

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: NP180020-O/U

Mitwirkend: Oberrichter Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende,
Oberrichter Dr. H.A. Müller und Oberrichter in lic. iur. Ch. von Moos
Würgler sowie Gerichtsschreiber in lic. iur. M. Hochuli

Urteil vom 1. Oktober 2018

in Sachen

A._____ GmbH,

Beklagte und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____,

gegen

B._____ AG,

Klägerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. Y._____,

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am
Bezirksgericht Zürich, 7. Abteilung, vom 22. Dezember 2017 (FV160064-L)**

Rechtsbegehren:

(Urk. 2 S. 2)

- "1. Die Beklagte sei zu verurteilen, der Klägerin den Betrag von
Fr. 28'360.80 nebst 5 % Zins seit 06. Oktober 2014 zu bezahlen.

2. Der in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Zürich 2 erhobene Rechtsvorschlag sei aufzuheben.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beklagten."

Urteil des Bezirksgerichts Zürich (7. Abteilung, Einzelgericht)
vom 22. Dezember 2017:

1. Die beklagte Partei wird verpflichtet, der klagenden Partei Fr. 28'360.80 nebst Zins zu 5 % seit 6. Oktober 2014 sowie Fr. 110.30 Zahlungsbefehlskosten zu bezahlen. In diesem Umfang wird der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Zürich 2 (Zahlungsbefehl vom 30. Oktober 2015) aufgehoben.
2. Die Entscheidgebühr wird angesetzt auf:
Fr. 3'800.00 die Barauslagen betragen:
Fr. 200.00 Zeugenentschädigung
3. Die Gerichtskosten werden der beklagten Partei auferlegt und mit dem von der Klägerin geleisteten Vorschuss verrechnet. Der Fehlbetrag von Fr. 200.– wird von der beklagten Partei nachgefordert.
4. Die beklagte Partei wird verpflichtet, der klagenden Partei eine Parteientschädigung von Fr. 8'350.– (inklusive Gebühr des Schlichtungsverfahrens) zu bezahlen. Zudem hat sie der klagenden Partei den Kostenvorschuss von Fr. 3'800.– zu ersetzen.
5. [Mitteilungen].
6. [Rechtsmittelbelehrung].

Berufungsanträge:

der Beklagten und Berufungsklägerin (Urk. 85 S. 2):

- "1. Das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 22. Dezember 2017 (Geschäfts-Nr. FV160064-L) sei vollumfänglich aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zur Neuurteilung zurückzuweisen, unter der Verpflichtung, das erstinstanzliche Verfahren unter Einhaltung der versäumten Verfahrensschritte durchzuführen.
2. Eventuell sei die Klage der Klägerin und Berufungsbeklagten vom 26. April 2016 vollumfänglich abzuweisen, wobei den Parteien vorab die Möglichkeit einzuräumen ist, unter Ansetzung einer Frist zum Beweisergebnis und zur Sache ergänzend Stellung zu nehmen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Berufungsbeklagten und Klägerin eventualiter zu Lasten des Staates."

der Klägerin und Berufungsbeklagten:

--

Erwägungen:

1. Sachverhalt

1.1. Die Klägerin ist in C._____ (Kanton Schwyz) domiziliert. Sie bezweckt den Betrieb von ..., namentlich für Transport-, Montage-, Rettungs- und Suchflüge (Urk. 91). Demgegenüber hat die Beklagte ihren Sitz in D._____ und bezweckt die Produktion und Vermarktung von Filmen und Werbespots (Urk. 92).

1.2. Die Beklagte wurde von der E._____ mit der Produktion einer E._____ - Kampagne "Willkommen im Land der Möglichkeiten" beauftragt. In diesem Zusammenhang wurden Filmaufnahmen mit lufttransportierten Bäumen produziert (Urk. 13 S. 2, Urk. 27 Rz 33). Zu diesem Zwecke liess sich die Beklagte von der Klägerin den Transport eines Baumes im F._____ durch einen Hubschrauber offerieren (Urk. 2 Rz 13, Urk. 13 S. 2). In der Offerte der Klägerin vom 7. Juli 2014 wurde unter anderem Folgendes festgehalten (Urk. 5/5): "Leistungsangaben: 1000 m.ü.M./15°/Transport max. 4700 kg"; "Transportmaterial Baum fliegen für Dreharbeiten" (Urk. 5/5). Am 8. Juli 2018 dankte die Beklagte der Klägerin per E-

Mail für die Offerte und hielt fest, dass geplant sei die "Hagenbuche als ganzes per Heli" zu transportieren. Alsdann hielt die Beklagte fest:

"Es gilt vor Ort einzuschätzen, ob der ganze Baum mit/ohne Wurzel dem max. Transportgewicht von 4700 kg entspricht."

In der Folge einigten sich die Parteien darauf, einen Transportflug mit einem Baum im Glarnerland durchzuführen. Dabei sollte ein Baum mit Wurzeln vom Raum G._____ zum H._____ transportiert werden, wo er für die Filmaufnahmen als Ganzes, d.h. auch mit den Wurzeln, ins Wasser eingetaucht werden sollte (Urk. 2 Rz 14, Urk. 13 S. 5).

1.3. Ab 15. Juli 2014, ca. 18:00 Uhr, und in der Nacht zum 16. Juli 2016 liess die Beklagte den zu transportierenden Baum in G._____ für den vorgesehenen Transport vorbereiten. Dabei wurden gewisse Äste sowie die gesamte Erdmasse an den Wurzeln entfernt (Urk. 2 S. 5 und Urk. 13 S. 6; Urk. 5/9).

1.4. Am 16. Juli 2018, 07:17 Uhr, wurde versucht, den mit Transportseilen am Hubschrauber der Klägerin befestigten Baum mit den Wurzeln anzuheben. Indessen leuchtete im Cockpit des Hubschraubers sofort das sog. Limiter-Warnsignal auf, welches anzeigt, dass die verfügbare Turbinendrehzahl nicht ausreicht, um Höhe zu gewinnen (Urk. 2 Rz 20, Urk. 13 S. 7). Der Transportflug wurde daher abgebrochen.

1.5. Nach dem Abbruch des Transportversuchs berieten die auf der Baustelle anwesenden Angestellten der Beklagten über das weitere Vorgehen und standen dabei auch in telefonischem Kontakt mit deren Geschäftsführer I._____. In der Folge entschied sich die Beklagte dafür, die Wurzeln des Baumes zu kappen, und ihre Angestellten erteilten daher dem anwesenden Förster die entsprechende Weisung. Nach der Kappung der Wurzeln liess sich der Baum mit dem Hubschrauber ohne weiteres transportieren, und er wurde zum H._____ geflogen. Dort wurde er für die Filmaufnahmen der Beklagten, wie vorgesehen, einige Male ins Wasser getaucht (Urk. 2 Rz 22, Urk. 13 S. 9 f.).

1.6. Nach dem durchgeführten Transportflug begaben sich der Projektleiter der Klägerin, J._____, und die (andere) Geschäftsführerin der Beklagten, K._____, in

das Restaurant L._____ am H._____. Dort unterzeichnete K._____ einen Ausdruck der Offerte der Klägerin vom 7. Juli 2014 gemäss Urk. 5/5, nachdem die folgenden handschriftlichen Anpassungen vorgenommen worden waren (vgl. Urk. 5/10):

- Transport Baum M._____ GL (statt F._____);
- Überflug auf Abruf pauschal *Fr. 15'000.00* (statt Fr. 7'000.00);
- 47 Minuten (statt 49 Minuten).

1.7. Die Beklagte wollte nach ihrer Darstellung noch am 16. Juli 2014 Klarheit über das tatsächliche Gewicht des Baumes erhalten. Sie liess den Baum daher abtransportieren und auf einer "zertifizierten Waage" durch die N._____ AG, O._____ [Ort], wägen. Gemäss dem Waagschein wog der transportierte Baum (ohne Wurzeln) 2'180 kg. Der Waagschein datiert vom 16. Juli 2014 und weist die Zeitangabe "11:38" auf (Urk. 13 S. 8 lit. e mit Hinweis auf Urk. 15/5).

1.8. Am 18. Juli 2014 stellte die Klägerin der Beklagten den Betrag von Fr. 28'360.80 in Rechnung (Urk. 5/12). Die Rechnung enthält den Vermerk: "Zahlungskonditionen 20 Tage netto". Der Rechnungsbetrag entspricht dem Gesamtpreis gemäss dem von K._____ am 16. Juli 2014 unterzeichneten Papier (Urk. 5/10). Am 6. Oktober 2014 wurde die Beklagte von der Klägerin gemahnt (Urk. 5/13). Hierauf liess die Beklagte die Rechnung am 4. Dezember 2014 durch ihren Anwalt bestreiten (Urk. 5/15). Schliesslich liess die Klägerin die Beklagte durch Zahlungsbefehl Nr. ... des Betreibungsamtes Zürich 2 vom 27. Oktober 2015 betreiben. Die Beklagte erhob Rechtsvorschlag (Urk. 5/17).

2. Prozessverlauf

2.1. Bezüglich des erstinstanzlichen Verfahrensverlaufs sei zunächst auf das angefochtene Urteil verwiesen (Urk. 86 S. 3 f.).

Ergänzend sei Folgendes vermerkt: Die Vorinstanz erliess am 15. November 2016 eine Beweisverfügung (Urk. 36) und führte in der Folge am 29. November 2016 acht Zeugenbefragungen sowie zwei Parteibefragungen durch (Urk. 53-62). Nachdem die Beklagte am 5. Dezember 2016 unter Hinweis auf die Aussagen des Zeugen P._____ einen Editionsantrag gestellt hatte (Urk. 66), setzte die Vo-

rinstanz der Klägerin mit Verfügung vom 8. Dezember 2016 Frist, um zu diesem Editionsantrag Stellung zu nehmen (Urk. 71). Hierauf legte die Klägerin das verlangte Dokument am 22. Dezember 2016 ohne weiteres vor (Urk. 73 f.). Mit Verfügung vom 3. Januar 2017 stellte die Vorinstanz alsdann der Beklagten das von der Klägerin vorgelegte Dokument zu (Urk. 75). In der Folge reagierten die Parteien nicht mehr und auch seitens des Gerichts erfolgte keine weitere Prozesshandlung.

Am 22. Dezember 2017 – d.h. nach 353 Tagen – erliess die Vorinstanz das *unbegründete* Urteil. In der Folge verlangte die Beklagte am 15. Januar 2018 eine Urteilsbegründung (Urk. 80), welche den Parteien am 20. Juni 2018 – d.h. nach weiteren 156 Tagen – zugestellt wurde.

2.2. Mit Eingabe vom 21. August 2018 (Urk. 85) erhob die Beklagte gegen das vorinstanzliche Urteil rechtzeitig Berufung. Eine Berufungsantwort wurde in Anwendung von Art. 312 Abs. 1 ZPO nicht eingeholt.

3. Formelles

3.1. Firma der Beklagten. Seit dem 24. November 2016 firmiert die Beklagte nicht mehr unter der Firma "Q._____ GmbH", sondern unter der Firma "A._____ GmbH" (Urk. 92). In diesem Sinne ist das Rubrum anders zu fassen, als dies noch die Vorinstanz getan hat.

3.2. Nachfrist für die Berufungsbegründung. Die Beklagte trägt mit der Berufung vor, dass die Vorinstanz nach den Beweisabnahmen vom 29. November 2016 in Aussicht gestellt habe, die Vernehmungsprotokolle den Parteien zuzustellen. Das habe sie aber nicht getan (Urk. 85 Rz 13 ff.). Aus diesem Vorgang leitet die Beklagte ab, dass sie ihre Berufungsrügen nur "eingeschränkt und lediglich anhand der Urteilsbegründung vorbringen könne". Entsprechend beantrage sie, dass ihr Frist zu einer ergänzenden Stellungnahme angesetzt werde, sobald die Protokolle zugestellt würden (Urk. 85 Rz 26). Damit verlangt die Beklagte im Ergebnis, es sei ihr eine Nachfrist für die Vervollständigung ihrer Berufung anzusetzen. Diesem Antrag ist nicht zu folgen, denn die Berufungsfrist ist eine gesetzliche Frist, die

nicht erstreckt werden kann. Nach der Rechtsprechung kann auch ein allfälliger zweiter Schriftenwechsel oder die Ausübung des sog. "Replikrechts" nicht dazu dienen, die bisherige im Rahmen des ersten Schriftenwechsels vorgetragene Kritik zu vervollständigen oder gar neue Rügen vorzutragen (BGE 142 III 413 E. 2.2.4). Im Übrigen ist die Haltung der Beklagten treuwidrig im Sinne von Art. 52 ZPO: Auch wenn die Vorinstanz die Zustellung der Protokolle in Aussicht gestellt haben sollte, dauerte es noch über ein Jahr, bis die Vorinstanz schliesslich ihr Urteil fällte. In dieser Zeit hätte die rechtskundig vertretene Beklagte allen Anlass gehabt, das Fehlen der Protokolle bei der Vorinstanz zu monieren. Schliesslich hätte sie auch nach der Zustellung des Urteils verlangen können, dass ihrem Anwalt während der Berufungsfrist die Protokolle zugestellt würden. Hätte sie das getan, dann hätte sie heute volle Aktenkenntnis. Ihre fehlende Aktenkenntnis hat sie sich daher selber zuzuschreiben.

3.3. Anforderung an die Berufungsbegründung. Was mit der Berufung nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, braucht die Rechtsmittelinstanz nicht zu überprüfen. Das gilt zumindest solange, als ein Mangel nicht geradezu ins Auge springt (BGer 4A_629/2017 vom 17. Juli 2018, zur Publikation bestimmt; BGer 4A_258/2015 vom 21. Oktober 2015, E. 2.4.3; BGer 4A_290/2014 vom 1. September 2014, E. 5). Im Gegensatz zu den erstinstanzlichen Parteivorträgen hat die Berufungsschrift nicht nur eine tatsächliche, sondern auch eine rechtliche Begründung zu enthalten (ZK ZPO-REETZ/THEILER, Art. 311 N 36). Darauf wird zurückzukommen sein.

3.4. Aktenschluss. Die Parteien können sich im Zivilprozess zweimal unbeschränkt äussern (BGE 144 III 117 E. 2.2); das gilt auch für das vereinfachte Verfahren (BGer 5A_921/2017 vom 16. Juli 2018, E. 3.5). Die folgenden Parteivorträge des vorinstanzlichen Verfahrens sind daher bezüglich der von den Parteien aufgestellten Behauptungen und der gestellten Beweisanträge (vgl. Art. 219, Art. 221 Abs. 1 lit. d und lit. e und Art. 222 Abs. 2 ZPO) von Belang:

- Klage gemäss Art. 244 ZPO vom 26. April 2016 (Urk. 2);

- Klageantwortschrift bzw. Stellungnahme gemäss Art. 245 Abs. 2 ZPO der Beklagten vom 17. Juni 2016 (Urk. 13);
- Erste Vorträge der Parteien anlässlich der Hauptverhandlung vom 20. September 2016 (Prot. I S. 6-15).

Mit der Erstattung dieser Vorträge trat der Aktenschluss ein.

3.5. Schlussverhandlung. Nach der Durchführung von Beweisabnahmen gemäss Art. 231 ZPO ist den Parteien gemäss Art. 232 ZPO Gelegenheit zu geben, um "zum Beweisergebnis und zur Sache" Stellung zu nehmen. Davon kann nur abgesehen werden, wenn die Parteien "gemeinsam auf die mündlichen Schlussvorträge" verzichten. Die Vorinstanz sieht darin, dass die Parteien während der über ein Jahr dauernden Untätigkeit des Gerichts nichts mehr von sich hören liessen, einen solchen "konkludenten Verzicht" (Urk. 86 S. 4). Davon kann indessen keine Rede sein. Wenn die Vorinstanz auf eine Schlussverhandlung hätte verzichten wollen, hätte sie von den Parteien vielmehr entsprechende Erklärungen einholen müssen. In den meisten Fällen müsste das prozessuale Vorgehen der Vorinstanz ohne weiteres zur Kassation ihres Urteils führen.

Auf Grund der konkreten Aktenlage kann im vorliegenden Falle aber entgegen dem Antrag der Beklagten ausnahmsweise auf eine solche Kassation verzichtet werden. Die Schlussverhandlung gemäss Art. 232 ZPO steht nämlich im Zusammenhang mit den Beweisabnahmen gemäss Art. 231 ZPO. Wo keine relevanten Beweisabnahmen durchzuführen sind, braucht es auch keine Schlussvorträge gemäss Art. 232 ZPO. Wie zu zeigen sein wird, anerkennt die Beklagte mit ihrer Berufung einerseits die vorinstanzliche Beweiswürdigung gemäss dem angefochtenen Urteil in einem Punkte (betreffend das Gewicht des Baumes) ausdrücklich und anderseits ergibt sich, dass die weiteren Beweisgegenstände gemäss der rechtlichen Beurteilung der Berufungsinstanz nicht rechtserheblich im Sinne von Art. 150 Abs. 1 ZPO sind, weil einerseits auf Unbestrittenes abgestellt wird und es anderseits auf Rechtsfragen ankommt. Damit hat die Beklagte kein schützenswertes Interesse an einer Schlussverhandlung gemäss Art. 232 ZPO. Hinzuweisen ist schliesslich darauf, dass der Anspruch der Parteien auf eine mündliche Verhandlung gemäss Art. 6 Ziff. 1 EMRK durch die Hauptverhandlung vom 20. September 2016 erfüllt worden ist.

4. Materielle Beurteilung der Ansprüche der Klägerin aus dem Transportauftrag

4.1. Die Vorinstanz kommt zum Schluss, dass auf das Vertragsverhältnis der Parteien grundsätzlich die Regeln des Frachtvertrages gemäss Art. 440 ff. OR und damit im Sinne von Art. 440 Abs. 2 OR auch die Vorschriften über den Auftrag anwendbar sind (Urk. 86 S. 25 f.). Dem ist zuzustimmen, denn gemäss Art. 440 Abs. 1 OR übernimmt der Frachtführer gegen Vergütung den Transport von Sachen. Nach der gesetzlichen Ordnung ist es Sache des Auftraggebers bzw. des Absenders, dem Frachtführer den Ort der Ablieferung, das Gewicht der Frachtstücke, die Lieferungszeit und den Transportweg genau zu bezeichnen (Art. 441 Abs. 1 OR). Im vorliegenden Fall bestand der der Beklagten gegebene Auftrag auch darin, der Beklagten durch möglichst fotogene Flugbewegungen zu möglichst attraktiven Filmaufnahmen zu verhelfen. In diesem Sinne kam der Klägerin die Verpflichtung zu, diese Dienstleistung getreu, sorgfältig und damit vertragsgemäss zu besorgen (Art. 394 Abs. 1 und Art. 398 Abs. 2 OR).

Die Beklagte beanstandet mit ihrer Berufung die vorinstanzliche Vertragsqualifikation und meint, die Klägerin habe der Beklagten einen Erfolg versprochen, weil sie "einen Überflug des Baumes zusicherte, wenn dieser ein maximales Gesamtgewicht von 4'700 kg aufweise". Sie meint, dass ein Werkvertrag vorliege und begründet das damit, dass auch unkörperliche Werke vom Werkvertragsrecht umfasst seien (Urk. 85 Rz 30). Unkörperliche Werke im Sinne von Art. 363 OR sind geistige Werke und bilden das Ergebnis einer immateriellen Leistung künstlerischer oder wissenschaftlicher Art (GAUCH, Der Werkvertrag, 4. A., Rz 33). Das trifft auf einen Transportauftrag nicht zu, auch wenn er im Zusammenhang mit Filmaufnahmen steht. Das Eintauchen eines Baumes in einen See durch ein beauftragtes Transportunternehmen kann nämlich nicht als geistige Leistung bezeichnet werden. Der Umstand, dass vereinbart gewesen sein soll, dass der Transportflug unter dem Vorbehalt stattfinden werde, wenn der Baum nicht mehr als 4'700 kg wiege, macht den Vertrag noch nicht zu einem Werkvertrag. Aus Art. 441 Abs. 1 OR ergibt sich notabene, dass Zielort, Transportweg und Gewicht des Frachtstückes auch bei einem Frachtvertrag, der von Gesetzes wegen dem Auf-

trag zuzuordnen ist (vgl. Art. 440 Abs. 2 OR), durchaus von Belang sind und daher Gegenstand einer entsprechenden Vereinbarung bilden können.

Im Übrigen ist der Vorinstanz auch darin zuzustimmen, dass im vorliegenden Fall der Entscheid über die Klage ohnehin nicht entscheidend von der Vertragsqualifikation abhängt. Das wird im Folgenden zu erörtern sein.

4.2. Mit der Berufung erklärt die Beklagte, die Erwägungen 3 und 4 der Vorinstanz (gemeint sind die Erwägungen IV/3 und IV/4 bzw. Urk. 85 S. 27 bis 34) nicht anfechten zu wollen (Urk. 85 Rz 36). Somit sind diese vorinstanzlichen Erwägungen nicht zu überprüfen, weshalb von Folgendem auszugehen ist:

- Die bei den Akten liegende Offerte vom 7. Juli 2014 (Urk. 5/5) wurde zwar im Hinblick auf einen andern geplanten Baumtransport im F._____ erstellt, bildet aber dennoch die wesentliche vertragliche Grundlage für den hier interessierenden Baumtransport (Urk. 86 S. 27 f.).
- Das Gewicht des in G._____ rekognoszieren Baumes konnte vor dem Lufttransport von den Beteiligten nur geschätzt werden, so dass diese nicht wussten, ob der Baum das Maximalgewicht von 4'700 kg erreichte oder nicht (Urk. 86 S. 29).
- Nach der nächtlichen Wägung des Baumes teilte der Aufnahmeleiter der Beklagten, R._____, dem Projektleiter der Klägerin, J._____, mit, dass das Gewicht des zu transportierenden Baumes unter 4'700 kg liege (Urk. 86 S. 30 und S. 33).
- Fest steht, dass der Helikopter den Baum in der Folge mit Wurzel und Geäst um 07.17 Uhr leicht vom Boden hob, der Pilot den Flug jedoch abbrach, den Baum wieder absetzte und an den Startplatz zurückflog, wo er die Maschine um 07.26 Uhr abstellte (Urk. 86 S. 32).
- Der Flug wurde abgebrochen, weil im Cockpit die sog. Limiter aufleuchteten, was bedeutete, dass das Leistungsmaximum des Helikopters erreicht war (Urk. 86 S. 32).
- Fest steht weiter, dass es die Beklagte war, die daraufhin entschied, die Wurzel abzutrennen, weil weitere Äste aus ästhetischen Gründen nicht entfernt werden konnten (Urk. 86 S. 32).
- Schliesslich steht fest, dass der Baum vor dem abgebrochenen Transportflug unter 4'700 kg gewogen hat (Urk. 86 S. 33 f.).

4.3. Die Beklagte hebt mit der Berufung insbesondere hervor, dass der Baum gemäss der von ihr anerkannten Beweiswürdigung der Vorinstanz vor der Kappung der Wurzeln weniger als 4'700 kg gewogen habe, nämlich ca. 4'300 bis 4'400 kg, was in E. IV/5.5 bestätigt werde. Aus der Sicht der Beklagten ist damit

evident, dass die Klägerin die vertraglich geschuldete Leistung nicht erbracht hat (Urk. 85 Rz 35 und 39). Dem ist allerdings nicht so.

4.3.1. Die Beklagte trägt mit der Berufung vor, dass zwischen den Parteien vereinbart gewesen sei, dass die Klägerin mit ihrem Hubschrauber "zum Zweck von professionellen Filmaufnahmen im Raum G._____ einen genau bestimmten Baum integral samt Wurzelwerk aufnimmt und integral samt Wurzelwerk zum H._____ fliegt und dort mehrmals ins Wasser taucht, wobei die Filmaufnahmen am H._____ erfolgen sollten" (Urk. 85 Rz 7). Fest steht allerdings, dass nach dem ersten Transportversuch im Cockpit des Hubschraubers die Limiter-Warnleuchten aufleuchteten und der Pilot deshalb den Transportversuch mit dem angehängten Baum abbrach. Hierauf berieten sich die Angestellten der Beklagten telefonisch mit ihrem Geschäftsführer I._____ und entschieden sich dafür, dass der Wurzelstock des Baumes zu kappen sei. Die entsprechende Weisung an den Förster kam von der Beklagten und nicht etwa von der Klägerin. Dergestalt erklärte sich die Beklagte konkludent damit einverstanden, dass die Klägerin den Transportauftrag mit dem wurzellosen Baum durchführe. In diesem Sinne liess sie die Klägerin denn auch gewähren und profitierte in der Folge von deren Arbeit, indem sie diese beim Eintauchen des Baumes in den H._____ für ihre Filmaufnahmen nutzte. Dieses konkludente Verhalten der Beklagten kann nicht anders verstanden werden, als dass sie sich mit einem andern, neuen Vertragsinhalt einverstanden erklärte, nämlich in dem Sinne, dass der Transportauftrag mit dem von ihr wurzellos gemachten Baum durchgeführt werden sollte. Daraus ist jedenfalls zu schliessen, dass der Transport des wurzellosen Baumes für die Beklagte nicht nutzlos war.

Die Beklagte will das mit ihrer Berufung allerdings nicht gelten lassen und erklärt ihr Verhalten damit, dass sie auf die beschriebene Weise ihrer Schadenminderungspflicht habe genügen müssen (Urk. 85 Rz 46), denn beim Flug ohne Wurzeln habe es sich um eine Ersatzvornahme zur Teilerfüllung der ursprünglich versprochenen Leistung gehandelt (Urk. 85 Rz 48). Das beschriebene Verhalten hat indessen weder mit einer Ersatzvornahme im Sinne von Art. 98 Abs. 1 OR noch mit der Schadenminderungspflicht etwas zu tun. War ursprünglich tatsächlich das vereinbart, was die Beklagte mit der Berufung vorträgt, dann wäre die

Beklagte nicht gehalten gewesen, den Transport des Baumes ohne Wurzelstock zu akzeptieren. Die Beklagte macht mit der Berufung denn auch geltend, dass ein Termingeschäft vereinbart gewesen sei und dass die Klägerin dadurch, dass sie den Baum nicht, wie vorgesehen, habe transportieren können, in Verzug geraten sei (Urk. 85 Rz 43). Unter diesen Umständen hätte die Beklagte aber im Sinne von Art. 107 und Art. 108 Ziff. 1 OR sofort auf die Leistung der Klägerin verzichten können. Das hat sie aber augenscheinlich nicht getan, sondern stattdessen durch ihr Verhalten die Klägerin – ohne jeden Vorbehalt – dazu eingeladen, den Transportauftrag mit dem wurzellosen Baum durchzuführen. Die Beklagte meint zwar, eine allfällige Vertragsanpassung sei "nur unter der Bedingung der Beklagten" erfolgt, "dass die damit verbundenen Mehrkosten von der Klägerin übernommen würden" (Urk. 85 Rz 45). Indessen hätte die Beklagte noch vor Aktenschluss konkret behaupten müssen, wie der genaue Inhalt dieser Bedingung gewesen und wie sie in der Folge von den Parteien zum Vertragsinhalt gemacht worden sei. Das hätte konkreter Tatsachenbehauptungen bedurft. Weder ergeben sich solche Tatsachenbehauptungen aus dem angefochtenen Urteil noch weist die Beklagte mit ihrer Berufung auf solche Tatsachenbehauptungen hin; letzteres trifft namentlich nicht auf die mit der Berufung erwähnte Stelle der Klageantwort zu (Urk. 85 Rz 47 mit Hinweis auf Urk. 13 S. 27). Ohne vorherige entsprechende Einigung der Parteien verstand es sich aber von selbst, dass der von der Beklagten veranlassete Transport mit dem wurzellosen Baum für sie die üblichen Kostenfolgen haben werde. Daran ändert nichts, dass gemäss den Vorbringen in der Berufung die Filmarbeiten für den 16. Juli 2014 geplant und organisiert waren und dass eine theoretisch mögliche "Ersatzvornahme" zu einem späteren Termin, zu Komplikationen und Mehrkosten geführt hätte (Urk. 85 Rz 43). Hätte die Klägerin den Vertrag wirklich verletzt gehabt, dann hätten ihr auch solche Verzugskosten überbunden werden können. Der Vorinstanz ist mithin darin zu folgen, dass die Parteien den ursprünglichen Vertrag in dem Sinne konkludent modifizierten, dass der Transport mit dem Baum mit gekappten Wurzeln durchgeführt werden sollte. Auf die entsprechenden Erwägungen der Vorinstanz ist ergänzend zu verweisen (Urk. 86 S. 37).

4.3.2. Die Vorinstanz erwähnt sodann die handschriftlich abgeänderte Offerte Urk. 5/10 der Klägerin, die sowohl von der Geschäftsführerin der Beklagten, K._____, als auch vom Projektleiter der Klägerin, J._____, unmittelbar nach der abgeschlossenen Dienstleistung der Klägerin nach handschriftlicher Anpassung bzw. Aktualisierung unterzeichnet wurde. Weder aus dem angefochtenen Urteil noch aus der Berufung ergibt sich, dass im Prozess eine der Parteien einen übereinstimmenden Willen der Beteiligten behauptet hätte, wie denn diese schriftlichen Erklärungen zu verstehen seien. Die Bedeutung der Erklärungen gemäss Urk. 5/10 ist daher Auslegungs- und damit Rechtsfrage.

Fest steht, dass mit Urk. 5/10 die ursprüngliche Offerte (vgl. Urk. 5/5) durch handschriftliche Korrekturen der Dienstleistung der Klägerin vom 16. Juli 2014 angepasst wurde, nachdem diese erbracht worden war. Aktualisiert wurde das Papier in dem Sinne, dass der Ort der Handlung korrigiert, die Flugminuten des Hubschraubers durch handschriftliche Korrektur reduziert und die zu leistende Pauschale von Fr. 7'000.00 auf Fr. 15'000.00 erhöht wurde (Urk. 86 S. 37 f.). Dieses Papier unterzeichneten die Beteiligten ohne jeden Vorbehalt, was nur heissen kann, dass die der Klägerin zustehende Vergütung nach dem Willen der Beteiligten gemäss diesem Papier zu berechnen ist. Nicht zu folgen ist der Beklagten, wenn sie meint, K._____ habe durch Unterzeichnung dieses Dokumentes einzig "die erfolgten Flugminuten" bestätigt (Urk. 85 Rz 50). Vielmehr ist mit der Vorinstanz aus dem von K._____ erst nach den abgeschlossenen Arbeiten der Klägerin unterzeichneten Dokument zu schliessen, dass sie mit einer Abrechnung gemäss der korrigierten Offerte einverstanden war. Andernfalls hätte sie als Geschäftsfrau einen Vorbehalt angebracht. Durch dieses Dokument wurde die von der Beklagten bereits früher konkludent veranlasste Vertragsmodifikation bestätigt, und zwar vorbehaltlos. Haltlos ist sodann das Vorbringen der Berufung, K._____ habe keinen "ausreichenden Willen" gehabt, "um eine Modifikation oder einen neuen Vertrag zu schliessen", denn der Umstand, dass der Baum auch mit Wurzeln das vertragliche Höchstgewicht nicht erreicht hatte, sei *"erst durch die Beweiswürdigung im vorinstanzlichen Verfahren verbindlich erstellt"* worden (Urk. 85 Rz 50). Dazu ist zu sagen, dass sich die Beklagte noch am 16. Juli 2014 dazu veranlasst sah, den von der Klägerin transportierten Baum wägen zu lassen. Das

dabei ermittelte Gewicht von 2'180 kg deutete klar darauf hin, dass der Baum auch mit Wurzelstock das vertragliche Höchstgewicht von 4'700 kg (vgl. Urk. 15/5) wohl nicht erreicht hatte. Davon abgesehen, war R._____, dem Aufnahmeleiter der Beklagten, schon vor dem missglückten Flugversuch klar, dass der Baum das vereinbarte Maximalgewicht nicht erreichte. Die Gewichtsproblematik war der Beklagten mithin seit dem 16. Juli 2014 hinlänglich bekannt. Auf Willensmängel hätte sich die Beklagte daher nicht berufen können. Die Vorinstanz hält denn auch fest, dass die Beklagte dies nie getan hat (Urk. 86 S. 38). Darauf geht die Berufung nicht ein.

4.4. Nach dem Gesagten steht fest, dass die Beklagte es war, die nach dem ersten gescheiterten Transportversuch vorbehaltlos auf den Transport eines wurzellosen Baumes hinwirkte. Nach durchgeführtem Transport erklärte sich sodann die Geschäftsführerin der Beklagten durch Unterzeichnung von Urk. 5/10 ausdrücklich mit dem von der Klägerin vorgeschlagenen Abrechnungsmodus für den ausgeführten Transportauftrag einverstanden. Damit hat die Beklagte der Klägerin für deren Leistung die ihr zustehende Vergütung zu entrichten. Die Vorinstanz hält im Übrigen fest, dass die Beklagte bezüglich des Quantitatifs keine Einwendungen erhebt (Urk. 86 S. 39). Das wird mit der Berufung nicht beanstandet. Damit ist die Forderung der Klägerin grundsätzlich ausgewiesen.

5. Verrechnungsansprüche der Beklagten

5.1. Die Beklagte setzt der Forderung der Klägerin die folgenden Verrechnungsansprüche entgegen, die alle einen Bezug zu dem von der Beklagten veranlassten Baumtransport haben:

- Fr. 6'096.60: Rechnung der S._____ GmbH vom 15. August 2014 "für die Zurverfügungstellung des für die Ausgrabung notwendigen Materials" (Urk. 85 Rz 56 mit Hinweis auf Urk. 15/6);
- Fr. 5'760.45: Rechnung T._____ AG vom 23. Juli 2014 "für diverse Regiearbeiten betreffend Ausgrabung des Baumes" (Urk. 85 Rz 56 mit Hinweis auf Urk. 15/7);
- Fr. 2'592.00: Rechnung U._____ vom 20. August 2014 für die "Ausgrabung und Vorbereitung des Baumes" (Urk. 85 Rz 56 mit Hinweis auf Urk. 15/8);

- EUR 34'500.00 bzw. Fr. 59'629.05: Rechnung V. _____ GmbH vom 7. August 2014 "für Zusatzkosten für die digitale Aufbereitung" (Urk. 85 Rz 57 ff. mit Hinweis auf Urk. 15/9).

5.2. Entgegen ihrer Obliegenheit (vgl. dazu oben E. 3.3.) sagt die Beklagte mit ihrer Berufung nicht, wie sie ihre Gegenansprüche in rechtlicher Hinsicht begründen möchte. Da die Parteien ihren Vertrag nach dem Gesagten modifiziert haben und die Geschäftsführerin der Beklagten die Leistungen der Klägerin durch Unterzeichnung von Urk. 5/10 überdies ausdrücklich genehmigt hat, fallen vertragliche Leistungsstörungen, die zu einem vertraglichen Schadenersatzanspruch führen, ausser Betracht. Ausservertragliche Ansprüche sind sodann ohnehin nicht ersichtlich. Damit erweisen sich die Verrechnungsansprüche der Beklagten als unbegründet. Offen bleiben kann damit, ob die Beklagte ihre Verrechnungsansprüche ungenügend substantiiert hat, wie das die Vorinstanz meint.

6. Zusammenfassung, Kosten- und Entschädigungsfolgen

6.1. Nach dem Gesagten ist die Berufung ohne weiteres abzuweisen und das angefochtene Urteil ist im Sinne von Art. 318 Abs. 1 lit. a ZPO zu bestätigen; das gilt auch für die Kosten- und Entschädigungsfolgen (Art. 318 Abs. 3 ZPO).

6.2. Bei diesem Prozessausgang wird die Beklagte auch für das zweitinstanzliche Verfahren kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Eine Parteientschädigung ist der Klägerin nicht zuzusprechen, weil keine Berufungsantwort einzuholen war.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen, und das Urteil des Bezirksgerichts Zürich (7. Abteilung, Einzelgericht) vom 22. Dezember 2017 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'820.00 festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Beklagten auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet.
4. Für das Berufungsverfahren wird keine Parteientschädigung festgesetzt.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerin unter Beilage des Doppels der Berufungsschrift (Urk. 85), sowie an die Vorinstanz, 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 Fr. 28'360.80.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 1. Oktober 2018

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

Dr. L. Hunziker Schnider

lic. iur. M. Hochuli

versandt am:
am