

ZH_OBERGERICHT LB170052 vom 7. Dezember 2018

ZH Obergericht, 2018-12-07, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LB170052

FR: ZH_OBERGERICHT LB170052 du 7 décembre 2018

IT: ZH_OBERGERICHT LB170052 del 7 dicembre 2018

Erwägungen

E. 1

Am 25. Oktober 2012 (Datum Poststempel) reichten die Kläger und Berufungsbeklagten (nachfolgend: Kläger) bei der Vorinstanz die Klagebewilligung des Friedensrichteramtes Zürich Kreise ...+... vom 20. Juli 2012 sowie die Klageschrift ein (Urk. 1 und 3). Replicando änderten sie ihr Rechtsbegehren (Urk. 44 S. 2 ff.). Der weitere Verfahrenslauf vor Vorinstanz kann dem angefochtenen Urteil entnommen werden (Urk. 117 S. 4 ff. = Urk. 123 S. 4 ff.).

E. 1.1

Die Streitigkeit hat ihren Ursprung in einem am 20. Mai 2009 zwischen den Klägern als Käufern einerseits und dem Beklagten als Verkäufer andererseits abgeschlossenen, öffentlich beurkundeten Grundstückskaufvertrag über das Mehrfamilienhaus D.____-Strasse ... in ... Zürich zu einem Preis von Fr. 2,45 Mio. Gemäss unangefochten gebliebener Feststellung der Vorinstanz hoben die Parteien im Kaufvertrag jegliche Gewährspflicht des Beklagten für Rechts- und Sachmängel am Kaufobjekt, ausgenommen für absichtlich bzw. arglistig verschwiegene Gewährsmängel, auf und fand die Übertragung des Eigentums am Kaufobjekt am 10. Juli 2009 statt (Urk. 123 S. 3 f.). Mit der Klage machten die Kläger vor Vorinstanz diverse Ansprüche aus dem Grundstückskauf geltend. Sie verlangten im Wesentlichen die Minderung des Kaufpreises bzw. Schadenersatz

- 16 - infolge zahlreicher arglistig verschwiegener Mängel. Der Beklagte bestritt die Klage vollumfänglich (Urk. 123 S. 4).

E. 1.2

Die Vorinstanz entschied über die klägerischen Rechtsbegehren wie folgt: – Die von den Klägern geltend gemachte Forderung betreffend Kaufpreisminderung in der Höhe von Fr. 100'000.– zuzüglich Zins infolge falsch deklarierte Mieteinnahmen (Rechtsbegehren Ziff. 1, Teilklage) schützte sie im Umfang von Fr. 79'860.20 zuzüglich Zins zu 5 % seit 30. Juni 2009 (Urk. 123 S. 30 und S. 92), – die von den Klägern geltend gemachte Forderung betreffend Kaufpreisminderung in der Höhe von Fr. 72'822.85 zuzüglich Zins für Kosten der Mängelbehebung in den 3-Zimmerwohnungen im EG und im 1. OG sowie der 3-Zimmerwohnung im 2. OG (Rechtsbegehren Ziff. 2) schützte sie im Umfang von Fr. 11'580.60 nebst Zins zu 5 % seit 8. April 2010, Fr. 3'326.95 nebst Zins zu 5 % seit 13. Mai 2010 und Fr. 1'692.50 nebst Zins zu 5 % seit 30. April 2010 (Urk. 123 S. 54 und S. 92), – die von den Klägern geltend gemachte Forderung betreffend Kaufpreisminderung in der Höhe von Fr. 126'998.90 zuzüglich Zins für Kosten der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes betreffend die ohne Baubewilligung erstellte 1,5-Zimmer-Loftwohnung im DG (Rechtsbegehren Ziff. 3) schützte sie im Umfang von Fr.

8'235.– nebst Zins zu 5 % seit 16. Januar 2012 (Urk. 123 S. 63 und S. 93), – die von den Klägern geltend gemachte Forderung betreffend Kaufpreisminderung in der Höhe von Fr. 52'032.85 zuzüglich Zins für Kosten des Um- bzw. Rückbaus zum Zwecke der baurechtskonformen Wiederherstellung der ohne Bewilligung zusammengelegten beiden Wohnungen im 2. OG (Rechtsbegehren Ziff. 4) wies sie ab (Urk. 123 S. 72 und S. 93), – die von den Klägern geltend gemachte Forderung betreffend Schadenersatz in der Höhe von Fr. 1'545.15 zuzüglich Fr. 60.– für Austausch der Schlösser

- 17 - und Herstellung neuer Schlüssel (Rechtsbegehren Ziff. 4a) wies sie ab (Urk. 123 S. 75 und S. 93), – die von den Klägern geltend gemachte Forderung betreffend Kaufpreisminderung in der Höhe von Fr. 165'968.– für flächenmässige Einbussen in Bezug auf die neu baurechtskonform erstellten Wohnungen im DG und im 2. OG (Rechtsbegehren Ziff. 5) wies sie ab (Urk. 123 S. 84 und S. 93), – die von den Klägern geltend gemachte Forderung betreffend Schadenersatz in der Höhe von Fr. 49'080.– zuzüglich Zins für entgangene Mietzinseinnahmen (Rechtsbegehren Ziff. 6) wies sie ab (Urk. 123 S. 91 und S. 93), – bezüglich der von den Klägern geltend gemachten Zinsforderung in Höhe von Fr. 8'506.95 (Rechtsbegehren Ziff. 5 gemäss Klagebegründung) schrieb sie das Verfahren in ihrem Beschluss als durch Rückzug erledigt ab (Urk. 123 S. 12 und S. 92).

E. 2

Der das erstinstanzliche Verfahren abschliessende Entscheid der Vorinstanz datiert vom 15. September 2017 (Urk. 123). Mit Eingabe vom 9. November 2017, hier am 17. November 2017 eingegangen, erhob der Beklagte und Berufungskläger (nachfolgend: Beklagter) Berufung gegen das Urteil und stellte die eingangs aufgeführten Anträge (Urk. 121). Mit Eingabe vom 23. November 2017 reichte der Beklagte ein ärztliches Attest ein und stellte unter Nennung zusätzlicher Beweismittel weitere Behauptungen zu seinem Gesundheitszustand während des erstinstanzlichen Verfahrens auf (Urk. 126; Urk. 127). Mit Verfügung vom 29. November 2017 wurde dem Beklagten Frist angesetzt, um zur Frage der Rechtzeitigkeit der Berufungserhebung Stellung zu nehmen und dazu abschliessend seine Beweismittel zu bezeichnen. Zugleich wurde ihm Frist angesetzt, um für die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens einen Vorschuss von Fr. 9'000.– zu leisten (Urk. 128). Diese Verfügung wurde seitens des Beklagten am 4. Dezember 2017 entgegengenommen (Urk. 128 letzte Seite). Der verlangte Vorschuss ging rechtzeitig bei der Obergerichtskasse ein (Urk. 129).

E. 2.1

Was die rechtlichen Ausführungen in den Rz. 15 und 16 der Berufungsbeurteilung betreffend Prüfungsobliegenheit des Käufers sowie die Bestreitung der Hinderung an der Prüfung des Kaufobjektes und des "Schadens" in Rz. 15 angeht, brachte der Beklagte im Wesentlichen vor, Käufer hätten auch Pflichten und Obliegenheiten. Sie müssten eine Kaufsache prüfen. Wenn der Verkäufer sie daran hindere oder davon abhalte, könnten sie vom Kauf Abstand nehmen oder das Risiko des ungeprüften Kaufs auf eigene Gefahr und eigenes Risiko eingehen. Kämen sie ihrer diesbezüglichen Schadenminderungspflicht nicht nach, könnten sie einen später festgestellten Schaden nicht auf ihn abwälzen. Demzufolge könnten ihm gegenüber keine Mängel geltend gemacht werden (Urk. 121 S. 6 Rz. 15 f.).

E. 2.2

Die Kläger halten dem im Wesentlichen entgegen, der Beklagte verkenne, dass die Vorinstanz zu Recht zur Auffassung gelangt sei, dass er sie hinsichtlich der

3-Zimmerwohnungen im EG und im 1. OG rechts absichtlich getäuscht habe. Dafür sei er zur Rechenschaft zu ziehen. Der Beklagte verkenne insbesondere den Umstand, dass das Beweisverfahren vor der Vorinstanz ergeben habe, dass

- 18 - er die Besichtigung der Wohnungen verhindert habe. Es entspreche der Lebenserfahrung, dass sich auch Kaufinteressenten unter der abgegebenen Beteuerung, dass sich die beiden Wohnungen im gleichen Zustand befänden wie die besichtigten und dem Hinweis, dass aus Gründen des Hausfriedens und des Alters die Mieterinnen nicht gestört werden dürften, davon abhalten liessen, die Wohnungen zu besichtigen (Urk. 148 S. 19).

E. 2.3

Die Ausführungen des Beklagten beziehen sich offensichtlich auf das klägerische Rechtsbegehren Ziff. 2 (vgl. vorne Erw. 1.2., 2. Spiegelstrich), denn dieses betrifft die 3-Zimmerwohnungen im EG (Mieterin F._____) und im 1. OG (Mieterin G._____), die von den Klägern gemäss den insoweit unangefochten gebliebenen Feststellungen der Vorinstanz (Urk. 123 S. 45 ff.) nicht besichtigt wurden. Dieses Rechtsbegehren schützte die Vorinstanz wie dargelegt im Umfang von Fr. 11'580.60 nebst Zins zu 5 % seit 8. April 2010, Fr. 3'326.95 nebst Zins zu 5 % seit 13. Mai 2010 und Fr. 1'692.50 nebst Zins zu 5 % seit 30. April 2010 (Urk. 123 S. 54 und S. 92). Der Betrag von Fr. 11'580.60 betraf Kosten der Mängelbeseitigung an Wänden und Holzwerk in den 3-Zimmerwohnungen im EG und im 1. OG, der Betrag von Fr. 3'326.95 Kosten der Mängelbeseitigung an Bodenbelägen in diesen Wohnungen und der Betrag von Fr. 1'692.50 Kosten der Mängelbeseitigung an der Badewanne in der 3-Zimmerwohnung im 1. OG (Urk. 123 S. 50 ff., insb. S. 54). Die Vorinstanz kam nach Durchführung des Beweisverfahrens zum Schluss, dass der Beklagte die Kläger gezielt von der Besichtigung der beiden betreffenden Wohnungen abgehalten habe und seine Behauptung, er habe den Klägern die Telefonnummern aller Mieter überlassen, durch das Beweisergebnis widerlegt sei. Indem der Beklagte auf Frage der Kläger nach dem Zustand der nicht besichtigten Wohnungen zudem beteuert habe, diese würden denselben Ausbaustandard aufweisen wie die besichtigten Wohnungen und er überdies in die Verkaufsdokumentation den Hinweis betreffend stets durchgeführte laufende Unterhaltsarbeiten habe aufnehmen lassen, sei sein Verhalten gegenüber den Klägern als absichtliche Täuschung hinsichtlich des Zustands dieser beiden Wohnungen zu werten (Urk. 123 S. 49 f.). Aufgrund der arglistigen Täuschung komme der vertragliche Haftungsausschluss hinsichtlich der nachgewiesenen Mängel gemäss Art. 199 OR nicht zur Anwendung und spiele auch die Erheblichkeit der

- 19 - Mängel keine Rolle. Zudem seien die Kläger nach Art. 203 OR nicht gehalten gewesen, die Mängel unverzüglich zu rügen. Den Klägern stehe insoweit der Anspruch auf Minderung zu (Urk. 123 S. 53).

E. 2.4

Dass die 3-Zimmerwohnung im EG die von der Vorinstanz berücksichtigten Mängel an Wänden, Holzwerk und Bodenbelag aufwies und diejenige im 1. OG die von der Vorinstanz berücksichtigten Mängel an Wänden, Holzwerk, Bodenbelag und Badewanne sowie dass die Beseitigung der fraglichen Mängel zu den aufgeführten Kosten führte, wird vom Beklagten in Rz. 15 seiner Berufungsschrift zwar bestritten, allerdings lediglich in allgemeiner Weise, indem er "einen später festgestellten Schaden" an der Liegenschaft in Abrede stellt (Urk. 121 S. 6). Weder legt der Beklagte dar, dass resp. wo er entsprechende Behauptungen bereits erstinstanzlich aufgestellt hatte, noch, aus welchen Gründen die

Vorinstanz zu Unrecht zum Schluss gelangt sei, dass die Wohnungen die von ihr als für den geltend gemachten Minderungsanspruch relevant erachteten Mängel aufgewiesen hätten oder weshalb die von ihr berücksichtigten Kosten nicht hätten berücksichtigt werden dürfen. Nach dem unter Erw. II./2.1. Dargelegten genügt dies den Anforderungen an eine Berufungsbegründung nicht, weshalb auf diese Bestreitungen nicht weiter einzugehen und dem vorliegenden Entscheid insoweit der von der Vorinstanz erstellte Sachverhalt zugrunde zu legen ist.

E. 2.5

Der Beklagte stellt sodann im Berufungsverfahren nicht in Abrede, dass im angefochtenen Urteil zu Recht davon ausgegangen wurde, dass den Klägern die von der Vorinstanz berücksichtigten Mängel im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht bekannt waren (vgl. Urk. 121 S. 5 f.). Ferner wird von ihm nicht gerügt, dass die Vorinstanz zur Quantifizierung des Minderungsanspruchs der Kläger auf die Kosten der Mängelbeseitigung abstellte (vgl. Urk. 123 S. 53 f.).

E. 2.6

Was den Begriff des Mangels angeht, kann auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (vgl. Urk. 123 S. 37 f.). Vorliegend wurde nach dem Dargelegten die Gewährspflicht des Beklagten für Rechts- und Sachmängel am Kaufobjekt vertraglich aufgehoben. Gemäss Art. 199 OR, der Kraft des Verweises in Art. 221 OR auch für den Grundstückkauf gilt, ist indes eine Vereinbarung über die Aufhebung oder Beschränkung der Gewährspflicht unzulässig,

wenn der Verkäufer dem Käufer die Gewährsmängel arglistig verschwiegen hat. Zudem ist nach Art. 200 Abs. 2 OR, der gestützt auf Art. 221 OR ebenfalls für den Grundstückkauf gilt, die Haftung des Verkäufers zwar grundsätzlich ausgeschlossen, wenn der Käufer den Mangel nicht kannte, ihn aber bei Anwendung gewöhnlicher Aufmerksamkeit hätte kennen müssen. Dieser Grundsatz erfährt aber zwei gewichtige Ausnahmen: Zum einen gilt er nach dem Gesetzestext nicht, wenn der Verkäufer das Nichtvorhandensein eines Mangels zugesichert hat, zum andern nach gefestigter bundesgerichtlicher Praxis nicht bei absichtlicher Täuschung (BGer 4A_619/2013 vom 20. Mai 2014, E. 4; BGE 66 II 132 E. 5; BSK OR I-Honsell, Art. 200 N 3 f.). Liegt absichtliche Täuschung vor, ist daher unerheblich, ob der Käufer den Mangel bei Anwendung gewöhnlicher Aufmerksamkeit hätte erkennen müssen. Entgegen der Ansicht des Beklagten ist der Käufer in diesem Zusammenhang nicht zu einer Prüfung der Sache gehalten, sondern nur zur Anwendung gewöhnlicher Sorgfalt bei Wahl und Besichtigung der Kaufsache (BGE 66 II 132 E. 5; BSK OR I-Honsell, Art. 200 N 3).

E. 2.7

Die dargelegten Ausführungen des Beklagten gehen vor diesem Hintergrund an der Sache vorbei. Sie lassen ausser Acht, dass die Vorinstanz von einer absichtlichen Täuschung seinerseits bezüglich des Zustands der beiden fraglichen Wohnungen ausging. Dabei war für die Vorinstanz wie ausgeführt nicht allein entscheidend, dass der Beklagte die Kläger von der Prüfung der Kaufsache abhielt. Für die Bejahung der absichtlichen Täuschung führte sie als weitere Argumente an, dass der Beklagte zudem beteuert habe, die beiden fraglichen Wohnungen würden denselben Ausbaustandard aufweisen wie die besichtigten Wohnungen, und dass er überdies in die Verkaufsdokumentation den Hinweis betreffend stets durchgeführte laufende Unterhaltsarbeiten habe aufnehmen lassen.

E. 2.8

Die vom Beklagten in Rz. 17 geäusserte Kritik an der vorinstanzlichen Einschätzung, dass er die Kläger im dargelegten Sinne absichtlich getäuscht habe (Urk. 121 S. 17), genügt den in Erw. II./2.1.-2.2. dargelegten Anforderungen an die Berufungsschrift wiederum nicht. Weder legt der Beklagte dar, wo im vorinstanzlichen Prozess er die in dieser Randziffer angeführten Behauptungen – insbesondere Unkenntnis seinerseits vom Zustand der beiden Wohnungen resp.

- 21 - Annahme, diese würden über die gleichen Installationen und Einrichtungen verfügen, und damit fehlende Möglichkeit zur Vornahme einer absichtlichen Täuschung – bereits aufgestellt hatte, noch dass er, sollte es sich um neue Behauptungen handeln, unter novenrechtlichen Gesichtspunkten berechtigt wäre, diese im Berufungsverfahren einzubringen. Abgesehen davon gibt der Beklagte implizit zu, dass der Hinweis betreffend stets durchgeführte laufende Unterhaltsarbeiten hinsichtlich der beiden 3-Zimmerwohnungen im EG und im 1. OG falsch war und ihm dies auch bewusst war, wenn er in Rz. 17 der Berufungsbegründung eingesteht, er habe nie Anlass gehabt, die fraglichen Wohnungen zu besichtigen, weil die Mieter(innen) nie Forderungen beispielsweise betreffend Neuanstrich oder neuer Bäder/Küchen an ihn gestellt hätten, da sie froh gewesen seien, mitten in der Stadt sehr billig leben zu können (vgl. Urk. 121 S. 6 f.). Damit hat es auch mit der vorinstanzlichen Feststellung, dass der Beklagte die Kläger über den Zustand der beiden betreffenden Wohnungen getäuscht habe, sein Bewenden. 3. Demzufolge ist die Berufung abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist, und das angefochtene Urteil zu bestätigen (Art. 318 Abs. 1 lit. a ZPO). V. Kosten- und Entschädigungsfolgen 1. Für das Berufungsverfahren beträgt der Streitwert Fr. 104'695.25. 2. Die zweitinstanzliche Entscheidegebühr ist in Anwendung von § 12 i.V.m. § 4 Abs. 1 und 2 und § 10 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 6'000.– festzusetzen. Die Entscheidegebühr ist ausgangsgemäss dem Beklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

E. 3

Mit Eingabe vom 11. Dezember 2017 nahm der Beklagte fristgerecht zur Frage der Rechtzeitigkeit der Berufungserhebung Stellung und bezeichnete dazu seine Beweismittel (Urk. 130). Am 11. Januar 2018 erging zur Behauptung des Beklagten, dass die Berufungsschrift am 9. November 2017 der Schweizerischen Post übergeben worden sei, der Beweisabnahmebeschluss (Urk. 134). Zudem wurde dem Beklagten Frist angesetzt, um einen Vorschuss von Fr. 300.– für die Beweiserhebungen zu leisten (Urk. 134 S. 3 f.), und bestimmt, dass die Be-

- 6 - weisabnahme an ein Mitglied des Gerichtes delegiert und von diesem durchgeführt werde, sofern nicht eine Partei innerhalb von 10 Tagen aus wichtigen Gründen dagegen opponiere (Urk. 134 S. 3). Gleichentags wurde bei der Post CH AG eine schriftliche Auskunft zur Zustellung der Berufungsschrift eingeholt (Urk. 135). Der Vorschuss für die Beweisabnahme ging fristgerecht ein (Urk. 136). Mit Schreiben vom 22. Januar 2018 nahm die Post CH AG zum Auskunftsbegehren Stellung (Urk. 137). Am 12. Februar 2018 wurde zur Beweisverhandlung auf den 23. März 2018 vorgeladen (Urk. 138). Anlässlich der Beweisverhandlung, die von einem Mitglied des Gerichts und dem Gerichtsschreiber durchgeführt wurde, weil gegen die angekündigte Delegation keine Einwendungen erhoben worden waren, wurde der vom Beklagten angerufene Zeuge befragt und erhielten die Parteien Gelegenheit zur Stellungnahme zum Beweisergebnis (Urk. 139; Prot. II S. 6 ff.). Mit Beschluss vom 5. April 2018 wurde vorgemerkt, dass die Berufung des Beklagten

vom 9. November 2017 rechtzeitig erhoben worden war und es wurden die Kosten- und Entschädigungsfolgen des Beweisverfahrens dem Endentscheid vorbehalten (Urk. 140 S. 7).

E. 3.1

Vorliegend war ein Beweisverfahren durchzuführen, weil zweifelhaft war, ob die Berufungserhebung rechtzeitig erfolgt war, die rechtzeitige Erhebung der Berufung aber eine Prozessvoraussetzung für das Berufungsverfahren darstellt (vgl. dazu die Beschlüsse vom 11. Januar 2018, Urk. 134, und vom 5. April 2018, Urk. 140). Im Beweisverfahren wies der Beklagte nach, dass sein Rechtsvertreter die Berufungsbegründung am letzten Tag der dafür laufenden Frist, dem 9. November 2017, abends in einen Briefkasten der Post warf, die Berufungsbegrün-

- 22 - dung mithin rechtzeitig vor Fristablauf der Post übergeben wurde (vgl. Urk. 140 S. 2 ff.).

E. 3.2

Ein Anwalt, der am letzten Tag einer Frist eine Postsendung, mit der er die Frist wahren möchte, weder eingeschrieben noch im Sinne von Art. 130 Abs. 2 ZPO spediert, provoziert ein Beweisverfahren über die Einhaltung der Frist, welches er ohne Weiteres hätte vermeiden können. Die damit verbundenen Prozesskosten in Höhe von Fr. 1'000.–, die nicht in der zweitinstanzlichen Entscheidungsbüchlein enthalten sind (vgl. Urwyler/Grütter, DIKE-Komm-ZPO, Art. 108 N 1), waren unnötig und sind daher in Anwendung von Art. 108 ZPO Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____ persönlich aufzuerlegen (ZK ZPO-Jenny, Art. 108 N 8 m.w.H.; ZR 112 [2013] Nr. 84; ZR 108 [2009] Nr. 51).

E. 3.3

Der Beklagte hat für die Beweiserhebungen einen Vorschuss von Fr. 300.– geleistet (Urk. 134 S. 3 f.; Urk. 136). Dieser Vorschuss ist ihm zurückzuerstatten. 4. Ausgangsgemäss hat der Beklagte die Kläger für das Berufungsverfahren angemessen zu entschädigen (Art. 95 Abs. 3 und Art. 106 Abs. 1 ZPO). Auszuklammern sind die Aufwendungen der Kläger für das Beweisverfahren; diesbezüglich ist gestützt auf Art. 108 ZPO Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____ zur Leistung einer Parteientschädigung an die Kläger zu verpflichten. Die vom Beklagten an die Kläger zu leistende Parteientschädigung ist in Anwendung von § 2 Abs. 1, § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV auf Fr. 5'500.– (inkl. Mehrwertsteuer: Urk. 148 S. 2), diejenige, welche Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____ an die Beklagten zu leisten hat, in Anwendung von § 2 Abs. 1, § 4 Abs. 1 und 2, § 11 Abs. 2 sowie § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV auf Fr. 1'100.– (inkl. Mehrwertsteuer: Urk. 148 S. 2) festzusetzen. Es wird beschlossen: 1. Auf den Antrag des Beklagten, es sei das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 7. Abteilung, vom 15. September 2017 aufzuheben und die Sache zur Wie-

- 23 - derholung des erstinstanzlichen Verfahrens an dieses zurückzuweisen, wird nicht eingetreten. 2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis. Es wird erkannt: 1. Die Berufung wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird, und das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 7. Abteilung, vom 15. September 2017 wird bestätigt. 2. Die zweitinstanzliche Entscheidungsbüchlein wird auf Fr. 6'000.– festgesetzt. Die weiteren Gerichtskosten für das Beweisverfahren betragen Fr. 1'000.–. 3. Die Entscheidungsbüchlein in Höhe von Fr. 6'000.– wird dem Beklagten auferlegt und mit seinem Kostenvorschuss in Höhe von Fr. 9'000.– verrechnet. 4. Die weiteren Gerichtskosten für das Beweisverfahren in

Höhe von Fr. 1'000.– werden Rechtsanwalt Dr. iur. X._____ auferlegt. 5. Dem Beklagten wird der für die Beweiserhebungen geleistete Vorschuss von Fr. 300.– zurückerstattet. 6. Der Beklagte wird verpflichtet, den Klägern für das Berufungsverfahren, ausgenommen das Beweisverfahren, eine Parteientschädigung von Fr. 5'500.– zu bezahlen. 7. Rechtsanwalt Dr. iur. X._____ wird verpflichtet, den Klägern für das Beweisverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 1'100.– zu bezahlen. 8. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und an Rechtsanwalt Dr. iur. X._____ sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein. Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

- 24 -

E. 4

Mit Eingabe vom 18. April 2018 teilte der vormalige Vertreter der Kläger – vorab per Telefax – mit, dass er nicht mehr als deren Vertreter mandatiert sei, und ersuchte er die erkennende Kammer, mit der Zustellung fristauslösender Verfügungen zuzuwarten, bis die Kläger einen neuen Rechtsvertreter bezeichnet hätten (Urk. 141A+B). Unterm 26. April 2018 legitimierte sich der heutige Vertreter der Kläger (Urk. 142-144). Mit Verfügung vom 15. Mai 2018 wurde den Klägern Frist zur Erstattung der Berufungsantwort angesetzt (Urk. 147). Diese folgte innert Frist mit Eingabe vom 20. Juni 2018 (Urk. 147 letzte Seite; Urk. 148). Mit Verfügung vom 31. Oktober 2018 wurde die Berufungsantwort dem Beklagten zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 151). Weitere Eingaben erfolgten nicht.

E. 5

Dem Antrag des Beklagten auf Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils zur Wiederholung des erstinstanzlichen Verfahrens kann daher bereits aus diesen Gründen kein Erfolg beschieden sein.

E. 6

Doch selbst wenn in den Vorbringen des Beklagten ein sinngemässes Fristwiederherstellungsgesuch im Sinne von Art. 148 ZPO zu erblicken wäre und es bei der zuständigen Instanz gestellt worden wäre, würde dies dem Beklagten nicht helfen. Seinen heutigen Rechtsvertreter mandatierte der Beklagte am 23. Oktober 2017 (Urk. 124). Damit ist davon auszugehen, dass er jedenfalls ab diesem Zeitpunkt handlungs- bzw. prozessfähig war und die 10-tägige Frist gemäss Art. 148 Abs. 2 ZPO somit spätestens in diesem Zeitpunkt zu laufen begann. Die Frist zur Einreichung des Fristwiederherstellungsgesuchs wäre demzufolge spätestens am 2. November 2017 abgelaufen. Die entsprechenden Behauptungen enthaltende Berufungsschrift wurde aber, wie im Beschluss der erkennenden Kammer vom 5. April 2018 festgestellt wurde, erst am 9. November 2017 der Post übergeben (vgl. Urk. 140 S. 2 ff.). Demzufolge wäre das Fristwiederherstellungsgesuch verspätet erfolgt.

- 14 -

E. 7

Da in Fällen, in denen eine Partei eine Prozesshandlung nicht fristgerecht vornimmt oder einen Termin verpasst, bei gegebenen Voraussetzungen nach Art. 148 ZPO eine Nachfrist gewährt oder zu einem neuen Termin vorgeladen werden kann, kann sich die betroffene Partei, die nicht nach dieser Bestimmung vorgeht, im Berufungsverfahren nicht erfolgreich auf eine Verletzung resp. Verweigerung des rechtlichen Gehörs berufen, denn die

Möglichkeit, nach Art. 148 ZPO vorzugehen, hat gerade (auch) zum Zweck, das rechtliche Gehör nachträglich zu wahren.

E. 8

Entgegen der Ansicht des Beklagten ist ein Gerichtsverfahren, an dem eine handlungs- resp. prozessunfähige Partei beteiligt ist, nicht zu sistieren, bis die Handlungsfähigkeit wieder eintritt (vgl. Hrubesch-Millauer, DIKE-Komm-ZPO, Art. 67 N 33). Hat eine handlungs- resp. prozessunfähige Partei keine gesetzliche Vertretung, die für sie im Sinne von Art. 67 Abs. 2 ZPO handelt, ist, wie die Kläger zutreffend ausführten (Urk. 148 S. 8 f.), Art. 69 ZPO einschlägig. Danach kann eine Partei, die offensichtlich nicht imstande ist, den Prozess selber zu führen, vom Gericht aufgefordert werden, einen Vertreter oder eine Vertreterin zu beauftragen, und das Gericht im Säumnisfall selber eine Vertretung für sie bestimmen (Abs. 1). Hält das Gericht Schutzmassnahmen für notwendig, benachrichtigt es die KESB (Abs. 2), damit diese eine Beistandschaft errichten kann (Hrubesch-Millauer, a.a.O., Art. 69 N 15; OGer ZH PQ150072-O/U vom 7. Januar 2016, E. 2.2). Dass die Vorinstanz nach Art. 69 ZPO hätte vorgehen müssen, macht der Beklagte indes in der Berufungsbegründung nicht geltend. Es ist aber auch nicht ersichtlich, dass die Vorinstanz diesbezüglich ein Vorwurf treffen könnte. Bis zur Niederlegung des Mandats durch seinen vormaligen Rechtsvertreter, die der Vorinstanz mit Schreiben vom 14. März 2016 mitgeteilt wurde (Urk. 69), hatte der Beklagte nämlich im vorliegenden Verfahren einen Rechtsvertreter, der über einen allfälligen Verlust der Handlungsfähigkeit und somit über einen allfälligen Verlust der Prozessfähigkeit hinaus bevollmächtigt war (Urk. 20). Die fragliche Vollmacht hatte der Beklagte am 14. Januar 2013 unterschrieben (Urk. 20), und dass er in jenem Zeitpunkt handlungs- bzw. prozessunfähig gewesen wäre, macht er nicht geltend. Damit leitete sich die Prozessfähigkeit des Beklagten, sollte diese ganz oder teilweise gefehlt haben, während des Zeitraums bis zur Mandatsniederle-

- 15 - gung aus der Prozessfähigkeit des Vertreters ab (OGer ZH NP130003-O/U vom 27. Februar 2013, E. II/2a). Der vormalige Rechtsvertreter hätte zudem gemäss Art. 397a OR die KESB benachrichtigen müssen, wenn der Beklagte nicht mehr die notwendigen Instruktionen hätte erteilen können (vgl. Breitschmid, Meldepflicht des Beauftragten gemäss Art. 397a OR – in welchen Fällen zwingend?, in: SJZ 2013, 251 ff.). Da er dies nicht tat und zudem die Passivität einer Partei nicht einfach zur Anwendung von Art. 69 ZPO führt (vgl. BSK ZPO-Tenchio, Art. 69 N 15a), kann nicht davon ausgegangen werden, dass der Vorinstanz genügend Anhaltspunkte für ein Vorgehen nach Art. 69 ZPO vorlagen; es kann diesbezüglich auf die zutreffenden Ausführungen der Kläger verwiesen werden (Urk. 148 S. 9 ff., zusammengefasst vorstehend unter Erw. III./2.).

E. 9

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. 104'695.25. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG. Zürich, 7. Dezember 2018 Obergericht des Kantons Zürich I. Zivilkammer

Die Vorsitzende: Die Gerichtsschreiberin: Dr. L. Hunziker Schnider lic. iur. C. Faoro
versandt am: am

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte
Originaltext. Quellen-URL siehe oben.