

Bezirksgericht Zürich

1. Abteilung - Einzelgericht



Geschäfts-Nr. FV220070-L/U

Mitwirkend: Bezirksrichter lic.iur. T. Fleischer als Einzelrichter
Gerichtsschreiberin MLaw J. Novak

Urteil vom 3. Februar 2023

in Sachen

A._____,
Kläger

gegen

B._____,
Beklagter

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____

betreffend **Forderung**

Rechtsbegehren des Klägers:

(act. 1 und 2; sinngemäss)

1. Der Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger zu bezahlen: CHF 7'406.45 nebst 5% seit 28.04.2021 sowie CHF 73.30 Betreuungskosten in der Betreuung Nr. 1 des BA Zürich 7 vom 21.06.2021.
2. Der Rechtsvorschlag sei zu beseitigen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beklagten.

Rechtsbegehren des Beklagten:

(Prot. S. 11; sinngemäss)

1. Die Klage sei vollumfänglich abzuweisen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Klägers.

Erwägungen:

1 Streit um Entgelt für Spenglerarbeiten

Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens bildet die Höhe der Forderung des Unternehmers für begonnene Arbeiten, die aufgrund frühzeitiger (Werk-)Vertragsauflösung seitens des Bestellers von einer anderen Firma fertig ausgeführt wurden: Der Kläger (Unternehmer) wurde dem Beklagten (Besteller) im Zusammenhang mit der Umbauplanung von dessen Immobilie vom Bauleiter (Architekt) zur Ausführung der anstehenden Spenglerarbeiten empfohlen.

Am 24. September 2020 fand hierüber eine Besprechung zwischen dem Bauleiter und dem Kläger statt, in welcher eine erste mündlichen Preiseinschätzung der Spenglerarbeiten in Höhe von circa Fr. 18'000.– (Prot. S. 12 und 14) bis Fr. 20'000.– (act. 29 S. 9) von Seiten des Unternehmers abgegeben wurde. Der Beklagte behauptet, an dieser Besprechung nicht zugegen, nach Rücksprache mit dem Bauleiter jedoch mit der Beauftragung des Klägers einverstanden gewesen zu sein (Prot. S. 14 f.). Auslöser des in der Folge entbrannten Streits bildete die vom Unternehmer am 4. Oktober 2020 erstellte und an den Bauleiter gleichentags (act. 29 S. 9 f.) eingereichte schriftliche Offerte in Höhe von Fr. 33'000.– (act. 3/1). Der Beklagte behauptet, von dieser erst am 15. Oktober 2020 – somit am selben Tag an welchem der Kläger mit der Ausführung seiner offerierten Arbeit begann (act. 3/2) – erfahren zu haben (Prot. S. 12). Der Beklagte macht geltend, aufgrund der grossen Differenz des offerierten Werklohns zum ursprünglich abgesprochenen Betrag und weil der Unternehmer trotz prekärer Wetterlage mit der Arbeit zu spät begonnen habe, habe er sich entschieden, den Vertrag mit dem Kläger frühzeitig zu beenden. Er habe den Bauleiter beauftragt, dem Kläger dies mitzuteilen.

Auf Anfrage des Bauleiters (act. 29 S. 6) sendete der Kläger dem Beklagten daraufhin am 28. März 2021 eine Abrechnung für seine am 15. Oktober 2020 ausgeführten Arbeiten (ein Teil der Bauzeitabdichtung) zuzüglich eines Pauschalbetrags von Fr. 500.– für die "vorzeitige Beendigung des Auftrags und der dadurch entstandenen Umstände und Kosten" in Höhe von Fr. 7'406.45 inkl. MwSt. (act. 3/2 S. 2). Mit Schreiben vom 28. April 2021 informierte der Bauleiter den Kläger über die

Rückweisung dieser Rechnung durch den Bauherrn und deren Korrektur von Fr. 7'406.45 auf Fr. 3'527.20 (act. 3/3).

Das auf den 19. Mai 2021 anberaumte Gespräch zwischen den Parteien in den Büroräumlichkeiten des Bauleiters führte zu keiner Einigung (act. 16/8). Am 1. Juli 2021 liess der Kläger dem Bauherrn einen Zahlungsbefehl des Betreibungsamts Zürich 7 vom 21. Juni 2021 über die Summe von Fr. 7'406.45 zuzüglich 5% Zins seit dem 28. April 2021 zustellen. Gegen diesen Zahlungsbefehl hat der Beklagte Rechtsvorschlag ohne Grundangabe erhoben (act. 3/4).

2 Ablauf des Gerichtsverfahrens

Der Kläger reichte am 24. November 2022 hinsichtlich seiner gegen den Beklagten geltend gemachten Forderung ein Schlichtungsgesuch beim zuständigen Friedensrichteramt der Stadt Zürich, Kreise ...+..., ein. Die am 1. März 2022 stattgefundene Schlichtungsverhandlung scheiterte, woraufhin das Friedensrichteramt der Stadt Zürich dem Kläger am 1. März 2022 die Klagebewilligung erteilte (act. 1).

Der Kläger reichte am 16. Mai 2022 (Datum Poststempel) seine Klage beim Bezirksgericht Zürich, somit innert der dreimonatigen Frist (Art. 209 Abs. 3 ZPO), ein (act. 2). Mit Verfügung vom 19. Mai 2022 setzte das Bezirksgericht Zürich dem Kläger eine zehntägige Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses (act. 5). Die per Gerichtsurkunde zugestellte Verfügung wurde von diesem am 27. Mai 2022 persönlich in Empfang genommen (act. 6). Der Kostenvorschuss wurde am 30. Mai 2022 geleistet (act. 5A), womit der Kläger die angesetzte Frist von zehn Tagen eingehalten hat (Art. 138 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 142 Abs. 1 ZPO).

Die Parteien wurden am 14. Juni 2022 zur Hauptverhandlung auf den 7. Juli 2022 vorgeladen (act. 8). Die Vorladung konnte vom Beklagten (wie bereits die Verfügung vom 19. Mai 2022 betreffend die Leistung eines Kostenvorschusses seitens des Klägers [act. 7]) aufgrund Abwesenheit (act. 9 und 10) nicht in Empfang genommen werden (act. 11).

Nach Gutheissung des vom Beklagten am 28. Juni 2022 elektronisch beim Gericht eingereichten Gesuchs um Verschiebung der Gerichtsverhandlung (act. 12), wurden die Parteien am 30. Juni 2022 zur Hauptverhandlung auf den 13. September 2022 vorgeladen (act. 13). Anlässlich dieser ersten Verhandlung wurden dem Gericht die Tatsachenbehauptungen vorgebracht (Prot. S. 4 ff.). Mittels Verfügung vom 29. September 2022 informierte das Gericht die Parteien über die Beweissätze, stellte eine gesonderte Vorladung für die Beweisverhandlung in Aussicht und setzte ihnen eine zehntägige Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses (act. 18) an. Die per Gerichtsurkunde an die Parteien zugestellte Verfügung nahm der Kläger am 12. Oktober 2022 persönlich in Empfang (act. 19/1), der Rechtsvertreter des Beklagten am 6. Oktober 2022 (act. 19/2). Der Kostenvorschuss wurde seitens des Beklagten am 11. Oktober 2022 geleistet (act. 20), vom Kläger am 17. Oktober 2022. Die angesetzte Frist von zehn Tagen haben folglich beide Parteien eingehalten (Art. 138 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 142 Abs. 1 ZPO).

Die Parteien sowie die anlässlich der ersten Hauptverhandlung für die Zeugenaussage offerierten Zeugen wurden am 8. November 2022 zur Fortsetzung der Hauptverhandlung mit Zeugeneinvernahmen und Schlussvorträgen auf den 6. Dezember 2022 vorgeladen (act. 22 und 23). Ein im Zuge der Verhandlung angestrebter Vergleich zwischen den Parteien scheiterte (Prot. S. 33). Damit ist der Prozess spruchreif.

3 Parteistandpunkte

3.1 Darstellung des Klägers

Der Kläger gibt in seiner auf den 14. Mai 2022 datierten Klage (act. 2) an, er habe dem Bauleiter am 4. Oktober 2020 eine Offerte betreffend die auszuführenden Spenglerarbeiten in Höhe von Fr. 33'000.– übersendet. Daraufhin sei er auf den 15. Oktober 2020 zur Ausführung der offerierten Arbeiten aufgeboten worden.

Einige Tage später sei er durch den Bauleiter darüber in Kenntnis gesetzt worden, dass der Bauherr die Arbeiten nicht mehr durch ihn ausführen lassen wolle, woraufhin der Kläger die Baustelle zusammen mit seinem Hilfsarbeiter verliess. Den

Grund über die vorzeitige Beendigung der Arbeitsausführung will der Kläger bis heute nicht kennen. Im Nachgang habe er dem Beklagten eine auf den 28. März 2021 datierte Abrechnung der ausgeführten Arbeiten (act. 3/2) zustellen lassen. Da diese Rechnung nicht beglichen wurde, entschloss er sich, den Beklagten zu betreiben (act. 3/4).

Der Kläger fordert nun neben den ihm für die Ausstellung des Zahlungsbefehls (Betreibung Nr. 1 des Betreibungsamts Zürich 7 vom 21. Juni 2021 [act. 3/4]) in Rechnung gestellten **Fr. 73.30** – entsprechend seiner Abrechnung vom 28. März 2021 – die Begleichung der darin aufgeführten Kosten in Höhe von **Fr. 7'406.45** nebst 5% Zinsen seit dem 28. April 2021. Die genauen Kosten ergeben sich aus der Abrechnung des Klägers vom 28. März 2021 (act. 3/2):

<u>Spenglerarbeiten</u>				
24.09.2020				
Besprechung	h	2.00	95.00	190.00
Liftaufzug inkl. Transport, aufstellen und wieder abbauen	p			750.00
15.10.2020				
Untergrund mit Besen wischen	m ²	40.00	1.50	60.00
Dampfsperre EGV 3.5 mm V Flam vollflächig geschweisst inkl. Rand-, Liftaufstieg und Dachanschlusssaufbordungen	m ²	60.00	28.00	1680.00
Zuschlag für senkrechte Aufbordungen bis 50 cm Höhe	m	34.00	12.00	408.00
Notausläufe anbringen	Stk.	2.00	120.00	240.00
Gasflasche	Stk.	3.00	90.00	270.00
... Lukarnendachabschluss Kuckpferblech blank mm 0.60 inkl. Montage	Stk.	106.00	8.00	848.00

Material				
Polyurethan Platte PIR ALU 120 mm 120/60 cm	m ²	40.320	42.00	1693.45
Materialtransport von C._____ D._____[Ortschaft] bis Baustelle inkl. auf- und abladen	h	2.50	95.00	237.50
Vorzeitige Beendigung des Auftrags und dadurch entstandene Umstände und Kosten	p			500.00
<u>Zusammenfassung</u>				
Total Netto				6876.95
Mehrwertsteuer	7.7%		Fr.	529.50
<u>Total Netto inkl. MwSt.</u>			<u>Fr.</u>	<u>7406.45</u>

3.2 Darstellung des Beklagten

Über die Tatsache des Zustandekommens eines Werkvertrags sind sich die Parteien grundsätzlich einig (Prot. S. 24). Allerdings will der Beklagte zu keiner Zeit die Offerte des Klägers vom 4. Oktober 2020 in Höhe von Fr. 33'000.– angenommen haben. Er sei stets davon ausgegangen, die auszuführenden Arbeiten würden im Rahmen der während der Besprechung vom 24. September 2020 dem Bauleiter bekanntgegebenen und an ihn weitergeleiteten Summe ausgeführt (Prot. S. 12 und 14).

In der Stellungnahme zur Klagebegründung führt der Beklagte aus, er habe sodann erst an dem Tag, an welchem der Kläger mit der Ausführung der Arbeiten begann (15. Oktober 2020), von der neuen Offerte erfahren (Prot. S. 12). Der Kläger habe darin plötzlich fast das Doppelte der besprochenen Summe verlangt. Ausserdem sei er zu spät und mit zu wenig Material gekommen, so dass er Schäden riskiert habe, fungiere die Dampfsperre doch auch als Abdichtung während der Bauzeit (Prot. S. 15). Als Grund für den Abbruch der Zusammenarbeit gibt der Beklagte

einerseits die Unzuverlässigkeit des Klägers, andererseits die neue, höher taxierte Offerte an (Prot. S. 15). Er sei jedoch bereit, den realen Aufwand zu bezahlen (Prot. S. 24).

In tatsächlicher Hinsicht bestreitet der Beklagte, dass vom Kläger die Noquets und Notüberläufe angebracht wurden (Prot. S. 13). In rechtlicher Hinsicht hält er dafür, dass nur die effektiven Materialkosten und ein Entgelt für die geleistete Arbeit geschuldet sei (Prot. S. 24).

4 Abschluss des Werkvertrags

4.1 Mündliche oder halbschriftliche Werkverträge sind bindend.

Als vollkommen zweiseitiger Vertrag verpflichtet der Werkvertrag im Sinne von Art. 363 OR den Unternehmer zur Herbeiführung eines bestimmten, im Zuge der Vertragsverhandlung definierten Erfolgs und den Besteller zur Leistung der vereinbarten Vergütung (BGE 127 III 328 E. 2a). Der Werkvertrag ist an keine besondere Form gebunden, weshalb zur Beurteilung seiner rechtswirksamen Begründung lediglich die allgemeinen Bestimmungen im Sinne von Art. 1 Abs. 1 OR einschlägig sind. Entsprechend wird bloss auf die übereinstimmenden Willenserklärungen der Parteien abgestützt. Diese kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen (Art. 1 Abs. 2 OR), wobei es irrelevant ist, ob von den Parteien dieselbe Modalität gewählt wurde. Dies gilt ebenfalls für den Werkvertrag (Urteil 4A_9/2015 des Bundesgerichts vom 29. Juli 2015, E. 4.2).

Haben sich die Parteien in Bezug auf den Willen zur gegenseitigen Kontrahierung übereinstimmend geäußert, jedoch über den relevanten Inhalt (wie beispielsweise die Höhe der Vergütung) abweichend verstanden, liegt ein versteckter Dissens vor (fehlender tatsächlicher/natürlicher Konsens). Dieser führt nach der in der Schweiz vorherrschenden Meinung zum Vertragsschluss, sofern eine der Parteien nach dem Vertrauensgrundsatz in ihrem Verständnis der gegnerischen Willensäußerung zu schützen ist (Vertrauensprinzip; BGE 123 III 35 S. 39-40). Es reicht aus, wenn die andere Partei aufgrund der nach dem objektiv von einem als redlich und vernünftig vorausgesetzten Empfänger verstandenen Sinn der Erklärung oder dem

Verhalten nach Treu und Glauben (Art. 2 ZGB) annehmen konnte, die sich äussernde Partei habe einen Rechtsbindungswillen (normativer Konsens; BGE 144 III 93, E. 5).

4.2 Vertretung der Bauherrschaft durch den Architekten

In der Regel handelt der Architekt (auch stillschweigend) in fremdem Namen. Bauleitung bedeutet indes nicht automatisch eine Vollmacht zum Abschluss von Verträgen im Sinne von Art. 396 Abs. 2 OR; wie bei jeder Stellvertretung richten sich Inhalt und Umfang der Vertretungsbefugnis des Architekten und speziell der Bauleitung nach dem mit der Bauherrschaft geschlossenen Vertrag.

Eine natürliche Vermutung des Unternehmers, der Bauleiter sei vom Besteller bevollmächtigt, kann deshalb im Grundsatz nicht vertreten werden. Soweit der Besteller hingegen durch aktives Tun oder Passivität den Anschein erweckt, der Architekt sei bevollmächtigt, bindet ihn dies i.S.v. Art. 1 Abs. 2 und Art. 33 Abs. 3 OR. Mit anderen Worten beurteilt sich die Frage, ob der Architekt in fremdem Namen einen Vertrag abgeschlossen hat, nach dem Verhalten des Architekten, die Frage, ob er dazu bevollmächtigt war oder ob der Unternehmer zumindest diesen Eindruck haben durfte, nach dem Verhalten der Bauherrschaft (zum Ganzen: BGE 118 II 313, E. 2a, S. 315f.).

4.3 Aussagen des Zeugen E. _____

Laut Zeugeneinvernahme des Architekten E. _____ (act. 29) habe dieser mit dem Kläger Vertragsverhandlungen geführt (act. 29 S. 4), die Offerte des Klägers vom 4 Oktober 2020 entgegengenommen und an den Beklagten weitergeleitet (act. 29 S. 5: «kommuniziert») sowie den Kläger zur Ausführung der besprochenen Arbeiten aufgeboten (act. 29 S. 5). Die Offerte sei von ihm indes nie ausdrücklich angenommen worden (act. 29 S. 5).

4.4 Die Offerte des Klägers wurde stillschweigend angenommen

Im Sinne von Art. 1 Abs. 2 OR hat der Architekt E. _____ die Offerte des Klägers vom 4. Oktober 2020 allerdings stillschweigend angenommen: Das Angebot ging

gleichentags auf seinem E-Mail-Account ein (act. 29 S. 10) und der Kläger wurde zwecks Ausführung der offerierten Arbeiten von ihm auf den 15. Oktober 2020 aufgeboden.

4.5 Der Beklagte durfte von einer Vollmacht ausgehen

Der Beklagte war über das Aufgebot des Klägers durch den Bauleiter im Bilde; immerhin begleitete er unbestrittenermassen die Bauarbeiten vor Ort. Er kannte den genauen Zeitpunkt, auf den sein Architekt den Beklagten aufgeboden hatte, wirft er dem Kläger doch vor, er sei zu spät gekommen. Er wusste, dass sein Architekt Offerten einholt und er hätte sich jederzeit bei ihm erkundigen können, was mit dem Kläger abgemacht sei. Indem der Beklagte tolerierte, dass sein Architekt den Kläger aufbot, hat er ein Verhalten seines Architekten geduldet, dass der Kläger als bevollmächtigte Annahme seiner Offerte verstehen durfte. Für den Beklagten sah es wie folgt aus: Er hatte mit dem Architekten einen Termin auf der Baustelle für den Beginn seiner Arbeiten vereinbart, dem er auch die Offerte eingereicht hatte. Der Bauherr war vor Ort und über den Terminplan informiert. Der Kläger durfte und musste den Eindruck haben, der übliche Informationsfluss zwischen Architekt und Bauherr funktioniere und der Architekt habe seine Offerte mit Ermächtigung des Klägers angenommen. Wie gut der Informationsfluss zwischen Bauherrn und Architekten tatsächlich funktioniert hat, lag nicht in seinem Verantwortungsbereich. Er musste nicht davon ausgehen, dass der Kläger gar nicht um seine Offerte vom 4. Oktober 2020 wusste.

4.6 Der Beklagte hat die Annahme durch den Architekten genehmigt

Selbst wenn Argumente gegen eine Duldungsvollmacht vorgebracht werden könnten, weist das Verhalten des Beklagten auf eine konkludente Annahme des Vertrages hin: Der Beklagte hat den Kläger vorbehaltlos mit den Arbeiten beginnen lassen. Der Kläger durfte davon ausgehen, dass der Beklagte über seine Offerte orientiert ist und sein Architekt will sie ihm auch zugestellt haben. Allerspätestens damit, dass der Beklagte den Kläger vor seinen Augen mit den Arbeiten hat beginnen lassen, genehmigte er die Annahme der Offerte durch seinen Architekten. Es war nicht so, dass der Beklagte sogleich die Auflösung des Vertrages erklärt hätte und

dieser nur die unaufschiebbaren Arbeiten erledigte. Die Parteien streiten darüber, ob der Beklagte nur etwa einen Tag oder fast ein Woche gearbeitet hat, bis Architekt E. _____ die vorzeitige Auflösung des Werkvertrags erklärt hat. Es ist aber unstrittig, dass der Kläger hat anfangen dürfen.

5 Auflösung des Werkvertrags

5.1 Die Regeln der SIA-Norm 118

Wie jeder Schuldvertrag kann auch der Werkvertrag vorzeitig enden. Die Vertragsauflösung durch den Besteller ist gesetzlich verankert. Neben den u.a. in Art. 366 Abs. 1 und Art. 375 Abs. 1 OR aufgeführten objektiven Auflösungsgründen, besteht eine Besonderheit des Werkvertragsrechts im freien Rücktrittrecht. Art. 377 OR räumt hierzu dem Besteller das Recht ein, jederzeit und ohne Angaben von Gründen (vgl. BGE 69 II 142, E. 4a: „*droit discrétionnaire de révoquer la commande*“) selbst vor der Vollendung des Werks vom Vertrag zurückzutreten, solange die bereits geleistete Arbeit vergütet wird und der Unternehmer vollkommen schadlos gehalten wird.

Darüber hinaus ist die Auflösung des Werkvertrages explizit im Anwendungsbereich der Art. 183 und 184 der SIA-Norm 118 geregelt, die dann zur Anwendung kommt, wenn ihre Übernahme vereinbart wurde. Dies liegt vorliegend unzweifelhaft vor (act. 3/1 S. 1).

5.2 Die Vertragsauflösung erfolgte aus freien Stücken

Der Beklagte wirft dem Kläger unseriöses Geschäftsgebaren vor. Er habe am Tag, als er mit den Arbeiten begonnen hätte, eine neue Offerte mit einem deutlich höheren Werklohn unterbreitet, nachdem man sich vorher [gemeint: für dieselben Arbeiten] auf einen über Zehntausend Franken tieferen Werklohn geeinigt habe (Prot. S. 15 f.). Wenn es so gewesen wäre, hätte der Beklagte auf dem ursprünglichen Vertrag bestehen können. Das wäre kein Grund, um dem Vertrag ohne Schadloshaltung aufzulösen. Im Übrigen war es nicht so. Der Kläger hat die Offerte dem Architekten des Beklagten zehn Tage vorher unterbreitet (act. 29 S. 9 f.).

Weiter deutet der Beklagte an, dass der Kläger zu spät gekommen sei, sei eine gravierende Fehlleistung, weil die vom Kläger einzubauende Dampfsperre die Holzkonstruktion der Lukarne während der Bauzeit gegen Regen abdichte (Prot. S. 15). Mit Regen ist hierzulande zumindest im Herbst jederzeit zu rechnen. Auch wenn der Kläger pünktlich erschienen wäre, wäre die Holzkonstruktion nicht sofort abgedichtet gewesen, der Einbau der Dampfsperre braucht auch nach der Darstellung des Beklagten ungefähr einen Tag. Wenn Regen wirklich ein derart gravierendes Problem gewesen wäre, hätte die Bauherrschaft schon vor Erscheinen des Klägers etwas vorkehren müssen. Im Übrigen behauptet der Beklagte nicht, wegen der Verspätung zu Schaden gekommen zu sein. Die Verspätung mag ärgerlich gewesen sein, ein Grund, um den Vertrag nach Art. 366 OR ohne Schadloshaltung aufzulösen, war sie nicht. Der Beklagte konnte den Vertrag nur nach den Regeln von Art. 377 OR bzw. Art. 184 der SIA Norm 118. Das stand in seinem Ermessen. Der Bauherr muss den Unternehmer dann aber schadlos halten.

Tritt der Besteller i.S.v. Art. 377 OR vorzeitig vom Werkvertrag zurück, sieht – soweit diese vereinbart wurde – die SIA-Norm 118 die von der Rechtsprechung ohne weiteres für zulässig erachtete Abzugsmethode vor (BGer 4C.216/2003 E. 2.6). Nach Art. 184 Abs. 2 der SIA-Norm 118 entspricht die i.S.v. Art. 377 OR geforderte "volle Schadloshaltung" des Unternehmers der "Vergütung, die der Unternehmer bei Ausführung der vereinbarten Arbeiten hätte beanspruchen können, abzüglich der Aufwendungen, die er wegen des Rücktrittrechts des Bauherrn ersparen konnte". Der Beklagte schuldet dem Kläger folglich Geld für die geleistete Arbeit, das Material und den entgangenen Gewinn.

6 Höhe des Werklohns

6.1 Behauptungs-, Bestreitungs- und Beweislast

Während die in der Schweiz vorherrschende Meinung hierbei davon ausgeht, dass die Beweislast der vom vereinbarten Werklohn abzugsfähigen (da ersparten) Kosten grundsätzlich beim Besteller liegt (PETER GAUCH, *Der Werkvertrag*, 6. Aufl., Zürich 2019, N 552; diese Haltung wird vom Bundesgericht im Übrigen nicht als bundesrechtswidrig taxiert. Vgl. BGer 4C.216/2003 E. 2.6), obliegt die Behauptung

der Höhe der Vergütung und des ihm durch die frühzeitige Auflösung des Werkvertrags entgangenen Gewinns dem Kläger. Da von der vereinbarten Vergütung abgezogen wird, was er an Material und Arbeitsaufwand durch die vorzeitige Vertragsauflösung eingespart hat, muss der Kläger auch behaupten, was er im Zeitpunkt der Vertragsauflösung bereits geleistet hatte.

Wie detailliert dieser Beweis erbracht werden muss, hängt ebenfalls davon ab, was der Beklagte bestreitet und was nicht; soweit eine Behauptung nicht bestritten ist, spielt die Beweislastverteilung keine Rolle. Ebenfalls wird die Frage der Beweislastverteilung irrelevant, wenn ein Sachverhalt bewiesen ist. Erst dort, wo ein strittiger Sachverhalt sich durch Beweisabnahmen nicht klären lassen, spielt die Beweislastverteilung eine Rolle. Dann ist zu Lasten jener Partei, welche behaupten und beweisen muss, davon auszugehen, dass sich der behauptete, aber unbewiesene Sachverhalt nicht zugetragen hat.

6.2 Rechtsanwendung von Amtes wegen

Das Gericht wendet das Recht von Amtes wegen auf den unbestrittenen oder bewiesenen Sachverhalt an (Art. 57 ZPO). Die rechtlichen Überlegungen der Parteien sind nicht bindend. Dies gilt namentlich für die Berechnungsmethode, die einer Abrechnung zu Grunde liegt. Der nicht anwaltlich vertretene Kläger ging in seiner Abrechnung nicht von der Abzugsmethode aus, hat aber auf entsprechende Fragen hin die notwendigen Angaben zu Gewinn und ersparten Arbeits- und Materialkosten gemacht.

Die SIA Norm 118 ist in ihrer Gesamtheit notorisch (Urteil 4P.20972001 des Bundesgerichts vom 4. Dezember 2001, E. 3a), sodass sie wie ein Gesetz anzuwenden ist, wenn ihre Übernahme erwiesen ist.

6.3 Die Abrechnung des Klägers

Die Abrechnung des Klägers (act. 3/2) vermischt Aufwand und Materialkosten zu Einheitspreisen. Die tatsächlichen Materialkosten lassen sich in der Regel eruieren, die Arbeitskosten jedoch bloss abschätzen. Da ein Pauschalpreis vereinbart war, musste der Kläger seine Arbeitszeit nicht auf die Minute genau erfassen. Würden

die Gerichte nur derart genaue Aufzeichnungen gelten lasse, würde die Durchsetzung gesetzlich vorgesehener Ansprüche regelmässig illusorisch. Dies gilt für die tatsächlich geleistete Arbeit und erst recht für Arbeiten, die noch hätten geleistet werden sollen, sofern der Vertrag nicht frühzeitig aufgelöst worden wäre.

Der Kläger macht geltend, der offerierte Pauschalbetrag in Höhe von Fr. 33'000.– setze sich aus 40% Material- und 60% Arbeitskosten zusammen (Prot. S. 10). Dies entspricht **Fr. 13'200.–** für das Material. Das blieb unbestritten, so dass der Kläger dazu keine detaillierteren Angaben machen musste.

6.4 Material

Die tatsächlich belegten oder unbestrittenen Materialkosten belaufen sich auf **Fr. 2'241.10**. Diese setzen sich aus den vom Kläger ins Recht eingereichten Abrechnungen für die Gasflaschen (act. 16/5) in Höhe von Fr. 112.–; dem Material für die Dampfsperre in Höhe von Fr. 770.– (Prot. S. 10) sowie den Polyurethanplatten in Höhe von Fr. 1'359.10 (act. 16/2) zusammen.

6.5 Arbeit

Der Kläger macht für sich und seinen Hilfsarbeiter einen Stundenansatz von Fr. 95.– respektive Fr. 47.– geltend (Prot. 10). Der Stundenansatz von Fr. 95.– wird vom Beklagten aufgrund eines offenbar fehlenden Fachausweises des Klägers zwar bestritten, sodass auch für diesen von einem Stundenansatz eines Hilfsarbeiters auszugehen sei (Prot. S. 13), doch würde sich ein tieferer Stundenansatz zu Lasten des Beklagten auswirken, da sich in diesem Fall die Gewinnmarge auf den offerierten Pauschalpreis in Höhe von Fr. 33'000.– erhöhen würde. Die klägerische Behauptung ist somit ein Zugeständnis, so dass darauf abzustellen ist.

Der Kläger führt auf seiner Abrechnung auf, einen Tag auf der Baustelle gearbeitet zu haben. Die Dauer für die Anbringung der Dampfsperre von einem, maximal ein-einhalb Tagen bis zur Übernahme durch die Firma F._____ GmbH wird ebenfalls durch den Zeugen G._____ bestätigt (act. 32 S. 11). Einzig der offenkundig mit dem Parteistandpunkt des Klägers sympathisierende Zeuge H._____ sprach von mehreren Tagen (act. 30 S. 4 und S. 7). Ein Tag Arbeit deckt sich auch besser mit der

Schätzung des Klägers, etwa 40% des Preises seien Materialkosten. Verbraucht hat er Material für knapp Tausend Franken, die Polyurethanplatte war noch nicht verbaut.

6.6 Ersparnis an Arbeit und Material

Weder das bis zur Vollendung der Arbeiten hypothetisch verbrauchte Material, noch die dafür benötigte Arbeitszeit lassen sich genau bestimmen. Vielmehr müssen diese Positionen abgeschätzt werden. Der Beklagte hat die Schätzung des Klägers in Bezug auf 40% Materialkosten, 60% Arbeit (Prot. S. 10) nicht bestritten. Ebenso wenig, dass der Kläger und sein Hilfsarbeiter zwei bis drei Wochen bis zur Vollendung der begonnenen Arbeiten gearbeitet hätten (Prot. S. 10).

Die Ersparnis an Arbeit und Material, die sich der Kläger anrechnen lassen muss, entspricht dem Materialverbrauch und der Arbeit, die er bei Beendigung gehabt hätte, abzüglich verbrauchtes Material und geleistete Arbeit. Mit dem Kläger ist davon auszugehen, dass er bei einer Vierzigstundenwoche zusammen mit seinem Hilfsarbeiter drei Wochen gearbeitet hätte. Zusammengezählt kommen der Kläger und sein Hilfsarbeiter auf einen Stundenansatz von Fr. 142. Dies ergibt eine Materialersparnis von **Fr. 10'958.90** (Fr. 13'200.– abzüglich Fr. 2'241.10) sowie eine Arbeitersparnis von **Fr. 15'904.–** (120 Stunden à Fr. 142.– abzüglich der geleisteten 8 Stunden à Fr. 142.–).

6.7 Lift

Der Kläger behauptet nicht, dass er für den Lift über die Fr. 33'000.– hinaus bezahlt worden wäre. Der Kläger hat unbestrittenermassen für alle Handwerker einen Lift zur Verfügung gestellt. Er hatte keine Arbeitersparnis, die einen Abzug rechtfertigen würde. Dass der Beklagte für den Lift bereits dem Unternehmen des Sohnes des Klägers bezahlt habe, ist beweislos geblieben. Das Unternehmen von I. _____ [Sohn] hat dem Kläger für allgemeine Baustelleninstallation Fr. 850.– in Rechnung gestellt, das könnte den Lift enthalten, muss aber nicht (Prot. S. 31; act. 36/3).

6.8 Geschuldete Vergütung

Vom anfänglich offerierten Pauschalbetrag in Höhe von Fr. 33'000.– sind demnach Fr. 26'862.90 abzuziehen. Dem Kläger sind **Fr. 6'137.10** zuzusprechen.

7 Kosten- und Entschädigungsfolgen

Die Gerichtskosten sind ausgangsgemäss zu vier Fünftel dem Beklagten und zu einem Fünftel dem Kläger aufzuerlegen. Es werden keine Entschädigungen zugesprochen.

Es wird erkannt:

1. Der Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger Fr. 6'137.10 nebst Zins zu 5% seit dem 1. Juli 2021 und Betreuungskosten von Fr. 73.30 zu bezahlen.
2. Der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. 1 des Betreibungsamtes Zürich 7 (Zahlungsbefehl vom 21. Juni 2021) wird im Umfang von Fr. 6'137.10 beseitigt.
3. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 1'400.– ; die Barauslagen betragen:
Fr. 440.– Zeugenentschädigungen.
4. Die Gerichtskosten werden der klagenden Partei zu einem Fünftel und der beklagten Partei zu vier Fünfteln auferlegt und mit den geleisteten Vorschüssen der Parteien verrechnet.
5. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
6. Der Beklagte hat dem Kläger die Kostenvorschüsse im Umfang von Fr. 1'072.– und die Kosten des Schlichtungsverfahrens im Umfang von Fr. 300.– zu ersetzen.
7. Schriftliche Mitteilung an
 - die Parteien (mit Gerichtsurkunde)sowie nach Eintritt der Rechtskraft an
 - die Bezirksgerichtskasse Zürich.
8. Eine **Beschwerde** gegen diesen Entscheid kann innert **30 Tagen** von der Zustellung an im Doppel und unter Beilage dieses Entscheids beim Obergericht des Kantons Zürich, Zivilkammer, Postfach, 8021 Zürich, erklärt werden. In der Beschwerdeschrift sind die Anträge zu stellen und zu begründen. Allfällige Urkunden sind mit zweifachem Verzeichnis beizulegen.

Zürich, 3. Februar 2023

BEZIRKSGERICHT ZÜRICH
1. Abteilung - Einzelgericht

Der Einzelrichter:

Die Gerichtsschreiberin:

lic.iur. Th. Fleischer

MLaw J. Novak