

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB120082-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter
lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. M. Weibel.

Urteil vom 8. März 2013

in Sachen

1. **A.** _____,

2. **B.** _____,

Kläger und Berufungskläger

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

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

gegen

1. **C.** _____,

2. **D.** _____,

3. **E.** _____,

4. **F.** _____,

Beklagte und Berufungsbeklagte

1, 2, 3, 4 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Z. _____

betreffend **Forderung**

Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Uster vom 25. Juli 2012;

Proz. CG110022

Rechtsbegehren:

(vgl. act. 2)

- „1. Es seien die Beklagten 1 bis 4 solidarisch zu verpflichten, den Klägern den Betrag von CHF 80'000.00 zu bezahlen, nebst Verzugszins zu 5% seit 30. September 2006, eventualiter seit 30. November 2006, subeventualiter seit 1. Juni 2007, subsub-eventualiter seit 12. November 2007, und CHF 615.00 Weisungskosten des Friedensrichteramts G._____.

Eventualiter sei das Verfahren an das Bezirksgericht Visp zu überweisen.

2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten.“

Urteil vom 25. Juli 2012 des Bezirksgerichtes Uster:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die (erstinstanzliche) Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 7'950.00 ; die Barauslagen betragen:
Fr. 71.00 Barauslagen (Grundbuchauszug)
3. Die Kosten des Berufungsverfahrens (Entscheidgebühr von Fr. 7'950.-; LB110025) werden auf die Gerichtskasse genommen.
4. Die Gerichtskosten werden den Klägern unter solidarischer Haftung auferlegt und durch den im Berufungsverfahren LB110025 geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 7'950.- getilgt.
5. Die Kläger werden unter solidarischer Haftung verpflichtet, den Beklagten eine Prozessentschädigung von Fr. 13'700.- zu bezahlen.
- 6./7. Mitteilung/Rechtsmittel.

Berufungsanträge:

der Kläger und Berufungskläger (act. 47 S. 3):

1. Es sei das Urteil vom 25. Juli 2012 des Bezirksgerichts Uster aufzuheben und es seien die Beklagten und Berufungsbeklagten 1 bis 4 solidarisch zu verpflichten, den Klägern und Berufungsklägern 1 bis 2 den Betrag von CHF 80'000.00 zu bezahlen, nebst Verzugszins zu 5% seit 30. September 2006, eventualiter seit 30. November 2006, subeventualiter seit 1. Juni 2007, subsubeventualiter seit 12. November 2007, und CHF 615.00 Weisungskosten des Friedensrichteramts G._____.
2. Eventualiter zu Rechtsbegehren 1: Es sei das Urteil vom 25. Juli 2012 des Bezirksgerichts Uster aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zu neuer Entscheidung, eventualiter zur Durchführung eines Beweisverfahrens, zurück zu weisen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten und Berufungsbeklagten 1 - 4.

der Beklagten und Berufungsbeklagten (act. 55 S. 2):

1. Die Berufung sei vollumfänglich abzuweisen, soweit darauf eingetreten wird;
2. alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Berufungskläger.

Erwägungen:

I.

(Übersicht zum Sachverhalt/Prozessgeschichte/Prozessuales)

1. Am 15. April 2006 schlossen die Kläger und Berufungskläger (nachfolgend nur: die Kläger) als Eigentümer der Grundparzelle Nr. ... auf dem Gebiet der Gemeinde H._____ mit der Eigentümerschaft der benachbarten Grundparzelle Nr. ..., auf der sich das Mehrfamilienhaus "I._____" befindet, zwei Verträge. Im ersten, öffentlich beurkundeten Vertrag wurden im Hinblick auf die Überbauung der Grundparzelle Nr. ... zu deren Gunsten Zugangs- und Durchgangsrechte zu Lasten der Grundparzelle Nr. ... geregelt. Im zweiten (einfach schriftlichen) Vertrag wurden Hang- und Böschungssicherungsmassnahmen geregelt, welche die Kläger vorzu-

nehmen versprochen, unter Kostenbeteiligung der Gegenpartei im Umfang von Fr. 80'000.-.

Die Grundparzelle Nr. ... steht im Stockwerkeigentum diverser Personen, darunter die Beklagten und Berufungsbeklagten (nachfolgend nur: die Beklagten). Die Kläger fordern von den Beklagten die Zahlung der vereinbarten Kostenbeteiligung von Fr. 80'000.-. Die Beklagten stellen nicht in Abrede, dass sie für die Leistung der Fr. 80'000.- von den Klägern in die Pflicht genommen werden können. Sie halten jedoch u.a. dafür, die Kostenbeteiligung sei noch nicht fällig.

2. - 2.1 Die Klage wurde anfangs März 2010 beim Bezirksgericht anhängig gemacht. Das Bezirksgericht führte in der Folge das Hauptverfahren durch und wies danach die Klage wegen fehlender Passivlegitimation der Beklagten mit Urteil vom 28. März 2011 ab.

2.2 Auf Berufung der Kläger hin hob die Kammer dieses Urteil mit Beschluss vom 25. Juli 2011 auf und wies die Sache zur weiteren Prüfung der Streitsache an das Bezirksgericht zurück. Im Beschluss vom 25. Juli 2011 erwog die Kammer im Wesentlichen Folgendes (act. 43 S. 9 f.):

"War es demnach bereits im bezirksgerichtlichen Verfahren die übereinstimmende Auffassung der Parteien, die Beklagten hätten sich im Vertrag vom 15. April 2006 (act. 3/4) als solidarische Schuldner gegenüber den Klägern gemäss Art. 143 Abs. 1 OR verpflichtet, bestand grundsätzlich kein Anlass zur Auslegung des Vertrages vom 15. April 2006 unter dem Aspekt der Passivlegitimation der Stockwerkeigentümergeinschaft, und es besteht auch heute keiner. Denn die Anerkennung ihrer Solidarschuldnerschaft aus dem Vertrag vom 15. April 2006 im Prozess gegenüber den Klägern wirkt nur für die Beklagten selbst, nicht hingegen für andere, am Prozess nicht beteiligte Personen, also auch nicht für die übrigen Stockwerkeigentümer, welche die Kläger mit der hier zu beurteilenden Klage nicht ins Recht gefasst haben.

(...) Das hat zur Folge, dass die Klage nicht wegen fehlender Passivlegitimation der Beklagten abgewiesen werden kann, sondern materiell erst noch zu prüfen sein wird. Nachdem die Kläger den Standpunkt einnehmen, die Beklagten seien ihnen aus dem Vertrag vom 15. April 2006 als Schuldner gemäss Art. 143 Abs. 1 OR solidarisch zur Leistung der Entschädigung verpflichtet, ist dabei zu berücksichtigen, dass den Beklagten gemäss Art. 145 OR insbesondere alle

Einreden aus dem Vertrag zur Verfügung stehen, welche der Entstehung der Schuld von Fr. 80'000.- entgegenstehen usw. Gelegenheit, solche Einreden zu erheben, hatten die Beklagten bereits hinreichend, und sie haben sie auch genutzt (vgl. vorn Ziff. I/2.2), wie auch die Kläger ausreichend Gelegenheit hatten, sich zu ihrem Klagefundament und den Einwänden der Beklagten zu äussern. Zur weiteren Prüfung der Klage bedarf es insoweit keiner weiteren Parteivorträge mehr, hingegen der Abklärung der strittigen Sachverhalte. Namentlich wird in ersten Schritten zu prüfen sein, was die Vertragsparteien unter der "Abnahme" der Hang- und Böschungssicherung gemäss Art. 5 des Vertrages verstanden haben – ihre Auffassungen dazu divergieren, wobei Wortlaut und Bindungswillen der Parteien an den Vertrag unbestritten sind, demnach ein Auslegungstreit vorzuliegen scheint. Ferner wird zu prüfen sein, ob etwa diese Abnahme von den Klägern gemäss Art. 5 des Vertrages verlangt wurde und – so das zu bejahen ist – wegen der tatsächlichen Vollendung der Arbeiten (welche bestritten ist) auch verlangt werden konnte bzw. durfte usw., oder endlich, ob es wegen "Vereitelungen" (soweit die Kläger ggf. entsprechende Sachverhalte behauptet haben) eines Verlangens nach Abnahme (etwa in Analogie zu Art. 91 OR) nicht bedurfte. Je nach dem Ergebnis dieser vertiefteren Prüfung, welche auch den versprochenen Umfang der Hangsicherungsmassnahmen abzuklären hat, wird allenfalls auch die Mangelhaftigkeit der Massnahme zu prüfen sein sowie wann entsprechende Rügen erhoben worden waren.

(...) Die Klage ist demnach in wesentlichen Teilen ungeprüft geblieben, weshalb das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache gemäss Art. 318 Abs. 1 ZPO an die erste Instanz zurückzuweisen ist, zur weiteren Beurteilung und allfälligen Durchführung eines Beweisverfahrens."

Das Bezirksgericht prüfte in der Folge die Sache und erachtete sie ohne Weiterungen als spruchreif. Mit Urteil vom 25. Juli 2012 (act. 44 [= act. 48 = act. 49]), dessen Dispositiv in den wesentlichen Punkten einleitend aufgeführt ist, wies es die Klage ab.

2.3 Die Kläger erhoben mit Schriftsatz vom 1. Oktober 2012 ebenso gegen dieses Urteil die Berufung (vgl. act. 47 f.). Nach dem Eingang der Berufung wurden die vorinstanzlichen Akten beigezogen und hernach mit Präsidialverfügung vom 15. Oktober 2012 gestützt auf Art. 98 ZPO ein Kostenvorschuss einverlangt. Nachdem dieser erbracht worden war, wurde im November 2012 Frist zur Beru-

fungsantwort angesetzt. Die Berufungsantwort wurde anfangs Januar 2013 erstattet (vgl. act. 55). Der gesetzlich vorgesehene Schriftenwechsel war damit abgeschlossen. Die Berufungsantwort wurde den Klägern im Februar 2013 zugestellt. Die Sache ist heute spruchreif.

3. Am 1. Januar 2011 ist die Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) in Kraft getreten. Die Klage wurde allerdings bereits im Jahre 2010 unter der Herrschaft der kantonalen Zivilprozessordnung anhängig gemacht. Das erstinstanzliche Verfahren folgte daher den Regeln der Zürcherischen Zivilprozessordnung (ZPO/ZH) sowie der dazu gehörenden weiteren kantonalen Erlasse (GVG/ZH und Gebührenordnungen; vgl. Art. 404 Abs. 1 ZPO), und zwar auch nach der Rückweisung der Sache mit Beschluss vom 25. Juli 2011. Denn mit dieser wurde das erstinstanzliche Verfahren in den Stand vor der Entscheidung zurückversetzt (vgl. BGer Urteil 4A_471/2011 vom 17. Januar 2012, dort E. 3.3; die Überlegungen der Kammer in ZR 110/2011 Nr. 6 bleiben unverändert. Angesichts der klaren Haltung des Bundesgerichts muss die Praxis gleichwohl aufgegeben werden).

Das vorliegende Berufungsverfahren folgt demgegenüber gemäss Art. 405 Abs. 1 ZPO den Regeln der ZPO. Demnach gilt es im Folgenden zu beachten, dass das Berufungsverfahren im Grundsatz die Fortsetzung des Prozesses aufgrund des vor der ersten Instanz vorgetragenen Sachverhaltes darstellt (zu den Ausnahmen vgl. Art. 317 ZPO). Mit der Berufung ist daher die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes durch die Vorinstanz sowie eine unrichtige Rechtsanwendung der Vorinstanz zu rügen (Art. 310 ZPO). Gemäss Art. 311 Abs. 1 ZPO sind deshalb entsprechende Rügen von der Berufung führenden Partei in der Berufungsschrift einzeln vorzutragen und zu begründen (Begründungslast; vgl. dazu BGE 138 III 375 oder OGer ZH, Urteil LB110049 vom 5. März 2012, E. 1.1 und E. 1.2, je mit Verweisen). Wiederholungen des bereits vor der ersten Instanz Vorgetragenen genügen den gesetzlichen Anforderungen an eine Begründung daher ebenso wenig wie allgemeine Kritik am angefochtenen Entscheid bzw. den erstinstanzlichen Erwägungen (vgl. auch BGE 138 III 375). Gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO sind ferner neue Tatsachen und Beweismittel im Berufungsverfahren nur dann noch zu berücksichtigen, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor der ersten Instanz hatten vorgebracht

werden können (vgl. dazu allgemein BGE 138 III 625). Das heisst auch, dass eine Partei, die neue Tatsachen und/oder Beweismittel im Berufungsverfahren einführen will, der Rechtsmittelinstanz und der Gegenpartei jeweils darzulegen hat, dass dies ohne Verzug erfolgt ist und weshalb es ihr trotz zumutbarer Sorgfalt nicht möglich gewesen war, die Tatsache und/oder das Beweismittel bereits vor erster Instanz vorzubringen (vgl. etwa OGer ZH, Urteil LB110049 vom 5. März 2012, E. 1.1 und E. 1.2). Fehlt es an dergleichen Darlegungen, erweisen sich die Berufung und/oder deren Beantwortung in Bezug auf die darin vorgetragenen Noven als unbegründet und bleiben diese Noven nur schon insofern konsequenterweise unbeachtlich.

II.

(Zur Berufung im Einzelnen)

1. Das Bezirksgericht hat den Sachverhalt nach Abschluss des Hauptverfahrens gemäss ZPO/ZH als hinreichend erstellt betrachtet und die Klage ohne Weiterungen des Verfahrens abgewiesen. Zu diesem Ergebnis gelangte es nach Auslegung des schriftlichen Vertrags der Parteien vom 15. April 2006 (act. 3/4) im Wesentlichen mit der Begründung, die Forderung der Kläger sei noch nicht fällig und daher nicht geschuldet. Denn die Fälligkeit der eingeklagten Forderung hänge gemäss Vertrag von der Bedingung ab, dass die Hangsicherung zuvor entweder von der Gemeinde oder von der J. _____ AG abgenommen worden sei. Eine solche Abnahme habe indessen noch nicht stattgefunden, wiewohl die Kläger diese laut Vertrag selbst hätten erwirken können (vgl. act. 44 S. 21 f.).

2. Die Kläger rügen vorab das prozedurale Vorgehen des Bezirksgerichts. Im Wesentlichen machen sie geltend, das Bezirksgericht habe kein Beweisverfahren durchgeführt (vgl. etwa act. 47 S. 8 [Rz. 15], S. 9 [Rz. 18], S. 12 [Rz. 25], S. 13 [Rz. 31 oder S. 17 [Rz. 38]], wie es die Kammer jedoch erwogen bzw. in Erwägung 3.2 des Rückweisungsbeschlusses verlangt habe (vgl. a.a.O., S. 8 [Rz. 15], S. 19 [Rz. 43]). Ein Beweisverfahren wäre erforderlich gewesen, da sie – die Kläger – im vorinstanzlichen Hauptverfahren behauptet hätten, die Parteien hätten im Vertrag vom 15. April 2006 den 30. September 2006 als Verfallstag vereinbart

(vgl. etwa a.a.O., S. 9 [Rz. 16], S. 10 [Rz. 19]). Statt dessen sei das Bezirksgericht – u.a. in Verletzung des rechtlichen Gehörs – zur Vertragsauslegung geschritten (vgl. etwa act. 47 S. 10 f. [Rz. 21], S. 19 [Rz. 43]). Dabei habe es in widersprüchlicher Art (vgl. act. 47 S. 12, oben) dargelegt, die Kläger hätten die Abnahme von der als Expertin der Beklagten beigezogenen J. _____ AG verlangen können (vgl. etwa act. 47 S. 12 [Rz. 26], S. 13 [Rz. 31]), wiewohl die Beklagten das so nicht behauptet, sondern selbst dargelegt hätten, sie – die Beklagten – hätten die Abnahme verweigert (vgl. etwa a.a.O., S. 17). Das Bezirksgericht habe also auch die übereinstimmende Sachverhaltsdarstellung der Parteien missachtet und damit die Verhandlungsmaxime verletzt usw. (vgl. etwa act. 47 S. 18 [Rz. 41], S. 19 [dort Rz. 42]). Endlich wird generell gerügt, es habe das Bezirksgericht ein sog. Überraschungsurteil gefällt, indem es sich mit dem wesentlichen Prozessstoff nicht auseinander gesetzt und ohne vorgängige Anhörung der Parteien die zwei für seinen Entscheid erheblichen Gründe im Folgenden erkannt habe: nämlich zum einen darin, dass der 30. September 2006 nicht als Verfalltag verabredet worden sei, sowie zum andern darin, dass die Kläger von der J. _____ AG die Abnahme verlangen sollen (vgl. etwa act. 47 S.8 [Rz. 15] oder S. 19 [Rz. 43]).

Auf die hier nur sinngemäss und daher verkürzt wiedergegebenen Rügen der Kläger am bezirksgerichtlichen Urteil ist im Folgenden näher einzugehen, soweit sie im Lichte des unter Ziff. I/3 Dargelegten zu hören und für den Entscheid erheblich sind.

3. - 3.1 Die Kläger beziehen sich bei ihren Rügen, das Bezirksgericht habe kein Beweisverfahren durchgeführt, u.a. auf den Rückweisungsbeschluss der Kammer vom 25. Juli 2011. In diesem Beschluss hat die Kammer als Rechtsauffassung, an die das Bezirksgericht gemäss § 104a Abs. 1 GVG/ZH gebunden war, einzig die Passivlegitimation der Beklagten bejaht (vgl. vorn Ziff. I/2.2). Im Übrigen hielt die Kammer fest, die Sache bedürfe der weiteren Prüfung, wobei sich die Parteien zu dieser bereits hinreichend hätten äussern können und in erster Linie ein Auslegungstreit vorzuliegen scheine (und nicht etwa: es liege ein solcher vor). Entgegen dem, was die Kläger in der Berufung antönen, hat die Kammer im Rückweisungsbeschluss daher namentlich auch nicht die das Bezirksgericht bindende (Rechts-)Auffassung vertreten, es sei ein Beweisverfahren durchzuführen, weil

strittige Tatsachenbehauptungen vorlägen. Sie hat lediglich festgehalten, weil die Klage in wesentlichen Teilen ungeprüft geblieben sei, führe das zur Rückweisung an die erste Instanz, "zur weiteren Beurteilung *und allfälligen* Durchführung eines Beweisverfahren" (vgl. vorn Ziff. I/2.2, a.E.; Hervorhebung eingefügt).

Von daher ist es nicht zu beanstanden, wenn das Bezirksgericht bei der ihm obliegenden Beurteilung der noch ungeprüften Elemente der Streitsache zum Ergebnis kam, der massgebliche Sachverhalt, den ihm die Parteien vorgetragen hatten, sei hinreichend erstellt bzw. unstrittig, und es sei kein Beweisverfahren durchzuführen. Ebenso verbietet es sich von daher, von einem Überraschungsurteil zu sprechen, zumal die Kläger im bezirksgerichtlichen Hauptverfahren gehalten waren, ihre Klage im Tatsächlichen bestimmt und vollständig zu begründen (vgl. § 113 ZPO/ZH) und heute zu Recht nicht monieren, es sei ihnen verwehrt gewesen, alle von ihnen als massgeblich erachteten Sachverhalte dem Bezirksgericht vorzutragen. Denn hat sich das Bezirksgericht an die Sachverhaltsvorbringen der Parteien gehalten und kam es dabei zu einer anderen rechtlichen Beurteilung als die Kläger, hat es einzig das geprüft, was ihm zur Beurteilung gerade auch von den Klägern unterbreitet worden war. Ob das der Fall war, ist nachfolgend zu erörtern.

3.2 Die Kläger trugen im bezirksgerichtlichen Hauptverfahren unter Hinweis auf den Wortlaut des (einfach) schriftlichen Vertrages vom 15. April 2006 vor, die eingeklagte Forderung sei gemäss Art. 5 des Vertrages in jedem Fall spätestens mit dem 30. September 2006 fällig geworden (vgl. act. 2 S. 9 [Rz. 27 f.]). Mit Blick auf diese Einigung der Parteien auf den 30. September 2006 als Verfalltag erübrige sich eine gerichtliche Überprüfung der Vollendung oder Abnahme der Hang- und Böschungssicherungsarbeiten (vgl. a.a.O., Rz. 29). Die Beklagten hielten dem entgegen, in Art. 5 des (einfach) schriftlichen Vertrages vom 15. April 2006 sei die Zahlung der eingeklagten Forderung an die Voraussetzung der Vollendung *und* der Abnahme der Hang- und Böschungssicherung geknüpft und nicht der 30. September als Verfalltag vereinbart worden. Die eingeklagte Forderung sei noch nicht fällig, weil die Voraussetzungen der Vollendung und Abnahme nicht erfüllt seien (vgl. etwa act. 14 S. 9 f. und dazu S. 18 [Rz. 60], S. 21 [Rz. 72] sowie S. 25-27 [Rz. 94 ff.]).

Das Bezirksgericht ging bei der Prüfung dieses ihm im Hauptverfahren vorgelegten Sachverhaltes (vgl. dazu act. 44 S. 7 f.) davon aus, es liege ein Auslegungstreit zu Art. 5 des Vertrages vor. Die Parteien seien sich nämlich grundsätzlich darüber einig, dass am 15. April 2006 ein Vertrag gemäss act. 3/4 zwischen ihnen zu Stande gekommen sei (vgl. act. 44 S. 10).

3.2.1 Ein Auslegungstreit liegt dann vor, wenn beide Parteien davon ausgehen, es sei zwischen ihnen der Vertrag durch übereinstimmende Willenserklärungen zu Stande gekommen, sie also den Bestand des Vertrages ebenso wenig in Frage stellen wie dessen Wortlaut als Ausdruck des Vereinbarten. Strittig ist einzig der Inhalt des Vertrages, und es ist festzustellen, was mit dessen Wortlaut wirklich übereinstimmend erklärt werden wollte (vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I, 9.A., Zürich 2008, S. 272, dort Rz. 1197 und 1200, je mit Verweisen).

Beide Parteien haben sich im bezirksgerichtlichen Verfahren – wie eben gesehen – auf den Vertrag vom 15. April 2006 (act. 3/4) berufen und dabei namentlich die Kläger auf dessen Wortlaut in Art. 5 (vgl. etwa act. 2 S. 9). Sie stellten m.a.W. weder den Bestand des Vertrages noch ihre Bindung an diesen noch dessen Wortlaut als insoweit übereinstimmend gewollt in Frage. Die Annahme des Bezirksgerichtes, es liege ein Auslegungstreit vor, erweist sich somit als zutreffend. Die Kläger stellen das im Berufungsverfahren richtigerweise so auch nicht in Abrede.

3.2.2 Das Bezirksgericht hat im angefochtenen Urteil zudem die Grundlagen und Elemente der Vertragsauslegung in den Erwägungen unter Ziffer 4.1 zutreffend dargelegt (siehe act. 44 S. 10-11). Ebenso das bezweifeln die Kläger richtigerweise nicht (vgl. etwa BGE 138 III 659, 666 f. [E. 4.2.1]), rügen sie doch im Wesentlichen gerade, das Bezirksgericht habe sich unverständlicherweise in seinem Urteil nicht daran gehalten (vgl. act. 47 S. 10 [21]: "... umso unverständlicher, als diese selbst in ihrem theoretischen Ausführungen festhält"). Um Wiederholungen zu vermeiden, kann daher vorab auf die entsprechenden Erwägungen des angefochtenen Urteils verwiesen werden.

Ergänzend ist dem noch beizufügen, dass in Fällen, in denen sich – wie hier – beide Partei auf den Wortlaut des Vereinbarten berufen, zunächst durch Auslegung der objektive Sinn des Erklärten zu ermitteln ist, um davon ausgehend festzustellen, ob eine Partei einen davon abweichenden subjektiven Sinn als übereinstimmend wirklich Gewolltes behauptet und daraus Rechtsfolgen ableitet. Denn trifft das zu, obliegt dieser Partei die Behauptungs- und Beweislast für den Bestand dieses vom Auslegungsergebnis abweichenden subjektiven Willens (vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, a.a.O., S. 273, Rz. 1201a), weil gemäss Art. 18 Abs. 1 OR das wirklich übereinstimmend Gewollte massgeblich ist. Und es bleibt nur dann, aber dann sehr wohl beim objektivierten Auslegungsergebnis, wenn sich der wirkliche Wille nicht feststellen lässt (also wenn der Beweis des vom Auslegungsergebnis abweichenden wirklichen Willens misslungen ist). Soweit die Kläger geltend machen wollten, das Bezirksgericht hätte erst gar nicht zur objektivierten Auslegung schreiten sollen (was nicht ganz auszuschliessen ist), wäre das nach dem Gesagten unzutreffend.

3.2.3 Der objektivierten Auslegung von Art. 5 des Vertrages hat sich das Bezirksgericht unter dem Gesichtspunkt einer Verfalltagsabrede in der Erwägung 5.1.3 des angefochtenen Urteils in zutreffender Art unterzogen. In der Erwägung 5.1.4 hat es ebenso treffend das nachvertragliche Verhalten der Kläger in seine Überlegungen einbezogen. Es gelangte dabei zum richtigen Ergebnis, dass die Leistung der Beklagten von der Vollendung *und* der Abnahme der Hang- und Böschungssicherung abhängig gemacht wurde. Und die Leistung wäre nur dann am 30. September 2006 fällig geworden, wenn die Abnahme zuvor stattgefunden hätte; für eine Abnahme nach dem 30. September 2006 hätten die Parteien eine Zahlung innert 10 Tagen nach Abnahme vorgesehen. Dieses Verständnis hätten die Kläger zudem nach dem Vertragsschluss selbst wiederholt dokumentiert. Dem gibt es nichts mehr beizufügen; es kann daher – erneut um Wiederholungen zu vermeiden – auf die entsprechenden Erwägungen des angefochtenen Urteils verwiesen werden.

Diesen Erwägungen vorangestellt hatte das Bezirksgericht die Feststellung, zum wirklichen diesbezüglichen Willen der Parteien im Zeitpunkt des Vertragsschlusses seien keine (tatsächlichen) Behauptungen aufgestellt worden (vgl.

act. 44 S. 12, Erw. 5.1.2). Die Kläger rügen das als falsch. Der Sache nach bringen sie vor, sie hätten sehr wohl – einen vom Ergebnis der objektivierten Auslegung abweichenden – übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien als Tatsache behauptet, und zwar in Rz. 29 ihrer Klagebegründung (act. 2); ein Beweisverfahren über diese Tatsachenbehauptung wäre vonnöten gewesen (vgl. act. 47 S. 10 [Rz. 19 f.]).

Die Lektüre von Rz. 29 der Klagebegründung (act. 2) zeigt dergleichen allerdings nicht: Die Kläger tragen dort lediglich einen Blick auf "die vorstehend dargelegte Einigung der Parteien auf den 30. September 2006 als Verfalltag" vor (vgl. act. 2 S. 9), bringen demnach lediglich einen Verweis auf zuvor über eine Einigung Ausgeführtes an. Darin liegt ganz offenkundig keine Tatsachenbehauptung über die Einigung selbst, also über übereinstimmend von den Parteien wirklich Gewolltes. Eine entsprechende Tatsachenbehauptung folgt allerdings ebenso wenig aus dem in act. 2 "vorstehend" Dargelegten: In den Rz. 27 f. beziehen sich die Kläger unter dem Titel "Zur Fälligkeit der Forderung am 30. September 2006" nämlich auf den Wortlaut von Art. 5 Abs. 1 des Vertrages und führen an, mit der Formulierung "jedoch spätestens am 30. September 2006" sei klar gestellt worden, dass der Betrag von Fr. 80'000.- grundsätzlich nach Vollendung- und Abnahme fällig werde, in jedem Fall aber mit dem 30. September (vgl. a.a.O., S. 9). Damit behaupten Sie allerdings der Sache nach an Tatsächlichem nur, der von ihnen wiedergegebene Wortlaut von Art. 5 Abs. 1 entspreche dem übereinstimmend Gewollten, und deuten diesen Wortlaut hernach im Sinne ihres Parteistandpunktes, legen also selbst bloss den Vertrag aus.

Eine Tatsachenbehauptung zu einem abweichend vom Wortlaut des Art. 5 Abs. 1 des Vertrages übereinstimmend wirklich Gewollten liegt somit nicht vor, zumal die Kläger – denn doch zu Recht – nicht behaupten, der übrige Wortlaut des Art. 5 Abs. 1, den sie in act. 2 S. 9 gar nicht zitieren, sei von den Parteien nicht gewollt gewesen. Den übrigen Wortlaut hat das Bezirksgericht – wie bereits gesehen – zutreffend in seine Würdigung einbezogen. Er lautet im Anschluss an den von den Klägern in act. 2 S. 9 zitierten Passus folgendermassen (act. 3/4 S. 4):

"Liegt die Abnahme der Hangsicherungsarbeiten durch die Gemeinde respektive die die Hangsanierung begleitende J._____ AG nicht vor, wird die

Bezahlung des Betrages auf 10 Tage nachdem" (recte: nach dem) "Zeitpunkt der Abnahme festgelegt. Die Abnahme kann von Herr Dr. A. _____ und Frau B. _____ verlangt und erwirkt werden".

3.2.4 Die Rüge der Kläger, das Bezirksgericht habe zu Unrecht kein Beweisverfahren durchgeführt, weil sie die Tatsachenbehauptung zum übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien aufgestellt hätte, es sei der 30. September 2006 ein Verfallstag, und zwar unabhängig von der Vollendung oder Abnahme der Hang- und Böschungssicherung (vgl. act. 2 S. 9 [Rz. 29]), erweist sich somit als unbegründet. Es bleibt auch insoweit beim Ergebnis, welches das Bezirksgericht im angefochtenen Entscheid gezeichnet hat und das darin besteht, dass die Parteien die Fälligkeit der eingeklagten Forderung unter die Voraussetzung der Abnahme der Hang- und Böschungssicherung gestellt hatten. Das entspricht im Übrigen dem Verständnis von Art. 5 Abs. 1 des Vertrages auch der Kläger noch im November 2006 und im Januar 2007 (vgl. act. 3/15 und 3/17), und selbstredend dem der Beklagten (vgl. etwa act. 3/16). Darauf hat das Bezirksgericht richtigerweise verwiesen (vgl. act. 44 S. 14 f.).

4. Das Bezirksgericht hat sich mit der Frage, ob die Abnahme der Hang- und Böschungssicherung bereits erfolgt ist, einlässlich befasst (vgl. act. 44 S. 15 ff.) und das im Ergebnis unter Verweis auf Art. 5 Abs. 1 des Vertrages verneint: Die Parteien hätten dort die Abnahme von der Beurteilung eines Dritten (die Gemeinde H. _____ oder die J. _____ AG) abhängig gemacht und beide Parteien, namentlich die Kläger, seien berechtigt gewesen, eine solche Abnahme zu verlangen. Eine solche Abnahme sei bis heute nicht erfolgt (vgl. act. 44 S. 21 f.).

4.1 Die Feststellung des Bezirksamtes, eine Abnahme der Hang- und Böschungssicherung durch einen Dritten, namentlich durch die J. _____ AG, sei bis heute nicht erfolgt, wird von den Klägern im Berufungsverfahren nicht in Abrede gestellt (und zwar mit Blick etwa auf das in act. 2 S. 12 f. unter Hinweis auf act. 3/12 Dargelegte zu Recht). Es hat das deshalb als erstellt zu gelten.

Die Kläger werfen dem Bezirksgericht im Wesentlichen vor, es habe in rechtlicher Hinsicht verkannt, dass das Werk im Herbst 2006 vollendet und damit abgeliefert worden sei, weshalb die Abnahme als erfolgt gelten müsse (vgl.

act. 47 S. 11). Das Bezirksgericht nehme zu Unrecht einen Vertrag zu Lasten eines Dritten an und es bleibe im Dunkeln, wie das Bezirksgericht dazu gekommen sei, sie – die Kläger – hätten eine Abnahme durch die J._____ AG erwirken können (vgl. act. 47 S. 13 und S. 15). Es seien die Beklagten gewesen, welche die Abnahme verweigert hätten (vgl. etwa act. 47 S. 17).

4.2 Beide Parteien beriefen sich bereits im bezirksgerichtlichen Verfahren ebenfalls im hier interessierenden Zusammenhang auf den Art. 5 Abs. 1 des Vertrages vom 15. April 2006 und dabei auf dessen Wortlaut als übereinstimmend von ihnen gewollt (vgl. act. 2 S. 12 f. und act. 14 S. 21). Namentlich die Kläger stellten damit richtigerweise nicht in Abrede, dass der Wortlaut des Vertrages, darunter der letzte Passus von Art. 5 Abs. 1, der vorstehend unter Ziff. II/3.2.3 (a.E.) wiedergegeben ist, inhaltlich dem übereinstimmenden Willen der Partei beim Vertragsschluss entsprach und diesen wiedergibt. Nachdem die Kläger im Berufungsverfahren in tatsächlicher Hinsicht nichts anderes vortragen (vgl. auch vorn Ziff. II/3.2.3), gilt ebenso das als erstellt. (Die Kläger wären im Übrigen mit neuen tatsächlichen Vorbringen gestützt auf Art. 317 Abs. 1 ZPO nicht zu hören; vgl. vorn Ziff. I/3.).

4.3 Es liegt somit ebenfalls in diesem Punkt ein (reiner) Auslegungsstreit vor. Dieser ist anhand der Methode objektiver Vertragsauslegung nach den in BGE 138 III 666 f. dargelegten Grundsätzen und Elementen, ausgehend vom Wortlaut des Vertrages, zu entscheiden. Diese Grundsätze und Elemente hat das Bezirksgericht – wie erwähnt (vgl. vorn Ziff. II/3.2.2) – in anderem Zusammenhang bereits zutreffend dargelegt. Zu wiederholen ist das hier deshalb nicht mehr.

Grundsätzlich zutreffend hat sich das Bezirksgericht im angefochtenen Urteil sodann der Aufgabe unterzogen und daraus die richtigen Schlüsse gezogen (vgl. act. 44 S. 18 ff. dort Erw. 6.3.1 - 6.3.7 sowie Erw. 7). Es kann daher wiederum vorab auf die entsprechenden Erwägungen im angefochtenen Entscheid verwiesen werden. Zur Verdeutlichung und Ergänzung dessen gilt Nachstehendes.

4.3.1 Im letzten Satz von Art. 5 Abs. 1 des Vertrages hielten die Parteien wörtlich fest (vgl. act. 3/4 S. 4 und vorn Ziff. II/3.2.3 [a.E.]), die Abnahme könne von den Klägern verlangt und erwirkt werden. Aus dem Wortlaut des vorletzten Satzes von Art. 5 Abs. 1 ergibt sich sodann, welche Abnahme im letzten Satz dieser vertragli-

chen Bestimmung gemeint war, nämlich eine, welche durch die Gemeinde oder durch die J. _____ AG durchgeführt worden war. Insoweit ist das von den Klägern behauptete Dunkel (vgl. vorn Ziff. II/4.1) zur Herkunft der bezirksgerichtlichen Feststellung über die Abnahme anhand des Vertrages ausgeleuchtet. Das angefochtenen Urteil spricht das eben Dargelegte im Übrigen selbst an (vgl. act. 44 S. 19).

4.3.2 Der Kläger 1 war im Zeitpunkt des Vertragsschlusses Verwaltungsrat der K. _____ AG und insoweit waren die Kläger fachkundig beraten. Bei den Beklagten bestand daher ein Bedürfnis nach ebenfalls fachkundiger Beratung, was zum Beizug der J. _____ AG durch sie führte. In Art. 2 Abs. 3 des Vertrages wird das Interesse beider Parteien nach fachkundiger Beratung und Hilfe denn auch festgehalten, indem erklärt wird, die Tauglichkeit des Projekts sei sowohl von der K. _____ AG als auch von der J. _____ AG mit separaten Schreiben zu bestätigen und es bildeten diese Bestätigungen zusätzliche Vertragsbestandteile (vgl. act. 3/4 S. 3).

Die Kläger anerkennen zudem, es sei ein Anliegen der Beklagten gewesen, die Abnahme der Hang- und Böschungsarbeiten durch die Gemeinde vornehmen zu lassen (vgl. act. 2 S. 12), also durch einen Dritten, von dem eine fachkundige Prüfung der Arbeiten erwartet wurde. Niederschlag gefunden hat dieses Anliegen in Art. 5 Abs. 1 des Vertrages, welcher neben der Gemeinde auch die J. _____ AG, die fachkundige Beraterin der Beklagten, zur Abnahme befugt vorsieht. Der Schluss, die Parteien hätten unter "Abnahme" der Arbeiten durch die Gemeinde respektive die J. _____ AG eine fachkundige Prüfung der Arbeiten verstanden und gewollt, ist von daher nicht bloss sachlich naheliegend, sondern drängt sich aus der massgeblichen Optik geradezu auf. Er drängt sich auch deshalb auf, weil die Parteien ausdrücklich vereinbarten, die Abnahme durch die Gemeinde respektive die J. _____ AG, welche für die Beklagten tätig war, könne von den Kläger verlangt werden. Ein anderer vernünftiger Zweck der fraglichen Regelung im Art. 5 Abs. 1 des Vertrages ist jedenfalls nicht ersichtlich und wird von den Klägern so auch nicht behauptet.

In Art. 5 Abs. 1 des Vertrages unterscheiden die Parteien zudem vorgängig ausdrücklich zwischen der Vollendung der Arbeiten einerseits und deren Abnah-

me andererseits. Die Fälligkeit der eingeklagten Forderung wird dabei von ihnen – unter der Prämisse der Vollendung bis zum 30. September 2006 – zusätzlich von der Abnahme abhängig gemacht. Das wäre nicht erforderlich gewesen, hätten die Parteien mit der Abnahme keine fachkundige Prüfung gewollt, sondern lediglich das werkvertragliche Gegenstück zur Ablieferung gemeint, wie es die Kläger heute sehen wollen, wenn sie festhalten, mit der Vollendung sei die Ablieferung erfolgt und müssten die Arbeiten als abgenommen gelten (vgl. act. 47 S. 11 oder etwa act. 2 S. 15 f.).

4.3.3 Die Parteien haben in Art. 5 Abs. 1 des Vertrages die Fälligkeit der eingeklagten Forderung – wie wiederholt gesehen – unter die Voraussetzung der Abnahme der Arbeiten gestellt, also unter die Voraussetzung der fachkundigen Prüfung entweder durch die Gemeinde oder die J._____ AG. Dass letztere als fachkundige Beraterin und damit Beauftragte der Beklagten bereits die Tauglichkeit des Projekts zu prüfen hatte, haben die Parteien im Zeitpunkt des Vertragschlusses gewusst und gewollt. Von daher ist es sachlich jedenfalls nachvollziehbar, dass sich die Parteien in Art. 5 Abs. 1 des Vertrages ebenso darauf verständigten, die Abnahme auch durch die fachkundige J._____ AG zu gestatten bzw. vorzusehen. Schlüssig ist insoweit zudem, dass die Parteien den Klägern das Recht einräumten, die Abnahme bei der Gemeinde oder bei der J._____ AG selbst zu verlangen, also ohne vorgängig die Zustimmung der Beklagten einholen zu müssen. Denn darin liegt nichts anderes als die Ermächtigung der Kläger, wenigstens auch im Namen der Beklagten entweder die Gemeinde oder die J._____ AG mit der Abnahme zu beauftragen.

Die Kläger haben von dem ihnen in Art. 5 Abs. 1 des Vertrages eingeräumten Recht erstelltermassen bislang keinen Gebrauch gemacht und es ist daher noch nicht zur vereinbarten Abnahme gekommen. Dass die Kläger an der Ausübung ihres Recht gehindert waren, und dann auch noch durch die Beklagten, behaupten die Kläger selbst nicht. Wie das Bezirksgericht im Ergebnis richtig festgehalten hat, erübrigt sich damit letztlich die Prüfung der Frage, ob die Beklagten die Abnahme vereitelt haben, weil sie sie nicht beantragten usw. Immerhin bleibt anzumerken, dass keine Sachverhalte behauptet wurden, welche diesen Schluss begründet zuliessen.

Abrundend bleibt ebenso festzuhalten, dass heute nicht fest steht, die J. _____ AG werde sich weigern, einen ihr von den Klägern im Namen der Parteien erteilten Auftrag auf Abnahme entgegenzunehmen, was nach dem Ausfall der Gemeinde H. _____ eine Abnahme gemäss Art. 5 Abs. 1 des Vertrages verhinderte. Es kann daher offen gelassen werden, welche Folgen das nach sich ziehen würde. Dass diese Folgen zwangsläufig einzig im Verzicht auf Abnahme und Fälligkeit der eingeklagten Forderung bestünden und nicht z.B. in der ergänzenden Bestimmung einer anderen fachkundigen Drittperson, darf jedoch bezweifelt werden.

5. Die Kläger dringen aus den vorgenannten Gründen mit ihrer Berufung insgesamt nicht durch. Das führt zu deren Abweisung und – getreu Art. 318 Abs. 1 lit. a ZPO – zur Bestätigung des bezirksgerichtlichen Urteils.

III.

(Kosten- und Entschädigungsfolge)

Ausgangsgemäss ist zunächst die erstinstanzliche Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen zu bestätigen, die im Quantitativ unangefochten blieb. Die zweitinstanzliche Entscheidgebür ist sodann den Klägern aufzuerlegen. Die Kläger sind ferner zu verpflichten, den Beklagten für das Berufungsverfahren eine angemessene Parteientschädigung zu entrichten, unter solidarischer Haftung eines jeden von ihnen für den gesamten Betrag.

Die zweitinstanzliche Entscheidgebür ist gestützt auf § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG nach den Ansätzen von § 4 Abs. 1 GebV OG festzusetzen, ausgehend vom Streitwert von Fr. 80'000.-. Die Parteientschädigung ist in analoger Art gemäss § 4 Abs. 1 AnwGebV i.V.m. §13 Abs. 1 AnwGebV zu ermitteln und gestützt auf § 13 Abs. 2 AnwGebV um rund ein Drittel zu reduzieren. Eine allfällige Mehrwertsteuer auf der Parteientschädigung ist mangels Antrag nicht zu entschädigen.

Es wird erkannt:

6. Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Bezirksgerichtes Uster vom 25. Juli 2012 bestätigt.
7. Die zweitinstanzliche Entscheidunggebühr wird auf Fr. 7'950.- festgesetzt, den Klägern auferlegt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
8. Die Kläger werden verpflichtet, den Beklagten für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 6'470.- zu bezahlen, unter solidarischer Haftung eines jeden für den gesamten Betrag.
9. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Uster, je gegen Empfangsschein.

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

10. 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. 80'000.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. A. Katzenstein

lic. iur. M. Weibel

versandt am: