

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RU130045-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach sowie Gerichtsschreiber lic. iur. D. Oehninger

Urteil vom 4. Dezember 2013

in Sachen

A._____ AG,

Beklagte und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt X._____,

gegen

B._____,

Kläger und Beschwerdegegner,

betreffend **Forderung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Friedensrichteramtes der Stadt Zürich, Kreise 4 und 5, vom 2. Mai 2013 (GV.2013.00148 / SB.2013.00211)

Erwägungen:

I.

1. Am 25. März 2013 ging beim Friedensrichteramt der Stadt Zürich Kreise 4 und 5 ein Schlichtungsgesuch des Klägers gegen die Beklagte ein. Der Kläger stellte den Antrag, die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger Fr. 1'998.– zu bezahlen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beklagten. Der Kläger ersuchte das Friedensrichteramt gemäss Art. 212 Abs. 1 ZPO um einen Entscheid. Am 30. April 2013 fand die Schlichtungsverhandlung statt, anlässlich welcher sich beide Parteien mündlich äusserten (act. 1 und act. 18).

Mit Urteil vom 2. Mai 2013 (im Dispositiv) verpflichtete der Friedensrichter die Beklagte, dem Kläger Fr. 1'998.– zu bezahlen, setzte die Gerichtsgebühr auf Fr. 400.– fest und auferlegte sie der Beklagten. Entschädigungen wurden keine zugesprochen. Dieser Entscheid wurde den Parteien unter dem Hinweis zugestellt, dass er in Rechtskraft erwachse, wenn nicht innert 10 Tagen eine Begründung verlangt werde (act. 20). Die Beklagte verlangte fristgerecht eine Begründung (act. 22 und 23). Das begründete Urteil vom 2. Mai 2013 (act. 26 = act. 31) wurde der Beklagten am 28. Mai 2013 zugestellt (act. 27).

2. Mit Mail vom 27. Juni 2013, versehen mit elektronischer Signatur gemäss ZertES, reichte die Beklagte rechtzeitig Beschwerde gegen das Urteil vom 2. Mai 2013 ein und beantragte dessen Aufhebung sowie die Abweisung sämtlicher Ansprüche des Klägers, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (act. 32). Die Beklagte brachte in ihrer Beschwerde unter anderem vor, sie habe gewisse Einwände vor dem Friedensrichter gebracht. Sie sei dabei aber überhört worden (act. 32 S. 4). Damit beantragte sie sinngemäss eine Protokollberichtigung (act. 32). Mit Beschluss vom 23. Juli 2013 trat die Kammer – nachdem die Beklagte den ihr angesetzten Kostenvorschuss fristgerecht geleistet hatte (vgl. act. 38 und act. 40) – auf das Protokollberichtigungsgesuch der Beklagten nicht

ein und setzte ihr Frist an, um bei der Vorinstanz ein Protokollberichtigungsgesuch einzureichen (act. 41). Dies tat die Beklagte fristgerecht (act. 42 und 43). Die Vorinstanz lehnte das Protokollberichtigungsgesuch mit Verfügung vom 29. August 2013 ab (act. 45), belehrte statt eine 30- allerdings fälschlicherweise eine lediglich 10-tägige Beschwerdefrist. Der Kläger erstattete mit Eingabe vom 28. Oktober 2013 (am 30. Oktober 2013 zur Post gegeben, act. 49) fristgerecht Beschwerdeantwort (vgl. act. 48).

II.

1. Das Gericht prüft von Amtes wegen, ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind (Art. 60 ZPO). Eine Prozessvoraussetzung ist die sachliche und örtliche Zuständigkeit des Gerichts (Art. 59 Abs. 2 lit. b ZPO), wobei vorliegend die mögliche Zuständigkeit des Handelsgerichts aufgrund des Streitwertes von Fr. 1'998.– von vornherein ausscheidet (vgl. Art. 6 Abs. 2 lit. b ZPO i.V.m. Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG) und der Friedensrichter zuständig war.
2. Bis zu einem Streitwert von Fr. 2'000.– können die Friedensrichter als Schlichtungsbehörden in vermögensrechtlichen Streitigkeiten auf Antrag erstinstanzliche Entscheide fällen (Art. 212 Abs. 1 ZPO). Will der Friedensrichter einen Entscheid fällen, muss er nach Art. 203 Abs. 2 ZPO sämtliche offerierten Beweismittel abnehmen, soweit diese für die Entscheidungsfindung erforderlich sind. Der Richter hat den Sachverhalt, den er aufgrund seiner Prüfung der vorliegenden Beweise als erstellt erachtet, sodann rechtlich zu würdigen. Er muss also überprüfen, ob der Sachverhalt die gesetzlichen Voraussetzungen der vom Kläger beantragten Rechtsfolge erfüllt.
3. Gegen Entscheide der Friedensrichter im Sinne von Art. 212 Abs. 1 ZPO ist, da der Streitwert für die Berufung nicht erreicht wird, die Beschwerde nach Art. 319 lit. a ZPO zulässig.

Das Beschwerdeverfahren dient grundsätzlich der Rechtskontrolle und hat nicht den Zweck, das erstinstanzliche Verfahren fortzusetzen. Im Beschwerdeverfahren sind deshalb neue Tatsachenbehauptungen zu den Vorgängen, welche zum vorinstanzlichen Verfahren geführt haben sollen, gemäss Art. 326 ZPO nicht zu hören; neue rechtliche Erwägungen hingegen sind zulässig (ZK ZPO-Freiburghaus/Afheldt, 2. Aufl. 2013, Art. 326 N. 3). Dies, damit die Beschwerdeführerin die Möglichkeit hat, sich gegen eine falsche Rechtsanwendung oder die offensichtlich unrichtige Sachverhaltsfeststellung durch die Vorinstanz zur Wehr zu setzen. Entscheidend ist jedoch mit Blick auf das Novenverbot im Beschwerdeverfahren (Art. 326 ZPO), dass sich der Beschwerdegrund aus dem vorinstanzlichen Entscheid bzw. den vorinstanzlichen Akten ergeben muss.

Die Vorbringen der Beklagten in der Beschwerde vom 27. Juni 2013 sind nur insofern beachtlich, als sie eine falsche Feststellung des (bereits vor Vorinstanz vorgetragenen) Sachverhalts oder eine unrichtige Rechtsanwendung durch die Vorinstanz betreffen. Im Übrigen sind die Vorbringen unbeachtlich; dies gilt insbesondere für die neuen Sachverhaltsdarstellungen als auch für die bei der Beschwerdeinstanz von der Beklagten neu eingereichten Unterlagen (act. 32 und act. 35/1-17).

Die Beklagte bringt in ihrer Beschwerde vor, sie habe gewisse Einwände vor dem Friedensrichter gebracht, sie sei dabei aber überhört worden (act. 32 S. 4). Die Vorinstanz wies das Protokollberichtigungsgesuch inzwischen jedoch ab (act. 45), was die Beklagte nicht anfocht. Die Beschwerdeinstanz legt ihrem Entscheid dementsprechend das in den Akten vorhandene Protokoll zugrunde (act. 18).

III.

1. Aus dem Protokoll der Vorinstanz geht Folgendes hervor: Der Kläger soll am 2. Oktober 2012 eine Anfrage von der Firma A._____ AG (Beklagte), C._____ (bis Mitte Oktober 2013 einziges Verwaltungsratsmitglied der Beklagten, mit Einzelunterschriftsbefugnis), erhalten haben. Danach habe er einen Termin mit

C._____ vereinbart, um die Räumlichkeiten zu besichtigen. C._____ habe ihm folgendes Anliegen geschildert: Sie wolle ihr Take-Away-Lokal umnutzen und benötige Beratung. Sie bezahle sehr viel Miete (Fr. 6'400.–) und der Geschäftsgang sei rückläufig. Er habe sie darauf aufmerksam gemacht, dass der UGZ (Umwelt- und Gesundheitsschutz) für eine Änderung der Betriebsart umfassende Vorschriften habe und ein detailliertes Betriebskonzept verlange. In der E-Mail vom 16. Oktober 2012 habe er darauf aufmerksam gemacht, dass die Ausarbeitung des Betriebskonzepts 2-4 Projektstage in Anspruch nehmen würde. Dazu kämen Abklärungen mit dem Hausbesitzer. Absicht und Vorschlag sei dann gewesen, die Vorabklärungen in einer einfachen Form für Fr. 2'000.– zu machen. Nach der Bekanntgabe dieses Angebots sei es zu zahlreicher Korrespondenz zwischen ihm und Rechtsanwalt X._____, dem damaligen Anwalt und Beauftragten von C._____ (und heutigen Rechtsvertreter der Beklagten), gekommen. In dieser Korrespondenz habe ihm Rechtsanwalt X._____ alte Grundrisspläne zugestellt. Deshalb gehe er davon aus, dass ein Auftrag für die Vorabklärungen zustande gekommen sei. Er habe den Grundrissplan ergänzt mit seinen Ideen und Vorschlägen. Am 18. Dezember 2012 habe er (der Kläger) Rechnung gestellt. Diese sei nie bezahlt worden. Am 26. Dezember 2012 habe er ein Schreiben von C._____ erhalten, worin sie die Auffassung vertrete, dass es keine Auftragsbestätigung gegeben habe, weshalb sie die Rechnung nicht bezahle (act. 18 S. 1 f.).

In ihrer Klageantwort anlässlich der Schlichtungsverhandlung entgegnete C._____, sie habe einen Anruf von ihrem Rechtsanwalt X._____ erhalten mit der Mitteilung, dass jemand von Gastroprojekt B._____ im Lokal vorbeikomme. Herr B._____ sei daraufhin in ihr Lokal gekommen. Sie sei bereit, Fr. 500.– zu bezahlen (act. 18 S. 2).

2. Aus den eingereichten Akten ergibt sich, dass zwischen Rechtsanwalt X._____ bzw. C._____ und dem Kläger ein E-Mail-Verkehr stattfand (vgl. act. 4, act. 12-16). Aus dieser Korrespondenz geht hervor, dass der Kläger für die Beratung bei einem allfälligen Umbau eines Take-Away-Betriebes in ein Restaurant angefragt wurde (act. 16: "Wir brauchen Beratung und bitten um einen

Anruf um einen Termin zu vereinbaren"). Die Anfrage wurde mit "Fuer A. _____ AG, Frau C. _____" signiert und auch an die E-Mail-Adresse von C. _____ (C. _____@....ch) versandt (act. 16). Beim fraglichen Take-Away-Betrieb handelt es sich um das D. _____ an der ...-Strasse ... in Zürich (vgl. www.D. _____ .ch, act. 6, act. 8, act. 16), welches von der A. _____ AG (Beklagte) betrieben wird, deren damals einziges Verwaltungsratsmitglied Frau C. _____ war (act. 36). Mit E-Mail vom 12. Oktober 2012 wandte sich Rechtsanwalt X. _____ an den Kläger und nahm erneut Bezug auf den Umbau. Er erkundigte sich, ob der Kläger helfen könne, was diese Intervention koste und ob der Kläger Unterlagen brauche (act. 15). Mit E-Mail vom 16. Oktober 2012 wandte sich der Kläger an C. _____ und Rechtsanwalt X. _____ und führte aus, er sei an der Abklärung einiger grundlegender Auflagen von Seiten des UGZ, nur schon damit er abschätzen könne, welchen Aufwand er haben werde. Er bot an, die Abklärungen und Grundlagen für eine korrekte Kostenschätzung vor der Ausarbeitung eines schriftlichen Betriebskonzeptes vorzunehmen bzw. zu schaffen. Dafür verrechne er eine Pauschale von Fr. 2'000.–. Je nach Umfang der Eingabe für das UGZ werde die Erstellung des Konzeptes, der Schreiben und der eventuellen Eingabepläne zwei bis vier Projektstage umfassen; diese verrechne er mit Fr. 1'500.– pro Tag. Für diese Arbeiten würde er eine Offerte mit Details senden. Der Kläger bat um Bestätigung (act. 14).

Der Kläger erhielt am 22. Oktober 2012 eine E-Mail von Rechtsanwalt X. _____. Darin brachte dieser zum Ausdruck, dass sich ein Umbau nicht in jedem Fall lohne. Er verstehe, dass der Kläger die Vorabklärungen mit Fr. 2'000.– einschätze. Rechtsanwalt X. _____ stellte dem Kläger die Frage, ob sich diese Ausgabe lohne oder ob er (der Kläger) schon jetzt denke oder vermute, dass der Umbau nicht bewilligt werde (act. 13).

Der Kläger schrieb in der E-Mail vom 12. November 2012 an Rechtsanwalt X. _____, dass er in den aktuellen Plan 30 Sitzplätze gezeichnet habe und eine neue Variante für die WC-Anlage. Eine Türe direkt in den Gastraum werde nicht akzeptiert. Der UGZ schaue den Plan nun an. Wenn das passe, gehe er zum Kreisarchitekten und der werde entscheiden, ob es eine ganz neue Eingabe mit

Gastrokonzept und entsprechenden Plänen geben müsse. Wenn dieser auch sage, dass es im Restaurant eine zusätzliche Lüftung brauche, könne er (der Kläger) die Kosten für Mobiliar, Bar/Büffet, Maler, Beleuchtung, WC-Anlage, Lagerverkleidung etc. zusammenstellen und Rechtsanwalt X. _____ könne danach entscheiden, ob er die Bewilligung vom Hauseigentümer und die Eingabe beim UGZ wirklich in Angriff nehmen wolle (act. 12).

Gleichen Tags entgegnete Rechtsanwalt X. _____, er habe die Original-Pläne von 1985 erhalten, und fragte den Kläger, was dieser davon brauche. Weiter schrieb Rechtsanwalt X. _____, man habe sich auch Gedanken gemacht über das WC und eine neue Lokalisierung, wobei die Theke ungefähr am jetzigen Ort bleibe, da es schon eine Wasserleitung gebe. Die vorhandene Lüftung (Abluft) reiche für einen Restaurationsbetrieb anscheinend nicht aus. Es brauche auch eine Zuluft, Kühlung und Wärmerückgewinnung. Eine Lüftungsfirma werde eine Offerte unterbreiten. Er schlage vor, die Bemerkungen des UZG abzuwarten, bevor weitergearbeitet werde (act. 12).

3. Die Vorinstanz begründete ihren Entscheid im Wesentlichen wie folgt: Gemäss Art. 8 ZGB habe derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableite. Eine Einrede gegen die Forderung sei erst bei Rechnungsstellung erhoben worden. Der Vertrag sei zustande gekommen. Der Kläger habe Fr. 2'000.– offeriert, um die besprochenen Abklärungen auszuführen. Der Vertreter der Beklagten habe dies mit seinem Schreiben vom 22. Oktober 2012 konkludent bestätigt. Daher habe der Kläger in Treu und Glauben davon ausgehen dürfen, dass die Beklagte mit den vorliegenden Vertragsbedingungen einverstanden gewesen sei. In der Folge habe er die vereinbarten Abklärungen gemäss der Anfrage der Beklagten getätigt. Ausserdem sei sie jederzeit über die ausgeführten Arbeiten des Auftrages informiert gewesen, da er (der Kläger) mit ihr sowohl mündlich als auch schriftlich (E-Mail) in Kontakt gewesen sei. Auch wenn keine Abrede über die Frage der Honorierung getroffen worden sei, sei eine Vergütung geschuldet, da der Kläger seine Arbeiten berufsmässig ausgeführt habe und dies somit üblich und geschuldet gewesen sei. Auch wenn die Beklagte der Meinung sei, dass die

Vorleistungen für den Umbau ihres Betriebes ihr nicht gedient hätten, sei das vereinbarte Honorar geschuldet, da nicht das Ergebnis, sondern der Arbeitsaufwand geschuldet gewesen sei. Die gestellte Rechnung entspreche der offerierten Vorgabe (act. 26 = act. 31, je S. 4).

4. Die Beklagte bringt in ihrer Beschwerde im Wesentlichen vor, es sei gar kein Vertrag zwischen den Parteien zustande gekommen (act. 32). Der nicht rechtskundig vertretene Kläger bezieht in seiner Beschwerdeantwort Stellung zu den Sachverhaltsvorbringen der Beklagten in der Beschwerdeschrift, stellt jedoch keine eigentlichen Anträge (act. 49). Seine Beschwerdeantwort ist immerhin dahingehend zu deuten, dass der Kläger mit der Beschwerde der Beklagten nicht einverstanden ist und nach wie vor die Gutheissung seiner Klage und damit die Abweisung der Beschwerde beabsichtigt.

4.1 Voraussetzung für das Zustandekommen eines Vertrages zwischen den Parteien ist zunächst, dass Rechtsanwalt X._____ als Stellvertreter für die Beklagte handeln durfte. Wenn jemand, der zur Vertretung eines andern ermächtigt ist, in dessen Namen einen Vertrag abschliesst, so wird der Vertretene und nicht der Vertreter berechtigt und verpflichtet (Art. 32 Abs. 1 OR).

In ihrem Schreiben vom 26. Dezember 2012 an den Kläger gab C._____ an, Rechtsanwalt X._____ sei zwar der Berater der Beklagten, aber nicht bevollmächtigt, Verträge für diese abzuschliessen (act. 6). Dies erweist sich als unzutreffend. Gemäss der von Rechtsanwalt X._____ eingereichten Vollmacht vom 25. Juli 2012 besitzt er als Vollmachtnehmer der Beklagten unter anderem folgende Befugnisse: "jegliche Akten, Verträge, Dokumente und Anträge im Namen des Klienten zu unterzeichnen" sowie "jegliche Vereinbarungen auszuhandeln und abzuschliessen, ganz oder teilweise zurückzuziehen oder diesen zuzustimmen" (act. 34). Rechtsanwalt X._____ war also befugt, im Namen der Beklagten Verträge auszuhandeln und abzuschliessen sowie zu unterzeichnen. Er verfügte damit über die Vertretungsmacht zur direkten Stellvertretung gemäss Art. 32 Abs. 1 OR (vgl. BSK OR I-Watter, 5. Aufl. 2011, Art. 32 N. 12 ff. sowie Art. 33 N. 8 ff.). Für den Abschluss eines Vertrages

zwischen den Parteien war nebst der Vertretungsmacht von Rechtsanwalt X._____ zusätzlich erforderlich, dass er *im Namen* der Beklagten handelte.

Aus den Akten ergibt sich klar, dass Rechtsanwalt X._____ stets im Namen der Beklagten handelte und nicht im eigenen Namen (vgl. Ziff. 3.2. vorstehend).

Aus den E-Mail-Schreiben vom 2. Oktober 2012 und vom 12. Oktober 2012 geht ferner hervor, dass der Kläger von Rechtsanwalt X._____ bzw. C._____ zur Offertenstellung eingeladen wurde ("Wir brauchen Beratung und bitten um einen Anruf um einen Termin zu vereinbaren" [act. 16]; "Können Sie helfen? Was kostet Ihre Intervention? Brauchen Sie Unterlagen?" [act. 15]).

Anlässlich der Schlichtungsverhandlung vor Vorinstanz bestritt C._____ denn auch nicht, dass der Kläger von ihr eine Anfrage erhalten hatte (vgl. act. 18). Weiter bestritt sie nicht, dass der Kläger die Räumlichkeiten in ihrer Anwesenheit besichtigte und sie ihm ihr Anliegen schilderte: Sie wolle das Take-Away umnutzen und benötige Beratung. Sie bezahle sehr viel Miete (Fr. 6'400.–) und der Geschäftsgang sei rückläufig (vgl. act. 18). Diese Sachverhaltsdarstellungen des Klägers gelten somit als erstellt. Damit erfolgten die vorvertraglichen Verhandlungen nicht nur *in Kenntnis* der Beklagten, sondern sogar teilweise durch sie selbst. Sie wusste ausserdem über das Auftreten von Rechtsanwalt X._____ in den Verhandlungen Bescheid. Hätte sie Rechtsanwalt X._____ die Vollmacht intern entziehen wollen, hätte sie dies dem Kläger mitgeteilt bzw. mitteilen müssen. Entsprechendes brachte sie im vorinstanzlichen Verfahren aber nicht vor. Es ist somit auch nicht von einem Entzug der Vollmacht auszugehen.

Damit ist erstellt, dass Rechtsanwalt X._____ als Stellvertreter der Beklagten handeln durfte.

4.2 Es fragt sich, ob Rechtsanwalt X._____ in Vertretung der Beklagten einen Vertrag mit dem Kläger schloss. Zum Abschluss eines Vertrages ist die übereinstimmende gegenseitige Willensäusserung der Parteien erforderlich. Sie kann eine ausdrückliche oder stillschweigende sein (Art. 1 OR).

Auf die Einladung zur Offertenstellung hin bot der Kläger Rechtsanwalt X. _____ und C. _____ an, die Abklärungen und Grundlagen für eine korrekte Kostenschätzung vor der Ausarbeitung eines schriftlichen Betriebskonzeptes vorzunehmen bzw. zu schaffen. Dafür verrechne er eine Pauschale von Fr. 2'000.–. Bei den Abklärungen handle es sich um Abklärungen einiger grundlegender Auflagen von Seiten des UGZ, wobei ein aktueller Grundrissplan für die bauliche Beurteilung notwendig sei (act. 14). Fraglich bleibt, ob diese Offerte angenommen wurde. Dies bestritt C. _____ in ihrem Schreiben vom 26. Dezember 2012, was auch vom Kläger anlässlich der Schlichtungsverhandlung vorgetragen wurde (act. 6 und act. 18 S. 2).

Eine *ausdrückliche* Annahme der Offerte wurde weder geltend gemacht, noch ergibt sich eine solche aus den Akten. Der Kläger geht aber davon aus, es habe eine konkludente Annahme stattgefunden, indem Rechtsanwalt X. _____ auf sein Angebot hin zahlreiche Korrespondenz mit ihm geführt und ihm alte Grundrisspläne zugestellt habe (act. 18 S. 1).

In seiner E-Mail vom 16. Oktober 2012 bat der Kläger um eine Bestätigung seiner Offerte (act. 14). Damit war eine stillschweigende Annahme im Sinne von Art. 6 OR ausgeschlossen (vgl. BSK OR I-Bucher, 5. Aufl. 2011, Art. 6 N. 7), nicht hingegen eine durch konkludentes Verhalten.

Rechtsanwalt X. _____ drückte sich in seiner E-Mail vom 22. Oktober 2012 missverständlich aus. Auf der einen Seite brachte er zum Ausdruck, er wolle Kosten sparen und sich erst einmal an das UGZ (Frau E. _____) wenden. Auf der anderen Seite fragte er sich, ob dies taktisch gut sei. Er verstehe, dass die Vorabklärungen mit Fr. 2'000.– eingeschätzt würden. Er erkundigte sich aber dennoch beim Kläger, ob sich diese Ausgabe lohne und ob der Kläger jetzt schon denke (vermute), dass der Umbau nicht bewilligt werden könne (act. 13). Der Hinweis auf die Kosten bringt zum Ausdruck, dass Rechtsanwalt X. _____ mit der Annahme der Offerte (betreffend Vorabklärungen) noch zögerte bzw. diese noch nicht annehmen wollte. Dennoch wollte er aber die Dienste des Klägers in Anspruch nehmen, indem er nachfragte, ob dieser denn denke, dass der Umbau bewilligt werden könne. Letzteres konnte der Kläger schliesslich nur beurteilen,

wenn er gewisse Vorabklärungen bereits getätigt hatte. Aufgrund der missverständlichen Ausdrucksweise von Rechtsanwalt X._____ in der E-Mail vom 22. Oktober 2012 kann keine Annahme der Offerte bewiesen werden.

Gemäss Sachverhaltsschilderung des Klägers anlässlich der Schlichtungsverhandlung stellte Rechtsanwalt X._____ dem Kläger jedoch zusätzlich alte Grundrisspläne zu (act. 18 S. 1), was von der Beklagten nicht bestritten wurde (act. 18 S. 2). Dass dem so ist, ergibt sich ausserdem auch aus den Akten; sie enthalten zwei Pläne, welche der Kläger einreichte und welche er nur von der Beklagten erhalten haben konnte (vgl. act. 5 und act. 17). Spätestens mit der Zusendung der Pläne brachte Rechtsanwalt X._____ zum Ausdruck, dass er weitere Abklärungen vom Kläger erwartete, was eine konkludente Annahme der Offerte darstellt; er nahm die ihm angebotene Leistung in Anspruch. Der Kläger zeichnete einen Plan (mit 30 Sitzplätzen und einer neuen Variante für die WC-Anlage) und schrieb Rechtsanwalt X._____ in seiner E-Mail vom 12. November 2012, dass der Plan vom UGZ nun angeschaut werde. Wenn das passe, gehe er zum Kreisarchitekten und der werde entscheiden, ob es eine ganz neue Eingabe mit Gastrokonzept und entsprechenden Plänen geben müsse (act. 12). Rechtsanwalt X._____ nahm in seiner Antwort vom 12. November 2012 darauf Bezug und schlug vor, dass zuerst die Bemerkungen des UGZ abzuwarten seien, bevor man weiterarbeite. Die Vorarbeit des Klägers war damit getan, denn die Ausarbeitung eines Gastro- bzw. Betriebskonzeptes gehörte gemäss Offerte nicht mehr zu den Vorarbeiten (act. 14). Rechtsanwalt X._____ nahm die Leistung in seiner E-Mail vom 12. November 2012 vorbehaltlos entgegen, was eine konkludente Annahme der Offerte darstellt.

Es kann somit festgehalten werden, dass Rechtsanwalt X._____ als Stellvertreter der Beklagten die Offerte des Klägers konkludent annahm und der Vertrag über die Vorabklärungen für den Umbau – welcher formlos geschlossen werden konnte – zustande kam.

4.3 In ihrer Beschwerde bringt die Beklagte vor, selbst vereinbarte Arbeiten müssten nicht nur ausgeführt, sondern sachgemäss ausgeführt werden. Der Friedensrichter habe auch nicht untersucht, ob der Kläger wirklich Leistungen

erbracht habe. Der Kläger habe keinen Beweis über seine Leistungen geführt. Wenn man die Existenz eines Auftrages bejahe – was die Beklagte jedoch nicht tue –, müsse der Beauftragte gemäss Art. 400 OR über seine Geschäftsführung Rechenschaft ablegen. Der Kläger habe dies nicht getan und damit auch keinen Anspruch auf Bezahlung des Honorars. Die Vorinstanz habe übersehen, dass der Kläger gar nicht bewiesen habe, einen Auftrag fachmännisch ausgeführt zu haben, was ihre Pflicht gewesen sei (act. 32 S. 4 f.).

4.4 Gegenstand des Beweises sind rechtserhebliche, streitige Tatsachen (Art. 150 Abs. 1 ZPO).

Beim Vorbringen der Beklagten in der Beschwerde, der Kläger habe die Arbeiten nicht *sachgemäss* ausgeführt, handelt es sich um ein (im Beschwerdeverfahren) unzulässiges Novum. Doch geht bereits aus den Akten des vorinstanzlichen Verfahrens, nämlich aus den Schreiben vom 26. Dezember 2012 und 25. Januar 2013 der Beklagten an den Kläger hervor, dass Erstere der Auffassung war, der Kläger habe *nicht alle* in Rechnung gestellten Arbeiten ausgeführt. Er habe zwar Vorleistungen erbracht (ohne Auftrag), diese seien ihr aber nicht dienlich. Sie bestehe daher auf ihrem Standpunkt, dass sie dem Kläger nichts schulde. Sie sei dennoch bereit, dem Kläger per Saldo aller Ansprüche Fr. 500.– zukommen zu lassen. Dies sei ihr bestes Angebot, gültig bis am 1. Februar 2013 (act. 6 und act. 7). Dass sie bereit sei, einen Teilbetrag von Fr. 500.– zu bezahlen, wiederholte die Beklagte vor Vorinstanz (act. 18).

Der Hinweis der Beklagten, die ausgeführten Arbeiten seien ihr nicht dienlich, ist nicht per se mit einer substantiierten Einrede der nicht vertragskonformen Erfüllung gleichzusetzen. Wie die Vorinstanz zutreffend ausführte, war nicht ein Erfolg geschuldet, sondern ein Tätigwerden (vgl. BSK OR I-Weber, 5. Aufl. 2011, Art. 394 N. 6 ff.). Es war von Anfang an klar, dass der Umbau von den Auflagen des UGZ abhängig war. In diesem Sinne schlug der Kläger vor, dass er vor der Ausarbeitung eines schriftlichen neuen Betriebskonzepts die Abklärungen und Grundlagen für eine korrekte Kostenschätzung vornehmen würde. Dazu gehörten die Abklärungen der Auflagen von Seiten des UGZ (act. 14). Demgemäss ist es durchaus möglich, dass die Vorabklärungen des Klägers der Beklagten nicht

dienlich waren. Damit ist aber noch nichts über eine vertragskonforme oder nicht vertragskonforme Erfüllung gesagt.

Es fragt sich, ob der Hinweis der Beklagten vor Vorinstanz, der Kläger habe nicht alle in Rechnung gestellten Arbeiten ausgeführt (act. 6) bzw. die Arbeiten seien nicht dienlich gewesen (act. 7), eine genügende Bestreitung hinsichtlich der Höhe der Honorarforderung darstellte.

4.5 Gemäss Art. 394 Abs. 3 OR ist eine Vergütung zu leisten, wenn sie verabredet oder üblich ist. Als Berechnungskriterien für die Festlegung der Höhe des Entgelts gemäss Parteivereinbarung oder Ortsüblichkeit kommen eine vorweg bestimmte Pauschalsumme, ein fester Prozentsatz des Wertes des besorgten Geschäfts, feste Summensätze pro Einheit der aufgewendeten Arbeitszeit oder eine Erfolgsbeteiligung in Frage (vgl. BSK OR I-Weber, 5. Aufl. 2011, Art. 394 N. 37). Vereinbart war eine Pauschale von Fr. 2'000.– für die Vorabklärungen (act. 14).

Vermögensrechtliche Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von Fr. 30'000.– unterstehen dem vereinfachten Verfahren (Art. 243 Abs. 1 ZPO). Im Entscheidungsverfahren (bis zu einem Streitwert von Fr. 2'000.–) ist die Schlichtungsbehörde erste Entscheidungsinstanz. Die Bestimmungen über das vereinfachte Verfahren kommen sinngemäss zur Anwendung (BSK ZPO-Infanger, 2. Aufl. 2013, Art. 212 N. 13a). Das vereinfachte Verfahren zeichnet sich durch Laienfreundlichkeit und Effektivität aus. Sein Ablauf ist gekennzeichnet durch geringere Anforderungen an Parteieingaben, regelmässig fehlende zweite Schriftenwechsel und stattdessen vorherrschende Mündlichkeit. Im vereinfachten Verfahren gilt eine im Vergleich zu Art. 56 ZPO verstärkte richterliche Fragepflicht. Der Richter hat damit eine höhere Mitwirkungspflicht als in Verfahren, die allein durch die Dispositions- und Verhandlungsmaxime bestimmt sind. Durch diese zweite Stufe der gerichtlichen Mitwirkung an der Sachverhaltserhebung hat das Gericht "durch entsprechende Fragen" darauf hinzuwirken, dass die Parteien ihre Vorbringen zum Sachverhalt ergänzen und die dazugehörigen Beweismittel bezeichnen (Art. 247 Abs. 1 ZPO). Dies bedeutet insbesondere, dass das Gericht sich durch aktives Fragen darum bemüht, dass eine Partei die Möglichkeit erhält,

die aus Sicht des Gerichts relevanten Behauptungen und Beweismittel vorzubringen. Das heisst somit auch, dass das Gericht nicht erst bei offensichtlich unvollständigen Vorbringen nachfragt. In einem Teil der Literatur besteht Einigkeit darüber, dass die beiden Formen gerichtlicher Mitwirkung gemäss Abs. 1 und 2 von Art. 247 ZPO bei der Sachverhaltsabklärung auf das Gleiche hinauslaufen (vgl. BSK ZPO-Mazan, 2. Aufl. 2013, Art. 247 N. 8 f. mit weiteren Hinweisen). Das Ausmass der verstärkten richterlichen Fragepflicht (Art. 247 Abs. 1 ZPO) sowie das Ausmass der gerichtlichen Mitwirkung bei der Feststellung des Sachverhalts (Art. 247 Abs. 2 ZPO) ist umstritten und wird diskutiert. Grundsätzlich muss jedoch gelten, dass eine Partei auch im vereinfachten Verfahren, in dem bei der Fragepflicht die sogenannte zweite Stufe gilt, vollständige Behauptungen aufzustellen und den Sachverhalt vollständig darzulegen hat.

Vorliegend hat die an der Schlichtungsverhandlung nicht anwaltlich vertretene Beklagte vor Vorinstanz ausgeführt, sie sei bereit Fr. 500.– (anstatt der eingeklagten rund Fr. 2'000.–) zu bezahlen (act. 18 S. 2). Dies nachdem sich der Kläger – nach Auffassung der Vorinstanz (act. 26 = act. 31, je S. 3) – selber dahingehend geäussert habe, er sei mit einer Bezahlung von lediglich Fr. 500.– einverstanden. In Unterlagen, die dem Erstrichter vorgelegen haben, führt die Beklagte aus, dass die Arbeiten des Klägers nicht dienen würden (act. 7). Diese Unterlagen wären vom Erstrichter (durch Fragen) mit der Äusserung der Beklagten, sie wolle nur Fr. 500.– bezahlen, in Einklang zu bringen gewesen. Ist – wie hier – die Beklagte in einem Forderungsprozess nicht bzw. nur teilweise bereit den eingeklagten Ansprüchen nachzukommen, drängt sich unweigerlich die Frage nach dem Wieso auf. Ergibt sich die Antwort darauf nicht schon aus den Unterlagen oder Stellungnahmen der betreffenden Partei, liegt es am Gericht (z.B.), in der mündlichen Verhandlung mit entsprechenden Fragen auf die Klärung der diesbezüglich aus seiner Sicht relevanten Punkte hinzuwirken (z.B. Haben Sie mit der klagenden Partei etwas vereinbart? Wenn ja, was? Wurde die behauptete Leistung vereinbarungsgemäss erbracht? Wenn nein, wieso nicht? etc.) und sich nach allfälligen Beweismitteln für die von der Partei vertretenen Standpunkte zu erkundigen. Dabei geht es nicht etwa darum, dass das Gericht für eine Partei den

Prozess führt, sondern dass es – dies gilt selbstverständlich für beide Seiten – eine faire Verfahren garantiert, indem es einer unkundigen Partei durch Nachfragen die Möglichkeit bietet, ihre Standpunkte gemäss den prozessualen Regeln zu vertreten. Dies gilt grundsätzlich auch für das vorliegend thematisierte Verfahren: Auch bei einer Pauschalpreisabrede muss der (hier rechtsunkundigen) Auftraggeberin die Möglichkeit offen stehen, ihren Standpunkt verfahrenskonform einzubringen und darzulegen, dass die vereinbarten Vorabklärungen nicht oder nur mangelhaft erbracht wurden, weshalb die geltend gemachte Vergütung nicht (im vollen Umfang) geschuldet sei. Zusätzlich erstaunt – nach dem Gesagten und vor dem Hintergrund der zahlreichen (aus tatsächlicher und rechtlicher Sicht) zu klärenden Punkte –, dass die Ausführungen der Beklagten im vorinstanzlichen Protokoll lediglich 2 ½ Zeilen umfassen und kein Anzeichen dafür enthalten, dass zu allfälligen Fragen des Vorderrichters eine Antwort verweigert worden wäre (act. 18). Dies ist bei einer – wie vorliegend – umstrittenen Ausgangslage zudem auch vom Umfang her ein Hinweis darauf, dass die richterliche Fragepflicht nicht zur Genüge ausgeschöpft worden sein könnte.

5. Ein materieller Sachentscheid durch die Kammer verbietet sich vorliegend, weil zuvor der Sachverhalt (als unabdingbare Urteilsgrundlage) in wesentlichen Teilen durch Ausübung der richterlichen Fragepflicht zu vervollständigen ist (Art. 327 Abs. 3 lit. a ZPO bzw. Art. 327 Abs. 3 lit. b ZPO e contrario). Der angefochtene Entscheid ist daher aufzuheben und der Prozess zur Fortsetzung der Hauptverhandlung und zur erneuten Beurteilung der Klage an die Vorinstanz zurückzuweisen.

IV.

Die Kosten- und Entschädigungsfolgen für das Beschwerdeverfahren sind dem Entscheid der Vorinstanz gemäss dem Ausgang deren Verfahrens zu überlassen (vgl. Art. 104 Abs. 1 und 4 ZPO). Hingegen ist die Höhe der Entscheidegebühr für das Beschwerdeverfahren ausgehend von einem Streitwert von Fr. 1'998.– auf Fr. 450.– festzusetzen (§ 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit den §§ 2 Abs. 1 lit. a

und 4 Abs. 1 GebV OG). Dieser Betrag ist mit dem von der Beklagten bezogenen Kostenvorschuss zu verrechnen. Der Entscheid der Vorinstanz zu den Kosten- und Entschädigungsfolgen wird sich daher auch über den allfälligen Ersatz des im Beschwerdeverfahren bezogenen Vorschusses gemäss Art. 111 Abs. 2 ZPO auszusprechen haben.

Es wird erkannt:

1. Das Urteil des Friedensrichteramtes der Stadt Zürich Kreise 4 und 5 vom 2. Mai 2013 (GV.2013.00148 / SB.2013.00211) wird aufgehoben und die Sache zur Fortführung der Hauptverhandlung im Sinne der Erwägungen und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 450.– festgesetzt und aus dem Kostenvorschuss der Beschwerdeführerin bezogen.
3. Die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen des vorliegenden Beschwerdeverfahrens sowie eines allfälligen Rückgriffs der Beschwerdeführerin auf den Beschwerdegegner wird dem neuen Entscheid des Friedensrichteramtes der Stadt Zürich Kreise 4 und 5 vorbehalten.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte unter Beilage eines Doppels von act. 49, sowie an das Friedensrichteramt der Stadt Zürich Kreise 4 und 5, je gegen Empfangsschein.
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. 1'998.—.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. D. Oehninger

versandt am: