

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: NE110012-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin  
Dr. L. Hunziker Schnider und Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach  
sowie Gerichtsschreiber lic. iur. D. Oehninger.

## Urteil vom 8. Mai 2012

in Sachen

**A.\_\_\_\_\_ AG,**

Beklagte und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_\_

gegen

1. **B.\_\_\_\_\_,**

2. **C.\_\_\_\_\_,**

Kläger und Berufungsbeklagte

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y.\_\_\_\_\_

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich  
vom 15. März 2011; Proz. FO100298**

**Geändertes Rechtsbegehren:**

- " 1. Die Beklagte sei zu verpflichten, den Klägern CHF 20'000.00 zu bezahlen.  
Eventualiter sei die Beklagte zu verpflichten, den Klägern CHF 12'277.00 zuzüglich Zins zu 5 % seit 10. November 2008 zu bezahlen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten. "

(act. 124 S. 1 f.)

**Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 15. März 2011:**

1. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin Fr. 12'277.– zuzüglich 5 % Zins seit 10. November 2008 zu bezahlen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:  
Fr. 5'000.– ; die weiteren Auslagen betragen:  
Fr. 3'950.65 Gutachten D. \_\_\_\_\_  
Fr. \_\_\_\_\_  
Fr. \_\_\_\_\_ Kosten Total
- Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
3. Die Kosten, inklusive diejenigen aus den Verfahren FO060238 (Fr. 857.80 Gutachten E. \_\_\_\_\_ und Fr. 830.– Zeugenentschädigung) sowie NE070022 (Fr. 3'150.– Gerichtsgebühr), werden der Beklagten auferlegt.
4. Die Beklagte wird verpflichtet, den Klägern für beide Instanzen eine Prozessentschädigung von Fr. 14'000.– (Mehrwertsteuer inbegriffen) zuzüglich Fr. 386.– Weisungskosten zu bezahlen.
- 5./6. Mitteilung / Rechtsmittel.

(act. 140 S. 23)

### **Berufungsanträge:**

#### der Beklagten und Berufungsklägerin (act. 141 S. 2):

- "1. Das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 15. März 2011 (Geschäfts-Nr. FO100298-L/U) sei aufzuheben und die Klage sei abzuweisen;
2. eventualiter seien die Ziffern 3 und 4 des Urteils des Bezirksgerichts Zürich vom 15. März 2011 (Geschäfts-Nr. FO100298-L/U) aufzuheben und die Kosten des Gerichts und die Parteientschädigung neu festzulegen;
3. unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Kläger und Berufungsbeklagten."

#### der Kläger und Berufungsbeklagten (act. 150 S. 2):

- "1. Es sei die Berufung abzuweisen und das Urteil des Bezirksgerichtes Zürich vom 15. März 2011 (Geschäfts-Nr. FO100298-L/U) zu bestätigen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Berufungsklägerin."

### **Erwägungen:**

#### 1. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1.1. Die Beklagte und Berufungsklägerin (fortan Beklagte) ist eine Generalunternehmerin, welche im Jahre 1999 die Wohnüberbauung F.\_\_\_\_\_ in G.\_\_\_\_\_ erstellte. Die Kläger und Berufungsbeklagten (fortan Kläger) sind ein Ehepaar, welches in dieser Überbauung das Haus Nr. ... an der H.\_\_\_\_\_ -Strasse ... erstellen liess. Zu diesem Zweck schlossen die Parteien einen Generalunternehmer-Werkvertrag. Im Jahre 2004 stellten die Kläger fest, dass als Unterdach an ihrem Haus eine nicht dem Bau- und Raumbeschrieb entsprechende, für ein Unterdach nicht geeignete Folie verwendet worden war. Die Beklagte anerkannte die Mängelrüge nicht.

1.2. Mit Eingabe vom 10. Mai 2006 und Einreichung der Weisung machten die Kläger die vorliegende Klage bei der Vorinstanz am 11. Mai 2006 rechtshängig (act. 1+2). Sie verlangten damit gestützt auf eine Offerte die Bevorschussung der Kosten für die Nachbesserung des geltend gemachten Mangels in der Höhe von

Fr. 20'000.--. Nach durchgeführtem Haupt- und Beweisverfahren verpflichtete der Einzelrichter die Beklagte mit Urteil vom 21. September 2007, den Klägern Fr. 20'000.-- zu bezahlen, und auferlegte diesen die Pflicht, über die Verwendung dieser Vorschusszahlung der Beklagten gegenüber abzurechnen (act. 48). Die von der Beklagten gegen dieses Urteil erhobene Berufung wies die Kammer mit Urteil vom 2. Dezember 2008 ab (act. 80 = act. 91). Hiergegen erhob die Beklagte Nichtigkeitsbeschwerde an das Kassationsgericht des Kantons Zürich, welche mit Zirkulationsbeschluss vom 23. März 2010 gutgeheissen und das Verfahren zur Neuurteilung an das Obergericht zurückgewiesen wurde (act. 92). In der Folge wurde bekannt, dass die Kläger das Haus in G.\_\_\_\_\_ bereits im August 2008 verkauft hatten, was aber zu keiner Veränderung der Rechtsposition der Kläger führte (vgl. act. 102 S. 18 f.). Mit Beschluss vom 21. September 2010 hob die Kammer das angefochtene Urteil vom 21. September 2007 auf und wies den Prozess zur Durchführung eines ergänzenden Beweisverfahrens an die Vorinstanz zurück (act. 100 = act. 102). Während laufendem Beweisverfahren teilten die Kläger der Vorinstanz mit, dass das Dach an ihrem ehemaligen Einfamilienhaus in der Zeit vom 6. bis 10. Oktober 2008 zum Preis von Fr. 12'277.-- saniert worden sei (act. 115+116), und ergänzten in der Folge mit Eingabe vom 1. Februar 2011 ihr Rechtsbegehren mit dem eingangs aufgeführten Eventualantrag (act. 124). Mit Urteil vom 15. März 2011 verpflichtete das Einzelgericht des Bezirksgerichtes Zürich die Beklagte zur Zahlung von Fr. 12'277.-- zuzüglich 5 % Zins seit 10. November 2008 an die Kläger (act. 140).

1.3. Gegen dieses Urteil erhob die Beklagte mit Eingabe vom 23. Mai 2011 erneut rechtzeitig Berufung mit den eingangs erwähnten Anträgen (act. 141 i.V. mit act. 137 und unter Berücksichtigung der Osterferien). Fristgemäss leistete sie den ihr auferlegten Kostenvorschuss (act. 146+147). Die Kläger erstatteten am 22. Juli 2011 die Berufungsantwort (act. 150). Sie wurde der Beklagten am 11. August 2011 zugestellt (act. 151+152). Das Verfahren ist spruchreif.

## 2. Prozessuale Vorbemerkung

2.1. Am 1. Januar 2011 ist die eidgenössische Zivilprozessordnung (ZPO) in Kraft getreten. Für die Rechtsmittel gilt danach das Recht, das bei der Eröffnung

des Entscheides in Kraft ist (Art. 405 Abs. 1 ZPO). Da das angefochtene Urteil vom 15. März 2011 nach dem 1. Januar 2011 eröffnet wurde, beurteilt sich die Zulässigkeit des Rechtsmittels nach der ZPO. Ebenso sind deren Bestimmungen für das Rechtsmittelverfahren vor Obergericht massgebend.

2.2. Das bezirksgerichtliche Verfahren zwischen den Parteien war bei Inkrafttreten der eidgenössischen Zivilprozessordnung am 1. Januar 2011 bereits rechtshängig. Für dieses gilt daher das bisherige Verfahrensrecht bis zum Abschluss vor der betroffenen Instanz (Art. 404 Abs. 1 ZPO). Dementsprechend ist im Rahmen des Rechtsmittelverfahrens zu prüfen, ob die für das erstinstanzliche Verfahren geltenden Bestimmungen der zürcherischen Zivilprozessordnung vom 13. Juni 1976 (ZPO/ZH) etc. korrekt angewendet wurden.

### 3. Zulässigkeit der Klageänderung

3.1. Die Kläger verlangten zunächst einen Kostenvorschuss von Fr. 20'000.-- (act. 1+2), der sie in die Lage versetzen sollte, den behaupteten Mangel am Dach (ungeeignete Abdeckfolie), den die Beklagte nicht anerkannte, selber beheben zu lassen. Bei Vorliegen eines Mangels dürfen die Kläger die Nachbesserung auf Kosten des Unternehmers durch Dritte ausführen lassen, wobei sie sich diese Kosten vom Unternehmer bevorschussen lassen können (Art. 169 Abs. 1 Ziff. 1 SIA-Norm 118; BGE 128 III 416). Sie haben alsdann über den erhaltenen Vorschuss abzurechnen (BGE 128 III 418; Peter Gauch, Der Werkvertrag, 5. Aufl., Zürich 2011, N 2664 i. V. mit N 1818).

Während des laufenden ersten Berufungsverfahrens haben die Kläger die Nachbesserung des Mangels am Unterdach im Oktober 2008 durch einen Dritten vornehmen lassen (act. 115 und 116), und haben dafür am 10. November 2008 Fr. 12'277.-- bezahlt (act. 125). Dies teilten die Kläger nach Rückweisung des Verfahrens an die Vorinstanz während laufendem Beweisverfahren zur Frage, dass zwischenzeitlich, das heisst nach der erstinstanzlichen Hauptverhandlung, das Dach saniert und die Folie ersetzt worden sei (vgl. act. 103 und 109), der Vorinstanz mit Eingabe vom 10. Januar 2011 mit (act. 115). Mit Zuschrift vom 18. Januar 2011 hielt die Beklagte dafür, nachdem die Sanierung zwischenzeitlich

vorgenommen worden sei gehe das Begehren um Zahlung eines Kostenvorschusses ins Leere und sei die Klage schon deshalb abzuweisen (act. 122). Die Kläger wiesen mit Eingabe vom 1. Februar 2011 darauf hin, dass schon im Rückweisungsbeschluss vom 21. September 2010 festgehalten werde, dass im Falle einer bereits erfolgten Sanierung die daraus entstandenen Kosten abzuklären seien. Diese gerichtliche Auflage impliziere selbstredend, dass auch mit dem Vorschuss Schadenersatz gefordert worden sei, der nun einfach konkretisiert werde. Das (ursprüngliche) Rechtsbegehren sehe entsprechend auch eine Abrechnungspflicht vor. Um jedoch haarspalterischen Wortklaubereien zuvorzukommen, werde das Rechtsbegehren um den Eventualantrag, die Beklagte sei zu verpflichten, den Klägern CHF 12'277.00 zuzüglich Zins zu 5% seit 10. November 2008 zu bezahlen, ergänzt (act. 124).

3.2. Die Vorinstanz hat den nachträglich gestellten Eventualantrag als Klageänderung qualifiziert, die zuzulassen sei. Sie erachtete die Voraussetzungen dafür gemäss § 61 ZPO/ZH als gegeben. Namentlich bejahte sie das Vorliegen eines genügend engen Zusammenhangs zwischen den beiden Ansprüchen und die Zuständigkeit des Gerichts. Ferner erwog sie, durch die Zulassung der Klageänderung werde weder die Rechtsstellung der Beklagten wesentlich beeinträchtigt noch das Verfahren ungebührlich verzögert. Die Beklagte werde nicht schlechter gestellt durch die Verpflichtung zur Übernahme der effektiven Nachbesserungskosten als durch die Verpflichtung zur Bezahlung eines Vorschusses zur Nachbesserung mit nachträglicher Abrechnungspflicht. Eine Klageänderung im Sinne des Eventualbegehrens dränge sich vielmehr auf, da ein Kostenvorschuss (ursprüngliches Begehren) mit entsprechender Abrechnungspflicht wegen des geänderten Sachverhaltes nicht mehr zweckmässig sei und ausser Betracht falle. Auch der Umstand, dass die Kläger die Sanierung vor Abschluss des Verfahrens vorgenommen hätten, und dies, ohne die Beklagte oder das Gericht zu informieren, vermöge den Gewährleistungsanspruch nicht untergehen zu lassen. Den Klägern sei es nicht zuzumuten gewesen, den Ausgang des vorliegenden langwierigen Verfahrens abzuwarten, um ihre Liegenschaft verkaufen und/oder sanieren lassen zu können, zumal aufgrund der undichten Folie die Gefahr eines Wasserschadens latent gewesen sei. Im Übrigen habe die Beklagte nicht geltend gemacht, sie

hätte durch die späte Information einen Nachteil erlitten, etwa indem das Verfahren dadurch unnötig verlängert worden wäre, weshalb nicht ersichtlich sei, was für negative Auswirkungen auf die Beklagte allfälliges treuwidriges Verhalten der Kläger gehabt haben sollte. Das Quantitativ im Eventualantrag der Kläger sei von der Beklagten nicht bestritten worden (act. 140 S. 20 ff.).

3.3. Die Beklagte beanstandet im Berufungsverfahren die Zulassung der Klageänderung durch die Vorinstanz. Sie hält (unter Verweis auf Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar ZPO/ZH, N 17 zu § 61) dafür, eine Klageänderung sei abzulehnen, wenn sie erst nach Abschluss des erstinstanzlichen Beweisverfahrens vorgenommen werde. Sie sei erst zusammen mit der Aufforderung zur Stellungnahme zum Beweisergebnis dazu aufgefordert worden, zur Klageänderung Stellung zu nehmen (vgl. Verfügung vom 8. Februar 2011, act. 126), wobei diese Aufforderung nur die Frage der Zulässigkeit der Klageänderung betroffen habe. Dies sei prozessual unsinnig. Weil die Kläger mit der Darstellung des korrekten Sachverhalts so lange zugewartet hätten, habe sie bis heute nicht zur Rechnung Nr. ... (act. 116) bzw. zum Zahlungsbeleg der I. \_\_\_\_\_ (act. 125) Stellung nehmen können. Entsprechend sei der zur Beurteilung der Ersatzklage notwendige Sachverhalt nie erstellt worden. Es sei daher, entgegen den Erwägungen im angefochtenen Urteil, auch nicht korrekt, dass sie das Quantitative nicht bestritten habe, weil sie dazu noch gar keine Gelegenheit gehabt habe. Im obergerichtlichen Rückweisungsbeschluss sei wohl festgehalten worden, dass das Quantitative der Sanierung zu ermitteln sei (act. 100 S. 18). Eine Begründung dafür fehle allerdings. Zudem sei das Quantitative der Sanierung vom Experten gerade nicht festgestellt worden (act. 123). Entsprechend sei die Klageänderung nicht zuzulassen. Für ihren Anspruch hätten die Kläger eine neue Klage einzureichen (act. 141 S. 3 ff.).

Die Kläger bestreiten eine Klageänderung, es liege lediglich eine Ergänzung des Rechtsbegehrens mit einem Eventualantrag vor. Diese sei vor Abschluss des Beweisverfahrens erfolgt, weshalb selbst die zeitliche Schranke gemäss Lehre eingehalten sei. Zur neu eingereichten Rechnung hätte die Beklagte Stellung nehmen können; ein weiteres Behauptungsverfahren sei nicht erforderlich. Eine Stellungnahme zur Abrechnung sei übrigens auch bei Gutheissung eines Begeh-

rens um einen Kostenvorschuss mit Abrechnungspflicht nicht im Rahmen des Prozesses möglich. Die Rechtsposition der Beklagten sei somit nicht erschwert worden. Die Gutheissung einer Pflicht zur Bevorschussung verbunden mit der Pflicht zur Abrechnung führe zum exakt gleichen Ergebnis (act. 150 S. 3 ff.).

3.4. § 61 Abs. 1 ZPO/ZH bestimmt, dass der Kläger unter gewissen Voraussetzungen einen anderen oder weiteren Anspruch geltend machen kann. Mit "Anspruch" meint das Gesetz den Streitgegenstand. Der Streitgegenstand wird bestimmt durch die behauptete Rechtsfolge, die Rechtsschutzform und den Klagegrund. Erfährt eines dieser Elemente eine Änderung, ändert sich der Streitgegenstand. Es liegt ein anderer, nicht mehr identischer Anspruch vor, der sich vom bisher geltend gemachten unterscheidet. Stützt der Kläger sein Rechtsbegehren auf einen anderen Klagegrund, ersetzt er den Streitgegenstand. Er macht einen anderen, mit dem ursprünglichen Anspruch nicht identischen Streitgegenstand geltend, selbst dann, wenn er den Antrag in seiner ursprünglichen Formulierung beibehält (Thomas Ch. Soliva, Die Klageänderung nach zürcherischem Zivilprozessrecht, Zürich 1992, S. 60 f.).

Die Kläger haben mit ihrem ursprünglichen Begehren verlangt, die Beklagte sei zu verpflichten, ihnen Fr. 20'000.-- zu bezahlen. Mit dem nachträglich gestellten Eventualbegehren verlangen sie, die Beklagte sei zu verpflichten, ihnen Fr. 12'277.-- zuzüglich Zins zu 5% seit 10. November 2008 zu bezahlen. Klageänderung bedeutet eine inhaltliche Änderung der Klage, nicht bloss eine andere Formulierung oder eine andere rechtliche Qualifikation derselben oder etwa das Nachbringen von Nebenpunkten oder eine Beschränkung des Rechtsbegehrens (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., § 61 N 2). Die Beschränkung des Rechtsbegehrens kommt einem teilweisen Klagerückzug gleich und ist jederzeit zulässig, so etwa die quantitative Reduktion eines Leistungsbegehrens (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., § 107 N 7). Die blosser Reduktion des Leistungsbegehrens von Fr. 20'000.-- auf Fr. 12'277.-- wäre demnach nicht als Klageänderung zu qualifizieren. Auch das Nachbringen von Nebenpunkten, wozu Zinsansprüche zählen, verändert den "Hauptanspruch" inhaltlich nicht.

Die Kläger stützen ihren Anspruch auf Art. 169 SIA-Norm 118 (act. 8 S. 10 f.). Gemäss Art. 169 Abs. 1 SIA-Norm 118 hat der Bauherr (abgesehen vom Schadenersatzrecht nach Art. 171) bei jedem Mangel zunächst einzig das Recht, vom Unternehmer die Beseitigung des Mangels innerhalb angemessener Frist zu verlangen. Wenn der Unternehmer innerhalb der vom Bauherren angesetzten Frist die Mängel nicht behebt, ist der Bauherr nach seiner Wahl berechtigt, auf der Verbesserung zu beharren, wenn diese im Verhältnis zu seinen Interessen an der Mängelbeseitigung nicht übermässige Kosten verursacht. Der Bauherr kann die Verbesserung statt durch den Unternehmer auch durch einen Dritten ausführen lassen oder sie selbst vornehmen, beides auf Kosten des Unternehmers (Art. 169 Abs. 1 Ziff. 1 SIA-Norm 118). Mit ihrem Hauptbegehren verlangen die Kläger, gestützt auf eine Offerte für die Sanierung, die (grosszügige) Bevorschussung der Kosten der Nachbesserung durch die Beklagte. Über die effektiven Kosten sei nach Beendigung der Reparaturarbeiten abzurechnen und ein allfälliger Überschuss an die Beklagte herauszugeben (act. 8 S. 11 f.). Mit ihrem Eventualbegehren machen sie den gleichen Anspruch geltend, verlangen jedoch Kostenersatz für die inzwischen erfolgte Mängelbeseitigung. Bei der Vorschussleistung handelt es sich um einen "vorweggenommenen" Aufwendersatz. Bevorschusst werden die mutmasslichen Kosten (Peter Gauch, a.a.O., N 2664 i.V. mit N 1816 und N 1818). Auch der Kostenersatz ist ein Aufwendungsanspruch (ebenda, N 1825). Sowohl der Haupt- wie auch der Eventualantrag stützen sich damit auf denselben Klagegrund, und es liegen identische Ansprüche vor, die sich einzig darin unterscheiden, dass anstelle der verlangten Bevorschussung der mutmasslichen Nachbesserungskosten mit Abrechnungspflicht Kostenersatz der tatsächlich entstandenen Kosten (einschliesslich Verzugszinsen) verlangt wird. Nach dem Gesagten stellt der Eventualantrag keine Klageänderung dar.

3.5. Selbst wenn aber von einer Klageänderung ausgegangen werden wollte, wäre diese mit der Vorinstanz als zulässig zu qualifizieren. Es kann dazu auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (act. 140 S. 19 ff.). Daran vermöchte nichts zu ändern, dass der Eventualantrag erst während laufendem Beweisverfahren gestellt worden ist. Soweit die Beklagte im Berufungsverfahren auf die Meinung der Kommentatoren Frank/Sträuli/Messmer in N 17 zu

§ 61 ZPO/ZH verweist, wonach eine Klageänderung in der Regel abzulehnen sei, wenn sie erst nach Schluss des erstinstanzlichen Beweisverfahrens vorgenommen werde (act. 141 S. 4), wäre festzuhalten, dass eine Regel Ausnahmen zulässt und die Klageänderung vorliegend zudem vor Abschluss des Beweisverfahrens erfolgt ist. Der Beklagten könnte auch nicht gefolgt werden, dass ihr rechtliches Gehör bzw. Art. 8 ZGB verletzt worden sei, weil die Aufforderung, zur Klageänderung Stellung zu nehmen, nur die Frage der Zulässigkeit der Klageänderung betroffen habe (act. 141 S. 4 und S. 5). Das rechtliche Gehör garantiert, dass die Beklagte zu neuen Vorbringen der Kläger Stellung nehmen kann. Dies impliziert auch, dass sie die Möglichkeit haben muss, sich zu neuen Anträgen der Kläger zu äussern. Die Vorinstanz hat der Beklagten mit Verfügung vom 8. Februar 2011 (act. 126) Frist angesetzt, um zum zusätzlichen Eventualantrag der Kläger Stellung zu nehmen. Entgegen dem Dafürhalten der Beklagten war damit nicht nur die Frage der Zulässigkeit der Klageänderung betroffen. Sie konnte sowohl Einwendungen vorbringen, die die Zulässigkeit (Voraussetzungen) der Klageänderung betrafen, als auch solche, die sich gegen die Möglichkeit der gerichtlichen Geltendmachung des neuen Anspruchs (Rechtshängigkeit, res judicata) oder gegen die (materiellrechtliche) Begründetheit der geänderten Klage richteten (Thomas Ch. Soliva, a.a.O., S. 109 f.). Insbesondere hätte sie auch zur Rechnung Nr. ... (act. 116) bzw. zum Zahlungsbeleg der I. \_\_\_\_\_ (act. 125) Stellung nehmen können. Indem sie das nicht getan hat, hat sie auch das Quantitative nicht bestritten. Entsprechend könnte auch Art. 8 ZGB nicht verletzt sein, da Beweis nur über (erhebliche) streitige Tatsachen zu erheben ist (§ 133 ZPO/ZH), und Art. 8 ZGB einzig die Beweislastverteilung und damit die Folgen der Beweislosigkeit regelt und ein Recht auf Beweis nur für rechtserhebliche Tatsachen verbrieft, die weder als erstellt noch als widerlegt erachtet werden (BSK ZGB I-Schmid/Lardelli, Art. 8 N 4 ff.).

3.6. Zusammenfassend liegt gar keine Klageänderung vor. Gegebenenfalls wäre diese aber als zulässig zu erachten.

#### 4. Verjährung der Mängelrechte

4.1. Die Kläger haben ihre Mängelrüge am 9. Oktober 2004 erhoben (act. 10/4). In diesem Zeitpunkt war die fünfjährige Rügefrist für verdeckte Mängel gemäss Art. 180 Abs. 1 SIA-Norm 118 bereits verstrichen (vgl. act. 11/3). Gemäss Abs. 2 der genannten Bestimmung verjähren allerdings Rechte aus Mängeln, die der Unternehmer absichtlich verschwiegen hat, in zehn Jahren. Die Kläger können mit ihrer Klage daher nur durchdringen, wenn der Werkmangel absichtlich, d.h. arglistig verschwiegen worden ist, was die Beklagte nach wie vor bestreitet.

4.2. Die Vorinstanz kam im angefochtenen Entscheid gestützt auf die Erwägungen der Kammer im Rückweisungsbeschluss vom 21. September 2010 und auf das durchgeführte Beweisverfahren zur Behauptung, dass mit der ausgeführten Dachkonstruktion ein qualitativer Mehrwert geschaffen worden sei (act. 140 S. 8 ff., insb. S. 15 f.), zum Schluss, dass die Voraussetzungen des absichtlichen Verschweigens des zweifachen Mangels durch die Beklagte gegenüber den Klägern erfüllt seien. Es habe sich bei der geänderten Dachkonstruktion und bei der Verwendung der ungeeigneten Folie um nicht sichtbare Mängel gehandelt. In Bezug auf die Änderung der Dachkonstruktion, die der Beklagten ganz genau bewusst gewesen sei, habe sie die vertragliche Informationspflicht nicht erfüllt. Sodann hätten sich die Sachangaben der Kläger über die erhebliche Preisdifferenz zwischen verwendeter Folie und geschuldeter Unterdachfolie bestätigt. Gestützt auf das bisherige Beweisergebnis habe sich gemäss den bindenden Ausführungen des Obergerichts zuverlässig ergeben, dass die verwendete ...-Folie für den gewählten Dachaufbau nicht als Unterdachfolie geeignet sei, sowie dass der Handwerker, der ein bestimmtes Material verwende, verpflichtet sei, sich über die Eigenschaften und das Genügen des Materials für den vorgesehenen Zweck zu vergewissern. Zudem sei bereits erwiesen gewesen, dass die Beklagte eine nicht geeignete Unterdachfolie verwendet habe, welche überdies viel günstiger gewesen sei als die im Baubeschrieb vorgesehene. Es stehe fest, dass unter der Verantwortung der Beklagten durch die Subunternehmerin minderwertiges Material eingebaut worden sei. Aufgrund der vertraglichen Pflichten gemäss Ziff. 10 und 11 des Generalunternehmer-Werkvertrages sei die Beklagte verpflichtet gewesen,

die Bauausführung zu überwachen und beim Einsatz von Subunternehmern dafür zu sorgen, dass diese die vertraglich von der Beklagten den Klägern geschuldete Leistung erbringen. In diesem Sinn habe sich die Beklagte das Wissen ihrer Subunternehmerin in Bezug auf die mangelhafte Dachfolie auf jeden Fall anrechnen zu lassen. Nun sei der Beklagten der Beweis nicht gelungen, dass durch die ausgeführte Dachkonstruktion ein qualitativer Mehrwert geschaffen worden sei. Mit ihrem Verhalten habe die Beklagte sich insbesondere treuwidrig (und damit arglistig) verhalten im Sinne der umschriebenen Voraussetzungen in den obergerichtlichen Erwägungen. Damit sei erstellt, dass die Beklagte den Mangel arglistig verschwiegen habe. Demgemäss sei in Anwendung von Art. 180 Abs. 2 SIA-Norm 118 von einer zehnjährigen Verjährungsfrist auszugehen, weshalb die Einrede der Beklagten, die Mängelrechte der Kläger seien verjährt, nicht begründet sei.

4.3. Zu den Voraussetzungen einer absichtlichen (arglistigen) Verschweigung kann auf die Ausführungen der Kammer im Rückweisungsbeschluss vom 21. September 2010 verwiesen werden, die nicht wiederholt zu werden brauchen (act. 102 S. 8 f.; vgl. auch Peter Gauch, a.a.O., N 2731 i.V. mit N 2089 ff.). Zu Recht beanstandet die Beklagte im vorliegenden Berufungsverfahren auch nicht, dass die Grundvoraussetzungen der absichtlichen Verschweigung gegeben sind (vgl. dazu die Ausführungen der Kammer im Rückweisungsbeschluss act. 102 S. 9 ff.). Es liegen zwei Werkmängel vor, die den Klägern im Zeitpunkt der Ablieferung unbekannt waren. Die Beklagte kannte die Mängel und hat sie bewusst verschwiegen bzw. muss sich deren Kenntnis anrechnen lassen und ist so zu stellen, wie wenn sie den Mangel bewusst verschwiegen hat. Die Beklagte hält im Berufungsverfahren hingegen daran fest, dass keine absichtliche oder arglistige Täuschung (gemeint wohl: Verschweigung) vorliege (act. 141 S. 5 ff.).

4.3.1. In ihrem Rückweisungsbeschluss hat die Kammer zum Element der "Arglistigkeit" Folgendes festgehalten (act. 102 S. 8): "Sind die beschriebenen Grundvoraussetzungen erfüllt, so ist das Verschweigen damit noch nicht arglistig. Neben den Grundvoraussetzungen verlangt das Element der Arglistigkeit, dass das Verschweigen gegen Treu und Glauben verstösst, sodass der Unternehmer durch sein Verhalten eine Treuepflicht verletzt. Als besonders treuwidrig (und entspre-

chend arglistig) ist das bewusste Verschweigen insbesondere dann zu werten, wenn der verschwiegene Mangel in Bereicherungs- oder Schädigungsabsicht verursacht worden ist wie etwa durch den Einbau von minderwertigem Material. Besonders treuwidrig ist es etwa auch dann, wenn der Unternehmer das Werk bewusst planwidrig ausführt, ohne den Besteller auf das damit verbundene Risiko hinzuweisen (Gauch, Werkvertrag, N 2093 f.)". Alsdann wurde erwogen, es stehe fest, dass die geänderte Konstruktion des Dachaufbaus als Mangel des Werks zu beurteilen und die Informationspflicht diesbezüglich nicht erfüllt worden sei. Dies seien deutliche Indizien dafür, dass die Aufklärung bewusst nicht erfolgt sei (act. 102 S. 9-11). Ferner sei bei der geänderten Dachkonstruktion auch noch eine nicht geeignete Folie verwendet worden, was durch das Beweisverfahren erstellt und durch die Beklagte anerkannt sei. Dies stelle einen weiteren Mangel dar, den die Beklagte bzw. ihre Subunternehmerin den Klägern verschwiegen habe. Schliesslich stehe fest, dass die verwendete Folie von der Subunternehmerin für Fr. 2.20 pro Quadratmeter eingekauft worden sei, anstelle von etwa Fr. 10.-- für das vereinbarte Unterdach (act. 102 S. 11-17). Die Kammer kam jedoch zum Schluss, ohne ein Beweisverfahren über die Behauptung der Beklagten, dass die ausgeführte Dachkonstruktion wertvoller sei als die im Baubeschrieb vorgesehene Konstruktion, könne indes nicht entschieden werden, ob die Voraussetzungen des arglistigen Verschweigens erfüllt seien oder nicht. Würde der Beklagten der Beweis ihrer Behauptung gelingen, so könnte die Arglist nicht mehr mit dem Element der Bereicherungs- und Schädigungsabsicht bzw. dem Vorwurf des Einbaus von minderwertigem Material begründet werden (act. 102 S. 17).

4.3.2. Gemäss § 104a Abs. 1 GVG/ZH ist bei Rückweisungen die untere Instanz , und bei erneuter Befassung mit dem Fall, die rückweisende Instanz an die Rechtsauffassung gebunden, welche dem Rückweisungsentscheid zugrunde liegt. Dies ist, was die untere Instanz betrifft, auch nach der neuen schweizerischen Zivilprozessordnung so (BSK ZPO-Spühler, Art. 318 N 3, unter Verweis auf Botschaft in BBl 2000 7376; Peter Volkart, DIKE-Komm-ZPO, Art. 318 N 8; KUKO ZPO-Brunner, Art. 318 N 4), und dürfte wohl auch für die rückweisende Instanz gelten (vgl. BSK ZPO-Spühler, Art. 318 N 3).

4.3.3. Die Vorinstanz hat zur Behauptung, dass mit der ausgeführten Dachkonstruktion ein qualitativer Mehrwert geschaffen wurde bzw. die von der Beklagten ausgeführte Dachkonstruktion wertvoller als die im Baubeschrieb vorgesehene Konstruktion sei, Beweis erhoben (act. 103, 109, 117). Der Gutachter D. \_\_\_\_\_ kam in seinem Gutachten vom 28. Januar 2011 zum Schluss, dass dies nicht der Fall sei (act. 123 S. 5). Der Gutachter unterscheidet zwischen Erstellungswert und Gebrauchswert. Unterdachfolien müssten wasserdicht sein. Sie hätten die Funktion die Dachkonstruktion vor Wasser, das unter die Ziegeleindeckung gelange, zu schützen. Die verwendete Folie sei nicht wasserdicht und könne diesen Schutz nicht bieten. Zwar seien die Kosten zur Erstellung eines Daches wie ausgeführt grösser als für ein Dach mit Unterdach aus Hartfaserplatten von ca. 6 mm Dicke, wie im Bau- und Raumbeschrieb angegeben. Die Erstellungskosten gäben jedoch nicht den Gebrauchswert des Daches wieder. Die ursprünglich eingebaute Abdeckfolie ... .. sei nicht wasserdicht gewesen und habe damit ein erhebliches Schadenrisiko dargestellt. Dieses stelle eine qualitative Wertminderung dar. Der qualitative Mehrwert, der durch die um 2 cm dickere Wärmedämmung und die etwas verbesserte Schalldämmung erzielt worden sei, sei durch die Wertminderung infolge Schadenrisikos aufgehoben worden (act. 123 S. 6). Die Ausführungen des Gutachters überzeugen.

4.3.4. Nicht gefolgt werden kann der Beklagten, wenn sie dafür hält, dem Obergericht sei es gemäss Rückweisungsbeschluss nur um den Mehrwert der Konstruktion an sich gegangen, nachdem der Mangel der Folie ja bekannt gewesen und deshalb bei der Beurteilung des Mehrwertes auszuklammern sei. Es sei dem Obergericht nicht um den Gebrauchswert gegangen, und eben nicht um den Mangel, sondern um die arglistige Täuschung (recte wohl: Verschweigung; act. 141 S. 5 f.). Wie die Kammer im Rückweisungsbeschluss erwog (act. 102 S. 11 f.), hatte die Beklagte geltend gemacht, dass die effektiv ausgeführte Dachkonstruktion wertvoller sei als die im Baubeschrieb vorgesehene Dachkonstruktion. Der Mehrwert bestehe in der dickeren Isolation und in den zusätzlichen Holzarbeiten. Bei der ausgeführten Dachkonstruktion mache die Beklagte unter den Vor- und Nachteilen geltend: Begehbar, ganze Konstruktion teurer, dichter, besserer Schallschutz. Die Änderungen habe die Beklagte wie folgt festgehalten: statt

einem Unterdach ... von 0,6 cm sei eine Schalung von 2,4 cm ausgeführt worden. Darüber sei zusätzlich eine Folie gespannt worden. Weiter sei die Isolation dicker ausgestaltet worden (14 cm statt 12 cm). Die Kammer erwog, wenn der Beklagten der Beweis dieser Einwände gelinge, so könnte die Arglist nicht mehr mit dem Element der Bereicherungs- und Schädigungsabsicht bzw. dem Vorwurf des Einbaus von minderwertigem Material begründet werden. Wie sich bereits auch aus dem Rückweisungsbeschluss des Kassationsgerichts ergibt (act. 92 S 7 - 9), ging es darum, beweismässig zu erheben, ob mit der ausgeführten Dachkonstruktion ein *qualitativer* Mehrwert geschaffen worden sei. Wie der Gutachter überzeugend ausführt, hängt aber eine Qualitätsverbesserung vom Gebrauchswert, nicht vom Erstellungswert ab. Die Beklagte führt sodann selber aus (act. 141 S. 6), dass die im Bau- und Raumbeschrieb vorgesehene Lösung im Zeitpunkt der Ausführung nicht mehr erhältlich und sie daher gezwungen gewesen sei, eine veränderte Dachkonstruktion zu planen und auszuführen, die mehr gekostet habe. Sie hat die kostspieligere Ersatzlösung damit nicht aus freien Stücken gewählt, sondern weil die ursprünglich Vorgesehene nicht mehr erhältlich war, und diese hat sie (bzw. ihre Subunternehmerin, deren Verhalten sie sich anrechnen lassen muss) alsdann mit einer billigen, nicht geeigneten und nicht wasserdichten Abdeckfolie ausgeführt. Die Beklagte hat die an sich kostspieligere Dachkonstruktion mit minderwertigem Material ausgeführt und damit ein erhebliches Schadensrisiko verursacht. Von einem blossen Missgeschick (act. 141 S. 7) oder Versehen (act. 141 S. 8) kann dabei nicht die Rede sein. Es kann dazu auf die Ausführungen im Rückweisungsbeschluss (act. 102 S. 12 ff., insb. S. 16 f.) verwiesen werden. Insbesondere wurde es als nicht bewiesen erachtet, dass die Folie vom Aussendienstmitarbeiter J. \_\_\_\_\_ der Firma ... empfohlen worden sein soll, weshalb sich die Beklagte auch nicht darauf berufen kann, der Mitarbeiter der Unterlieferantin, Herr K. \_\_\_\_\_, habe auf diese Empfehlung vertrauen dürfen (act. 141 S. 7). Soweit die Beklagte insbesondere geltend macht, die Würdigung der Kammer, wonach gar kein Grund dafür bestanden habe, warum Herr J. \_\_\_\_\_ eine billigere Folie hätte empfehlen sollen (act. 102 S. 16 f.), sei nicht ganz korrekt (act. 141 S. 8), kann ihr nicht gefolgt werden. Abgesehen davon, dass die Beklagte damit unzulässige neue Behauptungen aufstellt (Art. 317 ZPO), die nicht zu hören sind, be-

stehen keine Anhaltspunkte dafür, dass die Firma ... mit einer billigeren Standardfolie eine höhere Marge erzielte bzw. mehr Gewinn erwirtschaftete als mit einer teureren Folie. Ebenso wenig wurde, berücksichtigt man die minderwertige Folie, eine qualitativ bessere Variante gewählt, wie die Beklagte behauptet (act. 141 S. 7). Die Vorinstanz ist daher zu Recht zum Schluss gelangt, die Verschweigung ihres Verhaltens verstosse gegen Treu und Glauben und sei damit arglistig erfolgt.

4.3.5. Lediglich ergänzend kann angefügt werden, dass der Unternehmer durch sein Verhalten eine Treupflicht schon dann verletzt, wenn er nach den gegebenen Umständen davon auszugehen hat, der Besteller kenne den Mangel nicht und werde ihn (zunächst) auch nicht erkennen. In solchen Fällen ist die Verschweigung arglistig, insbesondere wenn der Unternehmer annehmen muss, der Besteller würde den erkannten Mangel rügen und hierfür seine Mängelrechte ausüben (Peter Gauch, a.a.O., N 2093). Die Beklagte musste vorliegend davon ausgehen, dass die Kläger den Mangel am Unterdach nicht kannten und zunächst auch nicht erkennen konnten. Ebenso ist anzunehmen, dass die Kläger bei Kenntnis des Mangels ihre Mängelrechte ausgeübt hätten, wie sie es denn bei Kenntnisnahme des Mangels auch sofort getan haben. Auch deshalb ist die Verschweigung als arglistig zu qualifizieren.

4.4. Zusammenfassend ist die Vorinstanz zutreffend davon ausgegangen, dass die Beklagte den Mangel arglistig verschwiegen hat, und demgemäss in Anwendung von Art. 180 Abs. 2 SIA-Norm 118 von einer zehnjährigen Verjährungsfrist auszugehen ist, weshalb die Mängelrechte der Kläger nicht verjährt sind.

## 5. Art und Höhe der Gewährleistungsansprüche

Bezüglich Art und Höhe der Gewährleistungsansprüche kann auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (act. 140 S. 18 ff.). Die Kläger hatten von der Beklagten die Bezahlung von Fr. 20'000.– verlangt als Vorschuss zur Bezahlung der Nachbesserung des Daches mit nachträglicher Abrechnungspflicht. Das Rechtsbegehren wurde am 1. Februar 2011 durch einen geänderten Eventualantrag ergänzt, wonach die Beklagte zu verpflichten sei, den Klägern Fr. 12'277.– (zuzüglich Zins zu 5 % seit 10. November 2008) zu bezahlen. Dieser

Betrag entspricht den Kosten, die den Klägern durch die Sanierung des Daches effektiv entstanden sind, haben sie doch während des laufenden Verfahrens die Sanierung selbst und auf eigene Kosten veranlasst. Die Zulässigkeit des Eventualantrages der Kläger wurde bereits bejaht (vorn Ziff. 3.). Das Quantitativ gemäss Eventualantrag wurde von der Beklagten nicht bestritten. Die Kläger haben die effektiven Kosten der Mangelbehebung mit der entsprechenden Rechnung der L. \_\_\_\_\_ AG vom 16. Oktober 2008 über Fr. 12'277.-- nachgewiesen (act. 116). Der Betrag ist den Klägern daher in diesem Umfang zuzusprechen, zuzüglich Zins zu 5 % seit 10. November 2008 (Datum der Bezahlung der Rechnung; act. 125). Die Berufung ist demgemäss in diesem Punkt abzuweisen.

## 6. Mangelhafte Kostenverteilung

6.1. Die Vorinstanz ging von einem Obsiegen der Kläger aus, weshalb sie die Kosten der beiden bezirksgerichtlichen Verfahren sowie jene des (ersten) obergerichtlichen Berufungsverfahrens der Beklagten auferlegte. Ferner verpflichtete sie die Beklagte, den Klägern für beide Instanzen eine Prozessentschädigung zu bezahlen (act. 140 S. 22 f.).

6.2. Für den Fall, dass das Urteil nicht aufgehoben werde, verlangt die Beklagte, es seien die Gerichts- und Anwaltsgebühren neu festzulegen. Der vorinstanzliche Entscheid berücksichtige nicht, dass die Beklagte vor Obergericht obsiegt habe, indem das erstinstanzliche Urteil aufgehoben und zur Ergänzung des Beweisverfahrens an das Bezirksgericht zurückgewiesen worden sei. Hätte sie keine Berufung erhoben, hätte sie der Klägerin Fr. 20'000.-- als Vorschuss zahlen müssen. Entsprechend hätten die Kläger für das obergerichtliche Verfahren eine entsprechende Parteientschädigung zu übernehmen und auch die Kosten für das obergerichtliche Verfahren vollständig zu übernehmen. Hinzu komme, dass die Kläger ursprünglich Fr. 20'000.-- eingeklagt, aber schliesslich nur Fr. 12'277.-- erhalten hätten. Das entspreche einem Obsiegen der Kläger im Quantitativen von 6/10 und der Beklagten von 4/10. Diese Anteile seien für die Verlegung der erstinstanzlichen Kosten und Anwaltsgebühren zu berücksichtigen. Sollten die Kläger die Kosten des obergerichtlichen Verfahrens nicht vollumfänglich zu übernehmen ha-

ben, wären auch diese Kosten und Anwaltsgebühren entsprechend dem Verhältnis 6/10 zu 4/10 zu verteilen (act. 141 S. 8 f.).

6.3. Der Argumentation der Beklagte kann nicht gefolgt werden. Rückweisungsentscheide sind prozessleitende Entscheide, bei denen grundsätzlich der Kostenentscheid auszusetzen und erst im Endentscheid unter Rücksicht auf den Prozessausgang zu treffen ist (§ 71 ZPO/ZH; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar ZPO/ZH, N 23 zu § 64). Ausnahmen bestehen im Anwendungsbereich von § 66 Abs. 1 ZPO/ZH, wenn eine Partei unnötigerweise Kosten verursacht hat, was vorliegend nicht zur Diskussion steht. In ihrem Rückweisungsbeschluss vom 21. September 2010 (act. 102 S. 19 f.) hat die Kammer nur die Kostenhöhe des Rechtsmittelverfahrens festgelegt, die konkrete Verteilung wie auch die Entschädigungsfolgen aber der Vorinstanz überlassen, weil diese die Beweisführung zu ergänzen hatte und dabei nicht absehbar war, welche Partei in welchem Umfang dann letztlich obsiegen oder unterliegen würde. Und nur darauf kommt es an (§ 64 Abs. 2 ZPO/ZH). Von einem Obsiegen der Beklagten im obergerichtlichen Verfahren kann daher nicht gesprochen werden bzw. ist dieses nicht massgeblich.

Zutreffend hat die Vorinstanz sodann berücksichtigt, dass die Kläger mit ihrem Gewährleistungsanspruch obsiegt haben, weshalb die Beklagte für beide Instanzen vollumfänglich kosten- und entschädigungspflichtig werde. Vorliegend war das Obsiegen in der grundsätzlichen Frage, nämlich ob die Mängelrechte der Kläger verjährt seien, entscheidend für den Prozessausgang; das Quantitativ hingegen stand nie im Vordergrund und war letztlich gar unbestritten, was für die Frage des Obsiegens entsprechend berücksichtigt werden darf (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar ZPO/ZH, N 16 zu § 64). Die Beklagte übersieht zudem, dass ursprünglich Fr. 20'000.- nur als Vorschuss eingeklagt wurden mit dem Vorbehalt der Abrechnungspflicht. Zutreffend machen die Kläger geltend (act. 150 S. 11), dass der Abrechnungspflicht inhärent ist, dass der effektiv geschuldete Betrag geringer sein kann.

Dementsprechend ist die Berufung auch in diesem Punkt abzuweisen und ist - dem Ausgang des vorliegenden Berufungsverfahrens entsprechend - die Kosten- und Entschädigungsregelung im angefochtenen Urteil zu bestätigen.

7. Kosten- und Entschädigungsfolge für das Berufungsverfahren

Ausgangsgemäss sind der Beklagten auch für das vorliegende Berufungsverfahren die Prozesskosten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Diese umfassen die Gerichtskosten sowie die Parteientschädigung (Art. 95 Abs. 1 ZPO). Für deren Berechnung ist dabei von einem Streitwert von Fr. 12'277.-- auszugehen. Da die Kläger keinen Mehrwertsteuerzusatz verlangt haben (act. 150), ist ihnen ein solcher auch nicht zuzusprechen (vgl. Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts vom 17. Mai 2007).

**Es wird erkannt:**

1. Die Berufung wird abgewiesen und die Beklagte demgemäss verpflichtet, den Klägern Fr. 12'277.-- zuzüglich 5 % Zins seit 10. November 2008 zu bezahlen.
2. Die Kosten- und Entschädigungsregelung für das erstinstanzliche Verfahren (Dispositiv-Ziff. 2-4) wird bestätigt.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'050.-- festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Beklagten auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet.
5. Die Beklagte wird verpflichtet, den Klägern für das vorliegende Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 1'800.-- zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, sowie an das Einzelgericht des Bezirksgerichtes Zürich, je gegen Empfangsschein und an die Obergerichtskasse.

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. 12'277.--.

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. D. Oehninger

versandt am: