

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: NP230016/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach und Oberrichter Dr. E. Pahud
sowie Gerichtsschreiberin MLaw J. Camelin-Nagel

Urteil vom 31. Juli 2023

in Sachen

A._____,

Beklagter und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

B.____ AG,

Klägerin und Berufungsbeklagte

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im vereinfachten Verfahren
des Bezirksgerichtes Meilen vom 5. Januar 2023; Proz. FV220027**

"Rechtsbegehren:
(act. 1, sinngemäss)

1. Der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin CHF 23'404.70 nebst 5% Zins seit 8. März 2021 zu bezahlen.
2. Der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Küsnacht-Zollikon-Zumikon, Zahlungsbefehl vom 28. März 2022, sei aufzuheben.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beklagten."

Urteil des Bezirksgerichtes (act. 54/1 = act. 55 = act. 47):

1. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin den Betrag von CHF 23'404.70 zzgl. Zins zu 5% seit dem 11. März 2021 zu bezahlen. Im Mehrumfang (Zinsbegehren) wird die Klage abgewiesen.
2. Der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Küsnacht-Zollikon-Zumikon, Zahlungsbefehl vom 28. März 2022, wird im Umfang von CHF 23'404.70 nebst Zins zu 5% seit dem 11. März 2021 aufgehoben.
3. Die Entscheidgebühr wird auf CHF 3'300.– festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten, einschliesslich der Kosten des Schlichtungsverfahrens von CHF 550.–, werden dem Beklagten auferlegt.
5. Die Entscheidgebühr wird aus dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss von CHF 3'420.– bezogen, ist ihr jedoch vom Beklagten zu ersetzen. Ein allfälliger Überschuss des Kostenvorschusses wird der Klägerin zurückerstattet.
6. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin die Kosten des Schlichtungsverfahrens im Betrag von CHF 550.– zu ersetzen.
7. Es werden keine Parteienschädigungen zugesprochen.

8./9. Mitteilungssatz / Rechtsmittelbelehrung.

Berufungsanträge:

des Beklagten und Berufungsklägers (act. 52):

- "1. In Gutheissung der Berufung sei das Urteil der Vorinstanz vom 5. Januar 2023 (Geschäfts-Nr. FV220027) vollumfänglich aufzuheben und die Klage abzuweisen.
2. Eventualiter sei die Sache zur neuen Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen.
3. Alles unter entsprechenden Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 7,7% Mehrwertsteuer) zulasten der Berufungsbeklagten, sowohl für das erst- als auch für das zweitinstanzliche Verfahren (hinsichtlich des erstinstanzlichen Verfahrens inkl. der Kosten des Friedensrichteramtes von Fr. 550.--), weshalb entsprechend die Ziffern 4-7 vom 5. Januar 2023 ebenfalls aufzuheben seien."

Erwägungen:

I.

1. Die Parteien schlossen am 20. August 2019 einen Werkvertrag für die Baukostenposition 285.1, "Innere Malerarbeiten", für das Bauprojekt "B._____" ab (act. 10). Die Klägerin wurde dabei durch die C.____ AG als Bauleitung vertreten (act. 21/1 S. 4). Der Werkvertrag vom 20. August 2019 umfasste innere Malerarbeiten, wobei sich die Kosten hierfür auf CHF 49'869.35 beliefen (act. 21/1 S. 1). Mit Schlussrechnung vom 8. Februar 2021 stellte die Klägerin Akkordarbeiten in Höhe von CHF 28'201.50, diverse Regiearbeiten sowie Kosten gestützt auf eine Nachtragsofferte in Rechnung, wobei die Gesamtkosten in der Schlussrechnung CHF 89'404.70 betragen (act. 11 S. 2). Der Beklagte leistete Akonto-Zahlungen in Höhe von CHF 66'000.– (act. 9), was zu einer Restforderung im Betrag von CHF 23'404.70 führt, welche die Klägerin mit vorliegender Klage geltend macht und vom Bezirksgericht gutgeheissen worden ist.

2. Unter Verwendung des Klageformulars (act. 2) machte die Klägerin ihre Klage am 7. September 2022 bei der Vorinstanz im vereinfachten Verfahren hängig, welches in den Art. 243 ff. ZPO geregelt ist. Enthält die Klage, wie hier, keine Begründung, so stellt das Gericht sie der beklagten Partei zu und lädt zur Verhandlung vor (Art. 245 Abs. 1 ZPO). Ebendies hat die Vorinstanz mit der Verfügung vom 9. September 2022 getan (act. 5). Der Beklagte holte die Verfügung ab und wusste daher vom Verfahren (act. 6/2). Nach Eingang des von der Klägerin geleisteten Kostenvorschusses (act. 13), lud das Bezirksgericht die Parteien mit Anzeige vom 6. Oktober 2022 zur Hauptverhandlung auf den 29. November 2022 vor (act. 14, 14A). Diese Vorladung holte der Beklagte nicht ab (act. 15/2, 16), und er erschien nicht zur Hauptverhandlung (act. 23). Nachdem der Beklagte vom Verfahren wusste (vgl. act. 6/2), griff für die Vorladung die Zustellfiktion gemäss Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO. Dies hatte zur Folge, dass die Hauptverhandlung in unentschuldigter Abwesenheit des Beklagten säumniswirksam durchgeführt werden konnte (BGE 146 III 297 E. 2). Nach Durchführung der Hauptverhandlung hiess das Bezirksgericht mit Urteil vom 5. Januar 2023 in zunächst unbegründeter Version (act. 24), und alsdann auf Verlangen des Beklagten (act. 29) in begründeter Form die Klage gut unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Beklagten (act. 54/1 = act. 55 = act. 47).

3. Gegen diesen Entscheid erhob der Beklagte am 15. Mai 2023 Berufung (Datum Poststempel; act. 52) und bezahlte im Folgenden den gestützt auf Art. 98 ZPO verlangten Prozesskostenvorschuss (act. 56 und act. 58). Die Akten des vorinstanzlichen Verfahrens wurden beigezogen (act. 1-50). Der Prozess ist spruchreif.

II.

1. Die Berufung wurde in Beachtung des gesetzlichen Fristenstillstandes gemäss Art. 145 Abs. 1 lit. a ZPO innert der gesetzlichen Rechtsmittelfrist erhoben (act. 52 i.V.m. act. 48/1). Sie enthält die eingangs aufgeführten Anträge und genügt auch im Übrigen den Anforderungen an eine Rechtsmitteleingabe. Es ist auf die Berufung einzutreten.

2. Mit Berufung kann eine unrichtige Rechtsanwendung und eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung. Die Parteien haben sich mit den Erwägungen des angefochtenen Entscheides auseinanderzusetzen und mittels klarer Verweisungen auf die Ausführungen vor der Vorinstanz zu zeigen, weshalb dieser unrichtig sein soll. Dabei sind auch die Aktenstücke, auf die sich die Kritik stützt, genau zu bezeichnen. Es genügt nicht, die vor erster Instanz vorgetragenen Ausführungen in der Rechtsmittelschrift zu wiederholen oder den angefochtenen Entscheid bloss in allgemeiner Weise zu kritisieren (sog. appellatorische Kritik; vgl. BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 4A_580/2015 vom 11.04.2016 E. 2.2). Abgesehen von offensichtlichen Mängeln beschränkt sich das Berufungsgericht grundsätzlich auf die Beurteilung der in der Berufung und Berufungsantwort gegen das erstinstanzliche Urteil erhobenen Beanstandungen; diese geben das Prüfprogramm vor. In rechtlicher Hinsicht kann das Berufungsgericht die Rügen der Parteien auch mit abweichenden Erwägungen gutheissen oder abweisen. Es wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO).

3. Das Bezirksgericht kam im angefochtenen Entscheid zum Schluss, es handle sich bei allen Positionen, mit Ausnahme der Akkordarbeiten in Höhe von CHF 28'201.50 und der Nachtragsofferte in Form eines festen Pauschalpreises, um Arbeiten, welche gemäss Art. 374 OR nach Aufwand zu vergüten seien. Der Beklagte habe die Schlussrechnung vom 8. Februar 2021 (act. 11) nicht bemängelt, sondern laut der Klägerin lediglich eingewandt, er würde erst bezahlen, wenn gewisse Ausbesserungen gemacht wären. Diese Ausbesserungen habe die Klägerin nach unbestrittener Aussage sofort vorgenommen, und mangels entsprechender Vorbringen des Beklagten sei davon auszugehen, dass sämtliche Arbeiten ordnungsgemäss ausgeführt worden seien. Die einzelnen Forderungsbestandteile würden sich zum verlangten Betrag summieren, weshalb die Zahlungspflicht des Beklagten feststehe. Gemäss Schlussrechnung mit der Zahlungsbedingung 30 Tage netto sei eindeutig festgestanden, bis wann die Forderung zu bezahlen war, so das Bezirksgericht sinngemäss (act. 55 S. 10 E. 6.1.-2.), weshalb von einem Verfalltag auszugehen sei. Der gesetzliche Verzugszins von 5%

auf die fällige Forderung von noch Fr. 23'404.70 sei deshalb mit dem Ablauf der Zahlungsfrist von 30 Tagen geschuldet (act. 55 S. 10 E. 6.2.).

4. Der Beklagte rügt in seiner Berufungsschrift das Vorgehen der Vorinstanz und bestreitet, dass die Voraussetzungen für einen Schuldnerverzug gegeben sind. Der Beklagte bestreitet insbesondere die Fälligkeit der Forderung wie auch das Vorliegen eines Verfalltaggeschäftes. Das Bezirksgericht habe die Voraussetzungen zur Bestimmung der Fälligkeit der Forderung nicht geprüft.

Die Klägerin hätte gemäss den Bestimmungen von Art. 5 des Werkvertrages in Verbindung mit Ziffer 9 der "Allgemeinen Vorbemerkung zur Offerte/Vertrag vom 15. November 2018" mit der Einreichung der Schlussrechnung - und vor Zahlung der Schlussrechnung - eine Garantie übergeben müssen, was sie nicht getan und auch nicht behauptet habe. Überdies habe die Zahlungsfrist gemäss Ziffer 4.2. der seitens der Klägerin unterzeichneten "Allgemeine Vorbemerkung zur Offerte/Vertrag vom 15. November 2018" 60 Tage betragen. Der Betrag gemäss Schlussrechnung vom 8. Februar 2021 sei deshalb nicht zur Zahlung fällig geworden (act. 52 S. 5 unten f.). Da die Forderung noch nicht fällig gewesen sei, sei der Beklagte auch nicht in Verzug geraten. Offensichtlich sei angesichts der zur Anwendung kommenden Bestimmung von Art. 190 der SIA-Norm 118 keine Verfalltagsabrede vereinbart worden (act. 52 S. 6).

5.1. Das Gericht stellt den Entscheid bei Geltung des Verhandlungsgrundsatzes grundsätzlich auf die Vorbringen der anwesenden Partei ab. Im Geltungsbereich des Verhandlungsgrundsatzes liegt es in der Verantwortung der Partei(en), dem Gericht den massgebenden Sachverhalt vorzutragen und die Beweismittel zu bezeichnen. Entsprechend bringt die klägerische Partei rechtsbegründende Tatsachen ein, und die beklagte Partei gibt im Einzelnen an, welche Behauptungen sie anerkennt und bestreitet (Sarah Scheiwiler, Säumnisfolgen nach der schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich 2016, Diss., Rz 259, 350 ff.). Die beklagte Partei hat sodann gegebenenfalls rechtsaufhebende oder -hindernde Tatsachen vorzubringen. Das Gericht hat sich grundsätzlich nicht von sich aus mit den bei den Akten liegenden Unterlagen auseinanderzusetzen, d.h. Tatsachen, die sich bloss aus den Akten ergeben, nicht von Amtes wegen zu beachten. Auch die gerichtli-

che Fragepflicht gemäss Art. 247 Abs. 1 ZPO ersetzt nicht die Verantwortung der Parteien, den Sachverhalt (aus ihrer jeweiligen Sicht) darzulegen.

Im Berufungsverfahren zu spät und nicht mehr zu hören ist der Beklagte mit seinen (tatsächlichen) Vorbringen, wonach sie in der "Allgemeinen Vorbemerkung zur Offerte/Vertrag vom 15. November 2018" festgehalten hätten, vor Zahlung der Schlussrechnung hätte eine Garantie übergeben werden müssen und es gelte eine Zahlungsfrist von 60 Tagen.

Auf den massgeblichen Sachverhalt wendet das Gericht das Recht an. Beide Parteien berufen sich für die Beurteilung der Forderung auf den Werkvertrag vom 20. August 2019, zu dessen Inhalt die SIA-Norm 118 erhoben wurde (act. 21/1 S. 2; Prot. VI S. 3 unten, S. 4, act. 52 S. 5 ff.). Es sind die Beanstandungen des Beklagten unter Zugrundelegung des Werkvertrages unter Einschluss der global übernommenen SIA-Norm 118 zu prüfen.

5.2. Gemäss unbestritten gebliebener Sachdarstellung der Klägerin hat die Abnahme der Malerarbeiten am 3. Juli 2020 stattgefunden (act. 19). Damit hat die in Art. 172 SIA-Norm 118 vorgesehene zweijährige und mittlerweile abgelaufene Rügefrist zu laufen begonnen. Es wäre am Beklagten gewesen auszuführen, welche Mängel der Malerarbeiten (angeblich) vorgelegen haben und gerügt worden sind (vgl. act. 23 S. 9). Diesbezügliche Ausführungen fehlen gänzlich, dies (auch) in der Berufungsschrift, welche Ausführungen allerdings nur unter den Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO zu beachten gewesen wären. Da der Beklagte nicht behauptet, es seien innerhalb der zweijährigen Frist von der Klägerin zu verantwortende Mängel gerügt und zu beheben gewesen, erweisen sich die Ausführungen zur fehlenden Sicherheitsleistung für allfällige Mängel als überflüssig.

Es ist entsprechend den Ausführungen der Klägerin von einem mängelfreien Werk auszugehen. Die zweijährige Garantiefrist ist inzwischen abgelaufen (Art. 181 i.V. mit Art. 152 und Art. 172 SIA-Norm). Ist von einem mängelfreien Werk und einer abgelaufenen Garantiefrist auszugehen, überzeugen die – wie gesehen verspäteten – Ausführungen des Beklagten, die Forderung sei aufgrund der fehlenden Garantieleistung nicht fällig geworden, nicht. Ohnehin wäre nicht zu

sehen, dass eine Pflicht zur Übergabe eines Garantiescheins Einfluss auf den Eintritt der Fälligkeit haben sollte.

5.3. Der Beklagte hält unter Verweis auf Art. 190 Abs. 1 SIA-Norm 118 fest, dass im Werkvertrag und in der Schlussrechnung vom 8. Februar 2021 eben gerade keine Verfalltagsabrede vorliege. Es hätte zwingend einer Mahnung bedurft, was aber die Klägerin nicht dargelegt habe. Die Forderung sei noch nicht fällig gewesen, weshalb auch kein Verzugszins geschuldet sei (act. 52 S. 6). Die Einwände des Beklagten gegen die von der Vorinstanz festgestellte Fälligkeit der Forderung überzeugen nicht.

In erster Linie gelten zur Bestimmung der Fälligkeit einer Forderung die vertraglichen Bestimmungen; dispositiv gilt die Vermutung der sofortigen Fälligkeit nach Art. 75 OR. Der Werkvertrag der Parteien vom 20. August 2019 (act. 21/1) sieht keine individuellen Bestimmungen zur Fälligkeit der Schlussrechnung vor. Der vom Beklagten angeführte Art. 190 Abs. 1 der SIA-Norm 118 sagt auch nichts aus über den Zeitpunkt der Fälligkeit der Schlussrechnung (Gauch/Stöckli, Kommentar zur SIA-Norm 118, 2. Aufl., Zürich 2017 Rz 3.1. zu Art. 190).

Gemäss Art. 155 SIA-Norm 118 ist die durch die Schlussabrechnung ermittelte Forderung des Unternehmers mit dem Prüfbescheid der Bauleitung fällig und innert 30 Tagen zu bezahlen (Art. 155 SIA-Norm 118).

Gemäss Art. 154 Abs. 3 Satz 1 SIA-Norm 118 gilt die Schlussabrechnung mit dem Prüfungsbescheid der Bauleitung als beidseitig anerkannt, wenn sich bei der Prüfung keine Differenzen ergeben. Es ist keine bestimmte Form für den Prüfungsbescheid vorgesehen. Unter einem Prüfungsbescheid ist die Meinungskundgabe zur Richtigkeit der Schlussrechnung und zur Mitteilung von Differenzen zu verstehen. Differenzen sind der Gegenpartei unverzüglich nach ihrer Feststellung mitzuteilen, zu begründen und anschliessend möglichst rasch zu bereinigen. Als anerkannt im Sinne von Art. 154 Abs. 3 Satz 1 SIA-Norm 118 gilt die Schlussrechnung erst bei einem vorbehaltlosen Prüfungsbescheid bzw. als teilweise anerkannt bei einem Prüfungsbescheid unter dem Vorbehalt noch offener, unbereinigter Differenzen (Schumacher/Monn, Kommentar zur SIA Norm 118, 2. Auflage,

Zürich 2017, Art. 154 Rz. 7 ff., Rz 25.1. ff.). Wendet man diese Regeln zum Erfordernis eines Prüfungsbescheides auf den vorliegenden Fall an, so stellt die Unternehmerschlussabrechnung ein Prüfungsbescheid im Sinne der SIA-Norm 118 dar. Unbestrittenen Angaben der Klägerin zufolge, wurde dem Beklagten die Schlussrechnung eingereicht und die Differenzen im Folgenden bereinigt (Prot. VI S. 2 f.). Der Beklagte bringt das erste Mal in der Berufung vor, und damit verspätet (Art. 317 Abs. 1 ZPO), dass kein Prüfbescheid nach Art. 154 Abs. 3 und Art. 155 Abs. 1 vorgelegen habe.

Als Fazit ist unter Verweis auf die Erwägungen der Vorinstanz festzuhalten (act. 55 S. 10), dass die Forderung nach Ablauf der Zahlungsfrist von 30 Tagen seit dem 11. März 2021 fällig geworden ist. Da der Zeitpunkt, zu dem der Schuldner die Erfüllung vorzunehmen hatte, mit der Zahlungsfrist von 30 Tagen bestimmbar war, durfte die Vorinstanz zudem von einem Verfalltag ausgehen.

6. Zusammenfassend erweist sich die Berufung als unbegründet. Sie ist abzuweisen, und die vorinstanzliche Verfügung vom 5. Januar 2023 ist zu bestätigen.

III.

1. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Kosten des Rechtsmittelverfahrens dem Beklagten aufzuerlegen. Partei- bzw. Umtriebsentschädigungen sind keine zuzusprechen, dem Beklagten nicht zufolge Unterliegens, der Klägerin nicht mangels erheblicher Umtriebe.

2. Für die Bemessung der Kosten und der Entschädigung ist der Streitwert massgebend. Dieser wird durch das Rechtsbegehren bestimmt (Art. 91 Abs. 1 ZPO). Die eingeklagte Forderung und damit der Streitwert beläuft sich auch im Rechtsmittelverfahren auf Fr. 23'405.-- (gerundet). Die Entscheidgebühr ist in Anwendung der §§ 4 Abs. 1 und 2 und 12 der Gerichtsgebührenverordnung und unter Berücksichtigung des überschaubaren Aufwandes auf Fr. 1'500.-- festzusetzen. Für die Bezahlung ist der vom Beklagten geleistete Vorschuss heranzuziehen (act. 58).

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Meilen vom 5. Januar 2023 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird festgesetzt auf Fr. 1'500.--.
3. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden dem Beklagten und Berufungskläger auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss verrechnet; der Überschuss wird dem Berufungskläger zurückerstattet, unter Vorbehalt eines allfälligen Verrechnungsanspruchs.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Berufungsbeklagte unter Beilage eines Doppels der Berufungsschrift (act. 52) sowie an das Bezirksgericht Meilen, je gegen Empfangsschein.

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

5. Eine **Beschwerde** gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert **30 Tagen** von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 23'405.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. E. Lichti Aschwanden

MLaw J. Camelin-Nagel

versandt am: