

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB120113-O/U.doc

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, lic. iur. M. Spahn und
Dr. M. Kriech sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. L. Stünzi

Beschluss und Urteil vom 9. Juli 2013

in Sachen

1. **A.** _____,

2. **B.** _____,

Kläger und Berufungskläger

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

gegen

Kanton Zürich,

Versicherungskasse für das Staatspersonal,

Beklagter und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 4. Abteilung, vom
30. Oktober 2012 (CG110021)**

Rechtsbegehren:

(Urk. 2/1 S. 2)

"Der Beklagte sei zu verpflichten, den Klägern CHF 38'930.75 zu zahlen, zuzüglich Zins zu 5% auf CHF 38'348.45 vom 23. Dezember 2009 bis 5. März 2010 und auf CHF 38'930.75 ab 6. März 2010, unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zuzüglich Mehrwertsteuer und friedensrichterliche Kosten von CHF 525.00) zulasten des Beklagten."

Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 4. Abteilung, vom 30. Oktober 2012:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 4'660.– (Pauschalgebühr) festgesetzt. Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
3. Die Gerichtskosten werden den Klägern auferlegt.
4. Die Kläger werden verpflichtet, dem Beklagten eine Parteientschädigung von Fr. 9'666.91 (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

(5./6. Mitteilungen, Rechtsmittel)

Berufungsanträge:

der Kläger und Berufungskläger (Urk. 28 S. 2):

- "1. Der Beklagte/Berufungsbeklagte sei zu verpflichten, den Klägern/Berufungsklägern in teilweiser Gutheissung der Klage und entsprechender Änderung von Dispositiv Ziff. 1 des angefochtenen Urteils CHF 26'930.00 zu zahlen, zuzüglich Zins zu 5% seit 23. Dezember 2009.
2. Die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens seien in teilweiser Änderung von Dispositiv Ziff. 3 des Urteils der Vorinstanz zu 31% den Klägern/Berufungsklägern und zu 69% dem Beklagten/Berufungsbeklagten aufzuerlegen.

3. Der Beklagte/Berufungsbeklagte sei zu verpflichten, den Klägern/Berufungsklägern unter Aufhebung von Dispositiv Ziff. 4 des Urteils der Vorinstanz eine reduzierte Parteientschädigung von CHF 4'196.25 (Mehrwertsteuer und Kosten des friedensrichterlichen Sühnverfahrens von CHF 525.00 eingeschlossen) zu zahlen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zuzüglich Mehrwertsteuer) für das Berufungsverfahren zulasten des Beklagten/Berufungsbeklagten."

des Beklagten und Berufungsbeklagten (Urk. 34 S. 2):

- "1. Die Klage sei vollumfänglich abzuweisen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich 8 % Mehrwertsteuer zulasten der Kläger."

Erwägungen:

I.

Der Beklagte hat den Klägern mit Kaufvertrag vom 23. Dezember 2009 die Liegenschaften C._____-Strasse ... und ... in D._____/ZH verkauft. Die Kläger machen einen Minderungsanspruch nach Art. 197 ff. OR geltend, weil das Kaufobjekt nur über sieben statt der in der Verkaufsdokumentation angegebenen acht Einstellplätze verfüge, was zu jährlichen Mindereinnahmen von Fr. 1'500.– führe. Der Beklagte ist der Auffassung, dass die korrekte Anzahl Einstellplätze aus dem Mieterspiegel ersichtlich gewesen sei und die Kläger von einem Mietertrag ausgegangen seien, der sieben Einstellplätze umfasse.

II.

Die Klage wurde am 12. Juli 2010 beim Bezirksgericht Bülach anhängig gemacht (Urk. 2/1) und von diesem mit Verfügung vom 24. Januar 2011 an das Bezirksgericht Zürich überwiesen (Urk. 1). Für den weiteren Prozessverlauf am Be-

zirksgericht Zürich kann auf das erstinstanzliche Urteil verwiesen werden (Urk. 29 S. 2 f.). Die Kläger haben gegen dieses fristgerecht am 4. Dezember 2012 Berufung erhoben (Urk. 28). Die ihnen auferlegte Prozesskaution ist rechtzeitig geleistet worden (Urk. 32). Die Berufungsantwort datiert vom 15. Februar 2013 (Urk. 334). Sie wurde den Klägern mit Verfügung vom 27. Februar 2013 zugestellt (Urk. 37). Ein weiterer Schriftenwechsel fand nicht statt.

III.

1. Auf den 1. Januar 2011 ist die neue Schweizerische Zivilprozessordnung in Kraft getreten. Gemäss Art. 404 Abs. 1 ZPO gilt für Verfahren, die bei Inkrafttreten der Zivilprozessordnung rechtshängig sind, das bisherige Verfahrensrecht bis zum Abschluss vor der betroffenen Instanz. Für die Rechtsmittel gilt das Recht, das bei der Eröffnung des Entscheides in Kraft ist (Art. 405 Abs. 1 ZPO). Demnach ist vorliegend für das Berufungsverfahren die Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) anwendbar. Demgegenüber hatte die Vorinstanz die bisherigen Bestimmungen der ZPO/ZH und des GVG/ZH anzuwenden (Urk. 29 S. 3). Soweit sich im Rahmen der Überprüfung des vorinstanzlichen Entscheids Fragen der Anwendung von Verfahrensregeln stellen, ist zu prüfen, ob die Vorinstanz die im Zeitpunkt der Entscheidfällung geltenden Normen richtig angewendet hat; eine Rückwirkung des neuen Rechts findet nicht statt.

2. Mit Berufung kann unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). In der Berufungsschrift sind die Behauptungen bestimmt und vollständig aufzustellen. Zudem muss sie – im Gegensatz zur Klageschrift – nicht nur eine tatsächliche, sondern auch eine rechtliche Begründung enthalten. Zwar prüft die Berufungsinstanz nicht nur die geltend gemachten Rügen (Rügeprinzip). Der Berufungskläger hat sich aber mit der Begründung des erstinstanzlichen Entscheids auseinanderzusetzen; das Gericht muss den angefochtenen Entscheid nicht von sich aus auf Mängel untersuchen, es sei denn, der Sachverhalt sei geradezu willkürlich festgestellt worden oder das Recht sei geradezu willkürlich angewandt worden (Reetz/Theiler

in: ZPO-Komm. Sutter-Somm et al., 2. A., Art. 311 N 36 f.). Aufgrund der umfassenden Überprüfungsbefugnis ist die Berufungsinstanz nicht an die mit den Rügen vorgebrachten Argumente oder an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden, sie kann die Rügen auch mit abweichenden Erwägungen gutheissen oder abweisen.

3. Im Berufungsverfahren können neue Tatsachen nur noch berücksichtigt werden, wenn diese ohne Verzug vorgebracht wurden und wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO).

4. Die Einlegung der Berufung hemmt den Eintritt der Rechtskraft nur im Umfang der Anträge (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Die nicht angefochtenen Teile des Urteils werden demnach von Bundesrechts wegen formell rechtskräftig und vollstreckbar.

Die Kläger hatten ursprünglich auch Forderungen wegen Feuchtigkeitsschäden und wegen eines gekündigten Parkplatzes erhoben und einen Betrag von Fr. 38'930.75 (nebst Zinsen) eingeklagt. Im Berufungsverfahren sind diese Forderungen nicht mehr Prozessthema, da die Kläger deren Abweisung durch die Vorinstanz akzeptiert haben (Urk. 28 S. 3). Die Klageabweisung im Fr. 26'930.– nebst 5 % Zins seit 23. Dezember 2009 übersteigenden Betrag ist daher mit Eingang der Berufungsantwort des Beklagten am 19. Februar 2013 rechtskräftig geworden (vgl. zum Zeitpunkt Reetz/Hilber in: ZPO-Komm. Sutter-Somm et al., 2. A., Art. 315 N 6; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, § 260 N 2). Dies ist vorzumerken.

IV.

1. a) Die Vorinstanz hat in tatsächlicher Hinsicht festgehalten, es sei unumstritten, dass die bei den Akten liegende Verkaufsdokumentation (Urk. 2/4/2b) abweichende Angaben über die Anzahl der zur Liegenschaft gehörenden Einstellplätze enthalte. Auf Seite 1 sei die Rede von deren acht, während sich aus

dem auf Seite 12 aufgeführten Mieterspiegel nur sieben, allerdings allesamt vermietete Einstellplätze ergäben. Auf dem detaillierten Mieterspiegel (Urk. 2/4/6) wiederum könnten deren acht gezählt werden. Aus den beidseitigen Parteivorbringen ergebe sich jedoch, dass in Wirklichkeit nur sieben Einstellplätze vorhanden seien (Urk. 29 S. 7 f.). Bei genauer Betrachtungsweise des Mieterspiegels per tt.mm.200X (Urk. 2/4/6) ergebe sich, dass von den dort aufgeführten insgesamt acht Einstellplätzen einer, Nr. 1..., mit einem Mietzinsbetriffnis von Fr. 125.– doppelt enthalten sei. Beim Einstellplatz Nr. 2... sei keine Miete vermerkt; es handle sich offensichtlich um den dem Hauswart zum Abstellen seiner Geräte überlassenen Platz. Damit ergebe sich, dass von den insgesamt sieben zum Kaufobjekt gehörenden Einstellplätzen im Zeitpunkt der Eigentumsübertragung sechs vermietet bzw. vermietbar gewesen seien. Bei den Klägern solle aufgrund der Verkaufsdokumentation sowie des detaillierten Mieterspiegels der Eindruck entstanden sein, dass es acht Einstellplätze seien (Urk. 29 S. 10).

Diese Ausführungen wurden im Berufungsverfahren grundsätzlich von keiner Partei gerügt (vgl. u.a. Urk. 28 S. 14; Urk. 34 S. 3 f.). Der Beklagte hatte allerdings bereits vor Vorinstanz geltend gemacht, die Kläger hätten die Liegenschaft besichtigt und seien in Kenntnis sämtlicher Fakten, auch bezüglich der Anzahl Tiefgaragenplätze, bereit gewesen, den entsprechenden Kaufpreis zu bezahlen (Urk. 23 S. 4). In der Berufungsantwort schrieb der Beklagte dann, die Kläger hätten anlässlich des Augenscheins die Garage und die Einstellplätze inspiziert. Im Rahmen der den Käufern obliegenden, durchschnittlichen Aufmerksamkeit hätten sie zweifellos feststellen können und müssen, dass effektiv sieben Einstellplätze in der Garage vorhanden gewesen seien. Der Sachverhaltsdarstellung der Vorinstanz werde insofern widersprochen, als dass den Klägern die Zahl der sieben Einstellplätze nicht bekannt gewesen sein soll (Urk. 34 S. 4). Ob dies so war, kann aber letztlich offenbleiben, wie sich aus den nachfolgenden Ausführungen ergibt.

b) In der Folge prüfte die Vorinstanz, ob es sich bei acht Einstellplätzen und dem daraus resultierenden Mietertrag um eine Zusicherung des Verkäufers handelte, auf welche die Kläger vertrauen durften, und bejahte die Frage zunächst,

nachdem sie die Verkaufsdokumentation und den detaillierten Mieterspiegel im Zusammenhang mit der vorgenommenen Besichtigung der Tiefgarage nach Vertrauensprinzip ausgelegt hatte (Urk. 29 S. 11 f.). Aufgrund der im Kaufvertrag enthaltenen Klausel (*"Die veräussernde Partei hat auch ausserhalb dieses Vertrages keine Zusicherungen für die Vertragsobjekte abgegeben."*; Urk. 2/4/1 Ziff. 4) kam die Vorinstanz zum Schluss, dass sich mangels Zusicherung von Eigenschaften keine Haftung des Beklagten für Mängel ergebe. Gemäss Kaufvertrag vom 23. Dezember 2009 hätten die Kläger mit den Liegenschaften C.____-Strasse ... und ... in D.____ je 1/6 Miteigentum an der Einstellgarage (subjektiv-dingliche Verbindung zu GrBl ..., Kat. Nr. ...) erworben (act. 2/4/1 S. 2 f.). Der Beklagte habe seine aus dieser Vertragsbestimmung entstehende Verpflichtung vollumfänglich erfüllt. Vom Bestehen weitergehender Vereinbarungen und Zusicherungen, insbesondere dass der Miteigentumsanteil an der Einstellhalle von gesamthaft einem Drittel acht Einstellplätzen entspreche oder dass ein bestimmter Vermietungsertrag erzielt worden sei, sei nicht auszugehen. Angesichts der korrekten Vertragserfüllung bestehe kein Raum für die Annahme einer Gewährleistungspflicht seitens des Beklagten (Urk. 29 S. 15 und 16). Die Freizeichnungsklausel sei gemäss Kaufvertrag ungültig, wenn die veräussernde Partei der erwerbenden Partei die Gewährsmängel absichtlich oder grobfahrlässig bzw. arglistig verschwiegen habe. Auch nach der Darstellung der Kläger dürfte dem Beklagten nicht bekannt gewesen sein, dass statt acht lediglich sieben Einstellplätze vorhanden gewesen seien. Im Besonderen sei dem Beklagten aber der Irrtum der Kläger über die effektive Anzahl von Parkplätzen nicht bewusst gewesen. Den Klägern selber solle nach eigener Darstellung bei der Besichtigung der Einstellplätze angesichts der Belegung eines Platzes mit Hauswartgeräten klar geworden sein, warum auf dem Mieterspiegel in der Verkaufsdokumentation nur sieben vermietete Plätze aufgeführt gewesen seien. Sie hätten danach kein Bedürfnis gehabt nachzufragen; umgekehrt sei infolgedessen eine Aufklärung seitens des Beklagten unterblieben. Er habe nicht davon ausgehen müssen, dass die vorhandene Anzahl Einstellplätze für die Kläger einen wesentlichen Punkt gebildet habe und eine Korrektur der (schliesslich nicht zugesicherten) Falschangabe in der Verkaufsdokumentation nötig gewesen sei (Urk. 29 S. 17 und 20). Die Frage nach

einer willentlichen Täuschung könne offengelassen bleiben, weil dem Beklagten Grobfahrlässigkeit vorzuwerfen sei, wenn ihm die Anzahl Einstellplätze nicht bewusst gewesen sei. Namentlich hätte er Kenntnis davon haben müssen, dass – und dies seit offenbar geraumer Zeit – lediglich für sechs nutzbare statt für sieben Einstellplätze Mietzinsen bezahlt worden seien. Wenngleich keine Zusicherung über die Anzahl Einstellplätze abgegeben und diesbezüglich der Kaufvertrag korrekt erfüllt worden sei, müsse die Frage gestellt werden, ob (hinsichtlich der erwarteten Mietzinseinnahmen) eine Abweichung vorliege, die den Wert oder die Tauglichkeit der Mietliegenschaft zum vorausgesetzten Gebrauch aufhebe oder erheblich mindere (Urk. 29 S. 22 f.). In Bezug auf den zu erzielenden Netto-Mietertrag ergäben sich aus der Abweichung der Vorstellungen der Kläger von der effektiven Anzahl Garagenplätze lediglich geringfügige Auswirkungen. Die Kläger hätten inzwischen die sieben zur Verfügung stehenden Einstellplätze vermieten können. Sie erzielten damit jenen Mietertrag, welchen auch der Beklagte in den Mieterspiegeln ausgewiesen habe. Zwar hätten sie eine andere Lösung finden müssen, damit die Hauswartgeräte abgestellt werden könnten. Das sei aufwandrelevant. Die Kosten hierfür könnten mit weiteren Grundeigentümern geteilt werden. Die Kostenbeteiligung der Kläger dürfte angesichts ihres Miteigentümeranteils an der Einstellhalle bei einem Drittel eines Garagenplatzes liegen, mithin Fr. 40.– oder wenig mehr betragen. Da demzufolge die von den Klägern berechtigterweise vorausgesetzten Mietzinserträge erzielt würden und lediglich auf der (wiederum nicht zugesicherten) Aufwandseite geringfügige Mehrauslagen anfielen, sei auch diesbezüglich von keiner erheblichen Verminderung im Wert der Kaufsache auszugehen. Die Tauglichkeit zur Vermietung sei ebenfalls höchst marginal eingeschränkt. Es bestehe daher für die Geltendmachung von Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüchen unter sämtlichen zu prüfenden rechtlichen Titeln keine Grundlage (Urk. 29 S. 28 f.).

2. a) Die Kläger vertreten die Ansicht, dass die Vorinstanz der Freizeichnungsklausel eine falsche Bedeutung zugemessen habe. Der Beklagte habe ausgeführt, Freizeichnungsklauseln hätten im Allgemeinen die Funktion, dem Verkäufer zu ermöglichen, seine Gewährleistung nicht für die uneingeschränkte Qualität der Kaufsache erbringen zu müssen, weil er das Risiko von Mängeln selber nicht

einschätzen könne. Insbesondere beim Verkauf von älteren Liegenschaften bestehe regelmässig ein entsprechendes Bedürfnis, weshalb im Regelfall jede Gewährleistung ausgeschlossen werde. Die Kläger hätten darauf hingewiesen, dass es genau darum und nur darum gegangen sei: Der Beklagte habe nicht haften sollen für bauliche Mängel, wie sie bei älteren Liegenschaften erfahrungsgemäss zu Tage treten könnten. Weder der Beklagte noch die Kläger hätten nur ansatzweise daran gedacht, mit Ziff. 4 der weiteren Bestimmungen zum Kaufvertrag eine Haftung für die im Vorfeld des Vertragsschlusses zugesicherten Eigenschaften der Kaufliegenschaften wegzubedingen. Der Beklagte habe dem in der Klageduplik nicht widersprochen. Er habe lediglich festgehalten, da die Liegenschaft im Verkaufszeitpunkt keine erkennbaren Mängel aufgewiesen habe und der Beklagte auch keine Kenntnis von Mängeln gehabt habe, könnten vorliegend keine Gewährleistungs- oder Schadenersatzansprüche geltend gemacht werden. Massgebend für das Verständnis der Freizeichnungsklausel in Ziff. 4 des Kaufvertrages – so die Kläger weiter – sei der übereinstimmende wirkliche Wille der Parteien. Den Parteien sei bewusst gewesen, dass bei älteren Liegenschaften das Risiko von latenten, im Zeitpunkt des Verkaufs noch nicht erkannten Mängeln bestehe. Dieses Risiko habe der Beklagte mit Ziff. 4 des Kaufvertrages wegbedingen wollen und seien die Kläger bereit gewesen zu übernehmen. Eine Wegbedingung der Haftung auch für zugesicherte Eigenschaften, das heisst konkret die Zahl der Abstellplätze in der Tiefgarage und die daraus resultierenden Mietzinseinnahmen, habe nie zur Diskussion gestanden und hätten weder der Beklagte noch die Kläger gewollt. Der Wortlaut der Freizeichnungsklausel spreche nicht gegen dieses gemeinsame Verständnis der Parteien. Ziff. 4 des Kaufvertrages besage nicht, der Beklagte wolle auch für die im Vorfeld der öffentlichen Beurkundung abgegebenen Zusicherungen nicht haften, lehne also auch für die abgegebenen Zusicherungen eine Gewährleistung ab (Urk. 28 S. 22 f.).

b) Der Beklagte hat die vom Kläger zitierten Äusserungen im Zusammenhang mit erkennbaren Mängeln gemacht und darauf hingewiesen, dass im Kaufvertrag festgehalten worden sei, die Kläger würden die Vertragsobjekte in dem ihnen bekannten, gegenwärtigen Zustand übernehmen. Sodann sei ausdrücklich statuiert worden, dass der Beklagte keine Reparatur- und Unterhaltsarbeiten vor-

zunehmen habe (Urk. 2/11 S. 7). Dies ist nachvollziehbar, weil vor Vorinstanz auch Feuchtigkeitsschäden Prozessthema waren. Die Freizeichnungsklausel begnügt sich aber nicht damit, "jede Gewährspflicht (Haftung) der veräussernden Partei für Rechts- und Sachmängel an den Vertragsobjekten im Sinne des OR" aufzuheben, "soweit in diesem Vertrag nichts anderes vereinbart ist." Vielmehr enthält sie den bereits zitierten Zusatz: "Die veräussernde Partei hat auch ausserhalb dieses Vertrages keine Zusicherungen für die Vertragsobjekte abgegeben." (Urk. 2/4/1 Ziff. 4). Daraus hat die Vorinstanz zutreffend geschlossen, dass für Zusicherungen ausserhalb des Vertrages kein Raum bestand. Eine Beschränkung auf Baumängel enthält die Vertragsbestimmung nicht. Aufgrund des klaren Wortlauts besteht auch kein Anlass für eine restriktive Auslegung und die Anwendung der Unklarheitenregel (Urk. 28 S. 23 f.). Die Kläger haben denn auch nicht dargelegt, welche Zusicherungen des Beklagten in Bezug auf Baumängel mit der Klausel hätten erfasst werden sollen. Die Kläger hatten vor Vorinstanz zudem nicht behauptet, es sei der übereinstimmende tatsächliche Wille der Parteien gewesen, die Klausel auf Baumängel zu beschränken. Eine entsprechende neue Behauptung im Berufungsverfahren wäre unzulässig.

Zusicherungen sind formfrei möglich (BSK OR I-Honsell, Art. 197 N 15; BGE 73 II 220), doch können die Parteien zur Rechtssicherheit einen Formvorbehalt vereinbaren (Keller/Siehr, Kaufrecht, 3. A., Zürich 1995, S. 74; Binder/Vetter, Freizeichnung von Gewährleistungsansprüchen beim Grundstückkauf unter besonderer Berücksichtigung öffentlich-rechtlicher Normen, AJP 2007 S. 688), was die Parteien vorliegend getan haben. Es liegt daher keine Zusicherung des Beklagten bezüglich der Mieteinnahmen und – damit verbunden – der Anzahl Einstellplätze vor.

3. a) Die Kläger sind der Auffassung, der Beklagte könne sich nicht auf die Freizeichnungsklausel berufen, weil er die Kläger absichtlich getäuscht habe. Jedenfalls aber müsse dem Beklagten Grobfahrlässigkeit vorgeworfen werden. Der Beklagte hätte Kenntnis davon haben müssen, dass – und dies seit offenbar geraumer Zeit – lediglich für sechs nutzbare statt für sieben Einstellplätze Mietzinsen bezahlt worden seien. Die Vorinstanz habe festgehalten, in Ziff. 4 des Kauf-

vertrages werde ausdrücklich auch auf Art. 100 Abs. 1 OR, das heisst darauf hingewiesen, dass die Vereinbarung betreffend Wegbedingung der Gewährleistung auch dann ungültig sei, wenn die veräussernde Partei der erwerbenden Partei die Gewährsmängel grobfahrlässig verschwiegen habe. Der Beklagte könne sich mit hin bezüglich der zugesicherten Zahl der Abstellplätze in der Tiefgarage und den daraus resultierenden Mietzinseinnahmen auch dann nicht auf die Freizeichnungsklausel in Ziff. 4 des Kaufvertrages berufen, wenn ihm "nur" Grobfahrlässigkeit und nicht absichtliche Täuschung vorgeworfen werden könne. Es sei widersprüchlich und falsch, wenn die Vorinstanz argumentiere, der Beklagte habe mit der Freizeichnungsklausel auch die Haftung für die zugesicherten Eigenschaften "Anzahl Einstellplätze und daraus resultierenden Mietertrag" gültig wegbedungen.

b) Zu prüfen ist, ob die Beschränkung der Freizeichnungsklausel gemäss Art. 100 Abs. 1 OR und Art. 199 OR auf die Anzahl Einstellplätze und den Mietertrag anwendbar ist. Mit der Freizeichnungsklausel vereinbaren die Vertragsparteien, dass die eine Partei von den nachteiligen Rechtsfolgen, die das Gesetz zum Schutz der anderen Partei als zivilrechtliche Sanktion vertraglicher oder ausservertraglicher Schädigungen vorsieht, nicht so, wie es das Gesetz vorschreibt, betroffen wird (Lörtscher, Vertragliche Haftungsbeschränkungen im schweizerischen Kaufrecht, Diss. Zürich 1977, S. 6). Mit der Freizeichnungsklausel wird die Haftung des Verkäufers ausgeschlossen oder zumindest eingeschränkt (Rüegg, Zusicherung und Freizeichnung, in: Der Grundstückskauf, Beiträge der Weiterbildungsseminare der Stiftung Schweizerisches Notariat vom 20. Januar 2009 in Zürich und Lausanne, Zürich 2010, S. 188). Zusicherung von Eigenschaften und Wegbedingung der Gewährleistung im Falle des Fehlens der betreffenden Eigenschaften schliessen sich im Tatbestand aus (Schönle/Higi, Zürcher Kommentar, N 54 zu Art. 199 OR und N 83 zu Art. 197 OR; BGE 109 II 24), worauf auch die Kläger vor Vorinstanz hingewiesen haben (Urk. 14 S. 18). In BGE 109 II 24 hatte der Verkäufer auf dem Vertragsformular einen bestimmten Kilometerstand des Occasionsautos zugesichert (s. den Sachverhalt in Praxis 72 Nr. 145). Das Bundesgericht liess die Freizeichnungsklausel (welche die gesetzlichen Gewährleistungsansprüche {Wandelung und Minderung} sowie den Ersatz eines aus der mangelhaften Lieferung irgendwie entstandenen Schadens ausschloss) nicht gel-

ten. Dieser Fall ist mit dem vorliegenden nicht vergleichbar, wo *Zusicherungen* ausserhalb des öffentlich beurkundeten Kaufvertrags ausgeschlossen sind. Hier braucht sich der Beklagte nicht auf die Freizeichnungsklausel zu berufen, da der behauptete Mangel eine nicht zugesicherte Eigenschaft beschlägt. Der Beklagte haftet nach Art. 197 OR von vornherein nicht.

4. Die Vorinstanz hat geprüft, ob der nach Vorstellung der Kläger fehlende achte Einstellplatz und geringere Mietertrag den Wert der gekauften Sache im Sinne von Art. 197 OR erheblich mindert. Sie hat dazu ausgeführt, das Vorhandensein eines achten Einstellplatzes sei vom Beklagten nicht zugesichert worden. Aber auch in Bezug auf den zu erzielenden Netto-Mietertrag ergäben sich aus der Abweichung der Vorstellungen der Kläger von der effektiven Anzahl Garagenplätze lediglich geringfügige Auswirkungen. Die Kläger hätten inzwischen die sieben zur Verfügung stehenden Einstellplätze vermieten können. Sie erzielten damit jenen Mietertrag, welchen auch der Beklagte in den Mieterspiegeln ausgewiesen habe. Zwar hätten die Kläger eine andere Lösung finden müssen, damit die Hauswartgeräte abgestellt werden könnten. Das sei aufwandrelevant. Die Kosten hierfür könnten mit weiteren Grundeigentümern geteilt werden. Die Kostenbeteiligung der Kläger dürfte angesichts ihres Miteigentümeranteils an der Einstellhalle bei einem Drittel eines Garagenplatzes liegen, mithin Fr. 40.– oder wenig mehr betragen. Da demzufolge die von den Klägern [berechtigterweise] vorausgesetzten Mietzinserträge erzielt würden und lediglich auf der (wiederum nicht zugesicherten) Aufwandseite geringfügige Mehrauslagen anfielen, sei auch diesbezüglich von keiner erheblichen Verminderung im Wert der Kaufsache auszugehen. Die Tauglichkeit zur Vermietung sei ebenfalls höchst marginal eingeschränkt (Urk. 29 S. 28 f.).

Diese Erwägungen haben die Kläger in der Berufungsbegründung nicht gerügt. Selbst wenn die Kläger einen achten Einstellplatz und den im Mieterspiegel aufgeführten Mietertrag hätten voraussetzen dürfen, würde es daher an einer erheblichen Minderung des Wertes der Sache im Sinne von Art. 197 OR fehlen.

5. Die Klage ist somit auch insoweit abzuweisen, als die vorinstanzliche Klageabweisung nicht in Rechtskraft erwachsen ist.

V.

Ausgangsgemäss werden die Kläger für beide Instanzen kosten- und entschädigungspflichtig. Die erstinstanzliche Entscheidgebühr blieb unangefochten und ist zu bestätigen. Bezüglich der den Klägern auferlegten Parteientschädigung haben diese darauf hingewiesen, dass der Rechtsvertreter des Beklagten an der Referentenaudienz vom 14. September 2011 entgegen den vorinstanzlichen Ausführungen nicht teilgenommen habe, weshalb die Parteientschädigung bei vollumfänglicher Klageabweisung auf maximal Fr. 7'477.50 (Grundgebühr Fr. 5'982.– + Zuschlag 25 %) statt auf Fr. 9'666.91 zu bemessen wäre (Urk. 28 S. 30). Diese Ausführungen blieben im Berufungsverfahren unbestritten (Urk. 34 S. 11), weshalb die Kläger zu verpflichten sind, dem Beklagten für das erstinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 7'477.50 zuzüglich 7,6 % Mehrwertsteuer auf Fr. 5'982.– und 8 % auf Fr. 1'495.50 zu bezahlen. Für das Berufungsverfahren ist die Entscheidgebühr auf Fr. 3'700.– und die Parteientschädigung in Anwendung von § 4 Abs. 1 und § 13 Abs. 2 der Anwaltsgebührenverordnung vom 8. September 2010 auf Fr. 2'600.– zuzüglich 8 % Mehrwertsteuer festzusetzen. Die Korrektur der erstinstanzlichen Parteientschädigung um rund Fr. 1'615.– entspricht bei einem Streitwert von Fr. 28'545.– (Fr. 26'930.– + Fr. 1'615.–) nur rund 5,5 % und ist daher bei der Kosten- und Entschädigungsregelung zu vernachlässigen.

Es wird beschlossen:

1. Es wird vorgemerkt, dass die mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 4. Abteilung, vom 30. Oktober 2012 erfolgte Klageabweisung im Fr. 26'930.– nebst 5 % Zins seit 23. Dezember 2009 übersteigenden Betrag am 19. Februar 2013 in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis.
3. 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).

Es wird erkannt:

1. Die Klage wird auch im Übrigen abgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr für das erstinstanzliche Verfahren wird auf Fr. 4'660.– festgesetzt.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'700.– festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren werden den Klägern unter solidarischer Haftung auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet. Im Mehrbetrag stellt die Obergerichtskasse Rechnung.
5. Die Kläger werden solidarisch verpflichtet, dem Beklagten für beide Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 10'859.80 zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und an das Bezirksgericht Zürich, 4. Abteilung, je gegen Empfangsschein.

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

7. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 28'545.—.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 9. Juli 2013

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. R. Klopfer

lic. iur. L. Stünzi

versandt am:
mc