

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: NP180024-O/U

Mitwirkend: Oberrichter Dr. H.A. Müller, Vorsitzender,
Oberrichterin Dr. D. Scherrer und Ersatzoberrichter Dr. M. Nietlispach
sowie Gerichtsschreiber lic. iur. F. Rieke

Teilurteil vom 6. November 2018

in Sachen

A. _____,

Klägerin, Widerbeklagte und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Beklagter, Widerkläger und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. _____

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen ein Teil-Urteil des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren
am Bezirksgericht Winterthur vom 22. August 2018 (FV170044-K)**

Rechtsbegehren der Klage:

(Urk. 1 S. 2 f. und Vi-Prot. S. 8)

1. Es sei der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin CHF 9'033.60 zu bezahlen, zuzüglich 5 % Verzugszins ab 19. Juni 2017.
- 2.a) Es sei der Beklagte zu verpflichten, in der Eigentumswohnung der Klägerin auf erstes Verlangen die Anschlüsse Warm/Kaltwasser auf Kosten des Beklagten korrekt anzuschliessen.
- b) Es sei der Beklagte zu verpflichten, in der Eigentumswohnung der Klägerin die Duscharmaturen auf erstes Verlangen korrekt auf Kosten des Beklagten anzubringen.
Beides unter Androhung von Ersatzvornahme im Weigerungsfall.
3. Es sei der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin auf erstes Verlangen die beiden vorbestehenden WC-Schüsseln zurückzugeben.
4. Es sei der Beklagte zu verpflichten, die Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Winterthur-Stadt, Zahlungsbefehl vom 12. Juni 2017 gegen die Klägerin zurückzuziehen.
Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, inkl. Kosten des Friedensrichterverfahrens im Betrag von CHF 420.– zu Lasten der Beklagten."

Rechtsbegehren der Widerklage:

(Urk. 15 S. 2)

- "1. Die Klägerin sei zu verpflichten, dem Kläger CHF 9'842.– nebst Zins zu 5 % auf CHF 6'813.70 seit 28. März 2017 sowie Zins zu 5 % auf CHF 3'028.39 seit 20. Februar 2018 zu bezahlen.
2. Der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Winterthur-Stadt (Zahlungsbefehl vom 12. Juni 2017) gegen die Klägerin sei im Umfang von CHF 6'813.70 nebst Zins zu 5 % seit 28. März 2017 und den Betreuungskosten von CHF 73.30 zu beseitigen.
3. Die Klägerin sei zur Bezahlung der Gerichtskosten und zur Ausrichtung einer angemessenen Parteientschädigung an den Beklagten (zzgl. MwSt.) zu verpflichten."

Teilurteil des Bezirksgerichts Winterthur vom 22. August 2018:

(Urk. 22 = Urk. 28 S.15)

1. Die Klage wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
2. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'100.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten werden der Klägerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Vorschuss verrechnet. Der Fehlbetrag von Fr. 600.– wird von der beklagten Partei nachgefordert.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten eine Parteientschädigung von Fr. 3'877.20 (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
5. [Schriftliche Mitteilung]
6. [Rechtsmittelbelehrung: Berufung, Frist 30 Tage]

Berufungsanträge der Klägerin:

(Urk. 27 S. 2 ff.)

I. Prozessualer Antrag

Es sei die Bezeichnung "Teil"-Urteil aufzuheben und den Entscheid als Urteil zu bezeichnen

II. Hauptantrag

Es sei das angefochtene Teil-Urteil aufzuheben, zur Durchführung eines Beweisverfahrens, richtigen Sachverhaltsfeststellung und Neuentscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen

III. Eventuell

Es sei der angefochtene Entscheid aufzuheben, Sachverhaltsfeststellung und Beweisverfahren durch das OG durchzuführen und es sei der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin CHF 8'033.60, eventualiter CHF 9'033.60 zu bezahlen, zuzüglich 5 % Verzugszins ab 19. Juni 2017

2.a) Es sei der Beklagte zu verpflichten, in der Eigentumswohnung der Klägerin auf erstes Verlangen die Anschlüsse Warm/Kaltwasser auf Kosten des Beklagten korrekt anzuschliessen

b) Es sei der Beklagte zu verpflichten, in der Eigentumswohnung der Klägerin die Duscharmaturen auf erstes Verlangen korrekt auf Kosten des Beklagten anzubringen

Beides unter Androhung von Ersatzvornahme im Weigerungsfall

3. Es sei der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin auf erstes Verlangen die beiden vorbestehenden WC-Schüsseln zurückzugeben

4. Es sei der Beklagte zu verpflichten, die Betreuung Nr. ... des Betriebsamtes Winterthur-Stad, Zahlungsbefehl vom 12. Juni 2017 gegen die Klägerin zurückzuziehen

IV. Subeventuell:

Es seien die Kostenfolgen des vorinstanzlichen Entscheides in Dispo Ziff. 4 aufzuheben und die Klägerin zu verpflichten, dem Beklagten ein Prozessentschädigung von CHF 1'688.80 zu bezahlen

Sämtliche Anträge unter Kosten - und Entschädigungsfolgen, inkl. Kosten des Friedensrichterverfahrens im Betrag von CHF 420 (Bl. 1) zu Lasten der Beklagten"

Erwägungen:

1. a) Die Klägerin plante im Herbst 2016 den Umbau beider Badezimmer in ihrer Maisonette-Eigentumswohnung in Winterthur. Sie betraute den Beklagten mit den Sanitärarbeiten. Die Klägerin erachtet die ausgeführten Arbeiten als mangelhaft und beantragt sowohl Schadenersatz als auch eine Mängelbehebung durch den Beklagten, ferner die Herausgabe von Material sowie den Rückzug der gegen sie anhängig gemachten Betreuung. Der Beklagte erachtet im Gegenzug seine Leistung als nicht abschliessend honoriert und verlangt die vollständige Bezahlung für die Erfüllung des Vertrags. Die Parteien bestreiten je die angeblichen Ansprüche der Gegenseite.

b) Am 6. November 2017 machte die Klägerin beim Bezirksgericht Winterthur (Vorinstanz) das vorliegende Verfahren anhängig (Urk. 1; unter Beilage der entsprechenden Klagebewilligung vom 9. August 2017, Urk. 2; Klagebegehren eingangs wiedergegeben). Mit der Klageantwort vom 20. Februar 2018 erhob der Beklagte Widerklage (Urk. 15; Widerklagebegehren eingangs wiedergegeben). Mit Teil-Urteil vom 22. August 2018 entschied die Vorinstanz über die Klage (Urk. 22 = Urk. 28; Entscheiddispositiv eingangs wiedergegeben) und sah für die Widerklage die Fortsetzung des Verfahrens vor (Urk. 28 S. 3).

c) Hiergegen hat die Klägerin am 28. September 2018 fristgerecht (Urk. 23) Berufung erhoben und die eingangs aufgeführten Berufungsanträge gestellt (Urk. 27 S. 2-4).

d) Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen. Die Klägerin hat den ihr mit Verfügung vom 3. Oktober 2018 auferlegten Gerichtskostenvorschuss von Fr. 2'300.-- (Urk. 30) fristgerecht geleistet (Urk. 31). Da sich die Berufung sogleich als unbegründet erweist, kann auf die Einholung einer Berufungsantwort verzichtet werden (Art. 312 Abs. 1 ZPO).

2. Die Entscheidungsgründe der Vorinstanz zur Klageabweisung bzw. zum Nichteintreten lassen sich wie folgt zusammenfassen (Urk. 28 S. 5-14):

a) Zur Klage auf *Schadenersatz* (Rechtsbegehren Ziffer 1) erwog die Vorinstanz, die Klägerin habe geltend gemacht, dass ein Mitarbeiter des Beklagten Ende Dezember 2016 in ihrer Wohnung die mit Platten bedeckte Nasszelle im Obergeschoss unprofessionell aufgespitzt und die Platten dadurch unbrauchbar gemacht sowie ein Loch durch die Wand ins angrenzende Kinderzimmer verursacht habe, dass deswegen dieses Loch habe geflickt und das Kinderzimmer neu gestrichen werden müssen und die Platten zu ersetzen, nachzubestellen und zu verarbeiten gewesen seien. Der Beklagte habe die verschiedenen Schadenspositionen und deren Substantiierung bestritten. Die Vorinstanz prüfte sodann die Vorbringen der Klägerin zu den verschiedenen Schadenspositionen und kam zum Schluss, dass der von der Klägerin vorgetragene Sachverhalt gesamthaft nicht schlüssig und unsubstantiiert sei; der Schaden sei nicht gehörig substantiiert worden, womit kein Schadenersatz zu leisten sei (Urk. 28 S. 5-10).

b) Zur Klage auf *Nachbesserung* (Rechtsbegehren Ziffer 2) erwog die Vorinstanz, der Beklagte habe Arbeiten in mehreren Nasszellen der Klägerin ausgeführt. Hinsichtlich Rechtsbegehren Ziffer 2a habe die Klägerin trotz mehrfacher Substantiierungshinweise nicht Auskunft darüber erteilt, um welche Anschlüsse es ihr gehe; ihr Begehren erscheine vor diesem Hintergrund als unsubstantiiert und nicht vollstreckbar. Das Rechtsbegehren Ziffer 2b sei zwar genügend bestimmt, die Klägerin habe jedoch nicht einmal behauptet, dass sie das Werk je geprüft und

diesbezüglich eine Mängelrüge erhoben hätte; ohne Mängelrüge bestehe kein Anspruch auf Nachbesserung (Urk. 28 S. 11-13).

c) Zur Klage auf *Rückgabe* (Rechtsbegehren Ziffer 3) erwog die Vorinstanz, sowohl ein vertraglicher als auch der sachenrechtliche Anspruch auf Herausgabe würden für die Passivlegitimation voraussetzen, dass der Beklagte die fraglichen Gegenstände besitze und vorenthalte. Bereits nach eigener Darstellung der Klägerin habe der Beklagte jedoch die beiden fraglichen WC-Schüsseln entsorgt. Eine Herausgabe sei daher unmöglich (Urk. 28 S. 13).

d) Zur Klage auf *Rückzug der Betreibung* (Rechtsbegehren Ziffer 4) erwog die Vorinstanz, eine rechtliche Grundlage zur Verpflichtung des Beklagten zum Rückzug der erhobenen Betreibung sei weder dargetan worden noch ersichtlich (Urk. 28 S. 13-14).

e) Die Vorinstanz kam so zum Fazit, dass auf Rechtsbegehren Ziffer 2a nicht einzutreten und im Übrigen die Klage abzuweisen sei (Urk. 28 S. 14).

3. Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufung ist begründet einzureichen (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Zu dieser Begründungsanforderung gehört, dass in der Berufungsschrift dargelegt werden muss, weshalb der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten unrichtig sein soll. Das Berufungsverfahren ist nicht einfach eine Fortsetzung oder gar Wiederholung des vorinstanzlichen Verfahrens, sondern es geht darin um die Überprüfung des von der Vorinstanz getroffenen Entscheids aufgrund von erhobenen Beanstandungen. Die Berufungsschrift muss sich dementsprechend mit den Entscheidungsgründen der Vorinstanz konkret und im Einzelnen auseinandersetzen; pauschale Verweisungen auf bei der Vorinstanz eingereichte Rechtsschriften oder eine blosserliche Darstellung der Sach- und Rechtslage genügen nicht (vgl. BGE 138 III 374, 375 f. E. 4.3.1). Das Obergericht hat sodann die geltend gemachten Punkte frei und unbeschränkt zu überprüfen; es muss dagegen den angefochtenen Entscheid nicht von sich aus auf weitere Mängel untersuchen, es sei denn, der Sachverhalt sei geradezu willkürlich festgestellt oder das Recht sei geradezu willkürlich angewandt

worden und diese Fehlerhaftigkeiten würden klar zutage treten (vgl. BGE 142 III 413 E. 2.2.4 m.w.H.; Reetz/Theiler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm., Art. 311 N 36).

4. a) Soweit die Klägerin in ihrer Berufungsschrift bloss ihre eigene Sicht der Sach- und Rechtslage vorträgt (z.B. Urk. 27 S. 4-20) bzw. wiederholt (vgl. Urk. 27 S. 4), genügt sie den soeben dargelegten Berufungsanforderungen (vorstehend Erw. 3) nicht und ist darauf nicht weiter einzugehen.

b) Die Klägerin macht in ihrer Berufung geltend, die Vorinstanz habe den angefochtenen Entscheid zu Unrecht als "*Teil-Urteil*" bezeichnet. Die Vorinstanz habe vorab über ihre Klage in allen Punkten entschieden und sie (die Klägerin) habe nicht nur einen Teil ihres Anspruchs geltend gemacht. Die Widerklage sei von der Vorinstanz im Sinne von Art. 125 lit. c ZPO abgetrennt worden; ob diese bestehen bleibe, sei noch nicht klar, da für diese erst noch ein Kostenvorschuss zu leisten sei (Urk. 27 S. 21-24).

Die Vorinstanz hat die Widerklage (betreffend ausstehenden Werklohn des Beklagten) nicht im Sinne von Art. 125 lit. d ZPO abgetrennt, denn für diese wurde kein eigenes Verfahren eröffnet. Die Vorinstanz hat hinreichend klar dargelegt, dass das Verfahren mit Blick auf die Klage spruchreif sei und im Übrigen – eben hinsichtlich der Widerklage – fortzusetzen sein werde (Urk. 28 S. 3 Erw. 1.3). Ob über die Widerklage dereinst ein Sach- oder Prozessentscheid ergehen wird (oder eine Abschreibung zufolge Vergleichs o.ä.), ist irrelevant; relevant ist einzig, dass das vorinstanzliche Verfahren hinsichtlich der Widerklage noch nicht abgeschlossen wurde. Da das vorinstanzliche Verfahren erst hinsichtlich eines Teils der im Streit liegenden Ansprüche abgeschlossen wurde, hat die Vorinstanz ihren Entscheid zu Recht als Teilurteil bezeichnet (vgl. auch BGer 4A_85/2007 vom 11. Juni 2007, E.3.3 [zu Art. 91 lit. a BGG]).

c) Die Klägerin macht in ihrer Berufung sodann geltend, die Vorinstanz habe keinerlei *Sachverhaltsabklärungen* vorgenommen und keine *Beweisverfügung* erlassen; das Urteil basiere auf unrichtiger, völlig fehlender Sachverhaltsfeststellung. Die Vorinstanz habe zu Unrecht vom Beklagten anerkannte Tatsachen nicht

berücksichtigt und damit den Sachverhalt unrichtig festgestellt. Die Vorinstanz sei der Fragepflicht von Art. 247 Abs. 1 ZPO nicht nachgekommen (Urk. 27 S. 24-28, auch S. 31 ff.).

Bevor überhaupt umstrittene Tatsachen zum Beweis verstellt werden können, müssen vorab substantiierte, d.h. hinreichend konkrete Tatsachenbehauptungen vorliegen, welche sodann substantiiert zu bestreiten wären. Die Vorinstanz hat die Klage im Wesentlichen wegen fehlender Substantiierungen des Tatsachenfundaments abgewiesen; diesfalls – es liegen keine genügenden Tatsachenbehauptungen vor – liegt es in der Natur der Sache, dass kein Beweisverfahren durchzuführen ist bzw. durchgeführt werden kann. Auch im vereinfachten Verfahren ist sodann die gerichtliche Fragepflicht (Art. 247 Abs. 1 ZPO) bei anwaltlich vertretenen Parteien, wie vorliegend, zumindest stark gemildert (BGer 4A_57/2014 vom 8. Mai 2014, E.1.3.2 m.w.H.; BK ZPO-Killias, Art. 247 N 17; Hauck, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm., Art. 247 N 17). Wenn, wie vorliegend geschehen, die Vorinstanz die Klägerin vor der Replik auf die ungenügenden Substantiierungen hingewiesen hat (Prot. VI S. 7), ist sie ihrer Fragepflicht jedenfalls hinreichend nachgekommen.

d1) Zur Klage auf *Schadenersatz* macht die Klägerin in ihrer Berufung geltend, zur Schadensposition Malerarbeiten habe sie sich detailliert geäußert, der Beklagte habe die Schadensverursachung und zumindest einen Betrag von Fr. 900.-- längst anerkannt. "Diese Anerkennungen" habe die Vorinstanz nicht berücksichtigt. Weiter habe die Vorinstanz auf Bestreitungen des Beklagten verwiesen; bestrittene Behauptungen seien aber zum Beweis zu verstellen, was nicht geschehen sei, obwohl die Klägerin mehrere Beweismittel offeriert habe (Urk. 27 S. 28-29).

Dass der Beklagte die Schadensverursachung (Mauerdurchbruch) und die Schadensbehebung grundsätzlich anerkannt hat, hindert ihn nicht daran, Bestand und Höhe der einzelnen Schadenspositionen in Frage zu stellen bzw. zu bestreiten. Dass der Beklagte sodann in seiner Rechnung vom 28. Februar 2017 und damit vorprozessual bereit war, sich betreffend der Schadensposition Malerarbeiten einen Betrag von Fr. 900.-- anrechnen zu lassen (Urk. 5/8 a.E.), bedeutet selbstre-

dend keine Anerkennung eines solchen Betrags im Prozess. Die vorinstanzliche Erwägung, dass der Beklagte im Prozess bestritten habe, dass wirklich das ganze Zimmer neu habe gestrichen werden müssen und dass der geltend gemachte Betrag zur Schadensbehebung notwendig gewesen sei (Urk. 28 S. 9), wird in der Berufung nicht konkret beanstandet. Dass sich die Klägerin hierzu in der Replik substantiiert geäußert hätte, macht sie in der Berufung nicht geltend.

d2) Auch hinsichtlich der Schadenspositionen Platten / Plattenwiederbeschaffung und erneutes Plattenverlegen macht die Klägerin in ihrer Berufung geltend, die Vorinstanz habe die Anerkennung des Schadens durch den Beklagten ignoriert (Urk. 27 S. 30).

Hierzu kann auf bereits Gesagtes (soeben Erw. 4.d1) verwiesen werden; an den von der Klägerin in der Berufung (Urk. 27 S. 30) angegebenen Stellen ist keine prozessual relevante Anerkennung zu erblicken.

d3) Hinsichtlich der Schadensposition Mehrpreis WC-Schüsseln Fr. 298.-- macht die Klägerin in ihrer Berufung geltend, die vorinstanzliche Erwägung, wonach der Betrag von zweimal Fr. 149.-- keine Entsprechung in der Offerte oder Abrechnung des Beklagten finde, stimme nicht; der Betrag sei sehr wohl in den Akten, nämlich im Schreiben des Beklagten vom 20. Mai 2017, zu finden (Urk. 27 S. 35).

Die vorinstanzliche Erwägung, dass der von der Klägerin genannte Betrag von zweimal Fr. 149.-- bzw. total Fr. 298.-- keine Entsprechung in der Offerte oder Abrechnung des Beklagten finde, wird genau genommen berufsweise nicht einmal beanstandet (und ist auch korrekt; vgl. Urk. 5/2, 5/3 und 5/8). Das Schreiben des Beklagten vom 20. Mai 2017 (Urk. 5/9) ist sodann eine Antwort auf ein solches der Klägerin vom 11. Mai 2017, in welchem sie diese Beträge erwähnt (Urk. 5/14 S. 1), und stellt mithin keinen Bezug zu einer Offerte oder Abrechnung dar. Die Vorinstanz hat damit die entsprechenden Klagevorbringen (Urk. 12 S. 12) zu Recht als unklar gewertet (Urk. 28 S. 10). Die weiteren Berufungsvorbringen hierzu (Urk. 27 S. 35 ff.) stellen wiederum eine blosser Darlegung der eigenen Sicht dar, wozu auf bereits Gesagtes verwiesen werden kann (oben Erw. 3 und 4.a).

e) Hinsichtlich der Klage auf *Nachbesserung* macht die Klägerin in ihrer Berufung geltend, der Beklagte habe ihren Nachbesserungsanspruch wiederholt anerkannt. Die Vorinstanz habe dies zu Unrecht nicht berücksichtigt und der Sachverhalt entspreche damit nicht der Aktenlage (Urk. 27 S. 30). Der Klageantrag 2.b beziehe sich klar auf Duscharmaturen. Aus den Akten (Urk. 5/8, 5/9 und 5/14) ergebe sich, dass entgegen der Vorinstanz eine Mängelrüge rechtzeitig erfolgt sei; der Beklagte habe den Schadenfall auch anerkannt. Wenn der Beklagte nicht geltend mache, dass nicht rechtzeitig eine Mängelrüge erfolgt sei, anerkenne er damit, dass die Klägerin rechtzeitig gerügt habe. Indem die Vorinstanz die Behauptung der nicht rechtzeitigen Rüge von sich aus aufstelle, handle sie willkürlich und stelle den Sachverhalt unrichtig fest (Urk. 27 S. 38-41).

Wie die Klägerin aus den von ihr angegebenen Aktenstellen (Urk. 15 S. 4 f. Rz. 13, 14 und 18, Urk. 5/9 S. 2 Ziff. 3) eine prozessual relevante Anerkennung des Beklagten hinsichtlich des Nachbesserungsanspruchs herauslesen will, ist nicht nachvollziehbar. Im Gegenteil bestreitet der Beklagte daselbst die klägerischen Ansprüche; in seinem Schreiben vom 20. Mai 2017 legt er in Ziffer 3 dar, die Anschlüsse Warm/Kaltwasser werde er verbessern, sobald sie sich über von der Klägerin an seiner Rechnung gemachte Abzüge geeinigt hätten (Urk. 5/9 S. 2; was offensichtlich nicht geschehen ist), und in der Klageantwort vom 20. Februar 2018 betreffen die Randziffern 13 und 14 gar nicht den Nachbesserungsanspruch und in Randziffer 18 führt er aus, er würde (vorsorglich bestrittene) Mängel beseitigen, wenn solche bestehen würden (Urk. 15 S. 4 f.). Dass sich das Rechtsbegehren (Klageantrag) Ziffer 2.b auf die Duscharmaturen bezieht und damit genügend bestimmt ist und vollstreckbar wäre, hat bereits die Vorinstanz so erwogen (Urk. 28 S. 11 f.). Die Vorinstanz hat hierzu aber weiter und zu Recht erwogen, dass Voraussetzung für die Mängelrechte nach Werkvertragsrecht (u.a.) eine unverzügliche Mängelrüge des Bestellers sei, die Klägerin die Erhebung einer Mängelrüge aber nicht einmal behauptet habe (Urk. 28 S. 12). Dies wird genau genommen nicht beanstandet; die Klägerin macht berufsungsweise lediglich geltend, die Erhebung der Mängelrüge ergebe sich aus Urkunden bei den Akten. Unter der vorliegend zur Anwendung gelangenden Verhandlungsmaxime sind jedoch prozessual relevante Tatsachenbehauptungen in den Vorträgen bzw. Rechtsschriften der Parteien auf-

zustellen; es reicht nicht, dass sich Tatsachen bloss aus anderen Urkunden ergeben, auch wenn diese bei den Akten liegen. Dass der Beklagte eine rechtzeitige Mängelrüge der Klägerin nicht bestritten hat, ist daher irrelevant, da schon keine entsprechende Behauptung der Klägerin vorlag (welche er dann hätte bestreiten können bzw. müssen).

f) Nach dem Gesagten erweist sich die Berufung hinsichtlich der Abweisung der Klage (soweit darauf einzutreten war) als unbegründet. Sie ist demgemäss abzuweisen und der vorinstanzliche Entscheid diesbezüglich zu bestätigen (Art. 318 Abs. 1 lit. a ZPO).

5. a) Für die Bemessung der Parteientschädigung ging die Vorinstanz vom gesamthaften Streitwert (Klage und Widerklage zusammengerechnet) aus. Den Streitwert der Klage bezifferte sie mit ca. Fr. 13'750.--, nämlich Fr. 9'033.60 für Rechtsbegehren Ziffer 1, Fr. 500.-- für Ziffer 2.a, Fr. 2'237.50 für Ziffer 2.b (gemäss der Klägerin würde eine Ersatzvornahme soviel kosten), Fr. 1'000.-- (zwei mal Fr. 500.--) für Ziffer 3 und geschätzt Fr. 1'000.-- für Ziffer 4. Der Streitwert der Widerklage betrage Fr. 9'842.--. Insgesamt liege der Gesamtstreitwert damit bei rund Fr. 23'600.--. Für diesen betrage die volle Gerichtsgebühr rund Fr. 3'500.-- und die auf rund 140 % festzusetzende Anwaltsgebühr Fr. 6'000.--. Im Verhältnis der Streitwerte seien 60 % der jeweiligen Gebühr für die Klage zu veranschlagen. Die Parteientschädigung sei damit auf Fr. 3'600.-- zuzüglich Mehrwertsteuer festzusetzen (Urk. 28 S. 14).

b) Die Klägerin macht in ihrer Berufung im Wesentlichen geltend, dass im vorliegenden Verfahren die Klage von der Widerklage getrennt worden sei, weshalb lediglich vom Streitwert der Klage auszugehen und die Widerklage nicht zu addieren sei. Der Streitwert der Klage betrage lediglich Fr. 10'083.60 (Fr. 9'033.60 gemäss Antrag 1, Fr. 500.-- für Antrag 2.a, Fr. 500.-- für Antrag 3 und Fr. 50.-- für Antrag 4), da die Ersatzvornahme (Antrag 2.b) keinen Streitwert habe und der Rückzug der Betreuung (Antrag 4) kostenlos sei. Ausgehend von diesem Streitwert betrage die Anwaltsgrundgebühr Fr. 2'412.45. Die Vorinstanz habe dem Beklagten für die Klage einen Anteil der Gerichtskosten von Fr. 600.-- auferlegt, was im Verhältnis zu den Gerichtskosten von Fr. 2'100.-- einem Anteil von 35 % ent-

spreche. Die Parteientschädigung sei dementsprechend auf 65 % und damit auf Fr. 1'688.80 (inkl. Mehrwertsteuer) festzusetzen (Urk. 27 S. 41-44).

c) Die Rügen der Klägerin sind allesamt unbegründet. Der Streit um eine Ersatzvornahme (eigentlich: Mängelbehebung; Rechtsbegehren Ziffer 2.b) hat sehr wohl einen Streitwert; wieso nicht von den von der Klägerin selbst genannten Kosten für dieselbe von Fr. 2'237.50 (Urk. 12 S. 10) auszugehen wäre, legt die Klägerin in ihrer Berufung nicht dar und ist auch nicht ersichtlich. Für ihr Rechtsbegehren Ziffer 3 (Rückgabe der beiden alten WC-Schüsseln) hat die Vorinstanz je Fr. 500.-- geschätzt; was daran nicht korrekt sein sollte, legt die Klägerin in ihrer Berufung nicht dar. Wieso der Rückzug einer Betreibung kostenlos sein und dem Rechtsstreit darüber kein nennenswerter Streitwert zukommen sollte, legt die Klägerin in ihrer Berufung ebenfalls nicht dar; der von ihr genannte Entscheid des Bundesgerichts (5A_172/2016 vom 19. August 2016) sagt jedenfalls nichts dergleichen (in diesem – im Übrigen publizierten – Entscheid hat das Bundesgericht entschieden, dass der Rückzug einer Betreibung zu einer gebührenpflichtigen Eintragung des Betreibungsamts führe; vgl. BGE 142 III 648 Regeste). Damit ist auch diesbezüglich keine Ermessensüberschreitung der Vorinstanz dargetan. Insgesamt bleibt es damit bei einem Streitwert der Klage von rund Fr. 13'750.--. Entgegen der Klägerin wurden sodann Klage und Widerklage nicht getrennt, sondern im gleichen vorinstanzlichen Verfahren (FV170044-K) behandelt; daran ändert nichts, dass über die Hauptklage mit dem vorliegend angefochtenen Teilurteil bereits entschieden wurde und das Verfahren betreffend die Widerklage fortgesetzt wird (vgl. oben Erw. 4.b). Die Vorinstanz hat daher für die Bestimmung der Prozesskosten zu Recht die Streitwerte von Klage und Widerklage zusammengerechnet (Art. 94 Abs. 2 ZPO). Dass für die Parteientschädigung die Anwaltsgebühr auf rund 140 % der Grundgebühr bzw. Fr. 6'000.-- festzusetzen und der Anteil der Klage auf 60 % zu veranschlagen sei, wird schliesslich in der Berufung nicht konkret beanstandet. Damit bleibt es bei der vorinstanzlich zugesprochenen Parteientschädigung.

d) Bloss ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass die Vorinstanz entgegen der Berufung nicht Fr. 600.-- ihrer Gerichtskosten von Fr. 2'100.-- dem Beklagten auferlegt hat. Die Vorinstanz hat die Gerichtskosten der (mit ihrer Klage vollum-

fänglich unterliegenden) Klägerin auferlegt (Urk. 28 S. 14 Erw. 8.3 und Dispositiv-Ziffer 3 am Anfang). Sie hat diese Kosten sodann mit dem von der Klägerin geleisteten Gerichtskostenvorschuss von Fr. 1'500.-- (Urk. 10) verrechnet. Dass in Dispositiv-Ziffer 3 Satz 2 schliesslich bestimmt wurde, dass der (nicht durch den Gerichtskostenvorschuss gedeckte) Fehlbetrag von Fr. 600.-- beim Beklagten nachgefordert werde, stellt einen offensichtlichen Verschrieb dar: Da die Kosten gemäss Erwägungen und Dispositiv der Klägerin auferlegt wurden, wird der Fehlbetrag selbstverständlich von ihr nachzufordern sein. Die entsprechende Berichtigung kann nicht im Berufungsverfahren erfolgen (Dispositiv-Ziffer 3 ist nicht angefochten), sondern wird von der Vorinstanz vorzunehmen sein.

e) Nach dem Gesagten erweist sich die Berufung auch hinsichtlich der Parteientschädigung und damit vollumfänglich als unbegründet. Sie ist demgemäss abzuweisen und das angefochtene Teilurteil – unter Vorbehalt einer Berichtigung von Dispositiv-Ziffer 3 Satz 2 (vgl. vorstehend Erw. 5.d) – zu bestätigen (Art. 318 Abs. 1 lit. a ZPO).

6. a) Auch für das Berufungsverfahren beträgt der Streitwert gerundet Fr. 13'750.-- (Urk. 28 S. 14). Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 12 der Gerichtsgebührenverordnung auf Fr. 2'300.-- festzusetzen.

b) Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens sind ausgangsgemäss der Klägerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

c) Für das Berufungsverfahren sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen, der Klägerin zufolge ihres Unterliegens, dem Beklagten mangels relevanter Umtriebe (Art. 106 Abs. 1, Art. 95 Abs. 3 ZPO).

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen und das Teilurteil des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am Bezirksgericht Winterthur vom 22. August 2018 wird unter Vorbehalt einer Berichtigung von Dispositiv-Ziffer 3 Satz 2 bestätigt.

2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'300.-- festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das Berufungsverfahren werden der Klägerin auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet.
4. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Beklagten unter Beilage der Doppel von Urk. 27 und 29, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Die vorinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist 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 Teilentscheid im Sinne von Art. 91 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt ca. Fr. 13'750.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 6. November 2018

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

Dr. H.A. Müller

lic. iur. F. Rieke

versandt am: sf