

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB190001-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. M. Spahn und Oberrichter lic. iur. A. Huizinga sowie Gerichtsschreiber lic. iur. Ch. Büchi

Urteil vom 7. März 2019

in Sachen

1. **A.** _____,
 2. **B.** _____ **AG**,
- Beklagte und Berufungskläger

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

gegen

Stockwerkeigentümergeinschaft C. _____,
Klägerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____

sowie

D. _____ **AG in Liquidation**,
Streitberufene Nebenintervenientin

betreffend **Forderung**

Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 10. Abteilung, vom 21. November 2018 (CG150079-L)

Präzisiertes Rechtsbegehren:

(Urk. 10 S. 2)

- " 1. Es seien die Beklagten unter solidarischer Haftung zur Bezahlung von CHF 151'736.10 zu verpflichten.
2. Es seien die Beklagten im Weiteren unter solidarischer Haftung zur Bezahlung von CHF 19'282.50 zu verpflichten.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. MwSt. zu Lasten der Beklagten."

Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 10. Abteilung, vom 21. November 2018:

(Urk. 117 S. 101 ff.)

1. Die Beklagten 1 und 2 werden in solidarischer Haftung verpflichtet, der Klägerin Fr. 121'081.15 zu bezahlen.
2. Die Beklagte 2 wird zusätzlich verpflichtet, der Klägerin Fr. 44'422.65 zu bezahlen.

Im Mehrbetrag wird die Klage abgewiesen.

3. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 15'450.- ; die Barauslagen betragen:
Fr. 15.- Zeugengeld.
4. Die Gerichtskosten werden den Beklagten 1 und 2 in solidarischer Haftung zu 70%, mithin im Umfang von Fr. 10'825.50 auferlegt.
5. Der Beklagten 2 werden zusätzlich Gerichtskosten zu 26%, mithin im Umfang von Fr. 4'020.90 auferlegt.
6. Der Klägerin werden Gerichtskosten zu 4%, mithin im Umfang von Fr. 618.60 auferlegt.

7. Die auferlegten Gerichtskosten werden mit den geleisteten Kostenvorschüssen seitens der Beklagten von Fr. 4'800.– und seitens der Klägerin von Fr. 11'590.– verrechnet.
8. Der Klägerin wird der von ihr geleistete Kostenvorschuss im Restbetrag von Fr. 925.– zurückerstattet.
9. Die Beklagten 1 und 2 werden solidarisch verpflichtet, der Klägerin eine Parteientschädigung von Fr. 9'645.60 (inkl. 8% MwSt.) zu bezahlen. Zudem haben die Beklagten 1 und 2 in solidarischer Haftung der Klägerin deren Kostenvorschuss im Umfang von Fr. 6'025.50 zu ersetzen.
10. Die Beklagte 2 wird zusätzlich verpflichtet, der Klägerin eine Parteientschädigung von Fr. 12'539.30 (inkl. 8% MwSt.) zu bezahlen. Zudem hat sie der Klägerin deren Kostenvorschuss im Umfang von Fr. 4'020.90 zu ersetzen.
11. [Mitteilungen]
12. [Rechtsmittel]

Berufungsanträge:

der Beklagten und Berufungskläger (Urk. 116 S. 2):

1. Das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 21. November 2018 sei aufzuheben und es sei die Klage vollumfänglich abzuweisen, unter ausgangsgemässer Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerin/Berufungsbeklagten;
2. Eventualiter sei das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 21. November 2018 aufzuheben und zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen, unter ausgangsgemässer Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerin/Berufungsbeklagten;
3. unter Kosten- und Entschädigungsfolgen im Berufungsverfahren zu Lasten der Klägerin/Berufungsbeklagten.

Erwägungen:

1. Streitgegenstand

A. _____ (fortan Beklagter 1) war Alleineigentümer der Liegenschaft ...strasse ... in E. _____. Er verwirklichte dort ab dem Jahr 2009 unter dem Namen C. _____ den Neubau eines Terrassenhauses mit vier Wohneinheiten, wobei er die B. _____ AG (fortan Beklagte 2) als Totalunternehmerin mit dem Projekt betraute. In der Folge wurde Stockwerkeigentum begründet, wobei die Stockwerkeigentümergeinschaft C. _____ (fortan Klägerin) von den Beklagten im vorliegenden Verfahren die Ersatzvornahmekosten für die Nachbesserung einer Dachterrasse erstattet haben möchte. Die Klägerin hält dafür – soweit im Berufungsverfahren noch wesentlich –, das Gartenbauunternehmen D. _____ AG in Liquidation (fortan Nebenintervenientin) habe unter Zwischenschaltung eines Gartenbauarchitekten unter Ägide der Beklagten 2 bei der Bepflanzung der Terrasse 3 im Sommer 2011 einen Schaden der Dachhaut verursacht; die Beklagten hafteten für den verursachten Schaden ihrer Hilfsperson. Die Beklagten halten in der Sache im Wesentlichen dagegen, dass die Bepflanzung im Auftrag eines Stockwerkeigentümers erfolgt sei, weshalb eine Haftung ausser Betracht falle und die Klage abzuweisen sei.

2. Prozessgeschichte

2.1. Mit Klage vom 5. Mai 2015 machte die Klägerin das Verfahren bei der Vorinstanz anhängig (Urk. 2). Die Vorinstanz ordnete einen doppelten Schriftenwechsel an, führte in der Folge eine Instruktionsverhandlung und danach ein umfassendes Beweisverfahren durch. Zur Vermeidung von Wiederholungen sei auf die vorinstanzliche Darstellung des Prozessverlaufs in deren Urteil verwiesen (vgl. Urk. 117 S. 4 ff.). Am 21. November 2018 erliess die Vorinstanz ihr Urteil (Urk. 111 = Urk. 117).

2.2. Mit Schreiben vom 14. Januar 2019 erhoben die Beklagten Berufung gegen das vorinstanzliche Urteil mit den eingangs angeführten Berufungsanträgen (Urk. 116 S. 2). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 1-115). Mit

Präsidialverfügung vom 16. Januar 2019 wurden die Beklagten aufgefordert, einen Gerichtskostenvorschuss in Höhe von Fr. 11'400.– zu leisten (Urk. 118). Der Vorschuss ist fristgerecht eingegangen (Urk. 119).

2.3. Das Verfahren erweist sich als spruchreif. Von der Einholung einer Berufungswort ist abzusehen (Art. 312 Abs. 1 ZPO). Der Klägerin ist mit dem vorliegenden Urteil das Doppel der Berufungsschrift zuzustellen (Urk. 116).

3. Berufungsvoraussetzungen

3.1. Nach Eingang der Berufung prüft die Rechtsmittelinstanz von Amtes wegen das Vorliegen der Rechtsmittelvoraussetzungen. Diese sind vorliegend gegeben. Die Berufung ging rechtzeitig, schriftlich begründet und mit konkreten Anträgen versehen bei der Rechtsmittelinstanz ein (Urk. 113 und 116). Die Beklagten sind durch das vorinstanzliche Urteil beschwert und zur Rechtsmittelerhebung legitimiert; für das Rechtsmittel gegen den vorinstanzlichen Entscheid ist das angerufene Obergericht zuständig. Auf die Berufung ist einzutreten.

3.2. Das Berufungsverfahren stellt keine Fortsetzung des erstinstanzlichen Verfahrens dar, sondern ist nach der gesetzlichen Konzeption als eigenständiges Verfahren ausgestaltet (BGE 142 III 413 E. 2.2.1 m.w.Hinw. auf die Botschaft zur Schweizerischen ZPO, BBl 2006, S. 7374). Mit der Berufung kann eine unrichtige Rechtsanwendung und eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung (Angemessenheitsprüfung; BGer 5A_184/2013 vom 26. April 2013, E. 3.1). In der schriftlichen Berufungsbegründung (Art. 311 ZPO) ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem der genannten Mängel leidet. Das setzt (im Sinne einer von Amtes wegen zu prüfenden Eintretensvoraussetzung) voraus, dass der Berufungskläger die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnet, die er anfechtet, sich argumentativ mit diesen auseinandersetzt und mittels genügend präziser Verweisungen auf die Akten aufzeigt, wo die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erho-

ben wurden bzw. aus welchen Aktenstellen sich der geltend gemachte Berufungsgrund ergeben soll. Die pauschale Verweisung auf frühere Vorbringen oder deren blosser Wiederholung genügen nicht (vgl. BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 5A_247/2013 vom 15. Oktober 2013, E. 3.2; BGer 5A_751/2014 vom 28. Mai 2015, E. 2.1). Was nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen entsprechenden Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden; diese hat sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der Beanstandungen zu beschränken, die in der schriftlichen Begründung formgerecht gegen den erstinstanzlichen Entscheid erhoben werden (vgl. BGE 142 III 413 E. 2.2.4 m.w.Hinw.; BGer 5A_111/2016 vom 6. September 2016, E. 5.3; BGer 4A_258/2015 vom 21. Oktober 2015, E. 2.4.3; BGer 4A_290/2014 vom 1. September 2014, E. 3.1 und E. 5). Insofern erfährt der Grundsatz "iura novit curia" (Art. 57 ZPO) im Berufungsverfahren eine Relativierung (BK ZPO I-Hurni, Art. 57 N 21 und N 39 ff.; Glasl, DIKE-Komm-ZPO, Art. 57 N 22).

4. Klagebewilligung

4.1. Die Parteien müssen persönlich zur Schlichtungsverhandlung erscheinen und können sich von einem Rechtsbeistand oder einer Vertrauensperson begleiten lassen (Art. 204 Abs. 1 und 2 ZPO).

4.2. Die Vorinstanz erwog, dass anlässlich der Schlichtungsverhandlung eine Vertreterin der klägerischen Liegenschaftenverwaltung, die Rechtsvertreterin der Klägerin, der Beklagte 1 und die Verwaltungsratspräsidentin der Beklagten 2 mit Einzelunterschriftsberechtigung anwesend gewesen seien. Es könne offen gelassen werden, inwiefern die Stockwerkeigentümer hätten persönlich erscheinen müssen, da im Verhalten der Beklagten angesichts des Streitwerts ein konkludenter Verzicht auf Durchführung des Schlichtungsverfahrens zu erblicken sei. Angesichts der Natur der Stockwerkeigentümergeinschaft sprächen im Übrigen gute Gründe dafür, dass die Klägerin ihrer Pflicht gemäss Art. 204 Abs. 1 ZPO nachkomme, wenn sie sich durch die entsprechend bevollmächtigte Liegenschaftsverwaltung vertreten lasse (Urk. 117 S. 7).

4.3. Die Beklagten wandten mit der Berufung ein, dass die Klägerin keine juristische Person sei, weshalb jeder Stockwerkeigentümer persönlich an der Schlichtungsverhandlung hätte erscheinen müssen. Dieser Pflicht sei nicht nachgekommen worden. Es treffe entgegen der Vorinstanz auch nicht zu, dass die Beklagten konkludent auf die Durchführung des Schlichtungsverfahrens verzichtet hätten. Ein Verzicht müsse aufgrund der Umstände unmissverständlich klar sein. Das Fehlen einer Einrede an der Schlichtungsverhandlung bzw. im erstinstanzlichen Verfahren könne den Beklagten nicht zum Vorwurf gereichen. Das Fehlen einer Prozessvoraussetzung sei von Amtes wegen festzustellen und auf die Klage entsprechend nicht einzutreten (Urk. 116 S. 7 ff.).

4.4. Einhergehend mit der Auffassung der Beklagten bestehen keine Anhaltspunkte, dass sie konkludent auf die Durchführung eines (korrekten) Schlichtungsverfahrens verzichtet hätten. Die Vorinstanz tut denn auch nicht dar, inwiefern die Beklagten den angeblichen Mangel des Schlichtungsverfahrens erkannten und von einer Behebung dieses Mangels konkludent Abstand nahmen. Zu prüfen ist aber vorab, ob überhaupt ein Mangel vorliegt und damit insbesondere wie eine Stockwerkeigentümergeinschaft der Pflicht zum Erscheinen gemäss Art. 204 ZPO nachzukommen hat.

4.5. Das Stockwerkeigentum ist eine in den Art. 712a -712t ZGB normierte besondere Form des Miteigentums. Die Stockwerkeigentümergeinschaft ist weder eine natürliche (Art. 11 ff. ZGB) noch eine juristische (Art. 52 ff. ZGB) Person und damit grundsätzlich weder rechts- noch handlungsfähig (materiellrechtliche Komponente) bzw. weder partei- noch prozessfähig (prozessrechtliche Komponente). Der Gesetzgeber hat der Stockwerkeigentümergeinschaft indes unter anderem eine beschränkte Handlungsfähigkeit eingeräumt; insbesondere kann die Gemeinschaft auch unter ihrem Namen klagen (Art. 712l ZGB). Das heisst konkret, dass materiell nach wie vor die einzelnen Stockwerkeigentümer Rechtsträger bleiben (fehlende Rechtsfähigkeit), der Gemeinschaft aber eine beschränkte Handlungs-, Partei- und damit auch Prozessfähigkeit zukommt. Dabei vertritt der Verwalter die Gemeinschaft nach aussen, wobei er zur Führung eines Prozesses ausserhalb des summarischen Verfahrens in der Regel der vorgängigen

Ermächtigung der Stockwerkeigentümersversammlung bedarf (Art. 712t Abs. 1 und 2 ZGB). Die Stockwerkeigentümergeinschaft kann damit von Bundesrechts wegen durch ihre Verwaltung als Partei auftreten (vgl. Art. 66 ZPO) und ist entsprechend ihrer Handlungsfähigkeit auch prozessfähig. Ist aber die Gemeinschaft parteifähig und wird diese dabei durch die Verwaltung nach aussen vertreten, so ist der Pflicht zum Erscheinen im Schlichtungsverfahren genüge getan, wenn wie vorliegend eine bevollmächtigte Vertreterin der Verwaltung – letztere vorgängig von der Gemeinschaft zur Prozessführung ermächtigt – teilnimmt.

4.6. Auf die Klage ist daher einzutreten und die Berufung in diesem Punkt abzuweisen.

5. Verantwortung für die Nebenintervenientin betreffend Bepflanzung

5.1. Die Vorinstanz erkannte, dass der Schaden der Dachhaut der Terrasse 3 nicht anlässlich der Bodenbelagsarbeiten, sondern danach bei der Bepflanzung von einem Mitarbeiter der Nebenintervenientin durch mechanische Einwirkung mit einem Spitz Eisen oder Hammer verursacht wurde (Urk. 117 S. 37). Sie hatte den Beklagten den Beweis dafür auferlegt, dass die Nebenintervenientin dabei als Hilfsperson bzw. Vertragspartnerin der Klägerin agierte (Urk. 47 S. 7 f.; vgl. Urk. 117 S. 20 f.). In der Folge erwog die Vorinstanz, es sei durch das Beweisverfahren erstellt, dass der Gartenbauarchitekt den mündlichen Werkvertrag über die Terrassenbepflanzung auf der Ebene 3 als Vertreter der Beklagten 2 mit der Nebenintervenientin geschlossen habe (Urk. 117 S. 70 f.). Sie kam sodann zum Schluss, dass die von der Klägerin geltend gemachten Ersatzvornahmekosten für die Wiederherstellung der Beläge und der Bepflanzung der Terrassenebene 3 in Höhe von Fr. 151'736.10 sowie ein Mangelfolgeschaden über Fr. 19'282.50 belegt seien (Urk. 117 S. 83). Die Klägerin sei berechtigt, den Anspruch auf Ersatz der Nachbesserungskosten auszuüben, gegenüber dem Beklagten 1 indes nur im Rahmen der von den Stockwerkeigentümern F._____, G._____ und H._____ gehaltenen Quoten (Urk. 117 S. 89 f.). Der schadhafte Terrassenaufbau der Ebene 3 sei ein Werkmangel, für welchen die Beklagten haften würden (Urk. 117 S. 90 f.). Auf eine Freizeichnungsklausel könnten sich diese nicht berufen (Urk. 117 S. 95) und die Klägerin habe ohne richterliche Ermächtigung zur Ersatzvornahme

unter Kostenfolge zu Lasten der Beklagten schreiten dürfen (Urk. 117 S. 96). Die Vorinstanz bejahte schliesslich den Anspruch der Klägerin auf Schadenersatz für den Mangelfolgeschaden und machte abschliessende Erwägungen zum Umfang des Anspruchs angesichts des Umstands, dass ein Stockwerkeigentümer seine Einheit unentgeltlich vom Beklagten 1, seinem Vater, erhalten habe (Urk. 117 S. 96 ff.).

