

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB120053-O/U_V72.doc

Mitwirkend: Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Oberrichterin Dr. M. Schafitz und Ersatzoberrichter Dr. S. Mazan sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Subotic

Urteil vom 4. September 2012

in Sachen

1. **A.** _____,

2. **B.** _____,

Kläger und Berufungskläger

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

gegen

C. _____ **AG**,

Beklagte und Berufungsbeklagte

betreffend **Forderung**

Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 3. Abteilung, vom 29. April 2012 (CG110039)

Rechtsbegehren:

- "1. Die Beklagte sei zu verpflichten, den Klägern unter Vorbehalt des Nachklage-rechts den Betrag von CHF 75'820.- nebst Zins von 5% seit dem 3. Oktober 2006 zu bezahlen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten."

Urteil des Bezirksgerichtes Zürich (3. Abteilung) vom 29. April 2012:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird auf Fr. 7'600.– festgesetzt. Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
3. Die Kosten werden den Klägern auferlegt und vom geleisteten Vorschuss bezogen.
4. Die Kläger werden verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von Fr. 2'500.– zu bezahlen.
5. (Mitteilung)
6. (Berufung)

Berufungsanträge:

der Kläger und Berufungskläger (Urk. 34):

- "1. Der Entscheid des Bezirksgerichts Zürich vom 29. April 2012 sei aufzuheben und es sei im Sinne der bei der Vorinstanz eingebrachten Rechtsbegehren (materiell und prozessual - vgl. nachfolgend RZ 6) zu entscheiden.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Berufungsbeklagten."

[RZ 6 : "1. Die Beklagte sei zu verpflichten, den Klägern unter Vorbehalt des Nachklage-rechts den Betrag von CHF 75'820.- nebst Zins von 5% seit dem 3. Oktober 2006 zu bezahlen.

2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten."

"Es sei durch das Gericht ein unabhängiger Sachverständiger (Bauexperte) zu beauftragen, die in der Wohnung der Kläger vorhandenen Bau- bzw. Ausführungsmängel detailliert aufzunehmen und darauf basierend eine Schätzung über den Minderwert der Wohnung bzw. über die Kosten einer Sanierung zu erstellen, die anfallen, wenn man die Wohnung der Kläger in den Stand versetzt würde, wie er bei einer vertragsgemässen Bauausführung durch die Beklagte sein müsste."

der Beklagten und Berufungsbeklagten (Urk. 43):

- "1. Auf die Berufung sei nicht einzutreten.
2. Eventuell sei die Berufung abzuweisen.
3. Unter gesetzlicher Kosten- und Entschädigungsfolge."

Erwägungen:

I.

Am 22. März 2011 machten die Kläger den vorliegenden Prozess bei der Vorinstanz mit der Weisung und einer begründeten Klageschrift rechtshängig. Nach Erstattung der schriftlichen Klageantwort am 9. Mai 2011 ordnete die Vorinstanz einen zweiten Schriftenwechsel an und erliess verschiedene Substanziierungshinweise an die Kläger. In Erfüllung dieser Auflage reichten die Kläger am 17. Oktober 2011 ihre Replik ein; die Duplik der Beklagten erfolgte am 9. Januar 2012. Am 29. April 2012 erliess die Vorinstanz das klageabweisende Urteil im wesentlichen mit der Begründung, die Kläger hätten ihre Klage nicht rechtsgenügend substanziert.

Gegen das vorinstanzliche Urteil erhoben die Kläger am 6. Juni 2012 rechtzeitig Berufung und leisteten am 21. Juni 2012 den eingeforderten Prozesskostenvorschuss von Fr. 7'600.-. Die anschliessend eingeholte Berufungsantwort erging am 6. August 2012 und wurde den Klägern am 9. August 2012 zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 45). Damit erweist sich das Berufungsverfahren als spruchreif.

II.

1. Da das Verfahren vor Vorinstanz nach dem 1. Januar 2011 rechtshängig gemacht wurde, sind auf das Verfahren vor beiden Instanzen die Bestimmungen der Eidgenössischen Zivilprozessordnung anwendbar. Die Vorinstanz hat mit Verfügung vom 28. Juli 2011 einen zweiten Schriftenwechsel angeordnet (Urk. 14). Mit Erstattung der zweiten Rechtsschrift war das Novenrecht der Parteien erschöpft. Neue Tatsachen und Beweismittel konnten bzw. können die Parteien erst- wie zweitinstanzlich nur noch unter den einschränkenden Voraussetzungen von Art. 229 Abs. 1 lit. a und b ZPO vorbringen (Art. 229 Abs. 2 ZPO, Art. 317 ZPO). Die von den Klägern und Berufungsklägern (nachfolgend nur noch Kläger) erstmals im Berufungsverfahren neu eingereichten Urkunden 37/18, 37/19 und 37/21 sind daher nicht mehr beachtlich, zumal die Kläger nicht dartun, warum sie nicht früher in der Lage gewesen wären, diese aus den Jahren 2007 und 2008 datierenden Briefe der Vorinstanz einzureichen.

2. In der Berufungsbegründung sind die Anträge zu stellen und zu begründen. D.h. die Berufungskläger müssen in der Berufungsschrift klare und ausdrückliche Anträge zur Sache oder zum Verfahren formulieren. Es muss zum Ausdruck gebracht werden, wie genau die Berufungsinstanz entscheiden soll bzw. welche Änderungen im Dispositiv erfolgen sollen. Durch die Anträge werden Inhalt und Umfang der Überprüfung durch die Berufungsinstanz festgelegt. Die Berufung hat sich sodann inhaltlich mit den erstinstanzlichen Entscheidungsgründen in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht auseinander zu setzen (Reetz/Theiler, in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 311 N 34ff; Ivo Hungerbühler, DIKE-Komm-ZPO, Art. 311N 14ff).

Die am Anfang der Berufungsbegründung der Kläger formulierten Berufungsanträge genügen den vorstehenden Erfordernissen zwar nicht, indem sie dort nur die Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheids verlangen. Auf Seite 4 der Berufungsbegründung konkretisieren die Kläger indessen ihre Rechtsbegehren klarer, indem sie die Gutheissung ihrer Klage im bezifferten Umfang von CHF 75'820.-

zuzüglich Zinsen beantragen sowie in prozessualer Hinsicht die Beauftragung eines Sachverständigen (Urk. 34 S. 4 RZ 6). Die letztgenannten Anträge genügen den Anforderungen an Berufungsanträge, da sie ausreichend klar und deutlich sind und der erstgenannte Antrag in seiner Formulierung ohne weiteres in ein Urteilsdispositiv übernommen werden könnte. Auf die Berufung ist daher, entgegen dem Antrag der Beklagten und Berufungsbeklagten (nachfolgend nur noch Beklagte), einzutreten (Urk. 43 S. 2f).

3. Die Kläger rügen in ihrer Berufung, die Vorinstanz habe es trotz ihrem ausdrücklichen Antrag auf Bestellung eines unabhängigen Sachverständigen unterlassen, zu einer Hauptverhandlung vorzuladen. Ohne einen solchen Sachverständigen sei eine detailliertere Darstellung der geltend gemachten Mängel/Kosten nicht möglich und die fehlende Hauptverhandlung/Beweisverfahren grenze an eine Verweigerung des rechtlichen Gehörs. Wegen der Unzahl von Mängeln könnten diese im Rahmen eines Schriftenwechsels nicht abgehandelt werden und es bleibe kein anderer Weg als die gerichtliche Bestellung eines Sachverständigen zur Eruiierung der Mängel und Schätzung der Instandstellungskosten. Die Nichtbeachtung dieses Antrages im Zusammenspiel mit der fehlenden Hauptverhandlung/Beweisverfahren vor der Vorinstanz sei als massiver Verfahrensmangel zu rügen (Urk. 34 S. 4f, 10).

Mit den zitierten Ausführungen der Berufungsbegründung rügen die Kläger die Nichtdurchführung einer Hauptverhandlung im Sinne einer Beweisverhandlung bzw. im Sinne der Nichtdurchführung eines Beweisverfahrens, bestehend in der Anordnung einer gerichtlichen Expertise. Ein Beweisverfahren ist indessen nur über ausreichend behauptete und bestrittene Tatsachenbehauptungen durchzuführen; es entbindet die Parteien nicht von der gehörigen eigenen Sachdarstellung. Erachtete die Vorinstanz daher das tatsächliche Klagefundament der Kläger bereits als nicht ausreichend substantiiert (vgl. dazu nachstehend Erw.III/1.1 und 1.2), so durfte und musste sie dazu kein Beweisverfahren durchführen. Die prozessuale Rüge der Nichtdurchführung einer Hauptverhandlung/Beweisverhandlung zwecks Bestellung eines Sachverständigen ist daher unbegründet. An einer

solchen Hauptverhandlung nach durchgeführtem doppeltem Schriftenwechsel wären die Kläger sodann ohnehin mit neuen bzw. besser substantiierten tatsächlichen Behauptungen zur Sache bzw. zu den Mängeln ausgeschlossen gewesen (Art. 229 Abs. 2 ZPO).

III.

1. Mit der vorliegenden Klage machen die Kläger die Kosten der Ersatzvornahme durch Dritte zur Beseitigung der Mängel ihrer von der Beklagten erstellten Eigentumswohnung geltend.

In der vorinstanzlichen Klagebegründung führten die Kläger aus, bereits anlässlich der Wohnungsabnahme im Herbst 2006 seien erhebliche und massivste Mängel festgestellt worden, ebenso in der Expertise der D._____ AG vom 20. Oktober 2006 (je als Urk. 20/13 und 5/4 im Recht liegend). Die Mängel seien mehrmals und schriftlich gerügt worden. Einzelne Mängel seien von der Beklagten in der Folge teilweise behoben worden. Etliche Mängelbehebungsarbeiten seien indessen nicht fachgerecht erfolgt, andere hätten gar zu neuen, gravierenden Mängeln geführt, und schliesslich existierten Mängel, die aufgrund ihrer Schwere gar nicht mehr behebbar seien (z.B. schräge Wände). Für diese Ausführungen beriefen sich die Kläger auf einen weiteren Bericht der D._____ AG vom 21. Juni 2007, welcher dazu seinerseits auf eine weitere Mängelliste verweist, welche indessen nie ins Recht gelegt wurde (Urk. 5/5). Die Kosten der ersatzweisen Mängelbehebung durch Dritte bezifferten die Kläger anhand einer Kostenschätzung der E._____ AG mit Fr. 75'820.- (Urk. 5/6), was der Klageforderung entspricht. Da die Beklagte die Mängel bestreite, seien diese durch einen gerichtlich bestellten Sachverständigen festzustellen und die Instandstellungskosten durch diesen zu schätzen.

1.1. Nach der Bestreitung noch vorhandener und/oder mit verhältnismässigem Aufwand behebbarer Mängel durch die Beklagte in der Klageantwort erliess die Vorinstanz eine Substanziierungsaufgabe an die Kläger. Sie forderte sie auf, in einer zweiten Rechtsschrift (Replik) u.a. konkret darzulegen, um welche Mängel es sich im einzelnen handle, welche gemäss der - nach Arbeitsgattungen gegliederten - Kostenschätzung der E._____ AG behoben werden sollen bzw. welcher Aufwand sich auf welchen Mangel im Einzelnen beziehe (inklusive Bezifferung) bzw. inwieweit im Kostenvoranschlag als allgemeine Kostenstellen aufgeführte Vorarbeiten, übergreifende Arbeiten und Arbeiten von Fremdhandwerkern sich auf welche der zu behebbenden Mängel im Einzelnen bezögen (Urk. 14).

Mit der Replik (Urk. 19) reichten die Kläger zunächst eine von ihnen erstellte, durchnummerierte Mängel- und Entschädigungsliste mit 82 Positionen ein, welche von der Beklagten offenbar am 12. Juni 2009 je einzeln mit Kommentaren versehen worden war. In diesen Kommentaren bestritt die Beklagte alle aufgelisteten Mängelbehebungsansprüche, entweder unter Berufung auf fehlende rechtliche Ansprüche, oder unter Verneinung eines entsprechenden Schadens oder Mangels, bzw. unter Hinweis auf die bereits erfolgte Behebung des Mangels bzw. unter Anerkennung bloss eines konkret bezifferten Minderwertes (Urk. 20/10). Weiter reichten die Kläger mit der Replik eine Präzisierung des Kostenvoranschlags ("Referenzliste") der E._____ AG vom 19. April 2010 ein. In dieser Liste werden den im Kostenvoranschlag aufgelisteten Arbeitsgattungen "Demontagen/Spitzarbeiten", "Maurer-, Verputz- Gipsarbeiten" und "Plattenlegerarbeiten" ein Teil der Positionsnummern der Mängel gemäss Urk. 20/10 gruppenweise zugeordnet, was die Kläger auch auf Seite 4 der Replik wiederholen. Hinsichtlich der Kostenschätzung für die allgemeinen Arbeitsgattungen "Baustelleneinrichtung", "Abdeckerarbeiten" und "Fremdhandwerker/Reserve" wird keine nähere Aufschlüsselung auf die einzelnen Schadenspositionen gemäss Urk. 20/10 vorgenommen. Schliesslich reichten die Kläger mit der Replik Schwarz-Weiss-Fotokopien von Mängelfotos ein (Urk. 20/12), auf denen die geltend gemachten Mängel jedoch kaum oder nur andeutungsweise erkennbar sind, deren Lokalisation objektiv - von wenigen Ausnahmen abgesehen - und deren Bezug zu den Mängelpositionen von

Urk. 20/10 nicht klar ersichtlich ist.

In ihrem Urteil erwog die Vorinstanz, zwischen der Kostenschätzung der E._____ AG und den von den Klägern aufgelisteten Mängeln sei kein Bezug herstellbar. Es sei nicht ersichtlich, die Behebung welches Mangels wie viel kosten solle. Die Kläger würden nur Gesamtbeträge für Mängelgruppen nennen. Die Beklagte sei damit nicht in der Lage, dazu Stellung zu nehmen. Der Klagesachverhalt habe daher mangels der erforderlichen Substanziierung ausser Acht zu bleiben (Urk. 35 S. 11ff). Die mangelnde Substanziierung der Mängel und Mängelbeseitigungskosten führte die Vorinstanz zur Abweisung der Klage.

1.2. Weiter hatte die Vorinstanz mit ihrer Verfügung vom 28. Juli 2011 die Kläger aufgefordert, die Einhaltung der formellen Anforderungen an die Mängelrüge gemäss SIA Norm 118 sowie die Erfüllung der Voraussetzungen zur Ersatzvornahme nach eben diesen Bestimmungen besser zu substantiieren, insbesondere hinsichtlich des Datums der Mängelrüge, der dabei im Einzelnen gerügten Mängel und der Inverzugsetzung der Beklagten (Urk. 14).

In der darauf erstatteten Replik verwiesen die Kläger betreffend die erfolgte Mängelrüge auf die Kenntnis der Beklagten von den Mängeln u.a. infolge der gemeinsam bearbeiteten Mängelliste Urk. 20/10 und bezüglich der Fristansetzungen auf eine schriftliche Aufforderung des klägerischen Vertreters an die Beklagte vom 8. Januar 2008, innert 10 Tagen entweder die noch bestehenden Mängel zu beheben oder ein Angebot zur Abgeltung dieser Mängel zu unterbreiten (Urk. 20/15), sowie auf ein weiteres Schreiben des klägerischen Vertreters vom 25. Februar 2010, worin er eine angebotene Abfindungszahlung als ungenügend zurückwies (Urk. 20/16). Weiter erklärten die Kläger in der Replik, bei der Wohnungsabnahme im Herbst 2006 sei ein gemeinsames Mängelprotokoll mit rund 130 Mängeln erstellt worden. Eine grosse Anzahl der Mängel sei in der Folge behoben worden, mehr als die Hälfte der Mängel sei aber bestehen geblieben und es seien durch die Mängelbehebung wiederum neue Mängel entstanden. Auch die von den Parteien gemeinsam beauftragte D._____ AG habe dies u.a. am 21. Juni 2007 festgehalten. Die nach wie vor existierenden Mängel seien der Beklagten daher seit

Jahren detailliert bekannt, sei es aufgrund des ursprünglichen Mängelprotokolls, sei es aufgrund des Gutachtens der D. _____ AG, sei es aufgrund der unzähligen Schreiben des klägerischen Vertreters und der gemeinsamen Sitzungen. Nachdem die Beklagte trotzdem immer noch behauptete, sie wisse nicht, um welche Mängel es gehe, hätten die Kläger nicht anders gekonnt als die E. _____ AG mit einer Kostenschätzung zu beauftragen (Urk. 19 S. 5ff).

Zu diesem Punkt erwog die Vorinstanz in ihrem Urteil, nach den einschlägigen Bestimmungen der SIA Norm 118 habe der Bauherr bei Vorliegen von Mängeln dem Unternehmer zunächst Frist zur Beseitigung der Mängel anzusetzen. Erfolge keine Verbesserung, so habe der Bauherr dem Unternehmer eine Nachfrist zur Verbesserung anzusetzen und (erst) im Säumnisfall nach dieser zweiten Frist das Recht auf Ersatzvornahme durch einen Dritten auf Kosten des Unternehmers. Die Kläger hätten dazu lediglich pauschal erklärt, sie hätten der Beklagten mehrmals und schriftlich eine angemessene Frist für die Mängelbehebung angesetzt und man habe mehrfach gemeinsam versucht, eine Lösung zu finden. Mit diesen Ausführungen seien indessen die förmlichen Erfordernisse einer gehörigen Rüge bezüglich der einzelnen, prozessual geltend gemachten Mängel und die Ansetzung gehöriger Fristen zur Nachbesserung der prozessual geltend gemachten Mängel als Voraussetzung einer Ersatzvornahme nicht ausreichend dargelegt worden und gerichtlich nicht überprüfbar. Dies führe daher zur Abweisung der Klage (Urk. 35 S. 8ff).

2. Mit ihrer Berufung bringen die Kläger im wesentlichen vor, die geltend gemachten Mängel seien der Gegenpartei seit Jahren detailliert bekannt und die Kosten für ihre Behebung seien aktenkundig belegt. Eine detailliertere Darstellung der Mängel/Kosten sei im Rahmen eines Schriftenwechsels nicht möglich, sondern hätte zwingend den Beizug eines unabhängigen Experten und eine Parteibefragung durch das Gericht erfordert (Urk. 34 S. 3f, 10). Im Übrigen wiederholen die Kläger ihre vorinstanzliche Darstellung zum weiteren tatsächlichen Umfeld und den Abläufen im Zusammenhang mit den Mängeln und der Mängelbehebung und machen noch weitere, neue Mängel und Rügen/Fristansetzungen geltend (Urk. 34

S. 9f). Mit den letztgenannten Ausführungen sind die Kläger im Berufungsverfahren indessen ausgeschlossen (Art. 317 Abs. 1 ZPO).

3. Bereits die Vorinstanz hat in ihrem Entscheid auf die prozessualen Obliegenheit der Kläger hingewiesen, das tatsächliche Fundament ihrer Klageforderung detailliert darzustellen. Es kann auch für das Berufungsverfahren darauf verwiesen werden (Urk. 35 S. 7f). Die Behauptungen haben dabei so detailliert und konkret zu sein, dass die Beklagte dazu eindeutig und differenziert Stellung nehmen kann und dass sie in der vorgetragenen Form direkt zum Beweis verstellt werden können. Insbesondere bei einer Summe von mehreren Klageteilbeträgen muss die Gegenpartei die Möglichkeit haben, zu jedem Klageteilbetrag und dessen Begründung einzeln und unterschiedlich Stellung zu nehmen, ihn zu bestreiten, zu anerkennen oder eine Gegendarstellung dazu abzugeben (Daniel Glasl, DIKE-Komm-ZPO, Art. 55 N 22; Christian Leu, ebenda, Art. 150 N 64; Sutter-Somm/von Arx, in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 55 N 23ff). Es ist nicht Aufgabe des Gerichtes, bei der Verhandlungsmaxime unterstehenden Klagen den Klagesachverhalt im Detail selber zu eruieren oder gar von einem Sachverständigen feststellen zu lassen. Die Erstellung einer gerichtlichen Expertise ist Teil des gerichtlichen Beweisverfahrens. Und ein Beweisverfahren ist erst dann durchzuführen, wenn das Klagefundament in tatsächlicher Hinsicht ausreichend behauptet und soweit es von der Gegenseite bestritten und nicht liquid ist (Art. 150 Abs. 1 ZPO; Christian Leu, a.a.O Art. 150 N 67; Sutter-Somm/von Arx, a.a.O. Art. 55 N 29; BSK ZPO-M.A. Gehri, Art. 55 N 4). Auch ein noch nicht genau bezifferbarer Schaden muss im Klagefundament soweit möglich umschrieben, geschätzt und den konkreten Sachverhaltsumständen zugeordnet werden; eine gerichtliche Bezifferung der Schadenshöhe mittels Expertise ist nur erforderlich, soweit die Gegenpartei die einstweilen geschätzte Höhe bestreitet und eine Bezifferung bzw. ermessensweise Schätzung anhand der Akten oder wegen fehlender Sachkunde dem Gericht nicht selber möglich ist.

Vorliegend wurden die Kläger mit Verfügung vom 28. Juli 2011 (Urk. 14) ausdrücklich auf die ungenügende Sachdarstellung der einzelnen Mängel sowie des

Vorgehens bei der Mängelrüge aufmerksam gemacht, und es wurde ihnen Gelegenheit zur Nachbesserung in einer Replik gegeben (Art. 56 ZPO). Für die Auflistung von zahlreichen Baumängeln, des Aufwandes für ihre Behebung und der einstweiligen Schätzung der Kosten der Behebung bzw. eines allfälligen Minderwertes eignet sich vorzugsweise bzw. ausschliesslich das schriftliche Verfahren. In einer mündlichen Befragung können 82 - 130 Mängelpositionen nicht auf Anhieb im Detail geschildert und im Quantitativ begründet werden und insbesondere die Gegenpartei kann dazu nicht auf Anhieb im Detail Stellung nehmen. Dass das Einbringen der tatsächlichen Sachdarstellung in den Prozess anstelle der Kläger auch nicht Aufgabe eines Experten als gerichtliche "Hilfsperson" ist, wurde bereits ausgeführt. Es hätte hingegen den Klägern freigestanden, nach erfolgter Substanziierungsaufforderung selber einen Experten mit der genauen Auflistung und Schätzung aller heute noch bestehenden bzw. der noch geltend gemachten Mängel im Detail zu beauftragen und dessen Auflistungen im Prozess einzureichen. Die Berufungskritik der Kläger am vorinstanzlichen Verfahren ist unbehelflich und unbegründet. Der Berufungsantrag auf Bestellung eines gerichtlichen Sachverständigen (Urk. 34 S. 4 Rz 6 Ziff. 2) ist damit abzuweisen.

4. Zumindest hinsichtlich der Umschreibung der heute noch bestehenden und im Prozess geltend gemachten Mängel und ihre Behebungskosten hat die Vorinstanz sodann die Klage zurecht als ungenügend substantiiert beurteilt. Da die Kläger eine Beurteilung der Mängel durch das Gericht fordern, sind die Mängel dem *Gericht* darzulegen. Die Kläger können sich - insbesondere bei einer bestrittenen Mängelklage - nicht auf die Behauptung beschränken, die Mängel seien der beklagten Partei bereits hinlänglich bekannt. Vorliegend kommt noch dazu, dass die bei der Wohnungsabnahme gemeinsam protokollierten Mängel (Urk. 20/13) auch nach der eigenen Darstellung der Kläger mindestens teilweise behoben wurden, und die Beklagte laut der von ihr kommentierten Mängelliste Urk. 20/10 seit dem 12. Juni 2009 eine weitere Mängelverbesserungspflicht bestreitet. Die von der D. _____ AG in ihrem Bericht vom 21. Juni 2007 (Urk. 5/5)

erwähnte weitere Mängelliste ist nicht aktenkundig. Unter diesen Umständen bleibt es für das Gericht unklar, weshalb die Kläger alle auf Seite 4f der Replik aufgeführten Positionen trotz behaupteter Mängelbehebung oder Bestreitung einer Mängelverbesserungspflicht durch die Beklagte in Urk. 20/10 geltend machen wollen. Zwar anerkennt die Beklagte gewisse Mängel (insbes. schräge Wände, welche die Toleranz überschreiten) und einen daraus resultierenden Minderwert (Urk. 20/10 S. 2). Nach den ausdrücklichen Ausführungen der Kläger ist die Behebung dieser anerkannten Mängel im Kostenvorschlag der E._____ AG aber noch gar nicht berücksichtigt (Urk. 2 S. 6, Urk. 34 S. 10). Sodann haben die Kläger die Mängelbehebungskosten nur pauschal und nach Arbeitsgattungen beziffert. Die angeführten Mauer-/Verputz- und Gipserkosten von Fr. 34'976.50 sollen sich beispielsweise auf die Instandstellung von 12 Mängelpositionen beziehen (Urk. 19 S. 2 i.V.m. Urk. 20/11). Da die Beklagte eine Mängelbehebungspflicht für diese 12 Positionen mit teilweise unterschiedlicher Begründung bestreitet, lassen sich für den Fall einer teilweisen Gutheissung der Mängelbeseitigungspflicht die behaupteten Behebungskosten für die ausgewiesenen Mängel nicht eruieren. Sodann wollen die Kläger noch allgemeine Bauvorbereitungs-, Abdeckungs- und Fremdhandwerkerkosten ersetzt haben, ohne diese auf die einzelnen Schadenspositionen umzulegen. Auch diesbezüglich lassen sich die Ersatzvornahmekosten für die einzelnen Mängel nicht quantifizieren. Ohne eine Zuordnung der Ersatzvornahmekosten zu den jeweils einzelnen Mängeln lassen sich die Forderungen der Kläger nicht näher beurteilen.

Die Vorinstanz hat daher mit Fug entschieden, dass die Klage hinsichtlich der Ersatzvornahmekosten für die Mängelbehebung zu wenig substantiiert ist und die Klage aus diesem Grunde abzuweisen ist.

5. Damit ist die Klage auch im Berufungsverfahren infolge ungenügender Substantiierung der Mängel und Mängelbehebungskosten abzuweisen. Offen bleiben kann, ob die Klage hinsichtlich der prozeduralen Erfordernisse einer gehörigen Mängelrüge ausreichend substantiiert ist, ob mithin eine ausreichend klare Anforderung an die Beklagte zur Behebung der ausreichend umschriebenen Mängel

innert angemessener Frist behauptet wurde. Offen bleiben kann auch, ob nach einer Säumnis nach erstmaliger Fristansetzung zur Mängelbehebung eine förmliche Nachfristansetzung hätte erfolgen und behauptet werden müssen als Voraussetzung für eine Ersatzvornahme auf Kosten der Beklagten.

IV.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens werden die Kläger für beide Instanzen kosten- und entschädigungspflichtig.

Die vorinstanzliche Bezifferung der Entscheidkosten sowie der Parteientschädigung an die Beklagte blieb im Berufungsverfahren unbestritten und ist zu bestätigen.

Die Parteientschädigung für das Berufungsverfahren wäre für einen freiberuflich tätigen Rechtsanwalt bei einem Streitwert von rund Fr. 76'000.-- in Anwendung von § 4 Abs. 1 und § 13 AnwGebVO auf rund Fr. 4'600.- festzusetzen. Da sich die Beklagte durch einen bei ihr angestellten Rechtsanwalt vertreten liess, ist diese Entschädigung nach der Praxis der Kammer auf die Hälfte zu reduzieren.

Es wird erkannt:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Kosten- und Entschädigungsfolgen des erstinstanzlichen Entscheides (Dispositiv Ziffer 2 - 4) werden bestätigt.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 7'600.- festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden den beiden Klägern unter solidarischer Haftung auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet.

5. Die Kläger werden unter solidarischer Haftung verpflichtet, der Beklagten für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 2'300.- zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Zürich (3. Abteilung), je gegen Empfangsschein.

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

7. 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. 75'800.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 4. September 2012

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. R. Klopfer

lic. iur. S. Subotic

versandt am:
mc