

ZH_OBERGERICHT NP150029 vom 21. Juni 2016

ZH Obergericht, 2016-06-21, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_NP150029

FR: ZH_OBERGERICHT NP150029 du 21 juin 2016

IT: ZH_OBERGERICHT NP150029 del 21 giugno 2016

Erwägungen

E. 1

Der Kläger und Berufungsbeklagte (nachfolgend Kläger) ist der Willensvollstreckter für den Nachlass der am tt.mm.2014 verstorbenen C._____. Mit Kaufvertrag vom 19. Juli 2007 hatte C._____ dem Beklagten und Berufungskläger (nachfolgend Beklagter) das in ihrem Eigentum stehende Mehrfamilienhaus an der D._____-Strasse ... in Zürich verkauft, in welchem sie selbst eine der Wohnungen bewohnte. Im Kaufvertrag wurde ihr ein lebenslängliches, unentgeltliches Wohnrecht eingeräumt (act. 4/4). Mit der vorliegenden Klage erhebt der Kläger gegenüber dem Beklagten Anspruch auf Ersatz der Kosten, welche C._____ wegen der Sanierung der Liegenschaft durch den Beklagten entstanden waren; verlangt werden die Kosten für eine Ersatzunterkunft, den Umzug und Weiteres. Der Beklagte bestreitet eine Zahlungspflicht.

E. 2

Am 16. März 2015 erhob der Kläger bei der Vorinstanz Klage (act. 1 und 2). Der Beklagte verzichtete auf eine fakultative schriftliche Stellungnahme dazu, am 21. September 2015 fand die Hauptverhandlung statt (Prot. I S. 5 ff.). Nachdem Vergleichsgespräche im Anschluss an die Hauptverhandlung gescheitert waren, erging am 4. November 2015 der angefochtene Entscheid (act. 29).

- 4 -

E. 2.1

Der Kläger stützt seinen Anspruch zunächst auf das C._____ zustehende Wohnrecht, welches er verletzt sieht, sowie den Zusatzvertrag zum Kaufvertrag. Zudem geht er davon aus, der Beklagte habe an der Besprechung vom 18. September 2013 erklärt, die Wohnkosten für die Ersatzunterkunft für C._____ während den Umbauarbeiten (abzüglich 4 Wochen, welche C._____ übernommen habe) zu übernehmen (act. 2 S. 14 - 17).

E. 2.2

Die Vorinstanz hat die Grundsätze der verschiedenen Anspruchsgrundlagen im angefochtenen Entscheid dargelegt. Sie hat zutreffend festgehalten, dass der Kläger seinen Anspruch grundsätzlich sowohl auf ausservertragliches Haftpflichtrecht als auch auf Vertragsrecht stützen könne und sich die Parteien als ursprüngliche Vertragsparteien bzw. deren Gesamtrechtsnachfolger entgegenhalten lassen müssen, was sie gültig vertraglich vereinbart haben. Das bedeutet, dass die engen Grenzen der Rechtsgestaltung im Sachenrecht nicht greifen. Zutreffend wies die Vorinstanz auch darauf hin, dass die Wohnberechtigten nach Art. 776 ff. ZGB verpflichtet sei, wichtigere Arbeiten oder Vorkehrungen zur Erhaltung des Gegenstandes entschädigungslos zu dulden, sie indes bei Massnahmen, welche über die Erhaltung hinaus gehen, gegebenenfalls Anspruch auf

Schadenersatz erheben könne, soweit eine Nutzungseinschränkung damit verbunden sei (act. 29 S. 7 - 9; Erw. 5; Art. 776 Abs. 3 ZGB i.V.m. Art. 764 Abs. 2 ZGB; BAUMANN, Zürcher Kommentar, 3. Aufl., Art. 764-765 ZGB N 34 und Art. 776 ZGB N 35). Gestützt auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum kaufmännischen Bestätigungsschreiben hielt die Vorinstanz im Weiteren mit Bezug auf die protokollierte Besprechung vom 18. September 2013 dafür, dass aufgrund der gesamten Umstände, unter denen C._____, der Kläger und der Beklagte die Besprechung vom 18. September 2013 abgehalten hätten, der Kläger habe davon ausgehen dürfen, dass sich auch der Beklagte an den protokollierten Vergleich gebunden gesehen habe (act. 29 S. 10 - 15, Erw.7). Selbst wenn am 18. September 2013 kein Vergleich im Sinne des Protokolls zustande gekommen wäre – so die Vorinstanz – wäre der Beklagte aber zum Ersatz der Kosten für das auswärtige Wohnen und

- 10 - für die Umzugskosten gestützt auf die gesetzliche Regelung verpflichtet, weil C._____ gestützt auf Art. 737 Abs. 3 ZGB nur ein Minimum an Einschränkungen habe entschädigungslos dulden müssen. Auch bei umfangreicheren Bauarbeiten sei es nicht zwingend notwendig, dass die Bewohner das Haus verliessen. Der Beklagte habe im Vorfeld aber klar gestellt, dass er erwarte, dass C._____ die Wohnung für ein halbes Jahr verlasse. Die Arbeiten seien so geplant gewesen, dass ein Verbleiben im Haus unzumutbar gewesen wäre. Sie seien auch über blosser Erhaltungsarbeiten hinaus gegangen und nicht so organisiert gewesen, dass die Bewohner im Haus hätten bleiben können. Damit sei der Dienstbarkeitsvertrag verletzt worden und der Anspruch auf Ersatz der entsprechenden Kosten ausgewiesen (act. 29 S. 15/16 Erw. 7.2). Die Vorinstanz verneinte schliesslich das Vorliegen einer abweichenden, auch konkludenten, Vereinbarung und hielt dafür, dass eine solche formungültig gewesen wäre (act. 29 S. 17-19 Erw. 7.3). Die Höhe des geltend gemachten Anspruchs zuzüglich Zins erachtete sie als ausgewiesen (act. 29 S. 19/20 Erw. 7.4 und 7.5), eine Gegenforderung des Beklagten verneinte sie (act. 29 S. 21 - 24. Erw. 8).

3. Vorbringen der Parteien

E. 2.3

In der Befragung vom 23. Februar 2016 schilderte X1._____ als Zeuge glaubhaft, wie er an jenem Abend von seinem Büropartner darum gebeten wurde ihn auf die Sihlpost zu begleiten, um den rechtzeitigen Einwurf der Berufungsschrift in den Briefkasten zu bestätigen; dies nachdem dieser erkannt hatte, dass es ihm nicht gelingen werde, die Eingabe bis 22.30 Uhr zur Sihlpost zu bringen. Er habe sich dazu bereit erklärt. Beim Einwurf der Eingabe in den Briefkasten hätten er und sein Büropartner je die Uhr konsultiert und festgestellt, dass diese kurz vor 23.45 Uhr zeige (act. 38 S. 3/4). Der Zeuge erklärte zwar, es sei nicht das einzige Mal, dass er für seinen Büropartner auf diese Art die Rechtzeitigkeit einer Eingabe bestätigen müssen und er konnte die früheren Male zeitlich nicht genau einordnen. Da er aber mit Sicherheit sagen konnte, dass die Sendung an

- 6 - besagtem Abend an der Kasernenstrasse und nicht wie ein früheres Mal im Provisorium in der Europaallee eingeworfen wurde, erscheint auch hinreichend sicher, dass sich seine Ausführungen auf das vorliegende Verfahren bezogen. Dass die Eingabe vor Mitternacht in den Postbriefkasten gelegt wurde, hat der Zeuge mit Sicherheit bestätigt. Es besteht kein Anlass an der Richtigkeit der Aussage zu zweifeln. Die Rechtzeitigkeit der Berufungseingabe ist damit nachgewiesen.

E. 2.4

Auch im Übrigen steht dem Eintreten auf die Berufung nichts entgegen. Der Kläger stützte vor Vorinstanz die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts zutreffend auf Art. 97 und/oder Art. 113 IPRG (act. 1 S 3/4), der Beklagte hat die Zuständigkeit ausdrücklich anerkannt (act. 13 S. 3). Sie ist ohne weiteres gegeben. 3. Der Beklagte hat gemäss seinen Angaben (nach wie vor) Wohnsitz in Thailand. Es liegt ein internationaler Sachverhalt vor. Die Adressangaben des Beklagten in der Berufungsschrift sind hinreichend präzise, weshalb die vom Kläger in der Berufungsantwort verlangte Präzisierung nicht eingeholt wurde. In der unaufgeforderten eingegangenen Replik hat der Beklagte auch noch die Hausnummer in seiner Wohnadresse angegeben (act. 48 S. 3), so dass nunmehr eine vollständige Adressangabe vorliegt. 4. Die Anwendbarkeit des schweizerischen Rechts ist aufgrund von Art. 99 bzw. Art. 117 IPRG gegeben. Soweit von einem ausservertraglichen Anspruch ausgegangen wird, stützt sich die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts auf Art. 129 IPRG; gestützt auf Art. 133 Abs. 2 IPRG ist ebenfalls schweizerisches Recht anwendbar. Mit der Berufung kann die unrichtige Rechtsanwendung sowie die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes gerügt werden (Art. 310 ZPO). Bei dem macht der Beklagte geltend, sodann rügt er die Verletzung prozessualer Vorschriften (act. 26 S. 4). Es ist nachstehend darauf einzugehen, soweit die Vorbringen zulässig und für die Entscheidungsfindung erforderlich erscheinen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass im Berufungsverfahren neue Tatsachen und Beweismittel nur noch berücksichtigt werden, wenn sie ohne Verzug vorgebracht und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO).

- 7 - 5. Der Beklagte macht geltend, es liege im Umfang, in welchem der Kläger das Rechtsbegehren im Schlichtungsverfahren nicht bei der nächsten Instanz prosequiert habe, ein Klagerückzug vor, was sich auf die Regelung der Kosten- und Entschädigungsregelung auszuwirken habe (act. 26 S. 4 Rz 7; act. 48 S. 8). Dem ist nicht zu folgen: Die Kosten- und Entschädigungsfolgen werden in der Regel nach Obsiegen und Unterliegen verteilt und hängen vom Streitwert ab. Nichteintreten und Klagerückzug gelten dabei als Unterliegen (Art. 106 ff. ZPO). Der Streitwert wird durch das Rechtsbegehren bestimmt (Art. 91 ZPO). Dabei ist der Zeitpunkt der Klageeinreichung massgebend, wobei eine zulässige Klageänderung während des Verfahrens zu einer Erhöhung führen kann. Im Schlichtungsverfahren richtet sich der Streitwert nach dem Schlichtungsbegehren, im erstinstanzlichen Verfahren grundsätzlich nach dem Rechtsbegehren in der Klage (vgl. dazu BGer 4A_488/2014, Urteil vom 20. Februar 2015, E. 2.2 mit zahlreichen Hinweisen auf die Lehre). Vorliegend hat der Kläger vor Vorinstanz Klage über CHF 25'380.85 erhoben und er hat den Forderungsbetrag im Rahmen der Hauptverhandlung auf CHF 25'604.70 erhöht. Dieser Betrag stellte den für das erstinstanzliche Verfahren massgeblichen Streitwert dar.

E. 3

Mit der vom 14. Dezember 2015 datierten Eingabe erhob der Beklagte Berufung (act. 26). Er stellt die eingangs erwähnten Anträge. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen. Nach rechtzeitigem Eingang des Prozesskostenvorschusses wurde zur Frage der Rechtzeitigkeit der Berufung ein Beweisverfahren durchgeführt und den Parteien Gelegenheit zur Stellungnahme eingeräumt. Mit Verfügung vom 14. März 2016 wurde dem Kläger Frist zur Erstattung der Berufungsantwort angesetzt (act. 42). Diese ging rechtzeitig am 29. April 2016 ein (act. 44). Sie wurde dem Beklagten am 4. Mai 2016 zur Kenntnis zugestellt (act. 47), worauf dieser am 17. Mai 2016 unaufgefordert eine umfangreiche Replik einreichte (act. 48). Diese wiederum wurde dem Kläger zur Kenntnis

zugestellt. Der Kläger nahm dazu am 2. Juni 2016 Stellung (act. 52). Mit Verfügung vom

E. 3.1

Der Beklagte macht in der Berufung zusammenfassend geltend, die Vorinstanz habe sein Recht auf Beweis verletzt, da sie weder auf seine Einwendungen und die Beweisofferten in quantitativer Hinsicht eingetreten sei noch über Bestand und Umfang der eingeklagten Forderung ein Beweisverfahren durchgeführt habe. Er hält an seiner vorinstanzlichen Auffassung fest, dass es sowohl an einer rechtlichen wie auch einer vertraglichen Grundlage für den zugesprochenen Betrag fehle. Überdies sei für den Zeitraum vom 2. Mai bis am 7. Juli 2014 keine Benutzungsgebühr im Sinne seiner Verrechnungsforderung angerechnet und die als Beweismittel offerierte Parteibefragung nicht abgenommen worden (act. 26 und 48).

E. 3.2

Der Kläger verlangt die Bestätigung des vorinstanzlichen Entscheides; die Argumente des Beklagten überzeugten nicht: Die Behauptung, die Umbauarbeiten

- 11 - hätten auch ohne weiteres in bewohntem Zustand durchgeführt werden können, weil der Beklagte diese Möglichkeit von Beginn weg ausgeschlossen habe. Eine mündliche Vereinbarung über einen Entschädigungsverzicht habe es sodann nicht gegeben und wäre überdies formungültig gewesen. Er geht weiter davon aus, der Beklagte habe sich am 18. September 2013 zur Übernahme der wegen des Umbaus entstehenden Kosten verpflichtet, der behauptete Widerspruch gegen die Entschädigungspflicht sei zu spät erfolgt. Gleiches gelte auch für den erstmals im vorinstanzlichen Verfahren erhobenen Einwand, er sei einem Erklärungsirrtum unterlegen (act. 44 S. 4 ff.).

E. 3.3

Auf Einzelheiten in den Parteivorbringen ist nachfolgend soweit notwendig einzugehen. 4. Würdigung 4.1 Protokoll über die Besprechung vom 18. September 2013 (act. 4/15) 4.1.1 In der Klagebegründung machte der Kläger u.a. geltend, an der Besprechung vom 18. September 2013 habe sich C. _____ entgegen der gesetzlichen und im Zusatzvertrag vereinbarten Regelung bereit erklärt, die Wohnkosten einer Ersatzunterkunft für die Dauer von 4 Wochen selbst zu tragen, der Beklagte wiederum habe erklärt, die Umzugskosten und die Wohnkosten von C. _____ zu übernehmen, welche über die Dauer von 4 Wochen hinausgingen. Diese Vereinbarung sei im Protokoll festgehalten und dem Beklagten zugestellt worden. Nachdem ein Widerspruch gegen dieses Protokoll unterblieben bzw. erst am 16. November 2013 erfolgt sei, habe der Kläger davon ausgehen dürfen, dass der Beklagte die Kostenübernahme anerkannt habe (act. 2 S. 16/17, Rz 56ff.). Der Beklagte bestritt in der Klageantwort "vehement" (act. 13 S. 28), am 18. September 2013 zugesichert zu haben, die Umzugs- und Wohnkosten von C. _____ zu übernehmen. Sodann machte er geltend, dass er nicht verpflichtet gewesen sei, sofort auf das zugestellte Protokoll zu reagieren, zumal daraus nicht hervorgegangen sei, dass sofort reagiert werden müsse. Er sei seit Beginn der Gespräche immer der Auffassung gewesen, dass er für die Umzugs- und Wohnkosten nicht einzu-

- 12 - stehen habe. Zudem ergebe sich aus dem Protokoll keine eigentliche Verpflichtung; vielmehr sei der Wortlaut vage (act. 13 S. 28/29). 4.1.2 Die Vorinstanz hielt im angefochtenen Entscheid gestützt auf diese Behauptungslage zutreffend fest, es sei zwischen den Parteien nicht nur strittig, ob das zunächst unwidersprochen gebliebene

Protokoll den Beklagten binde, sondern auch, wie dieses zu verstehen sei. In der Folge ging sie davon aus, dass aufgrund des Wortlauts und des Hintergrunds das Protokoll vom 18. September 2013 nicht als unverbindliche Meinungsäußerung des Klägers und damaligen Anwalts von C. _____ zu verstehen sei. Die Verhandlungen vom 18. September 2013 hätten eine ganze Reihe von Themen betroffen und das Protokoll sei jedenfalls über weite Strecken korrekt; die Parteien hätten diesem teilweise denn auch nachgelebt. Damit habe der Kläger kein Protokoll verfasst, welches dem Verhandlungsergebnis diametral zuwidergelaufen sei und auf das seitens des Beklagten nicht hätte reagiert werden müssen. Insbesondere dem Zugeständnis von C. _____, aus dem Haus auszuziehen, sei nicht widersprochen worden und C. _____ sei dann auch ausgezogen. Wenn der Beklagte sich erstmals vor Schranken auf einen Erklärungsirrtum berufe, sei er damit überdies verspätet (act. 29 S. 10 - 15, Erw. 7.1.). 4.1.3 Im Zusammenhang mit der protokollierten Besprechung vom 18. September 2013 bestreitet der Beklagte auch im Berufungsverfahren, dass am 18. September 2013 eine verbindliche Regelung für die Ersatzwohn- und Umzugskosten getroffen worden sei. Ebenfalls bestreitet er, dass der Kläger aus dem Umstand, dass er, der Beklagte, auf das Protokoll nicht reagierte, etwas zu seinen Gunsten ableiten könne. Selbst wenn der Inhalt des Protokolls verbindlich sein sollte, dann ergebe sich daraus, dass Frau C. _____ während der Dauer des Umbaus von Küche und Bad die Wohnung auf eigene Kosten habe verlassen müssen, wobei die im Protokoll genannten 3-4 Wochen für eine Küchen- und Badezimmersanierung absolut unrealistisch seien, was seitens des Klägers nie bestritten worden sei. Es sei immer von einer 6-monatigen Umbauzeit gesprochen worden, auch im Schreiben vom 15. Oktober 2012 (act. 26 S. 16/17 i.V.m. act. 4/8 und act 13 S. 22, 25 und Prot. I S. 28; auch act. 48 S. 5 und S. 25f.). Der Beklagte bestreitet,

- 13 - dass ein Anwendungsfall von Art. 6 OR vorliege, da der Kläger nicht habe damit rechnen dürfen, dass ein Stillschweigen eine Abkehr von der bisherigen Auffassung, keine Entschädigung zahlen zu müssen, bedeute. Es sei unzulässig dies anzunehmen. Frau C. _____ sei im Übrigen bereits im Januar 2013 bereit gewesen, die Wohnung per Ende September 2013 zu verlassen, strittig sei nur noch gewesen, ob eine Entschädigung zu bezahlen wäre (act. 26 S. 18/19). Der Beklagte verweist auch darauf, dass die Formulierungen im Protokoll sehr vage erfolgt seien; es könne keine Verpflichtung daraus abgeleitet werden. Es sei auch nicht richtig, dass der Beklagte zu spät reagiert habe. Schliesslich könnten durch ein Bestätigungsschreiben begründete Vermutungen durch einen Gegenbeweis entkräftet werden. Er, der Beklagte, habe mit seinen Schreiben vom 16. November und 11. Dezember 2013 reagiert und für den Inhalt der Besprechung vom 18. September 2013 als Beweismittel seine persönliche Befragung offeriert, welche von der Vorinstanz verweigert wurde. Schliesslich steht der Beklagte auf dem Standpunkt, sich rechtzeitig auf einen Erklärungsirrtum berufen zu haben (act. 26 S. 20 - 25; act. 48 S. 27 ff.). 4.1.4 Der Kläger bestreitet in der Berufungsantwort sämtliche Vorbringen des Beklagten unter Verweis auf seine Vorbringen vor Vorinstanz. Er geht mit der Vorinstanz davon aus, das Protokoll halte eine Vereinbarung über eine Entschädigungspflicht fest, welcher der Beklagte nicht innert nützlicher Frist widersprochen habe. Dem Protokoll komme damit konstitutive Wirkung zu. Der Kläger bejaht den verpflichtenden Charakter der Vereinbarung und geht davon aus, dass die gegebenen Umstände nach einem sofortigen Widerspruch gerufen hätten. Zum Gegenbeweis müsse der Beklagte nicht zugelassen werden; da er in der beantragten persönlichen Befragung nur seinen Standpunkt wiederholen könnte. Aus seinen weiteren Einwendungen (Thematisierung der Entschädigungspflicht bereits vor dem 18. September 2013, Dusche, Zutrittsregelung)

könne der Be- klagte nichts für seinen Standpunkt ableiten (act. 44 S. 17 - 23). 4.1.5 Es ist unbestritten, dass das Protokoll über die Besprechung vom 18. Sep- tember 2013 so wie es vorliegt im Anschluss an die Besprechung vom Kläger ver- fasst und am 26. September 2013 dem Beklagten zugekommen ist. Ob dem Pro-

- 14 - tokoll (act. 4/15) in dieser Konstellation im Sinne eines Bestätigungsschreibens rechtserzeugende Kraft zukommen kann, entscheidet sich nach den Grund- sätzen der Vertrauenshaftung. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts kann einem Bestätigungsschreiben, das unwidersprochen bleibt, selbst dann rechtserzeugende Kraft zukommen, wenn die Parteien vorher ergebnislos ver- handelt oder sich in wesentlichen Punkten noch nicht geeinigt haben. Dies kann der Fall sein, wenn der Empfänger schweigt, obwohl er Anlass dazu hätte, dem Schreiben zu widersprechen. Ob Anlass zum Widerspruch besteht, beurteilt sich wiederum nach einem objektiven Massstab und hängt nicht von der subjektiven Einstellung des Absenders ab (BGE 114 II 250 E. 2a). 4.1.6 Der Beklagte hat im Berufungsverfahren unter Hinweis auf die eingereichte Korrespondenz hervorgehoben, dass C._____ seit Januar 2013 bereit gewesen sei, die Wohnung zu verlassen, strittig sei nur gewesen, ob eine Entschädigung zu bezahlen sei (act. 26 S. 6 Rz 2 mit Hinweis auf act. 14/5 und act. 26 S. 19 Rz 14). Auch nach seiner Darstellung und der von ihm eingereichten Dokumente wa- ren die Umbauarbeiten, deren Terminierung, der Umzug oder der Zugang zu den Wohnungen, wie auch die Art und Dauer des Umbaus sowohl vor als auch nach dem Kauf der Liegenschaft immer wieder Gegenstand von Diskussionen zwi- schen ihm (teilweise unter Einbezug seines Rechtsvertreters) und der Wohnbe- rechtigten C._____ bzw. ihrem Rechtsnachfolger (und heutigem Kläger). Seine Positionen blieben vor Vorinstanz umstritten: So hatte der Kläger – teilweise ebenfalls unter Hinweis auf die vorprozessuale Korrespondenz – geltend ge- macht, die Wohnberechtigte C._____ sei mit der Sanierung und vor allem mit dem Umzug für die Dauer der Umbauarbeiten nicht einverstanden gewesen (z.B. act. 2 S. 7 Rz 23), und er bestritt die Darstellung des Beklagten, dass C._____ sich be- reit erklärt habe, entschädigungslos auszuziehen (act. 13 S. 11/12; Prot. I S. 17). Der Kläger machte geltend, man sei anlässlich der Besprechung vom 18. Sep- tember 2013 übereingekommen, dass C._____ für die Dauer der Sanierung die Wohnung verlasse (act. 2 S. 9 Rz 32), und er bestritt die Notwendigkeit der Sanie- rung (Prot. I S. 10) und ebenso die Behauptung des Beklagten, die Wohnung wä- re während des Umbaus bewohnbar und ein Umzug von C._____ gar nicht not- wendig gewesen (Prot. I S. 9/10). Umstritten war vor Vorinstanz (wie auch im Be-

- 15 - rufungsverfahren) auch die erforderliche Dauer für die Sanierung für Bad und Kü- che: der Kläger erachtete 3-4 Wochen als hinreichend (act. 15 S. 6 Rz 29 und Prot. I S. 9), während der Beklagte erklärte, es sei immer von einer Umbauzeit von 6 Monaten ausgegangen worden (act. 13 S. 22 Rz 37). Gegenstand der Dis- kussionen war schliesslich gemäss Darstellung beider Parteien auch, ob vom Be- klagten angebotene Ersatzunterkünfte hinreichend waren (vgl. dazu insbesondere auch act. 18/2 und 18/3, in welchem Schreiben bzw. E-Mail insbesondere das Angebot einer Ersatzwohnung Gegenstand der Diskussion war, welche der Be- klagte C._____ für die Dauer des Umzugs unentgeltlich überlassen wollte). Für den Zeitpunkt der Besprechung vom 18. September 2013 ergibt sich aus den in der Sache im Wesentlichen konträren Parteidarstellungen, dass – wie der Be- klagte selbst einräumt (act. 26 S. 19) – im Zusammenhang mit dem fraglichen Umbau unter den Parteien verschiedene Fragen strittig waren und dabei insbe- sondere auch die Frage der Entschädigungsverpflichtung. Ob vom Beklagten er- wartet werden konnte und musste,

dass er auf das Protokoll reagiere, falls er damit nicht einverstanden war und sich nicht darauf behaupten wollte, ist vor diesem Hintergrund zu beurteilen. Das Erfordernis eines sofortigen Widerspruchs gegen das Protokoll ist allerdings nur dann relevant, wenn sich aus dem Protokoll eine Verpflichtung des Beklagten ergibt, was dieser unter Hinweis darauf, dass die Formulierungen sehr vage erfolgt seien, bestreitet (act. 26 S. 20/21; act. 48 S. 25). Dies ist nachstehend zu prüfen. 4.1.7 Der Beklagte weist zu Recht darauf hin, dass sich aus der Formulierung von Ziff. 6 des Protokolls (act. 4/15) nicht ergibt, der Beklagte habe sich zur Übernahme der Wohnkosten verpflichtet. Abs. 2 von Ziff. 6 stellt indes fest, dass der Beklagte ("A. _____") für eine Wohnung aufzukommen habe. Die Formulierung ist dabei keinesfalls vage, sondern klar und unmissverständlich. Gemäss Ziff. 10 des Protokolls informierte der Beklagte über die Möglichkeit einer früheren Fertigstellung der Haussanierung; sodann wird festgehalten: "Dies würde die Aufenthaltskosten im Tessin für A. _____ und C. _____ entsprechend reduzieren." In Ziff. 10 des inhaltlich nicht strittigen Protokolls nimmt damit der Beklagte selbst Bezug auf die Regelung gemäss Ziff. 6 des Protokolls und lässt dieses gegen sich

- 16 - gelten. Dabei muss es auch heute bleiben. Dies, zumal sich im Gegenzug C. _____ gemäss Ziff. 2 des Protokolls verpflichtete, die Wohnung zu verlassen und ins Tessin zu reisen (... Locarno), nachdem sie eine entsprechende Pflicht dazu bisher bestritten hatte. Dieser letzteren Bestimmung des Protokolls (wie auch anderen) wurde in der Folge nachgelebt; die Parteien haben damit die Verbindlichkeit der im Protokoll festgehaltenen Regelung insoweit anerkannt. Dafür, dass die Verbindlichkeit nur Teile der im Protokoll enthaltenen Regelungen betreffen sollte, wie aus den Vorbringen des Beklagten abgeleitet werden muss, ergeben sich keinerlei Anhaltspunkte. Vielmehr ist mit der Vorinstanz die Verbindlichkeit der im Protokoll festgehaltenen Regelung auch mit Bezug auf die Entschädigungsfrage zu bejahen. 4.1.8 Dass die Vorinstanz bei diesen Verhältnissen davon ausging, der Beklagte habe im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung Anlass gehabt, zu reagieren, wenn er einzelne Regelungen gemäss Protokoll nicht gegen sich gelten lassen wolle, ist sodann jedenfalls sachlich vertretbar und nicht zu beanstanden. Es kann deshalb auch nicht darauf ankommen, ob der Beklagte am 18. September 2013 an der Besprechung tatsächlich Zusicherungen gemacht hatte wie der Kläger behauptet (act. 2 S. 9 Rz 31ff) und der Beklagte bestritten hat (act. 13 S. 19). Die Vorinstanz durfte daher auch auf die vom Beklagten offerierte Parteibefragung verzichten. Die entsprechende Rüge des Beklagten im Berufungsverfahren (act. 26 S. 23) ist unbegründet. 4.1.9 Dass das Protokoll, welches mit E-Mail vom 26. September 2013 sowohl dem Beklagten persönlich wie auch seinem Rechtsvertreter zugeschickt wurde (act. 4/14), keine Wirkung hat entfalten können, weil der Beklagte ohne seinen Vertreter an der Besprechung vom 18. September 2013 war, wie der Beklagte geltend machte (Prot. I S. 25), ist nicht einsichtig und wurde auch nicht näher begründet. Soweit der Beklagte im Berufungsverfahren neu geltend macht, es hätte eines Hinweises bedurft, dass das Protokoll als genehmigt gelte (act. 26 S. 19 und act. 48), kann er damit grundsätzlich nicht gehört werden, zumal nicht ersichtlich ist, weshalb er dies nicht schon vor Vorinstanz hätte behaupten können. Wie sich aus der erwähnten Rechtsprechung ergibt, träge der Einwand indes auch

- 17 - nicht zu, wenn – wie die Vorinstanz vertretbar angenommen hat – aufgrund des Vertrauensgrundsatzes eine Reaktion des Beklagten hätte angenommen werden dürfen. 4.2 Reaktion des Beklagten / Erklärungsirrtum 4.2.1 Es steht fest, dass der Beklagte auf das Protokoll mit den Schreiben vom 16. November 2013 und vom 11. Dezember 2013 reagiert

hat (act. 4/17 und act. 14/7), was die Vorinstanz als verspätet erachtet (act. 29 S. 12 - 14 E. 7.1.3.). 4.2.2 Was der Beklagte dem im Berufungsverfahren entgegenhält (act. 26 S. 21/22; act. 48 S. 30), vermag nicht zu überzeugen. Vorab ist sein Einwand, dass eine sofortige Reaktion auf das Protokoll am Entschluss von C._____ während des Umbaus ins Tessin zu ziehen nichts geändert hätte, neu und kann im Berufungsverfahren nicht gehört werden (act. 26 S. 6 und 21/22, act. 44 S. 8 und S. 30). Sodann hat der Beklagte eingeräumt, Anfang Oktober – wenn auch nicht in direktem Zusammenhang mit dem Umbau – mit dem Rechtsvertreter des Klägers Kontakt gehabt zu haben. Es ist nicht einzusehen, dass dannzumal der Widerspruch gegen das Protokoll als Ganzes oder gegen einzelne Bestimmungen nicht hätte deponiert werden können. Dass die Vorinstanz davon ausging, die Reaktion gut eineinhalb Monate nach Erhalt des Protokolls sei verspätet, ist nicht zu beanstanden. Mit den verspäteten Protestschreiben vom 16. November 2013 und vom 11. Dezember 2013 konnte entgegen der Auffassung des Beklagten (act. 26 S. 22) die durch das Bestätigungsschreiben begründete (an sich widerlegbare) Vermutung nicht entkräftet werden. Den beiden Schreiben vom 16. November 2013 und vom 11. Dezember 2013 lässt sich entgegen den Ausführungen des Beklagten (act. 26 S. 25 Rz 17 a.E.) auch nicht entnehmen, dass er sich darin auf einen Erklärungsirrtum beruft. Dies tat der Beklagte wie die Vorinstanz zutreffend festhielt, erstmals vor Vorinstanz, was diese zu Recht als verspätet bezeichnete (act. 29 S. 14/15 E. 7.1.4).

- 18 - 4.3 Erforderliche Umbauzeit für Küche und Bad 4.3.1 Der Beklagte macht geltend, dass selbst dann kein Entschädigungsanspruch des Klägers bestehe, wenn das Protokoll über die Besprechung vom 18. September 2013 (act. 4/15) für den Beklagten verbindlich gewesen sein sollte, da gemäss Protokoll C._____ ihre Wohnung während der Dauer des Umbaus von Küche und Bad auf eigene Kosten verlassen musste. Er weist darauf hin, dass die im Protokoll vermerkten 3-4 Wochen für eine Küchen- und Badezimmersanierung in einer Altbauliegenschaft mit 5 Wohnungen absolut unrealistisch seien. Es sei seitens des Klägers unbestritten geblieben, dass allgemein und in concreto für die an der D._____ -Strasse ... erfolgte Küchen- und Badezimmersanierung 3-4 Wochen nicht ausreichen würden (act. 26 S. 16 /17, wo auf act. 13 S. 22 zu Rz 37 [mit Verweis auf act. 4/8] und Prot. I S. 28 verwiesen wird; vgl. auch act. 48 S. 25 ff., wo überdies unbeachtliche Noven vorgebracht werden, wie der Kläger zu Recht moniert, act. 52 S. 12 f.). Der Kläger hält dem in der Berufungsantwort entgegen, es sei im Gegenteil so, dass er sowohl in der Klage als auch anlässlich der Hauptverhandlung ausgeführt habe, dass Arbeiten in Küche und Bad wie sie in Ziff. 6 und 7 des Zusatzvertrages festgehalten worden waren, 3-4 Wochen in Anspruch nehmen würden. Der Beklagte habe dies nicht bestritten, sondern einzig festgehalten, dass für die ganze Sanierung eine Umbauzeit von 6 Monaten vorgesehen war (act. 44 S. 17/18 mit Verweis auf act. 2 Rz 32 und 37 und act. 15 Rz 29). 4.3.2 Gestützt auf den – in der Berufungsschrift verkürzt wiedergegebenen – Wortlaut von Ziff. 6 des Protokolls (act. 4/15), der die Kostentragungspflicht für C._____ ausdrücklich auf die Dauer von 3-4 Wochen beschränkt und festhält, dass die übrige Zeit hinsichtlich der mit dem Umbau zusammenhängenden Kosten von C._____ unter der finanziellen Verantwortung des Beklagten stehe, erweist sich der Einwand des Beklagten ohne weiteres als unbehelflich. Im Übrigen trifft nicht zu, dass die vom Beklagten behauptete, notwendige Sanierungsdauer für Küche und Bad vor Vorinstanz vom Kläger nicht bestritten worden war, machte doch der Kläger wiederholt geltend, dass 3-4 Wochen für die Arbeiten in Bad und Küche genügten, wobei er sich zum Beweis auf eine Expertise sowie die Edition

- 19 - der Bauprojektunterlagen durch den Beklagten berief (z.B. act. 15 S. 6 Rz 29, Prot. I S. 9). Angesichts der im Protokoll klaren Regelung, wer für welchen Zeitraum die finanzielle Verantwortung zu tragen hat, kann die Frage nach der erforderlichen Umbauzeit für Küche und Bad aber letztlich offen bleiben und es durften daher auch Beweiserhebungen dazu unterbleiben.

4.4. Verletzung des Dienstbarkeitsvertrages 4.4.1 Die Vorinstanz stellt im angefochtenen Urteil fest, dass der Beklagte auch dann für die Kosten auswärtigen Wohnens und der Umzugskosten aufzukommen habe, wenn davon ausgegangen würde, es sei am 18. September 2013 keine Vereinbarung zustande gekommen: Der Beklagte habe die Umbauarbeiten so geplant, dass ein Verbleiben im Haus unzumutbar gewesen wäre. Die Bauarbeiten seien über blosser Erhaltungsarbeiten hinausgegangen und nicht so organisiert gewesen, dass die Bewohner im Haus bleiben konnten. Damit sei das Wohnrecht von C. _____ erschwert bzw. verhindert und Art. 737 Abs. 3 ZGB verletzt worden (act. 29 S. 15/16).

4.4.2 Wie schon vor Vorinstanz (act. 13 S. 12/13) und unter Hinweis auf vor Vorinstanz eingereichte Schreiben (act. 14/4 und 14/5) macht der Beklagte auch im Berufungsverfahren geltend, dass die Sanierungsarbeiten auch ohne weiteres im bewohnten Zustand hätten durchgeführt werden können und dass die von ihm vorgenommenen Arbeiten in der Wohnung von C. _____ ausschliesslich der Substanzerhaltung gedient hätten (act. 26 S. 5 ff. und S. 14/15; act. 48 S. 8 ff und S. 18ff.), was alles vor Vorinstanz umstritten war und wozu auch die Parteien Beweismittel angeboten hatten (vgl. z.B. act. 15 S. 4/5, Prot. I S. 9 ff.). Auch in der Berufungsantwort widerspricht der Kläger der Darstellung des Beklagten und macht überdies geltend, der Beklagte habe über weite Teile Noven vorgebracht (act. 44 S. 15; act. 52 S. 5).

4.4.3 Die Vorinstanz durfte bei der geschilderten Behauptungslage ohne nähere Prüfung die von ihr gezogenen Schlüsse (act. 29 S. 16/17) nicht ohne weiteres ziehen. Ergibt sich wie ausgeführt eine Entschädigungspflicht des Beklagten indes bereits gestützt auf die Verpflichtungen, die sich aus dem Protokoll über die

- 20 - Besprechung vom 18. September 2013 ergeben, braucht diese alternative Grundlage für den Entschädigungsanspruch nicht näher geprüft zu werden.

4.5. Abweichende Vereinbarung beim Verkauf 4.5.1 Die Vorinstanz hielt im angefochtenen Entscheid fest, der Beklagte habe geltend gemacht, anlässlich des Verkaufs hätten er und C. _____ sich mündlich darauf geeinigt, dass C. _____ die vorgesehenen Arbeiten entschädigungslos zu dulden habe. Die Vorinstanz erwog, dass sich die Behauptung mit der vom Beklagten angebotenen persönlichen Befragung nicht beweisen lasse. Selbst wenn die Vereinbarung mündlich abgeschlossen worden wäre, wäre diese aber formungültig gewesen; ein Wegbedingen der Entschädigungsansprüche lasse sich überdies auch nicht aus dem Kaufpreis ableiten (act. 29 S. 17-19).

4.5.2 Unter Verweis auf seine Vorbringen in der Klageantwort beruft sich der Beklagte auch in der Berufung darauf, C. _____ habe sich dahingehend geäussert, dass sie die Liegenschaft einerseits altersbedingt und andererseits angesichts des grossen Sanierungsbedarfs verkaufen müsse; die Sanierung, deren Umfang und Kosten damals bekannt gewesen seien, habe deren Wunsch entsprochen und dies habe auch dazu geführt, dass die Zusatzvereinbarung auf Diktat von Frau C. _____ erstellt worden sei. Weiter sei zwischen den Parteien festgehalten worden, dass während der Umbauzeit keine Entschädigungszahlungen zu leisten seien, hätten doch solche schriftlich vereinbart werden müssen (act. 26 S. 11 und 12). Als unzutreffend (– und rechtsmissbräuchlich, wenn der Kläger solches geltend mache –) bezeichnet der Beklagte die vorinstanzliche Auffassung, dass ein Verzicht auf Entschädigungsansprüche hätte öffentlich beurkundet werden müssen (act. 26 S. 12/13; vgl. u.a. auch act. 48 S. 15).

Sodann sei der vorinstanzliche Vorwurf, er, der Beklagte, habe sich bis zur Hauptverhandlung nie auf eine mündliche Vereinbarung berufen, unangebracht, da vorher keine Veranlassung bestanden habe; er, der Beklagte, sei stets auf dem Standpunkt gestanden, keine Entschädigung zahlen zu müssen (act. 26 S. 13). Wie schon vor Vorinstanz beruft er sich auf die persönliche Befragung als Beweismittel und macht geltend, diese hätte zwingend durchgeführt werden müssen (act. 26 S. 5 und 9).

- 21 - 4.5.3 Der Kläger hält dem Beklagten in der Berufungsantwort entgegen, aus seinen Vorbringen könne nicht geschlossen werden, C._____ habe einer Totalsanierung zugestimmt und sei auch noch bereit gewesen, ohne Entschädigung für mehrere Monate auszuziehen. Auch aus dem Verkaufspreis lasse sich nichts solches ableiten. Den Vorwurf des Rechtsmissbrauchs weist der Kläger zurück mit dem Hinweis, dass der Zusatzvertrag (act. 4/6) nichts mit der behaupteten (und bestrittenen) mündlichen Vereinbarung zu tun habe; insbesondere ergebe sich aus dem Zusatzvertrag weder ein Recht zur Totalsanierung noch eine Pflicht entschädigungslos auszuziehen. Unzutreffend sei auch der Einwand des Beklagten, dass vor der vorinstanzlichen Hauptverhandlung kein Anlass bestanden habe, sich auf die behauptete mündliche Vereinbarung zu berufen. Der Kläger geht mit der Vorinstanz davon aus, dass eine mündliche Vereinbarung formnichtig gewesen wäre (act. 44 S. 12 ff.) 4.5.4 Der Beklagte behauptete vor Vorinstanz mehrfach, seine Kaufbereitschaft sei von der Möglichkeit zur umfassenden Sanierung ohne Entschädigungszahlung abhängig gewesen (act. 13 S. 6, 7, 8, Prot VI S. 23); dies sei C._____ bewusst gewesen (act. 13 S. 25). Er betonte, dass vor Unterzeichnung des Kaufvertrages C._____ ausdrücklich mit den geplanten Sanierungsarbeiten einverstanden gewesen sei (act. 13 S. 26). Es habe dem Wunsch von Frau C._____ entsprochen, dass auch ihre Wohnung im Rahmen der geplanten Bauarbeiten saniert werde, ohne Entschädigungsansprüche für das auswärtige Wohnen während der Bauzeit, sonst wäre eine andere Meinung sicherlich im Zusatzvertrag festgehalten worden (act. 13 S. 9 unten). Der Beklagte schilderte wie C._____ bei ihrem zweiten Treffen am Verkaufspreis von 2,5 Mio. Franken festgehalten habe und den von ihm, dem Beklagten, erwähnten Investitionsbedarf von 1 - 1,5 Mio. Franken als Mindestbetrag betrachtet habe. Sie habe zudem den Wunsch geäußert, dass die Sanierung auch tatsächlich durchgeführt werde und zwar in allen Wohnungen, inklusive der ihrigen. Dies habe zu den im Zusatzvertrag festgehaltenen Auflagen und Wünschen geführt (act. 13 S. 5). Er habe Frau C._____ erklärt, wie er die Umbauarbeiten planen würde; diese sei begeistert gewesen über Art und Umfang der Sanierung und habe gemeint, sie werde während der Umbauzeit schon eine Ersatzwohnmöglichkeit finden; sie könne z.B. nach Chile reisen, wo sie bereits

- 22 - schon mehrmals gewesen sei (a.a.O.). Nachdem Frau C._____ sich einverstanden erklärt habe, ihm die Möglichkeit einzuräumen, trotz des gewährten Wohnrechts die gesamte Liegenschaft inkl. der Wohnung von Frau C._____ zu sanieren, habe er sich bereit erklärt, den von Frau C._____ geforderten Kaufpreis von 2,5 Mio. Franken zu bezahlen (a.a.O.). Die Auflagen im Zusatzvertrag seien von Frau C._____ dem Beklagten diktiert worden. Aus dieser Zusatzvereinbarung sei ersichtlich, dass Frau C._____ sehr wohl bewusst gewesen sei, dass die Sanierung auch ihre Wohnung betreffe (act. 13 S. 25). Ausdrücklich behauptete der Beklagte auch, dass kein Anspruch auf Entschädigungszahlungen während der Dauer der Bauarbeiten bestehe, da dies bei der Festlegung des Kaufpreises im Rahmen der Kaufvertragsverhandlungen vereinbart bzw. wegbedungen worden sei (act. 13 S. 8; auch Prot. VI S. 25). Zwischen den Parteien sei keine

Entschädigung für Ersatzunterkünfte vereinbart worden (act. 13 S. 26). Zum Beweis bot der Beklagte seine persönliche Befragung an. Anlässlich der Hauptverhandlung hielt er – dem widersprechend – allerdings zusammenfassend fest, dass eine Entschädigung nie vereinbart worden sei und auch nicht Thema im Zusammenhang mit den Vertragsverhandlungen gewesen sei (Prot. VI S. 30). 4.5.5 Gemäss Art. 29 Abs. 2 BV haben die Parteien Anspruch auf rechtliches Gehör. Daraus ergibt sich das Recht, mit rechtzeitig und formgültig angebotenen Beweisanträgen und Vorbringen gehört zu werden, soweit diese erhebliche Tatsachen betreffen und nicht offensichtlich beweisuntauglich sind. Dieses Recht ergibt sich im Bereich des Zivilrechts auch gestützt auf Art. 152 Abs. 1 ZPO und gemäss der Rechtsprechung aus Art. 8 ZGB. Keine Verletzung des rechtlichen Gehörs liegt vor, wenn das Gericht auf die Abnahme beantragter Beweise verzichtet, weil es aufgrund der bereits abgenommenen Beweise seine Überzeugung gebildet hat und ohne Willkür in vorweggenommener Beweiswürdigung annehmen kann, dass seine Überzeugung durch weitere Beweiserhebungen nicht geändert würde (BGer 4A_109/2013 E. 3.1 mit Hinweisen auf BGE 129 II 396 E. 2.1, BGE 136 I 229 E. 5.3, Urteile 4A_264/2011 vom 14. November 2011 E. 3.2; 4A_341/2011 vom 21. März 2012 E. 2.1).

- 23 - Ob die Vorinstanz zur Frage der abweichenden Vereinbarung beim Verkauf auf die Parteibefragung verzichten durfte, kann letztlich offen bleiben. Die Darstellungen des Beklagten vor Vorinstanz mit Bezug auf die behauptete mündliche Vereinbarung über einen Entschädigungsverzicht sind mindestens insoweit unklar, als sich aus dessen Vorbringen nicht klar ergibt, ob die fehlende Entschädigung überhaupt Gesprächsthema war oder ob der Beklagte auf die fehlende Entschädigungspflicht schliesst, weil es kein Gesprächsthema war. Nur im ersteren Fall wäre eine beweismässige Klärung überhaupt nötig. Zur Klarstellung der Behauptungslage hätte allenfalls die richterliche Fragepflicht gemäss Art. 56 ZPO greifen müssen. Hätte von einer hinreichend klaren Behauptung des Beklagten ausgegangen werden müssen, hätte wohl eine persönliche Befragung allein gestützt auf die von der Vorinstanz angeführten Plausibilitätsüberlegungen nicht unterbleiben dürfen, auch wenn diese wie auch der Umstand, dass sich in den bei den Akten liegenden Dokumenten nichts findet zur Frage der Entschädigung, gegen das Vorliegen einer Vereinbarung spricht. Grundsätzlich bildet die Parteibefragung gemäss Art. 191 ZPO ein eigenständiges, vollwertiges Beweismittel, das mit den andern gleichrangig ist. Die Parteibefragung kann Zeugnis in eigener Sache sein und es kann nicht ausgeschlossen werden, dass eine bestimmte Tatsache allein aufgrund der Parteibefragung als bewiesen bzw. widerlegt betrachtet werden kann. Letztlich entscheidend ist, ob der Richter aufgrund aller Gesichtspunkte in freier Beweiswürdigung zu einer tragfähigen Überzeugung gelangt (MÜLLER, in DIKE-Komm-ZPO, online Fassung, Stand 16. 04. 2012, Art. 191 N 34). 4.5.6 Für den Fall, dass die behauptete mündliche Vereinbarung Bestand hätte, geht die Vorinstanz davon aus, dass sie formungültig wäre, weil der Verzicht auf Entschädigungsansprüche, welche C._____ als Wohnberechtigte kraft dispositiven Gesetzesrechts zustanden, hätte öffentlich beurkundet werden müssen (act. 29 S. 19). Der Beklagte erachtet diesen Standpunkt als rechtsmissbräuchlich. Liege ein Formmangel vor, wäre eine Berufung des Klägers darauf rechtsmissbräuchlich, sei es doch Frau C._____ gewesen, welche explizit die Zusatzvereinbarung gewollt und sich auch darauf berufen habe. Des weiteren macht er geltend, dass es

- 24 - sich lediglich um eine Klarstellung von Art. 764 Abs. 2 ZGB handle, die keiner öffentlichen Beurkundung bedürfe (act. 26 S. 12 und 13). Der Einwand des

Rechtsmissbrauchs mit der Begründung C._____ habe sich auf die Zusatzvereinbarung berufen, erweist sich schon deshalb als unbehelflich, weil die Zusatzvereinbarung diesbezüglich gar nichts regelt. Andere Gründe für das Vorliegen eines Rechtsmissbrauchs tut der Beklagte nicht dar. Nicht ersichtlich ist sodann, inwieweit im Zusammenhang mit dem Entschädigungsverzicht von einer Klarstellung im Sinne von Art. 764 Abs. 2 ZGB gesprochen werden kann. Mit der Vorinstanz ist vielmehr davon auszugehen, dass der Verzicht auf die Entschädigungsansprüche das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung im Zusammenhang mit dem Wohnrecht betrifft und damit im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung vom Formzwang der öffentlichen Beurkundung umfasst ist. Damit erwiese sich eine mündliche Vereinbarung, wie sie vom Beklagten behauptet wurde, als formungültig und könnte keine Rechtswirkungen haben.

4.6 Höhe des Entschädigungsanspruchs

4.6.1 Die Vorinstanz stellt hinsichtlich der Höhe des Anspruchs auf die vom Kläger eingereichte Zusammenstellung (act. 17) ab und hält dafür, dass die Kosten in dieser Höhe auch gestützt auf die eingereichten Rechnungen belegt seien. Die geltend gemachten Kosten für den Aufenthalt im ... seien zwar relativ hoch, dafür seien die Umzugskosten gering gewesen. Selbst wenn man davon ausginge, dass die im Protokoll verurkundete Vereinbarung nicht zustande gekommen sei, käme man zu keinem anderen Ergebnis, da der Schadenersatzanspruch so zu bemessen sei, dass sich damit Umzugskosten und eine vergleichbare Ersatzunterkunft bezahlen liessen. Wie hoch die genauen Kosten gewesen wären, wenn C._____ in eine mit der ihren vergleichbare Ersatzwohnung gezogen wäre, lasse sich nicht genau ermitteln. Eine überschlagsmässige Berechnung zeige aber, dass eine solche Lösung höchstens unwesentlich günstiger, je nach gefundener Wohnung auch deutlich teurer gekommen wäre. Mit der gewählten Lösung habe C._____ ihre Schadenminderungspflicht nicht verletzt (act. 29 S. 19/20).

- 25 -

4.6.2 Der Beklagte rügt in der Berufung, dass über Bestand und Umfang der eingeklagten Forderung kein Beweisverfahren durchgeführt wurde. Er bestreitet die Forderung dem Grundsatz nach und im Einzelnen auch in der Berufung. Sodann rügt er, die Vorinstanz habe nicht berücksichtigt, dass er C._____ geeignete Ersatzobjekte angeboten habe, und er bestreitet die vorinstanzliche Annahme, der monatliche Mietzins auch für nicht sanierte Wohnungen in Zürich-E._____ betrage mehr als CHF 3'000.-- (act. 26 S. 5 und S. 25 ff.).

4.6.3 Der Kläger hält in der Berufungsantwort die Frage nach den Ersatzobjekten als nicht mehr relevant, nachdem sich der Beklagte am 18. September 2013 zur Kostenübernahme verpflichtet habe. Er macht aber auch geltend, es seien keine tauglichen Ersatzobjekte angeboten worden. Überdies seien die vorinstanzlichen Mietzinsannahmen nicht zu beanstanden (act. 44 S. 23/24).

4.6.4 Nach den vorinstanzlichen Vorbringen der Parteien waren Bestand und Notwendigkeit der geltend gemachten Forderung umstritten; ebenso die geltend gemachten Einzelpositionen (act. 2 S. 10 ff.; act. 4/18; act. 17; act. 13 S. 20 und S. 22ff.), weshalb der Einwand des Beklagten, die Vorinstanz hätte nicht ohne Durchführung eines Beweisverfahrens entscheiden dürfen, jedenfalls nachvollziehbar erscheint. Der Beklagte hat im vorinstanzlichen Verfahren Bestand und Notwendigkeit und insbesondere auch seine rechtliche Verpflichtung zur Kostenübernahme im Einzelnen bestritten (act. 13 S. 20 ff.). Könnte sich diese nicht auf das Protokoll über die Besprechung vom 18. September 2013 stützen, so wäre ein Beweisverfahren unumgänglich geworden. Bei der geschilderten Behauptungslage hätte es die Vorinstanz nicht bei einer überschlagsmässigen Berechnung und bei der Annahme belassen dürfen, dass kein wesentlich anderes Ergebnis resultiert hätte. Insbesondere hätte auch die vor Vorinstanz umstrittene Frage darüber, ob und wenn ja in welchem Umfang die

Umbauarbeiten entschädigungslos zu dulden gewesen wären, einer beweismässigen Abklärung bedurft, ebenso die umstrittenen Fragen um ein allfälliges Angebot von Ersatzobjekten oder zur Frage, ob C._____ zu geringeren Kosten eine Ersatzunterkunft hätte finden können und müssen (act. 13 S. 21/22). Stützt sich die Entschädigungspflicht des Beklagten indes bereits auf das Protokoll über die Besprechung vom 18. Sep-

- 26 -
tember 2013, wie dies vorliegend nach dem Gesagten anzunehmen ist, brauchte all dies nicht näher geprüft zu werden. Hierauf hat der Kläger in der Berufungsantwort zu Recht hingewiesen (act. 44 S. 23). Für die Logis-Kosten während der Umbauzeit hat der Beklagte gestützt auf die Vereinbarung (Ziff. 6) wie gesehen aufzukommen. Dass es sich bei diesen Logis-Kosten um diejenigen in der Residenz ... in Locarno handelt, ergibt sich zwanglos daraus, dass in Ziff. 2 der Vereinbarung festgehalten ist, dass C._____ die Wohnung am 2. Oktober 2013 verlasse und ins Tessin (... , Locarno) reise (act. 4/15). Der Kläger macht Aufenthaltskosten im ... Locarno für den Zeitraum vom 2. Oktober 2013 bis 14. April 2014 geltend (act. 2 S. 21/22 und act. 4/23 - 4/27). Der Beklagte wies in der Klageantwort darauf hin, dass die Wohnung von C._____ bereits Anfang März 2014 über Licht und Strom verfügt habe (act. 13 S. 22). Er wies allerdings selbst auf seine vom Kläger eingereichte E-Mail vom 5. April 2014 hin (act. 4/28), wonach neben der Kontrolle durch den Elektriker auch die Übernahme der Wohnung auf den 14. April 2014 festgelegt worden war. Hierauf ist er zu behaften und es erweisen sich die bis zum 14. April 2014 in Rechnung gestellten Aufenthaltskosten als gerechtfertigt. Damit erweist sich auch der in der unaufgefordert eingegangenen Replik explizit erhobene Vorwurf an die Vorinstanz, diese habe bezüglich des strittigen Zeitpunktes der Bezugsbereitschaft der Wohnung kein Beweisverfahren durchgeführt (act. 48 S. 34), als unbehelflich. In der Höhe sind die Kosten nicht bestritten und durch die eingereichten Rechnungen belegt. Die im Zusammenhang mit dem Aufenthalt im ... geltend gemachten Wohnkosten in der Höhe von CHF 22'924.50 (act. 17) sind damit ausgewiesen. In diesem Betrag ist berücksichtigt, dass 4 Wochen des Aufenthaltes von C._____ gemäss Ziff. 6 des Protokolls über die Besprechung vom 18. September 2013 zu ihren eigenen Lasten gehen. 4.6.5 Für die CHF 511.50, welche der Kläger für den Einsatz einer Hilfsperson geltend macht, die C._____ beim Packen behilflich gewesen sein soll, ist der Aufwand an sich aber auch dessen Notwendigkeit umstritten (act. 2 S. 10 und act. 13 S. 20). Eine klare Grundlage dafür, dass der Beklagte diese Kosten zu

- 27 -
übernehmen hätte, lässt sich auch aus der Vereinbarung (act. 4/5) nicht ableiten, worauf der Beklagte in der Berufung zu Recht verweist (act. 26 S. 26; act. 48 S. 32/33). Der Kläger macht dies in der Berufungsantwort auch nicht geltend. Vielmehr geht er davon aus, dass zu den Reise- und Umzugskosten auch die Kosten für die Reisevorbereitung gehörten und damit – bei einer 95-jährigen Frau – auch Kosten für die Haushaltshilfe, deren Kosten angemessen in Rechnung gestellt worden seien (act. 44 S. 24; act. 52 S. 16). Dies genügt indes als Anspruchsgrundlage nicht. Aus Ziff. 6 Abs. 2 des Protokolls ergibt sich nicht, dass Kosten für eine Haushaltshilfe mitenthalten sein sollen. Von einer persönlichen Hilfe für C._____ war immerhin in Ziff. 5 des Protokolls die Rede: C._____ äusserte den Wunsch, dass sie für gewisse Arbeiten eine persönliche Hilfe beschäftigen könne. Dass eine Regelung über die Kostentragung für diese Hilfe getroffen wurde, ist indes nicht ersichtlich. Der Beklagte hatte überdies geltend gemacht, dass er C._____ seinerseits eine Hilfsperson zur Verfügung gestellt habe (act. 13 S. 20). Mit den vom Kläger angebotenen Beweismitteln (act. 4/18 und act. 17 sowie Parteibefragung des Klägers wie auch die

Befragung von Frau F. _____ als Zeugin, vgl. Prot. I S. 18), hätte der Kläger jedenfalls den Nachweis für eine hinreichende Anspruchsgrundlage für die geltend gemachte Aufwandposition nicht erbringen können. In diesem Umfang ist die Klage deshalb abzuweisen. 4.6.6 Der Beklagte bestreitet auch die Notwendigkeit, die Möbel aus der Wohnung auszulagern sowie eine Verpflichtung, solche Kosten (wie auch Entsorgung) übernehmen zu müssen (act. 26 S. 27 und 28 Rz 20-21 und 23; act. 48 S. 33f.) Der Kläger geht davon aus, es sei vereinbart worden, dass Möbel von einem Umzugsunternehmen gezügelt und eingelagert werden; daher seien auch die entsprechenden Kosten wie in act. 4/19-22 festgehalten, vom Beklagten zu übernehmen (act. 44 S. 24 zu Rz 20 und 21, S. 25 zu Rz 23; act. 52 S. 17). Das Protokoll (act. 4/15) spricht zwar davon, dass der Beklagte für weitere Reise- und Umzugskosten aufzukommen habe (Zff. 6 Abs. 2). Aufgrund der vagen Formulierung in Ziff. 7: "... (Frau C. _____ verlangt hierfür ein Umzugsunternehmen, das diese Sachen holen und bei sich einlagern kann. Dies müsste wohl auch auf Kosten von A. _____ gehen)" lässt sich aus dem Protokoll indes keine hinreichende Grundlage für die Kostentragungspflicht des Beklagten ableiten, soweit es die Kosten für die Lage-

- 28 - rung von Mobiliar bzw. Entsorgung betrifft. Die vom Kläger zum Nachweis seiner Forderung offerierten Belege (act. 17 i.V.m. act. 4/19 - 22) vermögen die Notwendigkeit und eine hinreichende Anspruchsgrundlage nicht zu beweisen. 4.6.7 Auch die vom Kläger geltend gemachten Reinigungskosten in der Höhe von CHF 264.-- (8 Stunden à CHF 33.00) lassen sich nicht auf das Protokoll über die Besprechung vom 18. September 2013 stützen. Der Beklagte hat diese Kosten in der Klageantwort bestritten; er machte geltend, er sei nicht zur Erstattung verpflichtet, der geltend gemachte Betrag beinhalte auch "Wäsche", sei von C. _____ nicht bezahlt worden und der Stundenansatz sei zu hoch (act. 13 S. 22). Auch in der Berufung hält er an dieser Bestreitung fest (act. 26 S. 27/29 Rz 22, act. 48 S. 34/35). Der Kläger weist in der Berufungsantwort darauf hin, dass sich die Reinigungskosten auf die versiegelten Räume, welche nicht Teil der Abnahme gewesen seien, bezögen; überdies seien die Einwände des Beklagten unzutreffend (act. 44 S. 25 zu Ziff. 22; vgl. auch Prot. I S. 18 und act. 52 S. 17/8). Auch hinsichtlich dieser Forderungsposition vermöchten die vom Kläger angerufenen Beweismittel (act. 4/29 und act. 17, Frau F. _____ als Zeugin) eine hinreichende Anspruchsgrundlage nicht zu beweisen, weshalb auch diese Forderungsposition abzuweisen ist. 4.6.8 Zusammenfassend ergibt sich, dass die klägerische Forderung im Umfang von CHF 22'924.50 ausgewiesen ist. 4.7. Gegenforderung Der Beklagte ist der Auffassung, dass mit dem Tod von C. _____ am tt.mm.2014 an die Stelle des unentgeltlichen Wohnrechts ein entgeltliches faktisches Vertragsverhältnis getreten ist (act. 26 S. 30). Die Vorinstanz hat dies mit überzeugender Begründung verneint. Es kann darauf verwiesen werden (act. 29 S. 21- 24). Der Beklagte setzt dem in der Berufung einzig seine abweichende Rechtsauffassung entgegen. Mit der Begründung im angefochtenen Entscheid setzt er sich nicht auseinander. Damit genügt die Berufung in diesem Punkt der Begründungspflicht nicht. Weiterungen in der unaufgefordert eingereichten Replik (act. 48

- 29 - S. 29/30) sind unebachtlich. Es bleibt bei der vorinstanzlichen Abweisung der Gegenforderung. 4.8. Verzugszins Den vorinstanzlichen Erwägungen zum Verzugszins (act. 29 S. 20/21) hat der Beklagte in der Berufung nichts entgegengesetzt, weshalb es dabei sein Bewenden hat. Soweit die klägerische Forderung ausgewiesen ist, hat der Zinsenlauf für den ersten Teilbetrag mit dem zweiten Schreiben vom 26 Mai 2014 (act. 4/31, act. 4/32) zu

beginnen, für den zweiten Teilbetrag, soweit eingeklagt, mit dem dritten Schreiben vom 25. Juni 2014 (act. 4/33). Der Verzugszins von 5% ist auf dem Teilbetrag von CHF 12'317.60 ab dem 27. Mai 2014 und auf dem (gegenüber der Vorinstanz reduzierten) Restbetrag von CHF 10'616.90 ab dem 26. Juni 2014 geschuldet. IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen Bei diesem Ausgang des Verfahrens obsiegt der Kläger mit seiner Klage mit rund 90%, der Beklagte mit seiner Berufung mit rund 10%. Entsprechend sind die Kosten beider Instanzen zu 90% dem Beklagten und zu 10% dem Kläger aufzuerlegen. Überdies ist der Beklagte zu verpflichten, dem Kläger für beide Instanzen eine auf 80% reduzierte Prozessentschädigung zu bezahlen. Die Entscheidungsgebühr gemäss erstinstanzlichem Urteil blieb unangefochten und ist beim massgeblichen Streitwert von CHF 25'604.70 nicht zu beanstanden. Die Entscheidungsgebühr für das Berufungsverfahren ist auf CHF 3'400.-- festzusetzen. Die Kosten für das Beweisverfahren betreffend die Rechtzeitigkeit der Berufung sind mit CHF 200.-- zu veranschlagen. Diese Kosten sind Rechtsanwalt X. _____ aufzuerlegen. Nicht angefochten wurde auch die Höhe der Parteientschädigung für das erstinstanzliche Verfahren. Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend ist der Beklagte zu verpflichten dem Kläger eine auf 80% reduzierte Entschädigung zu bezah-

- 30 - len, mithin CHF 4320.-- (inkl. Mehrwertsteuer und Kosten des Schlichtungsverfahrens). Für das Berufungsverfahren ist die reduzierte Parteientschädigung auf CHF 3'800.-- (inkl. Mehrwertsteuer) festzusetzen. Überdies ist Rechtsanwalt X. _____ zu verpflichten, dem Kläger für das Beweisverfahren eine Parteientschädigung von CHF 300.-- zu bezahlen. Es wird erkannt: 1. In teilweiser Gutheissung der Berufung wird das Urteil des Einzelgerichts am Bezirksgericht Zürich vom 4. November 2015 aufgehoben und der Beklagte und Berufungskläger in teilweiser Gutheissung der Klage verpflichtet, dem Kläger und Berufungsbeklagten Fr. 22'924.50 zu bezahlen, zuzüglich 5% Zins auf Fr. 12'317.60 ab dem 27. Mai 2014 sowie 5% Zins auf Fr. 10'616.90 ab dem 26. Juni 2014. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen. 2. Die Entscheidungsgebühr des erstinstanzlichen Verfahrens wird auf Fr. 3'580.-- festgesetzt. 3. Die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens werden zu 90% dem Beklagten und Berufungskläger und zu 10% dem Kläger und Berufungsbeklagten auferlegt und mit den geleisteten Kostenvorschüssen verrechnet. Der Beklagte und Berufungskläger wird verpflichtet, dem Kläger und Berufungsbeklagten den Kostenvorschuss im Umfang von Fr. 3'222.-- zu ersetzen. 4. Der Beklagte und Berufungskläger wird verpflichtet, dem Kläger und Berufungsbeklagten für das erstinstanzliche Verfahren eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 4'320.-- (inkl. Mehrwertsteuer und Kosten des Schlichtungsverfahrens) zu bezahlen. 5. Die Entscheidungsgebühr für das zweitinstanzliche Verfahren wird auf Fr. 3'400.-- festgesetzt, die Gebühr für das zweitinstanzliche Beweisverfahren auf Fr. 200.--.

- 31 -

E. 6

Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden zu 90% dem Beklagten und Berufungskläger und zu 10% dem Kläger und Berufungsbeklagten auferlegt. Die Kosten für das zweitinstanzliche Beweisverfahren werden Rechtsanwalt lic. iur. X. _____ persönlich auferlegt. Die dem Beklagten und Berufungskläger sowie Rechtsanwalt lic. iur. X. _____ auferlegten Kosten werden mit dem im Berufungsverfahren geleisteten Vorschuss verrechnet. Der Kläger und Berufungsbeklagte wird verpflichtet, dem Beklagten und Berufungskläger den geleisteten Prozesskostenvorschuss im Umfang von

Fr. 340.-- zu ersetzen.

E. 7

Der Beklagte und Berufungskläger wird verpflichtet, dem Kläger und Berufungsbeklagten für das zweitinstanzliche Verfahren eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 3'800.-- (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen. Rechtsanwalt lic. iur. X. _____ wird verpflichtet, dem Kläger und Berufungsbeklagten für das zweitinstanzliche Beweisverfahren eine Parteientschädigung von CHF 300.-- zu bezahlen.

E. 8

Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Kläger und Berufungsbeklagten unter Beilage des Doppels von act. 55, sowie an das Einzelgericht am Bezirksgericht Zürich und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein. Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

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

- 32 - rund Fr. 25'600.--. 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. O. Canal versandt am:

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