

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: NE140004-O/U
damit vereinigt Geschäfts-Nr. NE140005

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Ersatzrichter
lic. iur. H. Meister und Ersatzrichter lic. iur. P. Raschle sowie Ge-
richtsschreiberin lic. iur. I. Vourtsis-Müller.

Beschluss und Urteil vom 5. Dezember 2014

in Sachen

1. **A.** _____,

2. **B.** _____,

Kläger, Erstberufungskläger und Zweitberufungsbeklagte

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

1. **C.** _____,

2. **D.** _____,

Beklagte, Erstberufungsbeklagte und Zweitberufungskläger

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Win-
terthur vom 10. Dezember 2013; Proz. FO100075**

Rechtsbegehren:

"Es seien die Beklagten solidarisch zu verpflichten, den Klägern die Kosten der Ersatzvornahme für die Fertigstellung und Nachbesserung der drei Holzdecks auf den Terrassen der Liegenschaft E._____-Strasse [recte F._____-Strasse] ..., ... [PLZ] G._____, in der Höhe von voraussichtlich Fr. 17'923.45 zu bevorschussen sowie die Friedensrichterkosten in der Höhe von Fr. 480.– zu bezahlen,

unter der Verpflichtung der Kläger, über die Kosten der Ersatzvornahme nach Abschluss der Arbeiten abzurechnen und einen allfälligen Überschuss den Beklagten zurückzuerstatten,

und unter dem ausdrücklichen Nachklagerecht, sofern die Kosten der Ersatzvornahme den bevorschussten Betrag übersteigen,

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten, je unter solidarischer Haftung für den ganzen Betrag."

Urteil des Bezirksgerichtes Winterthur:

1. Die Klage gegen den Beklagten 2 wird abgewiesen.
2. Der Beklagte 1 wird verpflichtet, den Klägern die Kosten der Ersatzmassnahme in der Höhe von Fr. 18'732.10 vorzuschüssen, wobei er berechtigt wird, davon den Betrag von Fr. 3'170.50 (Verrechnungsforderung) abzuziehen.
Im Mehrbetrag wird die Klage gegen den Beklagten 1 abgewiesen.
3. Die Kläger werden verpflichtet, nach durchgeführter Ersatzvornahme über die Kosten abzurechnen und dem Beklagten 1 einen allfälligen Überschuss zurückzuerstatten. Im Weiteren werden sie verpflichtet, den gesamten Betrag zurückzuerstatten, wenn sie die Ersatzvornahme nicht innert eines Jahres ab Leistung des Kostenvorschusses realisieren.
4. Der Antrag der Kläger auf ein Nachklagerecht wird abgewiesen.

5. Der Beklagte 1 wird verpflichtet, den Klägern Fr. 935.85 Schadenersatz zu bezahlen.
6. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 4'100.00 ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 4'526.25 Gutachterkosten
Fr. 180.00 Zeugenentschädigung

Fr. 8'806.25
7. Die Kosten werden zu neun Zehnteln dem Beklagten 1 und zu einem Zehntel den Klägern auferlegt und soweit ausreichend aus den von ihnen geleisteten Kostenvorschüssen von je Fr. 1'000.– bezogen.
8. Der Beklagte 1 wird verpflichtet, den Klägern eine reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 7'085.– (inkl. 493.– MWST und inkl. Fr. 432.– Anteil Friedensrichterkosten) zu bezahlen.
9. Die Kläger werden verpflichtet, dem Beklagten 2 eine Prozessentschädigung von Fr. 2'754.– (inkl. Fr. 204.– MWST) zu bezahlen.
- 10./11. Mitteilung/Rechtsmittel.

Berufungsanträge:

der Kläger und Erstberufungskläger (act. 119 S. 2):

- "1. Es sei Ziff. 1, 2, 3, 5, 7, 8 und 9 Dispositiv des Urteils vom 10. Dezember 2013 des Bezirksgerichtes Winterthur, Einzelgericht (Geschäfts-Nr.: FO100075), aufzuheben;
2. Es seien die Berufungsbeklagten/Beklagten zu verpflichten, den Berufungsklägern/Klägern die Kosten der Ersatzvorname in der Höhe von CHF 20'140.10 vorzuschüssen,

unter der Verpflichtung der Berufungskläger/Kläger, über die Kosten der Ersatzvorname nach Abschluss der Arbeiten abzurechnen und den Berufungsbeklagten/Beklagten einen allfälligen Überschuss zurückzuerstatten

und den gesamten Betrag zurückzuerstatten, sofern die Ersatzvornahme nicht innert eines Jahres ab Leistung des Kostenvorschusses realisiert wird;

3. Es seien die Berufungsbeklagten/Beklagten zu verpflichten, den Berufungsklägern/Klägern CHF 935.85 Schadenersatz zu bezahlen;
4. Es seien die Kosten des Verfahrens vor dem Bezirksgericht Winterthur, Einzelgericht (Geschäfts-Nr. FO100075), vollumfänglich den Berufungsbeklagten/Beklagten aufzuerlegen.
5. Es seien die Berufungsbeklagten/Beklagten zu verpflichten, den Berufungsklägern/Klägern für das Verfahren vor dem Bezirksgericht Winterthur, Einzelgericht (Geschäfts-Nr.: FO100075), eine Prozessentschädigung von CHF 10'250.00 zuzüglich CHF 432.00 Friedensrichterkosten zu bezahlen;

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Berufungsbeklagten/Beklagten."

Zur Zweitberufung (NE140005: act. 130 S. 2):

"Es sei die Berufung der Beklagten/Berufungskläger gegen das Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Winterthur vom 10. Dezember 2013 (Geschäfts-Nr.: FO100075) vollumfänglich abzuweisen,

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 8% Mehrwertsteuer) zu Lasten der Beklagten/Berufungskläger."

Prozessrechtliche Anträge:

"Es sei das vorliegende Verfahren (Geschäfts-Nr.: NE140005) mit dem ebenfalls am hiesigen Gericht hängigen Verfahren mit der Geschäfts-Nr. NE140004 zwischen den nämlichen Parteien zu vereinigen.

Es sei die dem Beklagten 1/Berufungskläger 1 mit Beschluss vom 17. März 2014 gewährte unentgeltliche Rechtspflege und unentgeltliche Rechtsvertretung rückwirkend zu entziehen."

der Beklagten und Zweitberufungskläger (NE140005: act. 119 S. 2):

- "1. In Gutheissung der Berufung seien Disp. Ziff. 2, 3 und 5 des angefochtenen Urteils aufzuheben, und es sei auch die Klage gegen den Beklagten 1 vollumfänglich abzuweisen.
2. In Gutheissung der Berufung seien Disp. Ziff. 7 und 8 des angefochtenen Urteils aufzuheben. Es seien dem Beklagten 1/Berufungskläger 1 keine Kosten aufzuerlegen, und es sei ihm eine Parteientschädigung von Fr. 3'850.--, zzgl. Fr. 308.-- MwSt, **eventuell** Fr. 7'700.--, zzgl. Fr. 616.-- MwSt, zuzusprechen.

3. **Eventualiter** seien Disp. Ziff. 2, 3, 5, 7 und 8 des angefochtenen Urteils in Gutheissung der Berufung aufzuheben und die Sache an die erste Instanz zur Fortführung des Verfahrens und neuem Entscheid zurückzuweisen.
4. **Subeventualiter** seien die dem Beklagten 1/Berufungskläger 1 in Disp. Ziff. 7 des angefochtenen Urteils auferlegten Kosten auf Fr. 2'976.10 und die ihm in Disp. Ziff. 8 des angefochtenen Urteils auferlegte Parteientschädigung auf Fr. 3'465.-- zu reduzieren.
5. In Gutheissung der Berufung sei Disp. Ziff. 9 abzuändern und dem Beklagten 2/Berufungskläger 2 eine auf Fr. 6'400.--, zzgl. Fr. 512.-- MwSt, erhöhte Prozessentschädigung zuzusprechen.
6. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens seien den Klägern/Berufungsbeklagten aufzuerlegen.
7. Die Kläger/Berufungsbeklagten seien zu verpflichten, den Beklagten/Berufungsklägern für das Berufungsverfahren eine angemessene Parteientschädigung, zzgl. 8% MwSt, zu bezahlen."

In verfahrensrechtlicher Hinsicht wird beantragt:

"Es sei dem Beklagten 1/Berufungskläger 1, C._____, die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und es sei ihm in der Person des Unterzeichneten, RA lic. iur. Y._____, ein unentgeltlicher Rechtsbeistand gerichtlich zu bestellen."

Zur Erstberufung (act. 127 S. 2):

- "1. Die Berufung sei vollumfänglich abzuweisen.
2. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens seien den Klägern/Berufungsklägern aufzuerlegen.
3. Die Kläger/Berufungskläger seien zu verpflichten, den Beklagten/Berufungsbeklagten für das Berufungsverfahren eine angemessene Parteientschädigung, zzgl. 8% MwSt, zu bezahlen."

In verfahrensrechtlicher Hinsicht wird beantragt:

"Es sei dem Beklagten 1/Berufungsbeklagten 1, C._____, die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und es sei ihm in der Person des Unterzeichneten, RA lic. iur. Y._____, ein unentgeltlicher Rechtsbeistand gerichtlich zu bestellen."

Erwägungen:

I. Sachverhalt und Prozessgeschichte:

1. A._____ und B._____ (Kläger, Erstberufungskläger, Zweitberufungsbeklagte, fortan: Kläger) schlossen mit C._____ und – was bestritten ist und worauf zurückzukommen sein wird – mit D._____ (Beklagte 1 und 2, Erstberufungsbeklagte, Zweitberufungskläger, fortan: Beklagte) am 23. September 2009 einen Werkvertrag über die Erstellung von drei Holzdecks auf den Terrassen der Kläger auf der Liegenschaft E._____ ... in ... G._____. Die Parteien vereinbarten einen Werklohn von Fr. 8'962.00. Der Inhalt des Werkvertrags ist teilweise ebenfalls strittig.
2. Mit Weisung des Friedensrichteramtes H._____ vom 21. Juli 2010 (act. 1) und Klage vom 20. Oktober 2010 (act. 2) gelangten die Kläger an das Bezirksgericht Winterthur und verlangten, es seien die Beklagten solidarisch zu verpflichten, ihnen die Kosten der Ersatzvornahme für die Fertigstellung bzw. Nachbesserung der fraglichen drei Holzdecks unter Anrechnung des noch nicht bezahlten Werkpreises zu bevorschussen, d.h. ihnen einen Kostenvorschuss von Fr. 17'425.10 zu leisten. An der mündlichen Verhandlung vom 8. Dezember 2010 begründeten die Kläger ihre Klage und der Beklagte 1 trug seine als act. 15 zu den Akten genommene Klageantwort vor (Prot. I S. 5). Am 6. April 2011 nahm die Vorinstanz mit zwei Experten und den Parteien einen Augenschein vor. Der anlässlich des Augenscheins geschlossene Vergleich wurde von den Klägern innert Frist widerrufen. Hierauf setzte die Vorinstanz Frist zur Klageantwort, Replik und Duplik an und führte zur bestrittenen Passivlegitimation des Beklagten 2 ein Beweisverfahren durch. Mit Urteil vom 10. Dezember 2013 wies die Vorinstanz die Klage gegen den Beklagten 2 ab. Zudem verpflichtete sie den Beklagten 1 – der Streit der Parteien dreht sich um Mängel an Holzdecks, welche der Beklagte 1 zusammen mit dem Beklagten 2 auf den Terrassen der Liegenschaft der Kläger errichtete –, den Klägern die Kosten der Ersatzvornahme in der Höhe von Fr. 18'732.10 vorzuschüssen, wobei er berechtigt wurde, davon den Betrag von Fr. 3'170.50 (Verrechnungsforderung) abzuziehen, sowie Schadenersatz im Betrage von

Fr. 935.85 zu bezahlen. Die Verfahrenskosten wurden ihm zu 9/10 auferlegt. Weiter wurde er verpflichtet, den Klägern eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 7'085.00 zu bezahlen.

3. Gegen diesen Entscheid legten beide Parteien ein Rechtsmittel ein: Am 3. Februar 2014 erhoben die Kläger rechtzeitig Berufung, zu deren Behandlung die Kammer das Verfahren NE140004 anlegte. Sie beantragen im Wesentlichen, es seien die Beklagten zu verpflichten, ihnen die Kosten der Ersatzvornahme in der Höhe von Fr. 20'140.10 vorzuschüssen (NE140004: act. 119 S. 2). Den ihnen mit Verfügung vom 17. Februar 2014 auferlegten Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 3'250.00 (NE140004: act. 122) haben die Kläger rechtzeitig geleistet (NE140004: act. 123, 124).

4. Am 3. Februar 2014 erhoben die Beklagten ebenfalls rechtzeitig Berufung, zu deren Behandlung die Kammer das Verfahren NE140005 anlegte. Während der Beklagte 1 im Wesentlichen die Abweisung der Klage beantragte, verlangte der Beklagte 2, es sei ihm für das erstinstanzliche Verfahren eine höhere Parteientschädigung zuzusprechen (NE140005: act. 119 S. 2). Zudem beantragte der Beklagte 1 in prozessualer Hinsicht die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege, beinhaltend die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands. Diesem Gesuch, das er näher begründete (NE140005: act. 119 S. 6 ff.), legte er verschiedene Unterlagen zu seinen finanziellen Verhältnissen und seinem Lebensbedarf bei (NE140005: act. 120/2-31). Mit Verfügung vom 17. Februar 2014 forderte die Vorsitzende den Beklagten 1 auf, nähere Ausführungen zur Reduktion seines Arbeitspensums zu machen sowie weitere Unterlagen einzureichen (NE140005: act. 122). Mit Eingabe vom 28. Februar 2014 kam er dieser Aufforderung nach (NE140005: act. 125 und 127/32-42). Mit den eingereichten Unterlagen (NE140005: act. 120/2-31 und 127/32-42) machte der Beklagte 1 seine Mittellosigkeit glaubhaft. Seine Berufung erwies sich zudem nach der damaligen Beurteilung nicht als aussichtslos. Schliesslich erschien die gerichtliche Bestellung eines Rechtsbeistandes zur Wahrung seiner Rechte notwendig. Deshalb wurde dem Beklagten 1 mit Beschluss vom 17. März 2014 in Anwendung von Art. 117 und 118 Abs. 1 lit. c ZPO die unentgeltliche Rechtspflege gewährt, und es wurde ihm

in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt (NE140005: act. 128). In ihrer Berufungsantwort vom 24. April 2014 stellten die Kläger die prozessualen Anträge, es sei das vorliegende Verfahren mit dem ebenfalls bei der Kammer hängigen Verfahren NE140004 zu vereinigen, sowie, es sei dem Beklagten 1 die mit Beschluss vom 17. März 2014 gewährte unentgeltliche Rechtspflege und unentgeltliche Rechtsvertretung rückwirkend zu entziehen (NE140005: act. 130 S. 2). Der Beklagte 1 äusserte sich mit Eingabe vom 19. Mai 2014 zum zweiten prozessualen Antrag der Kläger (NE140005: act. 133).

5. Der Beklagte 2, welcher im erstinstanzlichen Verfahren im Hauptpunkt obsiegte und das Urteil der Vorinstanz allein hinsichtlich der ihn betreffenden Entschädigungsfolge anfocht (NE140005: act. 119 S. 2 f.), hat den mit Verfügung vom 17. Februar 2014 festgesetzten Kostenvorschuss von Fr. 900.00 innert Frist geleistet (NE140005: act. 122 und 124).

6. Gemäss Art. 125 lit. c ZPO kann das Gericht zur Vereinfachung der Verfahren selbständig eingereichte Klagen bzw. Berufungen vereinigen. Die Vereinigung ist aus Gründen der Prozessökonomie dann angezeigt, wenn die Klagen einen sachlichen Zusammenhang aufweisen. Die zwei Berufungen, welche selbständig eingereicht wurden und daher grundsätzlich in den Verfahren NE140004 und NE140005 selbständig zu behandeln sind, richten sich gegen das gleiche Urteil und gegen die Anordnungen in den gleichen Dispositiv-Ziffern 2, 3, 5, 7, 8 und 9, jene der Kläger zusätzlich noch gegen die Anordnung in Dispositiv-Ziffer 1. Der sachliche Zusammenhang zwischen den zwei Berufungen ist damit ohne Weiteres gegeben. Beide Verfahren befinden sich im gleichen Stadium (Eingang der Berufungsantwort). Sie sind daher zu vereinigen, indem das Verfahren NE140005 mit dem vorliegenden Verfahren NE140004 zu vereinigen und unter letzter Nummer weiterzuführen ist; das Verfahren NE140005 ist als dadurch erledigt abzuschreiben.

7. Beim Verfahren um unentgeltliche Rechtspflege handelt es sich um ein Administrativverfahren zwischen Gesuchsteller und Staat, in welchem die Gegenpartei des Hauptverfahrens grundsätzlich selbst dann keine Parteistellung hat, wenn

bei ihr eine Vernehmlassung zum Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege eingeholt worden ist. Es steht ihr auch kein Rechtsmittel gegen den bewilligenden Entscheid zu, soweit mit der Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege nicht eine Befreiung von der Sicherheitsleistung für die Parteientschädigung verbunden ist (Urteil 5A_602/2013 vom 12. März 2014 mit weiteren Hinweisen). Es ist in diesen Verfahren kein rechtlich schützenswertes Interesse der Gegenpartei an einer Teilnahme erkennbar. Hier steht eine Befreiung von der Sicherheitsleistung für die Parteientschädigung nicht zur Diskussion. Mithin ist auf den Antrag der Kläger, es sei dem Beklagten 1 die ihm von der Kammer mit Beschluss vom 17. März 2014 gewährte unentgeltliche Rechtspflege rückwirkend zu entziehen, nicht einzutreten.

II. Formelles:

1. Auf den 1. Januar 2011 ist die Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) in Kraft getreten, welche das bisherige (kantonale) Verfahrensrecht ablöst. Gemäss Art. 405 Abs. 1 ZPO gilt für Rechtsmittel und für das Rechtsmittelverfahren das Recht, das bei der Eröffnung eines Entscheides in Kraft war. Für Verfahren, die beim Inkrafttreten der ZPO rechtshängig waren, gilt demgegenüber nach Art. 404 Abs. 1 ZPO das bisherige (alte) Verfahrensrecht bis zum Abschluss vor der betroffenen Instanz.

Das angefochtene Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Winterthur erging am 10. Dezember 2013, also nach dem Inkrafttreten der ZPO. Das Rechtsmittelverfahren untersteht daher dem neuen Recht der ZPO (und den dazugehörigen ergänzenden kantonalen Bestimmungen des GOG, der GebV OG und der AnwGebV). Demgegenüber beurteilt sich das Verfahren der Vorinstanz (Einzelgericht des Bezirksgerichtes Winterthur), bei dem die Klage vor Inkrafttreten der ZPO anhängig gemacht worden war, noch nach dem kantonalen Recht, der ZPO/ZH, dem GVG/ZH und den dazugehörigen Verordnungen (etwa zu den Gebühren und Anwaltsentschädigungen).

2. Im Berufungsverfahren blieb Dispositiv-Ziffer 4 des Urteils der Vorinstanz unangefochten und ist demgemäss in Rechtskraft erwachsen. Das ist vorzumerken.

3. Die Kläger verlangten in der Klagebegründung, die Beklagten seien solidarisch zu verpflichten, die Kosten der erwähnten Ersatzvornahme in der Höhe von Fr. 17'425.10 zu bevorschussen und die Friedensrichterkosten von Fr. 480.00 zu bezahlen (act. 13 S. 1, 20). In der Replik erhöhten die Kläger den zu bevorschussenden Betrag auf Fr. 17'923.45 (act. 73 S. 2, 41). Die Beklagten halten nun dafür, die Vorinstanz habe die Dispositionsmaxime verletzt, indem sie den vorzuschussenden Betrag auf Fr. 18'732.10 bemessen habe (act. 121 S. 26).

Die Rüge ist begründet. Es ist der Vorinstanz verwehrt, in einem der Verhandlungsmaxime unterstehenden Prozess der klagenden Partei mehr zuzusprechen, als diese verlangt. Die Kläger beantragten in der Replik, es seien die Beklagten zu verpflichten, ihnen Fr. 17'923.45 als Vorschuss für die Ersatzvornahme zu bezahlen, weshalb die Klage höchstens in diesem Umfang gutgeheissen werden konnte bzw. nunmehr könnte. Soweit die Vorinstanz den Klägern mehr zugesprochen hat, ist deshalb das Urteil aufzuheben. Was die Kläger hiergegen im Zusammenhang mit der Verrechenbarkeit der auf dem Werkvertrag gründenden Gegenforderung der Beklagten vorbringen (NE140005: act. 130 S. 15 f.), überzeugt nicht. In ihrer detaillierten Zusammenstellung der einzelnen Positionen der geltend gemachten Forderung ist nämlich die Gegenforderung der Beklagten bereits berücksichtigt (vgl. act. 13 S. 10 und act. 73 S. 41).

4. Im Berufungsverfahren verlangen die Kläger nebst Fr. 935.85 Schadenersatz unter dem Titel Ersatzvornahme einen nochmals, nunmehr auf Fr. 20'140.10 erhöhten Betrag (NE140004: act. 119 S. 2). Eine derartige Änderung des Rechtsbegehrens ist im Rechtsmittelverfahren unzulässig. Insoweit ist auf die Berufung nicht einzutreten.

III. Materielles:

1. Im Berufungsverfahren gemäss Art. 308 ff. ZPO können die unrichtige Rechtsanwendung und die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Neue Tatsachen und Beweismittel sind zulässig, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO).

2.1 Die Vorinstanz erwog, an der Hauptverhandlung vom 8. Dezember 2010 habe der Beklagte 1 seine unter act. 15 eingereichte "Klageantwort" vorgetragen. Da diese Klageantwort ungenügend gewesen sei, sei der vom Beklagten 1 neu beigezogene Rechtsvertreter mit Verfügung vom 30. Juni 2011 aufgefordert worden, eine schriftliche Klageantwort einzureichen (act. 48). Dieser Aufforderung sei der Vertreter für beide Beklagten am 31. Januar 2012 nachgekommen und habe einleitend auf die vom Beklagten 1 am 8. Dezember 2010 vorgetragene Sachverhaltsdarstellung verwiesen (act. 63). In der Replik hätten die Kläger zur Sachverhaltsdarstellung des Beklagten 1 ausdrücklich keine Stellung nehmen lassen, da ein derartiger Verweis nicht statthaft sei (act. 73 S. 4). Die Vorinstanz erwog weiter, die Beklagten seien mit Verfügung vom 30. Juni 2014 ausdrücklich aufgefordert worden, eine schriftliche Klageantwort und nicht etwa eine ergänzende Klageantwort einzureichen. Da ausserhalb der zwei ordentlichen Vorträge der Parteien vorgetragene Ausführungen zur Sache nicht zu hören seien, seien die anlässlich der Verhandlung vom 8. Dezember 2010 vom Beklagten 1 gemachten Ausführungen unbeachtlich. Verweise der Beklagten in der Klageantwort oder der Duplik auf diese Ausführungen seien daher ebenso unbeachtlich (act. 121 S. 9).

2.2 Der Beklagte 1 rügt dieses Vorgehen der Vorinstanz zu Recht als Verletzung seines Anspruches auf rechtliches Gehör. In der Verfügung vom 30. Juni 2011 stellte die Vorinstanz nicht fest, die Ausführungen des Beklagten 1 an der Verhandlung vom 8. Dezember 2010 seien unbeachtlich. Sie erwog lediglich, da anlässlich der Verhandlung vom 8. Dezember 2010 noch keine genügende Klageantwort des Beklagten 1 und gar keine Klageantwort des Beklagten 2 eingeholt worden seien, werde den Beklagten Frist zur Einreichung einer schriftlichen Kla-

geantwortet angesetzt (act. 48). Hier ist die Rede von einer ungenügenden, nicht von einer unbeachtlichen Klageantwort. Die Vorinstanz weist nicht explizit darauf hin, act. 15 werde nicht beachtet und der Beklagte 1 müsse nochmals alles neu vortragen. Zudem verwickelt sich die Vorinstanz in einen unerträglichen, unlösbaren Widerspruch, indem sie eine von ihr als Zugabe gewertete Aussage des Beklagten 1 an der Verhandlung vom 8. Dezember 2010 im Zusammenhang mit der Prüfung der Passivlegitimation des Beklagten 2 zum Nachteil der Beklagten berücksichtigte (act. 121 S. 5).

2.3 Die Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör begründet gemäss konstanter höchstrichterlicher Rechtsprechung einen schweren Verfahrensmangel. Entscheide, die unter Verletzung dieses Rechts zu Stande gekommen sind, leiden dementsprechend an einem schweren Mangel und sind deshalb grundsätzlich aufzuheben, und zwar ungeachtet dessen, ob der Entscheid ohne die Verletzung anders ausgefallen wäre oder nicht. Eine Heilung der Verletzung dieses Rechts ist im Rechtsmittelverfahren nur ausnahmsweise möglich, nämlich zum einen dann, wenn die Verletzung des Rechts als solche nicht gravierend ist und die Rechtsmittelinstanz zudem über die gleiche Kognition wie die Vorinstanz verfügt. Zum anderen ist die Heilung einer auch schweren Verletzung im Rechtsmittelverfahren möglich, aber nur dann, wenn die Aufhebung des Entscheides, der in schwerer Verletzung des Rechts zu Stande gekommen ist, sowie die daran anschliessende erneute Beurteilung der Sache durch die Vorinstanz zu einem formalistischen Leerlauf führen würde.

2.4 Das beschriebene Vorgehen der Vorinstanz ist als schwere Verletzung des Anspruchs der Beklagten auf rechtliches Gehör zu werten. Eine Heilung dieser Verletzung ist im Rechtsmittelverfahren nicht möglich. Zudem ist zu beachten, dass der Entscheid ohnehin auch aus anderen, nachfolgend zu erörternden Gründen aufzuheben ist.

3.1 Die Vorinstanz verneinte die Passivlegitimation des Beklagten 2 nach einem einzig zu dieser Frage durchgeführten Beweisverfahren. Es sei vorab auf die Ausführungen der Vorinstanz verwiesen (act. 121 S. 4-9). Zusammengefasst und teilweise ergänzend sei Folgendes betont: Die Kläger stützen ihren Standpunkt

in erster Linie auf den Auftritt der "I._____" im Internet ab. Sie bringen vor, im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses sei auf der Homepage der Beklagten unter der Rubrik "wer steht hinter I._____" Folgendes zu lesen gewesen (act. 14/2): "Hinter I._____" stehen zwei Brüder, einer aus J._____ und der andere aus K._____, als versierter privater Handwerker und Schreiner bauen wir für Sie Terrassen-Holzdecks aus Passion und Leidenschaft." Aus dieser Formulierung glauben die Kläger schliessen zu dürfen, die Beklagten bildeten eine einfache Gesellschaft, mit der Konsequenz, dass die Beklagten für Verbindlichkeiten solidarisch hafteten.

3.2 Dieser Schluss ist unzulässig. Die fragliche Homepage von "I._____" berechtigt nicht zur Annahme, die Beklagten bildeten eine einfache Gesellschaft. Über das Verhältnis zwischen den beiden Beklagten wird nämlich nichts gesagt. Dazu kommt, dass die Vorinstanz gestützt auf die abgenommenen Beweismittel zu Recht entschied, es sei nicht erstellt, dass die fraglichen drei Auszüge der entsprechenden Internetseite (act. 14/2, 95/1 und 95/2) aus der Zeit des Vertragschlusses im September 2009 stammten, zwei seien nicht datiert, zwei stammten erwiesenermassen aus der Zeit nach März 2010 (act. 121 S. 5). Weiter ist zu beachten, dass die Kläger bzw. ihr Architekt ausschliesslich mit dem Beklagten 1 verhandelten und die Korrespondenz ebenfalls nur an den Beklagten 1 gerichtet war. Der Beklagte 2 ist in keiner Phase als Vertragspartner aufgetreten, insbesondere ist er nicht zur Erstellung einer Offerte eingeladen worden. Die Kläger räumen denn auch ein, dass der Beklagte 2 ihnen gegenüber nie persönlich in Erscheinung getreten ist (NE140005: act. 130 S. 8). Die Beklagten haben somit insbesondere auch gegenüber den Klägern nicht den Anschein erweckt, sie seien Gesellschafter einer einfachen Gesellschaft. Zusammengefasst ist mithin in Übereinstimmung mit der Vorinstanz die Klage gegen den Beklagten 2 wegen fehlender Passivlegitimation abzuweisen.

4.1 Die Vorinstanz prüfte sodann die Voraussetzungen für das Recht der Ersatzvornahme. In erster Linie müsse sich während der Ausführung des Werkes eine mangelhafte oder sonst vertragswidrige Erstellung bestimmt voraussehen lassen. Die Vorinstanz befand, die Kläger hätten in der Replik die Mängel ausfüh-

lich beschrieben. Die Beklagten hätten es in der Folge jedoch unterlassen, diese substantiiert zu bestreiten, sondern hätten sich in der Duplik mit einer pauschalen Bestreitung begnügt. Da eine pauschale Bestreitung prozessual nicht genüge, dürfe das Gericht die von den Klägern aufgelisteten Mängel als unbestrittene Tatsache annehmen (act. 121 S. 12-17).

4.2 Die Beklagten halten dem zu Recht entgegen, sie hätten in der Klageantwort sowie in der Duplik von den Klägern behauptete Mängel sowohl allgemein als auch substantiiert bestritten. So führten sie in diesem Zusammenhang Folgendes aus: Die Vlies-Unterlage, die offenbar das Hauptproblem zu sein scheine, sei nicht Vertragsbestandteil gewesen. Es handle sich um eine Beststellungsänderung, die erst viel später erfolgt sei. Der Beklagte 1 habe mit E-Mail vom 7. Dezember 2009 sofort darauf hingewiesen, dass dadurch Mehraufwendungen und Probleme, zum Beispiel durch Feuchtigkeit, entstünden (act. 63 S. 7 N 12). Bei den von den Klägern aufgelisteten, von der Vorinstanz in ihrem Entscheid wiedergegebenen 10 Punkten handle es sich um immer wieder dieselben drei Themen. Erstens behaupteten die Kläger einen Mangel wegen falschem Untergrund und Wasseransammlung, weshalb Unterlagsfolie und Unterkonstruktion erneuert werden müssten. Zweitens behaupteten die Kläger eine ungerade verlegte Unterkonstruktion und – daraus folgend – fehlende oder in Schlangenlinie montierte Schrauben. Drittens werde geltend gemacht, die Holzbretter seien nicht richtig zugeschnitten, wodurch Zwischenräume und Abschlüsse nicht überall gerade und "stark unterschiedlich" seien. Dazu hätten sie in der Duplik (act. 84) unter dem Titel "Zu Ziff. II/31-35" erwidert abermals mit "bestritten. (...) Auch die hier aufgeführten Mängel werden bestritten: (...)". Weiter hätten sie bestritten, dass es sich bei der Unterlagsfolie um einen Mangel handle und die Unterkonstruktion mangelhaft wäre, sondern dass dort lediglich noch einige Abschlussarbeiten zu erledigen wären. Auf Seite 10 folge: "Gleich verhält es sich bezüglich des bauseits zu erstellenden Untergrunds und bezüglich einer allenfalls nicht fadengeraden Unterkonstruktion, die für die Bauherrschaft nach Abschluss der Bauarbeiten sowieso nicht sichtbar und die diesbezüglich gerügten Mängel somit irrelevant sind, bzw. keine Mängel darstellen. Bezüglich der von den Klägern weiter gerügten, nach Ablieferung des Werkes allenfalls noch vorhandenen, kleineren optischen Beeinträchtigungen,

müsste dereinst – allenfalls durch eine gerichtliche Expertise – ein allfälliger Minderwert eruiert werden. Eine vollständige Neuerstellung der Holzdecks unter dem Titel "Ersatzvornahme" käme einer Wandelung gleich und wäre in jedem Fall unverhältnismässig. Eine solche Massnahme stünde in keinem vernünftigen Verhältnis zu allfälligen optischen Beeinträchtigungen, sofern solche überhaupt bestehen und einen Mangel darstellen, was bestritten wird. Insbesondere unregelmässig verlaufende Fugen sind Folgen des sich naturgemäss unter den Witterungseinflüssen verformenden Naturholzes und sind somit unvermeidbar."

4.3. Was die Höhe des Kostenvorschusses für die Kosten der Ersatzvornahme betrifft, stützen sich die Kläger auf die "Offerte L._____" und "Offerte M._____" GmbH", wobei sie in ihren Rechtsschriften auf die Wiedergabe der Details der Offerten (act. 14/14 und 15, act. 74/9) verzichteten und sich mit der Angabe zusammenfassender (Teil-) Beträge begnügten (act. 13 S. 8 ff. und act. 73 S. 41). Unter diesen Umständen dürfen keine überspannten Anforderungen an den Detaillierungsgrad der Bestreitung durch die Gegenpartei gestellt werden. Mit ihren Ausführungen namentlich in der Klageantwort vom 31. Januar 2012 stellten die Beklagten ausreichend klar, dass das Quantitativ umfassend (in allen Punkten) bestritten ist – die Offerten seien nicht vergleichbar; die Offerten L._____" und M._____" GmbH enthalten zusätzliche Leistungen; "die Offerten werden auch im Quantitativ bestritten" (act. 63 S. 21 und act. 84 S. 12 Rz 18). Es ist daher der Kritik der Beklagten zuzustimmen, die Vorinstanz habe zu Unrecht allein auf die Behauptungen der Kläger abgestellt (act. 121 S. 19 ff.; NE140005 act. 119 S. 5 und S. 27 f.), und es ist auch diesbezüglich ein Beweisverfahren durchzuführen.

4.4 Zusammengefasst ist nach dem oben Gesagten festzuhalten, dass nicht bloss eine pauschale Bestreitung der Beklagten vorliegt, aus der nicht hervorgehe, was konkret bestritten wird. Deshalb ist das angefochtene Urteil – ausgenommen die Dispositiv-Ziffern 1 und 4 - aufzuheben, und es ist über die von den Klägern geltend gemachten Ansprüche gegenüber dem Beklagten 1 ein Beweisverfahren durchzuführen. Sodann ist nach dem Gesagten in teilweiser Abweisung der Erstberufung der Kläger Dispositiv-Ziffer 1 des Urteils des Einzelgerichtes des

Bezirksgerichtes Winterthur vom 10. Dezember 2013 zu bestätigen, und es ist die Kosten- und Entschädigungsfolge für beide Instanzen insoweit definitiv zu regeln.

IV. Kosten- und Entschädigungsfolge:

1. Bei diesem Ausgang des Berufungsverfahrens ist die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolge mit Bezug auf die noch nicht entschiedene Sache für beide Instanzen dem neuen Entscheid der Vorinstanz vorzubehalten.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist auf Fr. 3'250.00 festzusetzen und zur Hälfte den Klägern aufzuerlegen. Über die Kostentragung der anderen Hälfte wird die Vorinstanz im neuen Entscheid zu befinden haben.
3. Die Kläger sind zu verpflichten, den Beklagten 2 für beide Instanzen angemessen zu entschädigen. Die Vorinstanz ging beim gegebenen Streitwert gestützt auf § 4 Abs. 1 AnwGebV (in der Fassung vom 21. Juni 2006) von einer ordentlichen Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 3'850.00 aus. Sie verdoppelte diesen Betrag gestützt auf § 6 Abs. 2 AnwGebV (in der Fassung vom 21. Juni 2006) auf Fr. 7'700.00, indem sie Zuschläge für die Duplik, die Teilnahme an der Beweisverhandlung sowie für die Stellungnahme zum Beweisergebnis berücksichtigte. Zudem sah sich die Vorinstanz veranlasst, den Aufwand im Zusammenhang mit der umstrittenen Passivlegitimation des Beklagten 2 auf Fr. 2'550.00 zu bemessen. Hierfür besteht indes keine rechtliche Grundlage. Diesen Aufwand hat die Vorinstanz bereits dadurch berücksichtigt, dass sie die ordentliche Grundgebühr verdoppelte. Durch die Verdoppelung des Grundbetrages ist dieser Aufwand bereits abgegolten. Der Rechtsvertreter hat beide Beklagten vertreten. Gemäss § 3 Abs. 3 AnwGebV (in der Fassung vom 21. Juni 2006) ist die Grundgebühr entsprechend der dadurch verursachten Mehrarbeit zu erhöhen und angemessen auf die vertretenen Parteien zu verteilen. Durch die Verdoppelung der ordentlichen Grundgebühr hat die Vorinstanz diesem Umstand Rechnung getragen. Es rechtfertigt sich deshalb, die Kläger zu verpflichten, den Beklagten 2 für das erstinstanzliche Verfahren mit Fr. 3'850.00 zuzüglich 8% Mehrwertsteuer zu entschä-

digen. Zudem ist dem Beklagten 2 für das Berufungsverfahren gestützt auf die §§ 4 Abs. 2 und 13 Abs. 2 AnwGebV (in der Fassung vom 8. September 2010) eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 2'600.00 zuzüglich 8% Mehrwertsteuer zuzusprechen. Er obsiegt in der Hauptsache – die Klage über rund Fr. 21'100.00 wird abgewiesen –, und unterliegt nur vernachlässigbar bei der Festsetzung der erstinstanzlichen Parteientschädigung; statt der beantragten Fr. 6'400.00 werden ihm Fr. 3'850.00 zugesprochen. Dieses insgesamt geringfügige, erstinstanzliche Unterliegen des Beklagten 2 lediglich bei der Regelung der prozessualen Nebenfolgen wirkt sich indes nicht auf die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolge im Berufungsverfahren aus, zumal die Kläger im Falle ihres Obsiegens die mangelhafte vorinstanzliche Bestimmung der angemessenen Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 10'250.00 (2 Mal Fr. 3'850.00 + Fr. 2'550.00: act. 121 S. 26) übernehmen und für sich eine Parteientschädigung in dieser Höhe verlangen (NE140004: act. 119 S. 16).

Es wird beschlossen:

1. Das Verfahren NE140005 i.S. C._____ und D._____ (Zweitberufungskläger) gegen A._____ und B._____ (Zweitberufungsbeklagte) wird mit dem vorliegenden Verfahren NE140004 i.S. A._____ und B._____ (Erstberufungskläger) gegen C._____ und D._____ (Erstberufungsbeklagte) vereinigt und unter letzter Nummer weitergeführt; das Verfahren NE140005 wird als dadurch erledigt abgeschrieben.
2. Es wird vorgemerkt, dass Dispositiv-Ziffer 4 des Urteils des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Winterthur vom 10. Dezember 2013 in Rechtskraft erwachsen ist.
3. Auf die Berufung der Erstberufungskläger wird nicht eingetreten, soweit sie von den Zweitberufungsklägern einen über Fr. 17'923.45 liegenden Betrag verlangen.

4. Das Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Winterthur vom 10. Dezember 2013 wird – ausgenommen die Dispositiv-Ziffern 1 und 4 – aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen zur Durchführung eines Beweisverfahrens und zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückgewiesen.
5. Schriftliche Mitteilung mit dem nachfolgenden Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. In teilweiser Abweisung der Erstberufung der Kläger wird Dispositiv-Ziffer 1 des Urteils des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Winterthur vom 10. Dezember 2013 bestätigt.
2. In teilweiser Gutheissung der Zweitberufung des Beklagten 2 werden die Kläger verpflichtet, dem Beklagten 2 für das erstinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 3'850.00 zuzüglich 8% Mehrwertsteuer zu bezahlen.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'250.00 festgesetzt.
4. Die Hälfte der Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren (Fr. 1'625.00) werden den Klägern auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet.
5. Die Kläger werden verpflichtet, dem Beklagten 2 für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 2'600.00 zuzüglich 8% Mehrwertsteuer zu bezahlen.
6. Die restliche Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolge für das Berufungsverfahren wird dem neuen Entscheid der Vorinstanz vorbehalten.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Einzelgericht des Bezirksgerichtes Winterthur und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

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

8. 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 mit Bezug auf das Erkenntnis ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG sowie mit Bezug auf die Rückweisung ein Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 21'075.95.

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. I. Vourtsis-Müller

versandt am: