

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB220034-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. A. Strähl und Oberrichter Dr. E. Pahud sowie
Gerichtsschreiber MLaw B. Lakic

Urteil vom 20. September 2023

in Sachen

A._____ SA,

Klägerin, Widerbeklagte und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw X._____

gegen

B._____,

Beklagter, Widerkläger und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y._____

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Winterthur vom 5. August
2022; Proz. CG190011**

Rechtsbegehren Klage:

(act. 1 S. 2)

- "1. Der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin/Widerbeklagten CHF 35'552.70 zuzüglich 5 % Zins seit dem 22. Februar 2017 zu bezahlen.
2. Die Kosten des Verfahrens (zzgl. CHF 525.00 für die Kosten des Schlichtungsverfahrens) seien dem Beklagten aufzuerlegen und dieser sei zu verpflichten, der Klägerin eine angemessene Entschädigung zu bezahlen."

Rechtsbegehren Widerklage:

(act. 10 S. 2)

- "1. [...]
2. Die Klägerin sei widerklageweise zu verpflichten, dem Beklagten die aus Schadenersatz, Nichterfüllung etc. zustehende Forderung zuzüglich 5 % Zins seit 12. Juni 2018 zu bezahlen. Als Mindestbetrag sei von einer Forderung von Fr. 30'000.00 auszugehen.
Nach Abschluss des Beweisverfahrens sei dem Kläger Gelegenheit zur Bezifferung des Forderungsanspruches zu geben.
3. Die Kosten des Verfahrens seien der Klägerin aufzuerlegen und diese sei zu verpflichten, dem Beklagten eine angemessene Entschädigung zu bezahlen."

Beschluss und Urteil des Bezirksgerichtes:

1. Auf die Widerklage wird nicht eingetreten.
2. Die Hauptklage wird abgewiesen.
3. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 6'800.– festgesetzt. Die Kosten des Schlichtungsverfahrens betragen Fr. 525.–.

Allfällige weitere Kosten bleiben vorbehalten.

4. Die Gerichtskosten werden der Klägerin zu 11/20 und dem Beklagten zu 9/20 auferlegt und mit den geleisteten Vorschüssen der Parteien verrechnet. Der nicht beanspruchte Teil des Vorschusses wird den Parteien je unter dem Vorbehalt des Verrechnungsrechts des Staates zurückerstattet.

5. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin die Kosten des Schlichtungsverfahrens im Betrag von Fr. 236.25 (9/20 von Fr. 525.–) zurückzuerstatten.
6. Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 904.70 (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
7. [Mitteilungen]
8. [Rechtsmittel]

Berufungsanträge:

der Klägerin und Berufungsklägerin (act. 60 S. 1):

1. Es seien die Dispositivziffern 2, 4, 5 und 6 des Entscheids des Bezirksgerichts Winterthur (Geschäfts-Nr. CG190011) aufzuheben.
2. Es sei der Berufungsbeklagte zu verpflichten, der Berufungsklägerin den Betrag über CHF 35'552.70 zuzüglich 5 % Zins seit dem 22. Februar 2022 zu bezahlen.
3. Die Kosten des Klage- und Widerklageverfahrens in der Höhe von CHF 6'800.00 (zzgl. CHF 525.00 für die Kosten des Schlichtungsverfahrens) seien vollumfänglich dem Berufungsbeklagten aufzuerlegen und dieser sei zu verpflichten, der Berufungsklägerin eine Parteientschädigung von CHF 8'400.00 (zzgl. 7.7 MwSt.) zu bezahlen.
4. Eventualiter seien die Dispositivziffern 2, 4, 5 und 6 des Entscheids des Bezirksgerichts Winterthur (Geschäfts-Nr. CG190011) aufzuheben und zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
5. Die Kosten des Berufungsverfahrens seien vollumfänglich dem Berufungsbeklagten aufzuerlegen und dieser sei zu verpflichten, der Berufungsklägerin eine angemessene Parteientschädigung (zzgl. 7.7 MwSt.) zu bezahlen.

des Beklagten und Berufungsbeklagten (act. 70 S. 2):

1. Die Berufung sei vollumfänglich abzuweisen.
2. Eventualiter, im Falle der Guttheissung der Berufung, sei die Angelegenheit zur Ergänzung des Beweisverfahrens und Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

3. Die Kosten des Berufungsverfahrens seien der Klägerin aufzuerlegen und diese sei zu verpflichten, dem Beklagten eine angemessene Parteientschädigung (zzgl. 7.7 % MwSt.) zu bezahlen.

Erwägungen:

1. Ausgangslage und Verfahrensverlauf

1.1. Die Klägerin und Berufungsklägerin (nachfolgend Klägerin) ist eine im Handelsregister des Kantons Graubünden eingetragene Unternehmung, die Aufträge im Hoch- und Tiefbau ausführt. Dem Beklagten und Berufungsbeklagten (nachfolgend Beklagter) gehört ein Ferienhaus in C._____ (GR). Die Parteien schlossen am 29. April 2016 mündlich einen Werkvertrag betreffend das Anbringen einer Aussenisolation an der Liegenschaft des Beklagten in C._____ zu einem Pauschalpreis von Fr. 76'000.–. Die Parteien sind sich bezüglich des genauen Inhalts des Werkvertrages nicht einig. Der Beklagte leistete eine Akontozahlung von Fr. 50'000.–. Die Klägerin macht eine Restforderung sowie Forderungen für Zusatzaufträge im Betrag von insgesamt Fr. 35'552.70 zuzüglich Verzugszinsen geltend.

1.2. Die Klägerin reichte die vorliegende Forderungsklage mit Eingabe vom 19. Juli 2019 beim Bezirksgericht Winterthur (nachfolgend Vorinstanz) ein (act. 1). Mit der Klageantwort erhob der Beklagte die vorstehend erwähnte Widerklage (act. 10). Nach Durchführung zweier Schriftenwechsel zu Klage und Widerklage sowie nach Eingang weiterer Stellungnahmen fand am 7. Dezember 2021 eine Instruktionsverhandlung statt. Eine Einigung konnte nicht erzielt werden, indessen verzichteten die Parteien auf eine mündliche Hauptverhandlung und auf Schlussvorträge (Prot. Vi S. 15 f.). Zum Zwecke aussergerichtlicher Vergleichsbemühungen wurde das Verfahren in der Folge kurz sistiert, mit Verfügung vom 20. Januar 2022 aber wieder aufgenommen. Mit Entscheid vom 5. August 2022 trat die Vorinstanz auf die Widerklage des Beklagten nicht ein, die Klage der Klägerin wies sie vollumfänglich ab (act. 62).

1.3. Gegen das Urteil der Vorinstanz, mit dem die Klage abgewiesen wurde, erhob die Klägerin mit Eingabe vom 21. September 2022 Berufung beim Oberge-

richt des Kantons Zürich (act. 60). Die erstinstanzlichen Akten wurden von Amtes wegen beigezogen (act. 1-58). Der Klägerin wurde mit Verfügung vom 4. Oktober 2022 Frist angesetzt, um einen Kostenvorschuss zu leisten und die Prozessleitung wurde delegiert (act. 63). Der Vorschuss wurde fristgerecht bezahlt (act. 65). Dem Beklagten wurde mit Verfügung vom 13. April 2023 Frist für die Berufungsantwort angesetzt (act. 68). Die Berufungsantwort datiert vom 20. Juni 2023 (act. 70). Mit Verfügung vom 22. Juni 2023 wurde die Berufungsantwort der Klägerin zur Wahrung des unbedingten Replikrechts zugestellt (act. 71), worauf sie mit Eingabe vom 6. Juli 2023 um Fristansetzung für eine Replik ersuchte (act. 73). Mit Verfügung vom 7. Juli 2023 wurde der Klägerin eine entsprechende Frist angesetzt (act. 74). Die Eingabe der Klägerin vom 31. August 2023 ging fristgerecht bei der Kammer ein (act. 76). Das Verfahren ist spruchreif.

2. Prozessuales

2.1. Die Klägerin reichte die Berufungsschrift innert 30-tägiger Frist beim Obergericht als zuständiger Rechtsmittelinstanz form- und fristgerecht ein (act. 58; Art. 311 Abs. 1 ZPO und § 48 GOG). Beim angefochtenen Urteil handelt es sich um einen berufungsfähigen Entscheid (Art. 308 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 ZPO). Die Klägerin ist durch das angefochtene Urteil beschwert und den verlangten Kostenvorschuss hat sie rechtzeitig bezahlt (act. 65). Dem Eintreten auf die Berufung steht somit nichts entgegen.

2.2. Gegenstand des Berufungsverfahrens ist das Urteil der Vorinstanz, mit dem die Forderungsklage der Klägerin abgewiesen wurde. Der erstinstanzliche Beschluss, mit welchem auf die Widerklage des Beklagten nicht eingetreten wurde, ist nicht angefochten worden.

2.3. Das Berufungsverfahren stellt keine Fortsetzung des erstinstanzlichen Verfahrens dar, sondern ist nach der gesetzlichen Konzeption als eigenständiges Verfahren ausgestaltet (BGE 142 III 413 E. 2.2.1 m.H. a. Botschaft zur Schweizerischen ZPO, BBI 2006 S. 7374). Mit der Berufung kann eine unrichtige Rechtsanwendung und eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (vgl. Art. 310 ZPO). In der schriftlichen Berufungsbegründung (Art. 311

ZPO) ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten fehlerhaft ist bzw. an einem der genannten Mängel leidet. Das setzt (im Sinne einer von Amtes wegen zu prüfenden Eintretensvoraussetzung) voraus, dass der Berufungskläger die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnet, die er anfecht, sich argumentativ mit diesen auseinandersetzt und mittels genügend präziser Verweisungen auf die Akten aufzeigt, wo die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben wurden bzw. aus welchen Aktenstellen sich der geltend gemachte Berufungsgrund ergeben soll. Die pauschale Verweisung auf frühere Vorbringen oder deren blosser Wiederholung genügen nicht (vgl. BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 5A_247/2013 vom 15. Oktober 2013 E. 3.2; BGer 5A_751/2014 vom 28. Mai 2015 E. 2.1). Was nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen entsprechenden Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden; diese hat sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der Beanstandungen zu beschränken, die in der schriftlichen Begründung formgerecht gegen den erstinstanzlichen Entscheid erhoben werden (vgl. BGE 142 III 413 E. 2.2.4 m. w. H.; BGer 5A_111/2016 vom 6. September 2016 E. 5.3; BGer 4A_258/2015 vom 21. Oktober 2015 E. 2.4.3; BGer 4A_290/2014 vom 1. September 2014 E. 3.1 und E. 5). Insofern erfährt der Grundsatz "iura novit curia" (Art. 57 ZPO) im Berufungsverfahren eine Relativierung (BK ZPO I-HURNI, Art. 57 N 21 und N 39 ff.; GLASL, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 57 N 22).

2.4. Die Parteien machen im Berufungsverfahren teilweise Ausführungen zum Sachverhalt, ohne dabei auf die Erwägungen im angefochtenen Urteil oder auf ihre Parteibehauptungen im erstinstanzlichen Verfahren Bezug zu nehmen (act. 60 Rz. 6 ff; act. 70 Rz. 7, 9 ff.; act. 76 Rz. 2 ff.). Auf die entsprechenden Schilderungen, die den Begründungsanforderungen im Rechtsmittelverfahren nicht genügen, wird nachfolgend nicht näher einzugehen sein.

2.5. Gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO werden neue Tatsachen und Beweismittel (Noven) im Berufungsverfahren nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz

vorgebracht werden konnten. Art. 317 Abs. 1 ZPO regelt die Voraussetzungen, unter denen Noven ausnahmsweise vorgebracht werden können, abschliessend. Will eine Partei neue Tatsachen und/oder Beweismittel im Berufungsverfahren einführen, hat sie darzulegen, dass dies ohne Verzug erfolgt ist und weshalb es ihr trotz zumutbarer Sorgfalt nicht möglich gewesen war, die Tatsache und/oder das Beweismittel bereits vor erster Instanz vorzubringen (REETZ/HILBER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], ZPO Kommentar, 3. Aufl. 2016, Art. 317 N 44 f.; OGer ZH LB140014 vom 3. Juni 2014 E. III/2.).

3. Erwägungen der Vorinstanz

3.1. Die Vorinstanz hielt fest, die Parteien hätten einen Werkvertrag hinsichtlich der Erstellung einer Aussenisolation für das Ferienhaus des Beklagten in C._____ gegen Vergütung abgeschlossen. Strittig seien der genaue Inhalt des Vertrages und die Höhe der geschuldeten Vergütung. Auf den Vertrag sei aufgrund der übereinstimmenden Angaben der Parteien die SIA-Norm 118, Ausgabe 2013, anwendbar. Nach Auffassung der Klägerin sei am 29. April 2016 auf der Basis ihrer Offerte vom 7. April 2016 ein Werkvertrag zustande gekommen; die im Schreiben des Beklagten vom 8. Mai 2016 aufgeführten Punkte seien nicht vom Pauschalpreisvertrag umfasst. Demgegenüber vertrete der Beklagte den Standpunkt, sämtliche in seinem Bestätigungsschreiben vom 8. Mai 2016 erwähnten Arbeiten und Leistungen seien Gegenstand der Auftragserteilung zum pauschalen Werkvertrag von Fr. 76'000.– inkl. Mehrwertsteuer. Der Beklagte berufe sich als Beweismittel auf die Auftragsbestätigung vom 8. Mai 2016 (act. 12/2), ein Mail-schreiben von D._____ vom 12. Mai 2016 (act. 12/3) und ein Schreiben des E._____ [Verein] vom 15. Mai 2017 (act. 12/4).

3.2. Ausgehend vom Wortlaut des Schreibens des Beklagten vom 8. Mai 2016 (act. 3/5 = act. 12/2) erwog die Vorinstanz, dieses stelle eine Auftragsbestätigung bzw. -annahme dar und die darin aufgeführten Punkte seien vollumfänglich Vertragsbestandteil des Pauschalpreisvertrages geworden. Die empirische Vertragsauslegung ergebe, dass es anlässlich des Vertragsschlusses der übereinstimmende wirkliche Wille der Parteien gewesen sei, die im Schreiben vom 8. Mai 2016 aufgeführten Punkte zusätzlich zu den in der Offerte der Klägerin vom 7. Ap-

ril 2016 aufgeführten Leistungen Vertragsbestandteil des Pauschalpreisvertrages werden zu lassen. Da der übereinstimmende wirkliche Wille der Parteien habe bewiesen werden können, erübrige sich eine normative Auslegung. Allerdings hätte die Klägerin das Schreiben des Beklagten vom 8. Mai 2016 mit ihren Kenntnissen in der vorliegenden Situation als vernünftig und redlich handelnde Partei nach Treu und Glauben so verstehen müssen, dass der Beklagte die genannten Punkte zu Bestandteilen des Pauschalpreises habe machen wollen. Eine normative Auslegung hätte deshalb zum gleichen Ergebnis geführt.

3.3. Anschliessend befasste sich die Vorinstanz mit den von der Klägerin geltend gemachten Bestellungenänderungen im Gesamtbetrag von Fr. 9'215.10 exklusiv Mehrwertsteuer. Dazu hielt sie fest, die Klägerin sei für die von ihr geltend gemachten Regiearbeiten, welche sie im Rahmen von Bestelländerungen über den Pauschalpreisvertrag hinaus erbracht habe, beweispflichtig. Die Klägerin behauptete, die von ihr genannten Arbeiten seien weder von den Ausschreibungsunterlagen noch von ihrer Offerte vom 7. April 2016 umfasst. Sie habe es jedoch unterlassen, darzulegen, dass die von ihr aufgeführten Leistungen nicht Gegenstand des Bestätigungsschreibens des Beklagten vom 8. Mai 2016 gewesen seien. Da es der Klägerin nicht gelinge, nachzuweisen, dass sie über den Pauschalpreisvertrag hinausgehende Leistungen erbracht habe, könne die Frage offen gelassen werden, ob es ihr gelänge, die Vergütungspflicht des Beklagten an sie sowie die tatsächliche Höhe der durch den Beklagten zu vergütenden Leistungen (bzw. die Ansätze/Regietarife) inklusive die (zeitliche) Erforderlichkeit ihres Aufwandes zu beweisen.

3.4. In der Folge ging die Vorinstanz auf die von den Parteien am 11. April bzw. 11. Mai 2017 geschlossene Vereinbarung ein. Darin hätten die Parteien schriftlich vereinbart, dass der Beklagte der Klägerin den "geschuldeten und bereinigten" Betrag bezahle, sobald die aufgeführten Mängel durch die Klägerin behoben seien, wobei die Vorinstanz in der betreffenden Erwägung die Parteibezeichnungen offensichtlich verwechselte. Die Vorinstanz erwog dazu, der Klägerin gelinge es mit den von ihr als Beweismittel offerierten Dokumenten nicht, zu beweisen, dass sich der Beklagte mit dieser Vereinbarung verpflichtet habe, den Betrag von

Fr. 35'552.70 oder einen anderen bestimmbaren Betrag zu bezahlen. Da die Klägerin nicht beweisen könne, dass sich der Beklagte mit dieser Vereinbarung verpflichtet habe, ihr noch Fr. 35'552.70 oder einen anderen bestimmbaren Betrag zu bezahlen, erübrige es sich in diesem Zusammenhang auf die Frage der Vertragserfüllung, nämlich der Mängelbehebung, durch die Klägerin einzugehen.

3.5. Ausgehend vom vereinbarten Pauschalpreis von Fr. 76'000.– hielt die Vorinstanz weiter fest, aufgrund der Vereinbarung der Parteien schulde der Beklagte nach Abzug der Akontozahlung von Fr. 50'000.– die noch ausstehende Restforderung im Betrag von Fr. 26'000.–, sofern die Klägerin ihren Teil des Vertrages erfüllt habe. Die Parteien schienen implizit übereinstimmend davon auszugehen, dass der noch zu leistende Restbetrag erst nach Ablieferung bzw. Vollendung des Werkes geschuldet sei. Der Beklagte bestreite die vertragsgemässe Vollendung. Die Beweislast für die Erfüllung des geschlossenen Vertrages liege bei der Klägerin. Das Werk sei als vollendet zu betrachten, wenn die vertraglich vereinbarten Leistungen gemäss Angebot der Klägerin vom 7. April 2016 und Schreiben des Beklagten vom 8. Mai 2016 ausgeführt worden seien. Eine mängelfreie Ausführung werde nicht vorausgesetzt. Der Klägerin gelinge es mit den von ihr angerufenen Dokumenten (act. 3/6, 3/7 und 3/8) nicht, zu beweisen, dass sie alle im Schreiben vom 8. Mai 2016 vereinbarten Leistungen erbracht habe. Darüber hinaus würde dem Beklagten mit den von ihm eingereichten Schreiben (act. 12/9, act. 12/10 und 12/11) der Gegenbeweis gelingen, dass die Klägerin ihren Teil des Vertrages (noch) nicht erfüllt habe und er das Werk nicht angenommen habe. Auf die Zeugenbefragung der von der Klägerin offerierten Zeugen könne daher in antizipierter Beweiswürdigung verzichtet werden. Anzumerken sei, dass eine Ingebrauchnahme nur eine Vollendungsanzeige im Sinne der SIA-Norm 118 ersetzen könne. Ein nicht vollendetes Werk könne hingegen bereits definitionsgemäss nicht abgenommen werden und dementsprechend könne bei nicht erfolgter Ablieferung auch (noch) keine Vergütungspflicht bestehen. Zusammenfassend hielt die Vorinstanz fest, da die Klägerin nicht nachzuweisen vermöge, dass sie das vereinbarte Werk vollendet habe, sei ihre Werklohnforderung und damit die ausstehende Restforderung von Fr. 26'000.– noch nicht fällig. Dies führte zur vollumfänglichen Abweisung der Klage.

4. Vereinbarter Vertragsinhalt

4.1. Die Klägerin macht in der Berufung geltend, die Vorinstanz sei zu Recht davon ausgegangen, dem Beklagten obliege der Beweis dafür, dass die im Schreiben vom 8. Mai 2016 aufgeführten Zusatzarbeiten Bestandteil der Festpreisvergütung geworden seien. Hierfür sei der Regelbeweis zu erbringen. Ohne die Abnahme irgendwelcher Beweise sei die Vorinstanz zum offensichtlich falschen Schluss gekommen, die im Schreiben vom 8. Mai 2016 aufgeführten Arbeiten – insgesamt 16 zusätzliche bzw. präzisierende Punkte und Nachforderungen – seien Gegenstand der Auftragserteilung zum pauschalen Werkpreis von insgesamt Fr. 76'000.– geworden. Mit dem besagten Schreiben des Beklagten könne der Beweis des übereinstimmenden Willens der Parteien nicht bewiesen werden. Auf diesen Punkt habe sie in Ziff. 8 der Klageschrift ausdrücklich Bezug genommen, weshalb die Vorinstanz nicht von einem einheitlichen Parteiwillen hätte ausgehen dürfen. Wie in der Replik (Rz. 11) ausgeführt, handle es sich beim besagten Schreiben um eine blosser Offerte des Beklagten, selbst wenn diese Punkte im Rahmen des Gesprächs vom 29. April 2016 besprochen worden wären, was bestritten werde. Gerade weil die Punkte nur besprochen und nicht vereinbart worden seien, wäre eine explizite Zusage von F. _____ – einem gewöhnlichen Mitarbeiter der Klägerin ohne jegliche Zeichnungs- oder Abschlusskompetenzen – zu erwarten gewesen. Weil keine explizite Zusage erfolgt sei und weil in der Offerte vom 7. April 2016 Mehraufwendungen mit verschiedenen Stundenansätzen vorgesehen gewesen seien, habe der Beklagte nach Treu und Glauben nicht davon ausgehen dürfen, dass der Vertrag mit dem Inhalt des Schreibens vom 8. Mai 2016 abgeschlossen worden sei (act. 60 Rz. 10-14).

4.2. Ausgehend vom Wortlaut des Schreibens des Beklagten vom 8. Mai 2016 kam die Vorinstanz durch empirische Vertragsauslegung zum Schluss, die darin aufgeführten Punkte seien bereits anlässlich des Telefonats vom 29. April 2016 vereinbart worden und sie seien zusammen mit der schriftlichen Offerte der Klägerin vom 7. April 2016 Bestandteil des Pauschalpreisvertrages geworden. Eine Antwort der Klägerin auf das Schreiben des Beklagten vom 8. Mai 2016 liege nicht im Recht. Dieses Schreiben habe aber entgegen der Ansicht der Klägerin

keine neue Offerte dargestellt, sondern eine schriftliche Bestätigung des bereits mündlich geschlossenen Vertrages. Der Beklagte habe nach dem Versand dieses Schreibens an den seitens der Klägerin für die Vertragsverhandlungen zuständigen F. _____ nach Treu und Glauben auch ohne Antwort davon ausgehen dürfen, dass der Vertrag tatsächlich wie von ihm bestätigt geschlossen worden sei (act. 62 S. 39 f.).

4.3. Für den Abschluss eines Vertrages ist nach Art. 1 Abs. 1 OR die übereinstimmende gegenseitige Willensäusserung der Parteien erforderlich. Sie kann eine ausdrückliche oder stillschweigende sein (Art. 1 Abs. 2 OR). Durch den Werkvertrag verpflichtet sich ein Unternehmer zur Herstellung und Ablieferung eines Werkes und ein Besteller zur Bezahlung einer Vergütung (Art. 363 OR; GAUCH, Der Werkvertrag, 6. Aufl., 2019, N 379 ff.).

4.4. Das Zustandekommen eines Vertrages bestimmt sich wie sein Inhalt in erster Linie durch subjektive Auslegung, das heisst nach dem übereinstimmenden wirklichen Parteiwillen (Art. 18 Abs. 1 OR). Im Konsens- wie auch im Auslegungstreit hat das Gericht vorab zu prüfen, ob die Parteien sich tatsächlich übereinstimmend geäussert, verstanden und in diesem Verständnis geeinigt haben. Demnach hat das Gericht zunächst den wirklichen Willen der Parteien festzustellen, gegebenenfalls empirisch aufgrund von Indizien. Wenn der übereinstimmende wirkliche Parteiwille nicht ermittelt werden kann, sind die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie der jeweilige Erklärungsempfänger die Willensäusserung der andern Vertragspartei nach den gesamten Umständen nach Treu und Glauben verstehen durfte und musste (sog. objektivierte oder normative Auslegung; BGE 144 III 43 E. 3.3). Wird eine Übereinstimmung des inneren Willens der Parteien festgestellt, so ist dieser tatsächliche Konsens massgebend und es braucht nicht nach dem allfälligen Vorliegen und Inhalt eines normativen Konsenses gesucht zu werden. Nur wenn ein natürlicher Konsens fehlt oder unbewiesen bleibt, gelangt das Vertrauensprinzip zur Anwendung (BGer 4C.374/2001 vom 6. September 2002 E. 2.1).

4.5. Die Vorinstanz scheint bei der Ermittlung des Vertragsinhaltes die subjektive Vertragsauslegung mit der normativen Vertragsauslegung vermischt zu haben,

stützt sie doch ihre Schlussfolgerung auf den Grundsatz von Treu und Glauben ab, worauf die Klägerin zutreffend hinweist (act. 60 Rz. 14). Wenn das vom Beklagten verfasste Schreiben vom 8. Mai 2016 einen Beweis dafür darstellt, dass die Parteien am 29. April 2016 mündlich tatsächlich übereinstimmende Willenserklärungen ausgetauscht haben, bliebe kein Raum für die Anwendung des Vertrauensprinzips bzw. des Grundsatzes von Treu und Glauben. Das Vertrauensprinzip kommt wie ausgeführt nur zur Anwendung, wenn kein tatsächlicher Konsens vorliegt. Nachfolgend ist zu prüfen, was für einen Vertragsinhalt die Parteien vereinbart haben.

4.6. Die Parteien sind sich einig, dass sie anlässlich des Telefongesprächs vom 29. April 2016 mündlich einen Werkvertrag zu einem Pauschalpreis von Fr. 76'000.– abschlossen, in dem sich die Klägerin als Unternehmerin zur Anbringung einer Aussenisolation am Ferienhaus des Beklagten in C._____ verpflichtete und der Beklagte zur Bezahlung eines Pauschalpreises von Fr. 76'000.–. Uneinig sind sich die Parteien über die Leistungen, welche Inhalt der Pauschalpreisvereinbarung sind. Der Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, neben den in der Offerte der Klägerin vom 7. April 2016 enthaltenen Leistungen seien auch die von ihm im Schreiben vom 8. Mai 2016 aufgeführten Punkte Bestandteil der Pauschalpreisvereinbarung. Nach Auffassung der Klägerin vereinbarten die Parteien lediglich für die in ihrer Offerte vom 7. April 2016 aufgeführten Leistungen einen Pauschalpreis. Gestützt auf Art. 8 ZGB trägt der Beklagte die Beweislast für die von ihm vertretene Darstellung. Er offerierte zunächst das von ihm verfasste Schreiben vom 8. Mai 2016 als Beweismittel für seine Sachdarstellung (act. 3/5 = act. 12/2, nachfolgend act. 3/5).

4.7. Über die Beweiskraft eines unwidersprochen gebliebenen Bestätigungsschreibens ist sich die Lehre nicht einig. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID vertreten die Auffassung, das Bestätigungsschreiben habe lediglich die Funktion eines Beweismittels und bilde ein Indiz für den Inhalt des bestätigten Vertrages. Ein so verstandenes Bestätigungsschreiben könne durch Gegenbeweis entkräftet werden (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT Band I, 11. Aufl. 2020, N 1161). KOLLER schreibt dazu, ein unwidersprochen gebliebenes Bestätigungsschreiben stelle ei-

ne rechtliche Vermutung für den darin wiedergegebenen Vertragsinhalt dar. Ein unwidersprochen gebliebenes Bestätigungsschreiben habe eine Umkehr der Beweislast zur Folge: Während normalerweise derjenige, der einen vertraglichen Anspruch geltend mache, die Vereinbarung aus der sich der Anspruch ableite, zu beweisen habe, gelte bei Vorliegen eines Bestätigungsschreibens das Umgekehrte: Der Gegner habe zu beweisen, dass eine solche Vereinbarung nicht getroffen worden sei. In diesem Sinne könne das Bestätigungsschreiben nur durch den Beweis des Gegenteils entkräftet werden (KOLLER, OR AT, 4. Aufl. 2017, N 25.11).

4.8. Das Schreiben des Beklagten vom 8. Mai 2016 lautet wie folgt (act. 3/5):

Auftrag Aussendämmung: Ferienhaus G.____ / H.____ [Strasse] ... / C.____

Sehr geehrte Damen und Herren
Guten Tag F.____

Gerne bestätigen wir hiermit den am 29.4.2016 mündlich erteilten Auftrag auch noch schriftlich

Erstellen der kompletten Aussendämmung gemäss Vorgaben Systemhersteller inklusiv aller Vor-, Neben- und Nacharbeiten zum **pauschalen Festpreis von CHF 76'000,-** (inkl. MWST).

Basis ist die Ausschreibung bzw. Das Angebot vom 7.4.2016 und die diversen Besprechungen
Ausführung wie gesehen, gemessen und besprochen
Einige wichtige und vor allem am 29.4.2016 besprochene Punkte sind nachfolgend nochmals aufgeführt

- ▷ Diffusionsoffener Aufbau mit Steinwolle für das ganze Haus inkl. Dachgaube
- ▷ Aus Platzgründen beim Eingang Ost dünneres Material (noch in Abklärung)
- ▷ U-Wert muss die Voraussetzungen für öffentliche Fördergelder garantiert erfüllen
- ▷ Untergrund verputztes Bruchsteinmauerwerk
- ▷ Inklusiv zweitem Anstrich und Gerüst
- ▷ Deckputz wird noch bemustert, Stiel eher "rustikal" ähnlich "I.____-Haus"
- ▷ Sockelbereich mit Feuchtigkeitssperre bis min. 50cm ins Erdreich
- ▷ Mauervorsprung Nordfassade wird schräg ausgeführt
- ▷ Einlagen für Ladenrückhalter, Lampen, Fallrohre, Balkone/Geländer (Balkonträger durch Schreiner) usw.
- ▷ Durchführungen Dampfzug, Kabel, Schalter, usw.
- ▷ Zurückschneiden alter Fensterbank bauseits/Schreiner
- ▷ Dichtfolie unter neuem Fensterbank bauseits/Schreiner wird bis Aussenkante Fassade geführt
- ▷ Fensterfutter mit Bank und unterer Folie bauseits/Schreiner vorgängig
- ▷ Ausnahme: Haustüre West in verputzter Ausführung mit schrägen Leibungen
- ▷ Dichter und dauerelastischer Anschluss an bestehendes Bauwerk und Fensterfutter
- ▷ Verkleidungen Fenster bauseits/Schreiner
- ▷ Dichter Anschluss mit Deckputz an Fenster-Verkleidungen und -Bank

4.9. Mit diesem Schreiben bestätigte der Beklagte den Inhalt des mündlich, anlässlich der telefonischen Besprechung vom 29. April 2016 abgeschlossenen Vertrags aus seiner Sicht. Unabhängig von den erwähnten unterschiedlichen dogma-

tischen Auffassungen zur Beweiskraft eines Bestätigungsschreibens ist unter den gegebenen Umständen zu beachten, dass dieses Schreiben seitens der Klägerin unwidersprochen blieb. Dem Schreiben des Beklagten lässt sich ohne weiteres entnehmen, dass die aufgeführten, am 29. April 2016 besprochenen Punkte für ihn wichtig und für ihn Bestandteil des Werkvertrages und damit der Pauschalpreisvereinbarung im Betrag von Fr. 76'000.– inkl. Mehrwertsteuer sind. Die Klägerin legt nicht nachvollziehbar dar, wie sie den Inhalt des Schreibens – anders als vom Beklagten gemeint – verstanden haben will. Sie erklärt auch nicht, weshalb aus ihrer Sicht keine Antwort bzw. keine Bestreitung der aufgeführten Punkte notwendig gewesen sei. Der Hinweis, "besprochen" heisse nicht "vereinbart", ist unbehelflich, zumal der Beklagte im Schreiben ausdrücklich festhielt, Basis seien die Offerte und die diversen *Besprechungen*, wobei er die unmissverständliche Klausel "Ausführungen wie gesehen, gemessen und *besprochen*" verwendete (act. 3/5 = act. 12/2; *kursive Schrift hinzugefügt*). Die Klägerin stellt nicht in Abrede, dass die vom Beklagten aufgeführten Punkte unter den Parteien tatsächlich besprochen wurden. Sie bringt auch keine Tatsachen und Beweismittel vor, mit denen sie die Darstellung des Beklagten (ob nun im Sinne eines Gegenbeweises oder als Beweis des Gegenteils) widerlegen könnte. Die Klägerin bestreitet auch die Feststellung der Vorinstanz nicht, F._____ habe – wie vom Beklagten behauptet und durch die Akten dokumentiert – seitens der Klägerin die Vertragsverhandlungen geführt (act. 62 S. 40). Folglich ist ihr Hinweis, bei F._____ handle es sich um einen gewöhnlichen Mitarbeiter ohne jegliche Zeichnungs- oder Abschlusskompetenzen, unbehelflich. Damit ist mit dem genannten Schreiben bewiesen, dass die Parteien am 29. April 2016 mündlich einen Vertrag mit dem vom Beklagten behaupteten Inhalt abschlossen. Der Vollständigkeit halber ist auf die weiteren, vom Beklagten offerierten Beweismittel einzugehen.

4.10. Als weitere Beweismittel für seine Sachdarstellung offerierte der Beklagte die E-Mail von D. _____ vom 12. Mai 2016 (act. 12/3), das Schreiben des E. _____ (E. _____) vom 15. März 2017 (act. 12/4) sowie die Parteiaussage bzw. seine rich-

Sehr geehrter Herr B. _____

Vielen Dank für den Auftrag Aussendämmung an Ihrem Haus in C. _____

Herr F. _____ ist noch bis Dienstag, 17.05.2016 in den Ferien.
Er wird dann ein Angebot für den Innenputz in Ihrer Wohnung machen.

Vielen Dank für Ihre Anfrage.

Freundliche Grüsse

D. _____

terliche Befragung (act. 10 S. 3). Die E-Mail von D. _____ vom 12. Mai 2016 hat folgenden Wortlaut (act. 12/3):

4.11. Nach Auffassung der Vorinstanz kommt dieser Bestätigung keine rechtliche Bedeutung zu, gleichwohl bestätige sie wiederum in geradezu offensichtlicher Art und Weise, dass der Vertrag wie vom Beklagten ausgeführt geschlossen worden sei (act. 62 S. 40). Diese Erwägungen – auch darauf weist die Klägerin zu Recht hin (act. 60 Rz. 16) – sind nicht schlüssig. Der besagten E-Mail ist zu entnehmen, dass auch die Klägerin davon ausging, dass zwischen den Parteien ein Vertrag über die Aussendämmung zustande gekommen war. Zu dessen genauen Inhalt lässt sich der E-Mail aber nichts entnehmen. Insbesondere nimmt D. _____ weder auf das Schreiben des Beklagten vom 8. Mai 2016 noch auf die mündliche Besprechung der Parteien vom 29. April 2016 Bezug. Demnach lässt sich aus der E-Mail von D. _____ vom 12. Mai 2016 nichts zugunsten der beklagtischen Sachdarstellung entnehmen. Damit braucht nicht geklärt zu werden, ob D. _____ zur Vertretung der Klägerin befugt war.

4.12. Weiter beruft sich der Beklagte auf das Schreiben des E. _____ vom 15. März 2017 (act. 12/4). Darin wird ausgeführt, mit der Auftragsbestätigung vom 8. Mai 2016 habe der Beklagte den aufgrund des Angebots vom 7. April 2016 bereits am 29. April 2016 mündlich erteilten Auftrag zur Erstellung einer VAWD "gemäss Vorgaben Systemhersteller" zu einem Pauschalpreis von CHF 76'000.00

(inkl. MWST) bestätigt. Inwiefern sich aus diesem Schreiben etwas zum vereinbarten Vertragsinhalt ableiten lässt, ist nicht ersichtlich.

4.13. Die antizipierte Beweiswürdigung erlaubt es dem Gericht, Beweismittel abzulehnen, wenn es in Anwendung von Art. 157 ZPO zum Schluss kommt, (weitere) Beweismassnahmen vermöchten an seiner bereits feststehenden Überzeugung nichts mehr zu ändern (BK ZPO-BRÖNNIMANN, Art. 152 N 33 ff.). Im Sinne einer antizipierten Beweiswürdigung ist festzuhalten, dass sich angesichts des Schreibens des Beklagten vom 8. Mai 2016 dessen Parteiaussage bzw. dessen persönliche Befragung erübrigt.

4.14. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Beklagte mit dem seitens der Klägerin unwidersprochen gebliebenen Bestätigungsschreiben den Beweis erbringen kann, dass zwischen den Parteien am 29. April 2016 mündlich ein Vertrag abgeschlossen wurde mit dem Inhalt, dass neben den in der Offerte der Klägerin vom 7. April 2016 aufgeführten Leistungen auch die vom Beklagten im Schreiben vom 8. Mai 2016 im Einzelnen aufgeführten Punkte Bestandteil des Pauschalpreises von Fr. 76'000.– (inkl. Mehrwertsteuer) sind.

4.15. Selbst wenn dem Schreiben des Beklagten vom 8. Mai 2016 entgegen den vorstehenden Erwägungen nicht entscheidende Beweiskraft zukäme, würde das Schweigen der Klägerin nach Massgabe der nachfolgenden Erwägungen rechtliche Konsequenzen zeitigen.

5. Konstitutive Wirkung des Bestätigungsschreibens

5.1. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann einem unwidersprochen gebliebenen Bestätigungsschreiben im kaufmännischen Verkehr rechtserzeugende Kraft mit konstitutiver Wirkung zukommen. Das Bundesgericht leitet diese Wirkung aus einer analogen Anwendung von Art. 6 OR ab (BGE 100 II 22 E. 3a; 114 II 250 E. 2a; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, a.a.O., N 1162 ff.). Die rechtserzeugende Kraft des kaufmännischen Bestätigungsschreibens kann sich aus dem "Grundsatz der Vertrauenshaftung ergeben, welcher sich der Empfänger aussetzt, wenn er schweigt, obschon er an sich allen Anlass hätte, dem Schreiben zu wi-

dersprechen." Keine konstitutive Wirkung hat das Bestätigungsschreiben indes-
sen, wenn es "vom Verhandlungsergebnis derart abweicht, dass nach Treu und
Glauben nicht mehr mit dem Einverständnis des Empfängers gerechnet werden
darf." Dies beurteilt sich nach einem objektiven Massstab (BGE 123 III 35
E. 2c/aa; 114 II 250 E. 2a). Dieser Vertrauensschutz des Absenders setzt ent-
sprechend voraus, dass die Parteien über den bestätigten Vertrag überhaupt ver-
handelt haben und das Bestätigungsschreiben unmittelbar nach Abschluss der
Verhandlungen dem Empfänger zugesandt wird.

5.2. Der Beklagte vertritt die Ansicht, die Vorinstanz habe zutreffend festge-
stellt, dass die im Schreiben vom 8. Mai 2016 zusätzlich erwähnten Arbeiten zum
Gegenstand der Auftragserteilung gehörten und in der Pauschale enthalten seien.
Das Schreiben sei klar und unmissverständlich als Bestätigungsschreiben zuge-
stellt worden und von der Klägerin unwidersprochen geblieben. Aufgrund der
rechtserzeugenden Wirkung des Bestätigungsschreibens habe es einer (zusätzli-
chen) Willensäusserung oder gar einer Annahme der Klägerin nicht bedurft. Die
Geltendmachung der fehlenden Zeichnungs- oder Abschlusskompetenzen von
F._____ durch die Klägerin sei rechtsmissbräuchlich, nachdem die Korrespon-
denz und die übrigen Kontakte zwischen den Parteien ausschliesslich über ihn
gelaufen seien (act. 70 Rz. 10 ff.).

5.3. Die Klägerin sieht in den Ausführungen des Beklagten zum kaufmänni-
schen Bestätigungsschreiben ein unzulässiges Novum. Darüber hinaus vertritt sie
die Auffassung, es liege kein kaufmännischer Verkehr vor, da die in Auftrag ge-
gebenen Arbeiten nicht die umsatzbezogene Tätigkeit des Beklagten betreffe.
Entsprechend sei die vom Beklagten zitierte bundesgerichtliche Rechtsprechung
nicht einschlägig (act. 76 Rz. 34 ff.).

5.4. Bei der Frage, ob dem Schreiben vom 8. Mai 2016 konstitutive Wirkung
zukommt, handelt es sich um eine Rechtsfrage (vgl. BGE 114 II 250 E. 2a). Das
Gericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO). Soweit sich die
Parteien im Berufungsverfahren zu Rechtsfragen äussern, fallen ihre Ausführun-
gen nicht in den Anwendungsbereich von Art. 317 Abs. 1 ZPO (REETZ/HILBER,
a.a.O., Art. 317 N 31).

5.5. Die Parteien schlossen am 29. April 2016 mündlich einen Vertrag über die Erstellung einer Aussenisolation an der Liegenschaft des Beklagten in C._____ zum Pauschalbetrag von Fr. 76'000.– ab. Bei der Klägerin handelt es sich um eine Bauunternehmung. Sie war Empfängerin des vom Beklagten verfassten Bestätigungsschreibens, weshalb auf sie die Regeln des kaufmännischen Verkehrs anwendbar sind. Seitens der Klägerin liegen keine Behauptungen vor, weshalb die vom Beklagten im Schreiben vom 8. Mai 2016 aufgeführten Punkte derart vom mündlich geschlossenen Vertrag abwichen, dass ihr Schweigen nach Treu und Glauben nicht als Einverständnis verstanden werden kann. Sie legt auch nicht konkret dar, welche vom Beklagten aufgeführten Punkte in ihrer Offerte vom 7. April 2016 nicht enthalten waren bzw. von den Parteien explizit als Regiearbeiten bezeichnet worden seien. Es ist nicht ersichtlich und die Klägerin macht dies auch nicht geltend, dass der Einschluss der aufgeführten Punkte zu einer erheblichen Beeinträchtigung ihrer Interessen führt bzw. weshalb der Beklagte unter den gegebenen Umständen eine Gegenbestätigung ihrerseits hätte erwarten müssen. Auch in zeitlicher Hinsicht – die mündliche Vereinbarung datiert vom 29. April 2016, das Bestätigungsschreiben vom 8. Mai 2016 – spricht nichts gegen die konstitutive Wirkung des Schreibens. Demnach wäre selbst für den Fall, dass eine tatsächliche Einigung der Parteien im Sinne des vom Beklagten vertretenen Inhalts unbewiesen geblieben wäre, von einem entsprechenden normativen Vertragsinhalt auszugehen.

5.6. Zum Inhalt des Schreibens vom 8. Mai 2016 ist präzisierend festzuhalten, dass der Beklagte nicht bzw. nicht substantiiert behauptet, die Parteien hätten übereinstimmende wirkliche Willensäusserungen ausgetauscht, dass alle Vor-, Neben- und Nacharbeiten Bestandteil der Pauschalpreisvereinbarung seien. Mangels behaupteter tatsächlich übereinstimmender Willenserklärungen kommt deshalb das Vertrauensprinzip zum Zug. Die im besagten Schreiben verwendete Formulierung "inklusive aller Vor-, Neben- und Nacharbeiten" (act. 3/5) kann bzw. muss nach Treu und Glauben nicht so verstanden werden, dass Arbeiten, die weder in der Offerte der Klägerin vom 7. April 2016 (act. 3/4) noch im Schreiben selbst ausdrücklich aufgeführt sind, vom Pauschalpreis umfasst sind.

5.7. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Schlussfolgerung der Vorinstanz, wonach die im Schreiben des Beklagten vom 8. Mai 2016 aufgeführten Punkte Bestandteil des von den Parteien vereinbarten Pauschalpreises im Betrag von Fr. 76'000.– (inkl. Mehrwertsteuer) sind, im Ergebnis zu bestätigen ist.

6. Vergütung für Zusatzarbeiten

6.1. Nach den vorstehenden Erwägungen schuldet der Beklagte der Klägerin für die Erstellung der Aussenfassade den Pauschalpreis von Fr. 76'000.– (inkl. Mehrwertsteuer) bzw. nach Abzug der geleisteten Akontozahlung Fr. 26'000.– (inkl. Mehrwertsteuer). Darüber hinaus macht die Klägerin eine Vergütung von Fr. 9'215.10 zuzüglich Mehrwertsteuer für Zusatzarbeiten geltend, welche durch Beststellungsänderungen entstanden sein sollen.

6.2. Die Vorinstanz hielt hierzu fest, die Klägerin mache insgesamt neun Beststellungsänderungen geltend, wobei ihrer Darstellung zufolge die Regieansätze im Werkvertrag bereits verbindlich festgelegt worden seien. Den Standpunkt der Klägerin gab die Vorinstanz zusammengefasst wie folgt wieder: Dass die Beststellungsänderungen nicht vom Pauschalpreis umfasst seien, ergebe sich aus den detaillierten, vom Beklagten erstellten Ausschreibungsunterlagen und der darauf basierenden Offerte, da die bezeichneten Arbeiten in beiden Dokumenten nicht aufgelistet seien. Gemäss Klägerin habe der Beklagte die Beauftragung mit diesen Zusatzarbeiten nie in Abrede gestellt. Den Standpunkt des Beklagten gab die Vorinstanz so wieder: Es habe keinerlei Beststellungsänderungen gegeben, weshalb die Klägerin keinen Anspruch auf eine entsprechende Entschädigung habe. Sämtliche Arbeiten, welche die Klägerin in Regie verrechnet haben wolle, seien im Pauschalpreis von Fr. 76'000.– inkludiert. Der Beklagte bestreite in seinem zweiten Vortrag nicht die Ausführung der Arbeit gemäss dem von allem Anfang an in Auftrag gegebenen Bestätigungsschreiben vom 8. Mai 2016, sondern deren Qualifikation als Zusatzarbeiten. Ausgehend von den dargelegten Parteistandpunkten stellte die Vorinstanz fest, die Parteien seien sich nicht einig, ob Arbeiten geleistet worden seien, die über den vereinbarten Pauschalpreisvertrag hinausgingen. Die Klägerin trage für ihre Behauptung, über den Pauschalpreisvertrag hinausgehende Leistungen erbracht zu haben, die Beweislast. Sie behaupte le-

diglich, die genannten Arbeiten seien weder von den Ausschreibungsunterlagen noch von der darauf basierenden Offerte vom 7. April 2016 umfasst. Mit der Frage, ob die behaupteten Zusatzarbeiten Gegenstand des Schreibens vom 8. Mai 2016 gewesen seien, setze sich die Klägerin nicht auseinander. Da es der Klägerin folglich nicht gelinge nachzuweisen, dass sie überhaupt über den Pauschalpreisvertrag hinausgehende Leistungen erbracht habe, könne offen bleiben, ob es ihr in einem zweiten Schritt gelingen würde, die Vergütungspflicht des Beklagten und die Höhe der zu vergütenden Leistungen (bzw. Ansätze/Regietarife) inklusive die (zeitliche) Erforderlichkeit ihres Aufwandes zu beweisen (act. 62 S. 43 ff.).

6.3. Auf die Beanstandungen der Klägerin, welche auf ihrer Auffassung basieren, dass die im Schreiben vom 8. Mai 2016 erwähnten Arbeiten nicht im Pauschalpreis inkludiert seien, ist an dieser Stelle unter Verweis auf die vorstehenden Erwägungen (vgl. E. 5.7) nicht mehr einzugehen. Die Klägerin macht darüber hinaus geltend, sie habe in der Klageschrift im Einzelnen sowie substantiiert ausgeführt, dass der Beklagte sie fortlaufend mit zusätzlichen, in der ursprünglichen Offerte nachweislich nicht enthaltenen Aufträgen beauftragt habe. Der Beklagte habe in der Klageantwort und in der Duplik einzig bestritten, dass Baumeisterarbeiten erbracht worden seien, die nicht unter den Pauschalpreis gemäss Werkvertrag gefallen seien. Dass überhaupt Arbeiten (Grundleistungen) bzw. die weiteren Zusatzarbeiten (Mehrleistungen) erbracht worden seien, sei vom Beklagten nicht bestritten worden. Die zusätzlichen Arbeiten, welche vom Beklagten entsprechend dem Schreiben vom 8. Mai 2016 gefordert würden, seien unbestrittenermassen nicht ausgeführt worden. Hierfür fordere sie auch keinen Werklohn. Die Höhe der mit der Offerte vom 7. April 2016 vereinbarten Regieansätze für Arbeiten nach Aufwand sei genauso unbestritten geblieben wie die Ausführung der besagten Arbeiten. Der Beklagte habe lediglich generell bestritten, sie mit den von ihr behaupteten Leistungen beauftragt zu haben, ohne im Detail auszuführen, welche Leistungen er angeblich nicht bestellt habe und welche nicht ausgeführt worden seien (act. 60 Rz. 22-25). Die Klägerin verweist in der Berufungsschrift auf ihre Ausführungen in den Rz. 22 bis 30 der Klagebegründung, wo sie jede in den Positionen 1 bis 12 der Schlussrechnung aufgelistete Zusatzarbeit begründet habe (a.a.O. Rz. 26-34). Der Beklagte habe durchs Band behauptet, diese Leis-

tungen seien Bestandteil der unter den Pauschalpreis von Fr. 76'000.– fallenden Leistungsvereinbarung. Er habe weder die Aufwendungen, deren Notwendigkeit noch die verrechneten Kosten sowie deren Angemessenheit bestritten. Folglich seien die Positionen 1, 2, 3, 4, 5, 9, 10, 11 und 12 der Schlussrechnung unbestritten geblieben und damit anerkannt worden. Die Vorinstanz habe diese Aufwendungen in völlig willkürlicher Weise gar nicht erst geprüft, weil sie der Meinung gewesen sei, dass nicht einmal die Ausführung der Grundleistungen nachgewiesen sei (a.a.O. Rz. 35-38).

6.4. Der Beklagte bringt vor, gemäss dem unwidersprochen gebliebenen Bestätigungsschreiben vom 8. Mai 2016 seien sämtliche zur Diskussion stehenden Leistungen im Pauschalpreis inkludiert. Er habe keinerlei zusätzliche, von der Auftragserteilung gemäss Bestätigungsschreiben vom 8. Mai 2016 nicht erfasste Arbeiten in Auftrag gegeben. Er habe auch nie bestritten, dass zumindest ein Teil der im Bestätigungsschreiben vom 8. Mai 2016 unter "wichtige Punkte" aufgeführten Leistungen erbracht worden seien, wenn auch stark mangelbehaftet. Sämtliche von der Klägerin als Zusatzleistung in Rechnung gestellten Leistungen seien entweder als "Vor-, Neben- oder Nacharbeit" zu qualifizieren, welche gemäss Bestätigungsschreiben vom 8. Mai 2016 zum festen Pauschalpreis zu erbringen gewesen seien (z.B. Gerüst, Aushub etc.), oder stellten unter "wichtige Punkte" aufgeführte und zum Pauschalpreis geschuldete Arbeiten dar. Die Klägerin übersehe geflissentlich, dass sie zu diversen Positionen gemäss "wichtige Punkte" eine Unternehmervariante zur Ausführung gebracht habe (act. 70 Rz. 23 f.).

6.5. Auf eine Mehrvergütung hat der Unternehmer Anspruch, wenn es sich um eine vereinbarte oder einseitige Beststellungsänderung handelt. Nach der allgemeinen Regel von Art. 8 ZGB hat derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet. Mit der Beweislast geht grundsätzlich die Behauptungs- und Substantiierungslast einher. Dabei bestimmt das materielle Recht, wie weit ein Sachverhalt zu substantieren ist, damit er unter dieses subsumiert werden kann. Tatsachenbehauptungen müssen so konkret formuliert sein, dass ein substantiiertes Bestreiten möglich ist oder der Gegenbeweis angetreten werden kann. Die inhaltliche Tragweite der Substantiierungslast

hängt auch vom prozessualen Verhalten der Gegenseite ab. Bestreitet der Prozessgegner das an sich schlüssige Vorbringen der behauptungsbelasteten Partei, kann diese gezwungen sein, die rechtserheblichen Tatsachen nicht nur in den Grundzügen, sondern so umfassend und klar darzulegen, dass darüber Beweis abgenommen werden kann (BGer 4A_169/2011 vom 19. Juli 2011 E. 6.2 m.H.). Genügend substantiierte Behauptungen sind von der Gegenseite genügend substantiiert zu bestreiten. Je detaillierter ein Parteivortrag ist, desto konkreter muss die Gegenpartei erklären, welche Tatsachen sie bestreitet (BGer 4A_281/2017 vom 22. Januar 2018 E. 4.3). Mangels genügender Behauptungen bzw. Bestreitungen besteht vorbehältlich Art. 153 ZPO kein Raum für eine Beweisabnahme. Das Beweisverfahren dient also nicht dazu, fehlende Behauptungen zu ersetzen oder zu ergänzen, sondern setzt solche vielmehr voraus (BGE 144 III 67 E. 2.1).

6.6. Mit der Vorinstanz ist davon auszugehen, dass die Klägerin die Behauptungs- und Beweislast dafür trägt, dass sie über den Pauschalpreis hinausgehende Zusatzleistungen erbracht hat. Die Klägerin weist in der Berufung (act. 60 Rz. 23 ff.) zu Recht darauf hin, dass sie an den angegebenen Stellen in der Klagebegründung detaillierte Behauptungen zu den einzelnen in der Schlussrechnung geltend gemachten Zusatzaufträgen aufgestellt hat (act. 60 Rz. 23 ff.): Position 5 in act. 1 Rz. 22, Position 1 in act. 1 Rz. 23, Position 3 in act. 1 Rz. 24, Position 2 in act. 1 Rz. 25, Position 9 in act. 1 Rz. 26, Position 10 in act. 1 Rz. 27, Position 12 in act. 1 Rz. 28, Position 4 in act. 1 Rz. 29 und Position 11 in act. 1 Rz. 30. An den genannten Stellen legte die Klägerin die Umstände dar, unter denen sie die Zusatzaufträge ausgeführt hat. Aus ihren Schilderungen geht ohne weiteres hervor, dass diese Arbeiten nach Auffassung der Klägerin nicht im Voraus vereinbart waren, sondern im Laufe der Ausführung zum Thema wurden und entsprechend nicht Bestandteil der Pauschalpreisvereinbarung sein können. Nach Massgabe der vorstehenden Erwägungen kommt die Beweislast erst zum Tragen, wenn den Behauptungen der behauptungs- und beweisbelasteten Partei substantiierte Bestreitungen entgegenstehen. Die Vorinstanz stellte vorliegend auf die folgenden Bestreitungen des Beklagten ab: Er habe keinerlei Beststellungsänderungen aufgegeben und während der Ausführung seien zu keinem Zeitpunkt irgendwelche Mehrleistungen angekündigt worden, auch nie ein Nachtrag oder Regierapport

zur Unterzeichnung vorgelegt worden (act. 10 Rz. 3). Die Ausführung der von allem Anfang an gemäss Bestätigungsschreiben vom 8. Mai 2016 in Auftrag gegebenen Arbeiten werde nicht bestritten, sondern lediglich dass es sich dabei um Zusatzarbeiten handle (act. 29 Rz. 16a). Es seien keine Zusatzarbeiten bestellt, bestätigt oder gar offeriert worden; sämtliche Arbeiten seien im pauschalen Angebot inkludiert worden (act. 29 Rz. 38). In der Berufungsantwort macht der Beklagte Ausführungen zu den von der Klägerin geltend gemachten Zusatzarbeiten, ohne auf seine diesbezüglich im erstinstanzlichen Verfahren aufgestellten Behauptungen Bezug zu nehmen (act. 70 Rz. 24 ff., insbes. 27 ff.). Soweit es sich bei seinen Angaben zu den einzelnen Zusatzarbeiten um neu im Berufungsverfahren aufgestellte Behauptungen handeln sollte, hätte der Beklagte für jede einzelne, neu geltend gemachte Tatsache darlegen müssen, dass die Zulässigkeitsvoraussetzungen für das Vorbringen von unechten Noven in zeitlicher und inhaltlicher Hinsicht erfüllt sind (vgl. vorstehende E. 2.5). Dies tut er nicht, weshalb auf seine entsprechenden Ausführungen in der Berufungsantwort (act. 70 Rz. 27 ff.) nicht näher einzugehen ist. Entsprechend erübrigt sich auch eine Auseinandersetzung mit den diesbezüglichen Behauptungen der Klägerin im Berufungsverfahren (act. 76).

6.7. Wie erwähnt schildert die Klägerin zu jeder einzelnen Position, wie es zu den Zusatzaufträgen gekommen sein soll (act. 1 Rz. 22-30). Entgegen der Vorinstanz lassen sich die substantiierten Behauptungen der Klägerin nicht einfach mit dem Hinweis bestreiten, die betreffenden Leistungen seien im Pauschalpreis inbegriffen. Vielmehr wäre der Beklagte angesichts der detaillierten Behauptungen der Klägerin gehalten gewesen, ebenfalls konkret darzutun, dass die betreffende Leistung Bestandteil der Pauschalpreisvereinbarung ist. Dabei hätte er darzutun müssen, unter welche Leistungseinheit gemäss Offerte der Klägerin vom 7. April 2016 oder gemäss seinem Schreiben vom 8. Mai 2016 die von der Klägerin geltend gemachte Zusatzarbeit falle. Der Beklagte äussert sich zwar sowohl in der Klageantwort (act. 10 Rz. 16-24) wie auch in der Duplik (act. 29 Rz. 28-37) zu jeder einzelnen Zusatzposition. Dabei beschränkt er sich bei den Position 1, 2, 3, 4, 5 und 11 – abgesehen von den von ihm geltend gemachten Mängeln – auf den unsubstantiierten Einwand, die betreffende Position sei im Pauschalpreis enthal-

ten. Damit kommt er den Anforderungen an die Bestreitungslast in diesen Punkten nicht nach. Mangels substantiierter Bestreitungen des Beklagten ist somit bezüglich der folgenden Positionen von der Sachdarstellung der Klägerin auszugehen, wonach es sich um Zusatzarbeiten handelt:

Position	Zusätzlich ausgeführte Arbeit	Totalbetrag gemäss Schlussrechnung
1	Schwerlastkonsolen Balkon	Fr. 1'846.–
2	Schwerlastkonsolen Antenne	Fr. 613.50
3	Fundament Balkonpfosten	Fr. 856.50
4	Fundament Dach	Fr. 446.–
5	Aushub und Drainage	Fr. 3'345.60

Als Zwischenfazit ist festzuhalten, dass mangels substantiierter Bestreitungen des Beklagten Zusatzaufträge im Betrag von Fr. 7'107.60 gesondert zu vergüten sind.

6.8. Im Zusammenhang mit den Positionen 9 "Abluftrohrverlängerung", 10 "Gerüst aufstellen", 11 "Betonvordächer Abspitzen" und 12 "Gerüst Demontieren und Abtransport" macht der Beklagte konkret geltend, diese Zusatzleistungen seien gestützt auf sein Schreiben vom 8. Mai 2016 Bestandteil der Pauschalpreisvereinbarung geworden (act. 10 Rz. 20 und 24; act. 29 Rz. 33, 34 und 35; vgl. auch act. 70 Rz. 30 ff.). Nachfolgend ist deshalb auf die Behauptungen der Parteien zu diesen Zusatzarbeiten näher einzugehen.

6.8.1. Den Betrag von insgesamt Fr. 50.– für die Position 9 begründet die Klägerin in der Klage damit, dass sie vom Beklagten gebeten worden sei, zwei bestehende Abluftrohre an der Fassade zu verlängern. Diese Kosten für Arbeit und Material, eine Pauschale von Fr. 25.– pro Rohrverlängerung, seien nicht im pauschalen Werkpreis und im Leistungsverzeichnis erfasst worden (act. 1 Rz. 26). In der Republik macht sie geltend, ohne ihr Akzept habe der Beklagte nicht einseitig irgendwelche Leistungen zum Vertragsbestandteil machen können. Diese Position sei im ursprünglichen Leistungsverzeichnis nicht enthalten gewesen (act. 24 Rz. 33). Diese Darstellung wird vom Beklagten bestritten mit der Behauptung, die Abluftrohre seien (wie vieles andere auch) in der zunächst mündlichen und danach

schriftlich bestätigten Auftragserteilung unter der Position "Durchführungen, Dampfabzug, Kabel, Schalter" enthalten gewesen (act. 10 Rz. 20; act. 29 Rz. 33).

Wie dargelegt, wurden die im Schreiben vom 8. Mai 2016 explizit aufgeführten Positionen Bestandteil der Pauschalpreisvereinbarung (vgl. vorstehend E. 5.7). Im besagten Schreiben führte der Beklagte eine Position "Durchführungen Dampfabzug, Kabel, Schalter, usw." auf. Die Klägerin bestreitet nicht substantiiert, dass es sich bei der Abluftrohrverlängerung um eine solche Durchführung handelt. Entsprechend ist von der Darstellung des Beklagten auszugehen, wonach die Position Abluftrohrverlängerung im Pauschalpreis inbegriffen ist. Der Klägerin steht für diese Position im Betrag von Fr. 50.– damit keine Zusatzvergütung zu.

6.8.2. Zu den Positionen 10 und 12 (Baugerüst aufstellen, demontieren und abtransportieren) führt die Klägerin in der Klagebegründung aus, da sie über die erforderlichen Fachpersonen verfüge, sei sie vom Beklagten damit beauftragt worden, ein Gerüst für den Dachdecker auf- und zur Verfügung zu stellen und dieses nach Beendigung der entsprechenden Arbeiten auf dem Dach wieder zu demontieren. Der Gerüstbauer habe für das Aufstellen 3.5 Stunden benötigt, er sei hierbei von einer Hilfsperson unterstützt worden, welche ihrerseits insgesamt 8.0 Stunden aufgewendet habe. Die Gerüstmiete sei mit pauschal Fr. 150.– fakturiert worden. Dieser im Grundvertrag nicht enthaltene Zusatzaufwand sei in der Schlussrechnung in Position 10 mit insgesamt Fr. 1'138.– verrechnet worden. Für die Demontage und den Rücktransport des Materials habe der Gerüstbauer 3.0 Stunden und die Hilfsperson weitere 3.0 Stunden verwendet. Für den Abtransport des Materials sei der Lieferwagen für eine Stunde zu Fr. 138.– benötigt worden. Diese zusätzlichen Kosten seien in Position 12 der Schlussrechnung mit Fr. 657.– verrechnet worden (act. 1 Rz. 27 und 28). In der Replik erklärt die Klägerin, die zusätzlichen Gerüstungen für das Bauprojekt, welche bis zum Dach reichen sollten und damit über drei Meter hoch hätten sein müssen, wären gemäss Position 046.100 des Leistungsverzeichnisses bauseits zu erstellen gewesen. Im Werkvertrag seien gemäss Position 981.101 lediglich die Gerüstungen für die Aussenisolation bis zu einer Höhe von zwei Metern enthalten. Die zusätzlichen Gerüstungen habe sie im Auftrag des Beklagten aufstellen müssen. Der Beklagte räume auch

ein, dass sie das ganze Haus eingerüstet habe. Ausschreibungspläne hätten zu keinem Zeitpunkt Bestandteil des Werkvertrages der Parteien gebildet, zumal im Leistungsverzeichnis an keiner Stelle auf solche verwiesen worden sei. Mangels anderweitiger Hierarchieregelungen gingen der Werkvertrag und das Leistungsverzeichnis ohnehin einem möglichen Planwerk vor. Da die Pläne nicht zu den Vertragsbestandteilen gehörten, komme auch Art. 21 Abs. 1 SIA-Norm 118 nicht zur Anwendung. Der Beklagte bestreite die Kosten für diese Zusatzgerüstungen nicht substantiiert, obschon deren Zusammensetzung im Detail und nachvollziehbar dargelegt worden sei (act. 24 Rz. 34 und 35). Der Beklagte vertritt in der Klageantwort die Auffassung, das Gerüst sei Bestandteil des Pauschalauftrages und für alle Beteiligten zur Verfügung gestanden. Was mit "Arbeiten auf dem Dach" bezeichnet werde, seien zwei kleine ebenerdige Eingangsvordächer gewesen, welche Bestandteil der Ausschreibungspläne gewesen seien und seitens der Klägerin, des Holzbauers, des Dachdeckers und des Spenglers Hand in Hand ausgeführt worden seien. Hierfür habe kein Gerüst aufgestellt werden müssen. Das ganze Haus sei von der Klägerin eingerüstet worden, es seien lediglich wenige Gerüstläufe noch stehen gelassen worden. So seien um das kleine Eingangsdach herum drei Gerüstbretter "eingeschossig" stehen geblieben. Mit Bezug auf den Zu- und Abtransport des Gerüsts sei von Anfang an klar gewesen, dass die Zufahrt sehr eng sei und mehrere Fahrten mit kleinen Fahrzeugen durchgeführt werden müssten. Daraus könnten keine Mehrkosten entstanden sein (act. 10 Rz. 21 und 22). In der Duplik lässt der Beklagte ausführen, die Gerüstung sei von der Klägerin handschriftlich mit "Fassadengerüst pauschal CHF 5'200" unter der zitierten Position 981.101 in den Leistungsumfang inkludiert und vom ihm im Schreiben vom 8. Mai 2016 so bestätigt worden. Eine Höhenbeschränkung von 2 m sei nicht erwähnt. Eine zusätzliche Gerüstung sei nicht benötigt und deshalb weder angefragt, noch offeriert und schon gar nicht in Auftrag gegeben worden (act. 29 Rz. 34 und 35).

In der Offerte der Klägerin vom 7. April 2016 (act. 3/4) wurden unter BKP 981 die folgenden Leistungen offeriert: Aus- und Einmagazinieren, Auf- und Abladen, Transport, Montage und Demontage und Reinigung. Diese Leistungen betrafen "Arbeitsgerüst für Aussenisoliationsarbeiten, inkl. erforderliche Ge-

rüstaufgänge Ausmass: Höhe: Abstellbasis bis 2.0 m über obersten Gerüstlauf, Länge: Aeussere Abwicklung". Unter dieser Position offerierte die Klägerin keinen Einheitspreis (pro m²), sondern ein Fassadengerüst zu einem Pauschalpreis von Fr. 5'200.– (act. 3/4 S. 20). Im Schreiben vom 8. Mai 2016 vermerkte der Beklagte unter den besprochenen, wichtigen Punkten: "Inklusiv zweitem Anstrich und Gerüst" (act. 3/5). Weitere Spezifikationen enthält das Schreiben des Beklagten nicht, insbesondere nicht zur Höhe des Gerüsts. Die Klägerin wurde vom Beklagten mit der Aussenisolation der Fassade beauftragt. Ausgehend vom Wortlaut der Offerte sowie des Schreibens vom 8. Mai 2016 ist davon auszugehen, dass der von den Parteien vereinbarte Pauschalpreis nach Treu und Glauben ein Fassadengerüst bis zu einer Höhe von 2 Metern umfasst. Entgegen der Darstellung des Beklagten wurde in der Offerte der Klägerin explizit eine Höhenbeschränkung von 2 Metern erwähnt und zusammen mit dem handschriftlich vermerkten Pauschalpreis keine davon abweichende Präzisierung vorgenommen. Der Beklagte bestreitet nicht, dass das von der Klägerin angebrachte Gerüst über drei Meter hoch war. Mit seiner Behauptung, eine zusätzliche Gerüstung sei nicht notwendig gewesen und nicht in Auftrag gegeben worden, bestreitet der Beklagte zudem die Darstellung der Klägerin, dass für die Arbeiten auf dem Dach ein 2 Meter übersteigendes Gerüst notwendig gewesen sei und sie ein solches in seinem Auftrag habe erstellen müssen, nicht genügend substantiiert. Auch die von der Klägerin im Einzelnen geltend gemachten Leistungen werden vom Beklagten nicht bzw. nicht substantiiert bestritten. Damit ist mangels substantiiertener Bestreitungen davon auszugehen, dass die Klägerin für das Aufstellen, Demontieren und Abtransportieren des erweiterten Baugerüsts Zusatzarbeiten gemäss den Positionen 10 und 12 im Umfang von Fr. 1'138.– und Fr. 657.– erbracht hat.

6.8.3. Die Position 11 "Betonvordächer Abspitzen" bestreitet der Beklagte mit dem Hinweis auf die im Schreiben vom 8. Mai 2016 enthaltene Formulierung "inklusive aller Vor-, Neben- und Nacharbeiten" (act. 10 Rz. 24). Wie vorstehend erwähnt, führt dieser Zusatz nicht dazu, dass Leistungen, die weder in der Offerte vom 7. April 2016 noch im Schreiben des Beklagten vom 8. Mai 2016 explizit erwähnt wurden, von der Pauschalpreisvereinbarung erfasst sind (vgl. vorstehend E. 5.6). Damit fällt die von der Klägerin unter Position 11 geltend gemachte Forderung im

Betrag von Fr. 262.50 nicht unter den von den Parteien vereinbarten Pauschalpreis; sie ist der Klägerin zusätzlich zu vergüten.

6.9. Aus den vorstehenden Erwägungen geht hervor, dass der Beklagte über weite Strecken keine substantiierten Einwände gegen die von der Klägerin geltend gemachten Forderungen für Zusatzaufträge vorbringt. Auch gegen die von der Klägerin in Rechnung gestellten Stundenansätze, für die sich auf ihre Offerte vom 7. April 2016 verweist (act. 3/4 S. 10) und gegen den Mehrwertsteuerzusatz liegen keine substantiierten Bestreitungen vor. Damit steht fest, dass die Klägerin entgegen der Vorinstanz zu vergütende Zusatzarbeiten im Betrag von insgesamt Fr. 9'165.10 zuzüglich 8.0 MwSt. (Fr. 7'107.60 gemäss E. 6.6 plus Fr. 2'057.50 gemäss E. 6.8.1-6.8.3, je zuzüglich MwSt.) erbracht hat.

7. Fälligkeit der Forderungen

7.1. Neben der ausstehenden Restforderung gemäss Pauschalpreisvereinbarung im Betrag von Fr. 26'000.– steht der Klägerin für Zusatzarbeiten eine Vergütung von Fr. 9'165.10 zuzüglich 8.0 % MwSt. zu. Nachfolgend ist zu prüfen, ob diese Forderungen fällig sind.

7.2. Die Vorinstanz hielt hierzu fest, die Klägerin treffe als Unternehmerin die Beweislast, dass ihre Forderung fällig sei bzw. dass sie das Werk vereinbarungsgemäss vollendet habe. Das Werk sei als vollendet zu betrachten, wenn die vertraglich vereinbarten Leistungen, welche sich aus dem Angebot der Klägerin vom 7. April 2016, ergänzt durch das Schreiben vom 8. Mai 2016, ergäben, ausgeführt worden seien. Eine mängelfreie Ausführung werde für die Vollendung des Werkes indessen nicht vorausgesetzt (act. 62 S. 57 ff.). Der Klägerin gelinge es anhand der von ihr ins Recht gereichten Dokumente nicht, zu beweisen, dass sie ihren Teil des Werkvertrages eingehalten habe. Namentlich könne aus der Schlussrechnung nicht herausgelesen werden, dass alle im Schreiben vom 8. Mai 2016 vereinbarten Leistungen erbracht worden seien. Durch die vom Beklagten eingereichten Beweise würde im Übrigen bekräftigt, dass das Werk nicht vertragsgemäss vollendet worden sei. Damit gelänge es dem Beklagten ohne weiteres den Gegenbeweis zu erbringen, dass die Klägerin ihren Teil des Vertrages (noch)

nicht erfüllt habe. Da es der Klägerin nicht gelinge, zu beweisen, dass sie das Werk vereinbarungsgemäss vollendet habe, sei auch ihre Restforderung noch nicht fällig. Darüber hinaus könne ein nicht vollendetes Werk – entgegen der implizit geäusserten Meinung der Klägerin – bereits definitionsgemäss nicht abgenommen werden. Infolge der Nichtabnahme des Werkes im Sinne von Art. 157 SIA-Norm 118 sei das gemeinsame Projekt der Parteien noch nicht fertig. Entsprechend liege die Gefahrtragung des Werkes noch nicht bei der Klägerin und die SIA-Mängelrüge- und Verjährungsfristen hätten noch nicht zu laufen begonnen (act. 62 S. 60 f.).

7.3. Die Klägerin rügt im Berufungsverfahren, selbst wenn die im Schreiben vom 8. Mai 2016 zusätzlich aufgelisteten Leistungen zum Bestandteil des Pauschalpreises geworden seien, gingen die Ausführungen der Vorinstanz fehl. Entgegen der Vorinstanz sei die Erfüllung der zusätzlich vom Beklagten bestellten Leistungen – im Unterschied zu deren Inkludierung im Pauschalpreis – unbestritten geblieben. Die Vorinstanz habe richtig festgehalten, dass der Beklagte in Rz. 15 der Duplik nicht bestritten habe, dass die von ihm mit Schreiben vom 8. Mai 2016 geforderten Leistungen bereits von der Klägerin erbracht worden seien. Zwischen den Parteien sei nur strittig, ob die Leistungen gemäss Schreiben vom 8. Mai 2016 Bestandteil des pauschalen Werkpreises seien, aber nicht ob die besagten Arbeiten ausgeführt worden seien (act. 60 Rz. 42). Weiter macht die Klägerin geltend, der Beklagte wäre gehalten gewesen, darzulegen, welche Arbeiten gemäss dem Leistungsverzeichnis vom 7. April 2016 nicht erbracht worden seien. Er bestreite in Rz. 4 der Klageantwort sowie in den Rz. 4, 25 und 40 der Duplik die Erfüllung des Werkvertrages aber lediglich pauschal. An keiner Stelle führe der Beklagte aus, welche Arbeiten nicht erfüllt worden seien, auch die Vorinstanz tue das nicht. Darüber hinaus sei ein Werk auch dann vollendet, wenn es bei seiner Ablieferung noch wesentliche oder unwesentliche Mängel aufweise und/oder Nachbesserungsarbeiten ausstünden. Der Beklagte habe in seinen Schreiben stets von Mängeln und nicht etwa von einem unvollendeten Werk gesprochen, weshalb selbst bei gewissen mangelhaften Punkten von einer Vollendung des Werkes auszugehen sei. Mit dem Versand bzw. der Zustellung der Schlussrechnung vom 19. Dezember 2016 sei das Werk dem Beklagten nach-

weislich abgeliefert bzw. dessen Vollendung angezeigt worden. Ausserdem habe die Vorinstanz ihre Ausführungen in der Replik (Rz. 15, 19 und 20) ignoriert, wonach aufgrund des Weiterbaus sowie des Bezuges durch den Beklagten die Vollendungsanzeige fingiert werde. Der Beklagte habe mit Schreiben vom 31. Dezember 2016 den Eingang der Schlussrechnung bestätigt und diese vollumfänglich zurückgewiesen. Er habe sie jedoch innert der einmonatigen Frist nach Art. 158 Abs. 2 SIA-Norm 118 nachweislich nicht zur gemeinsamen Prüfung aufgefordert. Weiter genüge die pauschale Bestreitung der Schlussrechnung durch den Beklagten mit Schreiben vom 31. Dezember 2016 den Anforderungen von Art. 154 Abs. 3 SIA-Norm 118 nicht, weshalb diese als vom Beklagten genehmigt und anerkannt gelte. Mit dem Prüfbescheid vom 31. Dezember 2016 sei die Schlussrechnung nach Art. 155 Abs. 1 SIA-Norm 118 zur Zahlung fällig geworden (act. 60 Rz. 42-60).

7.4. Der Beklagte lässt ausführen, die Vollendung der gemäss Werkvertrag geschuldeten Leistungen sei weder rechtsgenügend behauptet geschweige denn bewiesen, im Gegenteil sie sei klar widerlegt. Es habe nicht ihm obliegen, die Ausführung der geschuldeten Leistungen zu bestreiten, vielmehr sei die Klägerin beweispflichtig für die gehörige Erfüllung des Werkvertrages und die Ausführung sämtlicher geschuldeten Leistungen. Er müsse die Ausführung von Arbeiten, für welche er nie einen Auftrag erteilt habe bzw. für welche die Annahme der Bestellung verweigert worden sei, nicht bestreiten. Hingegen habe er zu Recht stets dargetan, sämtliche ausgeführten Arbeiten, auch die stark mangelbehafteten, seien im Rahmen der gemäss Bestätigungsschreiben vom 8. Mai 2016 bestätigten umfassenden Bestellung ausgeführt worden. Was er bezüglich der geschuldeten, nicht ausgeführten Arbeiten bzw. die Mangelhaftigkeit der ausgeführten Arbeiten beanstandet habe, sei in den Rechtsschriften hinlänglich behauptet und mittels Urkunden belegt worden (act. 70 Rz. 40 ff.).

7.5. Auf das zwischen den Parteien bestehende Vertragsverhältnis sind in erster Linie der von ihnen abgeschlossene Werkvertrag, die darin für massgeblich erklärte SIA-Norm 118 und subsidiär die Bestimmungen von Art. 363 ff. OR anwendbar. Die Abnahme eines Werkes ist in Art. 157 SIA-Norm 118 geregelt.

Abs. 1 dieser Bestimmung sieht vor, dass das vollendete Werk Gegenstand der Abnahme sein kann oder, falls sich aus dem Werkvertrag nichts anderes ergibt, auch ein in sich geschlossener vollendeter Werkteil. Vollendet ist das Werk, sobald sämtliche Arbeiten, die der betreffende Unternehmer schuldet, ausgeführt sind. Welche Arbeiten im Einzelfall geschuldet und deshalb zur Vollendung des Werkes auszuführen sind, bestimmt sich nach dem Inhalt des Werkvertrages. Nachbesserungsarbeiten, die der Beseitigung von Werkmängeln dienen, gehören nicht zu den erforderlichen Vollendungsarbeiten, da die Mangelhaftigkeit des Werkes kein Hindernis für die Vollendung ist (GAUCH/STÖCKLI, Kommentar zur SIA-Norm 118, 2. Aufl. 2017, Art. 157 N 2.1 ff.). Abnahme und Ablieferung sind nach der SIA-Norm 118 korrelative Begriffe. Der Abnahme entspricht, vom Unternehmer aus gesehen, die Ablieferung. Die Wirkungen, die mit der Abnahme verbunden sind, treten ohne Weiteres ein; es bedarf keiner Abnahmeerklärung seitens des Bauherrn (GAUCH/STÖCKLI, a.a.O., Art. 157 N 10).

7.6. Auch im Zusammenhang mit der Vollendung des Werkes durch die Klägerin übersah die Vorinstanz, dass die Beweislast der Klägerin für die Vollendung des Werkes erst zum Tragen kommt, wenn substantiierte Bestreitungen des Beklagten dazu vorliegen, welche Arbeiten von der Klägerin nicht vollendet wurden. In den von der Vorinstanz wiedergegebenen Ausführungen des Beklagten in der Klageantwort und in der Duplik wird nicht erwähnt, welche Arbeiten die Klägerin gemäss Werkvertrag (Angebot der Klägerin vom 7. April 2016 inkl. Schreiben des Beklagten vom 8. Mai 2016) noch nicht fertig gestellt habe (act. 62 S. 58 f.). Tatsächlich enthalten die Rechtsschriften – der Beklagte spricht davon, er warte seit längerer Zeit auf die Fertigstellung des Auftrages (act. 10 Rz. 4) – keine konkreten Behauptungen dazu. Vielmehr sind den Rechtsschriften des Beklagten über weite Strecken Behauptungen zu Mängeln und erforderlichen Nachbesserungen zu entnehmen. Der Beklagte betont in der Klageantwort denn auch explizit, er habe die Schlussrechnung stets bezüglich "'Zeitpunkt, Inhalt und Form', *also pauschal und umfassend*, abgelehnt und zurückgewiesen" (act. 10 Rz. 29 f.; kursive Schrift hinzugefügt). Wie erwähnt, unterlässt es der Beklagte, die Behauptungen der Klägerin zu gewissen, substantiiert dargelegten Zusatzaufträgen zu bestreiten. Der Beklagte irrt, wenn er meint, es erübrige sich für ihn, die Ausführung der Zu-

satzarbeiten durch die Klägerin zu bestreiten (act. 70 Rz. 40 ff.). Da keine substantiierten Bestreitungen des Beklagten vorliegen, ist in tatsächlicher Hinsicht von der Darstellung der Klägerin auszugehen, wonach sie die Arbeiten gemäss Werkvertrag fertig gestellt hat. Wie erwähnt, spricht die Mangelhaftigkeit des Werkes gemäss den Bestimmungen der SIA-Norm 118 grundsätzlich nicht gegen dessen Vollendung .

7.7. Nach Art. 158 Abs. 1 SIA-Norm 118 leitet der Unternehmer die Abnahme dadurch ein, dass er der Bauleitung die Vollendung des Werkes oder eines in sich geschlossenen Werkteils anzeigt. Die Vollendungsanzeige kann mündlich oder schriftlich erfolgen. Die Anzeige kann auch als stillschweigend mitverständener Inhalt in einer anderen Erklärung, wie beispielsweise in der Zustellung der Schlussabrechnung, enthalten sein (HGer ZH HG120015 vom 18. Juni 2013 E. 4.4.3.1). Ausserdem wird die Vollendungsanzeige gemäss Art. 158 Abs. 1 SIA-Norm 118 fingiert, wenn der Bauherr ein vollendetes ganzes Werk von sich aus in Gebrauch nimmt. Abs. 2 der besagten Bestimmung sieht vor, dass das Werk auf die Anzeige hin von der Bauleitung gemeinsam mit dem Unternehmer innert Monatsfrist geprüft wird. Die Vornahme der Abnahmeprüfung ist eine Obliegenheit des Bauherrn, während der Unternehmer vertraglich verpflichtet ist, daran teilzunehmen (GAUCH/STÖCKLI, a.a.O., Art. 158 N 14). Unterbleibt die gemeinsame Prüfung (gemäss Art. 158 Abs. 2 SIA-Norm 118) innert Monatsfrist nach Anzeige der Vollendung deswegen, weil entweder keine der Parteien die Prüfung verlangt oder vonseiten des Bauherrn die Mitwirkung unterlassen wird, gilt das Werk mit Ablauf der Frist als abgenommen (Art. 164 Abs. 1 SIA-Norm 118).

7.8. Ob die Zustellung der Schlussrechnung vom 19. Dezember 2016 an den Beklagten als Vollendungsanzeige zu verstehen war, kann vorliegend offen bleiben. Die Klägerin macht geltend, der Beklagte habe das Werk in Gebrauch genommen, indem er habe weiterbauen lassen (act. 24 Rz. 19). Der Beklagte bestreitet nicht, dass er das Werk in Gebrauch genommen hat (act. 29 Rz. 15, 19 und 20), weshalb die Vollendungsanzeige gemäss Art. 158 Abs. 1 SIA-Norm fingiert wird. Auch die Darstellung der Klägerin, der Beklagte habe keine gemeinsame Prüfung innert Monatsfrist verlangt, ist unbestritten geblieben (act. 24 Rz. 15,

19 und 20; act. 29 Rz. 15, 19 und 20). Die Bemerkung des Beklagten, es habe keine eigentliche Abnahme stattgefunden (act. 29 Rz. 19), ist so zu verstehen, dass er einräumt, es habe keine gemeinsame Prüfung stattgefunden. Eine solche zu verlangen, wäre aber ihm obliegen, weshalb das Werk der Klägerin nach Art. 164 Abs. 1 SIA-Norm 118 als abgenommen gilt.

7.9. Die durch die Schlussabrechnung ermittelte Forderung des Unternehmers wird mit dem Prüfungsbescheid der Bauleitung nach Art. 154 Abs. 2 SIA-Norm 118 fällig und ist innert 30 Tagen zu bezahlen (Art. 155 Abs. 1 SIA-Norm 118). Fällig werden auch solche Beträge, die nach dem Prüfungsbescheid noch bestritten sind, sofern sie sich nachträglich als geschuldet erweisen sollten.

7.10. Das Schreiben des Beklagten vom 31. Dezember 2016 stellt gemäss den vorstehenden Erwägungen einen Prüfbescheid dar, weshalb die Restforderung der Klägerin im Betrag von Fr. 26'000.– (inkl. MwSt.) fällig wurde und grundsätzlich innert 30 Tagen zu bezahlen gewesen wäre.

7.11. Im Anwendungsbereich der SIA-Norm 118 richtet sich die Fälligkeit der Forderungen der Klägerin aus Regiearbeiten nach Art. 55 Abs. 1 SIA-Norm 118. Die Fälligkeit wird mit der Rechnungsstellung begründet und die Zahlungsfrist beginnt zu laufen (Art. 153 Abs. 2 SIA-Norm 118). Möglich ist, dass der Unternehmer die Rechnung für Regiearbeiten erst mit der Schlussabrechnung einreicht, wie dies aus Art. 153 Abs. 2 SIA-Norm 118 hervorgeht (GAUCH/STÖCKLI, a.a.O., Art. 55 N 3).

7.12. Im vorliegenden Fall stellte die Klägerin die Zusatzarbeiten unter dem Titel "Zusätzlich ausgeführte Arbeiten" mit der Schlussrechnung vom 19. Dezember 2016 in Rechnung (act. 3/7). Die Teilforderung im Betrag von Fr. 9'165.10 zuzüglich 8.0 % MwSt. wurde entsprechend nach Art. 55 Abs. 1 SIA-Norm 118 mit der unbestritten gebliebenen Zustellung der Schlussrechnung an den Beklagten fällig. Grundsätzlich wäre der Betrag innerhalb von 30 Tagen zu zahlen gewesen (Art. 55 Abs. 1 i.V.m. Art. 190 Abs. 1 SIA-Norm 118).

7.13. Gemäss den vorstehenden Erwägungen wurden die Forderungen der Klägerin nach den Bestimmungen der SIA-Norm 118 spätestens Ende Januar 2017 fällig, mit der Mahnung der Klägerin vom 21. Februar 2017 geriet der Beklagte gar in Verzug, zumal er nicht bestreitet, von der Klägerin am 21. Februar 2017 gemahnt worden zu sein (act. 10 Rz. 32).

8. Stundung oder fehlende Klagbarkeit

8.1. Eine Vereinbarung, die auf die vorübergehende Beseitigung der Fälligkeit abzielt, wird als Stundung bezeichnet. Andererseits kann auch vereinbart werden, dass der Gläubiger auf die Einklagung seiner fälligen Forderung vorübergehend verzichtet, ohne deshalb die Fälligkeit zu beseitigen. Eine solche Abrede stellt ein *pactum de non petendo* dar. Anders als die fehlende Fälligkeit schliesst ein *pactum de non petendo* den Schuldnerverzug im Sinne von Art. 102 OR nicht aus (zum Ganzen KOLLER, OR AT, a.a.O., N 39.07, 39.11 ff.). Der Unterschied zwischen Stundung und *pactum de non petendo* zeigt sich darin, dass ein *pactum de non petendo* vom Richter nur auf Einrede des Schuldners hin zu beachten ist, die Stundung hingegen von Amtes wegen. Ob das eine oder das andere vorliegt, ist durch Auslegung zu ermitteln und nicht immer einfach zu entscheiden. Im Zweifel ist ein *pactum de non petendo* anzunehmen (KOLLER, a.a.O., N 39.53 f.).

8.2. Am 11. April bzw. 11. Mai 2017 schlossen die Parteien eine Vereinbarung mit folgendem Wortlaut ab (act. 3/11):

"Sobald alle Mängel gemäss Schreiben vom 20.3.2017 (siehe auch Protokoll) erledigt sind, bezahlt B. _____ den geschuldeten + bereinigten Betrag innert 10 Tg."

8.3. Die Vorinstanz setzte sich mit dieser Vereinbarung im Zusammenhang mit den von der Klägerin geltend gemachten Forderungen für Zusatzaufträge auseinander. Dabei stellte die Vorinstanz zutreffend fest, dass sich die Parteien in dieser Vereinbarung nicht auf eine bestimmte oder bestimmbare Summe geeinigt hätten (act. 62 S. 52; vgl. vorstehend E. 3.4). Mit der Frage der Fälligkeit setzte sich die Vorinstanz indessen nicht auseinander, weshalb ihren Erwägungen im

vorliegenden Kontext keine Relevanz zukommt. Die Parteien äusserten sich zur genannten Vereinbarung im erstinstanzlichen Verfahren wie folgt:

8.4. Die Klägerin macht geltend, trotz einer gemeinsamen Begehung der Baustelle und diverser Korrespondenz sei es den Parteien nicht gelungen, eine einvernehmliche Einigung zu erzielen. Sie habe zwar das eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht zurückgezogen, die von ihr anerkannten Mängel am Bau behoben und wie vereinbart die Schlussrechnung korrigiert, doch habe sich der Beklagte weiter eisern geweigert, die offene Rechnung entsprechend den Vorgaben der Vereinbarung zu begleichen. Da sie ihren Teil der Vereinbarung erfüllt habe, der Beklagte sich allerdings geweigert habe zu erfüllen, sei die Vereinbarung wohl dahingefallen. Selbst wenn die Vereinbarung so ausgelegt würde, dass sie sich dazu verpflichtet hätte, sämtliche Forderungen des Beklagten (Positionen 1 bis 12) zu anerkennen und diesen nachzukommen, so wäre dieses Rechtsgeschäft nicht mehr vollstreckbar. Wer sich selber nicht an die Vereinbarungen halte, könne sich nicht auf Rechtspflichten seines Vertragspartners berufen. Die Vereinbarung sei somit nicht mehr relevant. Anlässlich der gemeinsamen Begehung vor Ort am 11. April 2017 sei neben den Parteien ein vom Beklagten beigezogener Bauingenieur anwesend gewesen. Dieser sei vom Beklagten offenbar damit beauftragt worden, alle zum damaligen Zeitpunkt aus seiner Sicht noch bestehenden Mängel zu protokollieren bzw. zu vermerken, welche Punkte zwischenzeitlich bereits behoben worden seien und welche noch immer ungelöst seien. An jener Besprechung hätten die Parteien die genannte Vereinbarung getroffen. Der Beklagte habe die Vereinbarung völlig falsch interpretiert, indem er davon ausgehe, sie (die Klägerin) habe all seinen Forderungen nachgegeben, was selbstredend nicht der Fall sei. Die "Erledigung" einer Position gemäss Vereinbarung könne entweder dadurch erfolgen, dass diese als Mangel anerkannt und behoben werde, oder indem sich diese Position nicht als Mangel herausstelle und daher nicht behoben werden müsse. In der E-Mail vom 11. Mai 2017 sei lediglich mitgeteilt worden, dass allfällige Mängel behoben würden, sofern überhaupt solche vorlägen. Soweit nach ihrer Auffassung Mängel vorgelegen hätten, seien diese von ihr auch umfassend behoben worden. Für alle weiteren Positionen sei offen, ob es sich um Mängel handle und ob sie in ihren Verantwortungsbereich fielen. Die Be-

weispflicht für das Vorliegen von Mängeln liege umfassend beim Beklagten (act. 1 Rz. 13, 41 und 45; act. 24 Rz. 22, 44 und 51).

8.5. Demgegenüber führt der Beklagte aus, an der gemeinsamen Begehung sei eine Einigung erzielt worden. Die Parteien hätten am 11. April/11. Mai 2017 vereinbart, dass sämtliche Mängel gemäss Schreiben vom 20. März 2017 behoben bzw. die ausstehenden Arbeiten ausgeführt würden. Dies sei von der Klägerin zusätzlich im E-Mail vom 11. Mai 2017 bestätigt worden. Eine weitere Bestätigung sei mit Schreiben vom 19. Juni 2017 erfolgt. Wie die Klägerin behaupten könne, sie habe nicht sämtliche in der Vereinbarung aufgeführten Punkte als Mängel akzeptiert und deren Behebung zugesichert, sei nicht nachvollziehbar. Anlässlich der Besprechung vom 11. April 2017 habe J. _____ – ein von ihm beigezogener Fassaden-Spezialist – in Anwesenheit der Klägerin und mit ausdrücklicher Anerkennung der festgehaltenen Mängel ein Protokoll erstellt. Die Vereinbarung nehme explizit auf das Mängelprotokoll Bezug. Sämtliche festgestellten Mängel hätten Arbeiten der Klägerin betroffen und seien von ihr vor Ort anerkannt worden. Entgegen der Darstellung der Klägerin habe sie "ihren Teil der Vereinbarung" bei Weitem nicht erfüllt. Aufgrund der getroffenen, klaren Vereinbarung sei es müssig, Bestimmungen der SIA-Norm 118 zu bemühen. Da die Klägerin ihrer Verpflichtung zur Mängelbehebung nicht nachgekommen sei, sei die Schlussrechnung gemäss der Vereinbarung vom 11. April/11. Mai 2017 noch gar nicht zur Zahlung fällig (act. 10 Rz. 7, 35, 39; act. 29 Rz. 22, 44, 51).

8.6. Betreffend die Grundsätze zur Vertragsauslegung kann auf die früheren Erwägungen (vgl. vorne E. 4.4) verwiesen werden. Die Parteien sind sich über den Inhalt der am 11. April bzw. 11. Mai 2017 abgeschlossenen Vereinbarung nicht einig. Da keine Partei Beweismittel für tatsächlich übereinstimmende Willenserklärungen offeriert, ist der Inhalt der Vereinbarung nach dem Vertrauensprinzip auszulegen.

8.7. Zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens sind die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden wer-

den durften und mussten. Dabei hat das Gericht zu berücksichtigen, was sachgerecht ist, weil nicht anzunehmen ist, dass die Parteien eine unangemessene Lösung gewollt haben (BGE 136 III 186 E. 3.2.1; 132 III 24 E. 4). Bei der Vertrauensauslegung sind Umstände zu berücksichtigen, die den Parteien bei Vertragsabschluss bekannt oder erkennbar waren. Es ist somit der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses massgebend, weshalb bei der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip nachträgliches Parteiverhalten nicht von Bedeutung ist. Später eintretende Umstände – wie das nachträgliche Verhalten der Parteien – lassen dagegen erkennen, wie sie selbst den Vertrag seinerzeit gemeint bzw. ihre Erklärungen tatsächlich verstanden haben und können daher für die Ermittlung des tatsächlichen Parteiwillens von Bedeutung sein (BGE 107 II 417 E. 6; 129 III 675 E. 2.3). Dabei hat der Wortlaut Vorrang vor weiteren Auslegungsmitteln, es sei denn, er erweise sich auf Grund anderer Vertragsbedingungen, dem von den Parteien verfolgten Zweck oder weiteren Umständen als nur scheinbar klar. Den wahren Sinn einer Vertragsklausel erschliesst zudem erst der Gesamtzusammenhang, in dem sie steht. Die Begleitumstände des Vertragsabschlusses oder die Interessenlage der Parteien in jenem Zeitpunkt dürfen ergänzend berücksichtigt werden (BGE 133 III 406 E. 2.2).

8.8. Zum Wortlaut ist zunächst festzuhalten, dass in der Vereinbarung explizit auf "alle Mängel gemäss Schreiben vom 20.3.2017" Bezug genommen wurde. Damit war unbestrittenermassen das Schreiben des Beklagten (act. 3/16 = act. 12/11) gemeint, worin dieser unter dem Titel "lit. d) Qualität / nicht erbrachte Leistungen / gerügte Mängel" 12 Positionen rügte. Ausserdem enthält die Vereinbarung einen ausdrücklichen Verweis auf das anlässlich der Besprechung vom 11. April 2017 (von J._____, K._____ AG) erstellte Protokoll (act. 12/14 S. 2-4). Traktanden der Besprechung waren gemäss Protokoll: "1-12) Besprechung Pendente Arbeiten und Mängel gem. schreiben vom 20.03.17". Unter "Begrüssung" wurde festgehalten, dass die gemeinsame Übereinkunft bestehe, eine konstruktive Lösung zu finden und die anstehenden Punkte zu bereinigen. Basis stelle das Schreiben des Beklagten vom 20. März 2017 an die anwaltliche Vertreterin der Klägerin dar. Wesentlich für das Verständnis des Protokolls ist sodann der Hinweis: "Nachstehend werden diese 12 Punkte als Ergebnisprotokoll aufgeführt:".

Aufgrund dieses Hinweises ist das im Protokoll unter jeder Position abschliessend Festgehaltene als Besprechungsergebnis zu verstehen. Gemäss dem Wortlaut des Protokolls stellte die Klägerin beispielsweise in Aussicht, dem Beklagten bestimmte Unterlagen abzugeben, gewisse Dokumente auszustellen, die besprochenen Umstände bei der Rechnungsstellung zu berücksichtigen oder bestimmte Arbeiten (z.T. mit verschiedenen Optionen) nachzubessern. Soweit sich die Klägerin zu Nachbesserungsarbeiten verpflichtete, ist der in der Vereinbarung verwendete Begriff "erledigt" aufgrund des in der Vereinbarung explizit enthaltenen Verweises auf das Protokoll so zu verstehen, dass die im Protokoll festgehaltenen Massnahmen oder Arbeiten umgesetzt sein müssen. Anders kann das Wort "erledigt" aufgrund des Wortlauts der Vereinbarung und des Protokolls nicht verstanden werden, zumal die Klägerin im Zusammenhang mit dem Verweis auf die Mängelliste des Beklagten vom 20. März 2017 bzw. auf das Protokoll keinerlei Vorbehalte oder Einschränkungen anbrachte.

8.9. Für die Auslegung des Vertragsinhalts relevante Umstände sind darin zu sehen, dass L. _____ in der E-Mail vom 11. Mai 2017, in deren Anhang er die gleichentags unterzeichnete Vereinbarung dem Beklagten zukommen liess, erklärte, er werde in den nächsten 3 Wochen alles daran setzen, die besprochenen Mängel zu beheben (act. 12/30). Wie vorstehend erwähnt kann im Rahmen der Vertragsauslegung nach dem Vertrauensprinzip nur auf Umstände im Zeitpunkt des Vertragsschlusses abgestellt werden, weshalb die nachträglich erfolgten Schreiben des Beklagten vom 21. Mai 2017 (act. 12/20) und der Klägerin vom 19. Juni 2017 (act. 12/19) nicht zu berücksichtigen sind. Nicht nachvollziehbar ist, weshalb diese Vereinbarung – so die Klägerin – "wohl dahingefallen" bzw. nicht mehr vollstreckbar sei, weil sich der Beklagte selber nicht an Vereinbarungen halte (act. 1 Rz. 45). Soweit die Klägerin damit die Einrede des nicht erfüllten Vertrages nach Art. 82 OR erhebt, übersieht sie, dass Art. 82 OR wegen der vereinbarten Vorleistungspflicht der Klägerin nicht anwendbar ist.

8.10. Zusammenfassend ist die Vereinbarung der Parteien vom 11. April bzw. 11. Mai 2017 nach Treu und Glauben – sowohl aufgrund von deren Wortlaut als auch aufgrund der Umstände beim Vertragsschluss – so zu verstehen, dass die

Mängel erst "erledigt" sind, wenn die Klägerin die gemäss Protokoll vorgesehenen Massnahmen bzw. Vorkehrungen getroffen hat. Demnach muss der Beklagte nach der Vereinbarung der Parteien den "geschuldeten und bereinigten" Betrag gemäss Schlussrechnung erst innert 10 Tagen zahlen, wenn die Klägerin die Vorkehrungen und Mängelbehebungen gemäss Protokoll erledigt hat.

8.11. Aufgrund dieser Vereinbarung trägt die Klägerin die Behauptungs- und Beweislast, dass sie die gemäss Protokoll vom 11. April 2017 vorzunehmenden Handlungen erfüllt hat. Die Klägerin behauptet lediglich pauschal und unsubstantiiert, sie habe die von ihr anerkannten Mängel am Bau behoben (act. 1 Rz. 13) bzw. soweit ihrer Auffassung nach Mängel vorgelegen hätten, seien diese von ihr umfassend behoben worden (act. 24 Rz. 22). Da der Beklagte diese Darstellung bestreitet (act. 10 Rz. 39; act. 29 Rz. 22b), müsste die Klägerin substantiierte Ausführungen hierzu machen und entsprechende Beweismittel präsentieren. Dies tut sie nicht. Der Beklagte stellt die Fälligkeit der Forderungen explizit unter Bezugnahme auf die Vereinbarung vom 11. April bzw. 11. Mai 2017 in Abrede (act. 10 Rz. 7). Damit macht er einredeweise geltend, die genannte Vereinbarung stehe der Forderung der Klägerin entgegen. Der Wortlaut der Vereinbarung der Parteien vom 11. April bzw. 11. Mai 2017 deutet darauf hin, dass sie die Fälligkeit der ausstehenden Forderungen im Sinne einer Stundung aufschieben wollten. Letztlich kann die Frage, ob eine Stundung oder ein *pactum de non petendo* vorliegt (vgl. vorstehend E. 8.1), jedoch offen bleiben. Auch wenn ein *pactum de non petendo* vorläge, wäre die Vereinbarung aufgrund der vom Beklagten erhobenen Einrede zu beachten.

8.12. Zusammenfassend ist deshalb festzuhalten, dass sich die Parteien zu einem Zeitpunkt, als die ausstehenden Forderungen der Klägerin aus Pauschalpreisvereinbarung und Zusatzaufträgen gestützt auf die SIA-Norm 118 bereits fällig und verfallen waren, darauf einigten, dass der Beklagte die Forderungen der Klägerin erst bezahlt, wenn die im Protokoll vom 11. April 2017 aufgeführten Mängel behoben bzw. die genannten Vorkehrungen erledigt sind. Mangels substantiiertes Behauptungen der Klägerin zur Mängelbehebung und den erledigten Ausständen steht die Vereinbarung der Parteien vom 11. April bzw. 11. Mai 2017

den eingeklagten Forderungen entgegen. Demnach bleibt es im Ergebnis bei der Klageabweisung. Es erübrigt sich, auf die Verrechnungseinrede des Beklagten (act. 70 Rz. 64 ff.) einzugehen. Die Berufung (Berufungsanträge 1 und 2) ist abzuweisen.

8.13. Bei dieser Sach- und Rechtslage besteht keine Veranlassung, das Verfahren an die Vorinstanz zurückzuweisen, weshalb der entsprechende Eventualantrag der Klägerin (Berufungsantrag 4) ebenfalls abzuweisen ist.

9. Erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsregelung

Die Klägerin beantragt, die Kosten des Klage- und Widerklageverfahrens von Fr. 6'800.– zuzüglich Kosten für das Schlichtungsverfahren von Fr. 525.– seien dem Beklagten aufzuerlegen und dieser sei zu verpflichten, eine Parteientschädigung von Fr. 8'400.– zuzüglich MwSt. zu bezahlen (Berufungsantrag 3). Da das erstinstanzliche Urteil im Ergebnis zu bestätigen ist und die Klägerin keinen Eventualantrag für den Fall der Abweisung ihrer Berufung stellt, hat die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen durch die Vorinstanz Bestand. Entsprechend ist die Berufung auch diesbezüglich abzuweisen.

10. Kosten- und Entschädigungsfolgen des Berufungsverfahrens

10.1. Bei diesem Ausgang des Berufungsverfahrens wird die Klägerin kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Entscheidunggebühr ist ausgehend vom Streitwert von Fr. 35'552.70 auf Fr. 4'390.– festzusetzen (§§ 4 Abs. 1 und 12 GebV OG).

10.2. Für das Berufungsverfahren ist die Klägerin antragsgemäss zu verpflichten, dem Beklagten eine Parteientschädigung zuzusprechen. Ausgehend vom Streitwert ist die Parteientschädigung für das Berufungsverfahren auf Fr. 5'600.– zuzüglich 7.7% MwSt. festzusetzen (§ 4 Abs. 1 und 2 sowie § 13 Abs. 1 Anw-GebV).

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen. Das Urteil des Bezirksgerichts Winterthur vom 5. August 2022 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 4'390.– festgesetzt und der Berufungsklägerin auferlegt.

Die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens werden mit dem von der Berufungsklägerin geleisteten Vorschuss verrechnet.

3. Die Berufungsklägerin wird verpflichtet, dem Berufungsbeklagten für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 5'600.– zuzüglich 7.7% MwSt. zu bezahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Berufungsbeklagten unter Beilage des Doppels von act. 76, sowie an das Bezirksgericht Winterthur, je gegen Empfangsschein.

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

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

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

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 35'552.70.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. E. Lichti Aschwanden

MLaw B. Lakic

versandt am: