

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: NP130018-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter Dr. P. Higi und Ersatzrichterin Prof. Dr. I. Jent-Sørensen sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. M. Weibel.

Urteil vom 4. September 2013

in Sachen

A. _____,

Beklagter und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____ **AG,**

Klägerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. _____

betreffend **Forderung**

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes im vereinfachten Verfahren des Bezirksgerichtes Horgen vom 24. Mai 2013; Proz. FV130013

Rechtsbegehren der Widerklage (act. 6/10 S. 2):

- "1. Die Klage sei vollumfänglich abzuweisen;
2. es sei die Klägerin (und Widerbeklagte) widerklageweise zur Zahlung des in der Höhe noch gutachterlich festzulegenden Schadens nebst Zins zu 5 % seit Klageeinleitung an den Beklagten (und Widerkläger) zu verpflichten;
3. eventualiter sei der Klägerin (und Widerbeklagte) zu verpflichten die verursachten Schäden unter Aufsicht und Anweisung des Beklagten (und Widerklägers) auf eigene Kosten zu beheben;
4. alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerin".

Prozessualer Antrag:

"In prozessualer Hinsicht sei mittels Gutachtens die Höhe des durch die mangelhaften Arbeiten der Klägerin beim Beklagten verursachten Schadens festzustellen. Der Gutachter sei durch das Gericht zu bestimmen".

Verfügung des Bezirksgerichtes vom 24. Mai 2012 (act. 6/13 = act. 5):

1. "Auf die Widerklage gemäss den beklagtischen Begehren Ziffer 2 und Ziffer 3 sowie auf den prozessualen Antrag der Eingabe des Beklagten vom 13. Mai 2013 wird nicht eingetreten.
2. Die Kosten dieser Verfügung werden auf Fr. 800.-- festgesetzt.
3. Die Kosten werden dem Beklagten auferlegt.
- 4./7. (...)

Berufungsanträge:

Des Beklagten (act. 2 S. 2):

- "1. Die Verfügung der Vorinstanz vom 24. Mai 2013 sei aufzuheben;
2. Auf die Widerklage gemäss dem beklagtischen Begehren Ziffer 2 sowie auf den prozessualen Antrag der Eingabe des Beklagten vom 13. Mai 2013 sei einzutreten.
3. alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Vorinstanz".

Erwägungen:

I.

1. Die Klägerin, Widerbeklagte und Berufungsbeklagte (im Folgenden: Klägerin) hat bei der Renovation des Badezimmers im Haus des Beklagten, Widerklägers und Berufungsklägers (im Folgenden: Beklagter) Sanitärarbeiten ausgeführt. Der Beklagte hält die Arbeiten in verschiedener Hinsicht für mangelhaft. Im Forderungsprozess betreffend Werklohn hat der Beklagte im Zusammenhang mit diesen Mängeln Widerklage erhoben. Die Vorinstanz ist auf die Widerklage nicht eingetreten.

2. Der Beklagte hat gegen diesen Nichteintretensentscheid der Vorinstanz rechtzeitig Berufung erhoben. Den ihm auferlegten Kostenvorschuss hat er bezahlt (act. 7, 9).

3. Der Klägerin wurde mit Verfügung vom 14. August 2013 Frist zur Berufungsantwort angesetzt (act. 10). Mit Eingabe vom 2. September 2013 (act. 12) teilte sie mit, dass sie auf Stellungnahme verzichte und sich einer Antragstellung enthalte. Die Sache ist spruchreif.

II.

1. Die Vorinstanz hat ihren Nichteintretensentscheid zusammengefasst wie folgt begründet: Der Beklagte und Widerkläger stelle in Ziff. 2 und 3 seines Begehrens unzulässige bzw. unzulängliche Rechtsbegehren, indem er die Verpflichtung zur Bezahlung eines "in der Höhe noch gutachterlich festzustellenden Schadens" verlange bzw. (eventualiter) beantrage, die "verursachten Schäden unter Aufsicht und Anweisung des Beklagten" zu beheben. Schaden sei ein rechtlicher Begriff und der Vollstreckung nicht zugänglich (act. 5 S. 4). Es könne keine Verpflichtung "unter Aufsicht und Anweisung" des Bestellers ausgesprochen werden, weil das im Gesetz nicht vorgesehen sei. Es müsse sich bereits aus dem

Rechtsbegehren ergeben, was verlangt werde, welchen Anforderungen Ziff. 3 nicht genüge (act. 5 S. 4); es sei für die Klägerin nicht ersichtlich, welche konkreten Handlungen von ihr verlangt würden. Ziff. 2 des Rechtsbegehrens sei ebenfalls nicht bestimmt und nicht beziffert und es werde auch nicht behauptet, warum eine unbezifferte Forderungsklage zulässig sein solle, die ohnehin nur in Frage komme, wenn die Bezifferung unmöglich oder unzumutbar sei (act. 5 S. 4). Auch mit dem prozessualen Antrag könnten die Mängel der erhobenen Widerklage nicht behoben werden, hauptsächlich, weil es an konkreten Tatsachenbehauptungen fehle, die gutachterlich erstellt werden könnten (act. 5 S. 4 f.). Der Realanspruch auf unentgeltliche Verbesserung des Werkes gehe einem allfälliger Anspruch auf Kostenersatz vor. In der Widerklage sei gerade die umgekehrte Reihenfolge gewählt worden (act. 5 S. 5).

2. Der Beklagte macht in der Berufung geltend, dass die Mängel des Umbaus unschwer zu erkennen seien und deshalb auch dezidiert in der Widerklageschrift aufgeführt worden seien. Es lasse sich jedoch ohne erheblichen Aufwand nicht feststellen, wie hoch die Kosten einer Sanierung am Ende sein würden. Ein Parteigutachten wäre aufwändig und von der Gegenpartei wohl bestritten worden (act. 2 S. 4 f.). Die Folge davon sei gewesen, dass der Beklagte den Streitwert der Widerklage nicht habe beziffern können, was zur Formulierung des "gutachterlich noch festzulegenden Schadens" geführt habe (act. 2 S. 5). Was das von der Vorinstanz wegen Nichtbezifferung des Streitwertes und der Verwendung des Begriffs Schaden für unzulässig gehaltene Rechtsbegehren Ziff. 2 angehe, weist der Beklagte darauf hin, dass (vorerst) von der Bezifferung des Rechtsbegehrens abgesehen werden könne, wenn die Bezifferung unmöglich bzw. unzumutbar sei. Dem Beklagten sei es aus den bereits dargelegten Gründen nicht zumutbar gewesen, ein Gutachten zu veranlassen, um den Streitwert genau beziffern zu können, was in Lehre und Rechtsprechung auch als zulässig erachtet werde (act. 2 S. 5 f.). Der Beklagte habe als Mindeststreitwert den Betrag von Fr. 25'000.-- genannt, womit Art. 85 ZPO Genüge getan sei (act. 2 S. 6). Mit der Verwendung des Begriffes "Schaden" werde gerade nicht der Schaden im Rechtssinn gemeint; er hätte auch durch das Wort "Betrag" oder "Forderung" ersetzt werden können bzw. sollen (act. 2 S. 6). Es sei ausserdem auf BGE 137 III

617 E. 6.2 hinzuweisen, wonach auch auf formell mangelhafte Rechtsbegehren einzutreten sei, wenn sich aus der Begründung ergebe, was der Berufungskläger verlange. Aus dem Rechtsbegehren und der Begründung ergebe sich ganz eindeutig, dass der Beklagte mit dem Umbau nicht zufrieden gewesen sei. Weiter sei klar ersichtlich, dass die Mangelbehebungskosten grösser seien als die Klage, dass die Festsetzung der Mangelbehebungskosten verlangt werde und dass die Klägerin entsprechend verpflichtet werden solle (act. 2 S. 7). Das Nichteintreten ohne Ansetzung einer vorherigen Nachfrist sei überspitzt formalistisch und auf die Widerklage daher sei einzutreten.

3. Grundlage ist Art. 368 Abs. 2 OR, wonach dem Besteller bei minder erheblichen Mängeln ein Minderungs- und ein Nachbesserungsrecht zusteht (Peter Gauch, Der Werkvertrag, 5. Aufl., Zürich 2011, Rz 1487a). Gegebenenfalls kann der Besteller – zusätzlich – Ersatz für den Mangelfolgeschaden verlangen (Gauch, a.a.O., Rz 1489; Rz 1848 ff.). Verlangt der Besteller gegenüber dem Unternehmer eine Nachbesserung (durch einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung), so hat er ein Gestaltungsrecht ausgeübt und es entsteht eine einklagbare Pflicht auf Nachbesserung und als Gegenstück dazu das Recht des Unternehmers auf unentgeltliche Leistung der Nachbesserung (Gauch, a.a.O., Rz 1702, Rz 1705). Die Klage auf Nachbesserung kann – jedenfalls primär – nicht auf die Bezahlung des erforderlichen Geldbetrages lauten, sondern der richtigerweise auf Nachbesserung anzurufende Richter hat dem Unternehmer zu befehlen, die geschuldete Leistung zu erbringen (Gauch, a.a.O., Rz 1803). Anzuordnen ist nur die Nachbesserung als solche; die Art der Mängelbeseitigung bestimmt der Unternehmer selber (Gauch, a.a.O., Rz 1803). Unzulässig ist es, nachdem die Nachbesserung verlangt wurde, unmittelbar eine Geldleistung zu verlangen; einzig bei einem Verzicht des Unternehmers auf Nachbesserung kann als Ersatz für die Nichterfüllung Schadenersatz verlangt werden (Gauch, a.a.O., Rz 1804). Fehlt ein solcher Verzicht, so muss für die Nachbesserung zuerst eine Nachfrist angesetzt werden und erst wenn diese Nachfrist ergebnislos, d.h. ohne vollständige Mängelbehebung abgelaufen ist, kommt Art. 107 Abs. 2 OR zur Anwendung (Gauch, a.a.O., Rz 1795), und das ursprüngliche Wahlrecht des Bestellers lebt wieder auf, wobei ihm jetzt (aber erst jetzt) das alternative Recht auf Ersatz des Schadens

aus Nichterfüllung zusteht (Gauch, a.a.O., Rz 1797; vgl. auch a.a.O. Rz 1798 zur Androhung der Aufhebung des Vertrages zusammen mit der Nachfristansetzung). Der Besteller darf nicht schlechter gestellt sein als wenn das Werk von Anfang an mängelfrei abgeliefert worden wäre, wozu "auch die «Begleitkosten» der Nachbesserung, die mit der Mängelbeseitigung zwar nur mittelbar, funktional aber doch so eng verbunden sind, dass sie rechtlich ... zum Bereich der Mängelbeseitigung gehören" (Gauch, a.a.O., Rz 1717 und 1718 ff.). Gegebenenfalls kann ein allfälliger Mangelfolgeschaden – ein Schaden im Rechtssinn – zu ersetzen sein (Gauch, a.a.O., Rz 1725, Rz 1848 ff.).

4. Für den vorliegenden Fall ergibt sich Folgendes: Der Beklagte hat in seiner Widerklage die Zahlung des festzusetzenden Schadens nebst Zins verlangt. Ihm ist darin zuzustimmen, dass die Verwendung des Begriffes "Schaden" insofern nicht wörtlich genommen werden kann, als es sich bei dem von ihm geltend gemachten Betrag um Kosten der Nachbesserung handeln dürfte, die – verschuldensunabhängig – keinen Schaden im Rechtssinn darstellen, sofern klar ist, was der Beklagte verlangt. Und das dürfte insoweit zu bejahen sein, als er offenbar geltend machen will, dass es um den von ihm als mangelhaft bezeichneten Badezimmerumbau zuzüglich Begleitkosten geht. Hingegen ist es nicht zutreffend, dass die Voraussetzungen für eine unbezifferte Forderungsklage gemäss Art. 85 ZPO gegeben sind. Definitiv feststehen würden die Kosten der Mängelbehebung samt Begleitkosten dann, wenn der Beklagte sie auf eigene Kosten hätte beheben lassen. Dazu war er hier – nachdem er die Nachbesserung verlangt hatte – nicht befugt, was allerdings nicht im Zusammenhang mit der Zulässigkeit der Widerklage, sondern erst mit der materiellen Beurteilung zu prüfen ist. Anzumerken ist aber, dass der Besteller des mangelhaft ausgeführten Werkes die Nachbesserungskosten, wenn er sich für diese entschieden hat, nicht vorzuschüssen braucht, sondern dass er ein Recht auf Vorauszahlung der mutmasslichen Kosten hat, weil ihm die Nachbesserung auf eigene Kosten nicht zugemutet werden kann (Gauch, a.a.O., Rz 1816). Es handelt sich diesfalls um einen "vorweggenommenen Aufwandsatz", und der Besteller hat über den erhaltenen (im Hinblick auf die unbestimmte Höhe) grosszügig bemessenen Vorschuss abzurechnen und einen allfälligen Überschuss zurückzuerstatten (Gauch, a.a.O., Rz 1818). Diesbe-

züglich braucht es für die Bezifferung keine Expertise, sondern ein solch grob bemessener Vorschuss für den mutmasslichen Aufwandsatz kann aufgrund einer gewöhnlichen Kostenschätzung von Handwerkern veranlasst werden. Soweit es sich um auswärtige Übernachtungen etc. handelt, wäre der Beklagte selber zur Bezifferung in der Lage. Hingegen muss klargestellt werden, für welche Positionen welcher (ungefähre) Betrag veranschlagt wird; ein pauschaler Wert von ca. Fr. 25'000.-- ist nicht genügend, weil seine Aufteilung auf die verschiedenen Nachbesserungspositionen und Begleitkosten in keiner Art und Weise ersichtlich ist. Für die Zulassung der Widerklage ist dies der entscheidende Punkt, so dass auf Ziff. 2 des Begehrens des Beklagten zu Recht nicht eingetreten wurde. Diesbezüglich ist die Berufung abzuweisen.

5. Als Eventual-Widerklagebegehren hat der Beklagte die Behebung der "verursachten Schäden unter Aufsicht und Anweisung des Beklagten (und Widerklägers) auf eigene Kosten" verlangt. Dass das Nachbesserungsrecht unabhängig von allfälligen Weisungen besteht, ist erwähnt worden (vgl. oben II./3.). Das ist allerdings eine Frage, die sich nicht im Zusammenhang mit der Zulässigkeit der Widerklage stellt, sondern die beim Entscheid über die Nachbesserung als solche zu beurteilen wäre. Die Nachbesserung könnte denn durchaus auch ohne "Aufsicht und Anweisung" des Beklagten angeordnet werden. Für die Eintretensfrage ist nur von Bedeutung, ob ein Rechtsbegehren, mit dem die "Behebung der verursachten Schäden" verlangt wird, genügt. Zu was die Klägerin verurteilt werden soll, ergibt sich aus dieser Formulierung als solcher zweifelsfrei nicht. Fraglich kann deshalb nur noch sein, ob die "verursachten" Schäden in der Begründung der Widerklage ausreichend deutlich sind und inwieweit die Begründung zur Ergänzung der Rechtsbegehren herangezogen werden kann.

Der Beklagte beruft sich darauf, dass die Begründung das, was es zu tun gebe, deutlich benenne und auch erkläre, und er verweist auf BGE 137 III 617 E. 6.2 samt Hinweisen. In diesem Entscheid ging es um Unterhaltsbeiträge, die im erstinstanzlichen Verfahren betragsmässig genau festgelegt worden waren. Der anwaltlich vertretene Unterhaltsverpflichtete verlangte die "zu zahlenden Unterhaltsbeiträge seien unter Einbezug der Erwägungen in nachfolgender Begrün-

dung festzulegen", worauf die Rechtsmittelinstanz auf die Berufung wegen ungenügender Anträge nicht eintrat. Das Bundesgericht wies darauf hin, dass Rechtsbegehren so bestimmt sein müssten, dass sie im Falle der Gutheissung der Klage unverändert zum Dispositiv erhoben werden können (a.a.O., E. 4.3). Selbst im Geltungsbereich der Untersuchungsmaxime bestehe die Pflicht, das Rechtsbegehren so zu formulieren, dass der Rechtsstreit überhaupt an die Hand genommen werden könne, so dass es keine formelle Rechtsverweigerung sei, wenn in der Berufung bestimmte und im Falle von Geldforderungen bezifferte Begehren verlangt würden (a.a.O., E. 6.1). Allerdings – so das Bundesgericht in E. 6.2 – gebe es jedoch das Verbot des überspitzten Formalismus zu beachten, woraus folge, dass auf Berufungen mit formell mangelhaften Rechtsbegehren einzutreten sei, wenn sich aus der Begründung, allenfalls zusammen mit dem angefochtenen Entscheid ergebe, was der Berufungskläger in der Sache verlange oder bei zu beziffernden Rechtsbegehren, welcher Geldbetrag verlangt werde. Rechtsbegehren seien daher im Lichte der Begründung auszulegen.

Wie Rechtsbegehren im Zusammenhang mit der Nachbesserung von Werkmängeln genau formuliert werden müssen, ist gesetzlich nicht geregelt. Eine Orientierungshilfe findet sich bei der Mängelrüge gemäss Art. 367 Abs. 1 OR, die im Hinblick auf die Formulierung des Rechtsbegehrens hilfreich ist. Dort wird eine sachgerechte Substantiierung verlangt, wobei die Anforderungen explizit tiefer sind als in einem allfälligen Prozess (Gauch, a.a.O., Anm. 1040 auf S. 771). Der Besteller hat jeden Mangel, den er rügt, hinreichend genau anzugeben; "der Unternehmer muss der Mitteilung des Bestellers entnehmen können, in welchem Punkt und in welchem Umfang der Besteller das Werk als mangelhaft erachtet" (Gauch, a.a.O., Rz 2130 f.).

Der Beklagte hat in seiner Klageantwort und Widerklagebegründung (act. 6/10 Rz 17 S. 6) ausgeführt: "Vorliegend sind beim Umbau des Badezimmers durch die Klägerin ... verschiedenste Mängel verursacht worden, welche nachfolgend im Einzelnen aufgelistet werden, wobei an der ursprünglichen Nummerierung in der Mängelrüge vom 21. Oktober 2012 festgehalten wird:

1. "Die Wandeinbausiphons der beiden Waschbecken wurden zu tief eingebaut". Es folgt ein Hinweis darauf, warum dies passiert sein dürfte (Mitarbeiter habe fälschlicherweise vom Boden her gemessen). Das sei in der Folge unzureichend korrigiert worden, indem die Einbausiphons nun zwar die richtige Höhe haben, jedoch der Wandausschnitt durch die Verlegung nicht mehr durch die Blenden abgedeckt werde. Die Siphons seien ausserdem schräg eingebaut und ungenügend befestigt.

4. "Die Kombination aus dem High-Flow Thermostat und den Absperrventilen sei nicht korrekt eingebaut worden" (was durch einen Servicetechniker der Vertretung der Herstellerin festgestellt worden sei). Die Kombination sei vertikal schief eingebaut, indem der Abstand zur in der Waage befindlichen Wand nun 60 cm, 59 cm sowie 59,5 cm zum Mittelpunkt (Zapfen) der unterschiedlichen Bedienknöpfe betrage. Auch aus Sicht des Mittelpunktes sei der oberste und unterste Absperrhahn deutlich aus der Waage. Durch den inkorrekten Einbau wiesen die drei Bedienknöpfe von der Plattenwand aus betrachtet eine unterschiedliche Höhe auf (65 mm, 80 mm, 65 mm). Zudem sei der oberste Absperrhahn extrem schwergängig, da die Montagehülle klemmt und zudem nach jeder Drehung bis zum Anschlag und zurück durchrutschen (die noch weitere Detaillierung des Problems wird hier nicht wiedergegeben, ebenso wenig wie der Hinweis, der Einbau richtigerweise vorzunehmen gewesen wären. Weiter hat der Beklagte in diesem Zusammenhang angeführt, wie nach seiner Ansicht der Mangel behoben werden müsse (Entfernung der Keramikwand etc.).

5. "Auch die Wasseruhr und die Absperrventile wurden nicht wie vereinbart installiert". Es sei mit den (anderen) Handwerkern besprochen worden, dass diese untereinander mit möglichst knappem Abstand zur Abdichtungswand des Whirlpools verbaut worden seien. Trotzdem sei die Wasseruhr daneben und mit grossem Abstand verbaut, so dass der Fliesenleger dies nicht abdichten konnte. Die Absperrventile seien schief eingebaut worden und konnten nicht korrekt abgedichtet werden. Das mache die Handhabung mühsam und würde beim Abstellen im Notfall hohe Schäden verursachen. Der Beklagte habe die Position der Wasser-

uhr akzeptiert, wenn eine optisch zufriedenstellende Ausbesserung gelinge, was allerdings die Entfernung von Wandplatten erfordere.

6. "Die Klägerin ... hatte den Auftrag, beim Whirlpool kleine Undichtigkeiten zu lokalisieren und den Whirlpool auf volle Funktion zu überprüfen sowie einen anderen Ablauf mit höherem Wasserstand einzubauen". Nachdem der Monteur des Beklagten (weitere) Arbeiten ausgeführt und die Durchführung einer Funktionskontrolle bestätigt hatte, habe der Whirlpool beim ersten Bad nicht mehr funktioniert. Der Fehler liege nicht bei der Elektronik, was durch die Firma C._____, D._____, kontrolliert worden sei. Das Problem müsse daher bei der Steuerelektronik sein, die sich dort befinde, wo der Monteur der Klägerin Umbauten vorgenommen habe.

Bei 7. erwähnt der Beklagte Mehraufwände durch auswärtige Übernachtungen, für die er zu entschädigen sei, ohne dass dies derzeit genau substantiiert werden könne.

Das, was der Beklagte in der Begründung zu den Mängeln vorbringt, ist ausreichend substantiiert. Soweit dies überhaupt in Worte gefasst werden kann, ist deutlich genug erklärt, was der Beklagte beanstandet. Damit ist einzig zu beanstanden, dass der Beklagte die klar umschriebenen, zu behebbenden Mängel nicht im Rechtsbegehren Ziff. 3 aufgeführt hat. Ist das, was die Gegenpartei zur gehörigen Formulierung ihrer Verteidigung braucht, ohne grosse Schwierigkeiten verfügbar- und kompakt lesbar, so erscheint es angesichts des Verbots des überspitzten Formalismus nicht gerechtfertigt, die Widerklage gemäss Ziff. 3 nicht zuzulassen. Der vorinstanzliche Entscheid ist daher aufzuheben und der Fall an die Vorinstanz zurückzuweisen, die die Widerklage gemäss Ziff. 3 an die Hand nehmen muss. Es wird dem Beklagten Gelegenheit zu geben sein, im Rahmen der durchzuführenden Verhandlung das Rechtsbegehren hinsichtlich der zu behebbenden Mängel so zu präzisieren, dass es zum Urteilsdispositiv erhoben werden kann (Auflistung der zu behebbenden Mängel ohne Kommentare). Damit ist dem Anspruch auf rechtliches Gehör Genüge getan und es wäre kaum übermässig formalistisch, würde sich die Vorinstanz bei ausbleibender Formulierung mit der Widerklage in materieller Hinsicht nicht weiter befassen.

III.

Geht der Fall zur Durchführung auch des Widerklageverfahrens an die Vorinstanz zurück, so ist es ihr vorbehalten, im Zusammenhang mit dem Endentscheid über die Kosten- und Entschädigungsfolgen des erstinstanzlichen Verfahrens neu zu entscheiden.

Der Beklagte obsiegt im Berufungsverfahren, so dass ihm für das zweitinstanzliche Verfahren keine Kosten auferlegt werden dürfen. Die Klägerin hat auf Stellungnahme verzichtet und sich ausdrücklich der Antragstellung enthalten (act. 12), so dass sie nicht kosten- und entschädigungspflichtig werden kann. Für eine Entschädigung aus der Staatskasse gibt es keine gesetzliche Grundlage.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird insofern gutgeheissen, als der Nichteintretensentscheid bezüglich Rechtsbegehren Ziffer 3 aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen zur Durchführung des Widerklageverfahrens an die Vorinstanz zurückgewiesen wird.
Im Übrigen wird die Berufung abgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren fällt ausser Ansatz.
3. Es wird für das Berufungsverfahren keine Entschädigung zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, sowie – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an das Bezirksgericht Horgen, Einzelgericht, je gegen Empfangsschein.
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 Be-

schwerde 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 ca. Fr. 25'000.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. A. Katzenstein

lic. iur. M. Weibel

versandt am: