

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LB180025-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende,  
Oberrichterin Dr. S. Janssen und Oberrichter Dr. M. Kriech  
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. N.A. Gerber

## Urteil vom 27. September 2018

in Sachen

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

2. **B.** \_\_\_\_\_,

Kläger und Berufungskläger

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

gegen

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

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. \_\_\_\_\_,

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 4. Abteilung, vom  
17. April 2018 (CG150124-L)**

**Rechtsbegehren:**

(Urk. 2 S. 2)

"Die Beklagte sei zu verpflichten, die Forderung in Höhe von **Fr. 93'620.60** nebst Zins zu 5% seit 3. März 2015 anzuerkennen und zu bezahlen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen."

**Geändertes Rechtsbegehren:**

(Urk. 25 S. 2)

"Die Beklagte sei zu verpflichten, die Forderung in Höhe von Fr. 92'997.70 nebst Zins zu 5% seit 3. März 2015 anzuerkennen und zu bezahlen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen."

**Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 4. Abteilung, vom 17. April 2018:**

(Urk. 82 S. 23)

- "1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 8'500.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten werden der klagenden Partei auferlegt und mit dem geleisteten Vorschuss verrechnet. Es resultiert kein Fehlbetrag, der von der klagenden Partei nachzufordern wäre.
4. Die klagende Partei wird verpflichtet, der beklagten Partei eine Parteientschädigung von Fr. 14'700.– (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
5. [Schriftliche Mitteilung]
6. [Rechtmittel: Berufung / Frist: 30 Tage]

**Berufungsanträge:**

der Kläger und Berufungskläger (Urk. 81 S. 2):

"Das angefochtene Urteil sei aufzuheben und es sei die Beklagte zu verpflichten, die Forderung in Höhe von Fr. 92'997.70 nebst Zins zu 5 % seit 3. März 2015 anzuerkennen und zu bezahlen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen."

## **Erwägungen:**

### **I. Prozessgeschichte**

1. Am 7. September 2015 (Datum Poststempel) reichten die Kläger bei der Vorinstanz die Klagebewilligung des Friedensrichteramtes Zürich, Kreise 11+12, vom 5. Mai 2015 sowie die Klageschrift ein (Urk. 1-3). Replicando reduzierten sie die Forderung leicht (Urk. 25 S. 2). Der weitere Verfahrenslauf vor Vorinstanz kann dem angefochtenen Urteil entnommen werden (Urk. 82 S. 2 ff.).
2. Das das erstinstanzliche Verfahren abschliessende Urteil der Vorinstanz datiert vom 17. April 2018 (Urk. 82). Mit Eingabe vom 4. Juni 2018, hier am 5. Juni 2018 eingegangen, erhoben die Kläger rechtzeitig Berufung gegen das Urteil und stellten die eingangs aufgeführten Anträge (Urk. 78; Urk. 81). Mit Verfügung vom 13. Juni 2018 wurde den Klägern Frist angesetzt, um für die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens einen Vorschuss von Fr. 8'500.– zu leisten (Urk. 83). Diese Verfügung wurde seitens der Kläger am 15. Juni 2018 entgegengenommen (Urk. 83). Der verlangte Vorschuss ging mit Valuta 27. Juni 2018 bei der Obergerichtskasse ein (Urk. 84).
3. Da sich die Berufung sogleich als unbegründet erweist, kann auf prozessuale Weiterungen verzichtet werden (Art. 312 Abs. 1 ZPO).

## II. Prozessuales

1. Die Berufung hemmt die Rechtskraft des angefochtenen Entscheides im Umfang der Anträge (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Die Berufung der Kläger richtet sich gegen den gesamten Entscheid der Vorinstanz (Urk. 81 S. 2). Zur Höhe der Entscheidegebühr (Dispositivziffer 2) stellten die Kläger keinen abweichenden Antrag. Da die Rechtsmittelinstanz, wenn sie einen neuen Entscheid trifft, auch über die Prozesskosten des erstinstanzlichen Verfahrens entscheidet (Art. 318 Abs. 3 ZPO), kann indes auch insoweit nicht die Rechtskraft des vorinstanzlichen Entscheids festgestellt werden.

2. Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über eine umfassende Überprüfungsbefugnis über die Streitsache, d.h. über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung (BGer 5A\_184/2013 vom 26. April 2013, E. 3.1). In der schriftlichen Berufungsbegründung (Art. 311 ZPO) ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem der genannten Mängel leidet (BGE 138 III 374, E. 4.3.1; BGer 5A\_751/2014 vom 28. Mai 2015, E. 2.1). Der Berufungskläger hat mittels klarer und sauberer Verweisungen auf die Ausführungen vor Vorinstanz zu zeigen, wo er die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben hat. Die Parteien haben die von ihnen kritisierten Erwägungen des vorinstanzlichen Entscheids sowie die Aktenstücke, auf die sie ihre Kritik stützen, genau zu bezeichnen (BGE 138 III 374 E. 4.3.1.; BGer A\_580/2015 vom 11. April 2016, E. 2.2. [nicht publiziert in BGE 142 III 271]). Es ist nicht Sache der Rechtsmittelinstanz, die Akten und die Rechtsschriften der Parteien zu durchforsten um festzustellen, welche Partei was wo ausgeführt hat. Demzufolge darf die Berufungsschrift weder eine pauschale Verweisung auf die bei der Vorinstanz einreichten Rechtsschriften noch eine neuerliche Darstellung der Sach- oder Rechtslage haben, welche nicht darauf eingeht, was vor der Vorinstanz vorgebracht worden ist. Pauschale Verweisungen auf die vor der Vorinstanz eingebrachten Rechtsschriften sind namentlich dann unzulässig, wenn sich die Vorinstanz mit den Ausführungen des Berufungsklägers auseinandergesetzt hat. Stützt sich der angefochtene Entscheid auf mehrere selbständige Begründungen, muss sich der Berufungskläger in der Beru-

fungsschrift mit allen Begründungen auseinandersetzen. Das Gleiche gilt im Falle von Haupt- und Eventualbegründungen. Auch hier muss sich der Berufungskläger mit allen Begründungen auseinandersetzen (Hungerbühler/Bucher, DIKE-Komm-ZPO, Art. 311 N 42 f.). Zwar prüft die Berufungsinstanz nicht nur die geltend gemachten Rügen. Was nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, braucht die Rechtsmittelinstanz aber jedenfalls dann, wenn ein Mangel nicht geradezu offensichtlich ist (BGer 4A\_258/2015 vom 21. Oktober 2015, E. 2.4.3), nicht zu überprüfen. Die Berufungsinstanz ist aufgrund ihrer umfassenden Prüfungsbefugnis nicht an die mit den Rügen vorgebrachten Argumente oder an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden. Sie kann die Rügen auch mit abweichenden Erwägungen gutheissen oder abweisen (vgl. ZK ZPO-Reetz/Theiler, Art. 310 N 6).

3.1. Die Erwägung der Vorinstanz, dass vorliegend für den Aktenschluss die Durchführung des zweiten Schriftenwechsels entscheidend ist (Urk. 82 S. 6; Art. 229 Abs. 1 und 2 ZPO), ist nicht zu beanstanden. Demzufolge war den Klägern nach Ablauf der Frist zur Erstattung der Replik und der Beklagten nach Ablauf der Frist zur Erstattung der Duplik das Einbringen von Noven nur noch unter den Voraussetzungen von Art. 229 Abs. 1 ZPO möglich. Die Parteien wurden darauf bei Ansetzung der entsprechenden Fristen ausdrücklich aufmerksam gemacht (Urk. 13 S. 2; Urk. 28 S. 2).

3.2. Im Berufungsverfahren sind neue Tatsachen und Beweismittel – resp. über den insoweit zu engen Gesetzeswortlaut hinaus neue Tatsachenbehauptungen, neue Bestreitungen von Tatsachenbehauptungen, neue Einreden (rechtlicher Art) und neue Beweismittel (ZK ZPO-Reetz/Hilber, Art. 317 N 31) – nach Art. 317 Abs. 1 ZPO nur noch zulässig resp. zu berücksichtigen, wenn sie – kumulativ – ohne Verzug vorgebracht werden (Art. 317 Abs. 1 lit. a ZPO) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO). Mit dieser Regelung hat der Gesetzgeber für das Berufungsverfahren ein Novenrecht statuiert, das nur unter restriktiven Voraussetzungen ausnahmsweise Noven zulässt. Der ZPO liegt die Idee zugrunde, dass alle Tatsachen und Beweismittel in erster Instanz vorzubringen sind und der Prozess vor dem erstinstanzlichen Richter grundsätzlich abschliessend zu führen ist. Das Berufungsverfahren dient nicht der Vervollständigung des vorinstanzlichen Verfahrens, sondern der Überprüfung und Korrektur des erstinstanzlichen Entscheids im

Lichte konkret dagegen vorgebrachter Beanstandungen (BGer 4A\_619/2015 vom 25. Mai 2016, E. 2.2.2 m.w.H.). Jede Partei, welche neue Tatsachen geltend macht oder neue Beweismittel benennt, hat zunächst zu behaupten und zu beweisen, dass dies ohne Verzug geschieht. Will eine Partei unechte Noven geltend machen, so trägt sie die Beweislast für die Zulässigkeit der Noven. Sie muss zusätzlich Behauptungen aufstellen und Beweise benennen, aus denen sich ergibt, dass sie umsichtig und sorgfältig gehandelt hat, aber dennoch keine frühere Kenntnis von den neu vorgebrachten Tatsachen und Behauptungen oder Beweismitteln hatte. Der anderen Partei steht der Gegenbeweis offen (vgl. zum Ganzen auch BGer 5A\_330/2013 vom 24. September 2013, E. 3.5.1 m.w.H.).

3.3. Soweit die Kläger in der Berufungsschrift den Sachverhalt ergänzen (vgl. Urk. 81 S. 3), ohne die Zulässigkeit der Einbringung von Noven im obgenannten Sinne darzutun, haben diese unbeachtlich zu bleiben.

4. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 1-80). Auf die Parteivorbringen ist nur insoweit einzugehen, als dies für die Entscheidungsfindung notwendig ist.

### **III. Materielles**

1.1. Die Streitigkeit hat ihren Ursprung in einer am 19. März 2012 zwischen den Klägern einerseits und der Beklagten andererseits abgeschlossenen, als "Kaufvertrag" bezeichneten Vereinbarung über den Erwerb einer Wohnung im Stockwerkeigentum ab Plan. Die Beklagte verpflichtete sich in dieser Vereinbarung, die Wohnung als Generalunternehmerin zum Pauschalpreis von Fr. 1'070'000.– gemäss separatem Baubeschrieb mit Nutzungsvereinbarung schlüsselfertig zu erstellen (Urk. 6/1).

1.2. Die Vorinstanz ging zutreffend davon aus, dass zwischen den Parteien ein Grundstückskauf mit Bauleistungspflicht abgeschlossen wurde und damit ein gemischter Vertrag, der kauf- und werkvertragliche Elemente vereint, wobei die Mängelhaftung für die Liegenschaft sich nach Kaufrecht richtet, während jene für das Gebäude, um die es hier einzig geht, ausschliesslich nach Werkvertragsrecht erfolgt (vgl. Urk. 82 S. 9). Die Vertragsqualifikation wird von den Klägern in ihrer Berufungsbegründung denn auch nicht in Frage gestellt.

1.3. Inwieweit die Kläger in ihrer Berufungsbegründung bemängeln, dass die Vorinstanz davon ausging, die Beweislast für die von ihnen behauptete Mangelhaftigkeit des Werks liege bei ihnen (Urk. 82 S. 5 f.), und inwieweit dieser Standpunkt der Vorinstanz zutrifft, kann offenbleiben. Wie nachfolgend aufzuzeigen sein wird, ist die Berufung nämlich unbekümmert dieser Frage abzuweisen. Unabhängig von den Ausführungen der Vorinstanz ist aber festzuhalten, dass die Aufwendungen für die Herbeiführung des vertraglichen Zustands eines Werks im Rahmen einer Ersatzvornahme oder das Quantitativ einer Minderungsforderung naturgemäss stets vom Besteller zu behaupten und nötigenfalls zu substantiieren sind (vgl. BGE 141 III 257 E. 3.3.; BKZGB-Walter, Art. 8 N 578; BSK OR-Zindel/Pulver/Schott, Art. 368 N 93; Gauch, Der Werkvertrag, 5. Auflage, Zürich 2011, N 1667 und N 1809 ff.), ansonsten es gar nicht erst zu einem Beweisverfahren darüber kommt. Einzugehen ist in diesem Zusammenhang auf den in Art. 55 Abs. 1 ZPO statuierten Verhandlungsgrundsatz, gemäss welchem es Sache der Parteien ist, dem Gericht die Tatsachen darzulegen, auf die sie ihre Begehren stützen, und die Beweismittel anzugeben. Der Behauptungslast ist dabei Genüge getan, wenn die Parteien in ihrem Tatsachenvortrag in allgemeiner Weise sämtliche Tatsachen benennen, welche unter die ihren Antrag stützenden Normen zu subsumieren sind. Ein solchermaßen vollständiger Tatsachenvortrag wird als schlüssig bezeichnet, da er bei Unterstellung, er sei wahr, den Schluss auf die angebehrte Rechtsfolge zulässt. Bestreitet der Prozessgegner den schlüssigen Tatsachenvortrag der behauptungsbelasteten Partei, greift indes eine über die Behauptungslast hinausgehende Substantiierungslast. Die Vorbringen sind in diesem Fall 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. Dabei bestimmt sich nach den einschlägigen bundesrechtlichen Normen, welche Tatsachen für einen schlüssigen Vortrag zu behaupten sind, und genügt ein globaler Verweis auf eingereichte Unterlagen den bundesrechtlichen Anforderungen an die Substantiierung nicht – die Tatsachen müssen grundsätzlich in der Rechtsschrift selber dargelegt resp. behauptet werden. Tatsachen, die sich lediglich aus einer Beilage zu einer Rechtsschrift ergeben, sind vom Gericht unter der Geltung der Verhandlungsmaxime nicht zu beachten. Selbst mit einem allgemeinen Verweis in der Rechtsschrift auf eine Beilage oder mit der allgemeinen Erklärung, dass eingereichte Akten als integrierender Bestandteil der Rechtsschrift gelten, wird der Behauptungs-

last nicht genügend nachgekommen. Nicht behauptete Tatsachen dürfen im Rahmen der Verhandlungsmaxime grundsätzlich nicht berücksichtigt werden (BGer 4A\_443/2017 vom 30. April 2018, E. 2.2 m.w.H.; BSK ZPO-Willisegger, Art. 221 N 27 m.w.H.; KUKO ZPO-Naegeli/Richers, Art. 221 N 27 m.w.H.). Eine ausreichende Substantiierung ist zudem Voraussetzung für den Beweisführungsanspruch (BGer 4A\_252/2016 vom 17. Oktober 2016, E. 2.2 m.w.H.). Substantiierungshinweise der Gegenpartei sind gleichermassen beachtlich wie solche des Gerichts (BGer 4A\_57/2014 vom 8. Mai 2015, E. 1.3.3 m.w.H.; Glasl, DIKE-Komm-ZPO, Art. 56 N 37 m.w.H.).

2.1. Die Kläger machten erstinstanzlich geltend, ihre Forderung stütze sich im Wesentlichen auf die folgenden vier Vertragsabweichungen (Urk. 2 S. 5 f.):

- Anbringen Fasertapete anstatt Weissputz
- Anbringen von Fliesen in Nasszellen anstatt Anbringen von Weissputz an den Wänden und Ausführung des Bodens mit wasserdichter Bodenbeschichtung
- Montage Türrahmen (Türzarge) beim Zugang zum Reduit trotz Verzicht
- Montage Wasseranschluss aussenliegend in zu niedriger Höhe.

Zudem wurde – nebst weiteren, für das vorliegende Verfahren letztlich irrelevanten Punkten – gerügt, der Drücker am Lift sei auf der falschen Seite angebracht gewesen (Urk. 2 S. 7).

Die Kläger behaupten, da die Beklagte auf Nachbesserung verzichtet habe, seien sie berechtigt gewesen, diese durch Dritte vornehmen zu lassen, was die geltend gemachten Gesamtkosten verursacht habe, deren Bezahlung sie mit vorliegender Klage verlangten (vgl. Urk. 2 S. 7). Die Beklagte bestreitet die Klage.

2.2.1. Die Vorinstanz wies die Klage der Kläger vollumfänglich ab, wobei die Erwägungen eine Haupt- und eine Eventualbegründung der Abweisung enthalten.

2.2.2. Im Rahmen ihrer Hauptbegründung kam die Vorinstanz zum Schluss, dass bei den ersten zwei behaupteten Vertragsabweichungen gemäss vorstehender Erw. 2.1. keine vertraglich korrekte Änderungsbestellung vorgelegen habe, weshalb die Beklagte sich korrekterweise an den Baubeschrieb gehalten habe (Urk. 82 S. 17 betr. Fasertapete anstatt Weissputz; Urk. 82 S. 18 betr. Fliesen anstatt Weissputz resp. wasserdichter Bodenbeschichtung). Betreffend Türrahmen hätten die Kläger kein Wahlrecht gehabt. Dennoch habe die Beklagte eine Offerte gemacht. Diese sei innert Frist abgelehnt worden. Damit könne von einer Ver-

tragsabweichung keine Rede sein (Urk. 82 S. 20 f.). Mit Bezug auf die geltend gemachte zu niedrige Anbringung des Wasseranschlusses draussen schliesslich seien die Ausführungen der Kläger zum behaupteten Mangel sowie zur Höhe des in diesem Zusammenhang geltend gemachten Schadenersatzes unsubstantiiert, weshalb sich weitere Ausführungen erübrigen würden (Urk. 82 S. 21).

2.2.3. Im Sinne einer Eventualbegründung argumentierte die Vorinstanz, selbst wenn das Vorliegen von Mängeln zu bejahen wäre, sei die geltend gemachte Forderungssumme von rund Fr. 93'000.– derart unsubstantiiert, dass die Klage abzuweisen wäre. Zum einen seien einer anwaltlich vertretenen Partei keine Substantiiierungshinweise zu erteilen, zum andern habe die Beklagte in der Klageantwort um rechtsgenügende Substantiierung ersucht, welcher Aufforderung jedoch auch replicando keine Folge geleistet worden sei. Es genüge nicht, in der Klageschrift insgesamt 11 Kostenpositionen aufzuführen, deren Summe Fr. 92'997.70 ergebe. Es sei völlig unklar, wer wofür welche Arbeiten geleistet habe. Zudem würden teilweise reine Offerten als bezahlte Rechnungen dargelegt. Die Kläger hätten spätestens mit ihrer Replik auch die Forderung genau substantiiieren müssen (Urk. 82 S. 22).

3.1. Hinsichtlich der vorinstanzlichen Eventualbegründung bringen die Kläger in der Berufungsbegründung vor, die Vorinstanz erläutere nicht, wieso eine Bezifferung der detaillierten Handwerkerrechnungen auf S. 8 der Klageschrift samt Bezugnahme auf die von ihnen eingereichten Urk. 11 bis 20 zur Substantiierung der Schadenspositionen nicht reiche. Auch sei nicht nachvollziehbar, was noch zusätzlich hätte substantiiert werden können. So seien beispielsweise auf der Schreinerrechnung sage und schreibe 30 Positionen mit Stunden- und – wo nötig – mit Mengenangaben samt Teil- und Totalbeträgen aufgeführt. Die Positionen seien ausreichend mit ausgeführten Arbeiten beschrieben (Urk. 81 S. 14).

3.2. Die gemäss übereinstimmender Darstellung der Parteien (Urk. 2 S. 2; Urk. 32 S. 4) zwischen ihnen hinsichtlich der Gewährleistungsrechte vereinbarte SIA-Norm 118 hat in Art. 169-171 die gesetzlichen Mängelrechte des Art. 368 OR (Wandelungs-, Minderungs- und Nachbesserungsrecht sowie das Recht auf Ersatz des Mangelfolgeschadens) übernommen. Die Regelung in der SIA-Norm 118 weicht indessen insofern von der gesetzlichen Regelung ab, als sie die Wahlfreiheit des Bauherrn einschränkt, indem sie dem Nachbesserungsrecht den Vorrang

gibt. Anders als nach Art. 368 OR hat der Bauherr nach Art. 169 Abs. 1 SIA-Norm 118 zunächst einzig das Recht, vom Unternehmer die Mangelbeseitigung innerhalb angemessener Frist zu verlangen. Soweit der Unternehmer die vom Bauherrn verlangte Nachbesserung innerhalb der angesetzten (angemessenen) Frist nicht vornimmt, lebt nach Art. 169 der Norm das Wahlrecht des Bauherrn auf. Er kann jetzt das Minderungs- oder das Wandelungsrecht ausüben oder weiterhin auf der Verbesserung bestehen, dies jedoch nur dann, wenn die Verbesserung im Verhältnis zu seinem Interesse an der Mangelbeseitigung nicht übermässige Kosten verursacht (Art. 169 Abs. 1 Ziff. 1 SIA-Norm 118). Verursacht die Verbesserung keine übermässigen Kosten, so ist der Bauherr ausserdem berechtigt, die Verbesserung auf Kosten des Unternehmers durch einen Dritten ausführen zu lassen (Ersatzvornahme; Art. 169 Abs. 1 Ziff. 1 SIA-Norm 118; vgl. zum Ganzen: *HGer Zürich HG120094 vom 8. Mai 2014, S. 37 f.*, Gauch, a.a.O., N 2658 ff.). Hat sich der Unternehmer geweigert, eine Verbesserung vorzunehmen, oder ist er hierzu offensichtlich nicht imstande, stehen dem Bauherrn die genannten Mängelrechte ohne Fristansetzung zu (Art. 169 Abs. 2 SIA-Norm 118; Gauch/Stöckli, Kommentar zur SIA-Norm 118, 2. Aufl., Zürich 2017, Art. 169 Rz. 34 mit Verweis auf BGer 4A\_151/2016 vom 21. Juni 2016, E. 3.3). Bei der Bemessung des Anspruchs auf Aufwendungsersatz ist zu beachten, dass nur jene Kosten zu ersetzen sind, die, unter Vermeidung unnötigen Aufwandes, nach pflichtgemäsem Ermessen aufzuwenden sind, um den vertragsgemässen Zustand des Werkes herbeizuführen. Überträgt der Besteller die Mangelbeseitigung einem Dritten, so hat er (in den Schranken von Treu und Glauben) das Recht, einen Fachmann seines Vertrauens zu wählen, auch wenn ein anderer die Verbesserungsarbeiten billiger ausführen würde. Der Besteller braucht also von vornherein nicht den billigsten Ersatzunternehmer zu wählen. Er hat auch nicht ohne Weiteres die billigste Methode zu wählen. Andererseits darf er aber auch nicht auf Kosten des Unternehmers Luxus betreiben (*HGer Zürich HG120094 vom 8. Mai 2014, S. 38*; Gauch, a.a.O., N 1813).

3.3. Auf der in der Berufungsbegründung angesprochenen Seite 8 der Klageschrift liessen die Kläger zur geltend gemachten Forderung Folgendes ausführen:

"1. Rechnung Schreiner	Fr.	27'226,00
2. Rechnung Gipser	Fr.	15'042,00
3. Rechnung Sanitär	Fr.	7'340,25

4. Rechnung Elektriker	Fr.	2'310,00
5. Rechnung Reinigung	Fr.	3'498,00
6. Rechnung D. _____ Schreinerei Lift Aussen- drücker	Fr.	1'132,15
7. Rechnung E. _____ Badbeläge	Fr.	7'768,40
8. Offerte C. _____ Türzarge	Fr.	3'606,10
9. Offerte Fensterglas ersetzen	Fr.	9'334,80
10. Bauleitung	Fr.	11'588,00
11. Mietzusatzkosten	Fr.	<u>4'152,00</u>
<b>Total</b>	<b>Fr.</b>	<b>92'997,70"</b>

Es folgte die Liste der dazu offerierten Beweismittel (Urk. 2 S. 8).

3.4. In ihrer Klageantwort führte die Beklagte aus, die Klage lasse jede Substantiierung vermissen. Die Kläger hätten eine Forderung von knapp Fr. 100'000.– eingeklagt und diese Forderung in keiner Weise substantiiert. Es werde bestritten, dass die in Rechnung gestellten Arbeiten ausgeführt worden seien. Aus der Klagebegründung gehe gar nicht hervor, was geleistet worden sein solle. Die Kläger hätten lediglich einen einzigen Betrag pro Arbeitsgattung genannt. Mehr sei der Klagebegründung nicht zu entnehmen. Die eingereichten Rechnungen bzw. Offerten etc. würden vorsorglich bestritten, auch wenn sie als Beweismittel nicht Teil der Klagebegründung seien. Die Beweismittel würden nicht zur Substantiierung der Klage dienen (Urk. 12 S. 6).

3.5. Die Kläger gehen gemäss ihrer Argumentation in der Berufungsbegründung selber nicht davon aus, dass der Substantiierungslast allein mit ihren Ausführungen auf Seite 8 der Klageschrift Genüge getan ist. Dies zu Recht nicht: Einzig mit der auf dieser Seite aufgeführten Liste von Rechnungen, Offerten etc. lässt sich insbesondere nicht nachvollziehen, was für Arbeiten resp. Aufwendungen geleistet worden sein sollen, um die von ihnen behaupteten Mängel zu beseitigen. Nachdem die Beklagte in ihrer Klageantwort – und somit vor Erstattung der Replik durch die Kläger, in der sie Substantiierungen uneingeschränkt hätten vornehmen können – bestritten hatte, dass die in Rechnung gestellten Arbeiten überhaupt ausgeführt worden seien, und bemängelt hatte, dass aus der Klagebegründung nicht hervorgehe, was überhaupt geleistet worden sei, wäre es an den Klägern gewesen, die entsprechenden Tatsachen rechtzeitig in den Prozess einzubringen.

Der blosser Verweis auf die von ihr als Beweismittel eingereichten Unterlagen genügte dafür, wie die Beklagte in ihrer Klageantwort ebenfalls ausgeführt hatte, nach dem unter Erw. 1.3. Dargelegten nicht. Dennoch erfolgten replicando keine substantiierenden Angaben zu den einzelnen von ihnen behaupteten Forderungsbestandteilen; die Kläger machten in ihrer Replikschrift unter dem Titel "Bezifferung der Forderung" lediglich geltend, dass die Kosten substantiiert und mittels Rechnungen und Offerten belegt worden seien, dass die Angemessenheit der Rechnungen und die Notwendigkeit der in Rechnung gestellten Handwerkerleistungen zur Herstellung des vertragsgemässen Zustandes anhand des Abnahmeprotokolls und der Substantiiierungen in den Rechnungen von einem Experten bestätigt werden könne und dass unter integralem Hinweis auf diese Rechnungen auf inhaltliche Wiederholungen verzichtet werde (Urk. 25 S. 7).

3.6. Somit blieb vor Aktenschluss mangels entsprechender Behauptungen durch die Kläger insbesondere unbestimmt, welche Arbeiten resp. Leistungen zur Behebung welcher Mängel erbracht worden sein sollen. Dass die Beklagte duplicando dennoch auf einzelne Positionen gemäss den Beilagen, auf welche die Kläger "integral" verwiesen hatten, einging und diese bestritt (Urk. 32 S. 12 ff.), ändert daran nichts. Es ist weder ihre Aufgabe noch jene des Gerichtes, die sich aus den Beilagen ergebenden Informationen so aufzubereiten und – allenfalls auch durch blosser Mutmassungen resp. Hypothesen – zu ergänzen, dass sie nachher substantiiert bestritten werden können und im Bedarfsfall der Beweis darüber abgenommen werden kann. Abgesehen davon ergibt sich aus den Beilagen teilweise nicht einmal, welche Aufwendungen auf welchen behaupteten Mangel entfallen sein sollen. Vor Aktenschluss blieb letztlich sogar unklar, was die Positionen "Offerte C.\_\_\_\_\_ Türzarge", "Offerte Fensterglas ersetzen" und "Mietzusatzkosten" genau mit dem geforderten Ersatz für Kosten infolge Nachbesserung resp. mit der geltend gemachten Minderungsforderung zu tun haben. Vor dem gegebenen Hintergrund war der Vorinstanz die Durchführung eines Beweisverfahrens über zur Behebung von Mängeln erbrachte Arbeiten resp. Leistungen und Minderwert nicht möglich. Ein Beweisverfahren darüber wäre – klammert man die Hauptbegründung der Vorinstanz zur Abweisung der Klage aus – angesichts der Bestreitungen durch die Beklagte, die duplicando zudem auch die Verhältnismässigkeit und die Notwendigkeit einzelner in den Rechnungen enthaltenen Positionen in Abrede stellte (Urk. 32 S. 12 ff.), aber notwendig gewesen. Dass die Beklagte nicht alle in

den fraglichen Beilagen aufgeführten Positionen einzeln bestritt, hilft den Klägern nicht. Nachdem in den Rechtsschriften keine Behauptungen zu den einzelnen Arbeiten resp. Leistungen zur Mängelbeseitigung aufgestellt worden waren, hätte die Beklagte es bei ihrer globalen Bestreitung gemäss vorstehender Erw. 3.4. bewenden lassen können.

3.7. Demnach ist die Vorinstanz in ihrer Eventualbegründung zu Recht zum Schluss gekommen, dass die klägerische Forderung ungenügend substantiiert wurde.

3.8. Dass die Vorinstanz vorliegend nicht von sich aus im Rahmen der richterlichen Fragepflicht gemäss Art. 56 ZPO auf die ungenügende Substantiierung aufmerksam machte, ist unerheblich, nachdem die Beklagte bereits in ihrer Klageantwort darauf hingewiesen hatte, zumal die Kläger sich in der Replik auf den Standpunkt stellten, sie hätten ihre Forderung genügend substantiiert (Urk. 25 S. 7; vgl. auch Urk. 81 S. 14). Daraus folgt, dass die Kläger den fraglichen Hinweis vor Erstattung der Replik zur Kenntnis genommen hatten. Das Vorgehen der Vorinstanz steht daher in Einklang mit der unter Erw. 1.3. dargelegten bundesgerichtlichen Praxis.

3.9. Vor diesem Hintergrund kann offenbleiben, ob resp. inwieweit die Rügen der Kläger mit Bezug auf die Hauptbegründung der Vorinstanz berechtigt wären, denn selbst wenn dies ganz oder teilweise der Fall wäre, könnte der vorinstanzliche Entscheid weder ganz noch teilweise aufgehoben werden.

4. Demzufolge ist die Berufung abzuweisen und das angefochtene Urteil zu bestätigen (Art. 318 Abs. 1 lit. a ZPO).

#### IV.

1. Für das Berufungsverfahren beträgt der Streitwert Fr. 92'997.70. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 12 GebV OG auf Fr. 4'500.– festzusetzen.
2. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens sind ausgangsgemäss den Klägern aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).
3. Für das Berufungsverfahren sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen, den Klägern zufolge ihres Unterliegens, der Beklagten mangels relevanter Umtriebe (Art. 95 Abs. 3 und Art. 106 Abs. 1 ZPO).

#### **Es wird erkannt:**

1. Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 4. Abteilung, vom 17. April 2018 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 4'500.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das Berufungsverfahren werden den Klägern auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet.
4. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein, an die Beklagte unter Beilage eines Doppels von Urk. 81.

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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 92'997.70.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 27. September 2018

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. L. Hunziker Schnider

lic. iur. N.A. Gerber

versandt am:

bz