einmal zur Post, und der Anwalt der Beklagten nahm es am 20. Juni 2016 entgegen (act. 40/8, zwei Blätter; im Dossier des Einzelrichters ist auch das nicht aktenkundig gemacht).

Am Tag nach Empfang der zurückgesandten Akten telefonierte der Anwalt also dem Bezirksgericht und erkundigte sich, was es mit der Sendung auf sich habe. Als Erstes versuchte er dann, den Weg der Sendung nachzuverfolgen, was seitens der Post mit einer ersten Antwort sehr knapp beantwortet wurde, und auf ergänzende Nachfrage am 26. Mai 2016 wurde beschieden, "Ihr Anliegen werden wir gerne erneut überprüfen. Bitte beachten Sie, dass diese einige Zeit in Anspruch nimmt" (act. 43/34/4). Wann und wie insistent der Anwalt der Beklagten vom Einzelrichter eine erneute Zustellung des Urteils verlangte, ergibt sich aus den Akten nicht. Es kommt aber darauf nicht an. Der Anwalt kümmerte sich um-

gehend um das Problem, als er es erkannte. Zwar verlangte er nicht als Erstes erneute Zustellung des Urteils, sondern suchte den Ablauf des gescheiterten Zustellversuches zu rekonstruieren. Sein erster Schritt - am Tag nach Zustellung der retournierten Akten - war aber das Telefon mit dem Gericht. Dieses hätte in der Situation Anlass gehabt, das Urteil noch einmal zur Post zu geben. In analogen Situationen pflegt das die Kammer von sich aus zu tun, wobei im Begleitbrief vermerkt wird, diese (zweite) Zustellung sei nicht mehr fristauslösend für das Rechtsmittel, diese Mitteilung wird selbstverständlich in Kopie zu den Akten gelegt. Sei dem wie ihm wolle: der Beklagten resp. ihrem Anwalt ist kein treuwidriges Verhalten vorzuwerfen, wenn sie nicht darauf drangen, das verloren gegangene Urteil *sofort* zugestellt zu erhalten und abwarteten, bis es ihnen mit Postaufgabe am 17. Juni 2016 zugestellt wurde. Es ist noch einmal daran zu erinnern, dass mangels korrekter Zustellung resp. mangels Eintritt der Zustellfiktion von Art. 138 ZPO die Rechtsmittelfrist gar nie zu laufen begonnen hatte - und als der Einzelrichter der Beklagten die Akten retournierte, womit das Problem erkannt wurde, war die Berufungsfrist unter Annahme der Zustellfiktion längst verstrichen, besondere Eile also eigentlich nicht (mehr) geboten. Wie vorstehend erwogen, löste erst die tatsächlich erfolgte (zweite) Zustellung die Frist aus. Die Beklagte resp. ihr Anwalt blieben im Übrigen auch bis zum 20. Juni 2016 (der tatsächlichen Zustellung) nicht untätig, sondern suchten das Problem mit der Eingabe an die Kammer und den dort gestellten Anträgen zu lösen, welche die Kammer im Verfahren NP160024 behandelte. Wenn sich die Beklagte nun für den Fristbeginn auf die zweite Zustellung des Urteils am 20. Juni 2016 stützt, ist das jedenfalls nicht klar missbräuchlich. Massgebend ist diese zweite Zustellung, und die Berufung ist damit rechtzeitig.

3. Damit ist die Berufung in der Sache zu prüfen.

3.1 Der Einzelrichter geht für seine Erwägungen zutreffend zunächst davon aus, was die Parteien im Werkvertrag vereinbart hatten. In der "Ergänzung zur Bau- und Ausstattungsbeschreibung" heisst es, die Beklagte erstelle in der Garage einen "Gefälleglattstrich ohne Dämmung" (act. 59/9, obere Hälfte). "Gefälleglattstrich" gehört nicht zum aktiven Wortschatz von Nicht-Baufachleuten. Die

Parteien sind sich aber offenbar einig, dass damit ein Boden mit Gefälle gemeint ist (so insbesondere die Beklagte in act. 18, Rz. 13, 15 und 16, in der Berufung act. 38 Ziff. 8.2 und 8.4).

Die Beklagte macht geltend, weil das Mass des Gefälles nicht definiert wurde und das ein "Essentialium" darstelle, sei gar nie ein Vertrag darüber zustande gekommen (act. 38 Ziff. 8.1 und 8.2, ferner act. 64 Rz. 12). Sie sagt nicht, wann und wo sie das dem Einzelrichter vorgetragen habe, und es dürfte neu sein. Da es ein rechtliches Argument darstellt, ist es ungeachtet der Novenbeschränkung zulässig (Art. 57 ZPO). Es ist aber nicht zutreffend. Damit ein Werkvertrag zustande kommt, müssen die Parteien sich einzig über das zu erstellende Werk und die Entgeltlichkeit einigen. Die Beschreibung des Werks muss so präzise sein, dass sich nach Treu und Glauben erkennen lässt, was der Unternehmer zu leisten hat, analog zur Bestimmung im Kaufvertragsrecht, dass der Kaufpreis "bestimmbar" sein muss (Art. 184 Abs. 3 OR). Nach einer allgemeinen Bestimmung kann dem Unternehmer wie jedem Schuldner ein Spielraum überlassen sein, innerhalb dessen er in der Wahl der Leistung frei ist, so lange er nicht unter "mittlerer Qualität" liefert (Art. 71 OR). Gerade im Werkvertrag ist das alltäglich, wenn etwa ohne weitere Spezifikation eine "feuerhemmende Türe" vereinbart wird, "pro Wohnraum zwei Steckdosen" oder ein "Parkettboden (Ahorn)". Was "mittlere Qualität" ist, bemisst sich danach, wozu das Werk oder der Werk-Teil nach ausdrücklicher oder stillschweigender Vereinbarung dienen soll. Bei einem mit Gefälle zu erstellenden Garageboden muss nach loyalen und vernünftigem Verständnis das bei normalem Gebrauch anfallende Wasser abgeleitet werden; was für ein Gefälle dafür nötig ist, muss der Unternehmer selber entscheiden. Das Argument der fehlenden Vertragsbindung mangels Einigung über die wesentlichen Elemente (lateinisch *essentialia*, Einzahl *essentiale*) sticht daher nicht.

Dem Einzelrichter trug die Beklagte vor, sie habe "irrtümlich" ein Gefälle versprochen (act. 18 Rz. 23). Was für einer der Fälle wesentlichen Irrtums (Art. 24 OR) vorliegen könnte, sagte sie nicht, und es ist nicht zu sehen. Die Beklagte behauptete auch nicht, wie und warum der Besteller den Irrtum hätte erkennen können und müssen (was schon den Konsens gehindert hätte, Art. 1 OR in Verbin-

dung mit Art. 2 ZGB). Gegenteil sind Garage-Böden häufig mit einem Gefälle ausgeführt, und der Kläger durfte daher ohne Weiteres davon ausgehen, die Beklagte meine, was sie sagte. Zur Behauptung, das Gefälle sei "konsensual" wieder gestrichen worden (act. 18 Rz. 23), nannte die Beklagte an jener Stelle keine Beweismittel, der Kläger hatte es bestritten (act. 23 "ad 13"), und dem war und ist nicht weiter nachzugehen. Dass ein Vertreter der Beklagten in der Hauptverhandlung die Behauptung des Irrtums zurücknahm (act. 22 S. 15) und die Beklagte den Einwand in der Berufung wieder aufgreift (act. 38 Ziff. 8.1), bleibt damit unerheblich.

Wie in erster Instanz beharrt die Beklagte darauf, durch eine Änderung des geplanten Baus sei ein Gefälle des Garagebodens, selbst wenn es denn einmal versprochen gewesen sein sollte, wegbedungen worden. Man habe die Türen in der Garage verschoben. Das habe den Einbau eines Gefälles verunmöglicht, und aus den Plänen sei das ersichtlich gewesen (act. 38 Ziff. 8.3 - 8.5). Der Einzelrichter hat erwogen, dass die Parteien für Abänderungen des Werkvertrages den Vorbehalt der Schriftlichkeit anbrachten, und dass die von der Beklagten behauptete Änderung diese Form nicht erfülle (angefochtenes Urteil S. 7 f.). Dem hält die Beklagte entgegen, dass ein solcher Vorbehalt in der Praxis des Bauens sehr hinderlich wäre, und dass ein neuer Plan gar keine "mündliche Abrede" darstelle (act. 64 Rz.14). Das Letztere ist unrichtig; wenn der Vertrag für Abänderungen einen Schriftlichkeits-Vorbehalt macht, sind geänderte Pläne ebenfalls nur massgebend, wenn sie unterschrieben sind. Das Erstere ist nicht massgeblich, denn Verträge sind zu halten. Was die Beklagte mit Detailplänen im Massstab 1:10 und 1:50 "BB19" (was wohl "Beklagten-Beilagen" heissen soll) belegen will, bleibt unklar. Die in erster Instanz (act. 18 Rz. 12 f.) angerufenen Pläne sind die vom 23. Januar 2012 (act. 55/1) und vom September 2012 (act. 55/2, mit verschiedenen Details - möglicherweise bezieht sich die Beklagte auf diese). Aus der Gegenüberstellung der beiden Dokumente ergibt sich, dass die Einfahrt in die Garage neu und anders gelöst wurde. Wenn das nach dem späteren Plan ausgeführt wurde und der Kläger dagegen nicht widersprach, kann er sich nicht darauf berufen, mangels Schriftlichkeit gelte nach wie vor der erste Plan und das Werk sei (völlig) verkehrt erstellt worden. Über ein Gefälle des Garagenbodens sagen die-

se Pläne und auch die Details aber nichts aus - weder der erste noch der zweite. Sollten weitere Pläne existieren (bei den Akten liegen sie nicht, in erster Instanz wurden sie weder angerufen noch vorgelegt, sodass sie als neue Beweismittel ohnehin unzulässig wären), behauptet die Beklagte nicht, dass der Verzicht auf das vertraglich geschuldete Gefälle darin ausdrücklich vermerkt gewesen sei. War es das nicht, konnte sie nach Treu und Glauben nicht darauf vertrauen, der Kläger errate ihre Absicht, das Gefälle wegzulassen, und er sei damit einverstanden. Eine Vertragsänderung ist nicht erfolgt. Nur der Vollständigkeit halber sei hier angefügt, dass die Beklagte nicht ausreichend behauptet, mit der letztlich ausgeführten Variante habe der Boden in der Garage gar kein Gefälle mehr aufweisen können, die versprochene Leistung sei also im Sinne von Art. 20 OR unmöglich gewesen (oder geworden). Insbesondere ist dem Kläger von dritter Seite der Einbau gerade dieses Gefälles offeriert worden (act. 59/3), was die Beklagte nicht bestreitet und wozu sie nicht geltend macht, auch der Dritte werde die Leistung nicht erbringen können, weil sie objektiv unmöglich sei.

Die Beklagte beanstandet, dass der Einzelrichter keine Zeugen einvernahm und kein Gutachten anordnete. Das hätte zum Sachverhalt "wertvolle Auskünfte" geben können (act. 38, Ziff. 8.3, 11.3, 14.1 und passim, ergänzend und unter Hinweis auf das substanzielle Honorar des Architekten act. 64 Rz. 27). Sie übersieht dabei, dass nur Beweis zu erheben ist, wenn entscheidenderhebliche tatsächliche Behauptungen umstritten sind. Ob in der Garage eines Einfamilienhauses ein Gefälle eingebaut werden muss, (auch) wenn das nicht vereinbart wurde, spielt keine Rolle - weil es Inhalt des Vertrages zwischen den Parteien ist (Art. 19 OR). Und darum kommt es nicht darauf an, dass die Baubehörde nach Darstellung der Beklagten die Garage auch ohne Gefälle abgenommen hat. Gewiss würden Fachleute "Wertvolles" erläutern können, aus der Sicht der Beklagten wohl für ihren Prozessstandpunkt Brauchbares, aber dazu dient das Beweisverfahren nicht.

Weiter kritisiert die Beklagte, der Einzelrichter habe zu Unrecht angenommen, eine Garage müsse nach üblichem Standard entwässert werden resp. eine Entwässerung sei "einer Garage generell immanent" (BB 11.1 - 11.4). Darauf kommt es nicht an. Die Beklagte sagt selber, dass die kritisierten Erwägungen ei-

ne Eventualbegründung darstellten. Wie gesehen, schuldet die Beklagte vertraglich ein Gefälle. Ob sie es auch hätte einbauen müssen, wenn es *nicht* vereinbart gewesen wäre, ist nicht zu entscheiden.

3.2 Sinngemäss macht die Beklagte geltend, der Einbau eines Gefälles in die Garage sei gar nicht zulässig. Jedenfalls scheine der Ölwechsel in einer privaten Garage "bei einer kursorischen Durchsicht der einschlägigen Normen klar verboten" zu sein (act. 38 Ziff. 11.1). Sie nimmt damit Bezug auf die Überlegung des Einzelrichters, das Gefälle eines Garagebodens sei nötig, weil man in einer Garage zum Beispiel Öl wechseln müsse (Urteil S. 8). Jene Erwägungen sind nicht unbedingt überzeugend, aber für den Entscheid entbehrlich. Die Beklagte hat ein Gefälle versprochen, und das muss sie leisten. Dass der Kläger die Garage nur im Rahmen der massgeblichen Vorschriften nutzen darf, versteht sich. Die Beklagte selber räumt ein, es werde ihr "auch bei Durchsicht einschlägiger Normen nicht ganz klar, welche Handlungen in und mit einer Garage möglich sind und wie diese ausgestattet sein muss" (act. 38 Ziff. 11.1 Mitte). Jedenfalls macht sie nicht geltend, dass ein Gefälle - welches nach Treu und Glauben dazu dient, dass Wasser nach einer bestimmten Richtung oder an einen bestimmten Punkt abfließt - unzulässig wäre. Damit kann sie sich ihrer Leistungspflicht nicht entziehen.

3.3 Die Beklagte nimmt ihr Argument vor erster Instanz wieder auf, abgesehen davon, dass das fehlende Gefälle keinen Mangel darstelle, habe der Kläger eine allfällige Mängelrüge verwirkt. Er habe das Bauwerk am 3. September 2013 förmlich abgenommen und das fehlende Gefälle nicht gerügt, obschon er es bei gehöriger Aufmerksamkeit hätte erkennen können (act. 38 Ziff. 9.1- 9.4).

Die Rüge ist unbegründet. Zunächst kommt es bei der Frage nach der Rechtzeitigkeit der Rüge nicht (mehr) darauf an, ob der streitige Punkt einen Mangel darstellt. Die Beklagte widerlegt sich sodann selber: sie zitiert aus dem Werkvertrag, dass der Besteller allfällige Mängel "in Abweichung von der gesetzlichen Ordnung noch während 5 Jahren unbeschränkt" rügen konnte (act. 38 Ziff. 9.1, S. 12 ganz oben, unter Hinweis auf den Werkvertrag act. 59/2 Art. 8). Ob das fehlende Gefälle erkennbar war, ist also unerheblich. Anders wäre es viel-

leicht, wenn der Kläger und Besteller im Abnahmeprotokoll ausdrücklich und unterschriftlich erklärt hätte, er werde keine weiteren Beanstandungen anbringen. So war es aber nicht (act. 59/7). Wann wie viel Schnee auf einem Auto des Klägers zu Wasser wurde und auf den Garageboden floss (dazu die Beklagte in act. 38 Ziff. 12.1 - 12.4), ist nicht weiter zu erörtern.

3.4 Eventuell rügt die Beklagte, dass sie der Einzelrichter zum Einbringen einer wasserundurchlässigen Schutzschicht verurteilt habe - eine solche Schicht habe "bauseitig" erfolgen müssen, der Einzelrichter habe es "in Abweichung von der von der Beklagten bestrittenen vertraglichen Grundlage völlig willkürlich interpretiert" (act. 38 Ziff. 10.1 - 10.3, mit Verweis auf Klageantwort Ziff. 22).

Der Kläger verlangte mit seiner Klage, die Beklagte habe "die Garage der klagenden Partei so umzubauen, dass eine Entwässerung der Garage gewährleistet ist und kein Wasser in die Betondecke unter der Garage eindringt". Was der Einzelrichter anordnete, ging also nicht über das Begehren hinaus. Sollte die Rüge der Beklagten eine Verletzung des so genannten "Dispositions-Grundsatzes" von Art. 58 ZPO (mit-)meinen, wäre sie unberechtigt.

In erster Instanz trug die Beklagte vor, das "die abdichtende Endbeschichtung ausdrücklich nicht zum Leistungsinhalt der Beklagten" gehöre; für Schäden, welche auf eine fehlende Endbeschichtung zurückgingen, trage der Kläger die alleinige Verantwortung (act. 18 Rz. 22). Damit liess sie erkennen, dass eine dichtende (und das kann hier heissen: gegen Wasser) dichtende Schicht in der Garage üblich und nötig ist. Es ergäbe sich ohnehin auch nach Treu und Glauben: wenn in einem Raum bestimmungsgemäss Wasser auf den Boden gelangen kann - wie bei einer Waschküche oder einer Garage, die gerade darum mit Gefälle gebaut werden soll -, gehört im Rahmen der "mittleren Qualität" von Art. 71 OR auch eine Wasser-abdichtende Massnahme dazu; das gilt besonders hier, wo sich unter der Garage ein weiterer Raum befindet (dazu der von der Beklagten mit der Klageantwort eingereichte Plan act. 55/5, "Schnitt B-B/Garage").

Die Beklagte beruft sich auf eine Zeichnung, die nach ihrer Behauptung den Boden so darstellt, "wie er heute existiert" (act. 18 Rz. 22, act. 55/8). Wann diese

Zeichnung erstellt wurde und wann die (offenbar nachträglich beigefügten) handschriftlichen Anmerkungen "BHL" angebracht wurden, sagt sie nicht. Das, und ob diese Anmerkung nach Treu und Glauben als "BauHerrenLeistung" zu verstehen ist und verstanden werden muss, kann offen bleiben. An der ursprünglichen Vereinbarung der Parteien und Leistungspflicht der Beklagten ändert es fürs Erste nichts. Sollte die Beklagte geltend machen wollen, die Zeichnung sei dem Kläger vorgelegt worden und durch fehlenden Widerspruch habe er akzeptiert, in Abänderung des Vertrages werde er für die abdichtende Schicht sorgen müssen, scheidet das am Vorbehalt der Schriftlichkeit für Vertragsänderungen, wie er vorstehend erörtert wurde.

4. Ist die Berufung abzuweisen und das angefochtene Urteil zu bestätigen, gehen die Kostenfolgen zu Lasten der Beklagten.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen, und das angefochtene Urteil wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'700.-- festgesetzt und der Beklagten auferlegt.
3. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 2'300.-- zuzüglich 8% MWSt zu bezahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Kläger unter Beilage des Doppels von act. 64, sowie an das Bezirksgericht, je gegen Empfangsschein, ferner an die Obergerichtskasse

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

5. 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. 27'299.15.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. P. Diggelmann

lic. iur. R. Barblan

versandt am: