



Mitwirkend: Oberrichter Dr. George Daetwyler, Vizepräsident, und Oberrichterin Dr. Claudia Bühler, die Handelsrichter Felix B. Haessig, Werner Heim und Werner Furrer sowie die Gerichtsschreiberin Katja Diethelm

## Urteil vom 12. November 2014

in Sachen

1. **A.** \_\_\_\_\_,
  2. **B.** \_\_\_\_\_,
- Kläger

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_

sowie

**C.** \_\_\_\_\_ **AG**,  
Streitberufene

gegen

**D.** \_\_\_\_\_ **AG**,  
Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. \_\_\_\_\_  
betreffend **Forderung**

### **Rechtsbegehren:**

(act. 1 S. 2)

- "1. Die Beklagte sei zu verpflichten, den Klägern Fr. 40'344.35 zu bezahlen, zuzüglich Zins zu 5% seit 20. März 2013.
2. Die Beklagte sei zu verpflichten, den Klägern die Kosten des Zahlungsbefehls in der Betreibung Nr. ... im Betrag von Fr. 103.00 zu ersetzen.
3. Der in der Betreibung Nr. ... des Betreibungsamtes E. \_\_\_\_\_ erhobene Rechtsvorschlag der Beklagten sei im Umfang von Fr. 40'344.35 aufzuheben.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

### **Sachverhalt und Verfahren**

#### A. Sachverhaltsübersicht

Die Beklagte ist eine in E. \_\_\_\_\_ domizilierte Generalunternehmerin, welche die Planung und Ausführung von Bauwerken jeglicher Art sowie Übernahme und Ausführung von General- und Totalunternehmer-Aufträgen bezweckt. Die Kläger sind ein in Zürich wohnhaftes Ehepaar. Am 19./21. August 1996 schlossen die Kläger mit der Rechtsvorgängerin der Beklagten, der D. \_\_\_\_\_ AG, einen Werkvertrag zur Erstellung eines Mehrfamilien-Wohnhauses an der F. \_\_\_\_\_-Strasse ... in ... Zürich. Nach dem Bezug des Wohnhauses rügten die Kläger gegenüber der Beklagten diverse Mängel. Mit Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 15. März 2011 wurde die Beklagte verpflichtet, den Klägern einen Vorschuss von CHF 242'740.– (inklusive 7,6 % MWSt) an die mutmasslichen Kosten der Sanierung der Mängel am Haus der Kläger (F. \_\_\_\_\_-Strasse ... in Zürich) zu leisten. Mit der vorliegenden Klage verlangen die Kläger von der Beklagten die Ersetzung des Kostenüberschusses der durchgeführten Ersatzvornahme in der Höhe von CHF 40'344.35. Die Beklagte beantragt Klageabweisung. Sie ist der Ansicht, die

Kläger hätten keinen Anspruch auf Ersatz der den bevorschussten Betrag überschreitenden Kosten.

## B. Prozessverlauf

Am 19. Juli 2013 (Datum Poststempel) reichten die Kläger ihre Klageschrift beim Handelsgericht Zürich ein (act. 1). Mit Verfügung vom 23. Juli 2013 wurde den Klägern die Leistung eines Vorschusses für die Gerichtskosten auferlegt, welchen sie innert Frist leisteten (act. 4 ff.). Mit Verfügung vom 2. August 2013 wurde der Beklagten Frist angesetzt, um ihre Klageantwort einzureichen (act. 7). Diese wurde am 16. Oktober 2013 fristgerecht erstattet (act. 9). Mit Verfügung vom 21. Oktober 2013 wurde ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet und den Klägern Frist zur Einreichung einer zweiten Rechtsschrift angesetzt (act. 12). Am 6. Januar 2014 erstatteten die Kläger die Replik rechtzeitig und beantragten, es sei der bauleitenden Firma C.\_\_\_\_\_ AG der Streit zu verkünden (act. 14). Mit Verfügungen vom 8. Januar 2014 wurde einerseits der Beklagten Frist angesetzt, um eine zweite Rechtsschrift einzureichen (act. 15), und andererseits die Streitverkündung der Kläger vorgemerkt sowie der Streitberufenen die Gelegenheit zum Prozesseintritt geboten (act. 16). In der Folge erklärte sich die Streitberufene nicht, weshalb der Prozess androhungsgemäss ohne Rücksicht auf sie fortgesetzt wurde. Die Duplik erging fristgerecht am 10. März 2014 (act. 21). Sie wurde den Klägern am 12. März 2014 zugestellt (act. 22). Am 11. Juli 2014 fand eine Vergleichsverhandlung statt, an welcher keine Einigung erzielt werden konnte (Prot. S. 11 f.). Im Anschluss daran erklärte die Beklagte ihren Verzicht auf die Durchführung einer Hauptverhandlung, während die Kläger sich zu dieser Frage noch nicht äussern konnten (Prot. S. 11 f.). Sodann erklärten sich beide Parteien mit dem Bezug der handelsgerichtlichen Akten betreffend Bevorschussung (HG110007) einverstanden (Prot. S. 12). In der Folge wurden die betreffenden Akten beigezogen (act. 25/1-152). Mit Eingabe vom 18. Juli 2014 erklärten die Kläger ihren Verzicht auf die Durchführung einer Hauptverhandlung (act. 26).

## Erwägungen

### 1. Formelles

Die örtliche und sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts des Kantons Zürich wurde ausdrücklich anerkannt (act. 9 S. 3) und ist gegeben (Art. 6 Abs. 3 ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG).

### 2. Sachverhalt und Parteistandpunkte

2.1. Am 15. März 2011 erging folgendes (rechtskräftiges) Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich (Prozess Nr. HG110007; act. 25/144 S. 140 f.):

1. *Die Beklagte wird verpflichtet, den Klägern einen Vorschuss von CHF 242'740.– (inklusive 7,6 % MWSt) an die mutmasslichen Kosten der Sanierung der Mängel am Haus der Kläger (F.\_\_\_\_\_ -Strasse ... in Zürich) zu leisten, wobei der Kostenvorschuss (MWSt inklusive) zur Finanzierung einerseits folgender Arbeiten, mit den nötigen Folge-/Begleitarbeiten (lit. a-e), entsprechend den angegebenen Kostenanteilen für die einzelnen Mängelsachverhalte, und andererseits zur Abdeckung folgender Kosten (lit. f-h) dienen muss:*

a) *Ersatz der Wand- und Bodenplatten im Hauseingangsbereich, Abdichtung Betonboden und Einbau Drainagematte, mit Anpassung der Entwässerungsrinne dazu (Kostenanteil CHF 11'760.–);*

b) *Entstopfung des Pluvia-Entwässerungssystems, mit Ausbau des Eck-Schranks und Einsetzen von Stauringen (Kostenanteil CHF 7'020.–);*

c) *Sanierung Riss Wendeltreppe (Kostenanteil CHF 7'800.–);*

d) *Sanierung Aussentreppe mit Ersatz sämtlicher Treppenstufen und Sockel- sowie Stufenstirnplatten (Kostenanteil CHF 14'400.–);*

- e) *Sanierung Marmorboden Attikawohnung mit Ersatz sämtlicher Marmorplatten und, je nach Ausführung, inklusive Entkoppelungsmatte (Kostenanteil CHF 123'600.–);*
  - f) *Möbelauslagerung, Transporte und Einlagerung (zwei Monate, nur bei Sanierung des Marmorbodens; Kostenanteil CHF 67'200.–);*
  - g) *Ersatzlogis (zwei Monate, nur während Sanierung des Marmorbodens, Kostenanteil CHF 10'000.–);*
  - h) *Spezialversicherung (bei Auslagerung der Möbel sowie während Zeit der Sanierungen; Kostenanteil CHF 960.–).*
2. *Der Vorschuss ist ausschliesslich für die Finanzierung der in Ziffer 1 angeführten Nachbesserung zu verwenden. Die Kläger werden verpflichtet, diese innert 18 Monaten, gerechnet ab dem Eingang der Vorschusszahlung, vorzunehmen.*
- Bei Säumnis ist der Vorschuss der Beklagten, verzinst zu 5%, vollumfänglich zurückzuerstatten. Bei Nichtsanierung bestimmter Positionen ist der dafür eingesetzte Kostenanteil (verzinst) zurückzuerstatten.*
3. *Die Kläger werden verpflichtet, spätestens 30 Tage nach Ablauf der Frist gemäss Ziffer 2 gegenüber der Beklagten über die Kosten der Nachbesserung abzurechnen und ihr einen allfälligen Überschuss zurückzuerstatten.*
4. *Im Mehrbetrag wird die Klage abgewiesen.*
5. *Die Widerklage wird abgewiesen.*

Unbestritten ist, dass die Kläger in der Folge Rechnungen für Arbeiten an ihrem Haus in der Höhe von CHF 283'084.35 bezahlt haben.

2.2. Die Kläger machen geltend, die von März 2012 bis Dezember 2012 durchgeführten Arbeiten der Ersatzvornahme hätten Kosten von CHF 283'084.35 verursacht, womit der Vorschuss von CHF 242'740.00 um CHF 40'344.35 überschritten

worden sei. Demgegenüber bestreitet die Beklagte den Nachforderungsanspruch der Kläger.

### 3. Rechtliches

#### 3.1. Nachforderungsrecht bei Überschreitung des Bevorschussungsbetrags

3.1.1. Die Parteien sind sich einig, dass mit dem Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 15. März 2011 nicht rechtskräftig über den endgültigen Abrechnungsbetrag entschieden wurde. Umstritten ist jedoch, ob es sich bei dem mit diesem Urteil zugesprochenen Bevorschussungsbetrag um den Maximalbetrag handelt, auf welchen die Kläger Anspruch haben zur Durchführung der Ersatzvornahme, mithin ob die Kläger überhaupt einen den Vorschussbetrag übersteigenden Betrag verlangen können für die Deckung allenfalls höher ausgefallener Nachbesserungskosten.

Die Kläger sind der Auffassung, aus dem Urteil des Handelsgerichts vom 15. März 2011 sowie Judikatur und Literatur ergebe sich, dass die Bejahung des Kostenvorschusses grundsätzlich auch einen Anspruch auf Nachforderung verleihe. In concreto könne nicht von einer abschliessenden detaillierten Kostenprognose ausgegangen werden. Demgegenüber ist die Beklagte der Ansicht, beim zugesprochenen Bevorschussungsbetrag handle es sich um einen Maximalbetrag. Es sei eine Reserve von 20% einberechnet worden. Hätten die Kläger einen höheren Betrag für die Ersatzvornahme erhalten wollen, hätten sie die teilweise Klageabweisung anfechten sollen, mit welcher die Klage im Mehrbetrag bezüglich des beantragten Vorschusses abgewiesen worden sei. Schon in den Prozessen vor dem Handelsgericht hätten die Kläger behauptet, die Sanierungskosten würden höher sein.

3.1.2. Vorab stellt sich die Frage, ob die Kläger überhaupt einen Anspruch haben, von der Beklagten einen Betrag über den Vorschuss hinaus zu verlangen. In BGE 128 III 418 erwog das Bundesgericht:

"Verschiedene Gründe sprechen dafür, von einer Pflicht des Unternehmers auszugehen, die Kosten für die Ersatzvornahme vorzuschüssen. Erstens ist dem Un-

ternehmer als der vertragsuntreuen Partei nach dem Grundsatz von Treu und Glauben zuzumuten, die Kosten für die Nachbesserung vorzufinanzieren, wie in der Literatur zutreffend festgehalten wird. Zweitens kann durch die Vorschusspflicht des Unternehmers, der seine Nachbesserungspflicht nicht selbst erfüllen will oder kann, erreicht werden, dass dieser nicht besser gestellt wird als der Unternehmer, der seine Nachbesserungspflicht sogleich selbst erfüllt (in diesem Sinn KOLLER, Werkmängel, a.a.O., S. 19). Und drittens hat der Besteller ein evidenten Interesse an der finanziellen Absicherung der Ersatzvornahme, während dem Unternehmer nur eine Pflicht überbunden wird, die er später ohnehin erfüllen müsste. Um den Interessen des Unternehmers angemessene Rechnung zu tragen, ist die Vorschusspflicht aber an bestimmte Modalitäten zu binden. Erstens ist festzuhalten, dass der Besteller in der Verwendung des Kostenvorschusses nicht frei ist. Vielmehr ist der Vorschuss ausschliesslich für die Finanzierung der Ersatzvornahme bestimmt (WEBER, a.a.O., N. 80 zu Art. 98 OR; GAUCH, a.a.O., S. 487; KOLLER, Nachbesserungsrecht, a.a.O., S. 166). Zweitens ist der Besteller verpflichtet, nach Abschluss der "Ersatznachbesserung" über die Kosten abzurechnen und dem Unternehmer einen allfälligen Überschuss zurückzuerstatten (WEBER, a.a.O., N. 80 zu Art. 80 OR; GAUCH, a.a.O., S. 487; KOLLER, Nachbesserungsrecht, a.a.O., S. 166). Eine allfällige Nachforderung ist ausgeschlossen, wenn über den Umfang der Nachbesserungsarbeiten im Detail bereits entschieden wurde und insofern eine "res iudicata" vorliegt. Drittens hat der Besteller den gesamten Betrag zurückzuerstatten, wenn er die Nachbesserung nicht innert angemessener Frist vornehmen lässt (KOLLER, Nachbesserungsrecht, a.a.O., S. 166)."

3.1.3. Somit ist zu prüfen, ob das Handelsgericht im vorliegenden Fall im Urteil vom 15. März 2011 betreffend Vorschuss über den Umfang der Nachbesserungsarbeiten im Detail bereits entschieden hat und insofern eine res iudicata vorliegt, womit eine allfällige Nachforderung ausgeschlossen wäre.

Hierfür sind die massgeblichen Erwägungen aus diesem Urteil (Prozess Nr. HG110007; act. 25/144) heranzuziehen, welche nachfolgend wiedergegeben werden:

"Soweit eine Leistungsklage möglich ist, besteht kein Interesse, den Anspruch bloss feststellen zu lassen. Der Anspruch auf Kostenvorschuss entsteht unter den gleichen Voraussetzungen wie der Anspruch auf Ersatzvornahme, mithin enthält die Klage auf einen Vorschuss bereits die Feststellung des Rechts zur Ersatzvornahme. Fraglich bleibt allerdings, ob der der Vorschussklage zugrunde liegende Sachverhalt für einen allfälligen späteren Abrechnungsprozess bindend wirkt (res iudicata). Nur dann, wenn dem Entscheid über die Bevorschussung Bindungswirkung gegenüber einem späteren Abrechnungsprozess zukommt, lässt sich definitiv ein Feststellungsinteresse verneinen.

Mit der Leistungsklage auf Bevorschussung der durch die Ersatzvornahme entstehenden Kosten werden die bei der Mängelbeseitigung auftretenden Auf-

wendungen bloss vorläufig bestimmt. Später sind diese Kosten sodann abzurechnen. Ein Anspruch auf Abrechnung kann somit erst entstehen, wenn zuvor ein Kostenvorschuss bejaht wurde. Mit anderen Worten stellt die mit Urteil im Vorschussprozess entschiedene Hauptfrage eine Vorfrage im Abrechnungsprozess dar, sofern dieser notwendig würde. In diesem Fall bindet das Urteil im Vorschussprozess die Gerichte an den in ihm festgestellten Sachverhalt. Dem Entscheid über die Bevorschussung kommt somit Bindungswirkung gegenüber dem Abrechnungsprozess zu." (S. 13)

"Der Umfang des Kostenvorschusses richtet sich nach den zu erwartenden Kosten der Ersatzvornahme und ist vom Besteller darzutun (BK-Koller, N 573 ff. zu Art. 366 OR). Da sich die Höhe des Kostenvorschusses nach dem mutmasslichen Aufwand bestimmt, kann ein strikter Beweis über die entstehenden Kosten der Ersatzvornahme nicht verlangt werden. Hingegen darf trotz Schätzung der mutmasslichen Kosten von der klagenden Partei verlangt werden, dass sie die Tatsachen, auf die sie ihren Anspruch stützt, möglichst konkret (substanziert) behauptet. Da es nun aber bei einem verlangten Vorschuss eben nur um voraussichtliche Aufwendungen geht, können solche nicht im gleichen Mass wie beispielsweise angefallene Kosten begründet werden." (S. 90)

"Die Kläger machten bei ihren Schätzungen eine Reserve von 20% der geschätzten Kosten geltend. Dies betraf nicht ihre mit Offerten erhobenen Kosten des Marmorbodenersatzes und auch nicht die Kosten für Ersatzlogis (act. 1 S. 16-18). Die Beklagte wollte bei den Schätzungen den Klägern lediglich eine Reserve von 5% zugestehen (act. 11 S. 32).

Nach Gauch soll der Anspruch aufgrund der noch unbestimmten Höhe der aufzuwendenden Verbesserungskosten "grosszügig" bemessen werden (Gauch, a.a.O., N 1818). Niquille-Eberle äussert sich dazu nicht eindeutig, sieht allerdings in einer Abweichung von 10 bis 20 % der von den Parteien behaupteten Beträgen keine erhebliche Tatsache, die zum Beweis verstellt werden müsste (Martha Niquille-Eberle, a.a.O., N 42). Tendenziell eher für eine geringere Reserve spricht sich Koller aus. Seiner Ansicht nach spreche gegen eine grosszügige Bemessung, dass der Besteller erneut einen Kostenvorschuss anfordern könne (BK-Koller, N 576 zu Art. 366 OR).

2. Da die Nachbesserungskosten noch nicht definitiv feststehen, lässt sich auch der Vorschuss nicht exakt bestimmen. Gewisse Ungenauigkeiten sind zu akzeptieren. Gegen eine hohe Reserve spricht, dass der Unternehmer für seine wirtschaftliche Tätigkeit finanzielle Mittel benötigt und somit möglichst keine Gelder vorschliessen soll, die letztlich nicht benötigt werden. Demgegenüber soll der Besteller möglichst davon befreit werden, infolge einer knappen Kalkulation des Vorschusses erneut an den Unternehmer für weitere Vorschüsse gelangen zu müssen.

Sind die durch Dritte vorgenommenen Nachbesserungsarbeiten im Gange, so besteht für den Besteller ein erhebliches Interesse, dass die Arbeiten zu Ende geführt werden und nicht wegen fehlender liquider Mittel infolge eines ungenügenden Kostenvorschusses gestoppt werden müssen. Überdies sind im Werkvertragsrecht Toleranzgrenzen nicht unbekannt. So wird beispielsweise gestützt auf allgemeine Lebenserfahrung eine unverhältnismässige Überschreitung der Kos-

tenangabe erst bei einer Überschreitung von mehr als 10 % angenommen (Gauch, a.a.O., N 985), obwohl in diesen Fällen der Unternehmer seine eigenen Arbeiten abschätzen und in den Preis einkalkulieren und nicht wie hier die Kläger die Kosten für Drittarbeiten abschätzen muss.

Schon aus diesem Grund rechtfertigt es sich, auch beim Vorschuss eine taugliche Reserve zu gewähren. Angemessen erscheint eine solche von 20%. Dies jedoch bei allen Nachbesserungskosten (ausgenommen Ersatzlogis). Denn nunmehr wird in Abweichung von den vormals beidseits noch offertengestützten Kostenannahmen durchwegs bzw. mit den ebenso geschätzten wenigen Korrekturen einer Schätzung gefolgt, jener des Gutachters. Dies gilt auch für die Kosten der Möbelauslagerung. Im Übrigen waren die meisten Offerten der Kläger (allerdings nicht die der G.\_\_\_\_\_ AG) exklusive MWSt, jene der Beklagten meist inklusive. Da der Gutachter Schätzungen inklusive MWSt vornahm und dies übernommen wird, rechtfertigt sich auch deshalb bei Annahme der Reserve eine gewisse Grosszügigkeit.

### 3.3.6. Fazit Kosten Nachbesserung

Ausgehend von geschätzten Nachbesserungskosten von CHF 137'150.– plus CHF 56'000.– (Möbeltransport und -einlagerung) plus CHF 800.– (Spezialversicherung), somit CHF 193'950.–, ergibt sich inklusive 20% Reserve darauf ein Betrag von CHF 232'740.–. Hinzu kommen noch CHF 10'000.– für Ersatzlogis. Man gelangt auf einen Gesamtbetrag von CHF 242'740.– (inklusive MWSt)." (S. 115 ff.)

"Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist eine Vorschusspflicht an bestimmte Modalitäten zu binden. Erstens ist der Besteller in der Verwendung des Kostenvorschusses nicht frei. Vielmehr ist der Vorschuss ausschliesslich für die Finanzierung der Ersatzvornahme bestimmt. Zweitens ist der Besteller verpflichtet, nach Abschluss der "Ersatznachbesserung" über die Kosten abzurechnen und dem Unternehmer einen allfälligen Überschuss zurückzuerstatten. Drittens hat der Besteller den gesamten Vorschuss zurückzuerstatten, wenn er die Nachbesserung nicht innert angemessener Frist vornehmen lässt (BGE 128 III 416 ff.).

Die Kläger machen keine Frist geltend, innert der sie die Ersatzvornahme vorzunehmen gedenken. Es ist eine angemessene Frist, hier von 18 Monaten, ab Eingang der Vorschusszahlung anzusetzen.

Den Vorschuss haben die Kläger für die Behebung der vorn erwähnten fünf Mängelsachverhalte zu verwenden. Die Kläger werden über diese Kosten der Nachbesserung abzurechnen haben." (S. 125 f.)

Aus dem eingangs erwähnten Dispositiv sowie diesen Erwägungen geht hervor, dass sich das Handelsgericht mit den einzelnen Positionen im Detail befasst hatte, gar ein Beweisverfahren durchgeführt und mehrere Gutachten – darunter ein ökonomisches – eingeholt wurden, die Klage im Mehrbetrag abgewiesen wurde, die Parteien sich dazu äussern konnten, beim Vorschuss eine Reserve einberechnet wurde, eine Rückzahlungspflicht für den nicht beanspruchten Teil der Be-

vorschussung statuiert, jedoch keine Nachzahlungspflicht bei allfälliger Überschreitung des bevorschussten Betrags festgehalten wurde. Demnach wurde im Entscheid betreffend Bevorschussung über den Umfang der Nachbesserungsarbeiten im Detail bereits entschieden, weshalb in Nachachtung der dargelegten bundesgerichtlichen Rechtsprechung eine Nachforderung ausgeschlossen ist.

Zum gleichen Ergebnis führt die bis anhin vertretene Auffassung des Handelsgerichts des Kantons Zürich auch in anderen Fällen (vgl. Urteil vom 20. August 2012, HG110257-O):

"3.4. Was die Modalitäten der Bevorschussung angeht, so sind die Kläger antragsgemäss zu verpflichten, nach Durchführung der Mängelbehebung über die Kosten und den von der Beklagten erhaltenen Kostenvorschuss abzurechnen und einen allfälligen Überschuss an die Beklagte zurückzuerstatten. Unter Hinweis auf die dargestellte Rechtsprechung des Bundesgerichts ist den Klägern überdies eine angemessene Frist zur Nachbesserung und Abrechnung anzusetzen. Angesichts der Art der Arbeiten und der Bausumme erscheint eine Frist von drei Jahren als angemessen. Dass die Abrechnung unter "Nachschusspflicht der Beklagten" erfolge, wie es die Kläger verlangen (act. 1 S. 2), trifft nicht zu, da vorliegend über den Umfang der Nachbesserungsarbeiten entschieden wird (vgl. BGE 128 III 416, Erw. 4.2.2). Diesbezüglich ist Ziffer 2 des klägerischen Rechtsbegehrens nicht zu folgen." (S. 10)

Demnach ging das Handelsgericht gar davon aus, dass der Vorbehalt einer Nachschusspflicht durch das Gericht nicht zulässig sei. Erst recht kann ein Anspruch auf Nachschuss ohne einen solchen Vorbehalt nicht bejaht werden.

3.1.4. Demgemäss haben die Kläger keinen Anspruch auf Nachforderung, weshalb die Klage bereits aus diesem Grund abzuweisen ist. Selbst wenn aber davon ausgegangen würde, dass eine Nachforderung grundsätzlich möglich wäre, müsste die Klage abgewiesen werden, haben die Kläger doch – wie sogleich aufzuzeigen ist – nicht dargetan, inwiefern welche der im Urteil betreffend Vorschuss aufgeführten Positionen im Einzelnen, weshalb, um welchen Betrag, jeweils überschritten worden sind. Darauf ist nun nachfolgend einzugehen.

### 3.2. Überwälzung der Mehrkosten auf die Beklagte

3.2.1. Die Beklagte macht geltend, die Reinigungs- und Bauleitungskosten seien für jeden Mängelsachverhalt separat festgelegt und den jeweiligen Sanierungs-

posten zugeordnet worden. Die übermässige Kostenüberschreitung sei auf unsorgfältige Bauleitung zurückzuführen. Die Kläger hätten die entstandenen Mehrkosten selbst zu verantworten, denn wenn den Klägern der Vorschuss nicht zur ordnungsgemässen Nachbesserung ausgereicht habe, sei dies auf unsorgfältige Bauleitung, überrissene Preise bei der Vergabe von Arbeiten sowie auf das über setzte Bauleitungshonorar zurückzuführen. Ausserdem hätten die Kläger Arbeiten aufgeführt, welche nicht mehr von den festgestellten Mängelsachverhalten abgedeckt seien.

3.2.2. Im handelsgerichtlichen Verfahren betreffend Bevorschussung der Ersatzvornahmekosten hatten die Kläger von den ursprünglich gesamthaft behaupteten Kosten auf gerichtliche Aufforderung hin die Kosten für die Spezialversicherung, für das Ausräumen und Einlagern von Mobiliar, für die Baureinigung wie auch die Kosten für die Bauleitung nunmehr auf die entsprechenden Mängelsachverhalte verlegt. Sodann stellte das Handelsgericht in folgender Aufstellung nach Mängelsachverhalten – ausdrücklich ohne Anerkennung der Beschränkung auf diese durch die Kläger – die von den Parteien behaupteten Nachbesserungskosten ("**Kläger**" bzw. "**Beklagte**") gegenüber:

Mangel 1-5	Betrag Kläger/Betrag Beklagte
<p><b><u>1. Fleckiger und durchfeuchteter Boden im äusseren Bereich zwischen Hauseingangstüre und Entwässerungsrinne</u></b>, act. 6/30</p> <p>Ohne Wände mit Salzausblühungen und ohne Containerraum</p>	<p>9'000.– (Anteil Offerte H._____) 1'000.– (Bauleitung Koordination)</p> <p><u>Total Kläger CHF 10'500.–</u></p> <p><u>Total Beklagte CHF 3'600.–</u> <i>Kein Auswechseln Platten, Reinigung mit Wasserhochdruck, Durchfeuchtung mit Aqua-stop verhindern, Arbeitsfugen abdichten</i></p>
<p><b><u>2. Dachentwässerungssystem Pluvia</u></b></p>	<p>7'500.– (Schätzung) 2'000.– (Abdecken Reinigen) 1'500.– (Bauleitung Koordination)</p> <p><u>Total Kläger CHF 11'000.–</u></p> <p><u>Total Beklagte CHF 3'100.–</u> <i>Maurer und Sanitär 2 x 1'000.– = 2'000.– Abdecken und Reinigen 700.– Bauleitung 300-400.–</i></p>

<p><b><u>3. Risse beim Übergang von der Deckenstirn zur Decke beim Deckendurchbruch der Wendeltreppe</u></b>, act. 6/31</p> <p>ohne Wände und Stukkaturen in den Schlafzimmern des Obergeschosses mit unregelmässig verteilten Rissen und ohne Risse an den Stukkaturen im Attikageschoss und ohne Rissbildungen an der Wohnraumdecke in den Bereichen des ursprünglich erstellten und später wieder abgebrochenen Tonnendaches</p>	<p>3'500.- (Anteil Offerte I._____)                  2'500.- (Abdecken Reinigen)                  1'200.- (Schätzung Malerarbeiten)                  1'500.- (Bauleitung Koordination)</p> <p><u>Total Kläger CHF 8'700.-</u></p> <p><u>Total Beklagte CHF 4'900.-</u>                  Gipser 3'000.-                  Maler 1'200.-                  Abdecken/Reinigung 700.-                  Bauleitung 400-500.-</p>
<p><b><u>4. Kalkausscheidungen auf Stufen der Ausstentreppe</u></b></p> <p>act. 6/34 sowie teilweise act. 6/32 + 6/33</p>	<p>15'000.- (Offerte J._____)                  450.- (Offerte J._____) Schätzung                  1'000.- (Schützen Gartenanlage/Anteil)                  2'000.- (Bauleitung Koordination/Anteil)</p> <p><u>Total Kläger CHF 18'450.-</u></p> <p><u>Total Beklagte CHF 3'600.-</u></p>
<p><b><u>5. Linienförmige Verfärbungen und Risse im Marmorboden</u></b></p> <p>act. 6/29, 6/32-33, 6/28</p>	<p>98'690.- (Offerte K._____) neuer Bodenbelag)                  35'000.- (Off. J._____) Abbruch Bodenbelag)                  5'000.- (Off. J._____) Anteil Bauinstallation)                  1'000.- (Off. J._____) Anteil Lagerplatz)                  7'500.- (Off. L._____) De-Montage Geländer)</p> <p>15'000.- (Off. M._____) Malerarbeiten/Anteil)                  14'380.- (Off. N._____) De-Montage Möbel)                  8'000.- (Schätzung Baureinigung)                  4'500.- (Schützen Gartenanlage/Anteil)                  65'000.- (Off. Möbeltransport/Einlagerung)                  800.- (O._____) Spezialversicherung)                  30'000.- (Koordination Bauleitung)</p> <p><u>Total Kläger CHF 284'870.-</u></p> <p><u>Total Beklagte max. CHF 13'250.- bei nur punktueller Sanierung, max. CHF 81'000.- bei vollflächiger Sanierung + eventuell CHF 11'000.- bei Mobiliarauslagerung</u></p>

Im Urteil vom 15. März 2011 hielt das Handelsgericht fest, dass der Gutachter P.\_\_\_\_\_ in der Folge die Bauleitungskosten den einzelnen Sanierungen zugeordnet habe, dass seine Angaben überzeugen würden und die Kosten also bereits im früher genannten Gesamtbetrag enthalten seien.

3.2.3. Eine Zuordnung der von den Klägern geltend gemachten Kosten/Rechnungen zu den einzelnen im Urteil aufgeführten Mängelsachverhalten und den entsprechenden Kostenanteilen des zugesprochenen Bevorschussungsbetrags (Dispositiv-Ziff. 1) ergibt folgende Aufstellung (vgl. auch act. 9 S. 24 f.):

a) Ersatz der Wand- und Bodenplatten im Hauseingangsbereich, Abdichtung Betonboden und Einbau Drainagematte, mit Anpassung der Entwässerungsrinne dazu (Kostenanteil CHF 11'760.– gemäss Urteil)

- Rechnung K._____ AG vom 31.10.2012	Fr. 18'448.85
- Rechnung Q._____ AG vom 2.11.2012	Fr. 4'420.45
- Rechnung R._____ Schreinerei Nr. 21769 vom 16.11.2012	<u>Fr. 3'231.35</u>
<b>Total Sanierungsposition 1</b>	<b>Fr. 26'100.65</b>

b) Entstopfung des Pluvia-Entwässerungssystems, mit Ausbau des Eck-Schranks und Einsetzen von Stauringen (Kostenanteil CHF 7'020.–);

- Rechnung S._____ AG Nr. 20120931 vom 28.3.2012	Fr. 1'137.80
- Rechnung R._____ Schreinerei Nr. 212554 vom 9.5.2012	Fr. 2'305.25
- Rechnung T._____ AG Nr. 2012-70843 vom 4.4.2012	Fr. 1'779.40
- Rechnung T._____ AG Nr. 2012-11117 vom 20.11.2012	<u>Fr. 2'812.85</u>
<b>Total Sanierungsposition 2</b>	<b>Fr. 8'035.30</b>

c) Sanierung Riss Wendeltreppe (Kostenanteil CHF 7'800.–);

- Rechnung U._____ AG Nr. 12806 vom 28.11.2012	<u>Fr. 8'814.10</u>
<b>Total Sanierungsposition 3</b>	<b>Fr. 8'814.10</b>

d) Sanierung Aussentreppe mit Ersatz sämtlicher Treppenstufen und Sockel- sowie Stufenstirnplatten (Kostenanteil CHF 14'400.–);

- Rechnung V._____ GmbH Nr. 2012.0142 vom 8.11.2012	Fr. 22'993.30
- Rechnung W._____ vom 30.11.2012	<u>Fr. 1'449.20</u>
<b>Total Sanierungsposition 4</b>	<b>Fr. 24'442.50</b>

e) Sanierung Marmorboden Attikawohnung mit Ersatz sämtlicher Marmorplatten und, je nach Ausführung, inklusive Entkoppelungsmatte (Kostenanteil CHF 123'600.-);

- Rechnung BA._____ AG Nr. 27.19 15 vom 17.10.2012	Fr. 34'732.80
- Rechnung U._____ Nr. 12354 vom 5.7.2012	Fr. 15'936.45
- Rechnung K._____ AG Nr. 10043966 vom 17.9.2012	Fr. 75'600.00
- Rechnung K._____ AG Nr. 10047964 vom 31.10.2012	Fr. 6'322.40
- Rechnung BB._____ Nr. 121299 vom 9.11.2012	Fr. 7'986.60
- Rechnung BC._____ Nr. 1020671 vom 25.11.2012	Fr. 3'906.10
- Rechnung W._____ vom 30.11.2012	Fr. 12'237.20
- Rechnung T._____ AG Nr. 2012-72179 vom 12.10.2012	Fr. 251.30
- Rechnung T._____ AG Nr. 2012-72180 vom 12.10.2012	<u>Fr. 220.00</u>
<b>Total Sanierungsposition 5</b>	<b>Fr. 157'192.85</b>

f) Möbelauslagerung, Transporte und Einlagerung (zwei Monate, nur bei Sanierung des Marmorbodens; Kostenanteil CHF 67'200.-):

Die Kläger machen für Reinigung und Zügelarbeiten zusammen folgende Kosten geltend:

- Rechnung BD._____ AG Nr. 12120130	Fr. 5'624.05
- Rechnung BE._____ Nr. 108788 vom 21.5.2012	<u>Fr. 2'592.00</u>
<b>Total Reinigung und Zügelarbeiten</b>	<b>Fr. 8'216.05</b>

Die Umzugskosten betragen somit nach eigenen Angaben nur CHF 2'592.00 (act. 14 S. 5).

g) Ersatzlogis (zwei Monate, nur während Sanierung des Marmorbodens, Kostenanteil CHF 10'000.-): nicht beansprucht durch die Kläger.

h) Spezialversicherung (bei Auslagerung der Möbel sowie während Zeit der Sanierungen; Kostenanteil CHF 960.-): nicht beansprucht durch die Kläger.

i) Reinigungskosten und Kosten Bauleitung

Wie erwähnt haben die Kläger zu den Zügelarbeiten Reinigungskosten geltend gemacht:

- Rechnung BD. _____ AG Nr. 12120130	Fr. 5'624.05
- Rechnung BE. _____ Nr. 108788 vom 21.5.2012	<u>Fr. 2'592.00</u>
<b>Total Reinigung und Zügelarbeiten</b>	<b>Fr. 8'216.05</b>

Dazu haben sie pauschal Kosten der Bauleitung geltend gemacht:

- Rechnung BF. _____ Nr. 212322 vom 4.12.2012	Fr. 5'400.00
- Rechnung BF. _____ Nr. 212321 vom 4.12.2012	Fr. 9'545.60
- Rechnung BF. _____ Nr. 212222 vom 22.10.2012	Fr. 5'950.80
- Rechnung BF. _____ Nr. 212115 vom 20.7.2012	Fr. 10'912.05
- Rechnung BF. _____ Nr. 212162 vom 20.7.2012	Fr. 14.00
- Rechnung BF. _____ Nr. 212024 vom 25.4.2012	Fr. 5'247.45
- Rechnung BF. _____ Nr. 211386 vom 23.1.2012	<u>Fr. 13'213.00</u>
<b>Total Endreinigung / Imprägnierung und Bauleitung</b>	<b>Fr. 50'282.90</b>

3.2.4. Wie erwähnt wurden im Urteil vom 15. März 2011 die Bauleitungs- und Reinigungskosten bereits bei den einzelnen Mängelsachverhalten berücksichtigt, weshalb die Kläger sie nicht als Zusatzpositionen geltend machen können. Im vorliegenden Verfahren haben die Kläger die Reinigungskosten und Bauleitungskosten als separate Position zudem pauschal geltend gemacht, ohne die Teilbeiträge den einzelnen Mängelpositionen zuzuordnen. Gemäss Art. 55 Abs. 1 ZPO haben die Parteien dem Gericht die Tatsachen, auf die sie ihre Begehren stützen, darzulegen. Aus der Verhandlungsmaxime ergibt sich, dass die Kläger die Tatsachen so detailliert darzulegen haben, dass sie das Gericht unter eine gewisse Gesetzesbestimmung subsumieren kann. Die daraus sowie aus Art. 221 und 222 Abs. 2 ZPO fliessende Substanziierungslast besagt, dass die Partei die Tatsachen nicht nur pauschal behaupten, sondern zusätzlich in einer genügend detaillierten Art und Weise schildern bzw. behaupten muss, sodass sie vom Gericht nachvollzogen und von der Gegenpartei bestritten werden können (Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Kommentar, 2. Aufl., Art. 55 N 23). Es ist

somit nicht Aufgabe des Gerichtes, herauszuschälen, welche Teilbeträge an Bauleitungs- und Reinigungskosten auf die einzelnen Mängelsachverhalte fallen, um beurteilen zu können, ob, inwiefern und weshalb die Sanierungskosten pro Position überschritten wurden. Mithin haben die Kläger den geltend gemachten Anspruch auf Nachforderung des die Bevorschussung übersteigenden Aufwands nicht hinreichend substantiiert, weshalb die Klage auch aus diesem Grund abzuweisen wäre. Schliesslich ist zu bemerken, dass die Kläger den einberechneten Betrag von CHF 67'200.00 für Möbelauslagerung, Transporte und Einlagerung offenbar nicht beansprucht haben, weshalb die Reserve sich zusätzlich um diesen Betrag erhöht hätte.

#### 4. Fazit

Zusammenfassend ist die Klage abzuweisen.

#### 5. Prozesskosten

Ausgangsgemäss werden die Kläger kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Höhe der Gerichtsgebühr wird nach der obergerichtlichen Gebührenverordnung (GebV OG) und jene der Parteientschädigung nach der obergerichtlichen Verordnung über die Anwaltsgebühren (AnwGebV) bestimmt (Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG bzw. § 48 Abs. 1 lit. c und Abs. 2 des zürcherischen Anwaltsgesetzes) und richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert bzw. nach dem tatsächlichen Streitinteresse (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG bzw. AnwGebV). Vorliegend ist von einem Streitwert von CHF 40'344.35 auszugehen (Art. 91 Abs. 1 ZPO; act. 1 S. 1), wobei die Gerichtsgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 GebV OG, auch unter Berücksichtigung der Tatsache, dass eine Vergleichsverhandlung durchgeführt wurde und das Verfahren aufgrund des Aktenumfangs komplex und aufwendig war, auf CHF 6'400.– zu veranschlagen ist. Die Kläger sind zudem zu verpflichten, der Beklagten eine Parteientschädigung zu bezahlen, welche in Anwendung von § 4 Abs. 1 und § 11 Abs. 1 und 2 AnwGebV auf CHF 8'000.– (netto) festzusetzen ist.

**Das Handelsgericht erkennt:**

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 6'400.–.
3. Die Gerichtskosten werden den Klägern auferlegt und teilweise aus dem von ihnen geleisteten Kostenvorschuss gedeckt; für den nicht gedeckten Betrag haften die Kläger 1 und 2 solidarisch.
4. Die Kläger 1 und 2 werden, unter solidarischer Haftbarkeit, verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von CHF 8'000.– (netto) zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
6. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 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 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Der Streitwert beträgt CHF 40'344.35.

Zürich, 12. November 2014

Handelsgericht des Kantons Zürich

Vorsitzender:

Gerichtsschreiberin:

Dr. George Daetwyler

Katja Diethelm