5.2. Die Beklagten beanstanden die vorinstanzlichen Erwägungen in einem Punkt: Sie hätten im Bereich der Terrassen keine Bepflanzung geschuldet, einzig das Verlegen des Plattenbodens. Der Mitarbeiter der Nebenintervenientin habe die Dachhaut verletzt, als er im Auftrag der Stockwerkeigentümerschaft F._____ Arbeiten für die individuelle Bepflanzung der Terrasse auf der Ebene 3 durchgeführt habe; keiner der Beklagten habe die Nebenintervenientin mit den fraglichen Arbeiten betraut, sie seien von der Stockwerkeigentümerschaft F._____ direkt und auf eigenes Risiko vergeben worden. Damit falle eine Haftung der Beklagten ausser Betracht (Urk. 116 S. 7).

5.3. Die Vorinstanz legte zu dieser Frage den Kaufvertrag zwischen den Stockwerkeigentümern F._____ und dem Beklagten 1 vom 17. März 2011 aus und zog den Käuferbaubeschrieb, den Totalunternehmervertrag sowie den Werkvertrag zwischen der Beklagten 2 und der Nebenintervenientin hinzu. Sie würdigte die Aussagen von vier Stockwerkeigentümern, der Verwaltungsrätin der Beklagten 2 und des Beklagten 1 in der Parteibefragung sowie des Architekten der Überbauung, zweier Mitarbeiter der Nebenintervenientin und des Bauleiters des Gartenbauarchitekten als Zeugen (Urk. 117 S. 39 - 60). Im Wesentlichen würdigte sie die Beweise wie folgt:

5.3.1. Im massgeblichen Kaufvertrag werde auf den Baubeschrieb verwiesen. Gemäss dessen Position 421 sei die Umgebung, inklusive Terrassen mit hochwertigen Materialien auszuführen, wobei die Grösse und die Qualität der Bepflanzung über dem Durchschnitt liegen solle. In dieser Position seien die Terrassen ausdrücklich einbezogen. Die einschränkende Auslegung der Beklagten und damit ein Ausschluss der Terrassen bei der Bepflanzung vermöge nicht zu überzeugen. Mit Position 281 des Baubeschriebs lasse sich keineswegs begründen, dass

die Beklagten für die Terrassen nur Plattenbeläge zu liefern gehabt hätten. In dieser Ziffer würden die Arbeiten an den Terrassen nicht abschliessend geregelt, sie beziehe sich einzig auf die Bodenbeläge. Eine Bepflanzung wäre ohnehin nicht unter dieser Position gefasst. Es komme hinzu, dass Position 421 des Baubeschriebs bestimme, dass Zugänge, Container, Sitzplätze, Grünflächen, Bepflanzungen und Einfriedungen gemäss dem Umgebungskonzept des Gartenbauarchitekten zu realisieren seien; auf dem in den Akten liegenden Umgebungsplan zur Terrasse 4 sei eine Bepflanzung vermerkt und der Beklagte 1 als Bauherr aufgeführt. Es sei durch die Aussagen des Beklagten 1 und des Gartenbauarchitekten erwiesen, dass der Plan für die Ebene 3 vergleichbar ausgesehen habe. Im Zeitpunkt der Vertragsunterzeichnung habe ein Umgebungsplan der Ebene 3 existiert, der eine Begrünung der Terrasse vorgesehen habe (Urk. 117 S. 61 ff.).

5.3.2. Dem Totalunternehmervertrag vom 7. Juli 2009, der zwischen den Beklagten geschlossen worden sei, habe eine Kostenmatrix beigelegt, wobei es dabei für jede Terrassenebene der Überbauung, abgestuft nach der Grösse, ein Budget gegeben habe. Für die fragliche Terrasse 3 habe das Budget Fr. 40'000.– betragen. Aufgrund der Zeugenaussagen des Gartenbauarchitekten und der Mitarbeiter der Nebenintervenientin stehe fest, dass dieses Budget für Bodenbelags- und Bepflanzungsarbeiten gedacht gewesen sei. Als Zwischenfazit erhelle, dass sich weder aus den Verträgen, noch aus den Baubeschrieben und den verschiedenen Plänen ableiten lasse, dass die Bepflanzung ausschliesslich den jeweiligen Stockwerkeigentümern obliegen habe. Vielmehr hätten die Beklagten die Bepflanzung der Terrassen zu leisten gehabt; es habe sich um Budgetpositionen des Totalunternehmervertrags gehandelt, die eine abschliessende Abrechnung nach sich gezogen hätten (Urk. 117 S. 60 f. und 63).

5.3.3. Es stehe fest, dass die Beklagte 2 über das Gartenarchitekturbüro mit der Nebenintervenientin einen Werkvertrag hinsichtlich der Umgebungsarbeiten der Überbauung abgeschlossen habe. Dieser schriftliche Vertrag sei mit "Vertrag 1: Umgebungsarbeiten (ohne Terrassen)" überschrieben, was nahe lege, dass weitere Verträge zwischen den beiden Parteien vorgesehen gewesen seien. Gestützt auf die durchgeführten Partei- und Zeugenbefragungen sei indes davon auszuge-

hen, dass es keine entsprechenden, schriftlichen Verträge gebe. Direkte Kontakte mit Blick auf Vertragsverhandlungen zur Terrassenbepflanzung zwischen den einzelnen Stockwerkeigentümern und der Nebenintervenientin seien nicht darge-
tan. Sämtliche Arbeiten der Nebenintervenientin seien über den Gartenbauarchi-
tekten koordiniert worden; sowohl er als auch der Mitarbeiter I. _____ der Neben-
intervenientin führten aus, die Stockwerkeigentümer seien mit Blick auf die Be-
pflanzungsarbeiten Vertragspartei der Nebenintervenientin gewesen. Das über-
zeuge aber insofern nicht, als der Mitarbeiter der Nebenintervenientin wider-
sprüchlich ausgesagt habe und der Gartenbauarchitekt einerseits von einem
Budget für Bepflanzungsarbeiten ausgegangen sei und andererseits angegeben
habe, auch die Bodenbelagsarbeiten seien auftrags der Stockwerkeigentümer er-
folgt. Es sei also ohne weiteres möglich, dass die Stockwerkeigentümer die Pflan-
zen für ihre Terrassen selber ausgesucht hätten, jedoch nicht die Werksvertrags-
partner der Nebenintervenientin geworden seien. Es mute schliesslich auch le-
bensfremd an, dass das Gartenbauarchitekturbüro von den Stockwerkeigentü-
mern für die Planungsarbeit mit Blick auf die Bepflanzung überhaupt nicht ent-
schädigt werde; das Gartenbauarchitekturbüro habe noch nicht einmal genau sa-
gen können, wofür es von der Beklagten 2 mit der Bauleitung beauftragt und ent-
schädigt worden sei (Urk. 117 S. 65 ff.).

5.3.4. Die Vorinstanz erwog weiter, dass die Aussagen der Verwaltungsratspräsi-
dentin der Beklagten 2 unglaubhaft seien. Sie selbst habe in einem E-Mail einen
Entwurf der Ausführungsplanung der Terrasse 2 den fraglichen Stockwerkeigen-
tümern weitergeleitet. In diesem Entwurf werde der Beklagte 1 als Bauherr ge-
nannt. Sie habe die Nachricht im Auftrag des Gartenbauarchitekten den Stock-
werkeigentümern weitergeleitet, da ersterer keine E-Mail habe. Die E-Mail indizie-
re also, dass der Gartenbauarchitekt den Beklagten 1 als Bauherrn erachtet habe.
Gleichermassen werde auch auf dem Pflanzvorschlag für die fragliche Ebene 3
der Beklagte 1 als Bauherr genannt. Auch eine weitere E-Mail der Verwaltung-
sratspräsidentin an die Stockwerkeigentümer F. _____, verfasst nach der Entde-
ckung der Feuchtigkeitsschäden, deute in diese Richtung: "*Welche Pflanzen neu
gesetzt werden, weiss ich noch nicht. J. _____ wird dies begleiten. Wichtig für
euch ist, dass keinerlei Kosten entstehen. Wir hoffen, dass die Witterung einiger-*

massen gut ist, damit wir vorwärts arbeiten können. Solltest du Fragen haben, ruf mich oder J. _____ an. Wir sind gerne für Dich da." Die Aussage der Verwaltungsratspräsidentin, dass die Bepflanzungsverträge zwischen den Stockwerkeigentümern und der Nebenintervenientin geschlossen worden seien, erscheine angesichts dessen als wenig überzeugend (Urk. 117 S. 68 f.).

5.3.5. Zusammenfassend sei festzuhalten, dass dem Kaufvertrag nicht zu entnehmen sei, dass die individuelle Terrassenbepflanzung ausschliesslich den Stockwerkeigentümern selbst obliege. Auch die weiteren Umstände sprächen dagegen. Auch wenn der Stockwerkeigentümer F. _____ die Bodenplatten für die Terrasse selber geliefert und auch Töpfe und Pflanzen für seine Terrasse ausgesucht habe, ihm die entsprechenden Mehrkosten in Rechnung gestellt und auch von ihm bezahlt worden seien, führe das nicht dazu, dass der Gartenbauarchitekt als sein Vertreter gehandelt habe (Urk. 117 S. 70).

5.4. Mit ihrer Berufungsschrift führen die Beklagten dazu im Wesentlichen Folgendes ins Feld:

5.4.1. Die Vorinstanz habe beim Kaufvertrag Essentielles übersehen. Aus dem Kontext ergebe sich unzweideutig, dass sich Ziffer 421 des Käuferbaubeschriebs nur auf die Bepflanzung der allgemeinen Gartenanlagen beziehe, zu denen Terrassen gewiss nicht gehörten. Es sei unbestritten, dass die Bepflanzung für den gemeinschaftlichen Teil seitens der Beklagten bei der Nebenintervenientin in Auftrag gegeben worden sei. Die Bepflanzung der Terrassen sei hingegen den Stockwerkeigentümern überlassen worden, was auch durchaus üblich und notorisch sei. Diese Auffassung werde durch die Ziffer 281 des Käuferbaubeschriebs bestätigt. Es werde in aller Deutlichkeit festgehalten, dass die Beklagten nur Plattenbeläge, aber keine Bepflanzung zu liefern gehabt hätten. Bezüglich des erwähnten Umgebungskonzeptes werde ohne weitere Begründung auf den Umgebungsplan des Gartenbauarchitekten verwiesen, wobei nur das Exemplar zur Ebene 4 rechtsgenügend aktenkundig sei. Willkürlich nehme die Vorinstanz an, dieser Plan sei den Käufern bei der Unterzeichnung des Kaufvertrags bekannt gewesen. Dem sei nicht so; ein solcher Umgebungsplan habe die Vorstellungen der Käufer über die Ausgestaltung der Terrassen und deren allfälliger Bepflan-

zung nicht beeinflussen können. Gleiches gelte für den Umgebungsplan zur Terrasse 3, der den Baubehörden eingereicht worden sei; der Plan sei weder Bestandteil des Kaufvertrags, noch seien daraus Rückschlüsse zur Finanzierung der Bepflanzung der Terrassen möglich. Die Bepflanzung sei schliesslich im Käuferbaubeschrieb nicht spezifiziert worden (Urk. 116 S. 12 ff. und 22 f.).

5.4.2. Aus dem Totalunternehmervertrag lasse sich von vorneherein nichts zu Gunsten der Kläger ableiten. Er lasse keine Rückschlüsse auf die vertragliche Situation betreffend die Terrassenbepflanzung zu (Urk. 116 S. 11). Die Beklagten wenden sodann detailliert und unter Angabe zahlreicher Belegstellen ein, dass die Vorinstanz zu Unrecht Budgets für die Terrassenbepflanzung angenommen habe (Urk. 116 S. 15 ff.). Wie die Beklagten in ihrer Berufung selbst ausführen (Urk. 116 S. 20) und worauf noch zurück zu kommen ist, vermag die Darstellung zu den Budget-Positionen zur Beurteilung der Frage der Vertragsbeziehungen zwischen den Streitparteien nichts Wesentliches beizutragen. Die Beklagten stellen sich schliesslich auch auf den Standpunkt, dass neben der Terrassenbepflanzung weitere Leistungen direkt in eigenem Namen in Auftrag gegeben worden seien, was ein untrügliches Indiz für ein direktes Vertragsverhältnis zwischen der Käuferschaft F. _____ und der Nebenintervenientin betreffend die Terrassenbepflanzung sei (Urk. 116 S. 17 f.).

5.4.3. Die glaubhaften Zeugenaussagen des Mitarbeiters I. _____ der Nebenintervenientin ergäben, dass die Zusätze zu den Umgebungsarbeiten von den einzelnen Käufern in Auftrag gegeben worden seien; derjenige, der eine Wohnung kaufe, bestimme, was für Pflanzen er wolle; die dem Stockwerkeigentümer F. _____ zugestellte Rechnung von Fr. 46'000.– für Zusätze wie die Bepflanzung sei auch anstandslos bezahlt worden; die Beweiswürdigung der Vorinstanz, nicht auf diese Aussage abzustellen, sei damit willkürlich (Urk. 116 S. 19 ff.).

5.4.4. Dass der Gartenbauarchitekt auf den von ihm erstellten Plänen den Beklagten 1 als Bauherrn bezeichnet habe, könne nicht ernsthaft als Indiz für den Bestand einer Vertragsbeziehung herangezogen werden; es gelte der Grundsatz *falsa demonstratio non nocet*. Man werde sodann den Eindruck nicht los, dass sich die Vorinstanz bei der Beweiswürdigung von einem offenbar gewünschten

Ergebnis habe leiten lassen. Die Aussagen des Gartenbauarchitekten würden herabgemindert, weil er den Stockwerkeigentümern die Planungsarbeit einer Woche nicht in Rechnung gestellt habe. Völlig ausser Acht lasse die Vorinstanz schliesslich die Tatsache, dass der Stockwerkeigentümer H. _____ für seine Terrassenbepflanzung anstandslos Fr. 37'000.– bezahlt habe. Niemand bezahle einen solchen Betrag, wenn er ihn nicht schulde. Gleiches gelte für die vom Stockwerkeigentümer F. _____ bezahlten Fr. 46'000.–. Wenn schliesslich die Vorinstanz die Aussagen des nicht involvierten Zeugen K. _____ als überzeugend erachte, so sei dies unglaublich (Urk. 116 S. 23 ff.).

5.4.5. Aufgrund der klaren und übereinstimmenden Aussagen des Beklagten 1, der Beklagten 2 und dreier Zeugen stehe nach Durchführung des Beweisverfahrens fest, dass der Gartenbauarchitekt als Vertreter der jeweiligen Käufer Offerten für die individuelle Bepflanzung eingeholt habe und sich die Käuferschaft mit den Offerten einverstanden erklärt habe, woraufhin die Bepflanzung bei der Nebenintervenientin in Auftrag gegeben worden sei; der angerichtete Schaden liege in der Risikosphäre der Klägerin (Urk. 116 S. 28 f.).

5.5. Zur Beurteilung der aufgeworfenen Fragen in der Berufungsschrift ist vorab vor Augen zu führen, dass die Beklagte 2 die Nebenintervenientin unbestrittenermassen mit Bepflanzungs-Arbeiten der gemeinschaftlichen Teile der Überbauung sowie der Terrasse 4 betraute; die Vorinstanz auferlegte den Beklagten unangefochten den Beweis dafür, dass die Bepflanzungsarbeiten der im Sondernutzungsrecht stehenden Terrassen direkt von den jeweiligen Stockwerkeigentümern vergeben worden seien (Urk. 47 S. 7 ff.; Urk. 117 S. 20 f. und S. 38 f.). Eine erfolgreiche Berufung setzt also nicht nur voraus, die vorinstanzliche Annahme, die Beklagte 2 habe den fraglichen Vertrag mit der Nebenintervenientin geschlossen (Urk. 117 S. 70), zu erschüttern, sondern bedingt den Nachweis, dass der Stockwerkeigentümer F. _____ die Bepflanzung seiner Terrasse mit der Nebenintervenientin vereinbarte.

5.5.1. Die Erwägungen der Vorinstanz zum Käuferbaubeschrieb überzeugen. Bei den Gärtnerarbeiten gemäss Ziffer 421 werden die Terrassen explizit eingeschlossen, wobei eine Bepflanzung über dem üblichen Durchschnitt statuiert wird

(Urk. 3/6 S. 12). Weshalb die Terrassen unzweideutig nicht erfasst sein sollen, ergibt sich weder aus dem Wortlaut, den Titeln noch der Systematik des Baubeschriebs. Nämliches gilt für die fehlende Erwähnung der Bepflanzung unter Ziffer 281. Die Beklagten setzen sich mit der vorinstanzlichen Erwägung, wonach es dabei einzig um die zu verlegenden *Bodenbeläge* gehe (Urk. 117 S. 61) nicht auseinander, sondern beschränken sich auf eine Wiederholung des bereits erstinstanzlich Vorgetragenen. Das ist nicht stichhaltig. Die Vorinstanz hat sich sodann mit einer angeblich entgegenstehenden Notorietät nicht befasst. Die Beklagten tun in ihrer Berufung nicht dar, sie hätten dieses Argument vorinstanzlich bereits vorgetragen und es sei zu Unrecht unberücksichtigt geblieben. Dabei hat es mit Verweis auf Erw. 3.2. sein Bewenden. Dass ein Abstellen auf den Umgebungsplan des Gartenbauarchitekten (Urk. 3/24) falsch wäre, behaupten die Beklagten nicht und entgegen ihrer Auffassung stellt die Vorinstanz in den Erwägungen weder auf ein unzulässiges Novum ab, noch nimmt sie an, der Umgebungsplan sei den Käufern bei der Unterzeichnung des Kaufvertrags bekannt gewesen. Verweist aber der Kaufvertrag, der die Pflicht des Beklagten 1 zur schlüsselfertigen Erstellung der Überbauung stipuliert, auf den Baubeschrieb und die Grundrisspläne (Urk. 3/4 S. 8 und 15) und umfasst ersterer wie eben gesehen auch die Bepflanzung der Terrassen und ist sodann dem Grundrissplan der Ebene 3 gestalterisch eine Bepflanzung zu entnehmen (Urk. 3/7) und ist schliesslich auch auf dem Umgebungskonzept des Gartenbauarchitekten eine Bepflanzung der Terrassen vermerkt, so ist der Schluss der Vorinstanz, aus dem Vertrag, dem Baubeschrieb und den Plänen gehe nicht hervor, dass die individuelle Terrassenbepflanzung ausschliesslich dem jeweiligen Stockwerkeigentümer obliege, nicht zu beanstanden, und zwar unabhängig davon, ob das Umgebungskonzept des Gartenbauarchitekten den Stockwerkeigentümern beim Abschluss des Kaufvertrags bekannt war, ist es doch zumindest Indiz für das Verständnis der vertraglichen Situation seitens der Beklagten.

5.5.2. Dass sich aus ihren Ausführungen zum Totalunternehmervertrag und zu den vermeintlichen Budgets für die Bepflanzung der Nachweis für ein direktes Vertragsverhältnis zwischen dem Stockwerkeigentümer F._____ und der Nebenintervenientin ableiten lasse, tun die Beklagten sodann nicht dar; mit einer allfälli-

gen Entkräftung der vorinstanzlichen Annahme, für die Terrassen habe es Pflanzbudgets gegeben, kann den Beklagten der ihnen obliegende Beweis nicht gelingen. Ihre entsprechenden Einwände sind damit unter Hinweis auf Erw. 5 irrelevant und es ist nicht näher darauf einzugehen. Wenn sich die Beklagten schliesslich zu zusätzlichen Leistungen äussern, so setzen sie sich nicht mit der vorinstanzlichen Erwägung auseinander, wonach diese zusätzlichen Leistungen im Kaufvertrag F. _____ ausdrücklich separat erwähnt worden seien, nicht aber die Terrassenbepflanzung (vgl. Urk. 117 S. 63).

5.5.3. Bei der Würdigung der Aussagen des Zeugen I. _____ stellen die Beklagten nicht in Frage, dass der Zeuge einzig Kontakt mit dem Gartenbauarchitekten hatte, direkte Kontakte zu den Stockwerkeigentümern nicht dargetan seien und die Vertragsverhandlungen ausschliesslich über den Gartenbauarchitekten erfolgten (Urk. 117 S. 64). Unbestritten blieb auch der vorinstanzlich festgestellte Widerspruch, wonach der Zeuge I. _____ zunächst ausgeführt habe, nicht zu wissen, für wen der Gartenbauarchitekt gehandelt habe, um kurz darauf zu ergänzen, für die Bepflanzungsarbeiten (Zusätze) seien es die einzelnen Stockwerkeigentümer gewesen. Die Annahme des Zeugen, der Vertrag sei mit dem jeweiligen Stockwerkeigentümer geschlossen worden, beruhte schliesslich darauf, dass er vom Gartenbauarchitekten eine Pflanzliste gefaxt bekommen habe, die letzterer mit den einzelnen Kunden vorab besprochen habe (vgl. Urk. 117 S. 51 und Urk. 84 S. 11 und 17). Bei dieser Ausgangslage ist entgegen der Rügen der Beklagten nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz nicht auf die Aussagen des Zeugen I. _____ abstellte.

5.5.4. Aus dem Grundsatz "falsa demonstratio non nocet" können die Beklagten nichts ableiten. Es liegt im vorliegenden Verfahren an ihnen, dass der mit den Plänen erweckte Rechtsschein nicht zutrifft. Sodann erachtete die Vorinstanz die Aussagen des Gartenbauarchitekten nicht nur deshalb als wenig glaubhaft, weil er es trotz des angeblichen Vertragsverhältnisses versäumt hatte, bei den einzelnen Stockwerkeigentümern ein Bauleitungshonorar zu vereinbaren und verlangen, sondern zog ebenso in Betracht, dass er sich nicht mehr an die vertragliche Grundlage mit der Beklagten 2 und der damit einhergehenden Entschädigung zu

erinnern vermochte und gar davon ausging, auch die Werkverträge über die Bodenbelagsarbeiten der Terrassen seien mit den Stockwerkeigentümern direkt vereinbart gewesen (vgl. Urk. 117 S. 66 ff.). Die gemäss Vorinstanz ohne weiteres mögliche Erklärung, dass die Stockwerkeigentümer die Detailausstattung bzw. die Pflanzen für ihre Terrassen selbst ausgesucht haben könnten, ohne dabei neue Werkvertragspartner der Nebenintervenientin zu werden, wird nicht in Frage gestellt.

5.5.5. Einhergehend mit der Auffassung der Beklagten ist zwar davon auszugehen, dass die Begleichung der Kosten für die Bepflanzung der Terrasse 3, veranlasst durch die Stockwerkeigentümerschaft F._____, als Indiz für den fraglichen Vertragsschluss gewertet werden kann. Ein zureichender, mit an Sicherheit grenzender Nachweis ist damit indes keineswegs dargetan. Was genau, wo, von wem und wann zu welchem Preis vereinbart worden sein soll, bleibt nach wie vor im Dunkeln. Auf das ins Feld geführte Verhalten des Stockwerkeigentümers H._____ kann es für die vorliegende Fragestellung ohnehin nicht ankommen. Wenn die Beklagten pauschal auf ihre eigenen Parteiaussagen und die Darlegung diverser Zeugen verweisen, so setzen sie sich unzureichend mit dem vorinstanzlichen Entscheid auseinander. Die Vorinstanz hat sich beispielsweise einlässlich mit der Darstellung der Verwaltungsratspräsidentin der Beklagten 2 auseinander gesetzt und dargetan, weshalb nicht darauf abzustellen sei (Urk. 117 S. 68 f.), worauf die Beklagten in der Berufung nicht eingehen. Die beanstandete Aussage des Zeugen K._____ erweist sich für den Standpunkt der Beklagten schliesslich als unwesentlich. Der Schluss der Vorinstanz, dass den Beklagten der ihnen obliegende Beweis zum Bestand des Vertragsverhältnisses zwischen der Stockwerkeigentümerschaft F._____ und der Nebenintervenientin nicht geglückt sei, ist damit nicht zu beanstanden.

5.6. Bei diesem Ergebnis ist die Berufung abzuweisen und der vorinstanzliche Entscheid zu bestätigen.

6. Kosten- und Entschädigungsfolge

6.1. Die Prozesskosten werden den Parteien nach Massgabe ihres Unterliegens und Obsiegens auferlegt (Art. 106 Abs. 2 ZPO). Aufgrund des Ausgangs des Berufungsverfahrens sind die Beklagten vor Berufungsinstanz als unterliegende Partei zu erachten und dementsprechend kosten- und entschädigungspflichtig.

6.2. Die Entscheidgebühr richtet sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichtes vom 8. November 2010 (GebV OG). Die Gebühr bemisst sich nach dem Streitwert, der Schwierigkeit des Falles sowie des notwendigen Zeitaufwandes (§ 4 Abs. 1 und 2 GebVO). Im Berufungsverfahren wird die Gebühr grundsätzlich nach den für die Vorinstanz geltenden Bestimmungen bemessen (§ 12 Abs. 1 GebV OG). Vorliegend erscheint aufgrund des eingeschränkten Prüfungsumfanges eine Entscheidgebühr von Fr. 8'000.– als angemessen. Sie ist mit dem geleisteten Vorschuss zu verrechnen.

6.3. Die Zusprechung einer Parteientschädigung an die Klägerin für das Berufungsverfahren entfällt, da sie keine Berufungsantwort einzureichen hatte und ihr keine wesentlichen Umtriebe erwachsen.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 10. Abteilung, vom 21. November 2018 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 8'000.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden den Beklagten auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet.
4. Der Klägerin wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerin unter Beilage des Doppels von Urk. 116, sowie an die Vorinstanz, 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. 165'503.80.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 7. März 2019

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

Dr. L. Hunziker Schnider

lic. iur. Ch. Büchi

versandt am:

mc