

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: NP200014-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein und Oberrichterin lic. iur.
R. Bantli Keller sowie Gerichtsschreiberin MLaw M. Schnarwiler

Urteil vom 8. Juli 2020

in Sachen

A._____,

Beklagter, Widerkläger und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X._____,

gegen

B._____,

Kläger, Widerbeklagter und Berufungsbeklagter

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im vereinfachten Verfahren
des Bezirksgerichtes Pfäffikon vom 2. April 2020; Proz. FV180013**

Rechtsbegehren:

- Des Klägers und Widerbeklagten (act. 40):

1. Der Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger Fr. 14'630.– zuzüglich Kosten des Betreibungsverfahrens Fr. 103.30 zu bezahlen, zuzüglich 5% Zins für Fr. 11'500.– ab 28. Februar 2018 sowie 5% für die Restforderung seit 15. Mai 2018.
2. Der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. 1 des Betreibungsamts Pfäffikon sei aufzuheben.
3. Die Widerklage sei abzuweisen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Beklagten/Widerklägers.

- Des Beklagten und Widerklägers (act. 14, sinngemäss):

1. Die Forderung des Klägers über Fr. 14'630.– gemäss Ziff.1 der klägerischen Rechtsbegehren wird anerkannt.
2. Es sei der Kläger zu verpflichten, dem Beklagten Fr. 22'189.57 abzüglich der anerkannten Fr. 14'630.–, mithin Fr. 7'559.57 zuzüglich 5% Zins ab dem 29. Februar 2018 zu bezahlen.
3. Der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. 1 des Betreibungsamtes Pfäffikon sei nicht aufzuheben.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. Mehrwertsteuer) zu Lasten des Klägers.

Verfügung des Bezirksgerichts:

(act. 60)

1. Es wird vorgemerkt, dass der Beklagte und Widerkläger die Klage des Klägers und Widerbeklagten im Umfang von Fr. 14'630.– anerkannt hat. In diesem Umfang wird die Klage als durch Anerkennung erledigt abgeschrieben.
2. Kosten- und Entschädigungsfolgen gemäss nachfolgendem Erkenntnis.
3. Schriftliche Mitteilung an die Parteien mit nachfolgendem Erkenntnis.
4. Eine **Revision** gemäss Art. 328 ff. ZPO ist zulässig, wenn geltend gemacht wird, dass die Klageanerkennung unwirksam ist. Einzureichen ist das Revisionsgesuch innert **90 Tagen** seit Entdeckung des Revisionsgrundes im Doppel beim Bezirksgericht Pfäffikon, Einzelgericht im vereinfachten Verfahren, Hörnliststrasse 55, 8330 Pfäffikon. In der Revisionschrift sind die Anträge zu stellen und zu begründen. Allfällige Urkunden sind im Doppel und mit zweifachem Verzeichnis beizulegen.

Urteil des Bezirksgerichtes:

(act. 60)

1. Der Beklagte wird in Gutheissung der übrigen Klage (Zinsen und Betreuungskosten) verpflichtet, dem Kläger Verzugszinsen zu 5% auf Fr. 11'500.– seit 28. Februar 2018 und 5% auf Fr. 3'080.– seit 15. Mai 2018 zu bezahlen.
2. Der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. 1 des Betreibungsamtes Pfäffikon ZH (Zahlungsbefehl vom 27. Februar 2018) wird im Umfang der Betreuung (Fr. 11'550.–) aufgehoben.
3. Die Widerklage des Beklagten und Widerklägers wird vollumfänglich abgewiesen.
4. Die Entscheidunggebühr wird auf Fr. 3'350.– festgesetzt.
5. Die Gerichtskosten werden vollumfänglich dem Beklagten auferlegt und mit den geleisteten Vorschüssen der Parteien verrechnet. Der Fehlbetrag von Fr. 350.– wird vom Beklagten nachgefordert.
6. Der Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger eine Parteientschädigung von Fr. 5'000.– (inkl. Auslagen und 7.7% MwSt. sowie Kosten des Schlichtungsverfahrens) zu bezahlen. Zudem hat er dem Kläger den Kostenvorschuss im Umfang von Fr. 2'400.– zu ersetzen.
7. Schriftliche Mitteilung
8. Rechtsmittel

Berufungsanträge:

des Beklagten/Widerklägers/Berufungsklägers (act. 57):

1. Es sei Ziff. 3-6 des Urteils des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am Bezirksgericht Pfäffikon vom 2. April 2020 (FV180013) aufzuheben.

2. Es sei der Berufungsbeklagte zu verpflichten, dem Berufungskläger CHF 22'489.57 nebst Zins zu 5% seit dem 19. Januar 2018 zu bezahlen.
3. Eventualiter sei das Urteil des Bezirksgerichts Pfäffikon vom 2. April 2020 aufzuheben und es sei das Verfahren zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. MWST zulasten des Beklagten.

Erwägungen:

I.

Sachverhalt und Prozessgeschichte

1. Der Berufungskläger/Beklagte/Widerkläger (nachfolgend Beklagter) und der Berufungsbeklagte/Kläger/Widerbeklagte (nachfolgend Kläger) schlossen im September und Oktober 2017 zwei schriftliche "Pensionsverträge für Pferde und Miete einer Boxe mit Reitanlage" (act. 5/4 und 5/5). In der Folge gab der Beklagte dem Kläger zwei Pferde in Pension. Die Parteien kamen weiter mündlich überein, dass der Beklagte in der Liegenschaft des Klägers ein Badezimmer renoviert, wobei die Kosten für die Pension der beiden Pferde und die Vergütung des Beklagten für die Renovationsarbeiten miteinander verrechnet werden sollen (act. 14 S. 3 und act. 22 S. 4).
2. Am 12. Juni 2018 reichte der Kläger beim Bezirksgericht Pfäffikon Klage gegen den Beklagten ein und verlangte von diesem den Pensionspreis für die Monate September 2017 bis März 2018 (act. 1). In der Klageantwort anerkannte der Beklagte den Forderungsbetrag, nicht aber die ebenfalls geltend gemachten Zinsen und Verzugszinsen, und erhob seinerseits Widerklage, worin er das Honorar aus dem mündlichen Werkvertrag verlangte (act. 14). Nach Eingang der schriftlichen Widerklageantwort (act. 22) lud die Vorinstanz die Parteien zur Instruktionsverhandlung ein (act. 27). Da der Beklagte der Verhandlung unentschuldigt ferngeblieben war, büsste ihn die Vorinstanz mit einer Ordnungsbusse von CHF 300.– und verpflichtete ihn zur Zahlung einer Parteientschädigung an den Kläger

(act. 38). Im August 2019 fand die Hauptverhandlung vor Vorinstanz statt, anlässlich welcher beide Parteien die zweiten Vorträge zur Haupt- und Widerklage erstatteten und sich jeweils zu den Noven der Gegenseite äussern konnten (Prot. S. 13 ff., act. 40 und act. 42). Mit Verfügung vom 2. April 2020 nahm die Vorinstanz von der Anerkennung der Klage durch den Beklagten im Umfang von CHF 14'630.– Vormerk und schrieb die Klage diesbezüglich als erledigt ab. Mit Urteil vom gleichen Tag verpflichtete sie den Beklagten im Übrigen in Gutheissung der Klage, dem Kläger die vertraglichen Zinse, die Betreuungskosten sowie die Verzugszinse zu bezahlen, hob den Rechtsvorschlag im Umfang der Betreuung auf und wies die Widerklage vollumfänglich ab. Im Weiteren auferlegte sie dem Beklagten die Gerichtskosten und verpflichtete ihn zur Bezahlung einer Parteientschädigung an den Kläger (act. 49 = act. 58 = act. 59, nachfolgend zitiert als act. 59).

3. Gegen das Urteil wehrt sich der Beklagte mit Eingabe vom 19. Mai 2020 (Datum des Poststempels; act. 57) und verlangt die Gutheissung der Widerklage, eventualiter die Aufhebung des Urteils und Rückweisung des Verfahrens an die Vorinstanz zur Neuurteilung, unter Kosten und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Klägers (act. 57). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 1 - 55).

4. Da die Berufung offensichtlich unbegründet ist, kann auf die Einholung einer Berufungsantwort verzichtet werden (Art. 312 ZPO). Der Prozess erweist sich als spruchreif.

II.

Prozessuales

1.1 Der Beklagte rügt zunächst, die Vorinstanz habe das falsche Rechtsmittel angegeben. Die Abweisung der Widerklage sei nicht mit Beschwerde, sondern mit Berufung anzufechten (act. 57 S. 2). Die Vorinstanz nannte als Rechtsmittel gegen das Urteil die Beschwerde (act. 59, Dispositiv-Ziffer 8).

1.2 Die Berufung gegen erstinstanzliche Endentscheide ist nur zulässig, wenn der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens 10'000 Franken beträgt (Art. 308 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 ZPO). Der Streitwert der Widerklage, welche die Vorinstanz vollumfänglich abwies und die Gegenstand dieses Rechtsmittelverfahrens bildet, beträgt CHF 22'189.57 (act. 14 S. 2). Gegen die Abweisung der Widerklage steht demnach nicht die Beschwerde, sondern die Berufung als Rechtsmittel zur Verfügung (vgl. Art. 319 lit. a ZPO). Die Rüge des Klägers ist folglich zu schützen und sein als Berufung bezeichnetes Rechtsmittel als solche entgegenzunehmen. Die falsche Rechtsmittelbezeichnung schadet dem Beklagten nicht.

2. Die Berufung erfolgte innert 30-tägiger Frist. Sie enthält Anträge und eine Begründung (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Der Beklagte bezahlte allerdings den ihm auferlegten Kostenvorschuss zwei Tage verspätet (act. 61 und 62). Da ihm indessen bei nicht rechtzeitig erfolgter Bezahlung eine kurze Nachfrist anzusetzen gewesen wäre (Art. 101 Abs. 3 ZPO), ist der Kostenvorschuss als rechtsgültig eingegangen zu betrachten. Damit steht dem Eintreten auf die Berufung nichts entgegen.

III

Zur Berufung im Einzelnen

1. In verfahrensrechtlicher Hinsicht gelten folgende Grundsätze: Mit der Berufung können eine unrichtige Rechtsanwendung und eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über eine vollständige Überprüfungsbefugnis der Streitsache, mithin über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung (Angemessenheitsprüfung; BGer 5A_184/2013 vom 26. April 2013 E. 3.1). Die Berufung erhebende Partei trifft eine Begründungslast. In der schriftlichen Berufungsbegründung (Art. 311 Abs. 1 ZPO) hat sie hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem der genannten Fehler leidet (BGE 142 I 93 E. 8.2; BGE 138 III 374 E. 4.3.1). Die Berufungsinstanz hat sich - abgesehen von offensichtlichen Mängeln - grundsätzlich auf die Beurteilung der Beanstandungen zu beschränken, die in der Berufungs-

schrift in rechtsgenügender Weise erhoben werden (vgl. BGE 142 III 413 E. 2.2.4). Aufgrund der umfassenden Überprüfungsbefugnis ist die Berufungsinstanz allerdings nicht an die mit den Rügen vorgebrachte Argumentation oder an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden, sondern kann die Rügen auch mit abweichenden Erwägungen gutheissen oder abweisen (ZK ZPO-Reetz/Theiler, Art. 310 N 6). Neue Tatsachen und Beweismittel dürfen nur noch berücksichtigt werden, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO).

2.1 Der Beklagte begründete die Widerklage vor Vorinstanz damit, die Parteien hätten vereinbart, dass der Beklagte ein Badezimmer in der Liegenschaft des Klägers renoviere und die Kosten der Pension mit seinem Honorar aus dem Umbau verrechnet würden. Er habe mit den Arbeiten am 24. Oktober 2017 begonnen. Ein bestimmter Beendigungstermin sei nicht vereinbart worden. Der Kläger habe gewusst, dass der Beklagte noch andere Arbeiten zu erledigen habe und der Umbau beispielsweise den ganzen November 2017 ruhe (act. 14 S. 3). Im Januar 2018 habe er auf Verlangen des Klägers eine Zusammenstellung der bis dahin aufgelaufenen Kosten erstellt. Der Kläger habe darauf sehr ungehalten reagiert und ihm anlässlich einer gemeinsamen Besprechung einen Betrag von CHF 20'000.– offeriert. Im Gegenzug müsse der Beklagte bis 1. Juli 2018 keine Pension bezahlen. Der Beklagte habe sich eine Bedenkzeit ausbedungen und dem Kläger daraufhin eine neue Rechnung mit einem tieferen Stundenlohn unterbreitet. Dieser habe ihm jedoch erklärt, er wolle nichts mehr mit ihm zu tun haben und den Werkvertrag vorzeitig gekündigt. Am 29. Januar 2018 habe der Beklagte auf Verlangen des Klägers den Hausschlüssel abgegeben. Am gleichen Tag habe der Kläger schriftlich mitgeteilt, dass er die Arbeiten anderweitig vergeben werde (act. 14 S. 3 f.). Im Widerspruch dazu habe der Anwalt des Klägers mit Schreiben vom 1. Februar 2018 dem Beklagten eine Frist bis 12. Februar 2018 zur Behebung der Mängel angesetzt (act. 14 S. 4). Es habe aber gar keine Mängel gegeben, sondern das Werk sei nicht abgeschlossen gewesen. Im Zeitpunkt des Vertragsrücktritts durch den Kläger habe der Vergütungsanspruch des Beklagten insgesamt CHF 22'189.57, einschliesslich Aufwendungen für Material von CHF 5'109.20, betragen (act. 14 S. 6). Da der Kläger nicht bereit gewesen sei, diese Aufwendun-

gen zu bezahlen, sei der Beklagte aufgrund des Zahlungsverzugs des Klägers berechtigt gewesen, die Werkarbeiten einzustellen (act. 42 S. 4 sowie allgemein act. 14 und 42, Prot. Vi. S. 15 f. und 20).

2.2. Der Kläger anerkannte vor Vorinstanz, im Oktober 2017 mit dem Beklagten einen Werkvertrag über die Renovation des Badezimmers in seiner Liegenschaft abgeschlossen zu haben (u.a. act. 22 S. 4). Er bestritt indessen den Anspruch des Beklagten auf Werklohn, weil dieser die Arbeiten mangelhaft ausgeführt und zudem nicht beendet habe (u.a. act. 22 S. 7 f.). Der Beklagte habe versprochen, die Arbeiten bis Ende November 2017 zu einem fairen Preis zu erledigen, weil die Wohnung ab Dezember 2018 hätte vermietet werden sollen. Die Parteien seien von ungefähren Kosten von CHF 12'000.– ausgegangen; Ratenzahlungen seien nicht vereinbart worden. Der Kläger habe deshalb den Werklohn erst mit Ablieferung des Werkes geschuldet (u.a. act. 22 S. 4). Der Beklagte habe die Arbeiten zu spät begonnen und die angesetzte Nachfrist zur Nachbesserung bzw. Fertigstellung ungenutzt verstreichen lassen. Der Mängelbericht sowie der amtliche Befund hätten weiter ergeben, dass der Beklagte die Arbeiten mangelhaft ausgeführt habe (u. a. act. 22 S. 7 f.). Der Kläger habe die Werkausführung nach unbenutztem Ablauf der Nachbesserungsfrist Dritten übergeben müssen, welche die nicht brauchbaren Vorarbeiten des Beklagten hätten zurückbauen müssen. Die vom Beklagten erstellte Zwischenabrechnung sei zu hoch, nicht nachvollziehbar und fehlerhaft gewesen (act. 22 S. 5). Der Beklagte habe zudem den geltend gemachten Materialaufwand nicht substantiiert. Die Kosten der mit dem Umbau betrauten Dritten hätten sich auf insgesamt CHF 14'849.25 belaufen, die der Kläger mit einer allfälligen Werklohnforderung des Beklagten verrechne (act. 22 und 40, Prot. Vi S. 13 f., 16 ff. und 20 f.).

3. Die Vorinstanz erwog, der Beklagte habe zwar die Widerklage beziffert, jedoch unterlassen zu erläutern, wie sich der Betrag von CHF 22'189.57 im Einzelnen zusammensetze und auf welche Grundlage er sich bei der Berechnung seines Honoraranspruchs stütze. Insbesondere habe er nicht ausgeführt, ob die Honorarforderung auf seiner Kostenzusammenstellung basiere. Die Summe der Positionen der Aufstellung ergebe nämlich einen anderen Betrag als den geltend

gemachten. Die Widerklage sei deshalb mangels Substantiierung abzuweisen (act. 59 S. 9 f.).

4. Der Beklagte rügt in seiner Berufung, die Auffassung der Vorinstanz, er habe in sämtlichen Rechtsschriften und auch anlässlich der Hauptverhandlung unterlassen, genau zu erläutern, wie sich der Betrag von CHF 22'189.57 zusammensetze und auf welche Grundlage er sich dabei stütze, sei klar aktenwidrig. Der Kläger habe stets anerkannt, dass zwischen den Parteien ein Werkvertrag über den Umbau des Bades geschlossen worden sei und der Kläger habe nicht bestritten, dass die Parteien eine Vergütung nach Zeitaufwand und keinen Pauschalpreis vereinbart hätten (act. 57 S. 3). Der Beklagte habe in der Widerklage in Randziffer 6 und 7 darauf hingewiesen, dass sich der genaue Inhalt der Tätigkeit aus der Kostenzusammenstellung ergebe, welche er als Klagebeilage 4 eingereicht habe. Aufgrund der Verweisung sei klar, dass die gesamte Leistungsübersicht als Parteibehauptungen gälten. Die Beilage sei selbsterklärend und die Übernahme des Inhalts dieser Beilage in die Rechtsschrift stelle einen blossen Leerlauf dar. Zudem habe er weitere Unterlagen für die Materialkosten anlässlich der Verhandlung als Beilagen eingereicht (act. 57 S. 4). Die Summe aller Positionen der Kostenzusammenstellung ergebe exakt den Betrag der Widerklage in der Höhe von CHF 22'189.57 (act. 75 S. 4). Das geschuldete Honorar sei damit hinreichend substantiiert. Der Kläger hätte jede einzelne Position bestreiten können, was er jedoch nicht substantiiert getan habe (act. 75 S. 5). Die Vorinstanz habe zudem ihre Fragepflicht im vereinfachten Verfahren verletzt, wenn sie die Widerklage als unsubstantiiert abweise, ohne den Beklagten vorgängig zur Ergänzung angehalten zu haben. Mit ihrem Verhalten habe sie gegen Art. 247 Abs. 1 ZPO verstossen (act. 57 S. 5 f.). Schliesslich habe die Vorinstanz das Recht des Beklagten auf Beweis im Sinne von Art. 152 ZPO verletzt, weil sie die von ihm korrekt anbotenen Beweise nicht abgenommen habe, obwohl sie den Sachverhalt gemäss Art. 247 Abs. 2 lit. a ZPO in Verbindung mit Art. 153 Abs. 1 ZPO von Amtes wegen hätte feststellen müssen (act. 57 S. 6).

5. Aufgrund der Einwände des Beklagten ist im Berufungsverfahren zunächst abzuklären, ob der Beklagte die Widerklage hinreichend behauptet und substantiiert.

iert hat. Ist dies zu verneinen, bleibt zu prüfen, ob die Vorinstanz ihre Fragepflicht gemäss Art. 247 Abs. 1 ZPO gegenüber dem Beklagten verletzt hat. In einem weiteren Schritt wäre zu beurteilen, ob die Vorinstanz das Recht auf Beweis des Beklagten missachtete. Nicht Gegenstand des Berufungsverfahrens bilden dagegen die im erstinstanzlichen Verfahren von den Parteien aufgeworfenen Fragen, ob das Werk mangelhaft bzw. unvollendet war, ob das verlangte Honorar übersetzt war, ob dem Kläger ein Recht auf Rücktritt vom Werkvertrag wegen Überschreitens des Kostenansatzes oder wegen verspäteter Ausführung zukam und ob die Parteien Abschlagszahlungen oder Akontozahlungen vereinbart haben.

6.1. Für die Substantiierung gelten folgende Grundsätze: Das Gericht darf sein Urteil nur auf die von den Parteien behaupteten Tatsachen stützen (Art. 55 Abs. 1 ZPO). Da im Normalfall der rechtsuchenden Partei die Beweislast obliegt (vgl. Art. 8 ZGB), ist es an ihr, die Tatsachen hinreichend darzutun und zu beweisen, aus deren Vorliegen sie ihren Anspruch herleitet (vgl. BGer-Urteil 4A_169/2011 vom 19. Juli 2011 E. 5.5 m.H.). Inwieweit Tatsachen zu behaupten und zu substantiieren sind, ergibt sich einerseits aus den Tatbestandsmerkmalen der angerufenen Norm und andererseits aus dem prozessualen Verhalten der Gegenpartei (BGE 127 III 365 ff. E. 2b; BGer-Urteile 4A_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2 und 4A_57/2014 vom 8. Mai 2014 E. 1.3.3). Die beweisbelastete Partei hat diejenigen Tatsachen widerspruchsfrei und vollständig anzugeben, auf die sie ihr Begehren stützt, so dass der Tatsachenvortrag bei Unterstellung, er sei wahr, den Schluss auf die angebehrte Rechtsfolge zulässt. Es genügt, wenn diese Tatsachen zunächst in ihren Grundzügen behauptet werden (BGE 136 III 322 ff. E. 3.4.2; BGer-Urteile 4A_210/2009 vom 7. April 2010 E. 3.2 m.H., 4A_591/2012 vom 20. Februar 2013 E. 2.1 und 4A_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2.1; ZK ZPO-SUTTER-SOMM/SCHRANK, Art. 55 N 21). Kommt eine Partei ihrer Behauptungslast nicht nach, bleiben die betreffenden Tatsachen im Prozess unberücksichtigt. Bestreitet der Prozessgegner den schlüssigen Tatsachenvortrag, hat die klagende Partei die Vorbringen in Einzeltatsachen zergliedert so umfassend und klar darzulegen (Substantiierungslast), dass substantiiertes Bestreiten möglich ist bzw. dagegen der Gegenbeweis angetreten und darüber Beweis abgenommen werden könnte (BGer-Urteil 4A_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2.1; BGE 136 III 322 ff.

E. 3.4.2; BGE 127 III 365 ff. E. 2b). Als Gegenstück zur Behauptungslast trifft die nicht beweisbelastete Partei die Bestreitungslast. Sie hat im Einzelnen darzutun, welche Tatsachen anerkannt und welche bestritten werden (vgl. Art. 222 Abs. 2 ZPO; BGE 141 III 433 ff. E. 2.6.).

Die Parteien haben ihrer Behauptungs- und Substantiierungslast nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung grundsätzlich in den Rechtsschriften selber nachzukommen (BGer-Urteile 4A_209/2019 vom 8. Oktober 2019 E. 7.2.2.1 und 9.2 sowie 4A_281/2017 vom 22. Januar 2018 E. 5; BK ZGB-KILLIAS LAURENT, Art. 221 N 23, BSK ZPO- DANIEL WILLISEGGER, Art. 221 N 27). Das bedeutet nicht, dass es nicht ausnahmsweise zulässig sein kann, seine Substantiierungsobligationen durch Verweisung auf eine Beilage zu erfüllen. Dies kann sich insbesondere in Fällen aufdrängen, wo sich eine Forderung aus hunderten, in Einzelbelegen enthaltenen Beträgen zusammensetzt. Vorausgesetzt ist aber, dass die Tatsachen in ihren wesentlichen Zügen oder Umrissen in einer Rechtschrift behauptet werden und nur für die Einzelheiten auf eine Beilage verwiesen wird (BGE 144 III 519 E. 5.2.1 und BGE 136 III 322 E. 3.4.2; BGer-Urteile 4A_280/2019 vom 14. Oktober 2019 E. 4.1 und 4A_398/2018 vom 25. Februar 2019 E. 10.4.1). Entscheidend ist, ob die Gegenpartei und das Gericht damit die notwendigen Informationen in einer Art erhalten, die eine Übernahme in die Rechtschrift als blossen Leerlauf erscheinen lässt, oder ob die Verweisung ungenügend ist, weil die nötigen Informationen in den Beilagen nicht eindeutig und vollständig enthalten sind oder aber daraus zusammengesucht werden müssten. Aus der Verweisung muss selbst klar werden, welche Teile des Aktenstücks als Parteibehauptung gelten sollen (BGer-Urteil 4A_281/2017 vom 22. Januar 2018 E. 5). Ein problemloser Zugriff ist gewährleistet, wenn eine Beilage selbsterklärend ist und genau die in der Rechtschrift bezeichneten Informationen enthält (BGer. 4A_443/2017 vom 30. April 2018, E. 2.2.1 und 2.2.2 und BGer-Urteil 4A_281/2017 vom 22. Januar 2017). Es darf kein Interpretationsspielraum verbleiben (BGE 144 III 519 E. 5.2.1.2).

Nebst den dazu erforderlichen Tatsachenbehauptungen (Art. 221 Abs. 1 lit. d ZPO) gehört nach Art. 221 Abs. 1 lit. e ZPO die Bezeichnung der einzelnen

Beweismittel zu den behaupteten Tatsachen. Dabei ist ein Beweismittel nur dann als formgerecht angeboten zu betrachten, wenn sich die Beweisofferte eindeutig der damit zu beweisenden Tatsachenbehauptung zuordnen lässt und umgekehrt (Prinzip der Beweisverbindung). Wenn zu einem konkreten Beweisthema keine Beweismittel angeboten werden, ist das Gericht auch nicht gehalten, diese abzunehmen, wenn sie in einem anderen Zusammenhang angeboten worden sind (ZK ZPO-LEUENBERGER, Art. 221 N 51; BGer. 4A_56/2013 vom 4. Juni 2013 E. 4.4).

6.2. Die Definition des Umfangs der Behauptungs- und Substantiierungslast des Beklagten hängt demnach konkret davon ab, auf welche Rechtsgrundlage er seine Forderung stützt. Der Beklagte beruft sich in seiner Widerklage auf einen mit dem Kläger abgeschlossenen Werkvertrag und verlangt die Vergütung für die angeblich vertragsgemäss geleistete Arbeit und das verwendete Material. Es fehlen indessen zunächst konkrete Behauptungen des Beklagten zu einem zwischen den Parteien vereinbarten Honorar. Die Parteien stimmen jedoch darin überein, dass ein Werkvertrag über die Renovation des Badezimmers in der Liegenschaft des Klägers zustande gekommen und anstelle einer direkten Honorierung des Beklagten die Verrechnung seines Honoraranspruchs mit den Forderungen des Klägers aus den Pensionsverträgen abgemacht worden sei. Die Parteien stimmen damit im Grundsatz der Entgeltlichkeit der Tätigkeit des Beklagten überein. Einig scheinen sie sich auch insoweit zu sein, dass ein fester pauschaler Werklohn nicht abgemacht wurde, auch wenn der Kläger ausführen liess, die Parteien seien von einem Werklohn von ungefähr CHF 12'000.– ausgegangen (act. 22 Rz 5.2). Dabei dürfte es sich mangels weiterer Ausführungen des Klägers sowie angesichts der Bestreitungen des Beklagten (Prot. Vi S. 15 f.) höchstens um eine Richtgrösse und nicht um eine Honorarabrede über einen festen Pauschalpreis gehandelt haben.

6.3 Gemäss Art. 363 OR verpflichtet sich der Unternehmer durch den Werkvertrag zur Herstellung eines Werkes und der Besteller zur Leistung einer Vergütung. Das Zustandekommen des Werkvertrags setzt eine Einigung der Parteien über das Werk (Arbeitserfolg) sowie den Werklohn voraus, wobei es genügt, dass eine Vergütung stillschweigend vereinbart wurde. Die Höhe des Werklohns muss nicht

im Voraus fix abgemacht worden sein (Art. 1 f. OR; BSK OR I-ZINDEL/SCHOTT, Art. 363 N 2 ff.). Ist der Preis entweder gar nicht oder nur ungefähr bestimmt worden, so wird er nach Massgabe des Wertes der Arbeit und der Aufwendungen des Unternehmers festgesetzt (Art. 374 OR). In die rechtlichen Überlegungen ist weiter einzubeziehen, dass der Beklagte geltend macht, der Kläger sei vor Beendigung des Werkes vom Vertrag zurückgetreten. Gemäss Art. 377 OR kann der Besteller solange das Werk unvollendet ist, gegen Vergütung der *bereits geleisteten Arbeit* und gegen *volle Schadloshaltung* des Unternehmers jederzeit vom Vertrag zurücktreten. Dabei sind dem Unternehmer die "Arbeit" als auch die Auslagen zu vergüten. Wurde kein Preis festgelegt, ist die Berechnung wiederum nach Art. 374 vorzunehmen (BSK OR I-ZINDEL/SCHOTT, Art. 377 N 13).

6.4 Werden die genannten Rechtsgrundsätze auf den vorliegenden Fall angewendet, so führt das Fehlen einer konkreten Honorarvereinbarung nicht dazu, einen Honoraranspruch des Beklagten zum Vornherein zu verneinen. Der Beklagte hat indessen zu substantiieren, welche Arbeiten er im Zeitpunkt der Rücktritts des Klägers bereits geleistet hat, welcher Wert diesen Tätigkeiten zufällt und welche Materialien verwendet wurden, zumal sich der Beklagte mit dem Hinweis auf seine Kostenzusammenstellung auf die positive Berechnungsmethode (Additionsmethode) zu berufen scheint (vgl. zu den Berechnungsmethoden: BGer. 4A_96/2014 vom 2. September 2014 E. 4.1 und BGE 96 II 192 E. 5a et 5b). Zur Substantiierung des Werts seines Arbeitsaufwands hat der Beklagte die massgeblichen Bemessungsfaktoren darzulegen (Zeitaufwand und anzuwendende Tarife). Weiter hat er nachvollziehbar zu behaupten, welche Auslagen für Material für die vertragskonforme Renovation des Bades nötig gewesen und ihm tatsächlich angefallen sind (Anzahl und Einheitspreise). Ebenso hat er den Zeitpunkt sowie die vorzeitige Kündigung als solche durch den Kläger zu behaupten. Aus seinen Ausführungen muss also klar hervorgehen, welche Arbeiten damals bereits erfüllt und welche noch zu erledigen gewesen waren. Dies bedeutet wiederum nichts anderes, als dass der Beklagte den Inhalt des Werkvertrags bzw. das zu erstellende Werk im Einzelnen zu behaupten hat.

6.5. Die Zuweisung der Substantiierungslast an den Beklagten durch die Vorinstanz blieb unbestritten und wäre ohnehin zu bestätigen, zumal er Ersatz für seine Arbeit und das Material verlangt. Der Beklagte hat vor Vorinstanz zum Inhalt des Werkvertrags keine nachvollziehbaren Angaben gemacht und stets nur pauschal von der Renovation des Badezimmers gesprochen (u.a. act. 14 S. 3). Welche Arbeiten das Werk im Einzelnen umfasste und welche Materialien zu verwenden waren, lässt er gänzlich offen und deutet dies in den Rechtsschriften und seinen Vorträgen auch nicht an. Ebenso wenig beschrieb er den Zustand des renovationsbedürftigen Badezimmers und den zu errichtenden Endzustand (Arbeitserfolg), so dass aufgrund der Behauptungen des Beklagten im vorinstanzlichen Verfahren nicht abgeschätzt werden kann, welche Arbeiten der Werkvertrag umfasste. Selbst wenn der Beklagte entgegen der Auffassung der Vorinstanz konkrete Arbeiten behauptet hätte, liesse sich deshalb nicht feststellen, ob diese zur Werkerstellung nötig waren und ob der Materialaufwand angemessen war. Einzelne Arbeiten und konkret verwendetes Material erwähnte der Beklagte in seinen Vorträgen indessen ebenfalls nirgends. Dieser Substantiierungsmangel wird entgegen der Meinung des Beklagten nicht dadurch behoben, dass beide Parteien vom Zustandekommen eines bestimmten Werkvertrags ausgehen. Allein die Tatsache, dass ein solcher geschlossen wurde, sagt noch nichts über dessen Inhalt und die Höhe der vom Kläger geschuldeten Vergütung aus.

Der Beklagte beruft sich in der Berufung zur Erfüllung der Substantiierungslast auf die Randziffern 6 und 7 in der Widerklage sowie die Verweisung auf die Beilage 4. In Randziffer 6 machte der Beklagte jedoch keine Ausführungen zum Inhalt des zu erbringenden Werkes oder seiner geleisteten Arbeiten, sondern brachte vor, dass keine zeitliche Limite für die Werkerstellung vereinbart worden sei (act. 14 Rz. 6). Als Beweis für diese Behauptung offerierte er Beilage 4, bei welcher es sich um die von ihm erstellte Kostenzusammenstellung vom 19. Januar 2018 handelt (act. 17/4). Die einseitig vom Beklagten erstellte Kostenzusammenstellung erweist sich zunächst als Beweis für das Fehlen einer vereinbarten zeitlichen Limite als untauglich. Zudem stellt die Beweisofferte keine rechtsgenügende Verweisung dar, mit welcher der Inhalt der Kostenzusammenstellung zum integrierenden Bestandteil der Widerklageschrift erklärt wird. In der referenzierten

Randziffer nahm der Beklagte schliesslich gar keinen Bezug zur Kostenzusammenstellung und machte keinerlei Ausführungen zum Inhalt des Werkvertrags oder den einzelnen notwendigen und geleisteten Arbeitsschritten. In der folgenden Randziffer 7 behauptet der Beklagte, dass er auf Verlangen des Klägers eine Zusammenstellung der bis dahin aufgelaufenen Kosten erstellt und diese der Ehefrau des Klägers am Folgetag ausgehändigt habe. Als Beweis hiezuhin bot er die Zeugenbefragung von C._____ und nicht die Kostenzusammenstellung an. Er unterliess es überdies wiederum, auf die einzelnen Positionen in der zuvor zu einer anderen Behauptung als Beweis anbotenen Kostenzusammenstellung Bezug zu nehmen (act. 14 Rz. 7). Insgesamt fehlt es damit bereits an einer rechtsgültigen Verweisung auf die als Beilage 4 eingereichte Kostenzusammenstellung. Selbst wenn eine solche noch bejaht würde, könnte dadurch der Mangel der fehlenden Substantiierung in der Widerklagebegründung in Anbetracht der darin gänzlich fehlenden materiellen Ausführungen zum Inhalt des Werks und der erbrachten Leistungen nicht behoben werden. Es wäre insbesondere nicht möglich, die in der Kostenzusammenstellung beschriebenen Arbeiten auf Vertragskonformität zu überprüfen. Wegen der in der Zusammenstellung nur pauschal umrissenen Arbeiten liesse sich der aufgeführte Zeit- und Materialaufwand nicht nachvollziehen und auf Angemessenheit beurteilen. Der Beklagte hat überdies nicht ausgeführt, auf welcher Grundlage der in der Kostenzusammenstellung eingesetzte Stundenansatz von CHF 100.– basiert, zumal er eine entsprechende Vereinbarung oder die Anwendung eines bestimmten Tarifs vor Vorinstanz nicht behauptete. Das Gleiche gilt für die verrechneten Materialkosten. Diese hat er weder in einer Rechtschrift noch an der Hauptverhandlung näher konkretisiert und bestimmte Auslagen einzelnen Arbeitsleistungen zugerechnet (Prot. VI S. 15 f. und S. 20: act. 20). Die Kostenzusammenstellung ist somit nicht selbsterklärend und wäre auch bei einer Verweisung in der Widerklagebegründung nicht zu beachten.

6.6 Zusammenfassend ist aus all diesen Gründen die Einschätzung der Vorinstanz, der Beklagte habe die Zusammensetzung und die Grundlage seiner Werklohnforderung nicht substantiiert, zu bestätigen. Nicht zu prüfen ist folglich der

Einwand des Beklagten, der Kläger habe seinerseits die Kostenzusammenstellung vom 19. Januar 2018 nicht substantiiert bestritten.

7.1 Der Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, die Vorinstanz hätte in Nachachtung der richterlichen Fragepflicht die fehlenden Informationen vom Beklagten erfragen müssen.

7.2 Aufgrund der Streitwerte waren Klage und Widerklage vor Vorinstanz im vereinfachten Verfahren zu beurteilen (Art. 224 Abs. 1 ZPO i. V. m. Art. 219 und 243 ZPO). Gemäss Art. 247 Abs. 1 ZPO hat das Gericht im vereinfachten Verfahren durch entsprechende Fragen darauf hinzuwirken, dass die Parteien ungenügende Angaben zum Sachverhalt ergänzen und die Beweismittel bezeichnen. Art. 247 Abs. 1 ZPO verstärkt damit die Fragepflicht gemäss Art. 56 ZPO, da sie diese nicht nur unter bestimmten Voraussetzungen - unklare, widersprüchliche, unbestimmte oder offensichtlich unvollständige Vorbringen einer Partei - sondern immer eingreifen lässt, wenn die behaupteten Tatsachen und Beweismittel ungenügend sind (ZK ZPO-Hauck, Art. 247 N 6). Forderungsklagen bis Fr. 30'000.- unterliegen aber dennoch der (zwar durch die verstärkte richterliche Fragepflicht ergänzten) Verhandlungssime. Auch der verstärkten Fragepflicht sind deshalb Grenzen gesetzt. Im Ausgangspunkt gilt noch immer die Verhandlungsmaxime und es ist primär Sache der Parteien, den Prozessstoff zu sammeln. Wird eine bestimmte Tatsache von den Parteien nicht zumindest angedeutet, muss nicht nachgefragt werden (ZK ZPO-HAUCK, Art. 247 N 15 m.w.H.). Sodann ist bei anwaltlich vertretenen Parteien die Fragepflicht nach Art. 247 Abs. 1 ZPO stark gemildert. So darf das Gericht grundsätzlich auf die Sachkunde der Rechtsvertretung vertrauen und sich darauf verlassen, dass der Prozessstoff sowohl behauptungs- als auch beweismässig vollständig vorliegt (ZK ZPO-Hauck, Art. 247 N 17; BK ZPO-Kilias, Art. 247 N 17; BGer 4A_57/2014 vom 8. Mai 2014 E. 1.3.2.; BGE 141 III 569 E. 2.3.1).

7.3. Der Beklagte war vor Vorinstanz durch Rechtsanwältin lic. iur. X._____ rechtskundig vertreten. Es liegt auf der Hand, dass bei einer Klage auf Bezahlung des Werklohns die aufgrund des Werkvertrags zu erbringenden Leistungen, die Bemessungsfaktoren des Lohnes sowie die vertragskonform erbrachten Arbeiten

und Auslagen im Einzelnen zu behaupten und im Bestreitungsfall zu substantiieren sind. Der Beklagte deutete jedoch in seinen Rechtsschriften und Vorträgen weder den Inhalt des Werkvertrags noch die einzelnen erbrachten Leistungen und Auslagen oder die Bemessungsfaktoren für die Berechnung der Vergütung an. Er blieb ferner der Instruktionsverhandlung unentschuldig fern, die gerade der Erörterung des Streitgegenstandes sowie allenfalls der Ergänzung des Sachverhalts gedient hätte (Art. 226 Abs. 2 ZPO). Der rechtskundig vertretene Beklagte kam damit seiner aufgrund der Verhandlungsmaxime ihm obliegenden Behauptungs- und Substantiierungslast nicht nach und hat die wesentlichen Punkte des zu beurteilenden Prozessstoffes nicht ansatzweise behauptet. In Anbetracht dieser gesamten Umstände erscheint es vertretbar, dass die Vorinstanz anlässlich der Hauptverhandlung auf Fragen zum Klagefundament verzichtete. Der Kläger hat denn auch nicht substantiiert, wo er im vorinstanzlichen Verfahren die fehlenden Behauptungen zumindest pauschal umrissen oder angedeutet hat und welche Konkretisierungen er im Rahmen der richterlichen Fragepflicht hätte ergänzen wollen. Die Rüge, die Vorinstanz habe Art. 247 Abs. 1 ZPO unrichtig angewendet, ist deshalb unbegründet.

8. Schliesslich ist auch der Vorhalt, die Vorinstanz habe das Recht auf Beweis verletzt, nicht gerechtfertigt. Aufgrund der mangelnden Substantiierung durfte diese auf die Abnahme der vom Beklagten anbotenen Beweise verzichten. Unsubstantiierte Behauptungen gelten als nicht behauptet, weshalb darüber kein Beweis abzunehmen ist, dient das Beweisverfahren doch nicht der Behebung der fehlenden Substantiierungen. Der vom Beklagten angerufene Art. 247 Abs. 2 lit. a ZPO ist überdies auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar, weshalb die Vorinstanz die Beweise nicht im Sinne von Art. 153 Abs. 1 ZPO von Amtes wegen erheben musste.

9. Zusammenfassend dringt der Beklagte mit keiner seiner Rügen durch und die Berufung ist abzuweisen.

IV.

Kosten und Entschädigung

1. Die Prozesskosten des vorinstanzlichen sowie des Berufungsverfahrens sind ausgangsgemäss dem vollumfänglich unterliegenden Beklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).
2. Er hat die vorinstanzliche Festsetzung der Gerichts- und Parteikosten nicht näher beanstandet. Die Dispositiv-Ziffern 4 - 6 des vorinstanzlichen Urteils sind demnach zu bestätigen.
3. Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren ist bei einem Streitwert von CHF 22'489.57 gestützt auf § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG in Verbindung mit § 4 Abs. 1 GebV OG auf CHF 2'500.– festzusetzen und dem Beklagten aufzuerlegen. Eine Parteientschädigung ist im Berufungsverfahren nicht zuzusprechen, dem Beklagten nicht, weil er unterliegt, dem Kläger nicht, weil ihm keine Aufwendungen erwachsen sind, die entschädigungspflichtig sind.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen. Die Dispositiv-Ziffern 3 - 6 des Urteils des Bezirksgerichts Pfäffikon vom 2. April 2020 werden bestätigt.
2. Die Entscheidgebühr im Berufungsverfahren wird auf Fr. 2'500.– festgesetzt und dem Beklagten auferlegt. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden aus dem vom Beklagten geleisteten Vorschuss von Fr. 3'000.– bezogen.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Kläger unter Beilage eines Doppels von act. 57, sowie an das Bezirksgericht Pfäffikon, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem 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 CHF 22'489.57.

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 M. Schnarwiler

versandt am: