

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LB170052-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter Dr. H.A. Müller und Oberrichterin Dr. S. Janssen sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. C. Faoro

## Beschluss und Urteil vom 7. Dezember 2018

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Beklagter und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. \_\_\_\_\_

gegen

1. **B.** \_\_\_\_\_,

2. **C.** \_\_\_\_\_,

Kläger und Berufungsbeklagte

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. \_\_\_\_\_

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 7. Abteilung, vom 15. September 2017 (CG120121-L)**

**Rechtsbegehren:**

(Urk. 1 S. 2 ff. i.V. mit Prot. I S. 6)

- "1. Es sei der Beklagte zu verpflichten, den Klägern unter Vorbehalt der Nachklage CHF 100'000.00 zzgl. Zins zu 5% ab 20. Mai 2009 zu bezahlen.
2. Es sei der Beklagte zu verpflichten, den Klägern CHF 11'523.00 zzgl. Zins zu 5% ab 20. Mai 2009 zu bezahlen.
3. Es sei der Beklagte zu verpflichten, einen nach Wiederherstellung der rechtmässigen Lage gemäss Bauentscheid .../12 des Amts für Baubewilligungen der Stadt Zürich vom 10. Januar 2012 zu beziffernden Betrag zzgl. Zins zu 5% seit 20. Mai 2009 zu bezahlen (Geschätzter Mindestwert i.S.v. Art 85 Abs. 1 ZPO: CHF 42'100.00).
4. Es sei der Beklagte zu verpflichten, einen nach Abschluss der Umbau- bzw. Rückbauarbeiten an der Wohnung im 2. OG des Hauses an der D.\_\_\_\_-Strasse ..., ... Zürich zum Zwecke der baurechtskonformen Wiederherstellung zu beziffernden Betrag zzgl. Zins zu 5% seit 20. Mai 2009 zu bezahlen (Geschätzter Mindestwert i.S.v. Art. 85 Abs. 1 ZPO: CHF 36'100.00).
- 4a. Es sei der Beklagte zu verpflichten, den Klägern CHF 1'545.15 zuzüglich CHF 60.00 zu bezahlen.
5. Es sei der Beklagte zu verpflichten, den Klägern CHF 8'506.95 an Verzugszins zu bezahlen.
6. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. MWSt. zu Lasten des Beklagten."

**Geändertes Rechtsbegehren:**

(Urk. 44 S. 2 ff. i.V. mit Prot. I S. 6)

- "1. Es sei der Beklagte zu verpflichten, den Klägern unter Vorbehalt der Nachklage CHF 100'000.00 zzgl. Zins zu 5% ab 20. Mai 2009 zu bezahlen.
2. Es sei der Beklagte zu verpflichten, aufgrund des entstandenen Schadens wegen den Mängelbehebungen den Klägern CHF 72'822.85 zzgl. Zins zu 5% ab 20. Mai 2009 zu bezahlen.
3. Es sei der Beklagte zu verpflichten, für die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes gemäss Bauentscheid .../12 des Amts für Baubewilligungen der Stadt Zürich vom 10. Januar 2012 an der Wohnung im Dachgeschoss an der D.\_\_\_\_-Strasse ..., ...

Zürich den Klägern CHF 126'998.90 zzgl. Zins zu 5% seit 20. Mai 2009 zu bezahlen.

4. Es sei der Beklagte zu verpflichten, für den Umbau- bzw. Rückbauarbeiten an der Wohnung im 2. OG des Hauses an der D.\_\_\_\_\_-Strasse ..., ... Zürich zum Zwecke der baurechtskonformen Wiederherstellung den Klägern CHF 52'032.85 zzgl. Zins zu 5% seit 20. Mai 2009 zu bezahlen.
- 4a. Es sei der Beklagte zu verpflichten, den Klägern CHF 1'545.15 zuzüglich CHF 60.00 zu bezahlen.
5. Es sei der Beklagte zu verpflichten, den Klägern für die flächenmässigen Einbussen im Bezug auf die neu baurechtskonform erstellten Wohnungen im Dachstock und im zweiten Obergeschoss CHF 165'968.00 zu bezahlen.
6. Es sei der Beklagte zu verpflichten, den Klägern als Schadenersatz für entgangene Mietzinseinnahmen CHF 49'080.00 zzgl. Zins zu 5% seit 20. Mai 2009 zu bezahlen.
7. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. MWSt. zu Lasten des Beklagten."

**Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 7. Abteilung, vom 15. September 2017:**

(Urk. 123 S. 92 f.)

**Es wird beschlossen:**

- "1. Das Verfahren wird im Umfang von CHF 8'506.95 (Verzugszins gemäss Ziff. 5 des Rechtsbegehrens der Klagebegründung) als durch Rückzug der Klage erledigt abgeschrieben.
2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

**Es wird erkannt:**

1. Der Beklagte wird verpflichtet, den Klägern die folgenden Beträge zu bezahlen:
  - CHF 79'860.20 nebst Zins zu 5% seit 30. Juni 2009;
  - CHF 11'580.60 nebst Zins zu 5% seit 8. April 2010;
  - CHF 3'326.95 nebst Zins zu 5% seit 13. Mai 2010;
  - CHF 1'692.50 nebst Zins zu 5% seit 30. April 2010 sowie
  - CHF 8'235.– nebst Zins zu 5% seit 16. Januar 2012.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

2. Die Entscheidunggebühr wird festgesetzt auf:  
CHF 22'200.–, die Barauslagen betragen:  
CHF 100.– Entschädigung Zeuge
3. Die Gerichtskosten werden zu 1/5 dem Beklagten und zu 4/5 (unter solidarischer Haftbarkeit) den Klägern auferlegt. Die den Klägern auferlegten Gerichtskosten werden mit den von ihnen geleisteten Vorschüssen verrechnet. Der Fehlbetrag von CHF 4'960.– (4/5 der Gerichtskosten abzüglich der geleisteten Vorschüsse von CHF 12'680.– und CHF 200.–) wird von den Klägern nachgefordert.
4. Die Kläger werden solidarisch verpflichtet, dem Beklagten eine reduzierte Parteientschädigung von CHF 15'000.– zu bezahlen.
5. [Schriftliche Mitteilung]
6. [Rechtsmittelbelehrung: Berufung / Frist: 30 Tage]"

#### **Berufungsanträge:**

##### des Beklagten und Berufungsklägers (Urk. 121 S. 2):

- "1. Es sei das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 15.09.2017 aufzuheben und die Klage abzuweisen,
2. unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. MWST von 8% zu Lasten der Beklagten.

##### Prozessualer Antrag:

Es sei das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 15.09.2017 aufzuheben und die Sache zur Wiederholung des erstinstanzlichen Verfahrens an diese[s] zurück zu weisen."

##### der Kläger und Berufungsbeklagten (Urk. 148 S. 2):

- "1. Die Berufung sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist, und das vorinstanzliche Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 7. Abteilung, vom 15. September 2017 sei zu bestätigen;
2. es sei der prozessuale Antrag abzuweisen und auf eine Rückweisung des Verfahrens an das Bezirksgericht zu verzichten;
3. unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zzgl. 7.7% MwSt) zulasten des Berufungsklägers."

## Erwägungen:

### **I. Prozessgeschichte**

1. Am 25. Oktober 2012 (Datum Poststempel) reichten die Kläger und Berufungsbeklagten (nachfolgend: Kläger) bei der Vorinstanz die Klagebewilligung des Friedensrichteramtes Zürich Kreise ...+... vom 20. Juli 2012 sowie die Klageschrift ein (Urk. 1 und 3). Replicando änderten sie ihr Rechtsbegehren (Urk. 44 S. 2 ff.). Der weitere Verfahrenslauf vor Vorinstanz kann dem angefochtenen Urteil entnommen werden (Urk. 117 S. 4 ff. = Urk. 123 S. 4 ff.).
2. Der das erstinstanzliche Verfahren abschliessende Entscheid der Vorinstanz datiert vom 15. September 2017 (Urk. 123). Mit Eingabe vom 9. November 2017, hier am 17. November 2017 eingegangen, erhob der Beklagte und Berufungskläger (nachfolgend: Beklagter) Berufung gegen das Urteil und stellte die eingangs aufgeführten Anträge (Urk. 121). Mit Eingabe vom 23. November 2017 reichte der Beklagte ein ärztliches Attest ein und stellte unter Nennung zusätzlicher Beweismittel weitere Behauptungen zu seinem Gesundheitszustand während des erstinstanzlichen Verfahrens auf (Urk. 126; Urk. 127). Mit Verfügung vom 29. November 2017 wurde dem Beklagten Frist angesetzt, um zur Frage der Rechtzeitigkeit der Berufungserhebung Stellung zu nehmen und dazu abschliessend seine Beweismittel zu bezeichnen. Zugleich wurde ihm Frist angesetzt, um für die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens einen Vorschuss von Fr. 9'000.– zu leisten (Urk. 128). Diese Verfügung wurde seitens des Beklagten am 4. Dezember 2017 entgegengenommen (Urk. 128 letzte Seite). Der verlangte Vorschuss ging rechtzeitig bei der Obergerichtskasse ein (Urk. 129).
3. Mit Eingabe vom 11. Dezember 2017 nahm der Beklagte fristgerecht zur Frage der Rechtzeitigkeit der Berufungserhebung Stellung und bezeichnete dazu seine Beweismittel (Urk. 130). Am 11. Januar 2018 erging zur Behauptung des Beklagten, dass die Berufungsschrift am 9. November 2017 der Schweizerischen Post übergeben worden sei, der Beweisabnahmebeschluss (Urk. 134). Zudem wurde dem Beklagten Frist angesetzt, um einen Vorschuss von Fr. 300.– für die Beweiserhebungen zu leisten (Urk. 134 S. 3 f.), und bestimmt, dass die Be-

weisabnahme an ein Mitglied des Gerichtes delegiert und von diesem durchgeführt werde, sofern nicht eine Partei innerhalb von 10 Tagen aus wichtigen Gründen dagegen opponiere (Urk. 134 S. 3). Gleichentags wurde bei der Post CH AG eine schriftliche Auskunft zur Zustellung der Berufungsschrift eingeholt (Urk. 135). Der Vorschuss für die Beweisabnahme ging fristgerecht ein (Urk. 136). Mit Schreiben vom 22. Januar 2018 nahm die Post CH AG zum Auskunftsbegehren Stellung (Urk. 137). Am 12. Februar 2018 wurde zur Beweisverhandlung auf den 23. März 2018 vorgeladen (Urk. 138). Anlässlich der Beweisverhandlung, die von einem Mitglied des Gerichts und dem Gerichtsschreiber durchgeführt wurde, weil gegen die angekündigte Delegation keine Einwendungen erhoben worden waren, wurde der vom Beklagten angerufene Zeuge befragt und erhielten die Parteien Gelegenheit zur Stellungnahme zum Beweisergebnis (Urk. 139; Prot. II S. 6 ff.). Mit Beschluss vom 5. April 2018 wurde vorgemerkt, dass die Berufung des Beklagten vom 9. November 2017 rechtzeitig erhoben worden war und es wurden die Kosten- und Entschädigungsfolgen des Beweisverfahrens dem Endentscheid vorbehalten (Urk. 140 S. 7).

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

5. Das Verfahren ist spruchreif.

## II. Prozessuales

1. Die Berufung hemmt die Rechtskraft des angefochtenen Entscheides im Umfang der Anträge (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Die Berufung des Beklagten richtet sich gegen den gesamten Entscheid der Vorinstanz (Urk. 121 S. 2). Zur Höhe der Entscheidgebühr (Dispositivziffer 3) stellte der Beklagte keinen abweichenden Antrag. Hinsichtlich der Kostenfolgen des erstinstanzlichen Verfahrens erfolgt indes keine Vormerknahme der (Teil-)Rechtskraft (vgl. Art. 318 Abs. 3 ZPO).

2.1. Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über eine umfassende Überprüfungsbefugnis über die Streitsache, d.h. über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung (BGer 5A\_184/2013 vom 26. April 2013, E. 3.1). Gemäss Art. 311 Abs. 1 ZPO muss die Berufung schriftlich erfolgen und eine Begründung enthalten. In der Berufungsbegründung ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem der genannten Mängel leidet (BGE 138 III 374, E. 4.3.1; BGer 5A\_751/2014 vom 28. Mai 2015, E. 2.1). Der Berufungskläger hat mittels klarer und sauberer Verweisungen auf die Ausführungen vor Vorinstanz zu zeigen, wo er die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben hat. Die Parteien haben die von ihnen kritisierten Erwägungen des vorinstanzlichen Entscheids sowie die Aktenstücke, auf die sie ihre Kritik stützen, genau zu bezeichnen (BGE 138 III 374 E. 4.3.1.; BGer 4A\_580/2015 vom 11. April 2016, E. 2.2. [nicht publiziert in BGE 142 III 271]). Es ist nicht Sache der Rechtsmittelinstanz, die Akten und die Rechtsschriften der Parteien zu durchforsten um festzustellen, welche Partei was wo ausgeführt hat. Demzufolge darf die Berufungsschrift weder eine pauschale Verweisung auf die bei der Vorinstanz eingereichten Rechtsschriften noch eine neuerliche Darstellung der Sach- oder Rechtslage haben, welche nicht darauf eingeht, was vor der Vorinstanz vorgebracht worden ist. Pauschale Verweisungen auf die vor der Vorinstanz eingebrachten Rechtsschriften sind namentlich dann unzulässig, wenn sich die Vorinstanz mit den Ausführungen des Berufungsklägers

auseinandergesetzt hat. Stützt sich der angefochtene Entscheid auf mehrere selbständige Begründungen, muss sich der Berufungskläger in der Berufungsschrift mit allen Begründungen auseinandersetzen. Das Gleiche gilt im Falle von Haupt- und Eventualbegründungen. Auch hier muss sich der Berufungskläger mit allen Begründungen auseinandersetzen (Hungerbühler/Bucher, DIKE-Komm-ZPO, Art. 311 N 42 f.). Zwar prüft die Berufungsinstanz nicht nur die geltend gemachten Rügen. Was nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, braucht die Rechtsmittelinstanz aber jedenfalls dann, wenn ein Mangel nicht geradezu offensichtlich ist (BGer 4A\_258/2015 vom 21. Oktober 2015, E. 2.4.3), nicht zu überprüfen. Die Berufungsinstanz ist aufgrund ihrer umfassenden Prüfungsbefugnis 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 (vgl. ZK ZPO-Reetz/Theiler, Art. 310 N 6).

2.2. Im Berufungsverfahren sind neue Tatsachen und Beweismittel – resp. über den insoweit zu engen Gesetzeswortlaut hinaus neue Tatsachenbehauptungen, neue Bestreitungen von Tatsachenbehauptungen, neue Einreden (rechtlicher Art) und neue Beweismittel (ZK ZPO-Reetz/Hilber, Art. 317 N 31) – nach Art. 317 Abs. 1 ZPO nur noch zulässig resp. zu berücksichtigen, wenn sie – kumulativ – ohne Verzug vorgebracht werden (Art. 317 Abs. 1 lit. a ZPO) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO). Mit dieser Regelung hat der Gesetzgeber für das Berufungsverfahren ein Novenrecht statuiert, das nur unter restriktiven Voraussetzungen ausnahmsweise Noven zulässt. Der ZPO liegt die Idee zugrunde, dass alle Tatsachen und Beweismittel in erster Instanz vorzubringen sind und der Prozess vor dem erstinstanzlichen Richter grundsätzlich abschliessend zu führen ist. Das Berufungsverfahren dient nicht der Vervollständigung des vorinstanzlichen Verfahrens, sondern der Überprüfung und Korrektur des erstinstanzlichen Entscheids im Lichte konkret dagegen vorgebrachter Beanstandungen (BGer 4A\_619/2015 vom 25. Mai 2016, E. 2.2.2 m.w.H.). Jede Partei, welche neue Tatsachen geltend macht oder neue Beweismittel benennt, hat zunächst zu behaupten und zu beweisen, dass dies ohne Verzug geschieht. Will eine Partei unechte Noven geltend

machen, so trägt sie die Beweislast für die Zulässigkeit der Noven. Sie muss zusätzlich Behauptungen aufstellen und Beweise benennen, aus denen sich ergibt, dass sie umsichtig und sorgfältig gehandelt hat, aber dennoch keine frühere Kenntnis von den neu vorgebrachten Tatsachen und Behauptungen oder Beweismitteln hatte. Der anderen Partei steht der Gegenbeweis offen (vgl. zum Ganzen auch BGer 5A\_330/2013 vom 24. September 2013, E. 3.5.1 m.w.H.).

2.3. Die Berufungsschrift des Beklagten genügt den dargelegten Anforderungen in weiten Teilen nicht. Soweit er darin Behauptungen und Bestreitungen tatsächlicher Natur wiederholt, die bereits vor Vorinstanz vorgebracht wurden, unterlässt er es aufzuzeigen, wo er diese im erstinstanzlichen Verfahren bereits vorgebracht hatte und inwieweit die Vorinstanz diese in ihrem Entscheid nicht oder falsch berücksichtigt hat. Überhaupt legt er seinen Standpunkt weitestgehend dar, ohne sich mit den Erwägungen im angefochtenen Entscheid auseinanderzusetzen. Auf solche Vorbringen kann nach den vorstehenden Ausführungen nicht eingegangen werden. Soweit der Beklagte in der Berufungsschrift den Sachverhalt ergänzt, ohne die – im Übrigen auch nicht ersichtliche – Zulässigkeit der Einbringung von Noven im obgenannten Sinne darzutun, haben die Vorbringen ebenfalls unbeachtlich zu bleiben. Dasselbe gilt, soweit er in der Berufungsschrift neue Beweismittel bezeichnet. Von den Ausführungen ab Rz. 8 der Berufungsschrift sind vor diesem Hintergrund einzig die rechtlichen Ausführungen unter Ziff. 15 und 16 beachtlich (zu den tatsächlichen Ausführungen des Beklagten in Rz. 15 und 17 vgl. auch die Erw. IV./2.4. und IV/2.8.).

2.4. Sodann stellt der Beklagte in seiner Eingabe vom 23. November 2017, welche nach Ablauf der Frist zur Berufungserhebung eingereicht wurde, neue Behauptungen zu seinem Gesundheitszustand während des erstinstanzlichen Verfahrens auf und beruft sich in diesem Zusammenhang auch auf neue Beweismittel (Urk. 126). Auch dabei unterlässt er es, deren novenrechtliche Zulässigkeit darzutun, weshalb darauf ebenfalls nicht weiter einzugehen ist.

3. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 1-120). Auf die Parteivorbringen ist nur insoweit einzugehen, als dies für die Entscheidungsfindung notwendig ist.

### III. Prozessuale Rügen

1. Der Antrag des Beklagten auf Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils zur Wiederholung des erstinstanzlichen Verfahrens wird von ihm damit begründet, dass er schwer krank gewesen sei und nach wie vor sei. Sein vormaliger Rechtsvertreter sei aus diesem Grund nicht in der Lage gewesen, seine Interessen angemessen zu vertreten. Das habe sich unter anderem in der Duplik vom 1. Dezember 2014 geäußert, in der sein vormaliger Rechtsvertreter ausdrücklich auf diesen Umstand verwiesen habe. Als Folge fehlender Instruktion und fehlenden Kontakts zu ihm habe dieser das Mandat mit Schreiben vom 14. März 2016 niedergelegt, nachdem er die Mandatsniederlegung anlässlich eines Telefonats mit dem Gericht angekündigt gehabt habe. Er (der Beklagte) sei bereits zuvor, sicher aber ab diesem Zeitpunkt und somit für das Beweisverfahren, zufolge Erkrankung handlungsunfähig gewesen. Die Vorinstanz habe diesen Umstand erkennen und das Verfahren sistieren müssen bis zu seiner Wiedererlangung der Handlungsfähigkeit. Er habe nicht mehr auf die Verfügungen des Gerichts reagiert und sei folglich auch nicht zu seiner eigenen Befragung sowie zu den Befragungen der Kläger und des Zeugen E. \_\_\_\_\_ erschienen. Die Bestellung eines Anwalts hätte nichts genützt, weil er nicht in der Lage gewesen sei, diesen zu instruieren. Insbesondere auch hinsichtlich zu nennender Beweismittel sei der vormalige Rechtsvertreter auf die Instruktion durch ihn angewiesen gewesen und wäre dies auch bei einem allfälligen Nachfolger der Fall gewesen. Insbesondere nachdem er ohne Anwalt nicht mehr am Verfahren teilnehmen können und dieses sozusagen an ihm vorbeigegangen sei, ohne dass er die Chance gehabt habe, darauf Einfluss zu nehmen, sei sein Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt worden. Daher sei das Urteil der Vorinstanz aufzuheben und die Sache zwecks Wiederholung des Verfahrens zumindest ab dem Zeitpunkt der Mandatsniederlegung seines vormaligen Rechtsvertreters am 14. März 2016 an die Vorinstanz zurückzuweisen (Urk. 121 S. 3 f.).

2. Die Kläger bestreiten die Behauptungen des Beklagten. Im Wesentlichen machen sie geltend, aus dem ärztlichen Attest (Urk. 127) gehe weder eine Ur-

teilsunfähigkeit im Sinne von Art. 18 ZGB noch eine Handlungsunfähigkeit im Sinne von Art. 19 ZGB des Beklagten hervor. Entsprechend sei grundsätzlich von seiner Prozessfähigkeit gemäss Art. 67 ZPO auszugehen. Selbst wenn er an gewissen Tagen verhandlungsunfähig gewesen sein sollte, so könne daraus keineswegs geschlossen werden, dass eine dauernde Verhandlungsunfähigkeit bestanden habe. Gleichzeitig sei unter Hinweis auf Art. 148 Abs. 2 ZPO zu bemerken, dass ein allfälliges Fristwiederherstellungsgesuch innert 10 Tagen seit Wegfall des Säumnisgrundes einzureichen sei (Urk. 148 S. 6 f.). Sodann sei der Vorwurf der Verletzung des rechtlichen Gehörs ungerechtfertigt. Dieser verfassungsrechtliche Anspruch enthalte keine Fürsorgepflicht der Gerichte, wie sie der Beklagte ableiten wolle. Es sei nicht erkennbar, welcher Bestandteil des rechtlichen Gehörs durch die Vorinstanz verletzt worden sei. Allerdings könne gestützt auf Art. 69 ZPO bei Unvermögen einer Partei bzw. wenn eine Partei offensichtlich nicht imstande sei, den Prozess selber zu führen, das Gericht diese auffordern, eine Vertreterin oder einen Vertreter zu beauftragen. Leiste die Partei dieser Aufforderung innert der angesetzten Frist keine Folge, so bestelle ihr das Gericht gemäss Abs. 1 eine Vertretung. Das Gericht benachrichtige gemäss Abs. 2 der Bestimmung die Erwachsenen- und Kindesschutzbehörde (nachfolgend: KESB), wenn es Schutzmassnahmen für geboten halte. Ein Prozessführungsvermögen dürfe aber nicht leichthin angenommen werden. Am 15. Februar 2016 habe sich der damalige Rechtsvertreter des Beklagten bei der Vorinstanz nach dem Stand des Verfahrens erkundigt, da er den Fall abgeben wolle und dies nicht zur Unzeit erfolgen solle. Die Mandatsniederlegung sei am 14. März 2016 erfolgt. Aus der Gesprächsnotiz und der Mandatsniederlegung ergäben sich keine Hinweise auf die Gründe dafür. Es könne nicht darauf geschlossen werden, dass der damalige Rechtsvertreter des Beklagten das Mandat wegen dessen psychischer Probleme oder dessen Krankheit niedergelegt habe. Schon gar nicht ergäben sich Hinweise darauf, dass der damalige Rechtsvertreter des Beklagten von dessen angeblicher Handlungsunfähigkeit hätte wissen sollen. Auch die Vorinstanz habe keine Veranlassung gehabt, eine Prozessunfähigkeit des Beklagten anzunehmen. Zwar sei dessen Krebserkrankung immer wieder ins Feld geführt worden. So ergebe sich aus dem Protokoll, dass der Beklagte die Instruktionsverhandlung vom 9. Dezem-

ber 2013 aufgrund seines Gesundheitszustandes früher verlassen habe. Eine Prozessunfähigkeit ergebe sich indes weder aus der Gesprächsnotiz noch aus der Mandatsniederlegung, auf die sich der Beklagte beziehe. Aus den Akten ergebe sich auch nicht, dass der damalige Rechtsvertreter des Beklagten der Auffassung gewesen sei, dass dieser nicht in der Lage gewesen sei, das Verfahren alleine weiterzuführen, andernfalls er sich nicht aus Besorgnis über eine Kündigung zur Unzeit bei der Vorinstanz über den Stand des Verfahrens erkundigt hätte. Vielmehr hätte er das Gericht über die Gründe der Mandatsniederlegung informieren und es hätte die KESB zur Prüfung von vormundschaftsrechtlichen Massnahmen eingeschaltet werden müssen. Auch aus dem Wiederherstellungsgesuch vom 5. Juli 2016 oder den übrigen Akten ergebe sich kein Hinweis darauf, dass der Beklagte nicht in der Lage gewesen sei, den Prozess zu führen. Die Sprache gewesen sei von einer Autopanne im Allgäu und Rekonvaleszenz. Zu beachten sei insbesondere, dass der Beklagte in der Lage gewesen sei, seinen Freund zu informieren, der das Wiederherstellungsgesuch verfasst habe. In der Verfügung vom 8. Juli 2016 sei der Beklagte aufgefordert worden, das Wiederherstellungsgesuch nachträglich zu genehmigen, unter der Androhung des Nichteintretens auf das Gesuch im Unterlassungsfall. Er habe die Verfügung entgegengenommen, ohne darauf zu reagieren. Auch daraus könne kein grundsätzliches Prozessführungsunvermögen abgeleitet werden. Das Gericht sei daher nicht gehalten gewesen, von einem Prozessführungsunvermögen des Beklagten im Sinne von Art. 69 ZPO auszugehen (Urk. 148 S. 8 ff.).

3. Der Beklagte führt die von ihm geltend gemachte Verletzung seines rechtlichen Gehörs im Ergebnis darauf zurück, dass Prozesshandlungen seinerseits infolge eines unverschuldeten Säumnisgrundes unterblieben seien. Für die Bewirkung der Wiederholung derartiger Prozesshandlungen ist nach Art. 148 ZPO vorzugehen. Gemäss Art. 148 Abs. 1 ZPO kann eine Nachfrist gewährt oder zu einem Termin neu vorgeladen werden, wenn die säumig gebliebene Partei glaubhaft macht, dass sie an der Säumnis kein oder nur ein leichtes Verschulden trifft. Das Gesuch ist innert 10 Tagen seit Wegfall des Säumnisgrundes einzureichen (Art. 148 Abs. 2 ZPO). Ist ein Entscheid eröffnet worden, so kann die Wiederher-

stellung nur innerhalb von sechs Monaten seit Eintritt der Rechtskraft verlangt werden (Art. 148 Abs. 3 ZPO).

4. Ein begründetes Fristwiederherstellungsgesuch bzw. Gesuch um erneute Vorladung zu einem Termin ist beim Gericht einzureichen, vor dem die Säumnis stattgefunden hat. Somit ist für ein Begehren um Wiederholung des Verfahrens, resp. präziser um Gewährung von Nachfristen und Wiederholung von Vorladungen, nicht die erkennende Kammer, sondern die Vorinstanz zuständig, und zwar auch dann, wenn – wie vorliegend – bereits ein Endentscheid ergangen ist (vgl. *OGer ZH RU180013-O/U vom 19. April 2018, E. 3.1*; *OGer ZH RU120046/U1 vom 15. Oktober 2012, E. 2*; *KuKo ZPO-Hoffmann-Nowotny, Art. 149 N 3*; *BK ZPO-Frei, Art. 149 N 6*). Wird die Wiederherstellung gewährt, so wird das Verfahren in den Stand zurückversetzt, den es vor der versäumten Handlung hatte; auch rechtskräftige Endentscheide werden dadurch aufgehoben (*OGer ZH RU170017-O/U vom 15. Mai 2017, E. 2b*).

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

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

7. Da in Fällen, in denen eine Partei eine Prozesshandlung nicht fristgerecht vornimmt oder einen Termin verpasst, bei gegebenen Voraussetzungen nach Art. 148 ZPO eine Nachfrist gewährt oder zu einem neuen Termin vorgeladen werden kann, kann sich die betroffene Partei, die nicht nach dieser Bestimmung vorgeht, im Berufungsverfahren nicht erfolgreich auf eine Verletzung resp. Verweigerung des rechtlichen Gehörs berufen, denn die Möglichkeit, nach Art. 148 ZPO vorzugehen, hat gerade (auch) zum Zweck, das rechtliche Gehör nachträglich zu wahren.

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

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

9. Vor diesem Hintergrund ist auf den Antrag des Beklagten, es sei das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 7. Abteilung, vom 15. September 2017 aufzuheben und die Sache zur Wiederholung des erstinstanzlichen Verfahrens an dieses zurückzuweisen, nicht einzutreten. Wie es sich mit dem Gesundheitszustand des Beklagten während des vorinstanzlichen Verfahrens verhielt, kann unter den gegebenen Umständen offenbleiben.

#### **IV. Materielles**

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

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

1.2. Die Vorinstanz entschied über die klägerischen Rechtsbegehren wie folgt:

- Die von den Klägern geltend gemachte Forderung betreffend Kaufpreisminderung in der Höhe von Fr. 100'000.– zuzüglich Zins infolge falsch deklarerter Mieteinnahmen (Rechtsbegehren Ziff. 1, Teilklage) schützte sie im Umfang von Fr. 79'860.20 zuzüglich Zins zu 5 % seit 30. Juni 2009 (Urk. 123 S. 30 und S. 92),
- die von den Klägern geltend gemachte Forderung betreffend Kaufpreisminderung in der Höhe von Fr. 72'822.85 zuzüglich Zins für Kosten der Mängelbehebung in den 3-Zimmerwohnungen im EG und im 1. OG sowie der 3-Zimmerwohnung im 2. OG (Rechtsbegehren Ziff. 2) schützte sie im Umfang von Fr. 11'580.60 nebst Zins zu 5 % seit 8. April 2010, Fr. 3'326.95 nebst Zins zu 5 % seit 13. Mai 2010 und Fr. 1'692.50 nebst Zins zu 5 % seit 30. April 2010 (Urk. 123 S. 54 und S. 92),
- die von den Klägern geltend gemachte Forderung betreffend Kaufpreisminderung in der Höhe von Fr. 126'998.90 zuzüglich Zins für Kosten der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes betreffend die ohne Baubewilligung erstellte 1,5-Zimmer-Loftwohnung im DG (Rechtsbegehren Ziff. 3) schützte sie im Umfang von Fr. 8'235.– nebst Zins zu 5 % seit 16. Januar 2012 (Urk. 123 S. 63 und S. 93),
- die von den Klägern geltend gemachte Forderung betreffend Kaufpreisminderung in der Höhe von Fr. 52'032.85 zuzüglich Zins für Kosten des Umbzw. Rückbaus zum Zwecke der baurechtskonformen Wiederherstellung der ohne Bewilligung zusammengelegten beiden Wohnungen im 2. OG (Rechtsbegehren Ziff. 4) wies sie ab (Urk. 123 S. 72 und S. 93),
- die von den Klägern geltend gemachte Forderung betreffend Schadenersatz in der Höhe von Fr. 1'545.15 zuzüglich Fr. 60.– für Austausch der Schlösser

und Herstellung neuer Schlüssel (Rechtsbegehren Ziff. 4a) wies sie ab (Urk. 123 S. 75 und S. 93),

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

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

2.2. Die Kläger halten dem im Wesentlichen entgegen, der Beklagte verkenne, dass die Vorinstanz zu Recht zur Auffassung gelangt sei, dass er sie hinsichtlich der 3-Zimmerwohnungen im EG und im 1. OG rechts absichtlich getäuscht habe. Dafür sei er zur Rechenschaft zu ziehen. Der Beklagte verkenne insbesondere den Umstand, dass das Beweisverfahren vor der Vorinstanz ergeben habe, dass

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

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

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

2.4. Dass die 3-Zimmerwohnung im EG die von der Vorinstanz berücksichtigten Mängel an Wänden, Holzwerk und Bodenbelag aufwies und diejenige im 1. OG die von der Vorinstanz berücksichtigten Mängel an Wänden, Holzwerk, Bodenbelag und Badewanne sowie dass die Beseitigung der fraglichen Mängel zu den aufgeführten Kosten führte, wird vom Beklagten in Rz. 15 seiner Berufungsschrift zwar bestritten, allerdings lediglich in allgemeiner Weise, indem er "einen später festgestellten Schaden" an der Liegenschaft in Abrede stellt (Urk. 121 S. 6). Weder legt der Beklagte dar, dass resp. wo er entsprechende Behauptungen bereits erstinstanzlich aufgestellt hatte, noch, aus welchen Gründen die Vorinstanz zu Unrecht zum Schluss gelangt sei, dass die Wohnungen die von ihr als für den geltend gemachten Minderungsanspruch relevant erachteten Mängel aufgewiesen hätten oder weshalb die von ihr berücksichtigten Kosten nicht hätten berücksichtigt werden dürfen. Nach dem unter Erw. II./2.1. Dargelegten genügt dies den Anforderungen an eine Berufungsbegründung nicht, weshalb auf diese Bestreitungen nicht weiter einzugehen und dem vorliegenden Entscheid insoweit der von der Vorinstanz erstellte Sachverhalt zugrunde zu legen ist.

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

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

tig, wenn der Verkäufer dem Käufer die Gewährsmängel arglistig verschwiegen hat. Zudem ist nach Art. 200 Abs. 2 OR, der gestützt auf Art. 221 OR ebenfalls für den Grundstückskauf gilt, die Haftung des Verkäufers zwar grundsätzlich ausgeschlossen, wenn der Käufer den Mangel nicht kannte, ihn aber bei Anwendung gewöhnlicher Aufmerksamkeit hätte kennen müssen. Dieser Grundsatz erfährt aber zwei gewichtige Ausnahmen: Zum einen gilt er nach dem Gesetzestext nicht, wenn der Verkäufer das Nichtvorhandensein eines Mangels zugesichert hat, zum andern nach gefestigter bundesgerichtlicher Praxis nicht bei absichtlicher Täuschung (BGer 4A\_619/2013 vom 20. Mai 2014, E. 4; BGE 66 II 132 E. 5; BSK OR I-Honsell, Art. 200 N 3 f.). Liegt absichtliche Täuschung vor, ist daher unerheblich, ob der Käufer den Mangel bei Anwendung gewöhnlicher Aufmerksamkeit hätte erkennen müssen. Entgegen der Ansicht des Beklagten ist der Käufer in diesem Zusammenhang nicht zu einer Prüfung der Sache gehalten, sondern nur zur Anwendung gewöhnlicher Sorgfalt bei Wahl und Besichtigung der Kaufsache (BGE 66 II 132 E. 5; BSK OR I-Honsell, Art. 200 N 3).

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

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

Annahme, diese würden über die gleichen Installationen und Einrichtungen verfügen, und damit fehlende Möglichkeit zur Vornahme einer absichtlichen Täuschung – bereits aufgestellt hatte, noch dass er, sollte es sich um neue Behauptungen handeln, unter novenrechtlichen Gesichtspunkten berechtigt wäre, diese im Berufungsverfahren einzubringen. Abgesehen davon gibt der Beklagte implizit zu, dass der Hinweis betreffend stets durchgeführte laufende Unterhaltsarbeiten hinsichtlich der beiden 3-Zimmerwohnungen im EG und im 1. OG falsch war und ihm dies auch bewusst war, wenn er in Rz. 17 der Berufungsbegründung eingesteht, er habe nie Anlass gehabt, die fraglichen Wohnungen zu besichtigen, weil die Mieter(innen) nie Forderungen beispielsweise betreffend Neuanstrich oder neuer Bäder/Küchen an ihn gestellt hätten, da sie froh gewesen seien, mitten in der Stadt sehr billig leben zu können (vgl. Urk. 121 S. 6 f.). Damit hat es auch mit der vorinstanzlichen Feststellung, dass der Beklagte die Kläger über den Zustand der beiden betreffenden Wohnungen getäuscht habe, sein Bewenden.

3. Demzufolge ist die Berufung abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist, und das angefochtene Urteil zu bestätigen (Art. 318 Abs. 1 lit. a ZPO).

## **V. Kosten- und Entschädigungsfolgen**

1. Für das Berufungsverfahren beträgt der Streitwert Fr. 104'695.25.

2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist in Anwendung von § 12 i.V.m. § 4 Abs. 1 und 2 und § 10 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 6'000.– festzusetzen. Die Entscheidgebühr ist ausgangsgemäss dem Beklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

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

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

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

3.3. Der Beklagte hat für die Beweiserhebungen einen Vorschuss von Fr. 300.– geleistet (Urk. 134 S. 3 f.; Urk. 136). Dieser Vorschuss ist ihm zurückzuerstatten.

4. Ausgangsgemäss hat der Beklagte die Kläger für das Berufungsverfahren angemessen zu entschädigen (Art. 95 Abs. 3 und Art. 106 Abs. 1 ZPO). Auszuklammern sind die Aufwendungen der Kläger für das Beweisverfahren; diesbezüglich ist gestützt auf Art. 108 ZPO Rechtsanwalt Dr. iur. X.\_\_\_\_\_ zur Leistung einer Parteientschädigung an die Kläger zu verpflichten. Die vom Beklagten an die Kläger zu leistende Parteientschädigung ist in Anwendung von § 2 Abs. 1, § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV auf Fr. 5'500.– (inkl. Mehrwertsteuer: Urk. 148 S. 2), diejenige, welche Rechtsanwalt Dr. iur. X.\_\_\_\_\_ an die Beklagten zu leisten hat, in Anwendung von § 2 Abs. 1, § 4 Abs. 1 und 2, § 11 Abs. 2 sowie § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV auf Fr. 1'100.– (inkl. Mehrwertsteuer: Urk. 148 S. 2) festzusetzen.

### **Es wird beschlossen:**

1. Auf den Antrag des Beklagten, es sei das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 7. Abteilung, vom 15. September 2017 aufzuheben und die Sache zur Wie-

derholung des erstinstanzlichen Verfahrens an dieses zurückzuweisen, wird nicht eingetreten.

2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis.

**Es wird erkannt:**

1. Die Berufung wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird, und das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 7. Abteilung, vom 15. September 2017 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 6'000.– festgesetzt. Die weiteren Gerichtskosten für das Beweisverfahren betragen Fr. 1'000.–.
3. Die Entscheidgebühr in Höhe von Fr. 6'000.– wird dem Beklagten auferlegt und mit seinem Kostenvorschuss in Höhe von Fr. 9'000.– verrechnet.
4. Die weiteren Gerichtskosten für das Beweisverfahren in Höhe von Fr. 1'000.– werden Rechtsanwalt Dr. iur. X. \_\_\_\_\_ auferlegt.
5. Dem Beklagten wird der für die Beweiserhebungen geleistete Vorschuss von Fr. 300.– zurückerstattet.
6. Der Beklagte wird verpflichtet, den Klägern für das Berufungsverfahren, ausgenommen das Beweisverfahren, eine Parteientschädigung von Fr. 5'500.– zu bezahlen.
7. Rechtsanwalt Dr. iur. X. \_\_\_\_\_ wird verpflichtet, den Klägern für das Beweisverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 1'100.– zu bezahlen.
8. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und an Rechtsanwalt Dr. iur. X. \_\_\_\_\_ sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

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

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

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

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 104'695.25.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 7. Dezember 2018

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. L. Hunziker Schnider

lic. iur. C. Faoro

versandt am:  
am