

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: NP250001-O/U

Mitwirkend: Obergerichter lic. iur. A. Huizinga, Vorsitzender, Obergerichter
lic. iur. K. Vogel und Ersatzoberrichter lic. iur. T. Engler
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. C. Faoro

Beschluss und Urteil vom 21. April 2026

in Sachen

A._____,

Beklagter, Widerkläger und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

B._____ GmbH,

Klägerin, Widerbeklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch MLaw Y._____

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am
Bezirksgericht Horgen vom 25. November 2024 (FV210037-F)**

Rechtsbegehren:

der Klägerin und Widerbeklagten:

zur Klage (Urk. 31 i.V.m. Prot. I S. 4):

- "1. Es sei der Beklagte zur Leistung von CHF 10'936.95 zzgl. 5 % Zins seit dem 24. März 2021 zu verpflichten.
2. Es sei der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. 1 des Betreibungsamt Wädenswil im Umfang von Ziff. 1 aufzuheben.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zzgl. Mehrwertsteuer) zu Lasten des Beklagten."

zur Widerklage (Prot. I S. 7):

"Es sei die Widerklage abzuweisen, sofern darauf einzutreten ist, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWST) zu Lasten des Beklagten."

des Beklagten und Widerklägers (Urk. 33 i.V.m. Prot. I S. 5):

- "1. Die Klage sei vollumfänglich abzuweisen.
2. Die Klägerin sei widerklageweise zu verpflichten, dem Beklagten den Betrag von Fr. 30'000.00 zu bezahlen als Bevorschussung der Kosten für die nachfolgend aufgeführten Massnahmen zur Herstellung des vertragsgemässen Zustands sowie der Fertigstellung der Zufahrt auf der Liegenschaft Nr. 2, C._____, D._____:
 - a. Entfernung der durch die Beklagte erstellte Bruchsteinmauer, inkl. Entsorgung.
 - b. Neuerstellung der Stützmauer gemäss Ziff. 2.9 der Vereinbarung zwischen den Parteien vom 13. Februar 2020 und gemäss Werkvertrag vom 2. September 2020.
 - c. Anpassung und Humusierung der Böschung gemäss Ziff. 2.9 der Vereinbarung zwischen den Parteien vom 13. Februar 2020 und gemäss Werkvertrag vom 2. September 2020.
 - d. Entfernung des Kies von der Zufahrtsstrasse und Deponierung zur Wiederverwendung.
 - e. Aushub des Strassenbetts der Zufahrtsstrasse gemäss Ziff. 2.9 der Vereinbarung zwischen den Parteien vom 13. Februar 2020 und gemäss Werkvertrag vom 2. September 2020 sowie Abfuhr des Aushubmaterials.
 - f. Anpassung des Meteorwasser-Schachts.
 - g. Einbringen des Kies, Verdichtung und Planierung.
 - h. Allfällige weitere für die Herstellung des vertragsmässigen Zustands notwendige Massnahmen.

3. Der Beklagte sei zu verpflichten, nach Durchführung der Ersatzvor-
nahme gemäss Ziff. 2 vorstehend, spätestens aber nach fünf Jah-
ren ab Rechtskraft des Urteils, über die Kosten und den von der
Klägerin erhaltenen Kostenvorschuss abzurechnen unter Rück-
zahlung eines allfälligen Überschusses an die Klägerin.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zzgl. MWST) zu Lasten der
Klägerin."

**Urteil des Bezirksgerichtes Horgen, Einzelgericht im vereinfachten
Verfahren, vom 25. November 2024:**
(Urk. 67 S. 48 f. = Urk. 71 S. 48 f.)

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Widerklage wird abgewiesen.
3. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:

Fr. 4'800.00 ; die übrigen Gerichtskosten betragen:
Fr. 420.00 Kosten des Schlichtungsverfahrens

Fr. 70.00 Barauslagen betr. Zeugenentschädigung E. _____.

Fr. 5'290.00 Total
4. Die Gerichtskosten gemäss Dispositivziffer 3 werden im Umfang von einem
Viertel (1/4) der Klägerin und im Umfang von drei Viertel (3/4) dem Beklagten
auferlegt und mit den von den Parteien geleisteten Kostenvorschüssen ver-
rechnet. Der Klägerin wird gegenüber dem Beklagten für den zu viel geleiste-
ten Kostenvorschuss ein Rückgriffsrecht in Höhe Fr. 1'747.– eingeräumt. Der
Fehlbetrag in Höhe von Fr. 1'720.– ist vom Beklagten nachzufordern. Die Ge-
richtskasse wird entsprechend Rechnung stellen.
5. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine reduzierte Parteientschädi-
gung in Höhe von Fr. 3'343.– (Betrag enthält MwSt. und Auslagen) zu bezah-
len.
6. (Schriftliche Mitteilung.)
7. (Rechtsmittelbelehrung.)

Berufungsanträge:

des Beklagten, Widerklägers und Berufungsklägers (Urk. 70 S. 2):

"1a) Es seien die Ziffern 2-5 des Entscheids vom 25. November 2024 aufzuheben und es sei die Berufungsbeklagte zu verpflichten:

dem Berufungskläger den Betrag von CHF 30'000.00 zu bezahlen als Bevorschussung der Kosten für die nachfolgend aufgeführten Massnahmen zur Herstellung des vertragsmässigen Zustands sowie der Fertigstellung der Zufahrt auf der Liegenschaft Nr. 2, C._____, D._____:

- a. Entfernung der durch die Berufungsbeklagte erstellte Bruchsteinmauer, inkl. Entsorgung.
 - b. Neuherstellung der Stützmauer gemäss Ziff. 2.9 der Vereinbarung zwischen den Parteien vom 13. Februar 2020 und gemäss Werkvertrag vom 2. September 2020.
 - c. Anpassung und Humusierung der Böschung gemäss Ziff. 2.9 der Vereinbarung zwischen den Parteien vom 13. Februar 2020 und gemäss Werkvertrag vom 2. September 2020 sowie Abfuhr des Aushubmaterials.
 - d. Entfernung des Kies von der Zufahrtsstrasse und Deponierung zur Wiederverwendung.
 - e. Aushub des Strassenbetts der Zufahrtsstrasse gemäss Ziff. 2.9 der Vereinbarung zwischen den Parteien vom 13. Februar 2020 und gemäss Werkvertrag vom 2. September 2020 sowie Abfuhr des Aushubmaterials.
 - f. Anpassung des Meteorwasser-Schachts.
 - g. Einbringen des Kies, Verdichtung und Planierung.
 - h. Allfällige weitere für die Herstellung des vertragsmässigen Zustands notwendige Massnahmen.
- 1b) Der Berufungskläger sei zu verpflichten, nach Durchführung der Ersatzvornahme gemäss Ziff. 1a vorstehend, spätestens aber nach fünf Jahren ab Rechtskraft des Urteils, über die Kosten und den von der Berufungsbeklagten erhaltenen Kostenvorschuss abzurechnen unter Rückzahlung eines allfälligen Überschusses an die Berufungsbeklagte.
2. Eventualiter seien die Ziffern 2-5 des Entscheids vom 25. November 2024 aufzuheben und zu neuer Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
3. Alles unter Kosten und Entschädigungsfolge (zuzüglich MwSt) zu lasten der Berufungsbeklagten."

der Klägerin, Widerbeklagten und Berufungsbeklagten (Urk. 78 S. 2):

- "1. Es sei die Berufung des Berufungsklägers vollumfänglich abzuweisen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MwSt.) zulasten des Berufungsklägers."

Erwägungen:

I.

1. F._____, alleiniger Gesellschafter der Klägerin, und der Beklagte sind die Eigentümer zweier direkt angrenzender Grundstücke in G._____. Diese beiden Grundstücke waren früher vereint und umfassten einen Landwirtschaftsbetrieb inkl. Stallungen sowie dazugehörigem Wohnhaus. Das Wohnhaus wurde im Rahmen der Abparzellierung von der Stallung getrennt. Die Stallung wird von F._____ nach wie vor landwirtschaftlich genutzt, das Wohnhaus dient dem Beklagten als Ferienhaus. Das Grundstück mit dem Wohnhaus verfügte ursprünglich über keine eigene (separate) Zufahrt, sondern war ausschliesslich mittels Fuss- und Fahrwegrecht über die Parzelle mit den Stallungen erschlossen.

Um das Ferienhaus mit einer separaten Zufahrt zu erschliessen, reichte der Beklagte am 25. Oktober 2019 ein Baugesuch bei der Gemeinde G._____ ein, wogegen F._____ Einsprache erhob. Im Rahmen einer Mediation konnten der Beklagte und F._____ eine Einigung finden und unterzeichneten eine Vereinbarung betreffend das Bauvorhaben des Beklagten. Gemäss dieser Vereinbarung sollte die Zufahrtsstrasse entsprechend des vom Architekten E._____ entworfenen Bauplans vom 24. September 2019 realisiert werden. Des weiteren wurde darin (unter anderem) festgehalten, dass sich die Kosten auf rund Fr. 10'000.– belaufen würden, wobei sich der Beklagte mit einem Betrag von Fr. 5'000.– beteiligen und der Rest von F._____ getragen würde. F._____ zog daraufhin seine Einsprache zurück. Am 27. Mai 2020 erteilte die Gemeinde dem Beklagten basierend auf der Vereinbarung die Baubewilligung für die Erstellung eines Zufahrtswegs.

Am 3./8. September 2020 schlossen die Klägerin und der Beklagte einen Werkvertrag über die Erstellung der Zufahrtsstrasse ab. Sie vereinbarten einen als "Auftragssumme Akkord" bezeichneten Gesamtbetrag für die Erstellung des Zufahrtswegs in der Höhe von Fr. 7'544.40 (inkl. MwSt.). Ende September 2020 begann die Klägerin mit den Arbeiten. Am 14. Oktober 2020 erstellten die Klägerin und E._____ ein "Ausmass" der erfolgten Arbeiten und die Klägerin veranschlagte den Aufwand für die Erstellung des Zufahrtswegs in Abweichung von der ursprünglichen Offerte auf Fr. 9'955.-. In der Folge kam es zu Unstimmigkeiten betreffend die bereits ausgeführten Arbeiten. Der Beklagte (resp. dessen Rechtsvertreter) forderte die Klägerin (bzw. F._____) zur Mängelbehebung auf und setzte ihr eine Frist, mit der Drohung, dass er andernfalls auf Kosten der Klägerin ersatzweise einen Dritten mit der Ausführungen der Arbeiten beauftragen würde. Die Klägerin hielt daran fest, dass die Arbeiten im Wesentlichen gemäss dem Werkvertrag und den Plänen "ordnungsgemäss" ausgeführt worden seien und einzig bezüglich der Achse beim Gulletrog eine Änderung notwendig gewesen sei, namentlich habe die Mauer aus Sicherheits- und Stabilitätsgründen um 50cm in das Grundstück des Beklagten verschoben werden müssen. Die von der Klägerin in der Folge ausgestellte Rechnung über Fr. 10'936.95 (Fr. 9'955.- + Kosten für die Reparatur von zwei Zäunen zuzüglich Mehrwertsteuer) bezahlte der Beklagte nicht. Die Gemeinde stellte am 11. März 2021 bei der Zwischenabnahme fest, dass die erstellte Stützmauer nicht den genehmigten Plänen entspreche und die Strasse dadurch in ihrer Lage verschoben worden sei, womit auch sie nicht den Plänen entspreche. Die Klägerin setzte den von ihr geforderten Betrag in Betreibung, woraufhin der Beklagte Rechtsvorschlag erhob (siehe zum Ganzen Urk. 71 S. 7 ff., im Rechtsmittelverfahren unbeanstandet geblieben).

2. Mit Klage vom 28. Oktober 2021 machte die Klägerin, Widerbeklagte und Berufungsbeklagte (nachfolgend Klägerin) unter Beilage der Klagebewilligung des Friedensrichteramts H._____ das Verfahren vor der Vorinstanz hängig. Mit Eingabe vom 7. Februar 2022 erhob der Beklagte Widerkläger und Berufungskläger (fortan Beklagter) Widerklage (Urk. 18). Hinsichtlich des erstinstanzlichen Prozessverlaufs kann im Übrigen auf die entsprechenden Erwägungen im angefochtenen Entscheid

verwiesen werden (Urk. 71 S. 3 ff.). Am 25. November 2024 wies die Vorinstanz sowohl die Klage als auch die Widerklage ab (Urk. 67 = Urk. 71).

3. Mit Eingabe vom 13. Januar 2025 erhob der Beklagte rechtzeitig (Art. 311 Abs. 1 ZPO; Urk. 68/1) Berufung mit den eingangs aufgeführten Anträgen (Urk. 70). Der einverlangte Kostenvorschuss ging innert Frist ein (Urk. 73 und Urk. 74). Die Berufungsantwort datiert vom 15. Mai 2025 (Urk. 78). In der Folge liessen sich die Parteien jeweils einmal vernehmen (Urk. 87 und Urk. 92). Weitere Eingaben sind nicht erfolgt.

4. Das Verfahren erweist sich als spruchreif. Die vorinstanzlichen Akten (Urk. 1-69) wurden beigezogen.

II.

1. Die vorliegende Berufung richtet sich einzig gegen Dispositiv-Ziffer 2 (Abweisung der Widerklage) des angefochtenen Entscheids. Dispositiv-Ziffer 1 (Abweisung der Hauptklage) blieb unangefochten und ist nach Ablauf der Anschlussberufungsfrist am 20. Mai 2025 (siehe Urk. 77; Art. 312 Abs. 2 ZPO) in Rechtskraft erwachsen. Dies ist vorzumerken.

2. Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über eine uneingeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung (BGer 5A_184/2013 vom 26. April 2013 E. 3.1). In der schriftlichen Berufungsbegründung (Art. 311 Abs. 1 ZPO) ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem Mangel im Sinne von Art. 310 ZPO leidet. Das setzt (im Sinne einer Eintretensvoraussetzung) voraus, dass der Berufungskläger die von ihm beanstandeten, für das Ergebnis des angefochtenen Entscheids massgeblichen Erwägungen genau bezeichnet, sich inhaltlich gezielt mit diesen auseinandersetzt und mittels präziser Verweisungen auf die Akten aufzeigt, wo die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben wurden bzw. aus welchen

konkreten Aktenstellen sich der geltend gemachte Berufungsgrund ergeben soll (vgl. BGE 138 III 374 E. 4.3.1; 141 III 569 E. 2.3.3; BGer 5A_751/2014 vom 28. Mai 2015 E. 2.1; 5A_635/2015 vom 21. Juni 2016 E. 5.2; CHK ZPO-Sutter-Somm/Seiler, Art. 311 N 8 ff.; DIKE-Komm ZPO-Hungerbühler, Art. 311 N 36 ff.; ZK ZPO II-Reetz, Art. 311 N 36). Es ist nicht Aufgabe der Berufungsinstanz, in den vorinstanzlichen Akten nach den Grundlagen des gerügten (oder gar eines anderen) Mangels zu suchen. Die Berufungsgründe sind in der Berufungsschrift resp. innert der Berufungsfrist vollständig vorzutragen und nachzuweisen; ein allfälliger zweiter Schriftenwechsel oder die Ausübung des aus Art. 6 EMRK bzw. Art. 29 Abs. 2 BV abgeleiteten allgemeinen Replikrechts (vgl. dazu BGer 5D_81/2015 vom 4. April 2016 E. 2.3; BGE 144 III 117 E. 2.1 [je m.w. Hinw.]) dienen nicht dazu, die bisherige Kritik zu vervollständigen oder gar neue vorzutragen (BGE 142 III 413 E. 2.2.4 m.w.Hinw.). Eine Ergänzung der Berufung nach Ablauf der gesetzlichen Berufsfrist oder im Rahmen einer spontanen Replik ist mithin unzulässig.

Was nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, braucht im Berufungsverfahren nicht überprüft zu werden und hat grundsätzlich Bestand. Die Berufungsinstanz hat sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der Beanstandungen zu beschränken, die in der schriftlichen Berufungsbegründung (prozesskonform) gegen den erstinstanzlichen Entscheid erhoben werden (vgl. BGE 142 III 413 E. 2.2.4 m.w.Hinw.; 144 III 394 E. 4.1.4 S. 397 f.; 147 III 176 E. 4.2.1; BGer 5A_111/2016 vom 6. September 2016 E. 5.3). Insofern erfährt der Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen (Art. 57 ZPO) im Berufungsverfahren eine Relativierung (BK ZPO I-Domenig/Hurni, Art. 57 N 21 und N 39 ff.; DIKE-Komm ZPO-Glasl/Glasl, Art. 57 N 22; CHK ZPO-Sutter-Somm/Seiler, Art. 57 N 6). In diesem Rahmen ist auf die Parteivorbringen einzugehen, soweit dies für die Entscheidungsfindung erforderlich ist (BGE 134 I 83 E. 4.1 m.w.Hinw.; 141 III 28 E. 3.2.4; 143 III 65 E. 5.2).

3. Unter Vorbehalt der vorliegend nicht relevanten Ausnahme von Art. 317 Abs. 1^{bis} ZPO (vgl. Art. 407f ZPO) können neue Tatsachen und Beweismittel (Noven) im Berufungsverfahren nur unter den Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1

ZPO berücksichtigt werden, d.h. wenn sie – kumulativ – ohne Verzug vorgebracht wurden (lit. a) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (lit. b). Wer sich auf (unechte) Noven beruft oder solche vorträgt, hat deren Zulässigkeit darzutun und ihre Voraussetzungen notwendigenfalls zu beweisen (BGE 143 III 42 E. 4.1; BGer 5A_86/2016 vom 5. September 2016 E. 2.1 [je m.w.Hinw.]). Werden Tatsachenbehauptungen oder Beweisanträge im Berufungsverfahren bloss erneuert, ist unter Hinweis auf konkrete Aktenstellen aufzuzeigen, dass und wo sie bereits vor Vorinstanz eingebracht wurden; andernfalls gelten sie als neu.

III.

1.

1.1. Der Beklagte machte vor Vorinstanz widerklageweise im Rahmen einer Teilklage die (voraussichtlichen) Kosten für die Beseitigung von Werkmängeln mit Ersatzvornahme im Sinne von Art. 366 Abs. 2 OR geltend (s.a. Urk. 71 S. 36).

1.2. In ihrem Entscheid bejahte die Vorinstanz das Vorliegen eines Werkmangels (Urk. 71 S. 31) sowie einer rechtzeitig erhobenen Mängelrüge (Urk. 71 S. 34) und ging davon aus, dass das Werk abgeliefert worden sei (Urk. 71 S. 40, wonach "aufgrund erfolgter Ablieferung des Werks" vorliegend Art. 366 Abs. 2 OR analog anzuwenden sei). Sie verneinte indes einen Nachbesserungsanspruch des Beklagten, da einerseits die von ihm geforderten Nachbesserungsarbeiten faktisch auf eine Neuerstellung des mangelhaften Werks abzielten, und andererseits – im Sinne einer Alternativbegründung – die Nachbesserungskosten übermässig seien (Urk. 71 S. 41 ff.). Entsprechend wies sie die Widerklage ab.

1.3. Im Berufungsverfahren macht der Beklagte geltend, die (von ihm geforderte) Nachbesserung müsse schon deshalb gewährt werden, da unbestrittenermassen ein Werkmangel vorliege und weder Wandelung noch Minderung in Frage kämen (siehe nachfolgend Ziff. 2). Sodann rügt er, die Vorinstanz sei von einem unrichtigen Mangelbegriff ausgegangen (nachfolgend Ziff. 3), habe fälschlicherweise ein Missverhältnis zwischen den voraussichtlichen (mit der Ersatzvornahme) anfallenden Nachbesserungskosten und dem Nutzen des Beklagten angenommen (nach-

folgend Ziff. 4.2.) und habe zu Unrecht die von vom Beklagten verlangten Nachbesserungsarbeiten als Neuerstellung des Werks qualifiziert (nachfolgend Ziff. 4.3.).

2.

2.1. Der Beklagte bringt berufsungsweise zunächst vor, Art. 368 OR sehe nebst dem Recht auf Nachbesserung das Recht auf Minderung oder Wandelung vor. Vorliegend falle jedoch sowohl die Wandelung als auch die Minderung ausser Betracht. Bereits aus diesem Grund müsse ihm ein Nachbesserungsrecht zustehen, da unbestrittenermassen ein Werkmangel vorliege und dieser nicht allein auf eine falsche Materialwahl zurückzuführen sei. Zwar könne ein Besteller durchaus "auf den Mängeln" sitzenbleiben, insbesondere dann, wenn das Werk zwar nicht alle zugesicherten Eigenschaften besitze, jedoch immer noch als ebenso wertvoll zu sehen sei. Dies sei vorliegend offensichtlich nicht der Fall. Im Gegenteil weise das Werk einen (massiven) rechtlichen Mangel auf, da aufgrund der überdimensionierten – in der Landwirtschaft nicht zulässigen – Stützmauer offensichtlich gegen öffentlich-rechtliche Bauvorschriften verstossen werde, angesichts der gravierenden Mängel bei der Durchfahrt ein grösserer Abstand zur Mauer eingehalten werden müsse und die Strasse bei schlechtem Wetter kaum befahrbar sei. Es gehe nicht an, dass sich ein Besteller bei vorliegender Ausgangslage mit einem solchem Mangel abfinden müsse, ansonsten sich wohl jeder Unternehmer darauf berufen könnte und "mithin grundsätzlich alles (im Risiko des Bestellers) konstruieren" könnte, was er wollte (Urk. 70 Rz. 26-29 und Rz. 30.3).

2.2. Der Beklagte ist offenbar der Ansicht, ihm stehe angesichts der Umstände ein Nachbesserungsrecht zu und zwar unabhängig davon, ob die gesetzlich vorgesehenen Voraussetzungen erfüllt sind oder nicht. Der Beklagte geht indes fehl. Ein Nachbesserungsanspruch steht dem Besteller dann zu, wenn die von Art. 368 Abs. 2 OR vorgesehenen Voraussetzungen erfüllt sind. Ist dies nicht der Fall, besteht kein Nachbesserungsanspruch. Dies mag für den Besteller bei (nachweislich) bestehendem Werkmangel – insbesondere wenn eine Wandelung oder eine Minderung ausser Betracht fallen – (subjektiv) unbefriedigend sein. Diese empfundene

"Ungerechtigkeit" vermag dem Besteller für sich allein aber keinen Anspruch auf Nachbesserung zu verschaffen.

3.

3.1. Im Zusammenhang mit der Mangelhaftigkeit des Werkes erwog die Vorinstanz, die Zufahrtsstrasse sei im Ergebnis als nutz- und befahrbar zu qualifizieren. Dies unabhängig von der Frage der Konformität mit öffentlich-rechtlichen Bauvorschriften, welche in diesem Verfahren nicht von weiterer Relevanz seien. Allerdings sei die reine Nutzbarkeit nicht entscheidend für die Rechtsfrage der Mangelhaftigkeit. Für das Gericht sei erwiesen, dass das Werk nicht die vereinbarten Eigenschaften aufweise (Abweichung von den Plänen verbunden mit dem fehlenden Konsens über die Projektanpassung). Es sei damit mangelhaft im Sinne des Gesetzes (Urk. 71 S. 29 ff.).

3.2. Der Beklagte moniert, die Vorinstanz gehe von einem fehlerhaften Mangelbegriff aus. Die vorinstanzliche "Ausklammerung der Konformitätsfrage mit öffentlich-rechtlichen Bauvorschriften" führe zu einer falschen Auslegung des Mangelbegriffs. Der Beklagte habe vor Vorinstanz substantiiert vorgebracht, inwiefern das Werk mangelhaft sei und gegen die zum Werkvertrag gehörenden Pläne, mithin gegen öffentlich-rechtliche Bauvorschriften, verstosse (mit Verweis auf Urk. 71 S. 15/16 sowie mit weiteren Ausführungen, weshalb aufgrund von Art. 24 RPG vorliegend keine Bewilligung erteilt werden könne). Der Verstoss gegen die Baupläne sowie das Vorliegen eines Werkmangels werde auch von der Vorinstanz anerkannt. Aufgrund des Verstosses gegen die im Werkvertrag integrierten Pläne liege offensichtlich ein rechtlicher Mangel vor. Somit treffe die Auffassung der Vorinstanz, wonach "die Konformität mit den öffentlich-rechtlichen Bauvorschriften im vorliegenden Fall unbeachtlich" sei, nicht zu. Vielmehr müsse das Werk bereits aufgrund der Definition des rechtlichen Werkmangels mit den öffentlich-rechtlichen Bauvorschriften (und mit den im öffentlichen Bauverfahren genehmigten Plänen) konform sein (Urk. 70 Rz. 10 ff. und Rz. 30.1; s.a. Urk. 87 Rz. 41).

3.3. Wie gesehen hat die Vorinstanz das Vorliegen eines Werkmangels letztlich bejaht. Insofern bleibt unklar, was der Beklagte mit seinen Vorbringen zu seinen Gunsten ableiten will. Es ist nicht weiter darauf einzugehen.

4.

4.1. Bei der Beurteilung der Widerklage erwog die Vorinstanz, der Beklagte verlange widerklageweise die Bevorschussung unter anderem für die Entfernung der Bruchsteinmauer, die vertragsgemässe Neuerstellung der Stützmauer, die Anpassung der Böschung, die Entfernung des Kies von der Zufahrtsstrasse, den Aushub des Strassenbetts der Zufahrtsstrasse, die Anpassung des Meteorwasserschachts, das Einbringen des Kies sowie die Verdichtung und Planierung desselben (mit Verweis auf Urk. 33, Ziffer 2 der Rechtsbegehren). Das Nachbesserungsrecht räume dem Besteller allerdings kein Recht auf (vollständige) Neuerstellung des mangelhaften Werks ein. Zu berücksichtigen sei denn auch Art. 368 Abs. 3 OR, wonach bei Werken, die auf Grund und Boden des Bestellers errichtet seien und ihrer Natur nach nur mit unverhältnismässigen Nachteilen entfernt werden könnten, dem Besteller nur die Mängelrechte der Minderung und der Nachbesserung, nicht aber der Wandelung gemäss Art. 368 Abs. 1 OR, zur Verfügung stünden. Vorliegend fordere der Beklagte mit Blick auf die verlangten Arbeiten faktisch eine Neuerstellung der Zufahrt. Entsprechend sei die Widerklage abzuweisen.

Aber selbst wenn – so die Vorinstanz im Sinne einer selbstständigen Alternativbegründung – das Begehren des Beklagten nicht auf eine Neuerstellung abzielen sollte, so wäre die Widerklage aufgrund der übermässigen Kosten der Mängelbeseitigung abzuweisen. Der Beklagte veranschlage die erforderlichen Kosten zur Nachbesserung des mangelhaften Werks bzw. zur Herstellung des vertragsgemässen Zustandes auf Fr. 58'810.65. Zur Untermauerung der voraussichtlichen Kosten reiche er eine Offerte der I. _____ AG ein. Zwar sei deren Geschäftsführer J. _____ ein Freund des Beklagten. Dennoch sei auf diese Offerte abzustellen, da der Beklagte etwas daraus abzuleiten versuche. Die veranschlagten Kosten für die Ersatzvornahme in Höhe von Fr. 58'810.65 stünden indes in einem offensichtlichen Missverhältnis zum tatsächlichen Aufwand der Werkerstellung (den Baukosten) bzw. des Werklohns, unbesehen davon, ob vom tatsächlich gemäss der Vereinbarung geschuldeten Betrag von Fr. 5'000.– oder von der ursprünglich von der Klägerin eingeklagten Summe von Fr. 10'936.95 ausgegangen werde. So resultierten je nach Ausgangsbetrag, rund sechs- bzw. zwölffach höhere Nachbesserungskosten, deren Bevorschussung im Hinblick auf eine Ersatzvornahme klarerweise un-

verhältnismässig wären. Wie bereits festgestellt worden sei, sei die Zufahrt zwar in rechtlicher Hinsicht mangelhaft, da sie nicht den Plänen entspreche. Dennoch sei sie nutzbar. Sie erfülle damit ihren grundsätzlichen Zweck, dem Beklagten eine befahrbare Zufahrt von der öffentlichen Strasse zu seinem Ferienhaus zu gewährleisten. Sie werde vom Beklagten bzw. den von ihm beauftragten Handwerkern offenbar genutzt und auch E._____ habe bestätigt, dass die Strasse befahrbar sei und die Steigung lediglich 0.4 % von den ursprünglichen Plänen abweiche. Der Beklagte scheine ferner das Werk insbesondere aus optischen Gründen, unter anderem aufgrund der hohen Bruchsteinmauer, zu bemängeln. Dies könne jedoch nicht massgeblich sein, zumal die Mauer vom Haus aus nur beschränkt sichtbar sein müsste. Insgesamt stünden die Kosten für die vorgesehenen Arbeiten in keinem Verhältnis zum gewünschten Resultat, insbesondere angesichts der Nutzbarkeit der Zufahrt. In Anbetracht einer derartigen Diskrepanz sei es nicht zumutbar, von der Klägerin die widerklageweise verlangte Bevorschussung der Ersatzvornahme zu verlangen. Damit sei die Widerklage auch aus diesem Grund abzuweisen (Urk. 71 S. 42 ff.).

4.2.

4.2.1. Der Beklagte bringt in Bezug auf die Übermässigkeit der Kosten nach Darlegung rechtlicher Grundlagen und Lehrmeinungen (vgl. Urk. 70 Rz. 15-17) zusammengefasst vor, er verfüge über ein beträchtliches Interesse an der Nachbesserung. So habe er bereits vor Vorinstanz substantiiert vorgetragen, dass die Zufahrt im derzeitigen Zustand (aufgrund Art. 24 RPG) nicht baubewilligungsfähig sei und damit ein Rückbau bzw. entsprechende Nachbesserungsarbeiten erforderlich seien, die gemäss Schätzung Fr. 58'810.65 betragen würden. Es sei erklärt worden, dass die Mauer schlichtweg nicht der Vereinbarung entspreche. Denn sie sei zu hoch, falsch angeordnet und in die falsche Richtung gebaut worden. Die Mängel seien äusserst gravierend und hätten zur Folge, dass bei der Durchfahrt ein grösserer Abstand zur Mauer eingehalten werden müsse. Aufgrund der Steilheit der Strasse sei die Zufahrt bei schlechtem Wetter nur mit Mühe befahrbar (mit Verweis auf S. 15/16 und S. 37 des vorinstanzlichen Entscheids). Folglich sei sie – wie von der Vorinstanz bestätigt – mangelhaft bzw. entspreche nicht den Plänen und sei ausserdem nicht bewilligungsfähig. Angefügt sei, dass bereits bei der Zwischenab-

nahme durch das Bauamt G._____ die Planwidrigkeit festgestellt worden sei (mit Verweis auf S. 11 und S. 31 des angefochtenen Entscheids) und das Werk aufgrund von Art. 24 RPG nicht bewilligungsfähig sei. Zu berücksichtigen sei denn auch, dass nachgängige Nachbesserungen in den meisten Fällen erheblich teurer ausfallen würden, als wenn das Werk mängelfrei erstellt worden wäre, was grundsätzlich in der Verantwortung der Unternehmerin – vorliegend der Klägerin – liege. Ein Selbstverschulden des Beklagten sei von der Vorinstanz zu Recht ausgeschlossen worden und das von ihm geltend gemachte Nachbesserungsrecht erweise sich auch nicht als Schikane, zumal es "unrechtmässig" wäre, wenn der Beklagte aufgrund der nicht von ihm verschuldeten Mängeln auf den Folgekosten bzw. -konsequenzen sitzen bleiben würde. Die Schranke von Treu und Glauben zum Schutz des Unternehmers wäre aber ohnehin nicht "überschritten", zumal gerichtlich festgestellt worden sei, dass die im Werkvertrag integrierten Pläne nicht eingehalten worden seien, und der Klägerin "ein Verschulden für die Mangelhaftigkeit" anzurechnen sei. Resümierend bedeute dies, dass – auch wenn die Zufahrt als nutzbar zu qualifizieren sei – ein Verstoss gegen öffentlich-rechtliche Bauvorschriften vorliege, womit eine Nachbesserung unumgänglich und das Interesse des Beklagten an den Nachbesserungsarbeiten beträchtlich sei, da die Konformität mit den öffentlich-rechtlichen Bauvorschriften herzustellen sei. Das Verhältnis der Nachbesserungskosten zum geschuldeten Werklohn sei grundsätzlich nicht von Bedeutung (mit Verweis auf BGE 111 II 173 E. 5). Aber selbst wenn vorliegend ein extremer Fall vorliegen sollte, in welchem der Werklohn beachtet werden könnte, so wäre der Nachbesserungsanspruch des Beklagten angesichts seines hoch zu bemessenden Nutzens/Interesses zu bejahen. Denn das Verhältnis zwischen den Kosten und des Werklohns sei lediglich als ein Indiz zu werten, wohingegen dem Nutzen eine (sehr) hohe Bedeutung bei der Übermässigkeitsprüfung zukomme. Demgemäss sei – entgegen der Vorinstanz – eine Übermässigkeit der Kosten zu verneinen (Urk. 70 Rz. 13-22 und Rz. 30.2).

In seiner Stellungnahme zur Berufungsantwort vom 15. Oktober 2025 hält der Beklagte im Wesentlichen fest, dass das Werk – insbesondere die "streitbetroffene" Stützmauer – "mit grosser Wahrscheinlichkeit" nicht bewilligt werden könne und entsprechend zu erwarten sei, dass die zuständigen Behörden einem nachträglichen

chen Gesuch um Projektänderung nicht nur die Bewilligung verweigern, sondern den Rückbau der Mauer und die Herstellung des rechtmässigen Zustands anordnen würden. Hierfür würden dem Beklagten Kosten in Höhe von Fr. 58'810.65 anfallen. An diesem Betrag orientiere sich der Nutzen bzw. das Interesse an der Herstellung des vertragsgemässen Zustands. Auch das Bauamt G._____ habe erklärt, dass das Projekt nicht den genehmigten Plänen entspreche, mithin für die neu erstellte Zufahrt eine Projektanpassung eingereicht werden müsse oder die Strasse den Plänen anzupassen sei (Urk. 87 Rz. 42 ff.).

4.2.2. Durch den Werkvertrag verpflichtet sich die Unternehmerin zur Herstellung eines Werks und der Besteller zur Leistung einer Vergütung (Art. 363 OR). Nach Ablieferung des Werks kann der Besteller bei mindererheblichen Mängeln die unentgeltliche Verbesserung des Werks innert angemessener Frist verlangen, sofern dies der Unternehmerin nicht übermässige Kosten verursacht (Art. 368 Abs. 2 OR; Gauch, Der Werkvertrag, N 1783). Liegt ein Nachbesserungsanspruch vor und kommt die Unternehmerin ihrer Nachbesserungsschuld nicht nach, kann der Besteller analog Art. 366 Abs. 2 OR den Mangel durch Ersatzvornahme auf Kosten der Unternehmerin beseitigen oder beseitigen lassen, ohne dass er hierfür einer richterlichen Ermächtigung nach Art. 98 Abs. 1 OR bedarf (BGE 107 II 50 E. 3; Gauch, a.a.O., N 1819; vgl. HGer ZH HG240101 vom 09.01.2025, E. 2.2.1.).

Bei der Beurteilung der Übermässigkeit der Nachbesserungskosten gemäss Art. 368 Abs. 2 OR ist in einer Abwägung von Kosten und Nutzen zu fragen, ob ein Missverhältnis zwischen den voraussichtlichen Nachbesserungskosten und dem Nutzen besteht, den die Mängelbeseitigung dem Besteller bringt. Bei der Abwägung von Kosten und Nutzen können auf Seiten des Bestellers nicht nur wirtschaftliche, sondern auch nichtwirtschaftliche Interessen berücksichtigt werden. Dabei genügt es für den Wegfall des Nachbesserungsrechts, dass der Nutzen des Bestellers die mit der Nachbesserung verbundenen Kosten vernünftigerweise nicht mehr zu rechtfertigen vermag (BGer 4A_78/2020 vom 6. August 2020 E. 4.7). Referenzpunkt für das Übermass der Kosten ist mithin das Interesse des Bestellers an der Nachbesserung. Die Kosten müssen in diesem Sinn verhältnismässig sein (vgl. BSK OR I-Antognini/Fey/Zindel/Schott, Art. 368 N 48). Insofern geht es nicht

an, einen Nachbesserungsanspruch allein gestützt auf das Verhältnis zwischen den Nachbesserungskosten und dem Werklohn entfallen zu lassen, ohne dass der Nutzen des Bestellers an der Nachbesserung überhaupt in die Beurteilung miteinbezogen wird. Das Verhältnis zwischen Werklohn und Nachbesserungskosten kann aber immerhin ein Indiz für übermässige Kosten sein (vgl. BGer 4A_78/2020 vom 6. August 2020 E. 4.8.3).

4.2.3. Wie gesehen hat die Vorinstanz nicht allein auf das Verhältnis zwischen dem geschuldeten Werklohn und den Nachbesserungskosten abgestellt. Vielmehr berücksichtigte sie darüber hinaus weitere Gesichtspunkte, insbesondere, dass die Zufahrt – trotz Mangelhaftigkeit – nutzbar sei und vom Beklagten sowie Handwerkern in tatsächlicher Hinsicht genutzt werde, sowie, dass die Steigung lediglich 0.4 % von den Plänen abweiche (vgl. Urk. 71 S. 44).

4.2.4. Mit seinen Vorbringen vermag der Beklagte diese vorinstanzlichen Erwägungen nicht umzustossen:

Der Beklagte sieht sein beträchtliches Interesse an der Nachbesserung zunächst darin, dass die Zufahrt (bzw. die Stützmauer, vgl. Urk. 87 Rz. 44) gegen öffentlich-rechtliche Bauvorschriften verstosse, somit nicht bewilligungsfähig sei und dementsprechend ein Rückbau erforderlich sein werde bzw. Nachbesserungskosten in der geschätzten Höhe von (gerundet) Fr. 58'800.– anfallen würden. Indes ist weder dargelegt noch ersichtlich, dass der Beklagte diese Behauptungen (insb. zur Erforderlichkeit eines Rückbaus) bereits im vorinstanzlichen Verfahren vorgebracht hat. Sein diesbezüglicher Aktenverweis (Urk. 70 Rz. 19 mit Verweis auf den vorinstanzlichen Entscheid S. 15/16 und S. 37) geht fehl. Insbesondere umfasst die Behauptung, das erstellte Werk entspreche nicht dem in der Baubewilligung genehmigten Werk (vgl. Urk. 71 S. 15), nicht auch die Behauptung, dass das erstellte (und von der Baubewilligung abweichende) Werk gegen öffentlich-rechtliche Vorschriften verstosse und zurückgebaut werden müsse. Da vom Beklagten im Weiteren nicht aufgezeigt wird, weshalb es sich hierbei um ausnahmsweise zulässige Noven im Sinne von Art. 317 Abs. 1 ZPO handeln soll, ist von unzulässigen und damit unbeachtlichen Noven auszugehen. Entsprechend ist auf diese Vorbringen nicht weiter einzugehen. Angemerkt sei dennoch, dass der Beklagte auch nicht dar-

legt, inwiefern die Zufahrt konkret gegen öffentlich-rechtliche Bauvorschriften verstossen soll, sondern sich einzig mit einer (ungenügenden) pauschalen Behauptung begnügt. Mit seinen weiteren Vorbringen, wonach die Zufahrt nicht den Plänen entspreche, beim Befahren ein grösserer Abstand zur Mauer eingehalten werden müsse und die Strasse aufgrund ihrer Steigung bei schlechtem Wetter nur mit Mühe befahrbar sei und er deshalb ein beträchtliches Interesse an der Nachbesserung verfüge, wiederholt er sodann einzig seinen bereits vor Vorinstanz eingenommen Standpunkt. Den entsprechenden vorinstanzlichen Erwägungen, insbesondere, dass die Steigung lediglich 0.4 % von den Plänen abweiche und die Zufahrt nutzbar sei und auch genutzt werde, die Nachbesserungskosten indes ein sechs- bis zwölffaches des vereinbarten Werklohns betrügen und deshalb ein Missverhältnis vorliege, setzt er hingegen nichts Substanzielles entgegen. Was die Bewilligungsfähigkeit und Erforderlichkeit eines Rückbaus angeht, relativierte der Beklagte seine Ausführungen selber in der eingangs erwähnten Eingabe vom 15. Oktober 2025, indem er angab, die Mauer "würde mit grosser Wahrscheinlichkeit" nicht bewilligt und es sei "zu erwarten", dass ein Gesuch um Projektänderung nicht bewilligt und ein Rückbau angeordnet würde (Urk. 87 Rz. 43 f.). Das Gesagte ist demnach auch nach den zuletzt vorgebrachten Angaben des Beklagten keine Gewissheit, sondern lediglich eine Möglichkeit. Eine solche genügt nicht, um – entgegen dem angefochtenen Entscheid – ein hinreichendes Interesse an der verlangten Nachbesserung darzutun.

Der Beklagte hält den Erwägungen der Vorinstanz auch im Weiteren nichts Stichhaltiges entgegen. Er stellt insb. nicht in Abrede, dass die Zufahrt trotz ihrer Mangelhaftigkeit genutzt werden kann. Die Einschätzung der Vorinstanz, wonach die Höhe des Werklohns und der mit der Nachbesserung angestrebte Nutzen für den Beklagten die Kosten der Ersatzvornahme nicht rechtfertige, ist danach zutreffend. Die Berufung erweist sich insoweit als unbegründet, soweit sie überhaupt den eingangs dargelegten Begründungsanforderungen entspricht.

4.3. Da der Beklagte die (selbständig tragende) Begründung der Vorinstanz hinsichtlich des Missverhältnisses zwischen dem Werklohn bzw. dem Nutzen der Nachbesserung und den voraussichtlichen Nachbesserungskosten nicht zu Fall zu

bringen vermag, braucht auf die (weiteren) Rügen des Beklagten zur zweiten (selbstständigen) Begründung der Vorinstanz, wonach er faktisch eine Neuherstellung des Werks verlange, das Nachbesserungsrecht ihm indes kein Recht auf Neuherstellung einräume, nicht weiter eingegangen zu werden. Der Vollständigkeit halber sei dennoch Folgendes angefügt:

Der Beklagte bringt in seiner Berufungsschrift in diesem Zusammenhang vor, dass es bei einer Neuherstellung des Werkes "um eine völlig neue, von der bisherigen Substanz des Werkes unabhängige Wertschöpfung" gehe. Die Neuherstellung eines *Werkteils* falle indes immer noch unter die Verbesserung. Vorliegend werde nicht verlangt, dass die gesamte Strasse von Grund auf erneuert werde, sodass höchstens von einer Neuherstellung eines *Werkteils* gesprochen werden könne. Dies sei immer noch unter die Nachbesserung zu subsumieren, weshalb von keiner Neuherstellung des Werkes "durch die vorliegenden Nachbesserungsarbeiten" die Rede sein könne (Urk. 70 Rz. 23 f. und Rz. 30.4). Mit diesen Vorbringen setzt er den entsprechenden vorinstanzlichen Erwägungen indes nichts Substanzielles entgegen. Insbesondere legt er nicht dar, *inwiefern* es sich bei den von der Vorinstanz aufgezählten (von ihm verlangten) Nachbesserungsarbeiten – entgegen den vorinstanzlichen Erwägungen – nur um die Herstellung eines *Werkteils* handeln soll, sondern begnügt sich einzig mit einer (ungenügenden) pauschalen (Gegen-)Behauptung. Die Berufung erweist sich auch in diesem Punkt als unbegründet, soweit sie den Begründungsanforderungen überhaupt genügt.

5. Damit ist die Berufung gegen die Dispositiv-Ziffer 2 des vorinstanzlichen Urteils abzuweisen und das angefochtene Urteil insoweit zu bestätigen. Ebenso ist das angefochtene Urteil hinsichtlich der erstinstanzlichen Kosten- und Parteientschädigungsregelung (Dispositiv-Ziffern 3-5) zu bestätigen, nachdem diese vom Beklagten weder selbstständig angefochten noch konkret bemängelt wurde.

IV.

1. In Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 sowie § 4 Abs. 1 GebV OG ist die Entscheidunggebühr für das Berufungsverfahren auf Fr. 3'950.– festzusetzen. Ausgangs-

gemäss wird der Beklagte für das Berufungsverfahren kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

2. Zudem ist der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin für das vorliegende Berufungsverfahren antragsgemäss eine nach den Vorschriften der Anwaltsgebührenverordnung zu bemessende Parteientschädigung zu entrichten (Art. 105 Abs. 2 und Art. 111 Abs. 2 ZPO). Deren Höhe ist in Anwendung von § 2 Abs.1, § 4 Abs. 1, § 11 sowie § 13 Abs. 1 und 2 auf Fr. 3'243.– (inkl. Mehrwertsteuer) festzusetzen.

Es wird beschlossen:

1. Es wird vorgemerkt, dass die Dispositiv-Ziffer 1 des Urteils des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am Bezirksgericht Horgen vom 25. November 2024 am 20. Mai 2025 in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen und die Dispositiv-Ziffern 2-5 des Urteils des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am Bezirksgericht Horgen vom 25. November 2024 werden bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'950.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Beklagten auferlegt und mit seinem Kostenvorschuss verrechnet.
4. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 3'243.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

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

6. 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. 30'000.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 21. April 2026

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. A. Huizinga

lic. iur. C. Faoro