

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PP200055-O/U

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

## Urteil vom 24. Februar 2021

in Sachen

**A.**\_\_\_\_\_,

Beklagte und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X1.\_\_\_\_\_,

gegen

**B.**\_\_\_\_\_ **AG,**

Klägerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y.\_\_\_\_\_,

betreffend **Forderung**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im vereinfachten Verfahren des Bezirksgerichtes Meilen vom 14. September 2020;**

**Proz. FV190038**

### **Rechtsbegehren:**

der Klägerin (act. 2 S. 2):

- " 1. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin Fr. 5'888.85 zuzüglich 5 % Zins seit dem 14. Januar 2019 sowie Fr. 406.00 zuzüglich 5 % Zins seit dem 20. März 2019 sowie Fr. 73.30 Zahlungsbefehlskosten zu bezahlen.
2. Der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ... des Betreuungsamtes D.\_\_\_\_\_-Zollikon-Zumikon, Zahlungsbefehl vom 25. März 2019, sei aufzuheben.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (letztere zuzüglich-MWST-Zuschlag) sowie Fr. 375.00 Gerichtsgebühren für das Schlichtungsverfahren zulasten der Beklagten."

### **Urteil des Einzelgerichtes:**

1. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin CHF 5'888.85 zuzüglich 5 % Zins seit dem 15. März 2019 sowie CHF 406.– zuzüglich 5 % Zins seit dem 29. März 2019 sowie CHF 73.30 Zahlungsbefehlskosten zu bezahlen. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
2. Der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ... des Betreuungsamtes D.\_\_\_\_\_-Zollikon-Zumikon, Zahlungsbefehl vom 25. März 2019, wird im Umfang von CHF 5'888.85 zuzüglich 5 % Zins seit dem 15. März 2019 sowie CHF 406.– zuzüglich 5 % Zins seit dem 29. März 2019 aufgehoben.
3. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf CHF 1'500.–.
4. Die Gerichtskosten, einschliesslich der Kosten des Schlichtungsverfahrens von CHF 375.–, werden der Beklagten auferlegt.
5. Die Entscheidgebühr wird aus dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss von CHF 1'150.– bezogen, ist ihr jedoch zusammen mit den Kosten des Schlichtungsverfahrens von CHF 375.– von der Beklagten zu ersetzen.
6. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine Parteientschädigung von CHF 2'000.– (zuzgl. 7.7% MwSt.) zu bezahlen.

7./8. Schriftliche Mitteilungen/Rechtsmittel

**Beschwerdeanträge:**

der Beklagten und Beschwerdeführerin (act. 77 S. 2):

**" 1. Anträge zur Sache**

1.1. Hauptantrag

Es sei das Urteil des Bezirksgerichts Meilen, Einzelgericht im vereinfachten Verfahren, vom 14. September 2020 (FV190038), aufzuheben und das Verfahren zur Neuurteilung ans Bezirksgericht Meilen, Einzelgericht im vereinfachten Verfahren, zurückzuweisen.

1.2. Eventualantrag

Es sei das Urteil des Bezirksgerichts Meilen, Einzelgericht im vereinfachten Verfahren, vom 14. September 2020 (FV190038), aufzuheben und das Klagebegehren der Klägerin/Beschwerdegegnerin abzuweisen.

**2.1. Anträge zum Verfahren**

2.1. Es sei der Beschwerde aufschiebende Wirkung zu erteilen.

2.2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Vorinstanz."

## Erwägungen:

### I.

#### Sachverhalt und Prozessgeschichte

1. Die Beklagte und Beschwerdeführerin (fortan Beklagte) ist Eigentümerin der Liegenschaft am C.\_\_\_\_-weg ... in D.\_\_\_\_. Die Klägerin und Beschwerdegegnerin (fortan Klägerin) ist eine im Handelsregister eingetragene Aktiengesellschaft mit dem Zweck der Übernahme und Ausführung von Hoch- und Tiefbauarbeiten aller Art (act. 4/B). Aufgrund einer defekten Wasserleitung im Bereich des Garagenvorplatzes der beklagten Liegenschaft, welche von den "E.\_\_\_\_" bzw. der "Firma F.\_\_\_\_" repariert werden sollte, nahm der von der Beklagten beauftragte Architekt G.\_\_\_\_ wegen der diesbezüglich erforderlichen Grabungsarbeiten Kontakt mit der Klägerin auf. Wesentlicher Gegenstand der Anfrage war der Aushub eines Grabens von "ca. 150x150cm, ca. 150cm tiefe" und dessen Wiederauffüllung/Verschliessung (vgl. im Detail: act. 4/1). In der von der Klägerin erstellten und von G.\_\_\_\_ mit E-Mail vom 12. Februar 2018 angenommenen Offerte vom 23. Januar 2018 wurden für die erforderlichen Arbeiten Kosten inkl. Mehrwertsteuer mit total Fr. 4'577.45 ("Installation": Fr. 757.-, "Graben für undichte Wasserleitung und Diverses": Fr. 3'493.20, MwSt.: Fr. 327.25) veranschlagt (act. 2 S. 3 f., act. 4/2, act. 4/3 [Offerte im Detail]; act. 20 S. 4). Im Rahmen der daraufhin vorgenommenen Arbeiten gelang es nicht, den Wasseraustritt zu stoppen, worauf die Klägerin im März 2018 – wie von G.\_\_\_\_ mit E-Mail vom 6. März 2018 verlangt – eine Aushubverlängerung in Richtung Strasse vornahm (act. 2 S. 4, act. 4/4; act. 20 S. 4). Mit Schreiben vom 24. April 2018 stellte die Klägerin für die bis dahin geleisteten Arbeiten im Umfang von Fr. 2'527.85 Rechnung, welche die Beklagte bezahlte (act. 2 S. 4; act. 4/5, act. 20 S. 5). Da die Wasserleitung in der Folge immer noch nicht dicht war, erstellte die Klägerin am 9. November 2018 eine "Offerte – Graben für undichte Wasserleitung – 3. und 4. Etappe" über total Fr. 7'405.30 ("Installation": Fr. 757.-, "Graben für undichte Wasserleitung und Diverses 3. Etappe": Fr. 2'756.65, "Graben für undichte Wasserleitung und Diverses 4. Etappe bis zur Garage": Fr. 3'362.20, MwSt.: Fr. 529.45, vgl. act. 4/6). Diese Offerte wurde mit E-Mail vom 15. November 2018

durch den damaligen Rechtsvertreter der Beklagten, Rechtsanwalt X2.\_\_\_\_\_, angenommen (act. 4/7). Die Aushubverlängerung der dritten Etappe wurde vorgenommen. Die Wasserleitung konnte daraufhin repariert werden (act. 2 S. 4; act. 20 S. 4 f.), was X2.\_\_\_\_\_ der Klägerin unter dem Hinweis, der Graben sei nun zu schliessen, mit E-Mail vom 21. November 2018 mitteilte (act. 4/8). Mit E-Mail vom 23. November 2018 teilte die Klägerin X2.\_\_\_\_\_ mit, von der Beklagten persönlich den Auftrag erhalten zu haben, den rückgefüllten Graben mit Schaltafeln für zusätzliche Fr. 150.– exkl. MwSt. abzudecken, und dass am Montag, dem 26. November 2018 mit den "Pflästererarbeiten" begonnen werde (act. 4/9). In der Folge schloss die Klägerin den Graben (act. 2 S. 5, act. 20 S. 5). Die ursprünglich auf den 3. Dezember 2018 angesetzte Werkabnahme konnte nicht stattfinden (act. 35/1). Am 13. Dezember 2018 stellte die Klägerin der Beklagten Rechnung im Umfang von Fr. 5'888.85 (act. 4/10). Am 19. Februar 2019 stellte die Klägerin der Beklagten eine weitere Rechnung im Umfang von Fr. 406.25, da die Reinigung des Vorplatzes noch nicht in Rechnung gestellt worden sei (act. 2 S. 6 und act. 4/11). Diese Rechnungen bezahlte die Beklagte nicht.

In der Folge betrieb die Klägerin die Beklagte (Zahlungsbefehl vom 25. März 2019, act. 4/14), und Letztere erhob Rechtsvorschlag. Das darauf folgende Rechtsöffnungsbegehren wurde von der Klägerin mangels Rechtsöffnungstitel zurückgezogen und schliesslich am 24. Mai 2019 als erledigt abgeschrieben (act. 2 S. 6, act. 20 S. 10 f., act. 21/8).

2. Nach gescheiterter Schlichtungsverhandlung reichte die Klägerin mit Eingabe vom 18. November 2019 beim Einzelgericht im vereinfachten Verfahren des Bezirksgerichtes Meilen (fortan Vorinstanz) eine begründete Klage ein und stellte die eingangs wiedergegebenen Rechtsbegehren (act. 2, insb. S. 2; hiervor S. 2).

Nach durchgeführtem doppeltem Schriftenwechsel – die Beklagte beantragte die Abweisung der Klage – fand am 14. September 2020 die Hauptverhandlung statt. Es wurden die mündlichen Parteivorträge erstattet und im Anschluss H.\_\_\_\_\_, Präsident des Verwaltungsrates der Klägerin (vgl. act. 4/B), durch das Gericht befragt. Nachdem die Parteien auf weitere Ausführungen verzichtet hatten, eröffnete und begründete die Vorinstanz ihren Entscheid im Anschluss an die Hauptverhandlung mündlich und hiess die klägerischen Rechtsbegehren – abge-

sehen von Zinsbetroffnissen – vollumfänglich gut. Der Entscheid wurde den Parteien im Dispositiv übergeben (vgl. Prot. HV Vi. in act. 69 und act. 70 [= unbegründete Fassung Entscheid Vi.]; vgl. hiervor S. 2 f.). Auf Verlangen der Beklagten erfolgte eine schriftliche Begründung dieses Entscheids (act. 71; begründeter Entscheid: act. 73 = act. 79/2 = act. 83, nachfolgend zitiert als act. 83).

3. Gegen den Entscheid vom 14. September 2020 erhob die Beklagte nach Erhalt der begründeten Fassung am 21. Dezember 2020 rechtzeitig Beschwerde beim Obergericht. Sie beantragt die Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheids und Rückweisung der Sache an die Vorinstanz, eventualiter die Abweisung der Klage. Zudem beantragt sie, es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuzuerkennen (act. 77 insb. S. 2 und hiervor S. 3, vgl. zur Rechtzeitigkeit act. 74/1). Mit Verfügung der Kammer vom 22. Dezember 2020 wurde das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung abgewiesen, und es wurde der Beklagten Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses angesetzt. Überdies wurde die Prozessleitung delegiert (act. 80). Der Kostenvorschuss wurde geleistet (act. 82). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 1–75). Auf das Einholen einer Beschwerdeantwort kann verzichtet werden (Art. 322 Abs. 1 ZPO). Das Verfahren ist spruchreif. Der Klägerin ist zusammen mit diesem Entscheid ein Doppel der Beschwerdeschrift (act. 77) zuzustellen.

## II. Prozessuales

Der vorinstanzliche Entscheid ist mit Beschwerde anfechtbar, da der Streitwert weniger als Fr. 10'000.– beträgt (vgl. Art. 319 lit. a und Art. 308 Abs. 2 ZPO). Mit der Beschwerde kann die unrichtige Rechtsanwendung und die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (vgl. Art. 320 ZPO). Gemäss Art. 321 Abs. 1 ZPO sind die entsprechenden Beanstandungen von der Beschwerde führenden Partei in der Beschwerdeschrift einzeln vorzutragen und zu begründen. Fehlt ein Antrag und/oder eine hinreichende Begründung, tritt die Rechtsmittelinstanz insoweit auf die Beschwerde nicht ein. Neue Anträge, neue Tatsachen und neue Beweismittel sind im Beschwerdeverfahren ausge-

schlossen (vgl. Art. 326 ZPO). Bei der Begründung ihrer Entscheidung darf sich die Beschwerdeinstanz auf die wesentlichen Überlegungen konzentrieren, von welchen sie sich hat leiten lassen.

### III. Zur Beschwerde

#### A. Kurzübersicht Parteistandpunkte und Entscheid Vorinstanz

1.1. Die Klägerin verlangte vor Vorinstanz im Wesentlichen gestützt auf den oben wiedergegebenen Sachverhalt die Zahlung der noch ausstehenden, ihrer Ansicht nach offerierten, auch tatsächlich ausgeführten und in Rechnung gestellten Arbeiten (Werklohn) durch die Beklagte. Soweit die Beklagte Mängel geltend mache, würden solche bestritten – das Werk sei mängelfrei. Hinzu komme, dass das Werk abgeliefert und (fiktiv) abgenommen worden sei. Indem die Beklagte die geltend gemachten Mängel, welche bereits zum Zeitpunkt der Abnahme hätten erkannt werden können, nicht gerügt habe, habe sie das Werk genehmigt bzw. sei von einem Verzicht auf Geltendmachung der Mängel auszugehen. Überdies bestritt die Klägerin, von der Beklagten je zur Nachbesserung aufgefordert worden zu sein (vgl. act. 2 und 34; Prot. HV Vi. S. 1 ff., 13 f.).

1.2. Die Beklagte wandte dagegen vor Vorinstanz im Wesentlichen ein, die Klägerin habe ihre Sorgfaltspflicht verletzt und das Werk sei stark mängelbehaftet. Sie – die Beklagte – verfüge damit über das Recht auf Nachbesserung und auf Minderung des Werklohnes. Sie habe mehrfach und rechtzeitig Mängelrüge erhoben und erfolglos zur Nachbesserung aufgefordert, daher werde nun die Minderung geltend gemacht. Überdies sei das Werk auch weder abgeliefert noch abgenommen worden. Die Werklohnforderung sei nicht fällig, und sie könne diese auch gestützt auf Art. 82 OR zurückbehalten. Auch sei sie mit der Rechnungsstellung durch die Klägerin nicht einverstanden. Es seien in den Rechnungen diverse Unstimmigkeiten vorhanden und es seien Leistungen in Rechnung gestellt worden, welche teilweise weder offeriert noch tatsächlich vollbracht worden seien. Die Rechnungen seien unübersichtlich und darin abgerechnete Positionen teil-

weise aus verschiedenen Gründen nicht haltbar (act. 20 und 43; Prot. HV Vi. S. 10 ff., 14).

2. Die Vorinstanz kam zusammengefasst zum Schluss, am 12. Februar 2018, am 6. März 2018 und am 15. November 2018 seien zwischen den Parteien drei Werkverträge abgeschlossen worden, wobei jeweils die SIA-Norm 118 als anwendbar erklärt worden sei (act. 83 E. IV./2. f.). Es sei erwiesen, dass das von der Klägerin geschuldete Werk fertiggestellt und abgenommen worden sei, und dass sämtliche in Rechnung gestellte Arbeiten auch tatsächlich ausgeführt worden seien. Der in Rechnung gestellte – und mit der Klage geltend gemachte – Werklohn sei geschuldet und auch fällig. Die Beklagte habe zwar nach Abnahme des Werkes rechtzeitig Mängelrüge erhoben. Indes habe sie ihr (in Anwendung von Art. 169 Abs. 1 SIA-Norm 118 vorrangig auszuübendes) Nachbesserungsrecht bis zum Urteilszeitpunkt nicht ausgeübt, weshalb sie nicht befugt sei, den Werklohn zurückzubehalten. Es erübrige sich unter diesem Gesichtspunkt zur Zeit, über das Vorliegen von Mängeln und einen allfälligen Minderungsanspruch zu befinden (act. 83 E. IV./5. ff., insb. auch "vorläufiges Fazit" E. IV./8.).

3. Die Beklagte anerkennt im Rahmen ihrer Beschwerde, dass drei Werkverträge geschlossen worden seien, auf welche je die SIA-Norm 118 Anwendung finde (act. 77 Rz. 16 f.). Sie rügt vor der Kammer aber diverse Erwägungen der Vorinstanz, so im Zusammenhang mit den von der Klägerin für das Ausmass 3 in Rechnung gestellten Positionen 2.06 und 2.02 (act. 77 Rz. 37 ff., Rz. 46 ff., Rz. 65, Rz. 75) und die rechtlichen Erwägungen der Vorinstanz zur Nichtausübung der Mängelrechte der Beklagten (act. 77 Rz. 55 ff. und 66 f.). Sodann macht die Beklagte wiederholt eine Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör bzw. ihres Anspruchs auf ein faires Verfahren geltend (act. 77 Rz. 48 und Rz. 69 ff.).

Auf die konkreten Erwägungen der Vorinstanz und die diesbezüglichen Rügen der Beklagten ist nachfolgend im Einzelnen einzugehen.

## B. Zur Vollendung des Werkes/Rechnungsstellung

1. Die Beklagte wendet sich gegen die von der Vorinstanz gemachten Erwägungen betreffend die beiden von der Offertstellung abweichenden Rechnungspositionen für das Ausmass 3, Position 2.06 ("Reserveposition für Unvorhergesehenes. Graben abdecken mit Schaltafeln gemäss Auftrag Frau I. \_\_\_\_\_" Fr. 150.–, vgl. act. 4/10 4. Blatt) sowie Position 2.02 ("Reinigen der ausgespitzten Steine von Mörtelresten" 6.5h à Fr. 81.– entsprechend Fr. 526.50, vgl. act. 4/10 4. Blatt). Darauf ist nacheinander einzugehen:

2. Zu Position 2.06, "Reserveposition für Unvorhergesehenes. Graben abdecken mit Schaltafeln gemäss Auftrag Frau I. \_\_\_\_\_":

2.1.1 Die Vorinstanz erwog, die Klägerin habe die E-Mail vom 23. November 2018 an Rechtsanwalt X2. \_\_\_\_\_ eingereicht, worin sie ausgeführt habe, von der Beklagten persönlich einen "Auftrag" für das Abdecken des rückgefüllten Grabens mit Schaltafeln für Fr. 150.– exkl. MwSt. erhalten zu haben (act. 4/9). Dabei handle es sich um eine Bestelländerung. Eine solche gebe dem Unternehmer Anspruch auf eine Mehrvergütung, wobei die Beweislast für die Anspruchsgrundlage, namentlich für die Bestellungsänderung, beim Unternehmer liege. Diesen Beweis für die Anordnung der Bestelländerung habe die Klägerin mit der genannten E-Mail erbracht. Die Beklagte habe gegen diese Position einzig pauschal vorgebracht, diese sei nicht belegt. Sie habe aber weder die Anordnung zur Durchführung des Werkes noch dessen Ausführung konkret bestritten. Auch die E-Mail als solche sei unbestritten geblieben – insbesondere habe die Beklagte nicht vorgebracht, darauf ablehnend reagiert bzw. diese nicht erhalten zu haben. Damit sei die Position 2.06 für das Abdecken des rückgefüllten Grabens mit Schaltafeln für Fr. 150.– exkl. MwSt. erstellt (act. 83 E. IV./5.3. S. 17 f.).

2.1.2 Dagegen wendet die Beklagte ein, die Vorinstanz verkenne, dass alleine aufgrund einer bejahten Bestelländerung noch nichts dazu gesagt sei, ob der tatsächliche Mehraufwand infolge Ausführung auch tatsächlich entstanden sei. Im Lichte betrachtet habe sie – die Beklagte – genau diesen Umstand zweifelsfrei und unmissverständlich bestritten, indem sie geltend gemacht habe, diese Positi-

on sei "nicht belegt". Die in diesem Zusammenhang unterbliebene bzw. unzutreffende bzw. unzulässige antizipierte Beweiswürdigung verletze im Ergebnis Art. 8 ZGB, zumal die Vorinstanz eigens dargelegt habe, die Beweislast für die Anspruchsgrundlage treffe den Unternehmer (act. 77 Rz. 37 ff. u. 65).

2.2. Grundsätzlich hat eine Partei die Tatsachen, auf die sie ihr Rechtsbegehren stützt und die vom Gericht bei der Entscheidungsfindung berücksichtigt werden sollen, zu behaupten (sog. "Behauptungslast"; vgl. ZK ZPO-SUTTER-SOMM/SCHRANK, 3. Aufl. 2016, Art. 55 N 20). Namentlich hat sie in einem ersten Schritt einen schlüssigen Tatsachenvortrag aufzustellen, wobei *schlüssig* bedeutet, dass dieser bei Unterstellung seiner Wahrheit den Schluss auf die angebehrte Rechtsfolge zulässt (BGer 4A\_7/2012 vom 3. April 2012, E. 2.3.1.; KUKO ZPO-OBERHAMMER, 2. Aufl. 2014, Art. 55 N 2 und 12; BK ZPO-HURNI, 2012, Art. 55 N 19 f., m.w.H.). Der Behauptungslast ist dabei zunächst Genüge getan, wenn die Tatsache in ihren Grundzügen behauptet worden ist, so dass ein substantiiertes Bestreiten möglich ist oder der Gegenbeweis angetreten werden kann (z.B.: BGer 4A\_7/2012 vom 3. April 2012, E. 2.3.1.; BGE 136 III 322, E. 3.4.2; BGE 127 III 365, E. 2b). Die Bestreitung bildet das Gegenstück zur Behauptung. Unterlässt es die Gegenpartei, die schlüssig behaupteten Tatbestandsmerkmale zu bestreiten, läuft sie Gefahr, dass das Gericht von einer sogenannten anerkannten Tatsache ausgeht (ZK ZPO-SUTTER-SOMM/SCHRANK, 3. Aufl. 2016, Art. 55 N 22). Aber auch eine erfolgte Bestreitung hat gewissen Anforderungen zu genügen, ansonsten sie nicht beachtlich ist. Dabei beeinflusst der Grad der Substantiierung einer Behauptung den erforderlichen Grad an Substantiierung einer Bestreitung. Je detaillierter einzelne Tatsachen eines gesamten Sachverhalts behauptet werden, desto konkreter muss die Gegenpartei erklären, welche dieser einzelnen Tatsachen sie bestreitet. Die Anforderungen an eine substantiierte Bestreitung sind zwar tiefer als die Anforderungen an die Substantiierung einer Behauptung. Pauschale Bestreitungen reichen indessen nicht aus. Erforderlich ist eine klare Äusserung, dass der Wahrheitsgehalt einer bestimmten und konkreten gegnerischen Behauptung infrage gestellt wird (BGer 4A\_398/2018 und 4A\_400/2018 vom 25. Februar 2019 E. 10.4.2; BGE 141 III 433, E. 2.6; BGer 4A\_261/2017 vom 30. Oktober 2017, E. 4.3; 4A\_692/2015 vom 1. März 2017, E. 6.1.1, nicht publ. in: BGE 143 III 206;

BGer 4A\_7/2012 vom 3. April 2012, E. 2.3.1; vgl. auch Botschaft ZPO, BBI 2007 S. 7221 ff., S. 7311 und 7339). Erst, wenn die Gegenseite den schlüssigen Tatsachenvortrag der behauptungsbelasteten Partei hinreichend bestreitet, greift eine über die Behauptungslast hinausgehende Substantiierungslast. Die Vorbringen sind dann durch die behauptungsbelastete Partei nicht nur in den Grundzügen, sondern in Einzeltatsachen zergliedert so umfassend und klar darzulegen, dass darüber Beweis abgenommen oder der Gegenbeweis angetreten werden kann (BGer 4A\_398/2018 und 4A\_400/2018 vom 25. Februar 2019, BGE 127 III 365, E. 2b; BGer 4A\_724/2016 vom 19. Juli 2017, E. 3.1; BGer 4A\_552/2015 vom 25. Mai 2016, E. 2.6; je mit Hinweisen).

2.3.1 Im vorinstanzlichen Verfahren oblag es in einem ersten Schritt der Klägerin, die Tatsachen, auf die sie ihren eingeklagten Anspruch stützte, darzutun. Für die strittige Position 2.06 bedeutet dies, dass sie sowohl das Zustandekommen und den Inhalt der Bestelländerung als auch den dadurch tatsächlich entstandenen Mehraufwand schlüssig zu behaupten hatte. Genau dies tat die Klägerin im Rahmen ihrer Klageschrift, indem sie ausführte, *mit E-Mail vom 23. November 2018 habe H.\_\_\_\_\_ von der Klägerin RA X2.\_\_\_\_\_ mitgeteilt, dass die Klägerin von der Beklagten noch den Zusatzauftrag erhalten habe, den rückgefüllten Graben mit Schalttafeln abzudecken. Zudem habe H.\_\_\_\_\_ RA X2.\_\_\_\_\_ mitgeteilt, dass mit den Pflästerarbeiten am 26. November begonnen werde. Die Arbeiten seien in der Folge ausgeführt und abgeschlossen worden.* Als Beweis offerierte die Klägerin u.a. die genannte E-Mail vom 23. November 2018 (act. 2 Rz. 8, act. 4/9). Die Klägerin zergliederte das behauptete Tatsachenfundament bereits in Einzeltatsachen, wonach es zu einer Bestelländerung in Form eines Zusatzauftrages gekommen sei, was Inhalt dieser Bestelländerung gewesen sei und dass die entsprechenden Arbeiten in der Folge auch tatsächlich ausgeführt worden seien. Wird dieser Sachverhalt als wahr unterstellt, kann er unter die Bestimmungen des materiellen Rechts subsumiert werden, mithin ist die geltend gemachte Rechnungsposition ausgewiesen.

Die Beklagte führte im Rahmen ihrer Klageantwort zu dieser schlüssigen Behauptung einzig aus, *die Position 2.06 (...) sei keineswegs belegt, sondern es werde lediglich behauptet, dass unvorhergesehene Leistungen erbracht worden*

*sein. Diese Position sei deshalb (...) nicht vertretbar* (act. 20 Rz. 21). Auf welche der behaupteten Einzeltatsachen sich diese Bestreitung bezieht, bleibt offen. Auch auf die eingereichte E-Mail vom 23. November 2018, Beilage 9 (= act. 4/9) der Klageschrift, nimmt die Beklagte keinerlei Bezug. Diese pauschale Bestreitung genügt in Übereinstimmung mit der Vorinstanz den oben wiedergegebenen Anforderungen nicht. Es wird für die Gegenseite daraus nicht klar, welche der behaupteten Einzeltatsachen einer zusätzlichen Substanziierung bedarf.

Trotz dieser unzureichenden Bestreitung äusserte sich die Klägerin im Rahmen ihrer Replik und unter Nachachtung ihrer Behauptungs- und Substantiierungslast (sowie wohl auch der anwaltlichen Sorgfaltspflicht) zu diesem Punkt erneut: *Es sei nicht nur behauptet, dass zusätzliche Leistungen erbracht worden seien, sondern es sei auch festgehalten worden, um was für zusätzliche Leistungen es sich gehandelt habe, nämlich das Abdecken des ehemaligen Grabens mit Schaltafeln gemäss explizitem Auftrag der Klägerin. Die Erteilung des entsprechenden Auftrages inklusive der Kosten habe die Klägerin X2.\_\_\_\_\_ mit E-Mail vom 23. November 2018 explizit mitgeteilt. Dass der Auftrag erteilt, ausgeführt und entsprechend zu bezahlen sei, könne damit nicht ernsthaft bestritten werden* (act. 34 Rz. 14). Diese sinngemässe Wiederholung des bereits schlüssig behaupteten lässt erkennen, dass der Klägerin nicht klar war, welcher Aspekt ihrer Behauptung bestritten worden war und einer zusätzlichen Substantiierung bedurfte.

Die Beklagte reagierte darauf wieder pauschal, dies werde *bestritten; die Klägerin offeriere in der Replik zu diesem Punkt keinen Beweis* (act. 43 Rz. 23). Es bleibt auch hier offen, welche behauptete Einzeltatsache von der Beklagten bestritten wird. Ebenso, wozu die Klägerin aus Sicht der Beklagten einen Beweis schuldig geblieben sei. Auch diese erneute Bestreitung genügt den oben wiedergegebenen Anforderungen nicht.

2.3.2 Damit ist der vorinstanzliche Schluss, wonach infolge unzureichender Bestreitung auf die schlüssige klägerische Tatsachenbehauptung abzustellen ist, nicht zu beanstanden.

2.3.3 Die Beklagte rügt sodann, die Vorinstanz habe durch die "in diesem Zusammenhang unterbliebene bzw. unzutreffende bzw. *unzulässige antizipierte Be-*

*weiswürdigung* im Ergebnis Art. 8 ZGB verletzt", zumal die Vorinstanz eigens dargelegt habe, die Beweislast für die Anspruchsgrundlage treffe den Unternehmer (act. 77 Rz. 39 u. 65).

Unklar ist, was die Beklagte damit geltend machen will. So wird von einer antizipierten (vorweggenommenen) Beweiswürdigung gesprochen, wenn die Überzeugungskraft eines Beweismittels schon vor dessen Erhebung beurteilt wird und auf die Abnahme des angebotenen Beweismittels verzichtet wird. Dies entgegen der grundsätzlichen Regel, dass sich die Beweiskraft eines Beweismittels erst nach dessen Abnahme bestimmen lässt (vgl. zum Ganzen z.B. ZK ZPO-HASENBÖHLER, 3. Aufl. 2016, Art. 157 N 32 ff.; Botschaft ZPO, BBl 2007 S. 7221 ff., S. 7312; auch: BGE 122 III 219, E. 3c, BGE 130 II 351, E. 3.3.3, je m.w.H.). Die Beklagte legt in ihrer Beschwerde weder dar, welches gehörig angebotene Beweismittel durch die Vorinstanz in unzulässiger antizipierte Beweiswürdigung nicht abgenommen worden sei, noch, wie sich dies zu ihren Ungunsten ausgewirkt habe. Zudem erübrigte sich eine Beweisabnahme und die Frage nach der Beweisbarkeit im vorliegenden Zusammenhang bereits aus dem Grund, da wie gezeigt keine hinreichende Bestreitung der klägerischen Tatsachenbehauptung erfolgt ist. Gegenstand des Beweises können nur (rechtserhebliche) *streitige* Tatsachen sein (Art. 150 Abs. 1 ZPO). Die Beschwerde der Beklagten zielt damit auch in diesem Punkt ins Leere.

2.4. Die Beklagte vermag mit ihren Vorbringen somit den vorinstanzlichen Schluss, wonach die Position 2.06 der streitgegenständlichen Rechnung erstellt ist (so ihr Fazit, vgl. act. 83 E. IV./5.3. S. 18 Mitte), nicht zu erschüttern. Die Beschwerde ist in diesem Punkt abzuweisen.

3. Zu Position 2.02, "Reinigen der ausgespitzten Steine von Mörtelresten":

3.1. Bei der Position 2.02 ("Reinigen der ausgespitzten Steine von Mörtelresten") wurden statt der mittels Offerte veranschlagten 5 Stunden à Fr. 81.– (vgl. act. 4/6) schliesslich 6.5 Stunden à Fr. 81.– und damit eine Erhöhung der Kosten um total Fr. 121.50 in Rechnung gestellt (vgl. act. 4/10). Die Vorinstanz erwog dazu, der Beweis für den Aufwand – welcher im Umfang von 6.5 Stunden bzw. 5 Stunden von der Beklagten mit dem Vorbringen, die Steine seien keineswegs sorgfältig ge-

reingt worden, zumindest sinngemäss bestritten werde – sei durch den Unternehmer bzw. hier die Klägerin zu erbringen. So habe der Unternehmer keinen Anspruch auf Vergütung, wenn er mehr Aufwand betreibe, als bei einer korrekten und mängelfreien Ausführung erforderlich wäre, der Mehraufwand mithin unnötig sei. Unerheblich für die nach Art. 48 SIA-Norm zu bestimmende Vergütung sei indes, ob das Werk letztlich Mängel aufweise. Die Klägerin habe zum Beweis für den strittigen Aufwand die Parteibefragung/Beweisaussagen von Herr H. \_\_\_\_\_ offeriert. Dieser habe in der Befragung durch das Gericht ausgeführt, bei den offerierten 5 Stunden habe es sich um eine Annahme gehandelt. Schlussendlich seien aber 6.5 Stunden benötigt worden, um die Steine zu reinigen, und die abgerechneten 6.5 Stunden hätten den Stundenrapporten der Mitarbeiter entsprochen. Diese Aussage erscheine – so die Vorinstanz – nachvollziehbar und glaubhaft. Die Beklagte habe zum von der Klägerin vorgebrachten Beweis keinen Gegenbeweis offeriert und die Aussagen von H. \_\_\_\_\_ auch nicht in Zweifel gezogen. Damit sei erstellt, dass die Klägerin für die Position 6.5 Stunden aufgewendet habe. Überdies liege die Überschreitung der Offerte im konkreten Fall weit unter 10%, so dass auch mit Blick auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung nicht von einer unverhältnismässigen Überschreitung auszugehen sei (act. 83 E. IV./5.3. S. 18 f.).

3.2. Die Beklagte trägt im Rahmen ihrer Beschwerde vor, es sei geradezu unerfindlich, weshalb die Vorinstanz H. \_\_\_\_\_ befragt habe, und es sei geradezu aussergewöhnlich, eine Partei zu befragen und der Gegenseite nicht einmal explizit Gelegenheit zu geben, zu diesen Aussagen Stellung zu nehmen. Zudem habe sie – die Beklagte – in ihren Rechtsschriften mehrfach ihre "Parteibefragung/Beweisaussage" offeriert, insbesondere auch für die Angelegenheit betreffend die Pflastersteine, zu welcher H. \_\_\_\_\_ befragt worden sei. Aus dem Protokoll der Vorinstanz gehe hervor, dass diese keine Anstalten getroffen habe, der Beklagten das rechtliche Gehör zu gewähren, womit die Beklagte sinngemäss rügt, die Vorinstanz habe den Parteien die Möglichkeit zur Stellungnahme zum Beweisergebnis verwehrt. Auch habe es die Vorinstanz unterlassen, den von der Beklagten zu diesem Thema offerierten Beweis abzunehmen. Der Vorsitzende habe vielmehr die Verhandlung für die Beklagte überraschend beendet. Ein sol-

ches Vorgehen stelle eine eindeutig sachlich nicht gerechtfertigte Bevorzugung der Gegenseite dar, und es liege sowohl eine Verletzung des rechtlichen Gehörs als auch des Rechts auf ein faires Verfahren vor. Damit sei auch gesagt, dass aus diesen Gründen die Erwägung der Vorinstanz, aufgrund der Aussage von H.\_\_\_\_\_ sei erstellt, dass sämtliche in Rechnung gestellten Arbeiten von der Klägerin ausgeführt worden seien, rechtsfehlerhaft sei. Überdies habe die Vorinstanz auch den Sachverhalt offensichtlich unrichtig festgestellt, machten doch 1.5 Stunden einen deutlich höheren Anteil als 10% von fünf Stunden aus, nämlich genau 30%. Auch diesbezüglich gehe die Vorinstanz fehl (act. 77 Rz. 46 ff. und Rz. 73 ff.).

3.3.1 Gestützt auf Art. 219 i.V.m. Art. 232 Abs. 1 ZPO können die Parteien nach Abschluss der Beweisabnahme zum Beweisergebnis und zur Sache Stellung nehmen (sog. Schlussvorträge), wobei es den Parteien auch frei steht, darauf zu verzichten (ZK ZPO-LEUENBERGER, 3. Aufl. 2016, Art. 232 Art. N 10).

Auf S. 15 f. des Protokolls der Hauptverhandlung vom 14. September 2020 (Prot. Vi. HV, act. 69) findet sich die Protokollierung der Befragung von H.\_\_\_\_\_. Aus den darauf folgenden Protokollnotizen (S. 16) ergibt sich, dass die Parteivertreter Gelegenheit für das Stellen von Ergänzungsfragen erhielten, jedoch darauf verzichteten. Sodann bestätigten die Parteivertreter auf Frage des Richters, alle Beweismittel abschliessend genannt zu haben. Auf weitere Ausführungen verzichteten die Parteivertreter in der Folge übereinstimmend. Mit Blick darauf ist der Beklagten zu widersprechen, dass ihr nie Gelegenheit geboten worden wäre, sich zu den Aussagen von H.\_\_\_\_\_ zu äussern. Vielmehr verzichtete sie gemäss dem (von ihr nicht in Frage gestellten) Protokoll im Anschluss an dessen Befragung ausdrücklich auf weitere Ausführungen. Eine Gehörsverletzung – wie dies die Beklagte geltend macht – ist der Vorinstanz unter diesen Umständen nicht vorzuwerfen.

3.3.2 Indem die Beklagte beanstandet, es sei lediglich H.\_\_\_\_\_ von der Klägerin befragt worden, ohne dass trotz offerierter Parteibefragung/Beweisaussage auch sie selbst befragt worden wäre, rügt sie sinngemäss eine Verletzung ihres Beweisführungsanspruchs. Dieser ergibt sich als Teilgehalt des Anspruchs auf rechtli-

ches Gehör aus Art. 29 Abs. 2 BV sowie für das Privatrecht aus Art. 8 ZGB und ist zudem in Art. 152 ZPO verankert. Er verschafft der Partei einen Anspruch darauf, für rechtserhebliche Vorbringen zum Beweis zugelassen zu werden, soweit entsprechende Anträge form- und fristgerecht gestellt worden sind (BGE 133 III 295, E. 7.1; BGer 4A\_443/2016 vom 17. Oktober 2016, E. 4.2.2; BGer 4A\_381/2016 vom 29. September 2016, E. 3.1.2 m.w.H.). Ein Beweismittel ist dann formgerecht angeboten, wenn sich die Beweisofferte eindeutig der damit zu beweisenden Tatsachenbehauptung zuordnen lässt und umgekehrt. In der Regel sind die einzelnen Beweisofferten unmittelbar im Anschluss an die Tatsachenbehauptungen aufzuführen, die damit bewiesen werden sollen. Dies ergibt sich ohne weiteres aus dem Wortlaut der Bestimmungen von Art. 152 Abs. 1 i.V.m. Art. 221 Abs. 1 lit. e ZPO (Recht auf Abnahme von Beweismitteln bei "Bezeichnung der einzelnen Beweismittel zu den behaupteten Tatsachen"; BGer 4A\_381/2016 vom 29. September 2016, E. 3.1.2 m.w.H.). Das Gericht ist nicht gehalten, zur Klärung einer Frage Beweismittel abzunehmen, die nicht in diesem Zusammenhang angeboten wurden (BGer 4A\_370/2016 vom 13. Dezember 2016, E. 3.3; BGer 4A\_381/2016 vom 29. September 2016, E. 3.1.2).

3.3.2.1 Die Vorinstanz befragte H.\_\_\_\_\_ im Zusammenhang mit dem klägerischen Vorbringen, der tatsächlich erbrachte Aufwand habe – entgegen der Offerente, welche noch von 5 Stunden ausging – letztlich tatsächlich 6.5 Stunden betragen. Die Klägerin hatte dazu in der Replik konkret geäussert, die Reinigung der Steine habe sich aufwändig gestaltet und die fraglichen Arbeiten seien nach Aufwand in Rechnung gestellt worden. Der in Rechnung gestellte Aufwand von 6.5 Stunden sei ausgewiesen und von der Beklagten entsprechend zu bezahlen. Die Klägerin offerierte für diese Behauptung die "Parteibefragung/Beweisaussage" von H.\_\_\_\_\_ (act. 34 Rz. 13 S. 17). Dass die Klägerin damit zum behaupteten Aufwand form- und fristgerecht die "Parteibefragung/Beweisaussage" von H.\_\_\_\_\_ offeriert und die Vorinstanz diesen Beweis in der Folge abgenommen hat, stellt die Beklagte in ihrer Beschwerde nicht in Frage.

Sie macht aber geltend (vgl. act. 77 Rz. 47), ebenfalls in diesem Zusammenhang (wobei sie offen lässt, konkret zu welcher Behauptung) als Beweis ihre "Parteibefragung/Beweisaussage" angeboten zu haben, und verweist auf Rz. 25

ihrer Duplik (= act. 43). Ein Blick auf die genannte Stelle – in deren Anschluss die Beklagte tatsächlich u.a. ihre "Parteibefragung/Beweisaussage" als Beweis offerierte – zeigt aber, dass sich die Beklagte da einzig zur Mangelhaftigkeit bezüglich des verwendeten hellen Mörtels und des ästhetisch ungenügenden Erscheinungsbildes aufgrund der "wild und uneben geordneten" Steine äusserte. Zum von der Klägerin behaupteten bzw. tatsächlich angefallenen Aufwand für das Reinigen der Steine äusserte sich die Beklagte an der angegebenen Stelle nicht (act. 43 Rz. 25). Damit konnten sich die in der Folge angebotenen Beweise auch nicht auf Behauptungen zum tatsächlichen Zeitaufwand beziehen. Es gelingt der Beklagten somit nicht, in ihrer Beschwerde darzulegen, ihre Parteibefragung/Beweisaussage form- und fristgerecht angeboten zu haben. Bereits aus diesem Grund ist der Vorinstanz nicht vorzuwerfen, dass keine Parteibefragung der Beklagten zu diesem Punkt erfolgte. Dies umso mehr, als die Vorinstanz den Parteien im Anschluss an die Befragung von H.\_\_\_\_\_ die Möglichkeit bot, sich zu weiteren abzunehmenden Beweisen zu äussern. Darauf nannte die Beklagte offenbar keine weiteren Beweise.

3.3.2.2 Laut der Beklagten verstosse sodann der Umstand, dass sie im Gegensatz zur Klägerin nicht zur Parteibefragung zugelassen worden sei, gegen das Recht auf ein faires Verfahren.

Bereits aus dem Wortlaut von Art. 191 Abs. 1 ZPO, wonach das Gericht eine oder beide Parteien zu den rechtserheblichen Tatsachen befragen kann, ergibt sich, dass das Gericht nicht grundsätzlich verpflichtet ist, beide Parteien zur Parteibefragung zuzulassen. Es wird aber in der Literatur teilweise die Meinung vertreten, die Aussage der einen Partei könne ohne die Aussage der anderen Partei schwer bewertet werden und ergebe ein unvollständiges Bild, weshalb es das Fairnessprinzip (Art. 29 Abs. 1 BV), welches die Waffengleichheit der Parteien mitumfasst, als geboten erscheinen lasse, beide Parteien (von Amtes wegen) zu einem Sachverhalt zu befragen, über den sie beide sachdienliche Angaben machen können. Dies selbst dann, wenn nur eine Partei die Befragung beantragt habe (ZK ZPO-WEIBEL/WALZ, 3. Aufl. 2016, Art. 191 N 10; BK ZPO-BÜHLER, 2012, Art. 191–192 N 59 f.).

Wie bereits ausgeführt, schloss die Beklagte einzig aus der von ihr behaupteten

teten mangelhaften Ausführung, der Arbeitsaufwand sei nicht im behaupteten zeitlichen Umfang erfolgt. Wie hoch der tatsächliche Aufwand ihrer Ansicht nach war, substantiierte sie nicht. Die Beweisofferte erfolgte nicht zur behaupteten tatsächlichen Stundenzahl, sondern zur behaupteten Mangelhaftigkeit. Bereits daraus war zu schliessen, dass die Beklagte zu den tatsächlich von der Klägerin aufgewendeten Stunden keine sachdienlichen Angaben machen können. Etwas anderes behauptet die Beklagte letztlich auch in ihrer Beschwerde nicht. Es erübrigte sich somit auch unter diesem Gesichtspunkt, die Beklagte im Rahmen einer Parteibefragung zu diesem Punkt zu befragen.

3.3.2.3 Damit hat die Vorinstanz weder den Anspruch der Beklagten auf rechtliches Gehör verletzt noch gegen das Recht auf ein faires Verfahren verstossen. Die Beschwerde ist in diesem Punkt abzuweisen.

3.3.3.1 Indem die Beklagte vorbringt, entgegen der Vorinstanz entsprächen 1 ½ Stunden einem deutlich höheren Anteil als 10% von 5 Stunden, nämlich genau 30% (act. 77 Rz. 50 u. 75), rügt sie eine offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes. Die Beklagte vertritt offenbar den Standpunkt, die Frage nach der Überschreitung der Toleranzgrenze von 10% beantworte sich einzig unter Berücksichtigung der konkret überschrittenen Position. Dagegen ging die Vorinstanz offenbar von den voraussichtlichen Gesamtkosten gemäss Offerte aus (act. 83 E. IV./5.3. S. 19).

3.3.3.2 Die Beklagte unterlässt es im Rahmen ihrer Beschwerde aber gänzlich, darzutun, was sie aus ihrem Standpunkt ableitet. Insbesondere beziffert sie nicht, in welchem Betrag ihrer Ansicht nach eine Herabsetzung zu erfolgen hätte. Aus diesem Grund ist auf die Beschwerde in diesem Punkt nicht einzutreten.

Ihre Auffassung trifft indessen auch inhaltlich nicht zu: Unbeanstandet blieb der vorinstanzliche Schluss, zwischen den Parteien seien Regiearbeiten vereinbart worden, welche nach Aufwand vergütet würden (vgl. Art. 48 SIA-Norm 118). Werden Regiearbeiten vereinbart, so gibt der Unternehmer mit dem Richtpreis die voraussichtlichen Gesamtkosten an (ungefährer Ansatz im Sinne von Art. 375 OR), unter gleichzeitiger Angabe der Regieansätze und der von ihm geschätzten

Mengen. Eine solche Aufwandschätzung habe die Klägerin – so die Vorinstanz – mit ihren von der Beklagten akzeptierten Offerten abgegeben (act. 83 E. IV./5.2. f.; vgl. hiervor E. III./B.1.).

Wird ein ungefährender Kostenansatz, der subjektive Geschäftsgrundlage bildet, unverhältnismässig überschritten, so hat ein Besteller bei Bauten, die auf seinem Grund errichtet werden, gemäss Art. 375 Abs. 2 OR Anspruch auf eine angemessene Herabsetzung des Werklohnes. Namentlich kann durch Ausübung des Gestaltungsrechts nach Art. 375 Abs. 2 OR der geschuldete Werkpreis angemessen herabgesetzt werden. Literatur und Rechtsprechung nehmen als Faustregel eine Toleranzgrenze von 10% an, in welchem Umfang die Überschreitung eines ungefährenden Kostenansatzes noch nicht als übermässig erscheint. Im Normalfall wird sodann der Werkpreis gemäss Art. 374 OR um die Hälfte der Summe, welche diese Toleranzgrenze übersteigt, herabgesetzt, wobei aber ein mathematisch starrer Schematismus mit Blick auf Art. 4 ZGB (Recht und Billigkeit) abzulehnen ist (BGE 115 II 460, E. 3b; GAUCH, Der Werkvertrag, 6. Aufl. 2019, Rz. 973 ff. und 1003 ff.). Auf die Bestimmung von Art. 375 Abs. 2 OR verweist Art. 56 Abs. 2 SIA-Norm 118 und hält wörtlich fest: "Werden die angegebenen *Gesamtkosten* unverhältnismässig überschritten, so hat der Bauherr die Rechte gemäss Art. 375 Abs. 2 OR." Bereits dieser Wortlaut macht klar, dass sich die Überschreitung der Kosten anhand der voraussichtlichen Gesamtkosten – also unter Einbezug sämtlicher darin enthaltener Positionen – beurteilt (bei reinen Regieverträgen entsprechen die Gesamtkosten dem Richtpreis, vgl. Art. 56 Abs. 1 SIA-Norm 118). Nicht entscheidend ist damit entgegen der Beklagten die konkrete Kostenüberschreitung bei einer einzelnen Position (vgl. auch: GAUCH/STÖCKLI, Kommentar zur SIA-Norm 118, 2. Aufl. 2017, Art. 56 N 10.2.). Entsprechend verfängt die Kritik am vorinstanzlichen Entscheid auch in diesem Punkt nicht.

3.3.3.3 Die Beschwerde wäre auch in diesem Punkt abzuweisen, wäre darauf einzutreten.

### C. Zur Abnahme des Werkes

1. Die Vorinstanz kam im Rahmen ihrer Erwägungen – nachdem sie sich zuerst mit den divergierenden Parteistandpunkten und den einschlägigen Bestim-

mungen der SIA-Norm 118 auseinandergesetzt hatte – im Ergebnis zum Schluss, selbst wenn auf die Darstellung der Klägerin abgestellt und die Abnahme auf den 3. Januar 2019 fingiert werde, sei die zweijährige Rügefrist zum Urteilszeitpunkt noch nicht abgelaufen. Der exakte Zeitpunkt der Abnahme könne folglich offen bleiben (vgl. im Detail: act. 83 E. IV./6.).

2. Den Erwägungen der Vorinstanz zur Abnahme des Werkes hält die Beklagte in ihrer Beschwerde nichts entgegen. Sie führt einzig aus, die Vorinstanz habe "richtig festgestellt, dass eine gemeinsame Abnahme des Werkes bis zur Hauptverhandlung nie stattgefunden" habe (act. 77 act. Rz. 13 u. 51). Die Beklagte scheint indes zu verkennen, dass die Vorinstanz nicht feststellte, es habe *keine Abnahme* stattgefunden. Vielmehr habe *keine gemeinsamen Prüfung* stattgefunden, welche – so die Vorinstanz im Rahmen ihrer rechtlichen Erwägungen (act. 83 E. IV./6.2.1. S. 21 unten) – in Anwendung der SIA-Norm 118 vor Abnahme des Werkes grundsätzlich stattzufinden habe (vgl. Art. 158 Abs. 2 SIA-Norm 118). Die Vorinstanz schloss, dass es vorliegend aber in Anwendung von Art. 164 Abs. 1 SIA-Norm zu einer (fingierten) Abnahme des Werkes kam. Dieses Ergebnis bleibt von der Beklagten letztlich unkommentiert. Es hat damit bei der vorinstanzlichen Feststellung zu bleiben, wonach das Werk abgeliefert und abgenommen wurde.

3. Der Vollständigkeit halber sei aber noch festgehalten, dass – entgegen des vorinstanzlichen Standpunktes der Beklagten (act. 20 Rz. 14), welcher in ihrer Beschwerde zumindest unterschwellig zum Ausdruck kommt (act. 77 Rz. 58 und 62) – die Abnahme des Werkes vorliegend nicht mit der Fälligkeit der Werklohnforderung korreliert (dazu noch ausführlich in E. III./D.3.2.1). Damit ist die Frage, ob und wann die Abnahme stattgefunden hat, einzig im Zusammenhang mit der Rügefrist von Relevanz, wobei die Vorinstanz davon ausging, die Beklagte habe ihre Mängelrüge innerhalb der Rügefrist erhoben.

#### D. Zu den Mängelrechten der Bestellerin

1. Die Vorinstanz erwog, die SIA-Norm 118 habe die gesetzlichen Mängelrechte (Wandelungs-, Minderungs-, Nachbesserungsrecht und das Recht auf Ersatz

des Folgeschadens) in Art. 169–171 übernommen, schränke indes die Wahlfreiheit des Bauherrn insoweit ein, als sie dem Nachbesserungsrecht den Vorrang gebe (Art. 169 Abs. 1 SIA-Norm), womit der Bauherr dem Unternehmer Gelegenheit zur Nachbesserung geben müsse, bevor er vom Vertrag infolge Mangels zurücktreten oder die Vergütung um den mangelbedingten Minderwert herabsetzen könne. Beim Nachbesserungsrecht handle es sich um ein Gestaltungsrecht, was bedeute, dass die Pflicht des Unternehmers zur Mängelbehebung – die Nachbesserungsschuld – erst entstehe, wenn der Bauherr die Nachbesserung verlange. Erst ab diesem Zeitpunkt könne der Bauherr gegenüber dem Vergütungsanspruch des Unternehmers die Einrede des nichterfüllten Vertrages (Art. 82 OR) erheben, um damit die Erfüllung der Nachbesserungsschuld durchzusetzen. Das Einrederecht nach Art. 82 OR zerstöre damit nicht die Fälligkeit des Vergütungsanspruches, sondern es gebe dem Schuldner die Befugnis, eine an sich fällige Leistung zu verweigern. Verlange der Bauherr hingegen die Nachbesserung nicht oder stehe ihm kein Nachbesserungsrecht zu, sei er indes nicht befugt, die Vergütung zurückzubehalten.

Zwischen den Parteien – so die Vorinstanz weiter – sei unstrittig, dass die Beklagte die Mängel im Rechtsöffnungsverfahren am 8. Mai 2019 noch innerhalb der zweijährigen Rügefrist und damit rechtzeitig geltend gemacht habe. Die Beklagte behaupte zwar, dass sie auch die Nachbesserung verlangt habe, dies werde aber von der Klägerin bestritten. Da die Ausübung des Nachbesserungsrechts aber Voraussetzung sei, damit die Beklagte den Werklohn zurückbehalten dürfe, wäre die Ausübung desselben – so die Vorinstanz weiter – durch die Beklagte substantiiert vorzubringen gewesen. Die diesbezüglichen Ausführungen der Beklagten seien aber nur pauschal erfolgt, womit sie ihrer Substantiierungslast in keiner Weise nachgekommen sei: Weder erhelle aus ihren Ausführungen, ob sie persönlich oder ihre Vertretung die Nachbesserung verlangt habe und in welcher Form, an welchem konkreten Datum oder in welchem Zeitraum diese Erklärung erfolgt sei, noch an welche natürliche Person der Klägerin diese Erklärung gerichtet gewesen sei. Es könne hinsichtlich der Behauptung der Beklagten weder der Beweis abgenommen noch der Gegenbeweis angetreten werden. Damit sei davon auszugehen, die Nachbesserung sei bis Prozessbeginn (und auch danach bis

zur Urteilsfällung und Eröffnung) nicht ausgeübt worden. Entsprechend sei die Beklagte nicht berechtigt, den Lohn einredeweise gestützt auf Art. 82 OR zurückzubehalten. Da die Beklagte gehalten sei, vor anderen Wahlrechten die Nachbesserung zu verlangen, könne über das Vorliegen von Mängeln und einen allfälligen Minderungsanspruch im vorliegenden Verfahren nicht befunden werden, und auf die entsprechenden Ausführungen der Parteien müsse nicht eingegangen werden (act. 83 E. IV./7.).

2. Die Beklagte rügt im Zusammenhang mit diesen Erwägungen sowohl eine offenkundig fehlerhafte Rechtsanwendung durch die Vorinstanz wie auch eine Verletzung der Dispositionsmaxime und ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör:

3. "Anwendung von Art. 82 OR als unzulässiger Lösungsansatz":

3.1 Die Beklagte macht geltend, dieser "verlockende Lösungsansatz", beinahe schon "Kunstgriff", sei unzulässig. So müsse einleuchten, dass ein Besteller, welcher die Mängelrüge erhoben habe, nicht gezwungen sei, die Rechnung dennoch zu bezahlen, bloss weil er keine Nachbesserung verlangt habe. Der Besteller würde so stets um seine Rechte gebracht, und eine solche Rechtslage wäre stossend. Es könne auch mit Blick auf den Entscheid des Bundesgerichtes 4C.291/2004 vom 1. November 2004 ("Mangels rechtzeitiger Rüge ist davon auszugehen, dass der eingeklagte Werklohn fällig ist. Die Berufung auf Art. 82 OR vermag dem Beklagten nicht zu helfen. Inwieweit die Mangelhaftigkeit des Werks die Fälligkeit der Werklohnforderung hinauschiebt oder dem Besteller unter Hinweis auf Art. 82 OR gestattet, den gesamten Werklohn zurückzuhalten [...] baucht daher nicht erörtert zu werden.") kein Zweifel daran bestehen, dass die Fälligkeit nicht eintrete, wenn die Mängelrüge erhoben sei, was auch mit dem Wesen von Art. 8 ZGB übereinstimme. Aus diesem ergebe sich, dass die Beweislast für "rechtsaufhebende", "rechtsvernichtende" oder "rechtshindernde" Tatsachen bei der Partei liege, welche den Untergang eines Anspruchs behaupte oder dessen Entstehung bzw. Durchsetzbarkeit bestreite. Es leuchte ein, dass die Beklagte durch die vorinstanzliche Rechtsauffassung um die Möglichkeit gebracht würde, über die von ihr geltend gemachten Mängel den Beweis zu führen bzw. dass diese je einer Prüfung/einem Beweisverfahren unterzogen würden, obwohl sie von der Klägerin nicht anerkannt worden seien. Durch die Nichtabnahme der

von ihr im Zusammenhang mit der Mangelhaftigkeit genannten Beweise sei zudem ihr Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt worden. Die Vorinstanz hätte sich vorerst mit dem Bestand der Forderung auseinandersetzen müssen, bevor sie sich mit der Frage der Durchsetzbarkeit hätte befassen können, dies schon deshalb, weil ihr bekannt gewesen sei, dass die Beklagte rechtzeitig Mängelrüge erhoben habe. Art. 82 OR sehe vor, dass der geschuldete und grundsätzlich fällige Werklohn zurückgehalten werden könne. Dafür müsse zuerst feststehen, welcher Werklohn fällig sei (act. 77 Rz. 55 ff.).

3.2.1 Vorab ist zu klären, ob bzw. wann die eingeklagte Werklohnforderung fällig wurde. Die Vorinstanz hielt fest, die Werklohnforderung sei fällig (so explizit in act. 83 E. IV./8.), begründete dies aber nicht weiter. Die Beklagte vertritt in ihrer Beschwerde die Ansicht, die Fälligkeit könne nicht eintreten, wenn Mängelrüge erhoben worden sei (act. 77 Rz. 58 und 62).

Nach der gesetzlichen Normierung in Art. 372 Abs. 1 OR tritt die Fälligkeit der Werklohnforderung grundsätzlich mit der Ablieferung des Werkes ein. In BGE 89 II 235 (bestätigt in BGE 94 II 161) vertrat das Bundesgericht noch die Meinung, die Ablieferung eines mangelhaften Werkes begründe ein Hinausschieben der Fälligkeit des Werklohnanspruches im Sinne von Art. 372 Abs. 1 OR, denn dieser trete nur bei Ablieferung eines mangelfreien Werkes ein. Diese Ansicht des Bundesgerichtes wurde in der Literatur kritisiert (vgl. insb. GAUCH, Der Werkvertrag, 6. Aufl. 2019, Rz. 2367 ff.) und schliesslich durch das Bundesgericht aufgegeben. Demnach tritt in Anwendung von Art. 372 Abs. 1 OR auch bei Ablieferung eines mangelhaften Werkes die Fälligkeit der Werklohnforderung ein (BGE 129 III 738, E. 7.2; vgl. auch BGer 4C.91/2003 vom 25. August 2003, E. 7.2).

Indes ist die Ablieferung für die Fälligkeit vorliegend nicht von Relevanz, denn die Parteien haben es nicht bei der gesetzlichen Regelung bewenden lassen, sondern ihr Vertragsverhältnis den Regeln der SIA-Norm 118 unterstellt. Diese weicht hinsichtlich der Fälligkeit von der gesetzlichen Normierung ab. Die SIA-Norm 118 bestimmt in Bezug auf Regiearbeiten, dass diese mit Einreichung der Rechnung – und damit im Gegensatz zur gesetzlichen Regelung in Art. 372 Abs. 1 OR unabhängig von der Ablieferung des Werkes – fällig werden (Art. 55

Abs. 1 SIA-Norm 118; vgl. STÖCKLI, Kommentar zur SIA-Norm 118, 2. Aufl. 2017, N 13.1 zu Art. 44, N 3 und 5 zu Art. 55). Vorliegend wurden ausschliesslich Regearbeiten vereinbart und dafür Rechnung gestellt, was von der Beklagten nicht bestritten wurde (vgl. hiervor E. III./B.). Damit wurde die eingeklagte Werklohnforderung fällig, wie die Vorinstanz zu Recht feststellte. Eine anderslautende Abrede zwischen den Parteien oder andere Gründe, die der Fälligkeit entgegenstünden, hat die Beklagte nicht geltend gemacht. Insbesondere vermag eine später erhobene Mängelrüge eine bereits eingetretene Fälligkeit nicht wieder aufzuheben.

3.2.2 Zu prüfen bleibt damit – und dies tat auch die Vorinstanz – ob der Beklagten das Recht zusteht, die an sich fällige Forderung zurückzubehalten:

3.2.2.1 Beim Werkvertrag stehen die Zahlung des Werklohnes und die Ablieferung eines mangelfreien Werkes miteinander im Austauschverhältnis. Alleine die Ablieferung eines mangelhaften Werkes begründet für den Besteller aber noch kein Rückbehaltungsrecht der an sich fälligen Werklohnforderung gestützt auf Art. 82 OR ("Einrede des nicht erfüllten Vertrages"). Vielmehr führt die Ablieferung eines mangelhaften Werkes dazu, dass sich die Forderung des Bestellers auf Herstellung und Ablieferung eines mangelfreien Werkes mit Ablieferung in der Weise wandelt, als an Stelle dieser Forderung die Mängelrechte nach Art. 368 OR – bzw. hier nach Art. 169 SIA-Norm 118 – treten (vgl. z.B. BGer 4C.258/2001 vom 5. September 2002, E. 4.1.4). Mit dieser Umwandlung erhält der Besteller die sog. Mängelrechte, bei welchen es sich um Gestaltungsrechte handelt. Infolge der Umwandlung hat der Besteller keine Forderung mehr, welche sich auf die Leistung eines mangelfreien Werkes richtet, und der Einrede des nicht erfüllten Vertrages nach Art. 82 OR ist die Grundlage entzogen. Die blosser Ablieferung eines mangelhaften Werkes ist also kein Grund, der den Besteller zur Rückbehaltung der Vergütung berechtigt (zum Ganzen: GAUCH, Der Werkvertrag, 6. Aufl. 2019, Rz. 2368 f. m.w.H.; auch ZK OR-BÜHLER, 1998, N 16 zu Art. 372). Dies ändert sich erst, wenn der Besteller sein Mängelrecht ausübt und – im Anwendungsbereich von Art. 169 Abs. 1 SIA-Norm 118, wonach die Nachbesserung Vorrang gegenüber den weiteren Mängelrechten hat – die Nachbesserung durch den Unternehmer verlangt. Dadurch wird eine Nachbesserungsschuld des Unternehmers

begründet, mithin lebt seine ursprüngliche Pflicht zur Leistung eines mangelfreien Werkes in modifizierter Form – beschränkt auf die Nachbesserung des bereits hergestellten und abgelieferten Werkes – wieder auf, und darauf richtet sich auch der modifizierte Erfüllungsanspruch des Bestellers. Die vom Unternehmer geschuldete Verbesserung durch Mangelbeseitigung steht im Austauschverhältnis mit der vom Besteller geschuldeten Vergütung, und der Besteller kann die eigene Leistung nach Art. 82 OR verweigern, bis der Unternehmer seine Nachbesserungsschuld erfüllt hat. Der Rückbehaltungsanspruch ergänzt somit das Nachbesserungsrecht, indem es der Durchsetzung des Nachbesserungsanspruches dient (GAUCH, Der Werkvertrag, 6. Aufl. 2019, Rz. 2370 ff. 2374 m.w.H.; GAUCH/STÖCKLI, Kommentar zur SIA-Norm 118, 2. Aufl. 2017, N 10.1 zu Art. 181; BRÄNDLI, Die Nachbesserung im Werkvertrag – Eine Gesamtdarstellung unter Berücksichtigung der SIA-Norm 118, Diss. 2007, N 952 ff. m.w.H.; KOLLER, Das Nachbesserungsrecht im Werkvertrag, 2. Aufl. 1995, N 308; vgl. auch die entsprechenden Ausführungen der Vorinstanz, act. 83 E. IV./7.2.2.).

3.2.2.2 Gestützt darauf erkannte die Vorinstanz zu Recht, der Beklagten stehe vor Ausübung ihres Nachbesserungsrechts nicht das Recht zu, die fällige Werklohnforderung der Klägerin zurückzubehalten. Im von der Beklagten zitierten Entscheid (wobei die Beklagte auf BGer 4C.291/2004 vom 1. November 2004, E. 3.2. hinweist, aber vielmehr BGer 4C.469/2004 vom 17. März 2005, E. 3.2. meinen dürfte) hat das Bundesgericht die Frage, inwieweit die Mangelhaftigkeit des Werkes die Fälligkeit der Werklohnforderung hinausschiebe oder dem Besteller unter Hinweis auf Art. 82 OR gestatte, den Werklohn zurückzubehalten, explizit offengelassen. In einem älteren Entscheid gestand das Bundesgericht dem Besteller zwar noch ein solches Rückbehaltungsrecht nach Art. 82 OR bei Ablieferung eines mangelhaften Werkes grundsätzlich unabhängig von der Geltendmachung des Nachbesserungsanspruches zu (vgl. BGE 89 II 235, E. 4.a und BGE 94 II 161, E. 2c), indes unter der Prämisse, der Werklohn werde in einem solchen Fall nicht fällig. Auf diese Meinung ist das Bundesgericht aber – wie gezeigt – in einem späteren Entscheid zurückgekommen und es geht seither vom Eintritt der Fälligkeit unabhängig von der Mangelhaftigkeit des abgelieferten Werkes aus (BGE 129 III 738, E. 7.2; vgl. auch BGer 4C.91/2003 vom 25. August 2003, E. 7.2; vgl. hiavor

E.III./D.3.2.1). Die Frage, wie es sich bei Ablieferung eines mangelhaften Werkes (und daraus folgender Fälligkeit der Werklohnforderung nach Art. 372 OR) nun mit Art. 82 OR verhält, wurde durch das Bundesgericht bis heute nicht beantwortet.

Ein Rückbehaltungsrecht nach Art. 82 OR kommt aber ohnehin nur dann in Frage, wenn der Besteller seine Mängelrechte ausübt bzw. ausgeübt hat. Damit scheidet eine Berufung auf Art. 82 OR in der vorliegenden Konstellation von vornherein, da die Beklagte das Nachbesserungsrecht nicht geltend gemacht hat. Auf die zwar überzeugenden Erwägungen der Vorinstanz, wie es sich verhalten würde, wenn die Beklagte ihren Nachbesserungsanspruch geltend gemacht hätte (act. 83 E. IV 7.2.2), ist deshalb nicht näher einzugehen.

Der Vorinstanz ist damit – entgegen der Beklagten – keine falsche Rechtsanwendung vorzuwerfen. Die Beklagte beanstandet zudem die vorinstanzliche Feststellung nicht, wonach sie die Nachbesserung bis zum Urteilszeitpunkt nicht verlangt bzw. selbiges nicht hinreichend substantiiert habe. Insbesondere macht die Beklagte auch nicht (mehr) geltend, die Nachbesserung erfolglos verlangt zu haben.

3.2.2.3 Zutreffend ist auch der Schluss der Vorinstanz, es erübrige sich bei dieser Ausgangslage, auf die von der Beklagten behaupteten Mängel einzugehen. Denn die Ausübung des Nachbesserungsrechts soll dem Unternehmer die Möglichkeit geben, allfällige Mängel zu beseitigen, mithin seiner Pflicht zur Ablieferung eines mängelfreien Werkes nachzukommen. Im Anwendungsbereich der SIA-Norm hat der Bauherr nach Art. 169 Abs. 1 zunächst *einzig* das Recht hat, vom Unternehmer die Beseitigung der Mängel zu verlangen (und zur Durchsetzung wie gezeigt den Werklohn zurückzubehalten). Erst, wenn der Bauherr dies innert Frist nicht tut bzw. sich ausdrücklich weigert oder dazu offensichtlich nicht im Stande ist, hat der Bauherr neben der Möglichkeit, weiterhin auf der Verbesserung zu beharren (Ziff. 1), die Wahl, einen dem Minderwert des Werkes entsprechenden Abzug von der Vergütung zu machen (Ziff. 2) oder vom Vertrag zurückzutreten (Ziff. 3) (vgl. BGer 4A\_151/2016 vom 21. Juni 2016, E. 3.1.).

Mangels Ausübung der Mängelrechte erachtete die Vorinstanz eine Prüfung des Bestands und Umfangs von Mängeln zu Recht als obsolet.

3.3. Die Vorinstanz ging somit zutreffend davon aus, der Beklagten stehe vor Ausübung ihres Nachbesserungsrechts kein Rückbehaltungsanspruch in Bezug auf den fälligen Werklohn zu. Die dagegen von der Beklagten in ihrer Beschwerde vorgetragene Kritik verfängt nicht. Die Beschwerde ist auch in diesem Punkt abzuweisen.

4. "Verletzung der Dispositionsmaxime" / "Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör":

4.1. Die Beklagte bringt zum einen vor, die Klägerin habe – soweit ersichtlich – nie behauptet bzw. geltend gemacht, sie (die Beklagte) dürfe ihre Leistung nicht zurückhalten, weil sie bisher die Nachbesserung nicht verlangt habe. Indem die Vorinstanz faktisch gestützt darauf entschieden habe, obwohl die Klägerin dies nicht behauptet bzw. geltend gemacht habe, verletze sie die Dispositionsmaxime nach Art. 58 Abs. 1 ZPO.

Zum anderen macht die Beklagte geltend, die Vorinstanz habe ihren Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt, indem sie sie mit der Rechtsauffassung überrascht habe, dass ihre Vorbringen zu den geltend gemachten Mängeln ohnehin obsolet seien, weil sie noch keine Nachbesserung verlangt habe. Dies wiege umso schwerer, als die Klägerin Letzteres auch nie behauptet bzw. geltend gemacht habe (act. 77 Rz. 66 ff. und Rz. 69 ff.).

4.2.2 Die Beklagte verkennt, dass es nicht Aufgabe der Klägerin war, sich zur Ausübung des Nachbesserungsanspruchs der Beklagten zu äussern. Wie die Beklagte selbst ausführt, hat diejenige Partei das Vorhandensein einer Tatsache zu beweisen (und damit auch zu behaupten), die aus ihr Rechte ableitet. Für rechtsaufhebende bzw. rechtsvernichtende oder rechtshindernde Tatsache liegt die Behauptungs- und Beweislast bei derjenigen Partei, die die Durchsetzbarkeit eines Anspruchs bestreitet (so die Beklagte in act. 77 Rz. 54; vgl. statt vieler auch: BGE 130 III 321, E. 3.1).

Wie gezeigt, besteht der Anspruch auf Rückbehaltung des geschuldeten und fälligen Werklohns erst, nachdem die Beklagte Nachbesserung (erfolglos) verlangt hat. Eine verlangte Nachbesserung wirkt sich damit zu Gunsten der Beklagten aus. Entsprechend war es an ihr, diesen Einwand – welcher der Durchsetzung

der Forderung der Klägerin im Wege stünde – hinreichend zu behaupten. Die Beklagte behauptete vor Vorinstanz denn auch wiederholt, Nachbesserung verlangt zu haben (act. 20 Rz. 7, 14, 24 f.; act. 43 Rz. 16, 27, 29; Prot. HV Vi. S. 12 f.), was die Klägerin bestritt (act. 34 Rz. 8, 17, 18; Prot. HV Vi. S. 8). Da die Beklagte diese bestrittene Behauptung aber nicht näher substantiiert hat, erachtete die Vorinstanz die Geltendmachung des Nachbesserungsrechts durch die Beklagte zu Recht als nicht erstellbar – was die Beklagte im Rahmen ihrer Beschwerde auch nicht rügt.

Auf diesen Sachverhalt wendete die Vorinstanz das Recht von Amtes wegen an (sog. Grundsatz *iura novit curia*, Art. 57 ZPO), ohne dass sie an entsprechende Parteivorbringen gebunden gewesen wäre. Die durch die Vorinstanz vorgenommene Subsumtion ergab, dass die Beklagte den Werklohn zu Unrecht zurückbehält. Eine Verletzung der Dispositionsmaxime (recte Verhandlungsmaxime) durch die Vorinstanz liegt bei dieser Ausgangslage nicht vor.

4.2.3 Vor diesem Hintergrund kann der Vorinstanz entgegen der Ansicht der Beklagten auch keine überraschende Rechtsanwendung – und damit eine Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör – vorgeworfen werden.

Art. 29 Abs. 2 BV (Anspruch auf rechtliches Gehör) gibt einer Partei grundsätzlich keinen Anspruch, zur rechtlichen Würdigung von ihr bekannten Tatsachen oder ganz allgemein zur juristischen Begründung des Entscheids, angehört zu werden. Anders verhält es sich nur, wenn das Gericht seine Entscheidung auf juristische Argumente abzustützen gedenkt, welche im vorangehenden Verfahren weder erwähnt noch von einer der beteiligten Parteien geltend gemacht wurden und mit deren Heranziehung sie auch nicht rechnen mussten ("überraschende Rechtsanwendung"). In diesem Fall ist (zumindest der dadurch beschwerten Partei) Gelegenheit zu geben, dazu Stellung zu nehmen (z.B. BGE 116 V 182 ff., E. 1a mit Verweis auf BGE 115 Ia 94 ff., E. 1b mit weiteren Hinweisen = Pra 78 [1989], vgl. auch Göksu, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 53 N 12).

Die Vorinstanz hatte den vorgetragenen und von ihr als erstellt angesehenen Sachverhalt unter die rechtlichen Normierungen zu subsumieren. Sie kam dabei in einem ersten Schritt zum Schluss, die Forderung sei im geltend gemach-

ten Umfang geschuldet und auch fällig. In einem weiteren Schritt hatte sie zu prüfen, ob die Beklagte den Werklohn mit Blick auf die geltend gemachten Mängelrechte zu Recht zurückbehält (vgl. act. 20 Rz. 6, wo die Beklagte selbst explizit auf Art. 82 OR Bezug nimmt). Da die anwaltlich vertretene Beklagte aber nicht hinreichend behauptete bzw. substantiierte, dass sie von der Klägerin Nachbesserung verlangt hatte, verneinte die Vorinstanz bei der gegebenen Rechtslage (hierzu E. III./D.3.2.2) einen Rückbehaltungsanspruch gemäss Art. 82 OR. Unterlässt es eine Partei, einen von ihr geltend gemachten und zu ihren Gunsten wirkenden Sachverhaltsumstand nach dessen Bestreitung hinreichend zu substantiieren, kann eine Verneinung des damit begründeten rechtlichen Anspruchs nicht überraschen. Die Vorinstanz stützte sich dabei nicht auf juristische Argumente, welche nicht Thema im Verfahren waren. Vielmehr hatte sich die Beklagte selbst (wie gezeigt) u.a. auf Mängelrechte bzw. einen Rückbehaltungsanspruch nach Art. 82 OR berufen. Dass es vor diesem Hintergrund obsolet war, den Bestand und den Umfang der behaupteten Mängel zu prüfen, kann dabei ebenfalls nicht überraschen (vgl. auch hiervor E. III./D.3.2.2.3). Eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör der Beklagten ist zu verneinen.

4.3. Die Beschwerde ist auch in diesen Punkten (Verletzung des rechtlichen Gehörs, Verletzung der Dispositionsmaxime, recte Verhandlungsmaxime) abzuweisen.

#### E. Ergebnis

Die Beschwerde ist aus den dargelegten Gründen abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

#### **IV.**

#### Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Ausgangsgemäss wird die Beklagte für das Beschwerdeverfahren kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist unter Berücksichtigung des Streitwerts und in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 4 GebV OG auf Fr. 1'250.– festzulegen. Die Entscheidgebühr ist

der Beklagten aufzuerlegen und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen.

2. Für das Beschwerdeverfahren sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen: Der Beklagten nicht, weil sie unterliegt, der Klägerin nicht, weil ihr im Beschwerdeverfahren keine entschädigungspflichtigen Umtriebe entstanden sind (Art. 106 Abs. 1 und Art. 95 Abs. 3 ZPO).

### **Es wird erkannt:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'250.– festgesetzt, der Beklagten und Beschwerdeführerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Vorschuss verrechnet.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerin und Beschwerdegegnerin unter Beilage eines Doppels von act. 77, sowie an das Einzelgericht im vereinfachten Verfahren des Bezirksgerichtes Meilen, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist 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 rund Fr. 6'000.–.

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: