

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PP200009-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein sowie Gerichtsschreiber MLaw R. Jenny

Urteil vom 26. Mai 2020

in Sachen

A._____,

Beklagter und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

B._____,

Kläger und Beschwerdegegner

betreffend **Forderung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im vereinfachten Verfahren des Bezirksgerichtes Meilen vom 20. Dezember 2019; Proz. FV170053

Erwägungen:

1.

1.1. Der Kläger schloss mit der Nachbarin des Beklagten einen Vertrag über den Bau einer Steinmauer und eines Plattenwegs. Gegen Ende der Arbeiten an diesem Mauerprojekt im Dezember 2016 schloss sodann der Beklagte gemäss klägerischer Darstellung mit C._____, einem Mitarbeiter des Klägers, einen separaten Vertrag über den Bau eines Sitzplatzes und die Positionierung von Steinen in seinem Garten; gemäss Beklagtem waren diese Arbeiten hingegen Teil des Mauerprojekts (vgl. act. 17 und 19). Der Kläger verlangt vom Beklagten die Bezahlung des Werklohnes und des verwendeten Materials. Nach gescheiterter Schlichtungsverhandlung reichte der Kläger am 6. November 2017 beim Bezirksgericht Meilen eine Klage ein und verlangte vom Beklagten Fr. 5'621.40 nebst Zins zu 5 % seit dem 18. Januar 2017 (vgl. act. 2). Am 18. Dezember 2017 nahm der Beklagte Stellung zur Klage (vgl. act. 14); die Hauptverhandlung fand am 14. März 2018 statt (vgl. act. 21). Anlässlich der Beweisverhandlung vom 19. September 2018 wurden drei Zeugen einvernommen: C._____, die Nachbarin, welche den Auftrag zum Mauerbau gegeben hatte, sowie ein weiterer Nachbar. Ausserdem wurde der Beklagte persönlich befragt (vgl. act. 45 f.). Die Schlussvorträge der Parteien datieren vom 26. November 2018 und 17. Dezember 2018 (vgl. act. 55 und 62). Mit Urteil vom 20. Dezember 2019 wurde der Beklagte verpflichtet, dem Kläger Fr. 5'621.40 (inkl. MwSt.) zuzüglich Zins zu 5 % seit 2. Februar 2017 zu bezahlen (vgl. act. 87).

1.2. Dagegen erhob der Beklagte am 11. Februar 2020 Beschwerde beim Obergericht. Er beantragte die Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheids und die vollumfängliche Abweisung der Klage, eventualiter die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz (vgl. act. 83). Den Kostenvorschuss von Fr. 1'100.– für das zweitinstanzliche Verfahren leistete der Beklagte auf erste Aufforderung hin (vgl. act. 89-91). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 1-81). Der Kläger beantwortete die Beschwerde mit Eingabe vom 22. März 2020 und verlangte deren Abweisung (vgl. act. 94). Der Beklagte nahm am 29. April 2020 Stellung zur

Beschwerdeantwort; diese Stellungnahme wurde dem Kläger am 4. Mai 2020 zur Kenntnisnahme zugestellt (vgl. act. 98-101). Das Verfahren ist spruchreif.

1.3. Für die Zustellung eines Entscheids trägt das Gericht die Beweislast. Das entspricht einem allgemeinen Grundsatz des Verfahrensrechts mit Blick auf die Zustellung von Sendungen, welche für den Empfänger Fristen auslösen oder einen Erscheinungstermin festlegen (vgl. OGer ZH PS170070 vom 10. April 2017 E. 3.3). Gemäss Auskunft der Post lässt sich nur noch nachweisen, dass der vorinstanzliche Entscheid am 7. Januar 2020 bei der Abhol-/Zustellstelle des Beklagten angekommen ist, nicht jedoch, wann der Beklagte die Sendung abgeholt hat (vgl. act. 88/1-2). Hier ist deshalb davon auszugehen, dass der Beklagte den Entscheid wie behauptet am 14. Januar 2020 und damit am letzten Tag innerhalb der siebentägigen Frist bei der Post abgeholt hat (vgl. act 83 N 2). Die Beschwerde übergab er am 11. Februar 2020 der Post, womit die 30tägige Beschwerdefrist eingehalten wurde.

1.4. Der vorinstanzliche Entscheid ist mit Beschwerde anfechtbar, da der Streitwert weniger als Fr. 10'000.– beträgt (vgl. Art. 319 lit. a und Art. 308 Abs. 2 ZPO). Mit der Beschwerde kann die unrichtige Rechtsanwendung und die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (vgl. Art. 320 ZPO). Neue Anträge, neue Tatsachen und neue Beweismittel sind im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (vgl. Art. 326 ZPO).

2.

Gemäss Beklagtem ist unklar, ob C._____ im Auftrag des Klägers oder aber im Auftrag des Gartenbauers D._____ tätig war. Der Kläger weigerte sich, das Vertragsverhältnis offen zu legen. Er – der Beklagte – habe im vorinstanzlichen Verfahren wiederholt auf die Relevanz des internen Verhältnisses zwischen diesen drei Herren hingewiesen. Die Klage hätte wegen fehlender Aktivlegitimation des Klägers abgewiesen werden müssen (vgl. act. 83 N 53). C._____ erklärte anlässlich seiner Zeugeneinvernahme, er sei über den Kläger zur Baustelle gekommen. Er sei beim Kläger temporär angestellt gewesen. Sonst sei er von Herrn D._____ angestellt gewesen. Dieser habe aber zu wenig Arbeit für ihn

gehabt, deshalb habe ihn der Kläger übernommen (vgl. act. 45 S. 19). Aufgrund dieser Aussagen im Rahmen der Einvernahme als Zeuge durfte die Vorinstanz davon ausgehen, dass C._____ im Auftrag des Klägers im Garten des Beklagten tätig war, und sie durfte damit auch die Aktivlegitimation des Klägers bejahen.

3.

3.1. Die Vorinstanz bejahte das Zustandekommen eines separaten Vertrags zwischen den Parteien und begründete dies wie folgt: Zur Frage, ob ein gesonderter, eigener Werkvertrag zustande gekommen sei, liege kein natürlicher Konsens vor. Die Erklärungen der Parteien seien deshalb nach dem Vertrauensprinzip auszulegen. Der Beklagte habe selber ausgeführt, er habe die Idee für die Erstellung des Sitzplatzes in seinem Garten in einem Gespräch mit C._____ entwickelt. Es sei – so die Vorinstanz weiter – mithin offensichtlich nicht um Details des von der Nachbarin initiierten Mauerbaus, sondern um einen klar abgrenzbaren Gegenstand im Zusammenhang mit der Gestaltung des beklaglichen Gartens gegangen. Die entsprechenden Weisungen seien unbestrittenermassen durch den Beklagten und nicht die Nachbarin erfolgt und die Beteiligten hätten mit Mehrkosten gerechnet, welche unbestrittenermassen der Beklagte zu zahlen in Aussicht gestellt habe. Ergänzend trete die Tatsache hinzu, dass vom Unternehmer bzw. von C._____ ein gesonderter Rapport für die Arbeiten erstellt und vom Beklagten unterzeichnet worden sei. Aufgrund dieser Umstände habe C._____ als Vertreter des Klägers – wie er dies denn auch getan habe – ohne Weiteres davon ausgehen dürfen, dass er die entsprechenden Arbeiten auf Bestellung des Beklagten verrichten werde und sich Letzterer zur Vergütung derselben verpflichtet habe. Es sei der klägerischen Ansicht zu folgen, wonach mit Bezug auf die Erstellung und Sicherung des Sitzplatzes im Garten des Beklagten zwischen den Parteien ein vom zwischen der Nachbarin und dem Kläger bestehenden Vertragsverhältnis unabhängiger Werkvertrag zustande gekommen sei (vgl. act. 87 E. 4.1.2, 4.1.3 und 4.2).

3.2. Der Beklagte wendet ein, die Vorinstanz habe das Zustandekommen des Werkvertrags letztlich einzig gestützt auf einen höchst zweifelhaften Zettel (act. 3/5) mit handgeschriebenen und erklärungsbedürftigen Stichworten verschiedener Autoren bejaht (vgl. act. 83 N 8). Die Vorinstanz kam jedoch nicht nur gestützt auf den handgeschriebenen Zettel mit Angaben über die verrichteten Arbeiten (act. 3/5) zu ihrem Ergebnis, sondern insbesondere aufgrund der Aussagen der Zeugen und des Beklagten in seiner Parteiaussage.

3.3. Gemäss Beklagtem habe es ihm am Bindungswillen gefehlt, und es habe keine übereinstimmenden Willensäusserungen gegeben (vgl. act. 83 N 53). Die Vorinstanz hatte mangels eines gemeinsamen und übereinstimmenden Willens des Beklagten und des klägerischen Mitarbeiters in Anwendung des Vertrauensgrundsatzes nach dem Sinn zu forschen, den die Parteien nach den Regeln von Treu und Glauben ihren gegenseitigen Willenserklärungen aufgrund der Gesamtheit der Umstände beimessen durften und mussten (vgl. BGE 142 III 239 E. 5.2.1 = Pra 107 [2018] Nr. 7). Die Vorinstanz kam zu Recht zum Schluss, dass C._____ davon ausgehen durfte, er habe die Arbeiten im Auftrag des Beklagten vorgenommen. So führte der Beklagte in seiner Parteiaussage u.a. aus, er (der Beklagte) habe gefunden, man könne einen Sitzplatz machen. Das sei ganz am Schluss völlig spontan entstanden. Er habe C._____ gefragt, was man machen könne, damit es "nicht dieser Weg sei". So sei der Sitzplatz entstanden. Er habe C._____ gefragt, ob es ähnliche Steine hätte und wie er das machen würde. C._____ habe diese Steine in der Grösse von 60 cm x 90 cm vorgeschlagen. Er (der Beklagte) habe das gut gefunden und habe gesagt, das sei okay (vgl. act. 46 S. 45). Der Beklagte bestätigte, dass er C._____ gesagt habe, er solle diesen Sitzplatz bauen. Die Mehrkosten für den Bau des Sitzplatzes anstatt des Weges würde er bezahlen. Gemäss C._____ sei das ein Betrag von Fr. 500.– bis Fr. 700.– (vgl. act. 46 S. 47).

3.4. Der Beklagte macht weiter geltend, er habe einfach vermutet, er müsse den handgeschriebenen Zettel (act. 3/5) deshalb unterschreiben, weil damit eine Abänderung des Bauprogramms von Frau E._____ dokumentiert worden sei. Der Zettel stelle keinen Rapport und zweifellos keine Beweisurkunde im materiell-

rechtlichen Sinne dar. Der Zettel werde nicht als Rapport bezeichnet, habe keinen Briefkopf und weise keinen Aussteller aus. Er sei auch weder von C. _____ noch vom Kläger unterzeichnet (vgl. act. 83 N 42 und 55). Der Beklagte unterzeichnete nach getaner Arbeit einen Zettel, den der Mitarbeiter des Klägers ihm vorlegte und auf dem dieser Mitarbeiter auflistete, welche Arbeiten er am 5. und 9. Dezember 2016 erledigt bzw. welches Material und welche Maschinen er dabei verwendet hat. Dass die Vorinstanz dieses Vorgehen als Indiz für einen separaten Vertragsschluss zwischen dem Kläger und dem Beklagten gewertet hat, ist nicht zu beanstanden.

3.5. Soweit der Beklagte geltend macht, es sei keine Vergütung vereinbart worden (vgl. act. 83 N 55), kann mit der Vorinstanz auf Art. 374 OR verwiesen werden, wonach der Preis nach Massgabe des Wertes der Arbeit und der Aufwendungen des Unternehmens festgesetzt wird, wenn er nicht zum voraus bestimmt worden ist (vgl. act. 87 E. 4.2.1).

3.6. Schliesslich ist der Beklagte der Ansicht, ohne Kenntnis über die Offerte und die Arbeitsrapporte über den Mauerbau lasse sich nicht sagen, ob ein Zusatzvertrag abgeschlossen worden sei. Die Vorinstanz hätte diese Dokumente einholen müssen. Aus der Offerte würde sich ergeben, ob die Arbeiten am Sitzplatz nicht bereits Gegenstand des Grundvertrags zwischen dem Kläger und der Nachbarin gewesen seien. Die Arbeitsrapporte brauche es, um zu verifizieren, ob die auf dem handgeschriebenen Zettel (act. 3/5) aufgeführten Arbeiten nicht auch der Nachbarin in Rechnung gestellt worden seien und Teil des Mauerbaus bildeten (vgl. act. 83 N 11, 42 und 50). Gemäss eigenen Ausführungen anlässlich der Hauptverhandlung nahm der Beklagte im parallel laufenden Strafverfahren Kenntnis von den Arbeitsrapporten zwischen der Nachbarin und dem Kläger, wobei die Rapporte aus der Woche vom 21. bis 27. November 2016 auch im Strafverfahren nicht vorgelegt wurden (vgl. act. 19 S. 4). Die Idee für den Sitzplatz entstand gemäss Angaben des Beklagten spontan am zweitletzten Tag der Arbeiten an der Mauer, also am 8. Dezember 2016 (vgl. act. 46 S. 44 f. sowie act. 83 N 5, 12 und 15). Somit können die Arbeiten am Sitzplatz aber nicht bereits Teil der Offerte für das Mauerprojekt gewesen sein, und die Rapporte vom 21. bis 27. November

2016 können nicht den Sitzplatz betreffen. Die Rapporte, zu denen der Beklagte aufgrund des Strafverfahrens Zugang hat, hätte er sodann rechtzeitig in das vorliegende Verfahren einbringen können. Die Vorinstanz konnte somit das Zustandekommen eines Zusatzvertrags bejahen, ohne die Offerte und die Arbeitsrapporte über den Mauerbau einzuholen.

3.7. Im Ergebnis ging die Vorinstanz zu Recht davon aus, dass aufgrund der Abmachungen zwischen dem Beklagten und C._____ ein separater Vertrag über die Erstellung eines Sitzplatzes und die Platzierung von Steinen im Garten des Beklagten geschlossen wurde, dessen Parteien der Kläger und der Beklagte sind. Wie sich aus dem Beweisverfahren ergeben hat, dienten die Steine zur Sicherung des Sitzplatzes (vgl. act. 45 S. 6 sowie act. 46 S. 7, 36 und 44).

4.

4.1. Der Beklagte ist der Ansicht, der Kläger habe den Umfang der geleisteten Arbeiten ungenügend bzw. zu wenig substantiiert dargelegt, was zu einer Abweisung der Klage hätte führen müssen (vgl. act. 83 N 28, 41 und 58). Die Vorinstanz ist hingegen der Ansicht, der Kläger habe den Umfang der geleisteten Arbeiten genügend dargelegt, der Beklagte habe diesen Umfang jedoch ungenügend bzw. zu wenig substantiiert bestritten: der anwaltlich vertretene Beklagte habe sich nicht damit begnügen können, den Gesamtbetrag der Rechnung zu bestreiten, wie er dies im Rahmen der Hauptverhandlung getan habe. Vielmehr hätte er seine Bestreitungen unter Bezugnahme auf die vom Kläger einzeln aufgeführten Positionen substantiieren müssen. So kam die Vorinstanz zum Schluss, der Umfang der geleisteten Arbeiten gelte als unbestritten (vgl. act. 87 E. 4.2).

4.2. Eine Tatsache ist zunächst in ihren wesentlichen Zügen so schlüssig zu behaupten, dass bei der Annahme, die Tatsache sei wahr, auf die gewünschte Rechtsfolge geschlossen werden kann. Nur soweit der Prozessgegner den schlüssigen Tatsachenvortrag der behauptungsbelasteten Partei bestreitet, greift eine über die Behauptungslast hinausgehende Substanziierungslast. Die Vorbringen sind diesfalls nicht nur in den Grundzügen, sondern in Einzeltatsachen zergliedert so umfassend und klar darzulegen, dass darüber Beweis abgenommen

oder dagegen der Gegenbeweis angetreten werden kann (vgl. BGer 4A_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2.1). Grundsätzlich sind Behauptungen in den Rechtsschriften bzw. den Parteivorträgen aufzustellen und ein Verweis auf Beilagen ist nicht zulässig. Bei wenigen selbsterklärenden Beilagen kann es aber überspitzt formalistisch sein, deren Abschreiben in der Rechtsschrift bzw. deren Wiederholung im Parteivortrag zu fordern. Entscheidend ist, ob die Gegenpartei weiss, wogegen sie argumentieren muss (vgl. OGer ZH PF190021 vom 8. August 2019 E. V.5, OGer ZH NE100005 vom 10. November 2010 E. 6.1 und BGer 4A_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2.2).

Bestreitungen sind so konkret zu halten, dass sich bestimmen lässt, welche einzelnen Behauptungen des Klägers damit bestritten werden; die Bestreitung muss ihrem Zweck entsprechend so konkret sein, dass die Gegenpartei weiss, welche einzelne Tatsachenbehauptung sie beweisen muss (vgl. Art. 222 Abs. 2 ZPO). Je detaillierter ein Parteivortrag ist, desto höher sind die Anforderungen an eine substantiierte Bestreitung. Diese sind zwar tiefer als die Anforderungen an die Substantiierung einer Behauptung; Pauschale Bestreitungen reichen indessen nicht aus. Erforderlich ist eine klare Äusserung, dass der Wahrheitsgehalt einer bestimmten und konkreten gegnerischen Behauptung infrage gestellt wird (vgl. BGer 4A_443/2017 vom 30. April 2018 E. 4.1).

4.3. In seiner Klage führte der Kläger aus, er habe in der Gartenanlage des Beklagten einen Auftrag ausführen dürfen. Nach Beendigung der Arbeiten habe er einen handgeschriebenen Rapport/Regierapport erstellt, welcher durch den Beklagten mit seiner eigenhändigen Unterschrift visiert worden sei (vgl. act. 2). Als Beilage zu seiner Klage reichte der Kläger u.a. ein von ihm im Beilagenverzeichnis als "unterzeichneter Arbeitsrapport" bezeichnetes Dokument ins Recht, auf dem folgende Angaben aufgeführt sind: 5.12.16: Einkiesen verdichten 6 m³, Granitsteine versetzen 40 x 40 16 m¹, PW 150 km, Humus 3 m³, C. _____ 7h, Bagger 3h, Vibro 1 h; 9.12.16: Platten in Splitt verlegen, Splitt 3/4 m³, Platten 60 x 90 cm 12 St., Flex 1h, Bergschotter 16-32 1/2 m³, C. _____ 7h, Humus 2 m³, PW 170 km (vgl. act. 3/5).

In seiner Stellungnahme zur Klage entgegnete der Beklagte, es werde mit keinem Wort gesagt, wann und wo der Auftrag ausgeführt worden sei, wie das geschehen und was der Inhalt gewesen sei, und welche Preise dafür offeriert und akzeptiert worden seien. Das gelte selbst dann, wenn man die Beilagen berücksichtige. Auf dem Papier seien Materialien und Arbeitsstunden von C._____ vom 5. und 9. Dezember aufgeführt. Den Beklagten gehe nur der zweite Teil etwas an. Seine Nachbarn und der Kläger hätten sich später verbündet, um den Versuch zu unternehmen, ihm einen Teil der Kosten des Mauerbaus anzulasten (vgl. act. 14 S 2 f.).

Im Rahmen seiner Replik anlässlich der Hauptverhandlung erklärte der Kläger, der Beklagte habe C._____ damit beauftragt, Arbeiten auszuführen, welche nichts mit dem Mauerbau zu tun gehabt hätten. Auf dem handgeschriebenen Zettel seien stichwortartig die ausgeführten Arbeiten, die beiden Daten der Ausführungstage, die geleisteten Arbeitstotalstunden, die Maschinenstunden und das verwendete Material aufgeführt (vgl. act. 17 S. 1). Auf Nachfrage der Einzelrichterin erklärte er sodann, der Inhalt des Zusatzauftrages sei gewesen, dass sie Platten für den Beklagten verlegen. Die Platten hätten bestellt, verlegt und ein Kiesbett für die Platten erstellt werden müssen. Dazu sei gekommen, dass der Beklagte grosse Steine auf seinem Grundstück platziert haben wollte. Der Inhalt des Auftrags gehe aus dem eingereichten Rapport hervor (vgl. act. 21 S. 2).

Dem entgegnete der (unterdessen anwaltlich vertretene) Beklagte in seiner Duplik, bei act. 3/5 handle es sich um einen Fresszettel mit irgendwelchen schwammigen Angaben zu Zeit, Menge und Arbeit bzw. um einen Zettel mit einigen Zahlen und Stichworten ohne jede Zuordnung für wen, von wem, wie, warum was unter welchem rechtlichen Titel gemacht worden sei. Die Angaben seien vollumfänglich bestritten, sie seien im Übrigen auch widersprüchlich und liessen sich nicht mit der Rechnungstellung gemäss Akten in eine schlüssige Übereinstimmung bringen (vgl. act. 19 S. 1).

4.4. Mit seinen Vorbringen kam der nicht anwaltlich vertretene Kläger seiner Behauptungs- und Substanziierungslast in genügender Weise nach. Für die ausgeführten Arbeiten, die Arbeits- und Maschinenstunden sowie das verwendete

Material verwies er auf eine einseitige Beilage mit entsprechenden Angaben. Damit äusserte er sich so klar zum Inhalt des Vertrages, dass der Beklagte wusste, wogegen er argumentieren musste.

Bei den Bestreitungen des Beklagten ist zu differenzieren. Der Beklagte wies in seiner Beschwerde darauf hin, er habe in der Stellungnahme zur Klage zu den Positionen vom 5. Dezember 2016 erklärt, diese gingen ihn nichts an. Die Nachbarin und der Kläger versuchten, ihm einen Teil der Mauerkosten aufzubürden (vgl. act. 83 N 58). Diese Ausführungen in der Stellungnahme zur Klage sind eine genügend klare Äusserung, welche die Behauptung, am 5. Dezember 2016 habe der Kläger für den Beklagten die aufgelisteten Arbeiten in seinem Garten verrichtet, in Frage stellt. Die Vorinstanz erachtete die Arbeiten vom 5. Dezember 2016 damit zu Unrecht als unbestritten. Anders sieht es mit den Arbeiten vom 9. Dezember 2016 aus: Der Beklagte erklärte in der Stellungnahme zur Klage, nur dieser Teil gehe ihn etwas an. Er stellte sich dann aber auf den Standpunkt, diese Kosten habe er nicht zu tragen, ohne auf die einzelnen Positionen einzugehen. Dem zu diesem Zeitpunkt bereits anwaltlich vertretenen Beklagten wäre es möglich gewesen, in seiner Duplik zu bestreiten, dass der Kläger für ihn an jenem Tag (in diesem Umfang) Platten in Splitt verlegt habe, Splitt, Platten, Bergschotter und/oder Humus (im angegebenen Umfang) für ihn verwendet worden sei oder C._____ (in diesem Umfang) für ihn arbeiten bzw. Kilometer zurücklegen musste. Stattdessen erklärte er nur im Sinne einer pauschalen Bestreitung, die Angaben auf dem Zettel seien schwammig bzw. unklar, er bestreite diese vollumfänglich. Damit ist die vorinstanzliche Einschätzung, diese Posten vom 9. Dezember 2016 seien unbestritten, zu schützen.

4.5. Der Beklagte erklärt in seiner Beschwerde, der Klagebetrag basiere auf act. 3/6 i.V.m. 3/4, und weiche ab von act. 3/5. Auf act. 3/4 und 3/6 habe der Kläger aber nicht verwiesen (vgl. act. 83 N 61). In seiner Klage schrieb der Kläger, die Rechnungstellung beruhe auf dem handgeschriebenen Rapport (vgl. act. 2). In der Rechnung (act. 3/6) wird der Totalbetrag ohne MwSt. mit Fr. 5'205.– angegeben. Dies entspricht dem Betrag, der in act. 3/4 aufgeführt wird. Act. 3/4 bezeichnete der Kläger in seinem Beilagenverzeichnis als "Zusammenfassung ge-

mäss Arbeitsrapport". Die aufgeführten Positionen entsprechen den Angaben gemäss act. 3/5. Die einzelnen Beträge für die Positionen in act. 3/4 weichen (zugunsten des Beklagten) von den Beträgen gemäss act. 3/5 ab. Für den Beklagten war aufgrund der übersichtlichen act. 3/4, 3/5 und 3/6 klar erkennbar, dass der Kläger die konkreten Beträge für die einzelnen Positionen aus act. 3/4 ableitete; entsprechend hätte er die dort aufgeführten Beträge vom 9. Dezember 2016 substantiiert bestreiten können, was er nicht tat.

4.6. Die Positionen vom 9. Dezember 2016, welche unbestritten blieben, belaufen sich auf Fr. 1'462.50 plus 8 % MwSt., also auf total Fr. 1'579.50. Insoweit wurde die Klage zu Recht gutgeheissen. Da die Positionen vom 5. Dezember 2016 bestritten wurden, muss geprüft werden, ob dem Kläger hinsichtlich dieser Positionen der Beweis einer Forderung gelungen ist. Zur Wahrung des Instanzenzugs ist die Sache dafür an die Vorinstanz zurückzuweisen, welche unter anderem die Aussagen des Zeugen C. _____ zu den 16 Laufmeter Granitsteine zu beachten haben wird (vgl. act. 45 S. 11 und 23).

5.

Ist der Prozess zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen, so ist der angefochtene Entscheid auch hinsichtlich der Kosten- und Entschädigungsfolgen aufzuheben und die Vorinstanz wird neu darüber zu befinden haben. Festzusetzen ist heute einzig die Entscheidgebühr für das zweitinstanzliche Verfahren, und zwar in Anwendung von § 4 Abs. 1 sowie § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG auf Fr. 1'100.–. Die Gerichtskosten sind mit dem vom Beklagten geleisteten Vorschuss zu verrechnen (vgl. Art. 111 Abs. 1 ZPO). Der Entscheid über die Verteilung der Gerichtskosten und damit über eine allfällige Ersatzpflicht nach Art. 111 Abs. 2 ZPO ist dem Endentscheid der Vorinstanz zu überlassen (vgl. Art. 104 Abs. 4 ZPO). Für das zweitinstanzliche Verfahren ist gestützt auf § 4 Abs. 1 und § 13 Abs. 1 und 4 AnwGebV eine Parteientschädigung von Fr. 700.– zuzüglich Mehrwertsteuer festzusetzen. Dies betrifft lediglich den anwaltlich vertretenen Beklagten (vgl. Art. 95 Abs. 3 lit. b ZPO und § 1 AnwGebV). Der nicht anwaltlich vertretene Kläger verlangt zwar eine Abweisung der Beschwerde unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Beklagten (vgl. act. 94). Er macht aber weder

Ausführungen zu Auslagen im Sinne von Art. 95 Abs. 3 lit. a ZPO noch zu Umtrieben im Sinne von Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO, welche ihm durch das Beschwerdeverfahren entstanden sind. Eine an ihn zu zahlende Parteientschädigung für das zweitinstanzliche Verfahren entfällt damit unabhängig vom Ausgang des Verfahrens. Der Entscheid über eine allenfalls dem Beklagten zustehende Parteientschädigung für das Beschwerdeverfahren ist der Vorinstanz zu überlassen (vgl. Art. 104 Abs. 4 ZPO).

Es wird erkannt:

1. Die Verfügung und das Urteil des Einzelgerichts des Bezirksgerichtes Meilen vom 20. Dezember 2019 werden aufgehoben, und die Sache wird zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'100.– festgesetzt und mit dem vom Beklagten geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
3. Die volle zweitinstanzliche Parteientschädigung für eine anwaltlich vertretene Partei wird auf Fr. 700.– zuzüglich Mehrwertsteuer festgesetzt.
4. Die weitere Regelung der Prozesskosten des vorliegenden Beschwerdeverfahrens wird dem neuen Entscheid des Bezirksgerichtes vorbehalten.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die Obergerichtskasse und an das Bezirksgericht Meilen, je gegen Empfangsschein.

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

6. Eine **Beschwerde** gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert **30 Tagen** von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder

Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 5'621.40.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

MLaw R. Jenny

versandt am: