

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LB140048-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin  
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Ersatzrichter lic. iur. H. Meister  
sowie Gerichtsschreiber lic. iur. T. Engler.

## Beschluss und Urteil vom 30. Januar 2015

in Sachen

1. **A.**\_\_\_\_\_, Dr. iur.,
2. **B.**\_\_\_\_\_,  
vertreten durch den Beklagten 1

Beklagte und Berufungskläger

gegen

**Erbengemeinschaft C.**\_\_\_\_\_, bestehend aus:

1. **CD.**\_\_\_\_\_,
2. **CE.**\_\_\_\_\_,
3. **CF.**\_\_\_\_\_,
4. **CG.**\_\_\_\_\_,
5. **CH.**\_\_\_\_\_,

Kläger und Berufungsbeklagte

1, 2, 3, 4, 5 vertreten durch Cl. \_\_\_\_\_  
dieser vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil der III. Abteilung des Bezirksgerichtes Horgen  
vom 5. Mai 2014; Proz. CG130003**

**Rechtsbegehren (act. 2 S. 2):**

"Die Beklagten seien zu verpflichten, den Klägern CHF 68'924.40 zuzüglich Zins zu 5 % seit 1. Juli 2012 zu bezahlen.

Alles unter Kosten und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten."

**Urteil der III. Abteilung des Bezirksgerichtes Horgen vom 5. Mai 2014:**

1. Die Beklagten werden unter solidarischer Haftung verpflichtet, den Klägern Fr. 54'226.65 zuzüglich 5 % Zins seit 1. Juli 2012 zu bezahlen. Im Mehrbetrag von Fr. 14'697.75 zuzüglich 5 % Zins seit 1. Juli 2012 wird die Klage abgewiesen.
  2. Die Entscheidgebühr (Pauschalgebühr) wird festgesetzt auf Fr. 7'000.–.
  3. Die Entscheidgebühr wird den Beklagten im Umfang von Fr. 5'600.– und den Klägern im Umfang von Fr. 1'400.– auferlegt. Die Entscheidgebühr wird vom klägerischen Vorschuss in der Höhe von Fr. 7'000.– bezogen. Die Beklagten sind unter solidarischer Haftung verpflichtet, den Klägern vorgeschossene Gerichtskosten im Umfang von Fr. 5'600.– (Anteil Entscheidgebühr) und Fr. 480.– (Kostenanteil für das Schlichtungsverfahren) zurückzuerstatten.
  4. Die Beklagten werden unter solidarischer Haftung verpflichtet, den Klägern eine Parteientschädigung von Fr. 6'480.– zu bezahlen.
- 5./6. Mitteilung / Rechtsmittel.

**Berufungsanträge:**

der Beklagten und Berufungskläger (act. 32 S. 2):

- "1. Das Urteil vom 05. Mai 2014 sei aufzuheben
2. Die Klage sei abzuweisen

3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen für beide Instanzen zu Lasten der Klägerin"

der Kläger und Berufungsbeklagten (act. 41 S. 2):

"Die Berufung sei vollumfänglich abzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (inkl. MWST) zulasten der Beklagten und Berufungskläger."

### **Erwägungen:**

#### 1. Sachverhalt/Prozessverlauf

1.1. Mit öffentlich beurkundetem Vertrag vom 12. September 2006 (act. 4/3) verpflichteten sich die Kläger und Berufungsbeklagten (nachfolgend Kläger) gegenüber den Beklagten und Berufungsklägern (im Folgenden Beklagte) zum Bau und Verkauf einer Stockwerkeigentumseinheit in Gestalt einer Terrassenwohnung an der J.\_\_\_\_-Strasse ... in K.\_\_\_\_. Als Gegenleistung für den Erwerb der schlüsselfertig zu erstellenden Liegenschaft verpflichteten sich die Beklagten zur Bezahlung von Fr. 1'903'750.–.

Änderungs- und Zusatzwünsche der Beklagten waren gemäss Vertrag zusätzlich zu entschädigen (Ziff. 1 Abs. 3 lit. a und Ziff. 5 der weiteren Bestimmungen). Die Beklagten brachten in der Folge verschiedene Wünsche an und leisteten für drei der bestellten und ausgeführten Änderungs- und Zusatzwünsche (betreffend Küchenauswahl, Elektroanlage und Sanitärapparate) eine Zahlung im Gesamtbetrag von Fr. 82'266.80. Gegenstand der Klage sind die Mehrkosten für "Terrassenbelag" (Fr. 13'306.55), "Parkett" (Fr. 29'641.–), "Sanitärapparate-Auswahl" (Fr. 9'176.70), "Schreinerarbeiten/Innentüren" (Fr. 3'564.50), "diverse Bestellungen" (Fr. 11'021.50), "Wandleuchten Nasszellen" (Fr. 3'633.20), "zusätzliche Kasten-Markisen" (Fr. 6'198.55), "Umbau Gäste-WC" (Fr. 1'836.65) und "Natur- und Plattenarbeiten" (Fr. 1'839.60), welche die Kläger geltend machen und für welche die Beklagten bislang keine Zahlung leisteten. Das Total dieser Mehrkosten von Fr. 80'218.25 reduzierten die Kläger aufgrund von zwei Minderaufwänden betreffend "Schreinerarbeiten Schränke" und "Glas- und Spiegelarbeiten" um die Beträ-

ge von Fr. 10'706.05 sowie Fr. 587.80 auf die eingeklagte Summe von Fr. 68'924.40.

1.2. Am 14. Februar 2013 erhoben die Kläger beim Bezirksgericht Horgen Klage mit dem eingangs genannten Rechtsbegehren. Die Vorinstanz führte das ordentliche Verfahren mit doppeltem Schriftenwechsel und anschliessender Instruktionsverhandlung durch. Ein Vergleich konnte nicht erzielt werden, aber die Parteien erklärten, auf die Durchführung einer Hauptverhandlung gemäss Art. 228 ff. ZPO zu verzichten. Am 25. Februar 2014 fasste die Vorinstanz den Beweisbeschluss und liess zu fünf Beweisthemen verschiedene Urkunden als Beweismittel zu. Mit Urteil vom 5. Mai 2014 (act. 34 [= act. 33 = act. 29]) verpflichtete sie die Beklagten solidarisch, den Klägern Fr. 54'226.65 zuzüglich 5% Zins seit 1. Juli 2012 zu bezahlen, und wies die Klage im Mehrbetrag ab. Die Kosten- und Entschädigungsfolgen wurden entsprechend dem Obsiegen und Unterliegen der Parteien geregelt. Der genaue Inhalt des Urteilsdispositivs ist eingangs wiedergegeben.

1.3. Mit Eingabe vom 11. Juni 2014 erhoben die Beklagten innert Frist Berufung (act. 32 und act. 30/1). Aufforderungsgemäss leisteten sie am 24. Juni 2014 einen Kostenvorschuss von Fr. 5'900.– (act. 35-38). Am 26. August 2014 erstatteten die Kläger innert Frist die Berufungsantwort (act. 41). Ein Doppel wurde den Beklagten am 7. Januar 2015 zur Kenntnisnahme zugestellt (act. 42 f.). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

## 2. Teilrechtskraft

2.1. Die eingeklagte Forderung beträgt Fr. 68'924.40 zuzüglich Zins zu 5 % seit 1. Juli 2012. Im Umfang von Fr. 14'697.75 zuzüglich 5 % Zins seit 1. Juli 2012 wies die Vorinstanz die Klage ab. Sie begründete dies damit, dass die Kläger die von ihnen behaupteten Mehrkosten von Fr. 14'697.75 für die unstrittig erfolgten Abänderungs- und Zusatzwünsche der Beklagten, zusammengefasst mit den Bezeichnungen "diverse Bestellungen" (Fr. 11'021.50), "Umbau Gäste-WC" (Fr. 1'836.65) und "Natur- und Plattenarbeiten" (Fr. 1'839.60), nicht gehörig substantiiert haben (act. 34 S. 15 ff.). Die Kläger erhoben weder selbständige Beru-

fung noch Anschlussberufung, so dass das vorinstanzliche Urteil in diesem Punkt am 27. August 2014 (Eingang der Berufungsantwort) rechtskräftig wurde. Davon ist Vormerk zu nehmen.

2.2. Gegenstand der Berufung bildet somit die Verpflichtung der Beklagten zur Zahlung von Fr. 54'226.65 zuzüglich 5% Zins seit 1. Juli 2012 sowie die Kosten- und Entschädigungsfolgen.

### 3. Themen der Berufung – Übersicht

Die Vorinstanz setzte die Vergütung für die Abänderungs- und Zusatzwünsche der Beklagten nach den Regeln des Werkvertrages fest. Die Beklagten wollen demgegenüber die Regeln des einfachen Auftrags angewendet haben und werfen den Klägern unterlassene Rechenschaftsablage hinsichtlich ihrer Mehrkosten vor. Sie verdächtigen die Kläger, einerseits von den Lieferanten Rabatte eingestrichen und nicht (vollumfänglich) weitergegeben und andererseits überhöhte Honorare für den Architekten und den Haustechniker in Rechnung gestellt zu haben. Die Mehrkostenforderung der Kläger sei um diese (in der Höhe unbekannt) Beträge zu kürzen (vgl. Erwägungen unter Ziff. 4).

Einer allfälligen Forderung der Kläger stehen, so die Beklagten, Verrechnungsforderungen gegenüber; zum einen eine Schadenersatzforderung – wegen verspäteter Bezugsbereitschaft der Wohnung hätten sie ihr Einfamilienhaus nicht nahtlos vermieten können und dadurch einen Mietzinsausfall erlitten (vgl. Erwägungen unter Ziff. 5) – und zum anderen ein Anspruch auf Minderung des Werklohnes – der Schräglift, die Heizanlage und das Geländer hätten derart erhebliche Mängel aufgewiesen, dass deren Gebrauchstauglichkeit sehr stark beeinträchtigt und die Benutzbarkeit der gekauften Wohnung stark eingeschränkt gewesen sei (vgl. Erwägungen unter Ziff. 6). Die Vorinstanz, so die Beklagten, hätte diese Verrechnungsforderungen, welche die Klageforderung übersteigen, zulassen und die Klage abweisen müssen. Die Kläger wenden unter anderem ein, die Beklagten hätten auf das Recht zur Verrechnung verzichtet (vgl. Erwägungen unter Ziff. 6).

#### 4. Werkvertrag oder Auftrag

4.1. Die Vorinstanz hat sich mit der rechtlichen Qualifikation des Vertrages vom 12. September 2006 eingehend und sorgfältig auseinandergesetzt und ist mit zutreffender Begründung zum Schluss gelangt, dass die Änderungs- und Zusatzwünsche der Beklagten, welche Gegenstand der Klage bilden, den werkvertraglichen Regeln unterstehen (act. 34 S. 8-13). Darauf kann verwiesen werden. Zusammenfassend und ergänzend ist Folgendes festzuhalten.

4.2. Die Parteien haben den Vertrag vom 12. September 2006 als "Kaufvertrag" betitelt und die in Geld zu erbringende Leistung der Beklagten als "Kaufpreis" bezeichnet (act. 4/3). Auf diese Begriffe kommt es nicht an; die rechtliche Qualifikation eines Rechtsgeschäftes ist bekanntlich dem Parteiwillen entzogen und stellt eine von Amtes wegen durch das Gericht frei zu klärende Rechtsfrage dar. Massgeblich sind der wirkliche Wille der Parteien und damit die konkret vereinbarten vertragscharakteristischen Leistungen (Art. 18 Abs. 1 OR). Der Vertrag vom 12. September 2006 enthält sowohl kaufvertragliche Elemente – nämlich die entgeltliche Überlassung eines Grundstücks – als auch werkvertragliche Elemente – die entgeltliche Erstellung einer Baute. Bei derartigen gemischten Verträgen (BGE 118 II 142) kann man sich darauf beschränken, die rechtliche Natur der konkret in Frage stehenden vertraglichen Rechte und Pflichten zu beantworten, die rechtliche Qualifikation des Vertrages in seiner Gesamtheit rückt in den Hintergrund.

4.3. Änderungs- und Zusatzwünsche der Beklagten (der "Käuferschaft") haben in Ziff. 5 der weiteren Bestimmungen des Vertrages unter der Rubrik "Käuferwünsche und Bestellungen" eine besondere Regelung erfahren (act. 4/3). Sie beinhaltet im Wesentlichen die Voraussetzungen für das Entstehen der Pflicht der Kläger, Änderungs- und Zusatzwünschen der Beklagten nachzukommen. Auf die weiteren Abreden wird soweit erforderlich noch einzugehen sein.

Inhaltlich geht es bei diesen Änderungs- und Zusatzwünschen um den individuellen Ausbau der zu erstellenden Stockwerkeigentumswohnung. Den Beklagten wurde das Recht (aber keine Pflicht) eingeräumt, in der von ihnen erworbenen

Wohnung bauliche Abweichungen vom vertraglich geschuldeten Standard, wie er in den Plänen und im detaillierten Baubeschrieb definiert war, zu verlangen. Die Vorinstanz hat diese Vereinbarung der Parteien zu Recht als Rahmenvertrag qualifiziert. Der Streit der Parteien dreht sich um die Aufwendungen der Kläger für Abweichungen vom vereinbarten Ausbaustandard, wie sie von den Beklagten betreffend Terrassenbelag (act. 4/6), Parkett (4/7), Sanitärapparate (4/8), Schreinerarbeiten (act. 4/9), Wandleuchten (act. 4/11) und Kasten-Markisen (act. 4/12) gewünscht wurden. Dabei ging es nicht nur um die Lieferung von (anderen) Werkstoffen (Holzböden, Sanitärartikel etc.), sondern auch um deren Einbau, Montage und Installation. Von den Klägern war diesbezüglich ein Erfolg im Sinne eines Werkes geschuldet und nicht ein blosses Tätigwerden. Die Beklagten ihrerseits sind zum Ersatz der Mehrkosten verpflichtet. Die Anwendung der Bestimmungen des Obligationenrechts zum Werkvertrag (Art. 363 ff. OR) drängt sich unter diesen Umständen auf.

4.4. Die Aufgabe der Kläger beschränkte sich nicht auf eine blosser Vermittlerrolle zwischen den Beklagten und den Unternehmern, welche die Änderungs- und Zusatzbestellungen ausführten. In Ziff. 6 der weiteren Bestimmungen ist denn auch explizit festgehalten, dass der Abschluss von Werkverträgen und die Auswahl der Handwerker und Lieferanten ausschliesslich durch die Kläger (die Verkäufer) erfolgt, auch bei Änderungs- und Zusatzwünschen (act. 4/3). Dass die Beklagten, wie sie in der Berufungsschrift hervorheben (act. 32 S. 9), die Werkstoffe (Holzböden, Sanitärartikel etc.) ausgesucht haben, versteht sich von selbst, wenn sie selber Änderungen am Standardausbau oder zusätzliche Leistungen wünschen, hat für sich allein betrachtet aber keinen Einfluss auf die rechtliche Qualifikation der vertraglichen Beziehung zwischen den Parteien.

Die Beklagten betonen in der Berufungsschrift sodann eine Passage aus Ziff. 5 ("Käuferwünsche und Bestellungen") der weiteren Bestimmungen des Vertrages. Danach sei das Architektenhonorar für Planung, Ausführung und Bauleitung pauschal mit 15% festgelegt und weiter bestimmt worden, dass für die übrigen Planer "nach Aufwand gemäss erteiltem Auftrag" aufzukommen sei. Daraus ergebe sich unzweifelhaft, dass die übrigen Planer im Auftrag und auf Rechnung der Beklag-

ten beizuziehen waren (act. 32 S. 10 f.). Auch diese Argumentation überzeugt nicht. Diese Klausel regelt die Berechnung der Entschädigung der Beklagten für den Beizug von Planern, soweit er für die Ausführung der Abänderungs- und Zusatzwünsche der Beklagten nötig ist, sagt aber nichts dazu, wer mit den Planern und den übrigen Unternehmern, welche diese Leistungen erbringen, in vertragliche Beziehung tritt. Dieser Punkt ist wie bereits erwähnt explizit in Ziff. 6 der weiteren Bestimmungen geregelt. Es sind die Kläger, welche mit den Unternehmern die ("Werk-") Verträge abschliessen. Falsch ist zudem das Ansinnen der Beklagten, auch dies wurde bereits erwähnt, die rechtliche Qualifikation des Rechtsverhältnisses am blossen Vertragswortlaut ("gemäss erteiltem Auftrag") festzumachen. Soweit die Arbeit von "Planern" das Erstellen von Plänen beinhaltet, was der Begriff nahelegt, liegt nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung nämlich ein Werkvertrag und kein Auftrag vor (BGE 130 III 365, 114 II 53).

Dem gleichen Fehler unterliegen die Beklagten, wenn sie die Kläger am Wortlaut der Ausführungen ihres Rechtsvertreters in der Replik (act. 18) behaften wollen (act. 32 S. 11). Indem dieser auf S. 13 festhielt, dass die Beklagten anerkennen, am gekauften Terrassenhaus Änderungs- und Zusatzwünsche "in Auftrag" gegeben zu haben, ging es darum, das Eingeständnis der Beklagten festzuhalten, die entsprechenden Arbeiten veranlasst zu haben, und nicht um die rechtliche Qualifikation dieser Bestellungen. Nicht anders lässt sich der anschliessende Hinweis in der Replik verstehen, wonach "rechtstheoretische Erörterungen (...) hier fehl am Platz" seien.

Die Tatsache, dass die Kläger den Beklagten für die Abänderungs- und Zusatzwünsche teilweise Rabatt und Skonto gewährten, ist entgegen der Ansicht der Beklagten (act. 32 S. 13 ff.) kein Indiz für den Bestand eines Auftragsverhältnisses. Rabatte und Skonti sind in Werkverträgen weit verbreitet. Nicht nachvollziehbar ist die Auffassung der Beklagten, zwischen den Parteien sei weder ein Skonto noch ein Rabatt vereinbart gewesen. Rabatt und Skonto (mit den entsprechenden Prozentsätzen) sind in den Kostenzusammenstellungen der Kläger betreffend Terrassenbelag (act. 4/6), Parkett (act. 4/7), Sanitärapparate-Auswahl (act. 4/8), Schreinerarbeiten (act. 4/9) und Kasten-Markisen (act. 4/12) explizit aufgeführt.

Diese Dokumente wurden vom Beklagten 1 unterzeichnet und ihr Inhalt damit zweifellos genehmigt.

4.5. Die Vergütung der Mehrkosten für die Abänderungs- und Zusatzwünsche der Beklagten richtet sich nach dem Gesagten nach den Regeln des Werkvertrages. Die Vorinstanz hat dargelegt, welche Vergütungsmodelle existieren und dass die Parteien im Falle der vorliegend zu beurteilenden Bestellungen der Beklagten – Terrassenbelag (act. 4/6), Parkett (act. 4/7), Sanitärapparate-Auswahl (act. 4/8), Schreinerarbeiten (act. 4/9) und Kasten-Markisen (act. 4/12) – einen Pauschalpreis im Sinne von Art. 373 Abs. 1 OR verabredeten. Die Beklagten haben sich auf den Einwand beschränkt, die Vergütung der Abänderungs- und Zusatzwünsche sei nach auftragsrechtlichen Regeln und nicht nach werkvertraglichen zu bestimmen. Für den Fall, dass die werkvertraglichen Bestimmungen zur Anwendung gelangen, haben sie die vorinstanzlichen Erwägungen nicht weiter beanstandet. Damit erübrigen sich weitere Erörterungen, und es kann auf die Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (act. 34 S. 13-15). Zu ergänzen ist einzig, dass die Mehrkosten für die Wandleuchten in den Nasszellen (act. 4/11) von den Beklagten vorbehaltlos anerkannt wurden, was die Vorinstanz korrekt festhielt (act. 34 S. 13), und somit ebenfalls zu berücksichtigen sind.

4.6. Das Total der ausgewiesenen bzw. anerkannten Mehrkosten beläuft sich somit auf Fr. 61'887.30. Da es sich um einen Pauschalpreis handelt, besteht seitens der Kläger keine weitere Rechenschaftspflicht, weder hinsichtlich allfälliger Rabatte, die sie von den beigezogenen Unternehmern erhältlich machen konnten, noch hinsichtlich der Honorare, welche sie dem Architekten und weiteren Planern, insbesondere dem Haustechniker, bezahlten. Für den Fall, dass die Regeln des Werkvertrages zur Anwendung gelangen, wird eine solche Auskunftspflicht von den Beklagten denn auch nicht geltend gemacht (act. 32 S. 14 Rz 3.7 und S. 15 f. Rz 5.1). Es besteht insofern kein Anlass für eine Reduktion der Forderung der Kläger.

4.7. Die Mehrkosten von Fr. 61'887.30 wurden von der Vorinstanz um die Minderkosten bei den "Schreinerarbeiten (Schränke)" von Fr. 10'706.05 und den "Glas- und Spiegelarbeiten" von Fr. 587.80 reduziert. Höhere Abzüge seien von

den Beklagten hinsichtlich dieser Positionen nicht substantiiert geltend gemacht worden (act. 34 S. 18). Die Beklagten haben diese Erwägungen nicht beanstandet, weshalb es dabei sein Bewenden hat.

4.8. Die gewünschten Änderungen und zusätzlichen Arbeiten wurden ausgeführt. Mängel an diesen Arbeiten sind kein Thema. Der Bestand einer Werklohnforderung der Kläger gegenüber den Beklagten ist demnach im Betrag von Fr. 54'226.65 zu bejahen. Die Kläger haben die Beklagten per 30. Juni 2012 gemahnt, so dass ab 1. Juli 2012 Verzugszinsen zu 5% geschuldet sind. Auch diese Sachverhaltsfeststellung und rechtliche Würdigung der Vorinstanz (act. 34 S. 19) wurde nicht beanstandet und ist somit zu übernehmen. Vorbehalten bleiben die Schadenersatzforderung wegen verspäteter Vertragserfüllung (Mietzinsausfall) und der Anspruch auf Werklohnminderung wegen Mängel, welche die Beklagten der Forderung der Kläger gegenüberstellen. Darauf ist nachfolgend einzugehen.

#### 5. Schadenersatz wegen verspäteter Bezugsbereitschaft

5.1. Die Beklagten fordern Schadenersatz wegen verspäteter Bezugsbereitschaft der Wohnung. Der 31. März 2008 sei als spätester Ablieferungstermin vereinbart gewesen. Ihr Einzug in die Wohnung sei erst am 22. Mai 2008 erfolgt, wobei die Wohnung auch zu diesem Zeitpunkt noch nicht fertig gewesen sei, und die Vermietung ihres Einfamilienhauses in L. \_\_\_\_\_, in welchem sie bis zum Umzug gelebt hätten, sei erst per 1. Juni 2008 möglich gewesen statt wie vorgesehen per 1. April 2008. Dadurch seien ihnen zwei Monatsmieten à Fr. 5'600.– entgangen. Diesen Verlust von Fr. 11'200.– stellen sie zur Verrechnung.

5.2. Die Vorinstanz hielt diese Verrechnungsforderung nicht für ausgewiesen. Zusammengefasst erwog sie, dass der geltend gemachte Mietzinsausfall im Sinne eines entgangenen Gewinns einen möglichen Schadensposten im Falle eines Verzugsschadens nach Art. 103 Abs. 1 OR darstelle. Dieser setze unter anderem aber den Nachweis voraus, dass es sich entweder um einen nach den Umständen üblichen oder sonstwie sicher in Aussicht stehenden Gewinn handle. Bei möglichen Gewinnen aus einem Vertrag müsse demnach feststehen, dass ein solcher tatsächlich hätte abgeschlossen werden können. Die Beklagten hätten es

unterlassen darzulegen, welche konkreten Möglichkeiten sich für eine Vermietung per 1. April 2008 effektiv ergeben hätten. Die Frage, ob sich die Kläger mit der Ablieferung der Terrasseneinheit an die Beklagten in Verzug befanden, liess sie offen. Ebenso erwies sich für sie als überflüssig, die Wirksamkeit des im Vertrag statuierten Verrechnungsverbots zu prüfen (act. 34 S. 22 f.).

5.3. Die Beklagten wenden Folgendes ein: Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung sei nicht ein sicherer Nachweis des Schadens verlangt, sondern es genüge, wenn der Schaden üblicherweise entstehe. Das Erfordernis des sicheren Nachweises des Mietzinsausfalls verletze auch das Beweisrecht gemäss Art. 8 ZGB; der Schaden müsse nicht mit Sicherheit feststehen, es reiche aus, den Richter davon zu überzeugen, dass kein ernst zu nehmender Zweifel bestehe, dass der Schaden entstanden sei. Im Zusammenhang mit dem Nachweis des Mietzinsausfalls sei darauf hinzuweisen, dass der Besteller keine Mietverträge abschliesse, wenn er wisse oder annehmen müsse, dass der Unternehmer den Vertrag nicht am vertraglichen Termin abliefern werde. Er warte dann, bis der voraussichtliche Termin bestimmt oder bestimmbar sei und schliesse erst dann einen oder mehrere Mietverträge ab, weil er sonst selbst gegenüber seinen Mietern schadenersatzpflichtig werde. Es stehe fest, dass die Kläger nicht über den definitiven Bezugstermin informiert haben, obschon sie gemäss Vertrag verpflichtet gewesen seien, dies 100 Tage im Voraus zu tun. Die Kläger hätten keinen Versuch unternommen, sich nach Art. 97 Abs. 1 OR zu exkulpieren und damit ihre Vertragsverletzung anerkannt. Auch die Vorinstanz sei davon ausgegangen, dass die Kläger ihre vertragliche Pflicht verletzt haben. Sie, die Beklagten, seien daher nicht in der Lage gewesen, vorher einen Mietvertrag abzuschliessen, hätten sie doch das Risiko vermeiden müssen, gegenüber dem Mieter schadenersatzpflichtig zu werden. Als sie annehmen konnten, dass die Wohnung spätestens gegen Ende Mai bezugsbereit sein werde, hätten sie die Liegenschaftenhändler mit der Vermietung ihres Hauses beauftragt. Dies sei per 1. Juni 2008 geschehen. Sie hätten sich auf das Zeugnis ihres Immobilienhändlers berufen, dass sie ihr Haus mit 3000 m<sup>2</sup> Garten an einem Waldrand und ohne Verkehrsstörung hätten vermieten können. Dieser hätte auch bestätigt, dass mehrere Interessenten vorhanden gewesen seien, die das Haus per 1. April 2008 gemietet hätten. Dafür spreche

auch die Tatsache, dass das Haus sofort nach der Auftragserteilung an den Liegenschaftshändler habe vermietet werden können. Wie dem eingereichten Mietvertrag entnommen werden könne, belaufe sich der Mietzins auf Fr. 5'600.– pro Monat. Für die Monate April und Mai 2008 ergebe sich somit ein Mietzinsausfall von Fr. 11'200.– (act. 32 S. 6 ff.).

5.4. Die Kläger entgegnen, die Beklagten hätten nicht darauf vertrauen können, die Wohnung per 31. März 2008 zu beziehen. Der Bau habe sich infolge von Rekursen und einer staatsrechtlichen Beschwerde über längere Zeit verzögert, was den Beklagten bekannt gewesen sei. Aber auch diese selber hätten die Verzögerung der Bezugsbereitschaft infolge Bezugs von Rosamarmorplatten aus der Türkei verursacht. Sie, die Kläger, hätten eine Vertragsverletzung nie anerkannt und dies sei auch von der Vorinstanz nicht festgehalten worden. Die Beanstandungen der Beklagten vermögen an der Beurteilung durch die Vorinstanz nichts zu ändern. Die Ausführungen zur Lage und Grösse des Einfamilienhauses seien wegen des Novenverbots nicht zu hören. So oder anders könne einem allfälligen Schadenersatzanspruch wegen des Verrechnungsverbots kein Erfolg beschieden sein (act. 41 S. 4 und S. 5 f.).

5.5.

5.5.1. Zur Chance, mittels Vermietens ihres Einfamilienhauses für die Monate April und Mai 2008 Mieteinnahmen von Fr. 5'600.– pro Monat und damit einen Gewinn von Fr. 11'200.– zu erzielen, äusserten sich die Beklagten vor Vorinstanz, in der Klageantwort, wie folgt (act. 10 S. 4):

"Die Beklagten wohnten vor dem Kauf des Terrassenhauses in L. \_\_\_\_\_ in einem Einfamilienhaus. Im Vertrauen darauf, dass sie per Ende März 2008 das neue Haus beziehen würden, haben sie einen Liegenschaftsverwalter beauftragt, das Haus ab 01. April 2008 zu vermieten. Da allerdings das Terrassenhaus in K. \_\_\_\_\_ nicht bezugsbereit war, musste die Vermietung um zwei Monate auf den 01. Juni 2008 verschoben

werden. Dadurch haben die Beklagten zwei Monatsmieten verloren von insgesamt CHF 11'200.–.

BO: - Mietvertrag vom 28. April 2008 bzw. vom 21. April 2008 (Beilage 2)  
- M.\_\_\_\_\_, Liegenschaftsverwalter als Zeuge"

Die Kläger bestritten in der Replik ("es ist nicht erstellt"), dass die Beklagten das Haus von April 2008 bis Mai 2008 für einen monatlichen Mietzins von CHF 5'600.– hätten vermieten können (act. 18 S. 6).

Die Duplik (act. 22) enthält keine weiterführenden Behauptungen der Beklagten zu ihren Vermietungsbemühungen.

5.5.2. Diese Ausführungen der Beklagten genügen den Anforderungen an die Substantiierung eines Schadens wegen entgangenen Gewinns nicht. Mit der Vorinstanz ist festzuhalten, dass die blossе Tatsache, dass ein Dritter mit der Vermietung der Liegenschaft per 1. April 2008 beauftragt wurde, nichts darüber aussagt, ob auf diesen Zeitpunkt eine Vermietung möglich gewesen wäre. Die Beklagten haben nicht nur unterlassen, den Zeitpunkt der Auftragserteilung bekannt zu geben sondern auch konkrete Umstände zu behaupten, wonach der Abschluss eines Mietvertrages zum genannten Mietzins bereits per 1. April möglich gewesen wäre. Weder wurde geltend gemacht, dass die Mieter, welche den Mietvertrag per 1. Juni 2008 schlossen, schon früher, per 1. April 2008, das Haus übernommen hätten, wäre es verfügbar gewesen, noch dass der Liegenschaftenhändler über andere abschlusswillige Interessenten (welche) verfügte. Diese anspruchsbegründenden Sachverhaltselemente sind nicht vom Gericht mittels Abnahme der offerierten Beweise, insbesondere durch Befragung des beauftragten Liegenschaftsverwalters, M.\_\_\_\_\_, als Zeuge zu erforschen, sondern von der anspruchserhebenden Partei vorgängig zu behaupten (KUKO ZPO-OBERHAMMER, Art. 55 N 10). Die Beklagten haben dies unterlassen und die damit verbundenen nachteiligen Folgen zu tragen. Welcher Beweis zu fordern ist, sicherer Nachweis des entgangenen Gewinns oder Nachweis eines üblicherweise in dieser Art eintretenden Schadens, kann offen bleiben. Die knappen Ausführungen der Beklagten bieten keine genügende Grundlage für die Annahme, dass der geltend ge-

machte Schaden von Fr. 11'200.– üblicherweise zu erwarten, geschweige denn für den Nachweis, dass er sicher eingetreten ist.

5.5.3. Mit der Berufung machen die Beklagten geltend, sie hätten sich auf das Zeugnis ihres Immobilienhändlers berufen, wonach sie ihr Haus mit 3000 m<sup>2</sup> Garten an einem Waldrand und ohne Verkehrsstörung hätten vermieten können. Dieser hätte auch bestätigt, dass mehrere Interessenten vorhanden gewesen seien, die das Haus per 1. April 2008 gemietet hätten. Dafür spreche auch die Tatsache, dass das Haus sofort nach der Auftragserteilung an den Liegenschaftshändler habe vermietet werden können (act. 32 S. 8).

Diese Behauptungen sind neu und dürfen nicht berücksichtigt werden. Die Voraussetzungen der ausnahmsweisen Zulässigkeit von Noven (Art. 317 Abs. 1 ZPO) wurden von den Beklagten gar nicht behauptet und lassen sich allein gestützt auf das neu Vorgebrachte nicht bejahen. Abgesehen davon setzten sich die Beklagten in Widerspruch zu ihrer Darstellung in der Klageantwort. Dort behaupteten sie, den Liegenschaftshändler mit der Vermietung per 1. April 2008 beauftragt zu haben (act. 10 S. 4). Im Gegensatz dazu machen sie in der Berufung sinngemäss geltend, den Liegenschaftshändler kurz vor dem 1. Juni 2008 beauftragt zu haben (act. 32. S. 8: "Dafür spricht auch die Tatsache, dass das Haus per 1. Juni 2008, also ausserterminlich, sofort nach der Auftragserteilung an den Liegenschaftshändler vermietet werden konnte.").

5.5.4. Der Bestand dieser verrechnungsweise geltend gemachten Schadenersatzforderung ist nach dem Gesagten zu verneinen. Aber selbst wenn diese Schadenersatzforderung bestünde, dürfte sie nicht berücksichtigt werden. Sie wird vom Verrechnungsverzicht erfasst, den die Parteien vereinbarten. Es kann dazu auf die nachfolgenden Erwägungen (Ziff. 6) verwiesen werden.

## 6. Minderung des Werklohnes

6.1. Thema des vorinstanzlichen Verfahrens waren auch Ansprüche auf Minderung des Werklohnes wegen Mängel und auf Ersatz von Mangelbehebungskosten, welche die Beklagten geltend machten und zur Verrechnung stellten. Erstes forderten die Beklagten hinsichtlich Mängel an gemeinschaftlichen Teilen –

Schräglift (Minderung um Fr. 31'360.–), Heizung (Minderung um Fr. 20'000.–) und Geländer (Minderung um Fr. 30'000.–) – letzteres bezüglich Mängel in der eigenen Wohnung, Terrasse (Fr. 1'185.85) und Nasszellen (Fr. 5'000.–), und diverser anderer Mängel an gemeinschaftlichen Teilen (Fr. 2'764.50).

6.2. Die Vorinstanz verneinte einen Anspruch der Beklagten auf Minderung des Werklohnes wegen Mängel am Schräglift, der Heizung und dem Geländer. Die Parteien hätten in Ziff. 7 der weiteren Bestimmungen zum "Kaufvertrag" einerseits jegliche Gewährleistung für das Kaufobjekt wegbedungen, und andererseits hätten die Kläger sämtliche Rechte und Ansprüche aus den Verträgen mit den am Bau beteiligten Unternehmern, insbesondere sämtliche Garantieansprüche, an die Beklagten abgetreten. Der geltend gemachte Minderungsanspruch werde von diesem Gewährleistungsausschluss erfasst. Im Sinne eines "obiter dictum" erwog die Vorinstanz zudem, dass die Minderungsansprüche der Beklagten auch wegen des in Ziff. 5 der weiteren Bestimmungen vereinbarten Verrechnungsverbots der Mehrkostenforderung der Kläger nicht entgegengehalten werden können (act. 34 S. 21 f. und S. 24-29). Aus den gleichen Gründen verneinte die Vorinstanz einen Anspruch der Beklagten auf Ersatz ihres Anteils an den Kosten für die Behebung diverser anderer Mängel an gemeinschaftlichen Teilen (act. 34 S. 29). Einen Anspruch auf Ersatz der Mangelbehebungskosten betreffend die Terrasse und Nasszellen verneinte sie mit der Begründung, dass diesbezüglich gar keine Mängelrüge erfolgt (bzw. behauptet worden) sei, was eine Anspruchsvoraussetzung darstelle (act. 34 S. 29 f.).

6.3. Die Beklagten erachten die Wegbedingung der Gewährleistungspflicht der Kläger, wie sie in Ziff. 7 der weiteren Bestimmungen vereinbart wurde, als unzulässig und halten an ihrem Anspruch auf Minderung des Werklohnes wegen Mängel am Schräglift, der Heizung und dem Geländer fest (act. 32 S. 18 ff.). Die Ansprüche auf Ersatz von Mangelbehebungskosten (Terrasse, Nasszellen und diverse andere Mängel an gemeinschaftlichen Teilen), welche die Vorinstanz ebenfalls verneinte, wurden von den Beklagten in der Berufungsbegründung nicht mehr thematisiert. Insoweit hat es beim vorinstanzlichen Entscheid sein Bewenden. Das Verrechnungsverbot, so die Beklagten weiter, beziehe sich allein auf

das Rechtsverhältnis betreffend Ziff. 5 (Abänderungs- und Zusatzwünsche) und habe mit dem übrigen Werkvertrag nicht das Geringste zu tun (act. 32 S. 19).

6.4. Die Kläger halten in der Berufungsantwort an der Zulässigkeit des Gewährleistungsausschlusses und der Abtretung der Mängelrechte fest. Der Verrechnungsverzicht sei gültig und gelte für das gesamte Vertragswerk, so dass jegliche Gegen- und/oder Rückforderung der Beklagten im Zusammenhang mit dem "Kaufvertrag" ausgeschlossen sei (act. 41 S. 11 ff.).

6.5. Der Schräglift, die Heizung und die Geländer, welche nach Darstellung der Beklagten mangelhaft erstellt bzw. gar nicht montiert wurden und für längere Zeit nicht funktionstüchtig waren, sind gemeinschaftliche Teile und deren Errichtung durch die Kläger war vom vereinbarten "Kaufpreis" von Fr. 1'903'750.– erfasst. Mängel an diesen Bauteilen können bei gegebenen Voraussetzungen zu einer Minderung des Werklohnes führen (Art. 368 Abs. 2 OR). Mit Werklohn ist im vorliegenden Fall der "Kaufpreis" von Fr. 1'903'750.– gemeint. Die Minderung der für das mangelhaft erstellte Werk geschuldeten Vergütung stellt weder einen Schadenersatzanspruch dar noch entsteht durch Ausübung dieses Rechts eine Verrechnungsforderung (Gauch, Der Werkvertrag, 5. Aufl., Zürich 2011, N 1619). Hat allerdings, wie vorliegend die Beklagten, der Besteller seine Leistung ("Kaufpreis") bereits erbracht, so entsteht ein Anspruch auf Rückforderung des zuviel Geleisteten. Dieser Anspruch kann dann zum Gegenstand einer Verrechnungsforderung gemacht werden, wenn die Gegenpartei, wie hier die Kläger, eine andere Forderung – Ersatz der Mehrkosten für Änderungs- und Zusatzwünsche der Beklagten – geltend macht (Art. 120 OR), es sei denn, die Parteien hätten eine Verrechnung ausgeschlossen. Ist ein Verrechnungsausschluss gültig vereinbart worden, erübrigt es sich, Bestand und Umfang der von den Beklagten geltend gemachten Minderungsansprüche zu prüfen. Dieser Frage ist daher zunächst nachzugehen.

6.5.1. Ziff. 5 Abs. 6 der weiteren Bestimmungen zum "Kaufvertrag" vom 12. September 2006 lautet wie folgt:

"Werden nach Beurkundung des Kaufvertrages Änderungs- und Zusatzwünsche der Käuferschaft von der Verkäuferin bewilligt und ausgeführt, sind diese ein mit dem Kaufvertrag

verbundenes Zug um Zug-Geschäft und können von der Käuferschaft nach Ausführung zu keinem Teil widerrufen und/oder mit Gegen- und/oder Rückforderungen in Frage gestellt resp. verrechnet werden."

6.5.2. Der Hinweis der Beklagten an die Vorinstanz, das Verrechnungsverbot gelte nur im Falle von Abänderungs- und Zusatzwünschen, die nach der Beurkundung des Kaufvertrages erfolgt und bewilligt worden seien, trifft nach dem klaren Wortlaut der Bestimmung zu. Falsch bzw. nicht zu hören ist ihr Einwand, die Kläger hätten nicht (substantiiert) behauptet, dass die Beklagten nach der Beurkundung solche Wünsche geäußert und die Kläger diese bewilligt und ausgeführt hätten (act. 22 S. 6).

Der Forderung, welche den Klägern von der Vorinstanz zugesprochen wurde und Gegenstand der Berufung der Beklagten bildet, liegen die Mehrkosten der Kläger für die Abänderungs- und Zusatzwünsche der Beklagten betreffend Terrassenbelag, Parkett, Sanitärapparate, Schreinerarbeiten, Wandleuchten und Kasten-Markisen zu Grunde, die von den Beklagten gewünscht wurden. Soviele ist anerkannt (act. 10 S. 14 f.). Schon in der Klagebegründung beriefen sich die Kläger auf Ziff. 5 der weiteren Bestimmungen des "Kaufvertrages" und das darin enthaltene Verbot an die Beklagten, Mehrkostenforderungen der Kläger mit Gegenforderungen zu verrechnen. Die Beklagten selber erachteten gemäss ihrer Klageantwort dieselbe Ziff. 5 auf die zur Diskussion stehenden Abänderungs- und Zusatzwünsche für anwendbar, und zwar hinsichtlich der Grundsatzfrage, wie diese Bestellungen rechtlich zu qualifizieren sind (act. 10 S. 14 f.). Wie ihrem 1. Absatz zu entnehmen ist, handelt Ziff. 5 insgesamt von Änderungs- und Zusatzwünschen, welche von der Käuferschaft (den Beklagten) *nach* Beurkundung des "Kaufvertrages" benannt werden. Die Parteien waren sich in diesem Punkt somit von Anfang an einig, und es gab für die Kläger keinen Anlass, den Zeitpunkt der nach Beurkundung des Vertrages erfolgten Bestellungen der Beklagten konkret zu behaupten. Der Vorwurf mangelnder Substantiierung, den die Beklagten in ihrer Duplik erhoben, ist daher ungerechtfertigt. Nur der Vollständigkeit halber seien an dieser Stelle die Aussage des Beklagten 1 anlässlich der Instruktionsverhandlung vom 7. Februar 2014 erwähnt, wonach die Änderungs- und Zusatz-

wünsche *nach* Abschluss des Hauptvertrages bestellt worden seien (Prot. VI S. 7), sowie das Eingeständnis beider Beklagten in der Berufungsbegründung, dass im Zeitpunkt der Unterzeichnung des Vertrages (welcher mit der Beurkundung zusammenfällt) nicht festgestanden habe, ob und welche Änderungs- und Zusatzwünsche seitens der Beklagten angebracht werden (act. 32 S. 3).

6.5.3. Der Verzicht des Schuldners auf Verrechnung ist zulässig, auch wenn er, wie im vorliegenden Fall, zum voraus erklärt wird (Art. 126 OR). Besondere Einschränkungen bestehen im Falle werkvertraglicher Forderungen nicht. Es gelten die allgemeinen Schranken des Rechtsmissbrauchs (Art. 2 ZGB), der übermässigen Einschränkung (Art. 27 Abs. 2 ZGB) und Sittenwidrigkeit (Art. 19/20 OR). Das in Ziff. 5 der weiteren Bestimmungen zum "Kaufvertrag" stipulierte Verrechnungsverbot bezieht sich auf die Zahlungspflicht der Beklagten hinsichtlich der mit Änderungs- und Zusatzwünschen verbundenen Mehrkosten, nicht auch auf ihre Hauptpflicht, den "Kaufpreis" von Fr. 1'903'750.– für den Bau und die Übergabe der schlüsselfertigen Wohneinheit zu leisten. Das Total der Mehrkosten von rund Fr. 151'000.–, welche die Kläger gemäss Zusammenstellung vom 21. April 2011 geltend machten (act. 4/5), beträgt einen Bruchteil – ca. 1/12 – des "Kaufpreises". Das Verrechnungsverbot bewirkt demnach entgegen der nicht näher begründeten Einwendung der Beklagten (act. 22 S. 6 f.) weder eine unzulässige Störung der Gleichwertigkeit der Parteien ("Äquivalenz") noch vermag es den synallagmatischen Charakter des "Kaufvertrages" aufzuheben, und zwar auch dann nicht, wenn das Verrechnungsverbot, wie dies der klare Wortlaut der Bestimmung nahelegt, umfassend verstanden, also auch auf Verrechnungsforderungen der Beklagten aus dem Grundvertrag bezogen, und nicht nur auf Gegenforderungen, welche in den Abänderungs- und Zusatzwünschen begründet sind, beschränkt wird. Dass die Parteien ein von dieser Auslegung abweichendes, übereinstimmendes Verständnis dieser Klausel hatten (natürlicher Konsens), machten die Beklagten nicht geltend (vgl. act. 22 S. 6 f.) und braucht somit nicht weiter geklärt zu werden. Andere Anhaltspunkte dafür, dass das vereinbarte Verrechnungsverbot die Schranken zum Rechtsmissbrauch, zur übermässigen Einschränkung und Sittenwidrigkeit überschreitet, wurden weder (substantiiert) behauptet noch sind sie aus den Akten ersichtlich.

6.6. Die Beklagten sind nicht befugt, die Forderung der Kläger auf Ersatz der Mehrkosten für Änderungs- und Zusatzwünsche der Beklagten mit dem behaupteten Anspruch auf Minderung des Werklohnes ("Kaufpreises") für den Grundvertrag zu verrechnen. Die Berufung ist daher abzuweisen und das Urteil der Vorinstanz zu bestätigen.

#### 7. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Die Beklagten unterliegen und werden deshalb für das Berufungsverfahren kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Der Streitwert beträgt rund Fr. 54'000.–. Die Gerichtsgebühr ist auf Fr. 5'900.– festzulegen (§ 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. §§ 2 und 4 Abs. 1 GebV OG), die Parteientschädigung auf Fr. 3'700.– (§ 13 Abs. 1 und 2 i.V.m. §§ 2 Abs. 1 und 4 Abs. 1 AnwGebV).

Die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen im erstinstanzlichen Verfahren wurde für den Fall, dass es beim vorinstanzlichen Urteil bleibt, nicht beanstandet und ist somit zu bestätigen.

#### **Es wird beschlossen:**

1. Es wird vorgemerkt, dass das Urteil der III. Abteilung des Bezirksgerichtes Horgen vom 5. Mai 2014 per 27. August 2014 wie folgt in Rechtskraft erwachsen ist:

"1. (...) Im Mehrbetrag von Fr. 14'697.75 zuzüglich 5 % Zins seit 1. Juli 2012 wird die Klage abgewiesen."

2. Schriftliche Mitteilung gemäss nachfolgendem Urteil.

**Es wird erkannt:**

1. Die Berufung wird abgewiesen. Das Urteil der III. Abteilung des Bezirksgerichtes Horgen vom 5. Mai 2014 wird bestätigt, soweit es gemäss vorstehendem Beschluss nicht bereits in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 5'900.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden den Beklagten auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet.
4. Die Beklagten werden unter solidarischer Haftung verpflichtet, den Klägern für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 3'700.– zuzüglich 8% Mehrwertsteuer zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Horgen und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

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. 54'226.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. A. Katzenstein

lic. iur. T. Engler

versandt am: