

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PP200019-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. D. Scherrer, Vorsitzende, Oberrichterin  
Dr. L. Hunziker Schnider und Oberrichter lic. iur. A. Huizinga  
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Notz

## Urteil vom 9. Dezember 2020

in Sachen

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

Beklagter und Beschwerdeführer

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

gegen

**B.** \_\_\_\_\_ GmbH,

Klägerin und Beschwerdegegnerin

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

betreffend **Forderung**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren  
am Bezirksgericht Uster vom 15. Mai 2020 (FV190011-I)**

**Rechtsbegehren:**

(Urk. 1 S. 2)

- "1. Der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin Fr. 9'571.75 nebst 5 % Zins seit dem 14.1.2018, Fr. 375.– für das Schlichtungsverfahren und Fr. 73.70 Betreuungskosten zu bezahlen.
2. In der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Volketswil sei der Rechtsvorschlag zu beseitigen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Beklagten."

**Urteil des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am  
Bezirksgericht Uster vom 15. Mai 2020:**

1. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin Fr. 9'571.75 nebst 5 % Zins seit dem 14. Januar 2018, Fr. 375 für das Schlichtungsverfahren und Fr. 73.30 für die Betreuungskosten zu bezahlen.
2. Das Betreibungsamt Volketswil wird angewiesen, den Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ... zu beseitigen.
3. Sämtliche Anträge des Beklagten werden abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.
4. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf Fr. 2'300.–.
5. Die Entscheidgebühr wird dem Beklagten auferlegt. Sie wird von den Parteien unter Verrechnung mit den von ihnen geleisteten Vorschüssen bezogen. Der Beklagte hat der Klägerin die von ihr geleisteten Kostenvorschüsse von insgesamt Fr. 2'075.-- aber zu ersetzen.
6. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine Parteientschädigung von Fr. 300.– zu bezahlen.
7. Schriftliche Mitteilung an
  - die Parteien,sowie nach Eintritt der Rechtskraft an
  - das Betreibungsamt Volketswil.

8. Dieser Entscheid ist rechtskräftig. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen von der Zustellung an im Doppel und unter Beilage dieses Entscheids beim Obergericht des Kantons Zürich, Zivilkammer, Postfach, 8021 Zürich, erklärt werden. In der Beschwerdeschrift sind die Anträge zu stellen und zu begründen. Allfällige Urkunden sind mit zweifachem Verzeichnis beizulegen.

### **Beschwerdeanträge:**

#### des Beklagten und Beschwerdeführers (Urk. 62):

- "1. Es sei das Urteil des Bezirksgerichts Uster vom 15.05.2020 (FV190011-I/Ri/U01/li/dk) vollumfänglich aufzuheben;
2. es sei die Klage vom 22.02.2019 vollumfänglich abzuweisen;
3. es sei das Betreibungsamt Volketswil anzuweisen, die Betreuung mit der Nr. ... aus dem Betreibungsregister zu löschen;
- 4.1 eventualiter sei die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen mit der Anweisung, ein den Bestimmungen der ZPO entsprechendes Verfahren durchzuführen;
- 4.2 im Falle einer Rückweisung des Verfahrens sei die Sache einer anderen Einzelrichterin bzw. einem anderen Einzelrichter als E. Rickenbacher zuzuweisen;
5. unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich 7,7 % Mwst. zu Lasten der Beschwerdegegnerin."

#### der Klägerin und Beschwerdegegnerin (Urk. 74):

- "1. Die Beschwerde sei abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen."

## **Erwägungen:**

### **I.**

1.1 Nach unbestrittener Sachdarstellung schlossen die Parteien einen Werkvertrag für die fachgerechte Sanierung eines Flachdaches der Liegenschaft an der C.\_\_\_\_-Strasse ... in D.\_\_\_\_. Vereinbart wurde ein pauschaler Werklohn von Fr. 18'000.–. Noch vor Beginn der Arbeiten leistete der Beklagte eine Akontozahlung von Fr. 10'000.– (Urk. 1 S. 3). Vom 21. bis 23. Juni 2017 fanden die Sanierungsarbeiten statt. Die ursprünglich in Auftrag gegebene Errichtung eines Terrassengeländers auf dem Flachdach erfolgte auf Wunsch des Beklagten nicht. Am 26. Juni 2017 stellte die Klägerin dem Beklagten Rechnung über Fr. 19'440.–. Abzüglich der vom Beklagten geleisteten Akontozahlung von Fr. 10'000.– waren noch Fr. 9'440.– zu bezahlen (Urk. 20/2). Der Rechnungsbetrag vom 26. Juni 2017 wurde vom Beklagten nicht saldiert. Am 28. Juni 2017 brachte die Klägerin nachträglich, nach Beauftragung seitens des Beklagten, einen verlängerten sog. Geberit-Ablauf an (Urk. 19 S. 3).

1.2 Zwischen dem 4. Oktober 2017 und dem 6. Oktober 2017 führte (auch) die Firma E.\_\_\_\_ GmbH Sanierungsarbeiten für einen Rechnungsbetrag von Fr. 8'000.– (inkl. MwSt.) an der genannten Liegenschaft durch (Urk. 63 S. 6).

1.3 Am 15. Dezember 2017 stellte die Klägerin dem Beklagten eine abgeänderte Rechnung über Fr. 9'571.75 (inkl. MwSt) zu, wobei die Akontozahlung von Fr. 10'000.– bereits abgezogen war (Urk. 2/4). Die Änderung der Rechnung bestand darin, dass der Rechnungsbetrag nicht mehr das nicht errichtete Terrassengeländer, dafür den zusätzlich angebrachten Geberit-Ablauf enthielt. Auch diese Rechnung wurde vom Beklagten nicht bezahlt (Urk. 2/4, Urk. 19 S. 4).

1.4 Unstrittig ist ferner, dass der Beklagte eine Mängelrüge betreffend die von der Klägerin durchgeführten Sanierungsarbeiten erhob (Urk. 63 S. 6).

2. Mit der vorliegenden, bei der Vorinstanz am 21. Februar 2019 eingereichten Klage fordert die Klägerin vom Beklagten die Bezahlung von Fr. 9'571.75 nebst Verzugszins sowie den Kosten für das Schlichtungsverfahren und die Betreuung

(Urk. 1). Für den weiteren Prozessverlauf ist auf den angefochtenen Entscheid zu verweisen. Mit Urteil vom 15. Mai 2020 hiess die Vorinstanz die Klage gut (Urk. 63).

3. Gegen dieses Urteil erhob der Beklagte und Beschwerdeführer (fortan Beklagter) am 19. Juni 2020 rechtzeitig Beschwerde (Urk. 35). Mit Verfügung vom 24. Juni 2020 wurde das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung abgewiesen und Frist zur Leistung des Kostenvorschusses angesetzt (Urk. 66). Dieser ging rechtzeitig ein (Urk. 69). Die - inzwischen anwaltlich vertretene - Klägerin und Beschwerdegegnerin (fortan Klägerin) reichte die Beschwerdeantwort am 14. September 2020 ein (Urk. 74). Diese wurde mit Verfügung vom 18. September 2020 der Gegenpartei zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 75). Weitere Eingaben der Parteien sind nicht erfolgt. Einem Gesuch des Rechtsvertreters der Klägerin, aus Krankheitsgründen das Verfahren bis auf weiteres formlos zu sistieren, konnte mit Blick auf das Gebot der beförderlichen Prozesserledigung nicht entsprochen werden (Urk. 76, 78). Mit Zuschrift vom 6. November 2020 teilte der Rechtsvertreter eine Stellvertretung mit (Urk. 79).

## II.

### A. Prozessuales

Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Dabei hat sich die beschwerdeführende Partei in ihrer schriftlichen Beschwerdebegründung (im Sinne einer Eintretensvoraussetzung) konkret mit den vorinstanzlichen Erwägungen auseinanderzusetzen, d.h. argumentativ auf die Begründung des angefochtenen Entscheids einzugehen und im Einzelnen aufzuzeigen, inwiefern der angefochtene Entscheid als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. worin ein Mangel im Sinne von Art. 320 ZPO liegt (Art. 321 Abs. 1 ZPO und dazu BGer 5A\_247/2013 vom 15. Oktober 2013, E. 3; BGer 5D\_65/2014 vom 9. September 2014, E. 5.4.1; BGer 5A\_488/2015 vom 21. August 2015, E. 3.2, je m.Hinw. auf BGE 138 III 374 E. 4.3.1 S. 375). Was in der Beschwerde nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise

beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden und hat grundsätzlich Bestand, es sei denn, ein Mangel springe geradezu ins Auge. Insofern erfährt der Grundsatz "iura novit curia" (Art. 57 ZPO) im Beschwerdeverfahren eine Relativierung (BK ZPO I-Hurni, Art. 57 N 21 und N 39 ff.).

Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel sind im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO). Diese Einschränkung gilt indessen nicht für Vorbringen, zu welchen erst der angefochtene Entscheid selber Anlass gibt (BSK ZPO-Spühler, Art. 326 N 1; BGE 139 III 466, E. 3.4.).

## B. Werklohnforderung

1. Im Hauptstandpunkt beantragt der Beklagte, das Urteil der Vorinstanz sei vollumfänglich aufzuheben und die Klage abzuweisen (Berufungsanträge Ziff. 1 und 2). Vor Vorinstanz vertrat er die Auffassung, die von der Klägerin verrichteten Arbeiten seien nicht fachgerecht ausgeführt worden und das Ergebnis sei unbrauchbar. Insbesondere sei das erstellte Flachdach undicht gewesen und es sei dadurch in einer darunterliegenden Werkstatt ein Wasserschaden entstanden. Er habe die Mangelhaftigkeit unmittelbar nach Abschluss der Arbeiten in Anwesenheit von F. \_\_\_\_\_ sowie G. \_\_\_\_\_ gerügt (Urk. 21 S. 3). Die Klägerin hielt dafür, dass die vom Beklagten erhobene Mängelrüge erstens unberechtigt und zweitens viel zu spät erfolgt sei (Urk. 19 S. 4, S. 21). Strittig war weiter, an welchem Dach die E. \_\_\_\_\_ GmbH ihre Arbeiten durchgeführt und welche Arbeiten dieser Auftrag beinhaltet hatte. Die Klägerin behauptete, die E. \_\_\_\_\_ GmbH habe ihre Arbeiten nicht an dem von ihr sanierten Dach ausgeführt (Prot. I S. 10). Der Beklagte machte geltend, er habe die E. \_\_\_\_\_ GmbH damit beauftragt, den durch das undichte (von der Klägerin sanierte) Flachdach entstandenen Schaden zu beheben (Urk. 21 S. 4).

2. Die Vorinstanz führte im Zusammenhang mit der Mängelrüge ein Beweisverfahren durch (Prot. I S. 18 ff.). Im die Klage gutheissenden Urteil erwog sie zusammengefasst, dass zwischen den Parteien ein Werkvertrag über den Betrag von Fr. 19'571.75 zustande gekommen sei (Urk. 63 S. 10). In der Folge prüfte sie

die Voraussetzungen der Mängelrüge und ob diese rechtzeitig erhoben worden sei (Urk. 63 S. 10 ff.). Die Vorinstanz kam zum Schluss, dass zum einen der Beklagte es unterlassen habe, eine Mängelrüge substantiiert darzutun. Zum andern habe die Behauptung, die Mängelrüge sei unmittelbar nach Abschluss der Sanierungsarbeiten erfolgt, nicht bewiesen werden können (Urk. 63 S. 18).

3. Der Beklagte moniert eingangs, entgegen den Ausführungen der Vorinstanz sei es auch im Schlussvortrag zulässig, Ausführungen zu den zur Anwendung gelangenden Rechtsnormen zu machen (Urk. 62 S. 7 unter Verweis auf Urk. 63 E. 4.1.3). Die Rüge ist unberechtigt. Die Vorinstanz sprach an besagter Stelle nicht von Rechtsnormen, sondern von Tatsachen bzw. von Sachvorbringen. Sie hatte korrekt festgehalten, dass Tatsachen [Unterstreichung durch Red.], die bis zu den Schlussvorträgen nicht angerufen worden seien, nur unter den Zulässigkeits-schranken des Novenrechts eingeführt bzw. vom Gericht berücksichtigt werden könnten (Urk. 63 S. 8, Rz 4.1.3).

4.1 Der Beklagte macht geltend, die fragwürdige Klage hätte aus mehreren Rechtsgründen abgewiesen werden müssen. Die bewiesene Mangelhaftigkeit des Werks und die erfolgte Mängelrüge seien nur ein Rechtsgrund, aus welchem die Klage hätte abgewiesen werden müssen. Selbst ohne korrekte Protokollierung der Einvernahme von G.\_\_\_\_\_ sei klar, dass der Beklagte die Mängelrüge - in jeder Betrachtungsweise - rechtzeitig vorgenommen habe. Er habe bereits am 22. Juni 2017 die Mängel der verrichteten Arbeiten gerügt und dies in den folgenden Monaten immer wieder beanstandet (Urk. 62 S. 6 f.). Der Beweis dafür, dass das Flachdach als Werk fertiggestellt und abgeliefert i.S.v. Art. 367 OR worden sei, obliege dem Unternehmer. Die Ablieferung erfolge in der Regel bei Bauarbeiten auf dem Grund und Boden des Bestellers durch Mitteilung des Unternehmers. Dies sei in casu nie geschehen. Der Geschäftsführer der Klägerin sei am fraglichen Tag, an welchem gemäss Vorinstanz die Fertigstellung des Werks erfolgt sein soll, überhaupt nicht anwesend gewesen. Die Vorinstanz hätte die Klage bereits deshalb abweisen müssen, weil keine Ablieferung des Werks stattgefunden habe. Die Klägerin habe nicht einmal behauptet, dass die Ablieferung stattgefunden habe. Der Beklagte habe sich auf jeden Fall fortlaufend bei der Klägerin über

die Qualität der verrichteten Arbeiten beschwert. Bei genauerer Betrachtung stelle sich heraus, dass es sich faktisch um ein aliud gehandelt habe, sei doch z.B. der Einbau eines Abflusses am höchsten Punkt zweifelsfrei nicht Teil des vereinbarten Werkvertrages. Bei Vorliegen eines aliud würden sich die Rechtsfolgen nach Art. 97 ff. OR bestimmen (Urk. 62 S. 7 f.).

4.2 Die Vorbringen genügen der Rügepflicht nicht. Wie unter lit. A. dargelegt, wird vorausgesetzt, dass sich die beschwerdeführende Partei mit den vorinstanzlichen Erwägungen auseinandersetzt und im Einzelnen sowie unter Verweisung auf konkrete Stellen in den vorinstanzlichen Akten aufzeigt, worin eine unrichtige Rechtsanwendung oder eine offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts liegt. Diesen Anforderungen ist weder durch eine pauschale Verweisung auf die bei der Vorinstanz eingereichten Rechtsschriften noch durch eine blosser Wiederholung des vor Vorinstanz vorgetragenen Standpunkts Genüge getan – umso weniger dann, wenn sich die Vorinstanz mit diesem Standpunkt auseinandergesetzt hat.

4.3 Das Argument, es sei nie eine Ablieferung des Werks erfolgt, ist novenrechtlich verspätet. Der Beklagte zeigt nicht auf, wo vor Vorinstanz er diese Behauptung prozesskonform vorgebracht hat, weshalb nicht weiter darauf einzugehen ist. Gleiches gilt für die Behauptung, der Beklagte habe sich fortwährend über die Qualität der verrichteten Arbeiten beschwert, was auch vor der Ablieferung des Werks möglich sei. Was das geltend gemachte aliud betrifft, so sind im Beschwerdeverfahren zwar neue rechtliche Ausführungen (Vorbringen zum Recht) zulässig (BK ZPO I-Hurni, Art. 57 N 6) und können in der Beschwerde unbeschränkt vorgetragen werden (vgl. 5A\_1006/2015 vom 2. August 2016, E. 2). Sie dürfen sich allerdings nicht auf neue, vor Vorinstanz noch nicht in den Prozess eingebrachte Tatsachen stützen. Wiederum zeigt der Beklagte nicht auf, wo er vor Vorinstanz konkret behauptet hatte, der Einbau eines Abflusses am höchsten Punkt sei zweifelsfrei nicht Teil des vereinbarten Werkvertrages gewesen.

5. Der Beklagte beanstandet, dass die Vorinstanz die Klage auch nach Art. 82 OR hätte abweisen müssen. Die Klägerin habe ihre vertraglichen Pflichten nicht erfüllt, da sie keine vollständige Sanierung des Flachdaches vorgenommen habe,

was definitiv erstellt sei. Folglich sei sie überhaupt nicht berechtigt, den Beklagten zur Erfüllung also zur Bezahlung des Werklohnes anzuhalten (Urk. 62 S. 8). Die Klägerin erwidert, das sei aktenwidrig, es sei keine "vollständige Sanierung" des Flachdachs vereinbart gewesen (Urk. 74 S. 17). Der Beklagte unterlässt es jedenfalls, unter Hinweis auf konkrete Stellen in den vorinstanzlichen Akten aufzuzeigen, wo er die nicht vollständige Sanierung des Flachdaches behauptet und dokumentiert hat, weshalb die Tatsachenbehauptung als unzulässiges neues Vorbringen zu betrachten ist. Der Beklagte ficht auch nicht die Erwägung im angefochtenen Urteil an, wonach der Beklagte nicht bestreite, dass die Parteien den in Rechnung gestellten Betrag vereinbart hatten und dass die in Rechnung gestellten Arbeiten von der Klägerin ausgeführt worden seien (Urk. 63 S. 19).

6. Weiter wird behauptet, die von der Klägerin verrichteten Arbeiten hätten nie und nimmer einen Wert von Fr. 18'000.–, ja nicht einmal in Höhe von Fr. 10'000.– gehabt. Der Werklohn der beiden Arbeiter für zwei Tage dürfte wohl Fr. 1'800.– betragen haben, dazu eine Folie im Wert von einigen hundert Franken, zusätzlich ein Abflussrohr. Selbst wenn man der Klägerin einen grosszügigen Gewinn von 100 % auf die angefallenen Kosten zugestehen sollte, ergäbe dies unter keinen Umständen einen Betrag, der höher sei als Fr. 5'000.–. Die Diskrepanz zwischen den geleisteten Arbeiten und den von der Klägerin geforderten Fr. 18'000.– sei derart krass, dass nur schon daraus hervorgehe, dass die Klägerin den Werkvertrag nicht erfüllt haben könne. Ein entsprechender Vertrag mit diesem Inhalt wäre ein Verstoss gegen die guten Sitten und nichtig (Urk. 62 S. 8). Mit all diesen Vorbringen genügt der Beklagte erneut der Rügepflicht nicht. Er zeigt nicht auf, wo er diese Behauptungen vor Vorinstanz prozesskonform aufgestellt hat. Es ist nicht Sache der Rechtsmittelinstanz, die Akten und die Rechtsschriften der Vorinstanz zu durchforsten, um festzustellen, was welche Partei wo ausgeführt hat.

7. Schliesslich kritisiert der Beklagte, die Klage sei schlicht rechtsmissbräuchlich, da der Klägerin die geltend gemachten Fr. 9'571.75 nicht zustehen würden (Urk. 62 S. 9). Die Vorinstanz erwog im angefochtenen Urteil, die Behauptung, die Mängelrüge sei unmittelbar nach Abschluss der Sanierungsarbeiten erfolgt, habe nicht bewiesen werden können (Urk. 63 S. 18). Dem Beklagten gelang es im Be-

schwerdeverfahren nicht, diese Erwägung als rechtsfehlerhaft umzustossen. Folglich kann das Einfordern der ausstehenden Werklohnforderung ohnehin nicht rechtsmissbräuchlich sein.

8. Zusammenfassend dringt der Beklagte mit seinen Rügen gegen die zugeprochene Werklohnforderung nicht durch. Demzufolge ist auch der Beschwerdeantrag Ziff. 3 auf Löschung der Betreibung hinfällig. Ein Begehren um "Löschung" eines Betreibungsregistereintrags, d.h. um Kennzeichnung des Eintrags mit einem entsprechenden Vermerk (vgl. BGE 121 III 81 E. 4a) bzw. um Nichtmitteilung eines Eintrags an Dritte, müsste sowieso beim zuständigen Betreibungsamt gestellt werden (BGer 4A\_440/2014 vom 27. November 2014, E. 4.2).

### C. Eventualantrag

1.1 Im Eventualantrag verlangt der Beklagte die Rückweisung des Verfahrens an die Vorinstanz (Berufungsantrag Ziff. 4.1). Er macht geltend, das erstinstanzliche Verfahren habe nicht den Vorschriften der ZPO entsprochen, und er wirft der Einzelrichterin vor, sie habe die ZPO nicht gekannt. Sie habe sich anlässlich der Hauptverhandlung zuerst an B1. \_\_\_\_\_ als Vertreter der Klägerin gewandt und ihm den Verfahrensablauf erläutert. Dabei habe sie sinngemäss ausgeführt, er stamme aus dem Kanton Thurgau, wo ein anderes Prozessrecht zur Anwendung gelange, da jeder Kanton sein eigenes habe. Erst auf Intervention der Gerichtsschreiberin habe sich die Einzelrichterin korrigiert und an die Existenz der schweizerischen ZPO erinnert (Urk. 62 S. 3 f.).

1.2 Die Klägerin erwidert, ihr Vorsitzender der Geschäftsführung erinnere sich, dass ihm die Richterin nur den Verfahrensablauf erklärt habe, da er als Spenglermeister ohne Anwalt aus dem Kanton Thurgau gekommen sei; von kantonalen Zivilprozessgesetzen sei nie die Rede gewesen (Urk. 74 S. 3).

1.3 Nach Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK hat der Einzelne Anspruch darauf, dass seine Sache von einem unparteiischen, unvoreingenommenen und unbefangenen Richter ohne Einwirken sachfremder Umstände entschieden wird. Der Anspruch auf unabhängige und unparteiische Richter umfasst nicht auch die

Garantie jederzeit fehlerfrei arbeitender Richter und Richterinnen. Richterliche Verfahrens- oder Einschätzungsfehler sind deshalb ebenso wenig Ausdruck einer Voreingenommenheit wie ein inhaltlich falscher Entscheid in der Sache oder Fehler in der Verhandlungsführung (Regina Kiener, Richterliche Unabhängigkeit, Bern 2001, S. 105). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung können richterliche Verfahrensfehler nur ausnahmsweise die Unbefangenheit einer Gerichtsperson in Frage stellen. Dabei müssen objektiv gerechtfertigte Gründe zur Annahme bestehen, dass sich in Rechtsfehlern gleichzeitig eine Haltung manifestiert, die auf fehlende Distanz und Neutralität beruht. Es muss sich um besonders krasse Fehler oder wiederholte Irrtümer handeln, die eine schwere Verletzung der Richterpflichten darstellen (BGer 4A\_222/2009 vom 17. Juni 2009, E. 4.1 mit Hinweisen).

1.4 Die Ausführungen des Beklagten erscheinen als blosser Stimmungsmache. Konkret leitet er daraus nichts ab, insbesondere stellt er kein Ausstandsbegehren. Einen qualifizierten Verfahrensfehler tut er denn auch nicht dar. Seine Darstellung ist zudem bestritten, und Beweismittel dazu hat er keine offeriert. Gestützt auf das Protokoll lässt sich jedenfalls nachvollziehen, dass das Verfahren nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung durchgeführt worden ist (vgl. Prot. I). Ein Mangel im Verfahrensablauf, der zu einem Nachteil des Beklagten geführt hätte, ist nicht erkennbar.

2.1 Der Beklagte macht geltend, die Vorinstanz habe ihm ein faires Verfahren verweigert, was sich insbesondere anlässlich der Zeugeneinvernahme von G.\_\_\_\_\_ gezeigt habe. Das entsprechende Einvernahmeprotokoll vom 28. Februar 2020 gebe weder inhaltlich noch atmosphärisch dessen Aussage wieder und sei nach Art. 152 Abs. 2 ZPO unverwertbar. Nach Art. 176 Abs. 1 ZPO seien die Aussagen der Zeugen "in ihrem wesentlichen Inhalt zu Protokoll" zu nehmen, was nicht der Fall sein könne, wenn wie in casu 95 % der gemachten Aussagen überhaupt nicht protokolliert würden. Als der Rechtsvertreter des Beklagten auf die Einhaltung der Bestimmung von Art. 176 Abs. 1 ZPO gepocht und die korrekte Protokollierung der Zeugenaussage verlangt habe, habe ihm die Einzelrichterin "Zeugenbeeinflussung" vorgeworfen, womit der Vorwurf einer Straftat nach Art. 307 StGB i.V.m. Art. 24 StGB im Raum gestanden habe. Der Rechtsvertreter

habe unverzüglich das Erstellen einer Protokollnotiz bezüglich der fehlerhaften und unvollständigen Protokollierung verlangt, was die Einzelrichterin verweigert habe. G.\_\_\_\_\_ sei denn auch während seiner ganzen Einvernahme aufgebracht gewesen und habe sich über die Vorgehensweise der Einzelrichterin entrüstet ("sie münd ez mal lose"). Schliesslich sei er nach Unterzeichnung des Protokolls wutentbrannt aus dem Gerichtsgebäude gestürmt (Urk. 62 S. 4). Der Beklagte offeriert die Audio-Aufnahme der Einvernahme vom 28. März (recte Februar) 2020, die bei der Vorinstanz beizuziehen sei (Urk. 62 S. 4).

2.2 Jede Partei hat das Recht, dass das Gericht die von ihr form- und fristgerecht angebotenen tauglichen Beweismittel abnimmt (Art. 152 Abs. 1 ZPO). Art. 152 Abs. 2 ZPO hat rechtswidrig beschaffte Beweismittel zum Gegenstand, die nur dann berücksichtigt werden können, wenn das Interesse an der Wahrheitsfindung überwiegt. Ein Beweismittel, bei dessen Eingang in das Verfahren Normen des formellen Rechts verletzt wurden, ist ein formell rechtswidrig beschafftes Beweismittel. Formell rechtswidrig beschaffte Beweismittel werden von Art. 152 Abs. 2 ZPO nicht erfasst; sie sind nicht grundsätzlich unverwertbar (BSK ZPO-Guyan, Art. 152 N 16 m.H.,; Schmid, OFK-ZPO, ZPO 152 N 26 m.H.). Der Beklagte beruft sich auf Art. 176 Abs. 1 ZPO, wonach Aussagen der Zeugen "in ihrem wesentlichen Inhalt zu Protokoll" zu nehmen seien (Urk. 62 S. 4). Dass diese Bestimmung verletzt worden wäre, steht nicht fest.

2.3 Dem ordnungsgemäss erstellten Protokoll als öffentlicher Urkunde kommt positive und negative Beweiskraft in dem Sinne zu, als die darin beurkundeten Äusserungen und Vorgänge als in der wiedergegebenen Weise geschehen, die nicht beurkundeten dagegen als unterlassen gelten (Pahud, DIKE-Komm-ZPO, Art. 235 N 4). Den Parteien steht das Recht zu, Fehler im Protokoll mit einem Protokollberichtigungsbegehren zu rügen. Das Gesetz sieht keine Frist vor, innert derer das Protokollberichtigungsbegehren zu stellen ist. Nach Treu und Glauben muss das Begehren aber unverzüglich nach Kenntnisnahme des angeblichen Fehlers gestellt werden (Pahud, DIKE-Komm-ZPO, Art. 235 N 24, KUKO ZPO-Naegeli/Richers, Art. 235 N 14; BSK ZPO-Willisegger, Art. 235 N 45).

2.4 Im Rahmen des Rechtsmittelverfahrens gegen den Sachentscheid kann eine fehlerhafte Protokollierung indessen nicht geltend gemacht werden. Protokollberichtigungen sind vielmehr durch das erwähnte Protokollberichtigungs-gesuch zu erwirken, für das diejenige Instanz zuständig ist, unter deren Aufsicht resp. über deren Verhandlung das Protokoll geführt wurde (Pahud, DIKE-Komm-ZPO, Art. 235 N 22 und N 25; BK ZPO I-Killias, Art. 235 N 19; BSK ZPO-Willisegger, Art. 235 N 41; KUKO ZPO-Naegeli/Richers, Art. 235 N 16). Sofern die Einvernahme zusätzlich mit technischen Hilfsmitteln aufgezeichnet wurde, sind diese Aufnahmen sodann im Rahmen des Protokollberichtigungsverfahrens den Parteien auf entsprechenden Antrag zur Verfügung zu stellen (KUKO ZPO-Naegeli/Richers, Art. 235 N 15; KUKO ZPO-Schmid, Art. 176 N 7; Leuenberger, in: Sutter-Somm et al., ZPO Komm., Art. 235 N 19; Reinert, Stämpflis Handkommentar, Art. 176 ZPO N 4; Müller, DIKE-Komm-ZPO, Art. 176 N 20; vgl. auch die Botschaft zur ZPO vom 28. Juni 2006, BBI 2006 S. 7322 und S. 7343). Eine unrichtige Protokollierung wäre demnach, auch nach bundesgerichtlicher Praxis, unverzüglich nach Kenntnisnahme des vermeintlichen Fehlers mit einem Protokollberichtigungs-gesuch vor Vorinstanz geltend zu machen gewesen (vgl. BGer 4A\_160/2013 vom 21. August 2013, E. 3.4).

2.5 Der Zeuge G.\_\_\_\_\_ hat das Protokoll der am 28. Februar 2020 stattgefundenen Einvernahme mit "So gelesen und bestätigt:" unterzeichnet und jede Seite infidiert (Urk. 51). Er wusste damit, was von seinen Aussagen protokolliert worden und in welcher Form dies geschehen war. An einer Stelle hat er sie handschriftlich korrigiert (Urk. 51 S. 7). Mit der Unterzeichnung hat er die (allenfalls auf das Wesentliche reduzierten) protokollierten Aussagen anerkannt. Der anwaltlich vertretene Beklagte hatte alsdann aufgrund des Akteneinsichtsrechts (Art. 53 Abs. 2 ZPO) die Möglichkeit, Kenntnis über das ausgefertigte Einvernahmeprotokoll zu erlangen. Da weder der Beklagte noch die Klägerin die (insgesamt drei) Einvernahmeprotokolle anforderten, stellte die Vorinstanz den Parteien diese mit Schreiben vom 17. April 2020 zu, mit dem Hinweis, dass die Protokolle seit dem 28. Februar 2020 zur Einsicht zur Verfügung gestanden hätten (Urk. 56, 57). Ein Protokollberichtigungsbegehren wurde bei der Vorinstanz nicht gestellt. Auf die Rügen im Zusammenhang mit einer Verletzung von Art. 176 Abs. 1 ZPO ist daher

nicht näher einzugehen. Der offerierte Beizug der Audio-Aufnahmen der Zeugeneinvernahme kann dementsprechend unterbleiben.

2.6 Entgegen der Ansicht des Beklagten ist nach dem Gesagten auf das vorliegende Zeugenprotokoll von G.\_\_\_\_\_, aber auch auf die andern Zeugenprotokolle sowie das Verhandlungsprotokoll abzustellen.

3.1 Der Beklagte kritisiert, die Parteilichkeit der Einzelrichterin habe sich in weiteren aggressiv vorgetragenen Vorwürfen an die Adresse von Rechtsanwalt X2.\_\_\_\_\_ geäussert. Als der Zeuge F.\_\_\_\_\_ nicht pünktlich zu seiner Einvernahme am 30. April 2020 erschienen sei, habe die Einzelrichterin Rechtsanwalt X2.\_\_\_\_\_ angeschrien, wo denn "sein" Zeuge bleibe und weshalb er nicht dafür gesorgt habe, dass der Zeuge pünktlich erscheine. Die Einzelrichterin habe bewusst ausser Acht gelassen, dass es Rechtsanwalt X2.\_\_\_\_\_ als Parteivertreter untersagt gewesen sei, direkt mit dem Zeugen in Kontakt zu treten, so dass er weder eine Möglichkeit noch eine Pflicht gehabt habe, dessen pünktliches Erscheinen sicherzustellen. Auch dies bestätige, dass der Anspruch des Beklagten auf ein unabhängiges, unparteiisches Gericht nach Art. 29 BV verletzt worden sei (Urk. 62 S. 4 f.).

3.2 Es ist auf Erw. 1.3 zu verweisen, wonach laut bundesgerichtlicher Rechtsprechung nur besonders krasse oder wiederholte Irrtümer eine schwere Verletzung der Richterpflichten begründen. Dass der Tonfall der Richterin unangebracht gewesen sein soll, wurde von der Klägerin in Abrede gestellt (Urk. 74 S. 4). Der Beklagte macht denn auch nicht geltend, dass der Richterin bei der Zeugenbefragung von F.\_\_\_\_\_ die nötige Distanz und Neutralität gefehlt hätte. Ein objektiv begründeter Verdacht der Voreingenommenheit lässt sich daraus nicht ableiten.

4.1 Schliesslich moniert der Beklagte, man habe sich nach der am 28. Februar 2020 durchgeführten Zeugeneinvernahme darauf geeinigt, im Anschluss an die Einvernahme des letzten Zeugen, F.\_\_\_\_\_, schriftliche Schlussvorträge einzureichen. Die Einzelrichterin habe eine entsprechende Frist angesetzt. Mit Schreiben vom 17. April 2020 habe das Gericht plötzlich angekündigt, die Schlussvorträge mündlich durchzuführen, mit der Behauptung, dass keine Einigung gemäss

Art. 232 Abs. 1 ZPO vorgelegen habe. Wenn dies aber der Fall gewesen sein sollte - was bestritten werde - dann sei nicht erkennbar, weshalb das Gericht überhaupt eine Frist zum schriftlichen Schlussvortrag angesetzt habe. Es bleibe bei der Feststellung, dass das Gericht entweder treuwidrig oder aber wiederum in Unkenntnis der Bestimmungen der ZPO gehandelt habe. Beides sei inakzeptabel (Urk. 62 S. 5).

4.2 Wie unter Erw. 2.6 dargelegt, ist auf das ausgefertigte Protokoll abzustellen. Gemäss Protokoll der Beweisverhandlung vom 28. Februar 2020 erläuterte die Einzelrichterin nach den Zeugeneinvernahmen den Parteien den weiteren Verfahrensablauf: Am 30. April 2020 werde zunächst der Zeuge F.\_\_\_\_\_ einvernommen und anschliessend seien die mündlichen Schlussvorträge zu halten (Prot. I S. 18). Gemäss weiterer Protokollnotiz führte der Rechtsvertreter des Beklagten an, er bevorzuge einen schriftlichen Parteivortrag, der Vertreter der Klägerin erklärte, den Schlussvortrag mündlich halten zu wollen (Prot. I S. 18 f.). Die Behauptung, man habe sich auf schriftliche Schlussvorträge geeinigt, und die Einzelrichterin habe bereits eine Frist angesetzt, findet keine Stütze in den Akten. Da keine Einigung im Sinne von Art. 232 Abs. 2 ZPO vorlag, waren die Vorträge mündlich zu halten, da die Anordnung schriftlicher Schlussvorträge durch das Gericht entgegen dem Willen zumindest einer der Parteien nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes nicht zulässig ist (Pahud, DIKE-Komm-ZPO, Art. 232 N 4).

5. Zusammenfassend sind die Rügen im Zusammenhang mit der Verhandlungsführung und mit der Garantie des unparteiischen, unvoreingenommenen und unbefangenen Richters nach Art. 30 Abs. 1 BV unbegründet. Der Eventualantrag auf Rückweisung der Sache an die Vorinstanz und der darauf basierende Beschwerdeantrag Ziff. 4.2 betreffend die Richterperson sind deshalb abzuweisen.

#### D. Fazit

Nach dem Dargelegten vermag der Beklagte nicht darzutun, dass der angefochtene Entscheid an einem Mangel im Sinne von Art. 320 ZPO leidet. Die Beschwerde ist deshalb abzuweisen, soweit auf sie einzutreten ist.

### III.

Ausgangsgemäss sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens dem Beklagten aufzuerlegen, und er ist antragsgemäss zu verpflichten, der Klägerin eine angemessene Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 106 ZPO). Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist, basierend auf einem Streitwert von rund Fr. 9'570.–, in Anwendung von § 2 Abs. 1, § 4 Abs. 1 und § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG auf Fr. 1'690.– festzusetzen und mit dem vom Beklagten geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen (Art. 111 Abs. 1 ZPO). Die Höhe der Parteientschädigung ist auf Fr. 2'000.– zuzüglich 7.7 % Mwst festzulegen (§ 2 Abs. 1, § 4 Abs. 1, 12 Abs. 3 und § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV).

#### Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit auf sie eingetreten wird.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'690.– festgesetzt.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Beklagten auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
4. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für das Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 2'154.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Beklagten unter Beilage je einer Kopie von Urk. 76, 78 und 79, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

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

6. Eine **Beschwerde** gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 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. 9'571.75.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, Datum

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. D. Scherrer

lic. iur. S. Notz

versandt am: