

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: NP190005-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin  
lic. iur. A. Katzenstein und Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden  
sowie Gerichtsschreiberin MLaw N. Menghini-Griessen

## Urteil vom 28. Mai 2019

in Sachen

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

Beklagter und Berufungskläger

gegen

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

Klägerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur., LL.M. X.\_\_\_\_\_,

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im vereinfachten Verfahren  
des Bezirksgerichtes Affoltern vom 29. November 2018; Proz. FV170002**

### **Rechtsbegehren:**

#### **"Rechtsbegehren der Klägerin (act. 2 S. 2):**

1. Der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin CHF 25'531.20 zuzüglich Zins zu 5% seit 3. September 2016 zu bezahlen;
2. unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer zu 8% zulasten des Beklagten."

#### **Rechtsbegehren des Beklagten (sinngemäss, act. 16 S. 1):**

1. Die Klage sei vollumfänglich abzuweisen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Klägerin".

#### **Urteil des Bezirksgerichtes Affoltern vom 29. November 2018:**

1. Die beklagte Partei wird verpflichtet, der klagenden Partei Fr. 25'531.20 (bestehend aus Fr. 23'640.- Vergütung sowie Fr. 1'891.20 MwSt 8%) nebst Zins zu 5 % seit 3. September 2016 zu bezahlen.
2. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'600.- festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten werden der beklagten Partei auferlegt und mit dem von der klagenden Partei geleisteten Vorschuss verrechnet.
4. Die beklagte Partei wird verpflichtet, der klagenden Partei eine Parteient-schädigung von Fr. 4'580.- zuzüglich der Kosten des Schlichtungsverfah-rens von Fr. 525.- zu bezahlen. Zudem hat sie der klagenden Partei den Kostenvorschuss von Fr. 3'600.- zu ersetzen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, je gegen Gerichtsurkunde resp. Emp-fangsschein.
6. Eine Berufung gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen von der Zustel-lung an im Doppel und unter Beilage dieses Entscheids beim Obergericht des Kantons Zürich, Zivilkammer, Postfach, 8021 Zürich, erklärt werden. In

der Berufungsschrift sind die Anträge zu stellen und zu begründen. Allfällige Urkunden sind mit zweifachem Verzeichnis beizulegen.

### **Berufungsanträge:**

des Beklagten (act. 73):

1. Das Urteil der Vorinstanz sei aufzuheben
2. Es sei diese anzuweisen, einen neuen Entscheid zu fällen oder das Obergericht solle einen eigenen Entscheid fällen
3. Es sei die aufschiebende Wirkung für die Rechtskraft zu erteilen
4. Die Kosten und Entschädigungsfolgen seien der Gegenpartei (Berufungsbeklagte) aufzuerlegen.

### **Erwägungen:**

#### **I. Sachverhalt / Verfahrensverlauf**

1. Die Klägerin ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung, die Architekturleistungen erbringt. Der Beklagte war in der hier massgebenden Zeit August 2008 bis 2011 Eigentümer des Grundstückes Kat. Nr. ... an der ...strasse ... in C.\_\_\_\_\_ [Ort]. Unbestrittenermassen hat die Klägerin für den Beklagten in der genannten Zeitspanne für eine von diesem geplante Überbauung mehrere Varianten projektiert. Die Klägerin fordert vom Beklagten ein Entgelt für ihre getätigten Leistungen. Der Beklagte steht auf dem Standpunkt, der Klägerin nichts zu schulden, da kein Vertrag zustande gekommen sei und stets die Prämisse der unverbindlichen und unentgeltlichen Leistungserbringung bis zum Vorliegen eines bewilligungsfähigen Projektes gegolten habe, was die Klägerin nicht erbracht habe.
2. Die Vorinstanz führte das Hauptverfahren durch und entschied im oben wiedergegebenen Sinn zugunsten der Klägerin.
3. Dagegen erhebt der Beklagte mit Eingabe vom 18. Februar 2019 rechtzeitig Berufung und stellt die eingangs aufgeführten Anträge.

4. Mit Beschluss vom 5. März 2019 wurde auf den Antrag des Beklagten um Gewährung der aufschiebenden Wirkung der Berufung nicht eingetreten (act. 76). Den von ihm erhobenen Kostenvorschuss (a.a.O.) hat er innert erstreckter Frist geleistet (act. 78 - 82).

Das Verfahren erweist sich als spruchreif. Weiterungen können unterbleiben.

## II. Berufungsverfahren / Würdigung

1. Die Berufung ist bei der Rechtsmittelinstanz schriftlich einzureichen und hat Anträge in der Sache zu enthalten und zwar im Rechtsbegehren selbst und nicht bloss in der Begründung (Ivo W. Hungerbühler/Manuel Bucher, DIKE-Komm-ZPO Art. 311 N 20; Reetz/Theiler in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., 3.A. Art. 311 N 34 mit zahlreichen Hinweisen). Ein Rechtsmittelkläger hat sich sodann in seiner Rechtsmittelschrift mit den Entscheidungsgründen des angefochtenen Urteils im Einzelnen auseinanderzusetzen und konkret aufzuzeigen, was am angefochtenen Entscheid falsch ist. Es obliegt dem Rechtsmittelkläger, konkrete Rügen vorzubringen und diese zu begründen. Ungenügend ist ein pauschaler Verweis auf die eigene Sachdarstellung vor Vorinstanz, wenn sich diese damit bereits befasst hat. Erforderlich ist vielmehr eine sachbezogene Auseinandersetzung mit dem erstinstanzlichen Entscheid (Reetz/Theiler, a.a.O. N 36 mit zahlreichen Hinweisen; ebenso Hungerbühler/Bucher, a.a.O. N 30 ff.). Erfüllt eine Berufungsschrift diese Anforderungen nicht, wird auf die Berufung nicht eingetreten (a.a.O. N 38).

Die Berufung des Beklagten enthält ein Rechtsbegehren und eine Begründung (act. 73). Mit seinem Antrag, das Urteil der Vorinstanz sei aufzuheben (a.a.O. S. 2) drückt er ausreichend aus, dass er die ihm auferlegte Verpflichtung, die Klägerin für ihre Arbeiten zu entschädigen, aufgehoben und die Klage abgewiesen haben will. In dem Sinne genügt die Berufung den umschriebenen Anforderungen, und es ist auf sie einzutreten.

2. Der Beklagte bringt zunächst vor, es sei kein Werkvertrag entstanden; und da ein solcher nicht entstanden sei, sei auch keine Kündigung und kein Rücktritt erfolgt; es bestehe daher kein Anspruch auf eine Entschädigung (act. 73 S. 2 sub II/A). Weiter macht er geltend, die Parteien hätten im Jahr 2008 vereinbart, dass auf seiner Parzelle kostenlos überprüft werde, ob diese überbaut werden könne und erst wenn dies bestätigt sei, ein entgeltlicher Werkvertrag oder Auftrag erstellt (erteilt) werde. Die Kontakte hätten 2008 begonnen und 2011 geendet. Der Konsens sei gewesen, dass eine Verrechnung und ein Entgelt erst dann erfolgen dürfe, wenn ein bewilligungsfähiges Konzept vorliege; dieses Ziel sei nicht erreicht worden (a.a.O. S. 3 sub 2). In diesem Sinne hatte sich der Beklagte bereits vor Vorinstanz geäußert (vgl. act. 16 S. 2; Prot. VI S. 14, S. 16).

2.1. Die Vorinstanz setzte sich in ihrem Entscheid ausführlich mit der Frage auseinander, ob zwischen den Parteien ein Vertrag zustande gekommen war, wie ein solcher zu qualifizieren und ob er (un)-entgeltlich wäre.

An dieser Stelle ist der Klarheit halber festzuhalten, dass in zeitlicher Hinsicht zwei Phasen in der geschäftlichen Beziehung der Parteien zu unterscheiden sind. Diese lassen sich in die Zeit des Jahres 2008 und ab Dezember 2010 einteilen. Für das Jahr 2008 und die damals von der Klägerin verrichteten Tätigkeiten sind sich die Parteien einig, dass die Klägerin die Überbaubarkeit des dem Beklagten gehörenden Grundstückes prüfen und ein Vorprojekt erstellen sollte, welche Arbeiten kostenlos erfolgen sollten. Unbestritten ist weiter, dass nach Ablieferung dieser Arbeiten während fast zwei Jahren kein Kontakt mehr bestand und dieser erst im Dezember 2010 durch den Beklagten wieder aufgenommen wurde. Strittig ist, ob die von der Klägerin ab Dezember 2010 für den Beklagten angefertigten zahlreichen Pläne und vorgenommenen Berechnungen zu entschädigen sind.

2.1.1. Die Vorinstanz hat in ihren Erwägungen detailliert die Vorbringen der Parteien dargestellt und in deren Würdigung festgehalten, es bestünden übereinstimmende gegenseitige Willensäußerungen zur Prüfung der Überbaubarkeit und Projektierung der Überbauung des Grundstückes Kat. Nr. ... des Beklagten in C.\_\_\_\_\_. Übereinstimmung bestehe auch darin, dass Ziel der klägerischen Leis-

tungen die Erlangung eines bewilligungsfähigen Projektes war. Zum Inhalt der Einigung habe sodann die Erstellung von Plänen und Kostenvoranschlägen nebst den dazugehörigen Berechnungen gehört. Die Vorinstanz hielt davon ausgehend die Vereinbarung als den werkvertraglichen Regeln unterstellt (act. 75 S. 6 - 14 E. 3.2.1. - 3.2.4.1.). Eine Unterscheidung der beiden zeitlichen Phasen nahm die Vorinstanz jedoch nicht vor.

Mit diesen Erwägungen der Vorinstanz setzt sich der Beklagte in seiner Berufungsschrift nicht konkret auseinander. Vielmehr wiederholt und bekräftigt er seinen auch vor Vorinstanz geäußerten Standpunkt (act. 16 S. 2; Prot. VI S. 14 und 16), es sei zwischen ihm und der Klägerin kein Vertrag zustande gekommen (act. 73 S. 2). In dem Sinne kommt er seiner Pflicht, sich mit den Erwägungen im angefochtenen Entscheid spezifisch auseinanderzusetzen und aufzuzeigen, inwiefern dieser falsch sein soll, nicht nach, da es, wie erwähnt, nicht genügt, das vor Vorinstanz Vorgetragene zu wiederholen. Wenn der Beklagte vorträgt, es sei kein Vertrag zustande gekommen, bezieht er sich möglicherweise auf den Umstand, dass er der Klägerin letztlich keinen Auftrag zur Realisierung der Überbauung erteilt hat. Davon zu unterscheiden bzw. abzugrenzen sind jedoch die Projektierungs- und Planungsphase für eine vorgesehene Überbauung, die der Realisierungsphase vorangestellt sind und die nicht zwingend in einer Hand vereint bzw. von einer Hand erstellt werden müssen. Hier lassen sich die Planungs- und Projektierungsphase sodann wie erwähnt insgesamt in zeitlich zwei klar abgrenzbare Perioden einteilen, was einen zu Beginn der Geschäftsbeziehung geschlossenen Konsens über beide Zeitabschnitte nicht nahelegt. Dies gilt umso mehr, als die im Jahre 2008 erstellten Skizzen und Grobberechnungen sich in ihrer Genauigkeit und Ausführlichkeit deutlich von den Plänen ab Dezember 2010 unterscheiden (vgl. act. 4/6 - 9; act. 4/13 - 23). Aus der unbestrittenen Tatsache, dass nicht die Klägerin, sondern eine Drittfirma eine Überbauung auf dem Grundstück des Beklagten erstellt hat, kann der Beklagte nichts für seinen Standpunkt, die Arbeiten der Klägerin seien nicht zu vergüten, herleiten.

2.1.2. Im Folgenden befasste sich die Vorinstanz mit den vordergründig unterschiedlichen Sachdarstellungen der Parteien zur Entgeltlichkeit. Sie erwog, die

Klägerin mache Entgeltlichkeit für ihre ab dem 4. Dezember 2010 getätigten Leistungen geltend. Weiter führte sie aus, es sei unbestritten und auch aktenkundig, dass nach der Ablieferung der ersten kostenlos erstellten Skizzen im August 2008 zwischen den Parteien keine Kontakte mehr stattgefunden hätten. Solche seien erst am 4. Dezember 2010 auf Initiative des Beklagten wieder aufgenommen worden. Sodann wies die Vorinstanz unter Auflistung detaillierter Angaben zu den verschiedenen erstellten Plänen darauf hin, dass ab diesem Zeitpunkt intensive Diskussionen zwischen den Parteien stattgefunden hätten und der Beklagte der Klägerin verschiedentlich Änderungs- und Anpassungswünsche unterbreitet habe. Gestützt auf ihre Vorbringen habe die Klägerin die Basis für die natürliche Vermutung der stillschweigend vereinbarten Entgeltlichkeit für ihre ab Dezember 2010 für den Beklagten getätigten Leistungen gelegt. Sodann führte die Vorinstanz aus, dem Beklagten sei es nicht gelungen, Zweifel an der Entgeltlichkeit der klägerischen Leistungen zu wecken, da er sich nicht mehr an die Details des 2008 Besprochenen habe erinnern können und darüber hinaus sowohl seine eigenen Angaben als auch diejenigen seines Sohnes zu allgemein, zu wenig konkret gehalten seien. Insbesondere habe er nie konkret behauptet, der Klägerin gesagt zu haben, er wolle ihre Leistungen auf dem Weg hin zu einem bewilligungsfähigen Projekt nach seinen Vorstellungen und Ideen nicht vergüten, falls kein bewilligungsfähiges Projekt zustande käme, und dass sich die Klägerin damit einverstanden erklärt habe (act. 73 S. 18 f.). Schliesslich hielt die Vorinstanz fest, es sei zwischen den Parteien kein Konsens zustande gekommen bezüglich Kostenlosigkeit der Arbeiten der Klägerin bis zum Vorliegen eines bewilligungsfähigen Projektes. Das Vertrauensprinzip verbiete im Bereich von Architektenverträgen dem Empfänger die Annahme, solche umfangreichen Leistungen seien nicht zu entschädigen (ebenda S. 19). Beweiserhebungen seien zudem entbehrlich, da keine substantiierten Behauptungen vorlägen (ebenda).

Auf diese Erwägungen nimmt der Beklagte in seiner Berufungsschrift kaum oder gar keinen Bezug. Namentlich stellt er nicht in Abrede, dass ab Ende 2008 bis August 2010 zwischen ihm und der Klägerin kein Kontakt mehr bestanden hat und dieser auf seine Initiative wieder aufgenommen wurde. In diesem Zusammenhang beklagt der Beklagte vielmehr die Verfahrens- und Protokollführung vor

und durch die Vorinstanz. So moniert er, mehrere Male auf den Inhalt und Wortlaut der Urkunde 67/3 hingewiesen zu haben, insbesondere auch bei seiner Befragung und derjenigen seines Sohnes. Ihre Antworten fänden sich aber nicht im Protokoll; das betreffende Dokument und sein Inhalt seien im Urteil nicht gewürdigt worden (act. 73 S. 3 sub 3). Das fragliche Dokument 67/3 ist eine vom Beklagten selbst erstellte und mit 29. August 2018 datierte Bestätigung zum "Vorgehen mit Herrn D.\_\_\_\_\_". Der Inhalt dieses - offenbar im Zusammenhang mit dem vorliegenden Verfahren erstellten - Schriftstückes stellt eine blosser Parteibehauptung aus Sicht des Beklagten dar und vermag bereits deswegen keinen Beweis für seine Richtigkeit zu erbringen. Daneben enthält dieses Schriftstück auch bezüglich der Behauptung, ein Auftrag und Werkvertrag werde erst dann erteilt, wenn ein bewilligungsfähiges, umsetzbares Konzept zur Einreichung an die Gemeinde C.\_\_\_\_\_ für die Parzelle ... vorliege und von ihm abgesegnet werde, keine konkreten Angaben dazu, wann, bei welchen Gelegenheiten und in wessen Anwesenheit diese Vereinbarung von der Klägerin explizit bestätigt worden sein soll (act. 67/3). Dies ergibt sich auch weder aus den Ausführungen des Beklagten noch seines Sohnes des Beklagten A.\_\_\_\_\_ im Rahmen der vorinstanzlichen Verhandlung. Der Beklagte selber vermochte zur Frage, nach einer ersten Phase habe sich das Honorar nach der Bausumme gerichtet, es hätte gemäss SIA abgerechnet werden sollen, nichts zu antworten und gab diese Frage an seinen Sohn weiter (Prot. VI S. 33/34), welcher meinte, die Schnittstelle, dass es ab jetzt koste, habe es seitens der Klägerin nicht gegeben, auch aktuell nicht und auch im Jahre 2008 nicht. Die Unverbindlichkeit sei da, bis die Prämisse, die bekannt und aktenkundig sei, erreicht sei. Im weiteren führte der Sohn des Beklagten aus, es sei weder im Jahre 2008 noch im Jahre 2010 Entgeltlichkeit vereinbart worden. Die weitere Frage, wann und wem gegenüber auch Ende 2010 bei Besprechungen mehrmals die Prämisse der Unentgeltlichkeit und Kostenlosigkeit geäussert worden sein soll (Prot. VI S. 34/35), beantwortete der Beklagte selber nicht, sondern liess seinen Sohn Antwort geben (a.a.O. S. 35). Dieser erklärte, 2008 sei die Situation klar gewesen. Im Jahre 2010 habe es Besprechungen gegeben, anfangs 2011 auch. Drei Leute seien an den Besprechungen anwesend gewesen, sie und Frau E.\_\_\_\_\_. In jeder Besprechung hätten sie das besprochen, es sei eine Prä-

misse gewesen, dass sie zur Entstehung eines Werkvertrages oder Auftrages voraussetzten, dass ein baubewilligungsfähiges Konzept vorliege. Letzten Endes hätten sie ohne ihn bauen müssen. Die Klägerin hätte mehr machen müssen, um hier zu bestehen. Sie habe die Prämisse nicht erfüllt, sie habe ihre Aufgaben nicht erfüllt (Prot. VI S. 35). Letzteres bezieht sich aber offensichtlich auf die Erteilung eines Werkvertrages zur Erstellung der geplanten Überbauung, welche nicht von der Klägerin realisiert wurde, weil diese kein bewilligungsfähiges Projekt vorlegte. Dies beantwortet aber nicht die Frage nach der vom Beklagten behaupteten und der Klägerin gegenüber immer wieder geltend gemachten Unentgeltlichkeit der von ihr auszuarbeitenden Pläne und weiterer Unterlagen. Die weitere Frage, ob bei einem positiven Vorentscheid ein Entgelt geschuldet gewesen wäre (Prot. VI S. 35), gab der Beklagte ebenfalls an seinen Sohn weiter, der diese Frage für blöd und unsinnig hielt und meinte, was heisst schon, wenn. Dann hätte er einen Auftrag bekommen (a.a.O.). Schliesslich verwiesen der Beklagte und sein Sohn auf act. 67/3 bezüglich der Frage, es werde von einer Prämisse geredet, die erfüllt sein müsse, damit Entgeltlichkeit gegeben sei (a.a.O. S. 35/36). Die Angaben des Beklagten und seines Sohnes vor Vorinstanz machen in keiner Weise klar, bei welchen Gelegenheiten der Beklagte der Klägerin gegenüber ausdrücklich erklärt haben will, er erwarte für die auszuarbeitenden Pläne und Kostenberechnungen Unentgeltlichkeit, womit die Klägerin einverstanden gewesen sei. Inwiefern die Befragung einseitig erfolgt und manipuliert sei, wie er vorträgt (act. 73 S. 4), verdeutlicht er in seiner Berufungsschrift nicht, und solches ergibt sich auch nicht aus dem Protokoll. Diesbezüglich fallen seine Beanstandungen nur sehr allgemein aus. Soweit sich diese Rügen auf die Befragung von D.\_\_\_\_\_, Vertreter der Klägerin, beziehen (a.a.O.), ist dem Beklagten entgegenzuhalten, dass er bei der Vorinstanz keine Berichtigung des Protokolls verlangt hat, so dass es damit sein Bewenden haben muss. Zutreffend ist, dass D.\_\_\_\_\_ vor Vorinstanz ausführte, dass die Aufwendungen im Jahre 2008 unentgeltlich erfolgen sollten (Prot. VI S. 22 - 25). Weiter gab er an, dass die Leistungen ab Dezember 2010 kostenpflichtig sein sollten (a.a.O. S. 29). Dass hierüber ausdrücklich eine Vereinbarung mit dem Beklagten getroffen worden sei, ergibt sich aus den Ausführungen von D.\_\_\_\_\_ vor Vorinstanz jedoch nicht. Er meinte lediglich, es sei nie die Rede davon gewe-

sen, dass alles unentgeltlich sei (ebenda S. 23). Damit behauptete allerdings auch der Vertreter der Klägerin nicht, zwischen ihm und dem Beklagten sei in dieser Phase ausdrücklich die Entgeltlichkeit besprochen und vereinbart worden. Offensichtlich haben die Parteien immer wieder miteinander über das beabsichtigte Bauprojekt gesprochen; ab Dezember 2010 nicht zur Sprache kam aber die Frage nach der (Un-)Entgeltlichkeit der von der Klägerin nunmehr erwarteten Leistungen. Die Vorinstanz hat denn auch vor diesem Hintergrund zu Recht erwogen, es sei zwischen den Parteien kein Konsens über die Entgeltlichkeit der von der Klägerin getätigten Leistungen ab dem Jahre 2010 zustande gekommen (act. 75 S. 10).

2.1.3. Damit entfällt die Vergütungspflicht des Bestellers nicht ohne weiteres. Die Vorinstanz hat unter Bezugnahme auf Gauch (vgl. Gauch, Der Werkvertrag, 5. A., Rz 111b und 111c) zu Recht erwogen, wenn im Einzelfall feststehe, dass die geschuldete Herstellung des Werkes nach den Umständen nur gegen eine Vergütung zu erwarten sei, weil die Vergütung z.B. einer einschlägigen Übung entspreche, so gehe eine tatsächliche (natürliche) Vermutung dahin, dass von den Parteien zumindest eine stillschweigende Vergütungsvereinbarung getroffen worden sei. Die Basis dieser Vermutung nachzuweisen, obliege dem Unternehmer, der die Beweislast für die Entgeltlichkeit der von ihm geschuldeten Werkleistung trage. Die tatsächliche Vermutung könne vom Besteller durch blossen Gegenbeweis entkräftet werden, der beim Gericht Zweifel an der vom Unternehmer behaupteten Vergütungsabrede wecke. Die vereinbarte Entgeltlichkeit sei namentlich dann zu vermuten, wenn die Leistung von einem Unternehmer im Rahmen seines Gewerbebetriebes oder seiner Berufsausübung erbracht werde (act. 75 S. 13).

Die Klägerin betreibt ein Architekturbüro; die von ihr erbrachten Leistungen für den Beklagten betreffen typische Architekturarbeiten wie Pläne für die vorgesehene Überbauung und sind detailliert gehalten. Die Vorinstanz hat die von der Klägerin erbrachten Leistungen in ihren Erwägungen im Einzelnen aufgelistet und beschrieben (act. 75 S. 15 Mitte - S. 16 unten). Die Leistungen der Klägerin, die auf mehrfachen Besprechungen mit dem Beklagten beruhten (Prot. VI S. 35, act. 73 S. 5; Prot. VI S. 26; act. 4/10 - 12, act. 4/24 - 33), sind damit offensichtlich

im Rahmen ihrer gewerblichen Tätigkeit erbracht worden. Wenn die Vorinstanz von diesen Umständen ausgehend erwog, die Klägerin habe die Basis für die natürliche Vermutung der stillschweigend vereinbarten Entgeltlichkeit für ihre ab Dezember 2010 dem Beklagten erbrachten Leistungen geliefert (act. 75 S. 17), so ist dies nicht zu beanstanden. Der Beklagte setzt dieser Beurteilung in seiner Berufungsschrift nichts Substanzielles entgegen. Vielmehr wiederholt er mehrfach seine Ansicht, die Parteien hätten für sämtliche Leistungen der Klägerin Kostenfreiheit vereinbart und die Klägerin habe unnütze Arbeiten abgeliefert (act. 73 S. 3 ff.). Er übergeht die vorinstanzlichen Erwägungen, wonach bezüglich der Phase ab Dezember 2010 zwischen den Parteien gerade kein ausdrücklicher Konsens über die (Un-)Entgeltlichkeit zustande gekommen sei, dass hingegen aufgrund der Umstände - zahlreiche Pläne, basierend auf Vorschlägen/Wünschen des Beklagten, Leistungserbringung der Klägerin im Rahmen ihrer gewerblichen Tätigkeit - die Klägerin die Basis für die natürliche Vermutung einer stillschweigend vereinbarten Entgeltlichkeit geliefert habe, diese mit anderen Worten nach Treu und Glauben davon ausgehen durfte, für ihre Leistungen bezahlt zu werden. Diese natürliche Vermutung vermochte der Beklagte im vorinstanzlichen Verfahren nicht zu entkräften, und er bringt auch in der Berufungsschrift (act. 73 S. 3 ff.) nichts vor, was diese vorinstanzliche Würdigung (act. 75 S. 17 -19) ins Wanken brächte. Wer als Kunde von einem Unternehmer unternehmenstypische Leistungen, die über eine blosser Gefälligkeit hinausgehen, verlangt und entgegennimmt, kann nicht erwarten, dass diese Leistungen unentgeltlich erbracht werden; solches widerspräche üblichem geschäftlichem Gebaren, und das muss(te) auch dem Kläger als Kaufmann geläufig sein.

2.2. Die Klägerin stellte dem Beklagten unterm 3. Juni 2011 eine 1. Akontozahlung von insgesamt Fr. 20'000.00 (inkl. MwSt) in Rechnung (act. 4/34), welche gemäss einer handschriftlichen Notiz vom Beklagten zurückgewiesen wurde. Am 20. Juli 2016 fakturierte die Klägerin für konkret aufgelistete Leistungen dem Beklagten einen Betrag von Fr. 25'531.20 (inkl. MwSt) (act. 4/37).

Die Vorinstanz hat die vom Beklagten erhobenen Einwände gegen diese Rechnung - Höhe der Vergütung, mangelhafte Erfüllung - im Einzelnen geprüft

und verworfen. Dabei hielt sie kurz zusammengefasst fest, zwar stehe fest, dass die Klägerin dem Beklagten letztlich kein bewilligungsfähiges Projekt abgeliefert und das Ziel der Vereinbarung der Parteien nicht erreicht habe. Allerdings habe der Beklagte nicht behauptet, der Klägerin eine angemessene Frist zur Erfüllung ihrer vertraglichen Pflichten angesetzt zu haben, er habe mithin das in Art. 366 OR vorgesehene Vorgehen nicht eingehalten, so dass die Regeln von Art. 377 OR zur Anwendung gelangten. Dies bedeute, dass der Beklagte die von der Klägerin geleistete Arbeit zu vergüten und sie voll schadlos zu halten habe. Die geltend gemachten Stunden seien ausgewiesen (act. 75 S. 21 - 26 E. 3.3.). Diesen vorinstanzlichen Erwägungen setzt der Beklagte in seiner Berufungsschrift nichts Konkretes gegenüber. So macht er beispielsweise nicht geltend, er habe entgegen der Darstellung im angefochtenen Urteil die Klägerin abgemahnt und sie aufgefordert, innerhalb einer bestimmten Frist ein bewilligungsfähiges Projekt abzuliefern (act. 73). Dies erstaunt insofern, als der Beklagte in seiner Berufungsschrift ausführt, "praktisch jeder Vorgang, den wir erhalten haben, stand im Widerspruch zu der Situation auf der Parzelle oder der vorangegangenen Arbeit.." (act. 73 S. 8), womit er zu erkennen gibt, dass ihm die Unzulänglichkeit der von der Klägerin geleisteten Arbeit auffiel und bekannt war. Er wiederholt stattdessen mehrfach auch den von der Vorinstanz festgehaltenen Umstand, dass die Klägerin kein bewilligungsfähiges Projekt abgeliefert habe (act. 73 S. 7, 9, 10). Dies allein entbindet den Beklagten nicht von der Zahlungspflicht. Wenn er vorträgt, es bedürfe keiner Frist oder Nachfrist, nachdem erhebliche Mängel festgestellt worden seien, weil das Ziel nicht habe realisiert werden können (act. 73 S. 8 unten), so verkennt er die gesetzliche Ordnung bei mangelhafter Erstellung eines Werkes während der Ausführung (Art. 366 Abs. 2 OR).

Was die Höhe der verlangten Entschädigung anbetrifft, bringt der Beklagte in seiner Berufungsschrift lediglich vor, Mängel führten zu Abzügen und je nach Umfang des Mangels könne eine Entschädigung sogar ausfallen oder noch weiter zu Schadenersatz führen (act. 73 S. 9). Damit bezieht sich der Beklagte auf die Bestimmungen von Art. 368 OR. Dies allein hilft ihm nicht weiter, da er nicht behauptet, er habe die Klägerin wegen der Mängel abgemahnt. Im Übrigen ergibt sich aus diesem Vorbringen nicht, inwiefern die von der Klägerin geltend gemach-

te Vergütung (Aufwand, Stundenansatz) unrichtig sein soll bzw. aus welchen Gründen die Vorinstanz nicht hierauf hätte abstellen dürfen, nachdem die Klägerin den tatsächlich betriebenen Aufwand von 259 Stunden auf 197 Stunden gekürzt hatte.

3. Als Fazit ist festzuhalten, dass der Beklagte in seiner Berufungsschrift nichts vorträgt, was eine andere Beurteilung erheischt. Das führt zur Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Entscheides.

### III. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Zu bestätigen ist die von der Vorinstanz getroffene Kosten- und Entschädigungsregelung (Dispositiv Ziffer 2 - 4).
2. Ausgangsgemäss hat der Beklagte die Kosten des Berufungsverfahrens zu bezahlen. Die Entscheidgebühr ist auf Fr. 3'500.00 festzusetzen und aus dem vom Beklagten geleisteten Kostenvorschuss zu beziehen.

Parteientschädigungen sind keine auszurichten: dem Beklagten nicht, weil er unterliegt, der Klägerin nicht mangels Umtrieben.

### Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen. Das Urteil des Bezirksgerichts Affoltern, Einzelgericht im vereinfachten Verfahren, vom 29. November 2018, wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'500.00 festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Beklagten auferlegt und aus dem vom Beklagten geleisteten Kostenvorschuss bezogen.
4. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteientschädigungen ausgerichtet.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerin unter Beilage einer Kopie der Berufungsschrift samt Beilagenverzeichnis und Beilagen (act. 73 und act. 74/1-12), sowie an das Bezirksgericht Affoltern, 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. 25'531.20.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Der Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. P. Diggelmann

MLaw N. Menghini-Griessen

versandt am: