

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LB150019-O/U.doc

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichterin Dr. D. Scherrer und Oberrichter lic. iur. M. Spahn sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Notz

## Beschluss und Urteil vom 21. Mai 2015

in Sachen

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

Beklagter und Berufungskläger

gegen

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

Klägerin und Berufungsbeklagte

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

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil vom Bezirksgericht Zürich, 8. Abteilung, vom 16. Februar 2015 (CG100256-L)**

**Ursprüngliches Rechtsbegehren:**

(Urk. 2 S. 2 i.V.m. Urk. 1)

- "1. Es sei der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin CHF 88'862.30 sowie Verzugszins von 5% seit dem 30. April 2010 auf dem Betrag von CHF 49'467.15 zu bezahlen, zahlbar spätestens innert 30 Tagen nach Rechtskraft des Urteils.
2. Es sei der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin die Betreuungskosten in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Saanebezirk von CHF 363.65 zu ersetzen, zahlbar spätestens innert 30 Tagen nach Rechtskraft des Urteils.
3. Es sei der Rechtsvorschlag vom 17. Mai 2010 in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Saanebezirk im Umfang von CHF 49'467.15 aufzuheben.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Beklagten."

**Angepasstes Rechtsbegehren:**

(gemäss Urk. 13 S. 2)

- "1. Der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin CHF 60'265.55 sowie Verzugszins von 5% seit dem 30. April 2010 auf dem Betrag von CHF 40'461.15 zu bezahlen, zahlbar spätestens innert 30 Tagen nach Rechtskraft des Urteils.
2. Es sei der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin die Betreuungskosten in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Saanebezirk von CHF 363.65 zu ersetzen, zahlbar spätestens innert 30 Tagen nach Rechtskraft des Urteils.
3. Es sei der Rechtsvorschlag vom 17. Mai 2010 in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Saanebezirk im Umfang von CHF 40'461.15 aufzuheben.
4. Der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin die Kosten der Weisung des Friedensrichteramts Kreise 6 und 10 der Stadt Zürich vom 9. Dezember 2010 zu ersetzen, zahlbar spätestens innert 30 Tagen nach Rechtskraft des Urteils.
5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Beklagten."

**Beschluss des Bezirksgerichts Zürich vom 16. Februar 2015 (Urk. 128):**

1. Auf die Klage wird im Umfang von CHF 14'534.65 nicht eingetreten.
2. Es wird vorgemerkt, dass die klagende Partei die Klage im Umfang von CHF 28'596.75 zurückgezogen hat. Das Verfahren wird in diesem Betrag als erledigt abgeschrieben.
3. Schriftliche Mitteilung an die Parteien mit nachfolgendem Erkenntnis.

**Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 16. Februar 2015 (Urk. 128):**

1. Die beklagte Partei wird verpflichtet, der klagenden Partei den Betrag von CHF 36'848.25 nebst Zins zu 5% seit dem 30. April 2010 zu zahlen, zahlbar innert 30 Tagen nach Rechtskraft des Urteils. Im Mehrbetrag wird die Klage – soweit auf sie einzutreten und sie nicht durch Rückzug erledigt abzuschreiben ist – abgewiesen.
2. Der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Saanebezirk wird im Umfang von CHF 36'848.25 aufgehoben.
3. Die Entscheidgebühr wird auf CHF 12'000.– festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten werden im Umfang von 1/3 der klagenden Partei und im Umfang von 2/3 der beklagten Partei auferlegt.
5. Die beklagte Partei wird verpflichtet, der klagenden Partei eine reduzierte Parteientschädigung von CHF 5'600.– (Weisungskosten von CHF 600.– eingeschlossen) zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
7. Eine Berufung gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen von der Zustellung an im Doppel und unter Beilage dieses Entscheids beim Obergericht des Kantons Zürich, Zivilkammer, Postfach 2401, 8021 Zürich, erklärt wer-

den. In der Berufungsschrift sind die Anträge zu stellen und zu begründen.  
Allfällige Urkunden sind mit zweifachem Verzeichnis beizulegen.

### **Berufungsanträge:**

des Beklagten und Berufungsklägers (sinngemäss; Urk. 127 S. 1 ff.):

1. Es sei auf die Klage nicht einzutreten.
2. Eventualiter sei die Klage abzuweisen.
3. Subeventualiter sei die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Die Kosten seien auf die Staatskasse zu nehmen bzw. der Klägerin aufzulegen. Eventualiter sei dem Beklagten die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen.

### **Erwägungen:**

I.

1. Mit Kaufvertrag vom 30. Januar 2003 erwarb die Klägerin vom Beklagten ... Miteigentum an der Liegenschaft C. \_\_\_\_\_-Strasse ... in ... Zürich (GB-Blatt ...) mit Sonderrecht an der Maisonnette-Wohnung samt Einzelgarage und Kellerabteil (Stockwerkeinheit 1; GB-Blatt ...). Der Beklagte, der Eigentümer von ... Miteigentum mit Sonderrecht an den Stockwerkeinheiten 2 bis 5 (GB-Blätter ... bis ...) verblieb, übernahm im Kaufvertrag die Sanierung und Erweiterung des Gebäudes C. \_\_\_\_\_-Strasse ... nach Massgabe des Baubeschriebs vom 30. Januar 2003 und den dazugehörigen Plänen. Der vereinbarte Kaufpreis von Fr. 950'000.– verstand sich für die bezugsbereite Erstellung des Kaufobjekts sowie die Erstellung aller zum Kaufobjekt gehörenden gemeinschaftlichen Bauten und Anlagen inklusive der Umgebungsarbeiten auf dem gemeinschaftlichen Grundstück. Demzufolge war der Beklagte verpflichtet, die Bauten und Anlagen gemäss Baubeschreib und dazugehörigen Plänen innert kürzest möglicher Frist auf eigene Kosten bezugsbereit zu erstellen bzw. erstellen zu lassen. Sonderwünsche und Zusatzleistungen gegenüber dem Baubeschrieb bzw. den Plänen waren von der Klägerin separat

zu vergüten (Urk. 4/7). Beide Parteien sprechen im Prozess in diesem Zusammenhang denn auch von einem "Kauf-/Werkvertrag" (Urk. 13 S. 5 Rz 3, Urk. 32 Rz 8). Nach Auffassung der Klägerin hatte der Beklagte "werkvertragliche Leistungen" zu erbringen (Urk. 13 S. 10 Rz 17); den Beklagten traf nach eigenen Worten eine "Erstellungspflicht" (Urk. 32 Rz 15).

2. In einer am 20. September 2008 vor dem Hintergrund zahlreicher zivil- und strafrechtlicher Streitigkeiten abgeschlossenen Vereinbarung hielten die Parteien zunächst fest, dass von den gemeinschaftlichen Anlagen unter anderem die Anlagen für Heizung, Sanitär und Briefkasten zur Zeit noch nicht erstellt oder fertiggestellt seien. Sodann vereinbarten sie, was folgt (Urk. 15/4):

"I.

Für die Erstellung/Fertigstellung der gemeinschaftlichen Anlagen für Heizung, Sanitär und Briefkasten an der C.\_\_\_\_-Strasse ... vereinbaren B.\_\_\_\_ und A.\_\_\_\_ eine solidarische Bauherrschaft<sub>[,]</sub>

Im Fall von längerer Auslandsabwesenheit oder Krankheit von A.\_\_\_\_ ist dieser einverstanden, dass B.\_\_\_\_ die Federführung für die solidarische Bauherrschaft bezüglich Erstellung und Fertigstellung der vorgenannten gemeinschaftlichen Anlagen übernimmt.

Bezüglich Erstellung/Fertigstellung der gemeinschaftlichen sanitären Anlagen in der Liegenschaft, vereinbart die solidarische Bauherrschaft einen unabhängigen Architekten oder Fachmann zu bestimmen, der federführend die Planung und Bauleitung übernimmt. Dieser soll die Bauherrenwünsche entsprechend dem gemeinsam erteilten Auftrag, dem Stockwerksreglement, der gegenwärtig vorhandenen Planung und entsprechend der erteilten Baubewilligung umsetzen. Innert Monatsfrist nach Unterzeichnung dieser Vereinbarung reichen beide Bauherren je zwei Vorschläge ein, um gemeinsam innert Wochenfrist die Wahl abzuschliessen und den Auftrag gemeinsam spätestens nach Ablauf von weiteren 20 Tagen schriftlich anhand von Honorarofferten zu fixieren.

Weder B.\_\_\_\_ noch A.\_\_\_\_ sind allerdings verpflichtet die geplanten gemeinschaftlichen Anlagen alleine zu erstellen oder fertig zu stellen. A.\_\_\_\_ ist allerdings damit einverstanden, dass B.\_\_\_\_ berechtigt ist die gemeinschaftlichen Anlagen für Heizung und Briefkasten an der C.\_\_\_\_-Strasse ... in ... Zürich vorab auf eigene Kosten zu erstellen, wobei A.\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_ diesbezüglich betreffend die definitive Kostentragung auf Ziffer 3 der vorliegenden Vereinbarung verweisen.

2.

[Bestimmung des Heizungstyps und des Standorts der Heizanlage]

3.

Projektierungs- und Ausführungskosten für die Erstellung der gemeinschaftlichen Anlagen für Heizung, Sanitär, und Briefkastenanlage werden von B.\_\_\_\_ und A.\_\_\_\_ im Verhältnis Ihrer Wertquoten (52/48) übernommen.

[...]"

3. Gestützt auf ein im Reglement der Stockwerkeigentümergeinschaft enthaltenes Vorkaufsrecht (Urk. 4/6 S. 6) reichte die Klägerin am 21. April 2010 beim Bezirksgericht Zürich eine gegen den Beklagten gerichtete Klage auf Übertragung der Stockwerkeigentumsanteile GB-Blätter ... bis ... ein (Urk. 123/1-2). Anlässlich der Verhandlung vom 22. Juli 2010 schlossen die Parteien die folgende Vereinbarung (Urk. 123/31):

- "1. Die Parteien halten übereinstimmend fest, dass sie heute einen Kaufvertrag über den Verkauf der auf den Namen des Beklagten im Grundbuch D. \_\_\_\_\_ eingetragenen Stockwerkeigentumsanteile (GBBL Nr. ..., ..., ... und ...) der Liegenschaft C. \_\_\_\_\_-Strasse ..., ... Zürich (Kat.-Nr. ..., GBBL ...) unterzeichnet haben.

Sie erklären weiter, sich umgehend zum Grundbuchamt D. \_\_\_\_\_ zu begeben, um die Eigentumsübertragung vollziehen zu lassen.

2. Die Parteien stellen übereinstimmend den Antrag, es sei das vorliegende Verfahren nach Vollzug der Eigentumsübertragung als durch Vergleich erledigt abzuschreiben. Die Klägerin zeigt dem Gericht den Vollzug der Eigentumsübertragung umgehend an.
3. Die Parteien beantragen einen Entscheid des Gerichts über die Kosten- und Entschädigungsfolgen."

4. Mit Kaufvertrag vom 22. Juli 2010 erwarb die Klägerin vom Beklagten ... Miteigentum an der Liegenschaft C. \_\_\_\_\_-Strasse ... in ... Zürich mit Sonderrecht an den Stockwerkeinheiten ... bis ... (GB-Blatt ... bis ...) zum Kaufpreis von Fr. 1'150'000.- (Urk. 4/3). Laut Ziffer 4 der weiteren Bestimmungen des Kaufvertrags (fortan: weitere Bestimmungen) rechnen die Parteien über die mit den Vertragsobjekten verbundenen Abgaben sowie über die Beiträge an die Lasten des gemeinschaftlichen Eigentums und an die Kosten der gemeinschaftlichen Verwaltung separat ab, Wert jeweiliger Antrittstag. Gemäss Ziffer 5 Abs. 2 der weiteren Bestimmungen übernimmt die Käuferin die Vertragsobjekte in dem ihr bekannten, gegenwärtigen Zustand und hat der Verkäufer keine Reparatur- und Unterhaltsarbeiten vorzunehmen. In Ziffer 5 Abs. 3 der weiteren Bestimmungen wurde die Haftung des Verkäufers für Rechts- und Sachmängel wegbedungen. Die Eigentumsübertragung erfolgte gleichentags am 22. Juli 2010 (Urk. 4/3 nach S. 10).

5. Mit Beschluss vom 4. Oktober 2010 schrieb das Bezirksgericht Zürich den Prozess betreffend Eigentumsübertragung als durch Vergleich erledigt ab und regelte die Kosten- und Entschädigungsfolgen (Urk. 123/44).

6. Mit Eingabe vom 23. Dezember 2010 und Einreichung der Weisung des Friedensrichteramtes der Stadt Zürich vom 9. Dezember 2010 machte die Klägerin das vorliegende Verfahren mit erstgenanntem Rechtsbegehren bei der Vorinstanz rechtshängig (Urk. 1, Urk. 2). Mit schriftlicher Klagebegründung vom 21. März 2011 reduzierte die Klägerin die Klage auf Fr. 60'265.55 (Urk. 13 S. 2). Die (reduzierte) Klage setzt sich aus drei Forderungsgruppen (nachfolgend A.1., A.2. und B.) mit folgenden Teilbeträgen zusammen (Urk. 13 S. 4 ff.):

#### **A. Forderungen aufgrund des Stockwerkeigentumsverhältnisses**

##### 1. Aufgrund der Vereinbarung vom 20. September 2008

Anteil Beklagter an den Kosten der Heizanlage	Fr.	20'856.30
Anteil Beklagter an den Kosten der Briefkastenanlage	Fr.	1'613.85

##### 2. Weitere gemeinschaftliche Kosten

Anteil Beklagter an diversen von der Klägerin bezahlten Positionen:

Stromkosten	Fr.	2'178.30
Gebäudeversicherung	Fr.	523.75
Blitzschutzanlage	Fr.	519.00
Abnahmekontrolle der Heizung	Fr.	67.15
Heizöl	Fr.	3'448.15
Tankkontrollheft	Fr.	<u>50.00</u>

Total Fr. 6'786.35

Schadenersatz für Entfernung des Hartbelags auf dem Vorplatz Fr. 6'134.00

#### **B. Schadenersatzforderungen aus dem Kaufvertrag vom 30. Januar 2003**

(Aufwendungen für die Herstellung des vertragskonformen Zustandes)

Anpassung der Balkongeländer im OG	Fr.	3'983.35
Glas für Geländer im DG	Fr.	1'807.70
Malerarbeiten	Fr.	7'166.80
Brandschutztüren	Fr.	7'367.85
Diverse Schreinerarbeiten	Fr.	<u>1'800.85</u>
Total	Fr.	22'126.55

**Gesamtforderung Fr. 57'517.05**

Nach dieser Aufstellung besteht zur Klagesumme gemäss (reduziertem) Rechtsbegehren von Fr. 60'265.55 eine Differenz von Fr. 2'748.50. Diese Differenz liegt darin begründet, dass die Klägerin einerseits die Forderungen aus dem Vertrag vom 30. Januar 2003 mit Fr. 24'925.05 bezifferte (Differenz: Fr. 2'798.50), was auch der Vorinstanz nicht entging (Urk. 128 S. 21), und andererseits die For-

derungen aufgrund des Stockwerkeigentumsverhältnisses auf lediglich Fr. 35'340.50 statt auf Fr. 35'390.50 veranschlagte.

7. Die Klägerin hält sich für "aktivlegitimiert", vom Beklagten entsprechend seiner Eigentumsquote von ihr bezahlte Aufwendungen für gemeinschaftliche Teile des Stockwerkeigentums und deren Verwaltung zu fordern, wobei die geforderten Beteiligungsforderungen an den gemeinschaftlichen Aufwendungen alle vor dem 22. Juli 2010 fällig geworden seien (Urk. 13 S. 5 Ziff. 2). Auf die Fertigstellung der gemäss Kaufvertrag vom 30. Januar 2003 vom Beklagten geschuldeten Arbeiten habe sie mit Schreiben vom 21. Juni 2006 verzichtet und erklärt, das geschuldete Werk auf Kosten des Beklagten fertig stellen zu lassen (Urk. 13 S. 10 Ziff. 15).

Der Beklagte bestritt nicht, dass er für alle vor dem 22. Juli 2010 fällig gewordenen Beteiligungsforderungen an gemeinschaftliche Aufwendungen aufzukommen habe (Urk. 32 Ziff. 6). Er ist aber der Auffassung, die gemeinschaftlich zu tragenden Kosten stets bezahlt zu haben. Weder Heiz- noch Briefkastenanlage seien Gegenstand des Kaufvertrags vom 30. Januar 2003 oder erneuerungsbedürftig gewesen (Urk. 32 Ziff. 7 ff.). Hinsichtlich der Schadenersatzforderungen aus dem Kaufvertrag vom 30. Januar 2003 erhob der Beklagte die Einrede der Rechtshängigkeit. Zudem bestritt er, seine Arbeiten nicht vertragsgemäss erfüllt zu haben, und macht geltend, er habe die Arbeiten lediglich mit Bezug auf Änderungswünsche der Klägerin nicht zu Ende geführt, da ihm diese nicht vergütet worden seien (Urk. 32 Ziff. 13 ff.). Zudem stellte er eigene "offene Forderungen" gegenüber der Klägerin zur Verrechnung (Urk. 32 Ziff. 25 ff.).

8. Für den Verlauf des erstinstanzlichen Verfahrens kann auf den angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Urk. 128 S. 2 f.). Hervorzuheben ist, dass die Vorinstanz den Beklagten mit Beschluss vom 17. Juni 2013 gestützt auf § 74 ZPO/ZH zufolge verheimlichtem Wohnsitz zur Leistung einer Prozesskaution von Fr. 24'000.– aufforderte (Urk. 101). Beschwerden gegen diesen Entscheid wurden sowohl vom Obergericht als auch vom Bundesgericht abgewiesen (Urk. 104, Urk. 121). Mit Beschluss vom 19. September 2013 wies die Vorinstanz das am 9. September 2013 gestellte Gesuch des Beklagten um unentgeltliche Rechts-

pflege ab (Urk. Urk. 110, Urk. 112). Am 16. Februar 2015 fällte die Vorinstanz das eingangs im Dispositiv aufgeführte Urteil (Urk. 122 = Urk. 128). Sie stellte darin fest, dass der Beklagte die ihm mit Beschluss vom 17. Juni 2013 auferlegte Kaution nicht geleistet habe und seine Vorbringen androhungsgemäss daher nur berücksichtigt würden, soweit sie unbestritten geblieben oder durch die Akten bewiesen seien (§ 80 Abs. 2 ZPO/ZH).

9. Gegen das ihm am 26. Februar 2015 zugestellte Urteil führt der Beklagte mit Eingabe vom 27. März 2014 (recte: 2015), zur Post gegeben am 28. März 2015, Berufung mit den eingangs aufgeführten (sinngemässen) Anträgen (Urk. 127 S. 1 ff.).

10. Eine Berufungsantwort wurde nicht eingeholt (Art. 312 Abs. 1 ZPO).

## II.

1. Die Vorinstanz trat im Umfang von Fr. 14'534.65 auf die Klage "infolge Litispendenz" nicht ein. Sie kam zum Schluss, dass die im vorliegenden Verfahren geltend gemachten Teilforderungen von Fr. 7'166.80 für Malerarbeiten und Fr. 7'367.85 für Wohnungseingangstüren im EG, OG und DG (Brandschutztüren) bereits Gegenstand des bei Klageeinleitung hängigen Verfahrens CG090101 gewesen seien (Urk. 128 S. 5 ff.). Dieser Beschluss blieb unangefochten.

2. Die Vorinstanz sprach der Klägerin antragsgemäss unter dem Titel "Anteil Beklagter an die Kosten der Heizanlage" Fr. 20'856.30 und unter dem Titel "Anteil Beklagter an die Kosten der Briefkastenanlage" Fr. 1'613.85, total Fr. 22'470.15 zu. Sie erwog, die von der Klägerin angerufene Vereinbarung vom 20. September 2008 (Urk. 15/4) sei sowohl bezüglich Zustandekommens als auch bezüglich des behaupteten Inhalts unbestritten geblieben. Aus dieser Vereinbarung gehe unzweideutig hervor, dass die darin genannten Anlagen noch zu erstellen bzw. fertigzustellen seien. Die von der Klägerin behaupteten Kosten seien vom Beklagten nicht bestritten worden; die Rechnungen für die Erstellung der Heizanlage datierten vom 20. Mai 2009 bis 18. Januar 2010, die Rechnung für die Briefkastenanlage

ge und deren Montage vom 27. Dezember 2010. Der Kaufvertrag vom 22. Juli 2010 stehe entgegen der Auffassung des Beklagten einer Geltendmachung der aus der Zeit des gemeinsamen Stockwerkeigentums stammenden Forderungen nicht entgegen. Vielmehr gehe aus Ziffer 4 der weiteren Bestimmungen hervor, dass die Parteien die betreffenden Forderungen nicht hätten untergehen lassen bzw. die Abgaben und Beiträge an die Lasten des gemeinschaftlichen Eigentums vorbehalten worden seien. Der Beklagte mache denn auch selbst eine Einschränkung, indem er die im Verfahren CG090101 eingeklagten Forderungen ausnehme und nur "neue" Klagen als ausgeschlossen betrachte (Urk. 128 S. 11 ff. Erw. 1).

3. Die Vorinstanz sprach der Klägerin sodann den Anteil des Beklagten an den von ihr zwischen 2009 und 2010 getätigten Auslagen für Strom, Gebäudeversicherung, Blitzschutzanlage, Abnahmekontrolle der Heizung und Heizöl, total Fr. 6'736.20, zu. Es lasse sich – so die Vorinstanz – nicht ernsthaft bestreiten, dass es sich dabei um gemeinschaftliche Aufwendungen des Stockwerkeigentums gehandelt habe. Soweit der Beklagte wiederum mit dem Kaufvertrag vom 22. Juli 2010 argumentiere und geltend mache, mit dessen Abschluss seien sämtliche klägerischen Forderungen abgegolten worden, sei auf das bereits Ausgeführte zu verweisen und daran zu erinnern, dass in Ziffer 4 der weiteren Bestimmungen ausdrücklich die spätere Abrechnung über die Beiträge an die Lasten des gemeinschaftlichen Eigentums vorbehalten geblieben sei. Zudem verpflichtete die Vorinstanz den Beklagten, der Klägerin die Kosten von Fr. 50.– für den Kauf eines neuen Tankkontrollheftes zu ersetzen, da er sich geweigert habe, das alte Tankkontrollheft herauszugeben. Hingegen wies sie eine Schadenersatzforderung der Klägerin für die nach erfolgtem Verkauf vorgenommene Instandstellung des (vom Beklagten im Jahre 2007 entfernten) Hartbelags auf dem Vorplatz infolge konkludent erklärter Genehmigung ab (Urk. 128 S. 16 ff. Erw. 2 bis 4).

4. Schliesslich sprach die Vorinstanz der Klägerin gestützt auf den Kaufvertrag vom 30. Januar 2003 Fr. 3'983.35 für die Erhöhung des Balkongeländers im OG gemäss Rechnung vom 14. Mai 2009, Fr. 1'807.70 für die Fixierung eines Glases am Geländer im Dachgeschoss gemäss Rechnung vom 26. November 2009 und Fr. 1'800.85 für diverse Schreinerarbeiten gemäss Rechnung vom 28.

Februar 2010, total Fr. 7'591.90, zu. Sie erwog, die Höhe des ursprünglich montierten Balkongeländers und das vom Beklagten montierte Geländer um die Treppeöffnung im Dachgeschoss hätten nicht den Bauvorschriften entsprochen und seien insoweit vertragswidrig gewesen. Der Beklagte habe der Klägerin die zur Mängelbehebung entstandenen Kosten zu ersetzen. Die von der Klägerin vorgenommenen Schreinerarbeiten seien zur vertragsgemässen Fertigstellung des Kaufobjektes erforderlich gewesen. Der Einwand des Beklagten, er habe die Arbeiten soweit Vertragsbestandteil vertragsgemäss ausgeführt und keinerlei Vertragsverletzung begangen, sei in seiner allgemeinen Form ungenügend (Urk. 128 S. 21 ff. Erw. 5).

5. Die vom Beklagten einredeweise zur Verrechnung gestellten Forderungen im Gesamtbetrag von Fr. 67'954.05 wies die Vorinstanz ab (Urk. 128 S. 28 ff. Erw. 6). Die Klage war damit ausgewiesen und gutzuheissen im Umfange von Fr. 36'848.25 (Fr. 22'470.15 zuzüglich Fr. 6'738.20 zuzüglich Fr. 50.– zuzüglich Fr. 7'591.90). Die Verzugszinsen blieben unbestritten (Urk. 128 S. 39 Erw. 7). Im Mehrbetrage wies die Vorinstanz die reduzierte Klage ab, soweit sie darauf eintrat.

### III.

1.1 Das Berufungsverfahren richtet sich nach der schweizerischen Zivilprozessordnung (Art. 405 Abs. 1 ZPO). Demgegenüber stand das erstinstanzliche Verfahren noch unter der Herrschaft des zürcherischen Prozessrechts.

1.2 Die Berufung wurde form- und fristgerecht erhoben. Sie richtet sich gegen einen erstinstanzlichen Endentscheid. Da auch die Streitwertgrenze erreicht wird, ist auf die Berufung – unter Vorbehalt hinreichender Begründung – einzutreten (Art. 308 und 311 ZPO).

1.3 Gemäss Art. 311 Abs. 1 ZPO muss die Berufung eine Begründung enthalten. Dies bedeutet, dass sich der Berufungskläger substantiiert mit den angefochtenen Urteilerwägungen auseinandersetzt und im Einzelnen aufzeigt, worin

eine unrichtige Rechtsanwendung oder eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts (Art. 310 ZPO) liegt. Es genügt nicht, wenn der Berufungskläger bloss den vor Vorinstanz eingenommenen Rechtsstandpunkt wiederholt oder gar lediglich auf die Rechtsschriften in den Vorakten verweist. Vielmehr muss er die als fehlerhaft erachteten Erwägungen der Vorinstanz zum Ausgangspunkt seiner Kritik machen. Die Berufungsinstanz ist nicht verpflichtet, den angefochtenen Entscheid von sich aus auf alle denkbaren Mängel zu untersuchen, es sei denn, diese träten offen zu Tage (vgl. – je mit weiteren Hinweisen – Seiler, Die Berufung nach ZPO, Basel 2013, N 893 ff., insb., N 896; Hohl, Procédure civil, Tome II, Bern 2010, N 2405 f.; Reetz/Theiler, in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm., N 36 zu Art. 311 ZPO; ZPO-Rechtsmittel-Kunz, N 92 zu Art. 311 ZPO; CPC-Jeandin, N 3 zu Art. 311 CPC).

1.4 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). Wer sich auf neue Tatsachen beruft, hat zu substantiieren und zu beweisen, dass er die entsprechenden Noven unverzüglich nach ihrer Entdeckung vorgebracht hat und dass er sie trotz Anwendung zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz hat vorbringen können (Reetz/Hilber, in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm., Art. 317 N 34).

2. Nach Auffassung des Beklagten basiert das angefochtene Urteil auf einem offensichtlichen Irrtum und gravierenden Logik- und Denkfehlern sachlicher und rechtlicher Art. Seiner Meinung nach steht der Kaufvertrag vom 22. Juli 2010 der am 23. Dezember 2010 eingereichten Klage bzw. den damit verfolgten Ansprüchen entgegen. Er begründet diesen Standpunkt im Wesentlichen wie folgt:

Per 22. Juli 2010 sei die Liegenschaft gesamthaft mit allen ihren Mängeln und unfertigen Bauleistungen "as is" zu einem entsprechend günstigen Kaufpreis in das Eigentum einer einzelnen Person in der Rechtsform einer einfachen Gesellschaft übergegangen. Ab diesem Datum bilde die Liegenschaft rechtlich und sachlich eine einzige Einheit und hätten alle Sonderrechte und die gemeinsamen Anlageteile "keine Gültigkeit mehr". "Bei der Vertragsregelung" seien alle Gege-

benheiten bzw. Forderungen aus der vorgängigen Rechtsform berücksichtigt bzw. "per saldo null und nichtig" geworden. Die Klägerin habe sich als alleinige Nutzniesserin der gesamten Liegenschaft die Baukosten des Werkvertrags erspart bzw. sich die Beseitigung aller noch vorhandenen Mängel und die Durchführung der Fertigstellungsarbeiten selbst auferlegt. Da die Stockwerkeigentümergeinschaft mit Abschluss des Kaufvertrags am 22. Juli 2010 rechtlich und sachlich "per saldo" abgeschlossen gewesen sei und faktisch nicht mehr existiert habe, komme es ab diesem Zeitpunkt nicht mehr darauf an, wer sich vor der Eigentumsübertragung zu welchen Investitionen in die Objekte im Sonderrecht oder in die gemeinsamen Anlageteile verpflichtet habe (Urk. 127 S. 1 bis S. 5).

Der Beklagte trägt weiter vor, die Klägerin habe seine Stockwerkeigentumsanteile zu einem Kaufpreis übernommen, der im Vergleich zu dem mit der Familie E.\_\_\_\_\_ am 16. November 2009 abgeschlossenen, von der Klägerin blockierten Kauf- und Werkvertrag um rund Fr. 350'000.– tiefer gelegen habe. Er beruft sich zudem auf Ziffer 5 Absätze 2 und 3 der weiteren Bestimmungen. Damit sei kundgetan worden, dass per Saldo aller Ansprüche beidseits keine Forderungen mehr bestehen würden. Die ganze Liegenschaft sei "as is" zu einem reduzierten Preis, d.h. ohne die noch zu bewerkstellenden Bauarbeiten bzw. Mängelbeseitigung an die Klägerin übergegangen. Alle nach dem 22. Juli 2010 gestellten Forderungsansprüche hinsichtlich Bezahlung von Bauleistungen oder Kosten für Mängelbehebungen seien irrtümlich oder fast betrügerisch angemeldet worden. Falls solche Forderungen bestanden hätten, wäre es Aufgabe der Klägerin gewesen, dies bei Abschluss des Kaufvertrags kundzutun. Der Rechtsvertreter der Klägerin und sein Vertreter F.\_\_\_\_\_ hätten den Kaufvertrag unter Einbezug des Notariates ausgehandelt. Wenn also noch Forderungen aus dem Kaufvertrag vom 31. Januar 2003 bestanden hätten, hätten diese "im letztlich alles entscheidenden Vertrag vom 22. Juli 2010 eingebracht werden müssen". Weitere Ansprüche der Klägerin wären vor dem 22. Juli 2010 zu stellen oder in den Kaufvertrag vom 22. Juli 2010 aufzunehmen gewesen. Da dies nicht geschehen sei, hätte die "retrospektive" Klage zurückgewiesen werden müssen, zumal seine Vergleichsbereitschaft nach der Zusage der Klägerin, es seien nach Übergang der Liegenschaft keine weiteren Prozesse zu erwarten, erwirkt worden sei (Urk. 127 S. 4 bis S. 7).

3.1 Der Beklagte hat bereits vor Vorinstanz vorgebracht, die von der Klägerin in diesem Verfahren verfolgten Ansprüche seien durch den Verkauf der restlichen Stockwerkeigentumseinheiten "getilgt worden"; indem die Klägerin die Stockwerkeigentumseinheiten im damaligen Zustand gekauft habe, habe sie auf sämtliche Ansprüche aus allfälligen Mängeln bzw. fehlenden gemeinschaftlichen Anlagen verzichtet (Urk. 51 Rz 10). Er sei anlässlich der Verhandlung vom 22. Juli 2010 davon ausgegangen, dass keine Klagen mehr anhängig gemacht würden, wenn der Vergleich zustande käme, und habe auf diese Zusicherung hin seine Zustimmung erklärt, worauf die Klägerin in Punkt 4 des anschliessend abgeschlossenen Kaufvertrags auf jegliche Verrechnungseinrede verzichtet habe (Urk. 51 Rz 17 f.).

3.2 Die Vorinstanz hat dazu erwogen, ein Verzicht auf jegliche Verrechnungseinrede lasse sich dem Kaufvertrag vom 22. Juli 2010 nicht entnehmen. In Ziffer 4 der weiteren Bestimmungen sei vielmehr vereinbart worden, dass die Parteien über die mit den Vertragsobjekten verbundenen Abgaben sowie über die Beiträge an die Lasten des gemeinschaftlichen Eigentums und an die Kosten der gemeinschaftlichen Verwaltung per Wert jeweiliger Antrittstag jeweils separat abrechnen würden. Aus dieser Bestimmung gehe demnach hervor, dass die Parteien entgegen der Auffassung des Beklagten mit dem Vertrag vom 22. Juli 2010 die aus der Zeit der Stockwerkeigentümergeinschaft stammenden Forderungen nicht hätten untergehen lassen, sondern vielmehr ausdrücklich die Abrechnung über die Abgaben und Beiträge an die Lasten des gemeinschaftlichen Eigentums vorbehalten hätten. Der Vertrag vom 22. Juli 2010 stehe damit einer Geltendmachung der betreffenden Forderungen mitnichten entgegen und die gegenteiligen Ausführungen des Beklagten hiezu gingen ins Leere (Urk. 128 S. 15, S. 18).

3.3 Der Beklagte geht in seiner Berufung mit keinem Wort auf diese vorinstanzliche Begründung ein. Er beschränkt sich vor Berufungsinstanz im wesentlichen darauf, seinen Standpunkt zu wiederholen, wonach mit dem Kaufvertrag und dem Erwerb der Liegenschaft zu Alleineigentum sämtliche Forderungen der Klägerin gegenüber dem Beklagten erloschen sind. Er macht insbesondere nicht geltend, bei den Projektierungs- und Ausführungskosten für die Erstellung der

gemeinschaftlichen Anlagen für Heizung, Sanitär und Briefkastenanlage gemäss Ziffer 3 der Vereinbarung vom 20. September 2008 und bei den weiteren gemeinschaftlichen Kosten (Strom, Gebäudeversicherung etc.) handle es sich nicht um "Beiträge an die Lasten des gemeinsamen Eigentums" im Sinne von Ziffer 4 der weiteren Bestimmungen. Gemäss Art. 712h Abs. 2 ZGB handelt es sich bei den Auslagen für den laufenden Unterhalt und für Reparaturen und Erneuerungen der gemeinschaftlichen Anlagen und Einrichtungen um gemeinschaftliche Kosten und Lasten. Bereits die Vorinstanz hat darauf hingewiesen, dass der Beklagte die Vereinbarung vom 20. September 2008 völlig ausblendet. In seiner Berufung erwähnt er weder die Vereinbarung vom 20. September 2008 noch die von der Vorinstanz zur Begründung herangezogene Abrechnungsklausel. Insoweit fehlt es an einer substantiierten Auseinandersetzung mit dem angefochtenen Entscheid und damit an einer rechtsgenügenden Berufungsbegründung. Im Übrigen steht aufgrund der vorbehaltenen Abrechnung über das Stockwerkeigentumsverhältnis fest, dass die Parteien gerade keine Saldoklausel vereinbart haben, wonach sie mit Abschluss bzw. Vollzug des Kaufvertrags per Saldo aller Ansprüche auseinandergesetzt sind.

3.4 Im Sinne einer Ergänzung kann festgehalten werden: Bezahlt ein Stockwerkeigentümer über seinen Anteil hinaus einen Beitrag an die gemeinschaftlichen Kosten und Lasten, verfügt er nach Massgabe von Art. 649 Abs. 2 ZGB über eine realobligatorische Regressforderung gegen die anderen Stockwerkeigentümer (BSK ZGB II-Brunner/Wichtermann, N 7 ff. zu Art. 649 ZGB; ZK-Wermelinger, N 111 und N 130 zu Art. 712h ZGB; BGE 119 II 404 E. 4 S. 406 f.). Entgegen der Auffassung des Beklagten geht Stockwerkeigentum nicht unter, wenn ein einzelner Stockwerkeigentümer nachträglich sämtliche Anteile erwirbt (Rey/Maetzke, Schweizerisches Stockwerkeigentum, 3. Aufl., Zürich 2009, N 27 und N 172; vgl. zur Einpersonengemeinschaft: ZK-Wermelinger, N 152 der Vorbemerkungen zu Art. 712a-712t ZGB, N 15 zu Art. 712l ZGB und N 15 zu Art. 712m ZGB). Auch bleibt der bisherige Eigentümer und Veräusserer des Grundstücks gegenüber der Stockwerkeigentümergeinschaft für bereits entstandene Beitragsforderungen weiterhin haftbar (ZK-Wermelinger, N 127 zu Art. 712h ZGB; BK-Meier-Hayoz/Rey, N 9 zu Art. 712h ZGB; vgl. auch BK-Meier-Hayoz, N 289 ST zu Art. 641-654

ZGB). Das Gleiche gilt für Regressforderungen gemäss Art. 649 Abs. 2 ZGB (BSK ZGB II-Brunner/Wichtermann, N 9 zu Art. 649 ZGB). Es kann also keine Rede davon sein, dass mit der Handänderung und Vereinigung aller Anteile in einer Hand unerheblich geworden wäre, wer sich zu welchen Leistungen in sein Sonderrecht oder in die gemeinsamen Anlageteile verpflichtete (Urk. 127 S. 4).

4.1 Der Beklagte stützt sich in seiner Berufung stattdessen auf Ziffer 5 Abs. 2 und 3 der weiteren Bestimmungen. Darin wurde die Gewährspflicht (Haftung) für Rechts- und Sachmängel aufgehoben und erklärt, die Klägerin übernehme die Kaufobjekte in dem ihr bekannten, gegenwärtigen Zustand, währenddem der Beklagte keine Reparatur- und Unterhaltsarbeiten vorzunehmen habe. Der Beklagte leitet daraus ab, die Parteien seien umfassend auseinandergesetzt, so dass beidseits keine Forderungen mehr bestünden und die Klägerin Mängelbehebungen und Fertigstellungsarbeiten auf ihre Kosten vorzunehmen habe (Urk. 127 S. 5).

4.2 Der Beklagte hat bereits vor Vorinstanz darauf hingewiesen, dass die Parteien in Ziff. 5 der weiteren Bestimmungen den Ausschluss jeglicher Gewährleistungsansprüche vereinbart hätten, womit nach Treu und Glauben auch sämtliche allfällige fehlenden oder mangelhaften *gemeinschaftlichen Anlagen* erfasst worden seien (Urk. 51 Rz 19). Die Vorinstanz hat sich nicht dazu geäussert.

4.3 Nach seinem klaren Wortlaut beschlägt Ziffer 5 Abs. 3 die Aufhebung der Mängelhaftung und damit die Gewährspflicht für Sachmängel per Antrittstag bzw. Übergabe der Vertragsobjekte, die je nach Stockwerkeinheit innert zwei, vier oder 6 Wochen "ab heutiger Eigentumsübertragung" zu erfolgen hatte (vgl. Ziffer 2 und 3 der weiteren Bestimmungen). Eine Saldoklausel lässt sich weder Ziffer 5 Abs. 2 noch Ziffer 5 Abs. 3 der weiteren Bestimmungen entnehmen.

Im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses und der Eigentumsübertragung (22. Juli 2010) waren mit Ausnahme der Montage der Briefkastenanlage bereits sämtliche hier interessierenden Arbeiten ausgeführt und verrechnet: Die Rechnungen für die Erstellung der Heizung wurden zwischen dem 20. Mai 2009 und dem 18. Januar 2010 gestellt (Urk. 15/5 bis Urk. 15/10). Die Rechnung für die Blitzschutzanlage datiert vom 20. Januar 2010 (Urk. 15/18), diejenige für die Hei-

zungsabnahme vom 26. Februar 2010 (Urk. 15/19) und diejenige für das Tankkontrollheft vom 18. März 2010 (Urk. 15/20). Die gestützt auf den Kaufvertrag vom 30. Januar 2003 gestellten Forderungen wurden ebenfalls bereits am 14. Mai 2009 (Urk. 15/28), 26. November 2009 (Urk. 15/29) und 28. Februar 2010 (Urk. 15/32) fakturiert. Insoweit lagen bereits bei Vertragsabschluss und Eigentumsübertragung keine "Sachmängel an den Vertragsobjekten im Sinne des OR" mehr vor, die sich unter Ziffer 5 Abs. 3 subsumieren liessen und von deren Haftung sich der Beklagte freizeichnen konnte. Das Gleiche gilt hinsichtlich der Reparatur- und Instandhaltungspflicht gemäss Ziffer 5 Abs. 2. Die gemeinschaftlichen Kosten für Unterhalt, Strom, Gebäudeversicherung und Heizöl, die ebenfalls aus der Zeit der Zweipersonengemeinschaft stammen (Urk. 15/28, Urk. 15/29 und Urk. 15/32), stellen ohnehin keine Kosten dar, die im Zusammenhang mit der Behebung von Mängeln oder mit der Fertigstellung der gemeinsamen Anlagen getätigt wurden. Die aus dem Kaufvertrag vom 30. Januar 2003 abgeleiteten Forderungen betreffen wiederum nicht die mit Kaufvertrag vom 22. Juli 2010 gekauften Stockwerkeinheiten, sondern die von der Klägerin mit dem Kaufvertrag vom 30. Januar 2003 erworbene Stockwerkeinheit Nr. 1 mit Sonderrecht an der Maisonnette-Wohnung im Erd-, 1. Ober- und Dachgeschoss (Urk. 13 S. 12 Rz 22). Sie sind zudem werkvertraglicher und nicht kaufvertraglicher Natur. Sie können auch aus diesem Grund nicht unter die Freizeichnungsklausel gemäss Ziffer 5 Abs. 3 der weiteren Bestimmungen fallen. Im Zusammenhang mit den aus dem Kaufvertrag vom 30. Januar 2003 abgeleiteten Forderungen berief sich der Beklagte vorinstanzlich denn auch nicht auf Ziffer 5 der weiteren Bestimmungen (Urk. 32 Rz 12 bis Rz 24, Urk. 51 nach Rz 42 bis Rz 53).

Die Briefkastenanlage war beim Eigentumsübergang bzw. beim Besitzesantritt noch nicht vorhanden, sondern wurde gemäss Rechnung vom 27. Dezember 2010 erst am 15. und 20. Dezember 2010 montiert (Urk. 15/11; Urk. 13 S. 6 f. Ziff. 4). Trotzdem kann auch die (fehlende bzw. noch zu montierende) Briefkastenanlage nicht als Sachmangel im Sinne von Ziffer 5 Abs. 3 bzw. als Reparatur- und Unterhaltsarbeit im Sinne von Ziffer 5 Abs. 2 der weiteren Bestimmungen begriffen werden. Die Montage der Briefkastenlage war in der Vereinbarung vom 20. September 2008 als Erstellungs- bzw. Fertigstellungsarbeit bezeichnet wor-

den (Urk. 15/4). Der Beklagte selbst hielt in der Klageantwort fest, die Briefkastenanlage sei nicht erneuerungsbedürftig gewesen, da es eine funktionierende Briefkastenanlage gegeben habe, die für das Grundstück ausreichend gewesen sei (Urk. 32 Rz 9, Urk. 51 Rz 34 und Rz 38). Er selbst unterscheidet in der Berufungsschrift zwischen "unfertigen Bauleistungen" und "Mängeln" bzw. zwischen "Fertigstellungsarbeiten" und "Mängelbeseitigung" (Urk. 127 S. 4 f.). Demnach kann auch die fehlende Briefkastenanlage nicht als Sachmangel qualifiziert werden, für dessen Behebung durch die Klägerin aufgrund der Freizeichnungsklausel nicht der Beklagte einzustehen hätte.

Fragen könnte sich nur noch, ob die anteilmässigen Kosten für Lieferung und Montage der Briefkastenanlage vom Erwerber, also der Klägerin, zu tragen sind, weil die entsprechende Arbeit erst nach Eigentumsübergang in Auftrag gegeben, ausgeführt, verrechnet und bezahlt wurde (Urk. 15/11). Aber selbst wenn für im Zeitpunkt des Eigentumsübergangs noch nicht entstandene Forderungen der bisherige Eigentümer *realobligatorisch* nicht mehr einzustehen hat, sind für einen allfälligen Regress vertragliche Abreden zwischen Veräusserer und Erwerber zu beachten (BK-Meier-Hayoz, N 33 zu Art. 712h ZGB, BSK ZGB II-Bösch, N 4 zu Art. 712h ZGB). Dies haben die Parteien insofern getan, als sie in Ziffer 4 der weiteren Bestimmungen hinsichtlich der Beiträge an die Lasten des gemeinschaftlichen Eigentums eine Abrechnung per "Wert Antrittstag" vorgesehen haben. Wie in Erw. 3.3 bereits ausgeführt wurde, setzt sich der Beklagte mit der vorinstanzlichen Erwägung, wonach die Parteien mit dieser Bestimmung die aus der Zeit der Stockwerkeigentümergeinschaft stammenden Forderungen nicht haben untergehen lassen (Urk. 128 S. 15) – wozu die Vorinstanz auch die anteiligen Kosten für die Briefkastenanlage zählte (Urk. 128 S. 16) – nicht auseinander. Insbesondere ist aber zu beachten, dass die Parteien des Kaufvertrags identisch sind mit den Parteien der Vereinbarung vom 20. September 2008, worin sie als "solidarische Bauherrschaft" im Sinne einer "definitiven Kostentragung" explizit vereinbart haben, der Beklagte übernehme die Kosten für die Briefkastenanlage im Umfang seiner Wertquote bzw. zu 52% (Urk. 15/4 S. 2). Der Anspruch der Klägerin ist insoweit nicht *realobligatorischer*, sondern *vertraglicher* Natur. Auf diese Vereinbarung geht der Beklagte mit keinem Wort näher ein. Der Umstand,

dass die Briefkastenanlage nach der Handänderung in Auftrag gegeben, fakturiert und bezahlt wurde, steht dem Regress der Klägerin daher nicht entgegen.

4.4 Insgesamt gelingt es dem Beklagten mit Hinweis auf Ziffer 5 der weiteren Bestimmungen nicht, einen Fehler in der Sachverhaltsermittlung oder Rechtsanwendung der Vorinstanz aufzuzeigen. Es stellt sich daher nur noch die Frage, ob die vom Beklagten geforderten Auslagen anderweitig durch den Kaufvertrag vom 22. Juli 2010 tangiert werden. Die Vorinstanz hat dies für die Fertigstellung der gemeinschaftlichen Anlagen (Heizung/Briefkasten) und die weiteren gemeinschaftlichen Kosten verneint (Urk. 128 S. 14 f., S. 18). Wie in Erw. 3.3 bereits ausgeführt, beanstandet der Beklagte die Vertragsauslegung der Vorinstanz nicht substantiiert. Die Forderungen aus dem Vertrag vom 30. Januar 2003 "für die Herstellung des vertragskonformen Zustandes" betreffen die von der Klägerin im Jahre 2003 gekauften "drei Geschosse" (Urk. 13 S. 10 Rz 17 f., S. 13 Rz 22, Urk. 15/25) und stehen insofern in keinem Zusammenhang mit dem "Verkauf der restlichen Stockwerkeigentumseinheiten durch den Beklagten an die Klägerin" (Urk. 51 Rz 10). Mit Bezug auf diese Forderungen trug der Beklagte vor Vorinstanz vor, er habe die Arbeiten vorschriftsgemäss bzw. vertragsgemäss ausgeführt bzw. seine vertragliche Pflicht erfüllt (Urk. 32 Rz 19 ff., Urk. 51 Rz 43 ff.). Die Vorinstanz bejahte aufgrund der erstellten Vertragsverletzungen eine Ersatzpflicht des Beklagten für die Erhöhung des Balkongeländers im OG, die Montage einer Glasscheibe am Geländer im DG und für diverse Schreinerarbeiten (Urk. 128 S. 21 ff. Erw. 5). Der Berufungsschrift lassen sich keine substantiierten Rügen zu den vorinstanzlichen Erwägungen entnehmen, weshalb es dabei sein Bewenden hat.

5.1 Der Beklagte ist der Auffassung, die eingeklagten Ansprüche seien bereits durch den reduzierten Kaufpreis von Fr. 1'150'000.– abgegolten. Insbesondere seien der Klägerin Baukosten von Fr. 353'800.– erlassen worden, womit sie zum Ausdruck gebracht habe, sie würde die Mängelbeseitigung und Fertigstellungsarbeiten am ganzen Objekt selbst durchführen (Urk. 127 S. 5).

5.2 In der Duplik führte der Beklagte aus, für eine Saldoziehung spreche auch der Kaufpreis. Der Kaufpreis sei mit Fr. 1'150'000.–, d.h. Fr. 650'000.– unter

dem Wert der verkauften Stockwerkeigentumseinheiten, fixiert worden. In Berücksichtigung aller Randbedingungen und Streitigkeiten zwischen den Parteien, insbesondere der massiven Preisreduktion von Fr. 650'000.– und des Weglassens der GU-Verpflichtung von Fr. 350'000.–, sei dies ein klarer Kompromiss gewesen. Er hätte seine Stockwerkeigentumseinheiten am 22. Juli 2010 nicht derart unter Wert verkauft, wenn er nicht in guten Treuen hätte davon ausgehen können, von der Klägerin nicht mehr in weitere Gerichtsverfahren hineingezogen zu werden. In der vorliegenden Forderungsklage der Klägerin seien alle Klagepunkte, welche die Liegenschaft inkl. allen Zugehört und der Bausubstanz gemäss dem Kaufvertrag vom 21. Juli 2010 betreffen würden und durch einen niedrigen Kaufpreis abgegolten worden seien, enthalten. Es sei widersprüchlich und damit nicht vereinbar, wenn die Käuferin und jetzige Eigentümerin der ganzen Liegenschaft im Verkehrswert von nunmehr über Fr. 6 Mio. (freistehendes Einfamilienhaus in bester Aussichtslage am ... ohne Stockwerkseigentümerbindung) nunmehr versuche, Bauinvestitionen zurückzuholen, die sich bereits seit Datum des Kaufvertrags vom 22. Juli 2010 in ihrem Eigentum befänden. Der Kaufpreis sei immerhin mit einer Differenz von Fr. 650'000.– unter Schätzpreis festgelegt worden (Urk. 51 Rz 21 ff.).

5.3 Die Vorinstanz hat sich zur Kaufpreisfrage nicht explizit geäussert, sondern erwogen, in Ziffer 4 der weiteren Bestimmungen seien die Parteien explizit übereingekommen, die aus der Stockwerkeigentümergeinschaft stammenden Forderungen (Abgaben und Beiträge an die Lasten des gemeinschaftlichen Eigentums) nicht untergehen zu lassen, weshalb der Kaufvertrag vom 22. Juli 2010 einer Geltendmachung der Forderungen aufgrund des Stockwerkeigentumsverhältnisses nicht entgegen stehe (Urk. 118 S. 15, S. 18).

5.4. Mit dieser Begründung setzt sich der Beklagte wie bereits erwähnt nicht substantiiert auseinander. Es ist auch inhaltlich zutreffend, wenn die Vorinstanz aufgrund des Vorbehalts der Abrechnung aus dem Gemeinschaftsverhältnis eine Saldoklausel verneinte und feststellte, entgegen dem Beklagten lasse sich dem Kaufvertrag ein *expressis verbis* erfolgter Verzicht der Klägerin auf jegliche Verrechnungseinrede nicht entnehmen.

5.5 Im Sinne einer weiteren Ergänzung kann festgehalten werden, dass die Parteien im Kaufvertrag vom 22. Juli 2010 den Kaufpreis für ... Miteigentum an der Liegenschaft mit Sonderrecht an den Stockwerkeinheiten ... bis ... auf Fr. 1'150'000.– festlegten. Dabei erwähnten die Parteien mit keinem Wort, dass mit der Bezahlung des Kaufpreises auch die streitgegenständlichen Forderungen ganz oder zum Teil abgegolten würden oder der Kaufpreis auch nur mit Rücksicht auf die streitgegenständlichen Forderungen festgelegt worden sei. Im Gegenteil hielten sie fest, dass die Klägerin dem Beklagten einen Teil des Kaufpreises (Fr. 40'000.–) als Abgeltung der für die Infrastruktur des Gebäudes bereits ausgeführten Bauarbeiten bezahlt (Urk. 4/3 S. 5). Es kann offen gelassen werden, ob und wieviel der Marktwert der Vertragsobjekte über dem vereinbarten Kaufpreis liegt. Marktwert und Kaufpreis müssen nicht übereinstimmen. Der Beklagte durfte jedenfalls nach Treu und Glauben nicht davon ausgehen, die Klägerin verzichte auf weitere bestehende Ansprüche. Um das vom Beklagten gewünschte Ergebnis zu erzielen, hätte es einer Saldoklausel oder einer positiven Abrede bedurft, wonach mit der Bezahlung des Kaufpreises auch die Forderungen der Klägerin aus der Vereinbarung vom 20. September 2008, aus dem Gemeinschaftsverhältnis und aus dem Kaufvertrag vom 30. Januar 2003 getilgt seien.

5.6 Aus dem weggefallenen Generalunternehmervertrag mit der Familie E.\_\_\_\_\_ vermag der Beklagte nichts zu seinen Gunsten abzuleiten. Die Ausführungen des Beklagten blieben diesbezüglich sehr vage und unbestimmt. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern dem Beklagten aus dem Wegfall des Vertrags ein Nachteil erwuchs, welcher der Klägerin entgegengehalten werden könnte. Es ist davon auszugehen, dass der Beklagte die mit der Familie E.\_\_\_\_\_ vereinbarten Bauleistungen (Fertigstellungs- und Erneuerungsarbeiten; Urk. 127 S. 4) im Umfange von Fr. 353'800.– nicht erbringen musste. Der Beklagte behauptet jedenfalls nicht, er habe Arbeiten ausgeführt, sei dafür aber nicht bezahlt worden. Im Kaufvertrag vom 22. Juli 2010 wurde er zudem mit Fr. 40'000.– für ausgeführte Bauarbeiten an der Infrastruktur des Gebäudes entschädigt (Urk. 4/3 S. 5; vgl. auch Urk. 51 Rz 15). Die Klägerin nimmt vorliegend Regress für "Projektierungs- und Ausführungskosten" (Urk. 15/4 S. 2), für weitere Kosten des gemeinschaftlichen Eigentums sowie Verbesserungskosten, die ihr (und nicht dem Beklagten)

von Drittpersonen in Rechnung gestellt wurden. Insofern bleibt schleierhaft, inwiefern der Wegfall der "GU-Verpflichtung" bzw. der "Erlass von Fr. 353'800.– Baukosten" die Ansprüche der Klägerin tangieren.

6.1 Der Beklagte wendet ein, er habe dem vor Bezirksgericht Zürich am 22. Juli 2010 abgeschlossenen Vergleich nach der Zusage der Klägerin und ihres Rechtsvertreters zugestimmt, es seien nach der Übertragung der Liegenschaft keine weiteren Prozesse zu erwarten (Urk. 127 S. 7).

6.2 Der Beklagte führte erstinstanzlich aus, er sei an der Vergleichsverhandlung vom 22. Juli 2010 davon ausgegangen, dass – vorbehältlich des bereits anhängigen Prozesses bezüglich Mehrkosten und Schadenersatz [Geschäft Nr. CG090101] – keine Klagen mehr anhängig gemacht würden, wenn der Vergleich zustande käme. Auf diese Zusicherungen hin habe er seine Zustimmung erklärt, worauf die Klägerin im Kaufvertrag auf jegliche Verrechnungseinrede verzichtet habe (Urk. 51 Rz 17 f.). Mit dem Kaufvertrag vom 22. Juli 2010 habe definitiv und unwiderruflich ein Schlussstrich zwischen den ehemals befreundeten Parteien gezogen werden sollen. Denn immerhin habe vor dem Notariatstermin die Vergleichsverhandlung am Bezirksgericht Zürich stattgefunden. Davon habe er in guten Treuen ausgehen können. Denn schon im Vorfeld dieses Vergleichs habe die Klägerin gegenüber dem Beklagten festgehalten, dass mit dem Verkauf seiner restlichen Einheiten ein Schlussstrich gezogen werde. Der Beklagte verweist dabei auf ein Schreiben der Klägerin vom 2. April 2009, worin diese mitgeteilt habe, dass "eine Gesamtlösung aller strittigen Punkte zu finden" sei, um "endlich einen raschen Schlussstrich unter alle Streitigkeiten ziehen zu können". Darauf sei die Klägerin zu behaften. Er sei deshalb davon ausgegangen, dass er nicht nochmals von der Klägerin eingeklagt würde (Urk. 51 Rz 20, Urk. 53/2).

6.3 Die Vorinstanz hat in diesem Zusammenhang auf Ziffer 4 der weiteren Bestimmungen verwiesen und erwogen, der behauptete ausdrückliche Verzicht auf jegliche Verrechnungseinrede lasse sich dem Vertrag vom 22. Juli 2010 nicht entnehmen. Aus Ziffer 4 gehe vielmehr eine Abrechnungspflicht zwischen den Parteien hervor, weshalb die Ausführungen des Beklagten ins Leere gingen (Urk. 128 S. 14 f.).

6.4 Die Vorinstanz hat zutreffend erwogen, dass sich die vom Beklagten behauptete Zusicherung, auf weitere Klagen zu verzichten, mit der im Kaufvertrag vereinbarten Abrechnungspflicht nicht verträgt. Eine solche Abrechnungspflicht wäre sinnlos, wenn ein Saldo nicht auch klageweise durchgesetzt werden könnte. Sofern der Beklagte mit seiner Berufung geltend machen will, die Klägerin oder ihr Rechtsvertreter hätten ihm anlässlich der Vergleichsverhandlung vom 22. Juli 2010 zugesichert, es würden keine neuen Klagen gegen ihn mehr erhoben, kann darauf bereits aus novenrechtlichen Gründen nicht mehr eingetreten werden (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Solches hatte der Beklagte vor Vorinstanz nämlich nicht behauptet. Dort brachte er lediglich vor, er sei an der Vergleichsverhandlung davon ausgegangen, dass er im Falle eines Vergleichs nicht mehr eingeklagt werde, wovon er auf "diese Zusicherungen hin" seine Zustimmung erteilt habe (Urk. 51 Rz 17). Wer welche Erklärung abgegeben hat, ging aus seinen damaligen Ausführungen nicht hervor. Einen tatsächlich übereinstimmenden Parteiwillen oder übereinstimmende, an der Verhandlung vom 22. Juli 2010 selbst abgegebene Willenserklärungen hat er damit nicht behauptet. Wie der Beklagte kurz darauf in der Duplik ausführte, verlangt er vielmehr *Vertrauensschutz* aufgrund des klägerischen Schreibens vom 2. April 2009 (Urk. 51 Rz 20: "Davon konnte der Beklagte in guten Treuen ausgehen."). Aus dem in diesem Schreiben geäusserten Wunsch der Klägerin, eine Gesamtlösung aller strittigen Punkte zu finden und einen raschen Schlussstrich unter alle Streitigkeiten zu ziehen, durfte der Beklagte fünfzehn Monate später aber nicht schliessen, die Klägerin verzichte stillschweigend – d.h. ohne ausdrücklichen Hinweis auf einen Forderungs- oder Klageverzicht – mit Abschluss von Vergleich und Kaufvertrag vom 22. Juli 2010 auf alle noch bestehenden Ansprüche. Der Beklagte spricht in der Berufung denn auch selbst nur noch davon, die Klägerin bzw. ihr Rechtsvertreter hätten sich dahingehend geäussert, dass keine weiteren Prozesse zu *erwarten* seien. Einer derart vagen Erklärung durfte der Beklagte nicht den Sinn einer Zusicherung beimessen.

6.5 Der Beklagte stellt schliesslich – vor dem Hintergrund des Kauf- und Werkvertrags vom 30. Januar 2003 – die Frage nach der Verjährung (Urk. 127 S. 6: "Der Frage der Verjährung bleibt auch zu prüfen."). Er zeigt aber nicht auf, wann er im vorinstanzlichen Verfahren die Einrede der Verjährung erhoben hat.

Den Ausführungen der Klägerin zur Verjährung der "Schadenersatzansprüche nach Art. 107 Abs. 2 OR" (Urk. 13 S. 10 Ziff. 15) hielt er vielmehr die Einrede der Rechtshängigkeit entgegen (Urk. 32 Ziff. 13), welche die Vorinstanz auch geprüft hat. Da die Verjährung nicht von Amtes wegen berücksichtigt wird (Art. 142 OR), ist der Beklagte mit dieser neu erhobenen und im Übrigen auch nicht näher substantiierten Einrede im Berufungsverfahren ausgeschlossen (BGE 138 II 169 E. 3.1 S. 170; BGer 4A\_305/2012 E. 3.3; Seiler, a.a.O., N 1258). Es kann daher offengelassen werden, ob "auf die Schadenersatzansprüche auf der Grundlage von Art. 107 Abs. 2 OR" die fünfjährige Verjährungsfrist von Art. 371 Abs. 2 OR Anwendung findet und ob die Verjährungsfrist tatsächlich erst mit "Eintritt des tatsächlichen Schadens" zu laufen begann (so die Klägerin in Urk. 13 S. 10 Ziff. 15), nachdem sich der Beginn der Verjährungsfrist beim Schadenersatzanspruch nach Art. 107 Abs. 2 OR nach der Fälligkeit des zugrunde liegenden Erfüllungsanspruchs beurteilt (BK-Weber, N 243 zu Art. 107 OR) und der Fristenlauf gemäss Art. 371 Abs. 2 OR mit der Abnahme des Werkes beginnt.

7. Insgesamt ist die Berufung abzuweisen und das angefochtene Urteil zu bestätigen. Von dem beantragten Beizug der Akten des am Bezirksgericht Dielsdorf pendenten Geschäfts Nr. FO110002 kann abgesehen werden (vgl. Urk. 127 S. 2 Ziff. 3, S. 8).

#### IV.

Ausgangsgemäss wird der Beklagte kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Wie sich aus den vorstehenden Erwägungen ergibt, muss die Berufung als von Anfang an aussichtslos bezeichnet werden, weshalb sein – im Übrigen nicht näher begründetes – Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege abzuweisen ist (Art. 117 ZPO). Es besteht kein Anlass, die Gerichtskosten auf die Staatskasse zu nehmen. Der Klägerin ist für das Berufungsverfahren kein entschädigungspflichtiger Aufwand entstanden, weshalb keine Parteientschädigungen zuzusprechen sind.

**Es wird beschlossen:**

1. Das Gesuch des Beklagten um unentgeltliche Prozessführung wird abgewiesen.
2. Schriftliche Mitteilung zusammen mit nachfolgendem Urteil.
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).

Dies ist ein Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 36'848.25.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

**Es wird erkannt:**

1. Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 8. Abteilung, vom 16. Februar 2015 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 4'000.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Beklagten auferlegt.
4. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteienschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerin unter Beilage des Doppels von Urk. 127, sowie an das Bezirksgericht Zürich, je gegen Empfangsschein.

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

6. 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. 36'848.25.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 21. Mai 2015

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. L. Hunziker Schnider

lic. iur. S. Notz

versandt am:  
mc