

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: NP180002-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter
Dr. P. Higi und Ersatzrichterin Prof. Dr. I. Jent-Sørensen sowie
Gerichtsschreiberin lic. iur. A. Götschi

Urteil vom 7. März 2018

in Sachen

A._____ GmbH,

Beklagte und Berufungsklägerin

gegen

B._____ AG,

Klägerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch C._____,

betreffend **Forderung / Wiedererwägung**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im vereinfachten Verfahren
des Bezirksgerichtes Dietikon vom 17. Juli 2017; Proz. FV170022**

Rechtsbegehren (sinngemäss):

1. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin Fr. 16'897.90 nebst 5 % Verzugszins seit dem 30. April 2016 sowie die Betreuungskosten von Fr. 138.30 zu bezahlen.
2. Der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Dietikon (Zahlungsbefehl vom 19. September 2016) sei zu beseitigen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten.

Urteil des Bezirksgerichtes Dietikon (Einzelrichter):

1. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin Fr. 16'897.90 nebst Zins zu 5 % seit 22. September 2016 sowie Fr. 138.30 Betreuungskosten zu bezahlen. In diesem Umfang wird der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Dietikon (Zahlungsbefehl vom 19. September 2016) aufgehoben.
Im Mehrbetrag (Zins) wird das Begehren abgewiesen.
 2. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'358.00 festgesetzt.
 3. Die Gerichtskosten werden der Beklagten auferlegt und mit den geleisteten Vorschüssen der Klägerin verrechnet. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin diesen Betrag zu ersetzen. Ein Überschuss wird der Klägerin zurückerstattet.
 4. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine Parteientschädigung von Fr. 100.00 zuzüglich der Kosten des Schlichtungsverfahrens von Fr. 450.00 zu bezahlen.
- 5./6. (Mitteilungen und Rechtsmittelbelehrung)

Berufungsanträge:

der Beklagten (act. 16, sinngemäss):

Das angefochtene Urteil sei aufzuheben und die Klage abzuweisen.

der Klägerin (act. 23):

1. Die Berufung sei abzuweisen und das angefochtene Urteil zu bestätigen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten.

Erwägungen:

1.1 Die Klägerin B. _____ AG ist laut Handelsregister unter anderem mit "Gewinnung, Herstellung, Veredelung" von Baumaterialien aller Art befasst. Die Beklagte A. _____ GmbH führt insbesondere Fassaden- und Gipserarbeiten aus. Der Streit geht um die Lieferung und Bezahlung von Baumaterial für ein Bauprojekt an der D. _____-Strasse in E. _____.

1.2 Am 27. April 2017 wurde auf dem Papier einer "Baubedarf F. _____" für die B. _____ AG Klage einreicht. Unter Beilage einer Klagebewilligung vom 6. Februar 2017 verlangte die Klägerin Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von Fr. 16'897.90 nebst Zins und die Beseitigung des Rechtsvorschlages in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Dietikon.

Der Einzelrichter setzte der Beklagten mit Verfügung vom 3. Mai 2017 Frist zur Beantwortung der Klage an (act. 5). In einer zweiten Verfügung vom 8. Juni 2017 erwog er, "ohne weiteres einen Endentscheid fällen" zu können, und setzte darum der Beklagten eine letzte Frist zur Beantwortung der Klage an (act. 8). Die Beklagte nutzte die beiden Fristen nicht, und am 17. Juli 2017 hiess der Einzelrichter die Klage gut (im Dispositiv act. 9, mit Begründung act. 13).

Das begründete Urteil ging der Beklagten am 8. Dezember 2017 zu (act. 14/1).

2. Mit Schreiben vom 10. Januar 2018 (act. 16) nahm die Beklagte Bezug auf ihre Eingabe vom 9. August (2017) an den Einzelrichter und ersuchte um "Berufung sowie Wiedererwägung".

Auf einen Kostenvorschuss wurde verzichtet.

Die Berufungsantwort vom 13. Februar 2018 wurde mit Vollmacht von zwei für die Klägerin Zeichnungsberechtigten auf dem Papier einer im Handelsregister nicht eingetragenen und offenbar über keine Adresse verfügenden "G. _____" ge-

schrieben (act. 23). In der Frist zum Klären dieser Situation teilte der Unterzeichner des Papiers mit, er handle mit Vollmacht der Klägerin und sei deren Angestellter in der "Rechtsabteilung". Auf Weiterungen wurde verzichtet.

Die Rechtsmittel-Eingabe der Beklagten hatte gezeigt, dass diese offenkundig nicht in der Lage ist, ihren Standpunkt mittels einer schriftlichen Eingabe verständlich darzustellen. Am 22. Februar 2018 fand daher eine Instruktions- und Vergleichsverhandlung statt. Eine Vereinbarung kam an dem Termin und auch in der Folge nicht zustande (Prot. S. 5).

3.1 Die Beklagte verlangt mit ihrem Rechtsmittel unter anderem "Wiedererwägung". Auf die Zustellung des Urteilsdispositivs hin hatte sie dem Einzelrichter am 9. August 2018 eine schriftliche Eingabe zugesandt. Darin hatte sie erklärt, sie habe der Klägerin eine Anzahlung von Fr. 20'775.40 überwiesen und überdies für sechs Lieferungen insgesamt rund Fr. 4'800.-- bezahlt (act. 10). Offenkundig verlangt sie, dass diese Vorbringen bei der Beurteilung der Klage Berücksichtigung finden und beanstandet sie, dass der Einzelrichter das nicht tat. Als Begründung einer Laien-Beschwerde reicht das. Die rechtliche Einordnung ist Sache des Gerichts (Art. 57 ZPO).

Die Berufung ist begründet. Die Sache ist im vereinfachten Verfahren zu behandeln (Art. 243 Abs. 1 ZPO). Dieses soll nach der Absicht des Gesetzgebers besonders laienfreundlich sein. So wird vom Kläger keine schriftliche Begründung verlangt, vielmehr darf er die Klage sogar mündlich zu Protokoll geben (Art. 244 Abs. 1 ZPO). Entsprechend kann auch vom Beklagten keine schriftliche Beantwortung verlangt werden, und lediglich zur Wahrung des Gleichgewichts *darf* er zu einer schriftlich begründeten Klage "zunächst" seinerseits schriftliche Bemerkungen anbringen (Art. 245 Abs. 2 ZPO). Die Mündlichkeit soll das Verfahren laienfreundlich machen, und sie dient dazu, dass das Gericht seiner Pflicht nachkommen kann, durch entsprechende Fragen die Parteien zum Ergänzen ungenügender Angaben im Sachverhalt und zum Bezeichnen der Beweismittel zu veranlassen (Art. 247 Abs. 1 ZPO; Botschaft ZPO 2006, S. 7347 ff.). Darum ist die Stellungnahme des Beklagten zu einer mit Begründung eingereichten Klage keine Klageantwort im Sinne von Art. 222 ZPO, und wenn keine Stellungnahme eingeht,

gelten nicht die strengen Säumnisfolgen von Art. 223 ZPO, wonach das Gericht sofort ein Urteil fällen darf. Das schützt sowohl den Kläger als auch den Beklagten: ein unbedarfter Kläger, dessen Klage vom Beklagten nicht beantwortet wurde, liefe Gefahr, den Prozess zu verlieren, wenn er in der (vorläufigen) Begründung der Klage gewisse Elemente zum Sachverhalt nicht ausreichend substantiiert vorträgt oder etwa zu bestimmten Behauptungen keine Beweismittel nennt - gerade das muss das Gericht aber in der mündlichen Verhandlung von Amtes wegen ansprechen, sodass der Kläger seine Vorbringen verbessern kann. Und das gilt ebenso für den Beklagten, welcher sich zur vorläufigen Klagebegründung nicht äussert: ihn hat das Gericht im Einzelnen zu den Elementen der Klage zu befragen und ihm Gelegenheit zur Bestreitung oder zum Behaupten eines anderen Sachverhaltes zu geben. Das Bundesgericht hat diesen Anspruch der Parteien auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung mit aller Deutlichkeit klargestellt (BGE 140 III 450).

Immerhin kann die mündliche Verhandlung unter besonderen Umständen auch einmal nicht angezeigt, ja vielleicht sogar unangebracht sein. Wenn etwa beide Seiten anwaltlich vertreten sind, ist eine richterliche Hilfe in aller Regel entbehrlich, und das Verfahren mag dann auf schriftlichem Weg sogar wesentlich kostengünstiger sein. Auch prozessual unerfahrene und unbeholfene Parteien werden zudem grundsätzlich als eigenverantwortliche Subjekte wahrgenommen; sie können über den Streitgegenstand frei verfügen, und trotz der verfahrensrechtlichen Hilfestellungen ist es letztlich ihre Aufgabe, den Prozessstoff vorzutragen. Das Bundesgericht lässt es daher zu, dass die Parteien auf die mündliche Verhandlung verzichten, und das nach allgemeinen Grundsätzen (etwa Art. 1 Abs. 1 OR) auch stillschweigend. Mit Rücksicht auf die grosse Bedeutung der Mündlichkeit, und da diese der Wahrung grundrechtlicher Garantien (dem rechtlichen Gehör) dient, darf ein solcher Verzicht aber nicht leichthin angenommen werden und muss ein Verzicht unzweideutig sein (BGer a.a.O. S. 454). Dabei schliesst das Bundesgericht nicht aus, dass das Gericht den Parteien den Verzicht vorschlägt und diese diesem Vorschlag zustimmen. Das ist vom Prinzip her zweifellos richtig, in der Praxis aber wohl häufig problematisch. Schweigen auf einen Vorschlag gilt allgemein nur als Zustimmung, wenn der Angesprochene die

Tragweite des Vorgeschlagenen und insbesondere die Konsequenzen überblicken kann. Bei einer Laien-Partei dürfte das häufig nicht zutreffen. Insbesondere dürfte sich eine Laien-Partei in der Regel nicht bewusst sein, wie die mündliche Verhandlung abläuft, und wie sie vom Gericht dabei in der Wahrnehmung ihrer Rechte unterstützt wird. Wenn das Gericht wie hier in der Fristansetzung für die vorläufige Stellungnahme zur Klage – zu Unrecht – alle Anforderungen aufführt, welchen eine Klageantwort im *ordentlichen* Verfahren zu genügen hat (Stellungnahme in allen Einzelheiten, eigene Sachdarstellung, Bezeichnen von Zeugen, Urkunden, schriftlichen Auskünften, Parteibefragung, Aufforderung, auch alle verfügbaren Urkunden zusammen mit der Stellungnahme einzureichen), muss das eine unbeholfene Partei, der mit der Mündlichkeit gerade geholfen werden soll, verwirren. Im konkreten Fall hat der Einzelrichter zudem am Ende eines fast halbseitigen Absatzes mit all den erwähnten Auflagen (was eine Laien-Partei kaum versteht) erklärt, bei Säumnis sei die Beklagte mit einer schriftlichen Stellungnahme ausgeschlossen und es werde aufgrund der Akten entschieden – falls nicht eine Partei "eine mündliche Verhandlung verlangt" (act. 5 und 8). Das darf nach Treu und Glauben (Art. 52 ZPO) keinen Rechtsverlust zur Folge haben.

Die durch einen "*legal counsel*" vertretene Klägerin wendet in ihrer Berufungsantwort dagegen nichts ein.

Die Berufung ist daher gutzuheissen und die Sache an den Einzelrichter zurückzuweisen, damit dieser ein gesetzeskonformes Verfahren durchführt und dann neu entscheidet.

3.2 In der Sache wird der Einzelrichter verschiedene Merkwürdigkeiten des Falles zu beachten und zu klären haben.

Die Klägerin stützt ihre Klage auf Lieferscheine, welche zwei Namen nennen: "H._____" und "Unsere Referenz I._____" (act. 4/1). Ob diese Personen etwas mit der Klägerin zu tun haben, ist nicht bekannt. Es fällt immerhin auf, dass die Beklagte eine Offerte für Baumaterial vorlegt, welche unter anderem den Gegenstand "Star Therm Duo" (offenbar eine Dämmplatte) nennt, welcher auch in den erwähnten Lieferscheinen vorkommt, die von einem "Fachberater H._____"

namens einer J._____ Schweiz AG abgegeben wurde (act. 10). Der erste der genannten Lieferscheine enthält zudem den Vermerk "Direktlieferung". Unter diesen Umständen scheint es mindestens als möglich, dass gar nicht die Klägerin Vertragspartnerin des oder der Kaufverträge war, sondern die J._____ Schweiz AG. Auffallend ist, dass die Klägerin es mit den Parteibezeichnungen wenig genau nimmt: im Handelsregister gibt es keine Firma wie im Briefkopf der Klage erwähnt (dort steht "Baubedarf F._____"), die Berufungsantwort wurde auf dem Papier einer weiteren Fantasie-Gesellschaft erstellt ("G._____"), und der Internet-Auftritt der Klägerin leitet zu sehr verschiedenen Bezeichnungen, nämlich www.F'._____.ch / www.....ch / [www.F"._____.ch](http://www.F), womit sie die gesetzliche Pflicht zum Verwenden der Firma (Art. 954a OR) verletzen dürfte. Wenn die J._____ Schweiz AG offerierte, ist fürs Erste wahrscheinlich, dass auch sie lieferte. Dann klagt allerdings heute eine Partei, der keine Forderung zusteht. Denkbar ist in dieser Situation eine besondere Vereinbarung zwischen Lieferantin und Klägerin, welche durch die Klägerin näher zu erläutern wäre und was für sich allein die Gläubigerstellung der Klägerin nicht unbedingt begründete. Endlich sei darauf hingewiesen, dass Zahlungen an einen Nicht-Gläubiger nicht als Anerkennung von dessen Gläubigerschaft auch für weitere – streitige – Positionen gelten könnten.

Die Klage geht auf Zahlung von knapp Fr. 17'000.--, gemäss drei von der Klägerin vorgelegten Rechnungen vom 7. März, 17. Mai und 23. Mai 2016 und einer kleinen Gutschrift (act. 4/1, diverse nicht weiter nummerierte Blätter und Zusammenfassung act. 4/2). Die Beklagte macht unter Verweis auf einen insoweit unverdächtigen Beleg geltend, sie habe rund Fr. 20'800.-- bezahlt (act. 10, ebenfalls nicht weiter nummerierte Blätter). Das indiziert, dass nicht nur die der Klage zugrunde liegenden Lieferungen erfolgten, sondern weitere, welche bisher im Prozess nicht bekannt sind. Zunächst ist also nach den Regeln über die Erfüllung der Obligation (insbesondere Art. 86 f. OR) zu klären, ob die geltend gemachte Zahlung auf die eingeklagte(n) Forderung(en) anzurechnen ist. Trifft das zu, ist die Klage abzuweisen. Wenn nein, sind in einem weiteren Schritt weitere Lieferungen oder Leistungen von der Klägerin zu erfragen. Für das Nachvollziehen der Abrechnung und das Anrechnen von Teilzahlungen ist es dann unabdingbar, dass

alle Lieferungen und alle Zahlungen im Einzelnen behauptet und im Bestreitungsfall bewiesen werden (ZR 90/1991 Nr. 3 und 102/2003 Nr. 57).

Zur Höhe der Rechnungen wird der Beklagte im Einzelnen Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben sein. So weit für einzelne Lieferungen quittiert worden ist und kein Widerspruch behauptet resp. bewiesen wird, dürfte sich die Beklagte dabei behaften lassen müssen, was die Lieferscheine ausweisen. Es ist aber daran zu erinnern, dass wesentliche Elemente eines Kaufvertrags die Ware und der Preis sind, wobei Letzteres auch nur "nach den Umständen bestimmbar" sein darf (Art. 184 Abs. 3 OR). Dafür kann unter Umständen eine Preisliste des Verkäufers genügen, vorausgesetzt der Käufer könne sich nicht darauf berufen, diese Liste sei lediglich theoretisch und werde in der Praxis gar nicht angewendet – etwa weil erhebliche Rabatte ausgehandelt zu werden pflegten. Wäre kein Preis gültig vereinbart, liesse sich eine Vergütungspflicht über den Umweg der Bereicherung denken, wobei dann Listenpreise keine Rolle spielten, sondern Konkurrenz-Preise zu behaupten und zu beweisen wären (der sachenrechtliche Anspruch aus Einbau, Art. 671 ff. ZGB, dürfte gegenüber dem Bauhandwerker nicht helfen). Die erwähnte Offerte nennt eine "Preisliste 2015". Wer von den Parteien sich darauf berufen will, ist noch offen. Je nach dem wird zu fragen und gegebenenfalls beweismässig zu klären sein, ob die Offerte innert ihrer Gültigkeitsdauer von 30 Tagen angenommen wurde (was auch stillschweigend erfolgt sein kann).

4. Die Klägerin hat sich zwar gegen die Berufung gewendet und ist insofern die vor Obergericht unterliegende Partei. Sie ist allerdings, wenn auch durch einen *legal counsel* vertreten, offenkundig ebenso wie die Beklagte nicht prozess-erfahren. Es wäre stossend, ihr die Kosten für das Verfahren aufzuerlegen, das durch den Verfahrensfehler des Einzelrichters nötig wurde. Diese Kosten sind vielmehr auf die Staatskasse zu nehmen.

Parteientschädigungen sind nicht zuzusprechen.

Es wird beschlossen:

1. In Gutheissung der Berufung wird das angefochtene Urteil aufgehoben. Die Sache wird zur Ergänzung des Verfahrens im Sinne der Erwägungen und zu neuem Entscheid an den Einzelrichter zurückgewiesen.
2. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren fallen ausser Ansatz.
3. Für das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte unter Beilage eines Doppels der Berufungsantwort vom 13. Februar 2018 (act. 23), sowie unter Beilage sämtlicher Akten an das Bezirksgericht Dietikon, Einzelgericht, je gegen Empfangsschein, und an die Obergerichtskasse.
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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 16'897.90.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. A. Götschi

versandt am: