

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB130003-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Hodel und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Graf.

Urteil vom 20. Juni 2013

in Sachen

A._____,

Beklagter und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____

gegen

B._____ AG,

Klägerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____

sowie

C._____,

Streitberufener

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Z._____

betreffend **Forderung**

Berufung gegen ein Urteil der III. Abteilung des Bezirksgerichtes Horgen vom 27. November 2012; Proz. CG100061

Rechtsbegehren

(vgl. act. 2 S. 2):

- "1. Es sei der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von CHF 50'000.– zuzüglich Zins zu 5 % seit dem 13.12.2002 zu bezahlen.
2. Es sei der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes D. _____ im Umfang von CHF 50'000.– zuzüglich Zins zu 5 % seit dem 13.12.2002 zu beseitigen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (letztere zuzüglich 7.6 % MwSt. bis 31.12.2010, bzw. 8 % MwSt. ab 01.01.2010 [sic]) zu Lasten des Beklagten 1 (sic)."

Urteil des Bezirksgerichtes Horgen (III. Abteilung) vom 27. November 2012:

1. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin Fr. 50'000.– nebst Zins zu 5 % seit 13. Dezember 2002 zu bezahlen.
2. Der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes D. _____ (Zahlungsbefehl vom 23. Juni 2010), wird im Umfang von Fr. 50'000.–, nebst Zins zu 5 % seit 22. Juni 2004, aufgehoben.
3. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 6'000.– festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten werden dem Beklagten auferlegt.
5. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine Parteientschädigung von Fr. 8'400.– (zuzüglich 7.6% MwSt. auf Fr. 2'100.– und 8% MwSt. auf Fr. 6'300.–, inklusive Fr. 500.– Anteil Friedensrichterkosten) zu bezahlen.
- 6./7. Mitteilung/Rechtsmittel.

(act. 64)

Berufungsanträge

des Beklagten und Berufungsklägers (vgl. act. 61 S. 2):

1. Es sei das Urteil des Bezirksgerichtes Horgen vom 27. November 2012 vollständig aufzuheben.
2. Es sei die Klage vollumfänglich abzuweisen.
3. Eventualiter sei das Verfahren an die Vorinstanz zurückzuweisen, zur Durchführung eines Beweisverfahrens, alles unter K. u. E.F. zu Lasten der Appellatin.

der Klägerin und Berufungsbeklagten (vgl. act. 84 S. 2):

Die Berufung sei vollumfänglich abzuweisen,

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (letztere zzgl. 8% MWST) zu Lasten des Beklagten und Berufungsklägers.

Erwägungen:

I.

(Übersicht zum Sachverhalt/Prozessgeschichte/anwendbares Prozessrecht)

1. A._____, der Beklagte und Berufungskläger, ist von Beruf Kaufmann. Er wird von der Klägerin und Berufungsbeklagten B.____ AG als Gläubiger einer Forderung ins Recht gefasst, die ihr von der E.____ [Versicherungsgesellschaft] abgetreten worden war.

Der Streit der Parteien steht vor dem nachfolgend skizzierten Hintergrund.

1.1 A._____ erwarb mit öffentlich beurkundetem Kaufvertrag vom 15. April 1999 (act. 4/1 = act. 11/1) von C.____ die Liegenschaft Grundbuchblatt-F.____ Nr. ..., die zwei Mehrfamilienhäuser mit Umschwung sowie einen Tiefgaragenanteil an der G.____-Strasse ..., ... und ... in F.____ umfasst. A._____ und C._____ kannten sich zuvor nicht; sie gelangten über einen gewissen H._____ in Kontakt zueinander.

Auf der Liegenschaft G._____-Strasse ... bis ... in F._____ lasteten im Zeitpunkt des Vertragsschlusses u.a. Grundpfandrechte zu Gunsten der E._____ im 1. bis 6. Rang, die zwischen 1939 bis 1989 als Schuldbriefe bestellt worden waren; deren Wert belief sich auf insgesamt Fr. 2'250'000.-. A._____ versprach im Kaufvertrag, sich mit der E._____ in Verbindung zu setzen, damit die im 1. bis 6. Rang lastenden, mit Schuldbriefen bestellten Grundpfandrechte (I. Hypothek) übertragen und der Verkäufer aus der Pfandhaft entlassen werden könne (vgl. a.a.O., S. 5). In weiteren Rängen lasteten auch noch nachrangige Grundpfandrechte zu Gunsten der I._____[Bank] auf der Liegenschaft, die ebenfalls durch Schuldbriefe bestellt worden waren.

Der Übergang von Nutzen, Schaden und Gefahr an der Kaufsache auf den Erwerber A._____ wurde im Kaufvertrag auf den 1. Juli 1999 fixiert. A._____ übernahm auf diesen Zeitpunkt hin die bestehenden Mietverträge mit allen Rechten und Pflichten sowie den Verwaltungsvertrag zur Liegenschaft, der zwischen C._____ und der J._____ bestand (vgl. act. 4/1 [= act. 11/1] S. 6).

1.2 Im Nachgang zum Grundstückkaufvertrag schloss A._____ sowohl mit der I._____ als auch mit der E._____ je einen (Darlehens-)Vertrag ab, mit letzterer im Januar 2000.

Der Vertrag zwischen A._____ und der E._____ wurde von den Parteien als "Hypothekenvertrag" bezeichnet (act. 4/2) und trägt den Vermerk "Hyp. Nr. ..." (vgl. act. 4/2 S.1 oben). Im Rahmen dieses Vertrages dienten die Schuldbriefe, mit denen die Grundpfandrechte in den Rängen 1 bis 6 auf der Liegenschaft G._____-Strasse ...-... in F._____ bestellt worden waren, als Sicherheiten für das dem A._____ von der E._____ zugleich eingeräumte verzinsliche Darlehen über die Darlehenssumme von Fr. 2'250'000.-. Die Mindestdauer des Hypothekenvertrages war bei einem festen Zinssatz von 5% p.a. und einer Kündigungsfrist von sechs Monaten auf den 30. Juni 2001 festgelegt.

1.3 Gegen Ende 2000 beauftragte A._____ einen K._____, dipl. Baumeister, K1._____ [Unternehmung], mit einer Verkehrswertschätzung der Liegenschaft G._____-Strasse ...-..., F._____. Die Schätzung per Stichtag 11. Dezember 2000 wurde mit Datum vom 20. Dezember 2000 dem Auftraggeber erstattet (vgl. act. 11/9 S. 4 und S. 11). Die Schätzung ging u.a. von einem erheblich überbewerteten Erwerbspreis aus und hielt fest, die Mietzinseinnahmen deckten nicht einmal die Hypothekarzinsen. Im Zusammenhang mit einer von A._____ im Kaufvertrag versprochenen Anzahlung an den Verkäufer C._____ über Fr. 100'000.- in WIR-Geld nahm der mit der Schätzung beauftragte K._____ zudem Unregelmässigkeiten an (vgl. a.a.O., S. 9). Er empfahl deren Abklärung – sowie die weiterer Fragen (etwa zu einer Verantwortlichkeit der I._____) – durch einen Fachjuristen (vgl. act. 11/1 S. 11).

Ferner wies K._____ darauf hin, dass im Fall einer Zwangsverwertung erfahrungsgemäss höchstens ein Verkaufspreis in der Höhe der Hypotheken der E._____ realisiert werden könne. Daher empfahl er dem Auftraggeber, A._____, einerseits eine Verhandlungslösung sowie andererseits als Sofortmassnahme eine vollständige Vermietung der Einstellplätze in der Tiefgarage zu kostendeckenden Preisen (vgl. a.a.O., S. 11).

1.4 Im April 2001 kündigte die E._____ A._____ den Hypothekenvertrag per Ende Oktober 2001. Zur Begründung führte sie u.a. an, A._____ habe in der gegen ihn eingeleiteten Betreibung für bis zum Kündigungstag "nicht bezahlten Semesterzinsen per 31.12.2000 Rechtsvorschlag erhoben" (vgl. act. 4/4).

Am 3. Juli 2002 wurde die Liegenschaft G._____-Strasse ... bis ... im Rahmen der von der E._____ gegen A._____ als Schuldner angehobenen Grundpfandbetreibung versteigert und der E._____ für Fr. 1'700'000.- zugeschlagen (vgl. act. 4/10). Der E._____ wurde zudem ein Pfandausfallschein ausgestellt; dieser hält fest, dass die Forderung aus dem Hypothekervertrag, Hypothek Nr. ... noch für einen Betrag von Fr. 629'973.35 ungedeckt bleibt (vgl. act. 4/12). In diesem Zusammenhang unstrittig bzw. anerkannt ist – und daher ohne Weiteres als erstellt zu gelten hat –, dass

A._____ während der gesamten Betreuung auf Grundpfandverwertung nie Einwendungen gegen den Bestand des Kaufvertrages sowie des Hypothekenvertrages vorgebracht hatte (vgl. etwa act. 10 sowie act. 39 S. 3 [Rz. 10] und dazu act. 55 S. 5 [vor Rz. 10]), namentlich auch nicht auf die Mitteilung des Lastenverzeichnisses (vgl. act. 4/9) am 2. Juni 2002 hin.

1.5 Im Juni 2004 trat die E._____ ihre gemäss Pfandausfallschein ungedeckt gebliebene Forderung an die L._____ AG ab (vgl. act. 4/12; Rückseite). Diese betrieb als neue Gläubigerin A._____, der im Rahmen des Rechtsöffnungsverfahren im Mai 2005 Einwendungen gegen den Bestand des Kaufvertrages erheben liess (vgl. act. 4/13). Die Betreuung wurde danach nicht mehr weiter verfolgt.

2. - 2.1 Im Juni 2010 leitete die nunmehr unter "B._____ AG" firmierende Gläubigerin gegen A._____ beim Betreibungsamt D._____ erneut eine Betreuung ein. Der Zahlungsbefehl in dieser Betreuung Nr. ... wurde A._____ am 29. Juni 2010 zugestellt; dabei erhob A._____ Rechtsvor-schlag (vgl. act. 4/15).

Mit Schriftsatz vom 29. November 2010 (vgl. act. 1-4) gelangte die B._____ AG (nachfolgend nur noch: die Klägerin) an das Bezirksgericht Horgen und machte damit die Klage anhängig, deren Rechtsbegehren diesen Erwägungen vorangestellt ist. Nach Abschluss des Hauptverfahrens, in dessen Rahmen C._____ als Nebenintervenient aufgrund einer Streitverkündung durch die Klägerin dem Prozess beitrug, hiess das Bezirksgericht am 27. November 2012 die Klage gut. Das Dispositiv des bezirksgerichtlichen Urteils ist diesen Erwägungen ebenfalls vorangestellt. Auf den Seiten 2-3 seines Urteils (vgl. act. 64 [= act. 63 = act. 58]) hat das Bezirksgericht die Geschichte des vor ihm geführten Verfahrens im Einzelnen nachgezeichnet. Um hier Wiederholungen zu vermeiden, kann darauf verwiesen werden.

2.2 A._____ (nachfolgend nur noch: der Beklagte) liess gegen das bezirksgerichtliche Urteil mit Schriftsatz vom 14. Januar 2013 (vgl. act. 61 ff.) rechtzeitig die Berufung erheben. Die bezirksgerichtlichen Akten wurden

beigezogen. Am 1. Februar 2013 wurde vom Beklagten ein Kostenvorschuss einverlangt. Der Vorschuss wurde in der Folge geleistet (vgl. act. 75).

Die Klägerin erstattete ihre Berufungsantwort (act. 84) fristgerecht. Ebenfalls fristgerecht liess sich C._____ als Streitberufener zur Berufung vernehmen (act. 86). Der gesetzlich vorgesehene Schriftenwechsel fand damit seinen Abschluss und es wurden dem Beklagten noch je ein Doppel der act. 84 und 86 zugestellt (vgl. act. 87 f.).

3. Das Verfahren erweist sich als spruchreif. Bevor auf die Sache einzugehen ist, gilt es noch kurz darzulegen, welches Verfahrensrecht dabei zu beachten ist.

3.1 Am 1. Januar 2011 ist die Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) in Kraft getreten. Das Urteil des Bezirksgerichtes Horgen wurde danach gefällt und den Parteien danach eröffnet. Daher gelten gemäss Art. 405 Abs. 1 ZPO für das Rechtsmittel und das Rechtsmittelverfahren die Bestimmungen der ZPO (Art. 308 ff. ZPO) sowie der diese ergänzenden kantonalen Erlasse (wie das GOG und die Verordnungen des Obergerichtes zu den Gerichts- und Anwaltsgebühren).

Das Berufungsverfahren stellt daher im Grundsatz die Fortsetzung des Prozesses aufgrund des vor der ersten Instanz vorgetragenen Sachverhaltes dar (zu den Ausnahmen vgl. Art. 317 ZPO), und es ist mit der Berufung die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes durch die Vorinstanz sowie eine unrichtige Rechtsanwendung der Vorinstanz zu rügen (Art. 310 ZPO). Die entsprechenden Rügen sind gemäss Art. 311 Abs.1 ZPO von der Berufung führenden Partei in der Berufungsschrift einzeln vorzutragen und zu begründen (Begründungslast; vgl. dazu BGE 138 III 375 oder OGer ZH, Urteil LB110049 vom 5. März 2012, E. 1.1 und E. 1.2, je mit Verweisen). Wiederholungen des bereits vor der ersten Instanz Vorgetragenen genügen den gesetzlichen Anforderungen an eine Begründung daher ebenso wenig wie allgemeine Kritik am angefochtenen Entscheid bzw. den erstinstanzlichen Erwägungen (vgl. auch BGE 138 III 375).

Gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO sind ferner neue Tatsachen und Beweismittel im Berufungsverfahren nur dann noch zu berücksichtigen, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor der ersten Instanz hatten vorgebracht werden können (vgl. dazu BGE 138 III 625).

3.2 Das Verfahren vor dem Bezirksgericht wurde demgegenüber bereits vor dem 1. Januar 2011 rechtshängig (vgl. vorn Ziff. I/2.1). Es war daher – wie das Bezirksgericht richtig erkannte (vgl. act. 64 S. 3 f.) – noch aufgrund des kantonalen Rechts (ZPO/ZH, GVG/ZH und dazugehörige Nebenerlasse) durchzuführen. Das wird auch im Folgenden bei der Prüfung der Berufungsgründe (vgl. Art. 310 ZPO) zu beachten sein.

II.

(Zur Berufung im Einzelnen)

1. Das Bezirksgericht hat sich im angefochtenen Urteil mit der Streitsache einlässlich auseinandergesetzt.

1.1 Zunächst befasste es sich mit der Frage der Zulässigkeit der von der Klägerin angehobenen Teilklage sowie mit dem sog. Klagefundament (vgl. act. 64 S. 4 f., S. 7 ff.). Im Ergebnis seiner Erwägungen dazu hielt es fest, die Klägerin stütze sich auf die Darlehensforderung, welche im Hypothekenvertrag zwischen dem Beklagten und der E. _____ im Januar 2000 vereinbart worden und pfandgesichert gewesen sei. Es verwarf dabei zugleich den Einwand des Beklagten, durch die Rechtsöffnung in der Betreuung auf Grundpfandverwertung und die nachfolgende Verwertung sei die Frage der Vertragserfüllung durch den Beklagten rechtskräftig gerichtlich entschieden worden, was der nunmehr geltend gemachten Teilklage entgegen stehe (vgl. a.a.O. S. 4 f., S. 6 und S. 9).

Danach erwog das Bezirksgericht, die eingeklagte (Teil-)Forderung sei begründet und im Quantitativ ausgewiesen; dasselbe gelte – mit Blick auf die Parteistandpunkte und die Dispositionsmaxime – für den im Streit stehenden Verzugszins (vgl. a.a.O., S. 10 ff.).

1.2 In einem weiteren Schritt hielt es fest, der Hypothekenvertrag zwischen dem Beklagten und der E._____, welcher die Grundlage der im Streit liegenden (Teil-)Forderung sei, stelle eine sog. externe Schuldübernahme dar und stehe in einem akzessorischen Verhältnis zum Grundstückkaufvertrag zwischen dem Beklagten und C._____, in dessen Rahmen eine interne Schuldübernahme vereinbart worden sei (vgl. act. 64 S. 17-19).

Im Anschluss daran verwarf das Bezirksgericht die Auffassung des Beklagten, der Grundstückkaufvertrag sei wegen Mängeln in seiner – des Beklagten – Willensbildung, namentlich wegen Täuschung, nicht gültig zu Stande gekommen (a.a.O., S. 19 ff.). Es hielt dem Beklagten entgegen, er habe seit Ende 2000 aufgrund der von ihm selbst in Auftrag gegebenen Verkehrswertschätzung Kenntnis davon haben können (und müssen), dass mit dem abgeschlossenen Kaufvertrag allenfalls etwas nicht korrekt abgelaufen sei. Gleichwohl habe er entsprechende Einwände erst 2005 erhoben, als die E._____ von ihm den Ersatz der Differenz zwischen dem Verwertungserlös und der Hypothek verlangt habe, also längst nach Ablauf der jährigen Verwirkungsfrist des Art. 31 Abs. 1 OR. Analoges gelte übrigens – so das Bezirksgericht der Sache nach – ebenfalls für den Hypothekenvertrag mit der E._____, sofern auch in Bezug auf diesen Willensmangel geltend gemacht würden (vgl. a.a.O., S. 19-21). Was letzteres betreffe, so habe der Beklagte allerdings nie substantiiert vorgetragen, inwiefern er von der E._____ genau habe getäuscht worden sein sollen. Im Gegenteil, die Vorbringen des Beklagten gerade in der Duplik hätten dessen Ansicht offen gelegt, er sei von C._____ und der I._____ getäuscht worden (vgl. a.a.O. S. 22).

Das Bezirksgericht verwarf daher auch die Möglichkeit des Beklagten, im (nunmehr) von der Klägerin angehobenen Verfahren allfällige Willensmängel beim Abschluss des Grundstückkaufs (absichtliche Täuschung) durch C._____ oder die I._____ trotz des Ablaufs der Verwirkungsfrist des Art. 31 Abs. 1 OR wenigstens noch einredeweise geltend machen zu können (vgl. a.a.O., S. 21 und S. 23). Ergänzend hielt es fest, die Berufung auf eine absichtliche Täuschung wäre gar rechtsmissbräuchlich, nachdem der

Beklagte im Verwertungsverfahren die Forderung der E._____ anerkannt bzw. den entsprechenden Anschein erweckt habe, in dem er auf die Mitteilung des Lastenverzeichnisses gemäss act. 4/9 nicht reagiert habe (a.a.O., S. 23).

1.3 Endlich befasste sich das Bezirksgericht mit der Frage der (Form-)Ungültigkeit des Grundstückkaufvertrages zwischen dem Beklagten und C._____. Der Beklagte hatte diese Frage ebenfalls mit unterschiedlichen Begründungen aufgeworfen (ungelesen unterzeichneter Vertrag, Täuschung, allenfalls Übervorteilung und Simulation), die stets zur unrichtigen Beurkundung des Grundstückkaufes führten (vgl. act. 64 23 ff.). Das Bezirksgericht wertete diese Argumentation des Beklagten zum einen als widersprüchlich und verwies ergänzend hinsichtlich der Willensmängel und Übervorteilung darauf, dass der Beklagte – analog dem zur Täuschung Dargelegten – mit diesen Einwänden nicht zu hören sei (a.a.O., S. 24).

Zum anderen erachtete es unter Hinweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung (BGE 112 III 330 E. 2. und E. 3b sowie 98 II 313 E. 2) die Berufung des Beklagten auf den Formmangel als rechtsmissbräuchlich (a.a.O., S. 24-26). Denn gemäss dieser Rechtsprechung sei die Berufung auf einen Formmangel durch eine Partei dann rechtsmissbräuchlich, wenn sie den Vertrag nicht irrtumsfrei erfüllt habe und nachträglich entdecke, dass ein Formmangel vorliege, in Kenntnis dessen aber von der Erfüllung des Vertrages nicht absehe. Genau so habe sich der Beklagte aber verhalten: In der Verkehrswertschätzung sei er Ende 2000 auf den mutmasslichen Formmangel aufmerksam gemacht worden, habe sich aber gleichwohl bis 2005 als Eigentümer der Liegenschaft verhalten, mit den Hypothekenverträgen die im Kaufvertrag vereinbarten Schuldübernahmen vollzogen, die Mietzinsen vereinnahmt und die Liegenschaften verwerten lassen, ohne sich je zur Situation zu äussern (vgl. a.a.O., S. 25 f.).

2. - 2.1 Mit seiner Berufung hält der Beklagte im Wesentlichen an seiner Position fest, er sei von C._____ getäuscht worden und habe ein daher äusserst ungünstiges Kaufgeschäft abgeschlossen, das auch noch an ei-

nem Formmangel leide (vgl. act. 61 S. 3 ff.). Er rügt sodann vor allem, das Bezirksgericht habe es im Zusammenhang mit dem von ihm erkannten Rechtsmissbrauch einer bei unrichtigen und schematischen Rechtsanwendung von Amtes wegen belassen (vgl. etwa a.a.O., Rz. 5-7, 12, 16). Recht sei immer von Amtes wegen anzuwenden. Indessen hätte das Bezirksgericht im Zusammenhang mit dem Rechtsmissbrauch bei einem Formmangel den Sachverhalt von Amtes wegen abklären müssen, und da namentlich die Motive der Parteien (vgl. act. 61, Rz. 8, 11 f., 14, 16). Zudem sei das Bezirksgericht auf Behauptungen des Beklagten zuweilen mit keinem Wort eingegangen, insbesondere zu seiner IV-Berechtigung bzw. zu seinem IV-Rentner-Status und den sich daraus ergebenden Folgen (vgl. a.a.O., Rz. 4, dazu ferner etwa Rz. 10, 13, 16, 17). Ferner habe das Bezirksgericht weder näher gewürdigt, dass ihm (dem Beklagten) beim Grundstückkauf "etwas vorgespiegelt" worden sei – denn es sei klar, dass C._____ "einen Dummen" gesucht habe (vgl. a.a.O., S. 4 f.) –, sowie einem Irrtum über die Rendite der Liegenschaft bzw. der Angemessenheit des Kaufpreises erlegen sei (a.a.O., S. 6 [unten]). Noch habe das Bezirksgericht sein – des Beklagten – Unvermögen berücksichtigt, nämlich dass er "infolge seiner IV-Berechtigung nicht in der Lage" gewesen sei, das ihm vorgeschlagene Rechtsgeschäft einschätzen zu können (a.a.O., S. 5).

Der Beklagte wirft der E._____ in der Berufung endlich vor, sie habe den Hypothekenvertrag mit ihm abgeschlossen, obwohl ihr klar gewesen sei, dass sie einen Verlust machen bzw. die Zinsen von ihm (dem Beklagten) nicht erhalten werde (vgl. act. 61 S. 5 [Rz. 10] und S. 7 [Rz. 13]).

2.2 Die eben angeführten Vorwürfe des Beklagten an die E._____ in Rz. 10 und 13 der Berufungsschrift wurden so im vorinstanzlichen Verfahren nicht vorgetragen. Wie bereits das Bezirksgericht richtig dargelegt hat (vgl. vorn Ziff. II/1.2, mit Verweisen), erhob der Beklagte damals vor allem in der Duplik erhebliche Vorwürfe gegenüber der I._____ (vgl. etwa act. 55 S. 4 [oben], S. 9 f., S. 16, S. 17 f., S. 19 f. [insbes. Rz. 53: von der I._____ getäuscht]). Die zwei Behauptungen sind daher neu i.S. des Art. 317 Abs. 1 ZPO. Der Beklagte bringt zu Recht nirgends vor, er sei nicht in der Lage

gewesen, diese Vorwürfe bereits im bezirksgerichtlichen Verfahren vorzutragen, denn das wäre doch unerfindlich. Die neuen Behauptungen bleiben daher im Berufungsverfahren unbeachtlich (vgl. vorn Ziff. I/3.1) und es kann offen gelassen werden, ob ihr Vortrag erst im Berufungsverfahren nicht unter das Kapitel einer dem Prozesstand angepassten Parteidarstellung fällt.

Auf die übrigen Vorbringen bzw. Rügen des Beklagten ist im Folgenden einzugehen, soweit sie sich als erheblich erweisen (und namentlich nicht etwa bloss Wiederholung des bereits dem Bezirksgericht Vorgetragenen sind; vgl. dazu vorn Ziff. I/3.1).

3. - 3.1 Der Beklagte rügt das bezirksgerichtliche Urteil mit seiner Berufung nicht näher, soweit dieses sich mit der Zulässigkeit der Teilklage befasst, ferner mit der Frage der res iudicata sowie mit dem Klagefundament und dabei mit dem Hypothekenvertrag zwischen dem Beklagten und der E._____ als Anspruchsgrundlage, als externe Schuldübernahme usw. (vgl. act. 64 S. 4-19 und dazu vorn Ziff. II/1.1 und 1.2, erster Absatz). Zu Recht hat der Beklagte Rügen dazu unterlassen, erweisen sich die entsprechenden Erwägungen des Bezirksgerichtes doch grundsätzlich als zutreffend und es kann deshalb – soweit das erforderlich ist – auf sie verwiesen werden.

Es bleibt somit auch im Berufungsverfahren bei dem vom Bezirksgericht gezeichneten vorläufigen Zwischenergebnis der im Quantitativ ausgewiesenen Klage, das nur dann dahinfällt, wenn die Berufung aus anderen Gründen gutzuheissen sein wird. Was diese Gründe betrifft, so ist verdeutlichend nochmals zu erwähnen, dass die Berufung (soweit sie zulässig ist) im Wesentlichen den rechtsgültigen Bestand des Kaufvertrags in Frage stellt, der Anlass für den Hypothekenvertrag zwischen dem Beklagten und der E._____ bildete, nicht hingegen unmittelbar der Bestand bzw. das gültige Zustandekommen des Hypothekenvertrages. Unbestrittenermassen war die E._____ an diesem Kaufvertrag gar nicht beteiligt. Sie erhielt von dessen Abschluss und Inhalt folglich erst später Kenntnis; das hat hier als

erstellt zu gelten, nachdem der Beklagte nie näher behauptet hat, es habe sich gerade anders verhalten.

3.2 Was den (rechtsgültigen) Bestand des Kaufvertrages betrifft, so hat sich das Bezirksgericht grundsätzlich zutreffend mit den vom Beklagten geltend gemachten Errata bzw. Mängel in der Willensbildung beim Abschluss befasst (vgl. act. 64 S. 19-24 und dazu vorn Ziff. II/1.2). Dabei hat es – wie vorhin gesehen – ebenso die Möglichkeit einer Übervorteilung des Beklagten i.S. des Art. 21 OR in seine Überlegungen einbezogen und im Ergebnis richtig erkannt, dass der Art. 21 Abs. 2 OR eine dem Art. 31 Abs. 1 OR analoge Verwirkungsfrist aufstellt (vgl. beispielhaft GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 9. A., Zürich 2008, Rz. 746, mit Verweisen). Zur Vermeidung von Wiederholungen kann auf diese Erwägungen verwiesen werden, die im Ergebnis richtigerweise eine Verwirkung des Anfechtungsrechts des Beklagten wegen Errata, Täuschung und Übervorteilung annahmen.

Anders als der Beklagte mit seinen Rügen glauben machen will, hat das Bezirksgericht sodann seine Behauptungen zur "IV-Berechtigung" usw. durchaus berücksichtigt, jedenfalls soweit der Beklagte mit diesen Sachverhaltselementen eine Übervorteilung hat geltend machen wollen (vgl. act. 61 S. 3 Rz. 3 [letzter Absatz] und Rz. 4). Ein begründeter Anlass, auch noch anderes unter dem Gesichtspunkt der "IV-Berechtigung" des Beklagten zu prüfen, bestand hingegen für das Bezirksgericht keiner. So hat der Beklagte zum einen – doch wohl zu Recht – nie geltend gemacht, er sei in seiner Handlungsfähigkeit durch Verbeiständung usw. beschränkt worden, und zwar namentlich im Jahre 1999, aber auch danach bis 2005, in welchem Jahr er sich offenbar eine anwaltliche Vertretung sicherte. Zum anderen durfte das Bezirksgericht ohne weiteres die intellektuellen Fähigkeiten des Beklagten im Lichte dessen werten, was er ihm dazu selbst vorgetragen hatte, nämlich dass er das Verkehrswertgutachten im Jahr 2000 von sich aus in Auftrag gegeben hatte, weil er zuvor gemerkt – also selbst erkannt – habe, "dass etwas faul war" (vgl. act. 55 S. 5 [Rz. 9, erster Absatz]; vgl. ebenso act. 61 S. , dort Rz. 7 [Erst das Gutachten ... zeigte ihm auf]).

Dass ihm diese Fähigkeiten des Erkennens abhanden gekommen waren, als ihm das Gutachten vorlag, behauptete der Beklagte so – wohl wiederum doch zu Recht – nicht. Das Gutachten (vgl. act. 11/9) wertete übrigens im Kern seiner Aussagen erstens den Kaufpreis als zu hoch, hielt zweitens unmissverständlich fest, die Mieteinnahmen deckten die Unkosten und Zinsen für alle grundpfandgesicherten Darlehen bei der E._____ und der I._____ nicht (wohl aber die der E._____ geschuldeten), und wies drittens wiederholt darauf, es könne der Kaufvertrag allenfalls nicht richtig beurkundet worden sein.

3.3 Das Bezirksgericht hat im angefochtenen Urteil (act. 64 S. 23 ff.) sowohl den Einwand des Beklagten, der Kaufvertrag sei formnichtig bzw. formungültig, als eine allfällige Einrede des Beklagten, er sei beim Abschluss des Kaufvertrags getäuscht worden, mit grundsätzlich zutreffender Begründung (vgl. dazu vorn Ziff. II/1.2 [a.E.] und Ziff. 1.3, mit Verweisen) als rechtsmissbräuchlich gewertet. Zur Vermeidung von Wiederholungen kann vorab darauf verwiesen werden. Präzisierend bzw. ergänzend ist dem noch Nachfolgendes beizufügen.

3.3.1 Das Bezirksgericht gelangte zu seinem Ergebnis, in dem es sich auf den unbestritten gebliebenen Sachverhalt abstützte, auch soweit er sich aus den von den Parteien (und namentlich vom Beklagten) zu den Akten produzierten Unterlagen ergab. Dieser unbestrittene Sachverhalt ist im Wesentlichen unter vorstehender Ziff. I/1.1-1.5 dargelegt und hat, eben weil er unstreitig ist, als erstellt zu gelten.

Aus diesem erstellten Sachverhalt folgerte das Bezirksgericht zu Recht, der Beklagte habe sich nach dem Abschluss des Kaufvertrages während Jahren wie der Eigentümer der Liegenschaft verhalten. Stellt der Beklagte das z.B. damit in Abrede, indem er geltend macht, er habe die Mietzinsen nicht vereinnahmt bzw. für sich behalten, sondern die Verwaltung (vgl. act. 61 S. 5 [Rz. 9]), so ist das nachgerade unbehelflich. Denn die Verwaltung war seine Beauftragte, hat also für ihn die Mietzinsen vereinnahmt und verwendet.

3.3.2 Der Beklagte kritisiert eine "schematische" Rechtsanwendung des Bezirksgerichts im Zusammenhang mit BGE 112 II 330. Dabei übergeht er geflissentlich die Erwägung 3b dieses Entscheides, auf die sich das Bezirksgericht neben anderem richtigerweise abstützte. Er übergeht zudem in seiner Kritik (vgl. etwa act. 61 S. 6 [Rz. 11]) ebenso geflissentlich die Umstände, anhand derer das Bezirksgericht im angefochtenen Urteil zu seiner Wertung des Rechtsmissbrauchs gelangte (vgl. dazu vorn Ziff. II/1.3, mit Verweisen); er setzt sich m.a.W. damit gar nicht näher auseinander und lässt seine Berufung insoweit unbegründet.

Die Wertung des Bezirksgerichts berücksichtigt übrigens implizit (als weiteren Umstand), dass es im Lichte von Treu und Glauben auch wesentlich darauf ankommt, ob sich eine Partei gegenüber dem Vertragspartner auf Formmängel (des Vertrages) beruft, oder ob sie diese Einwände gegenüber einem am Vertrag unbeteiligten Dritten erhebt, der vom Vertragsabschluss erst später Kenntnis erhalten hat (insoweit zu Recht hat das Bezirksgericht nicht auf Judikatur abgestellt, die sich mit den Folgen von Formmängeln in der Rechtsausübung zwischen Vertragspartnern befasst, wie z.B. BGE 138 III 401). Denn ein am Vertrag unbeteiligter Dritter darf nach den Grundsätzen von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr umso mehr Vertrauen in den rechtsgültigen Bestand eines Vertrages haben, an dem er nicht beteiligt war, je mehr sein Vertragspartner ihm gegenüber das Vertrauen in diesen Bestand erweckt, zumal bei einem Vertrag, der – wie hier – öffentlich beurkundet wurde und dessen Abschluss Niederschlag im Grundbuch fand. Der Beklagte scheint das in seinen Rügen am bezirksgerichtlichen Urteil, mit denen er (Form-)Mängel beim Kaufvertragsabschluss und dessen Folgen zur Sprache bringt (vgl. etwa act. 61 S. 4, S. 6 [Rz. 12], S. 9 [zweiter Absatz]), zu verkennen – jedenfalls übergeht er geflissentlich, dass es bei der E._____ erstelltermassen (vgl. vorn Ziff. II/3.1) um einen solchen Dritten geht.

Nicht anders verhält es sich sachgemäss auch dann, wenn der rechtsgültige Bestand des Vertrages nicht nur wegen Form-, sondern wegen Willensmängeln usw. beim Abschluss in Frage stehen könnte, von de-

nen der Dritte nichts weiss, weil er nicht am Abschluss beteiligt war, sehr wohl aber sein Vertragspartner wie hier der Beklagte, der sich sowohl auf Form- und andere Mängel beruft, die ihn bzw. seine Willensbildung beim Vertragsabschluss betreffen, von denen er spätestens seit Ende 2000 Kenntnis hatte. Denn damals lag dem Beklagten das Gutachten vor, das er selbst in Auftrag gegeben hatte (vgl. dazu vorn Ziff. II/3.2 sowie act. 61 S. 4 [Rz. 7]) und dessen Ergebnisse er sich erst seit 2005 (und damit auch heute) mit seinem Prozessstandpunkt zu eigen gemacht hat. Gleichwohl schloss er anfangs 2001 mit der E. _____ den Hypothekenvertrag ab, ohne sich damals, oder später bei der Verwertung der Liegenschaft, darüber zu äussern, wie das Bezirksgericht aufgrund des erstellten Sachverhaltes richtig festgehalten hat.

Die Berufung erweist sich daher auch unter diesen Gesichtspunkten als unbegründet.

3.3.3 Wird dem Gericht – wie hier dem Bezirksgericht – ein Sachverhalt vorgetragen, aus dem sich ein offenkundiger Rechtsmissbrauch i.S. des Art. 2 Abs. 2 ZGB ergibt, so hat es diese Bestimmung von Amtes wegen anzuwenden, ohne dass es noch einer besonderen Einrede bedürfte. Denn der Art. 2 ZGB stellt in seiner Gesamtheit zwingendes Recht dar (gleich etwa dem Art. 11 OR oder dem Art. 20 OR), das bei der Rechtsanwendung stets zu beachten ist und daher vom Gericht immer berücksichtigt werden muss (vgl. etwa ZK-BAUMANN, 3.A., Zürich 1998, Art. 2 N 42, mit Verweisen). Mit der Oficialmaxime, die der Beklagte wiederholt anruft, hat das insoweit gar nichts zu tun, zumal die Oficialmaxime das Gericht – entgegen der Auffassung des Beklagten – gar nicht zur Erforschung des Sachverhaltes anhält, sondern die Untersuchungsmaxime. Deren Anwendungsbereich wiederum erstreckt sich nicht auf sog. gewöhnliche Zivilprozesse, wie hier einer gegeben ist.

Das Bezirksgericht durfte daher ungeprüft lassen, ob die Einwände des Beklagten gegen den Bestand des Kaufvertrages wegen Formmängeln oder Täuschung (und dann auch wegen Errata des Beklagten oder allenfalls Übervorteilung durch den Verkäufer) überhaupt zutreffen. Und es hatte

ebenso wenig Anlass, nach anderem zu forschen (vgl. auch vorn Ziff. II/3.2), insbesondere nicht nach den Motiven des Beklagten beim Kaufvertragsabschluss (vgl. auch vorn Ziff. II/3.3.2). Diese hat der Beklagte zudem gar nie näher dargelegt, sieht man davon ab, dass er mehr oder weniger verbrämt zugesteht, er habe eine Liegenschaft kaufen wollen, die ihm eine Rendite abwerfe (vgl. etwa act. 10 S. 3 [Rz. 4, 2. Absatz] und S. 4 [Zusicherung der Kostendeckung]), aber ohne den Einsatz von Eigenmitteln, weil er gar keine gehabt habe (vgl. act. 61 S. 3 und ferner etwa 10 S. 3 [Rz. 5], act. 55 S. 11 [Rz. 30, unten]). Das läuft darauf hinaus, mit nichts etwas verdienen zu wollen. Weiterungen dazu erübrigen sich, denn es liegt auf der Hand, dass diese Motivation des Beklagten nichts am Resultat ändert, zu dem das Bezirksgericht im angefochtenen Urteil gelangte.

3.4 Als Ergebnis bleibt somit festzuhalten, dass der Beklagte mit allen seinen Rügen am bezirksgerichtlichen Urteil in act. 61 nichts vorträgt, was zu einer abweichenden Beurteilung führen könnte. Die Berufung erweist sich folglich als unbegründet. Das führt zur Bestätigung des bezirksgerichtlichen Urteils in der Sache.

4. Das Bezirksgericht hat im angefochtenen Urteil die Beseitigung des Rechtsvorschlages des Beklagten in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes D. _____ (Zahlungsbefehl vom 23. Juni 2010) im Umfang von Fr. 50'000.- zuzüglich Zins zu 5% seit dem 22. Juni 2004 angeordnet (vgl. dazu act. 64 S. 26 f.).

Der Beklagte stellt richtigerweise nicht in Abrede, dass es sich bei dieser Anordnung um die von der Klägerin beantragte, betreibungsrechtlich zutreffende Konsequenz der Gutheissung der Klage in der Sache durch das Bezirksgericht handelt. Er rügt auch sonst zu dieser Anordnung nichts (vgl. act. 61). Das angefochtene Urteil ist folglich ebenso in diesem Punkt zu bestätigen.

III.

(Kosten- und Entschädigungsfolge)

Bei diesem Ausgang des Berufungsverfahrens ist die erstinstanzliche Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen zu bestätigen. Die Kosten des Berufungsverfahrens sind sodann dem Beklagten aufzuerlegen, weil er als Berufungskläger vollständig unterliegt. Zudem ist er zu verpflichten, der Klägerin als vollständig obsiegender Berufungsbeklagten eine angemessene Parteientschädigung zu bezahlen. Letztere ist ausgehend vom Streitwert gestützt auf § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV i.V.m. § 4 AnwGebV zu bemessen. Die Bemessung der zweitinstanzlichen Entscheidgebühr hat gestützt auf § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG i.V.m. § 4 GebV OG zu erfolgen.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Bezirksgerichtes Horgen (III. Abteilung) vom 27. November 2012 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 5'550.- festgesetzt, dem Berufungskläger und Beklagten auferlegt sowie mit seinem Kostenvorschuss verrechnet.
3. Der Berufungskläger und Beklagte wird verpflichtet, der Berufungsbeklagten und Klägerin für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 3'500.- (zuzüglich 8 % Mehrwertsteuer auf diesem Betrag) zu bezahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und den Streitberufenen, an das Bezirksgericht Horgen (III. Abteilung) sowie an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

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

5. 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. 50'000.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. A. Katzenstein

lic. iur. K. Graf

versandt am: