

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LB170031-O/U

Mitwirkend: Obergerichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Obergerichter  
lic. iur. et phil. D. Glur und Ersatzrichter lic. iur. R. Bantli Keller  
sowie Gerichtsschreiber lic. iur. R. Barblan

**Urteil vom 24. Oktober 2017**

in Sachen

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

Beklagter und Berufungskläger

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

gegen

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

Kläger und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw Y. \_\_\_\_\_

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil der 1. Abteilung des Bezirksgerichtes Pfäffikon  
vom 31. März 2017; Proz. CG150002**

**Rechtsbegehren:**

- "1. Der Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger Fr. 500'000.–, zuzüglich Zins von 5% seit dem 18. Oktober 2007, zu bezahlen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beklagten."

**Urteil des Bezirksgerichtes Pfäffikon:**

1. Der Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger Fr. 251'568.– nebst Zins zu 5% seit 25. März 2011 sowie Fr. 222'368.– nebst Zins zu 5% seit 5. März 2015 zu bezahlen.
2. Im Mehrbetrag wird die Klage abgewiesen.
3. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 20'000.– festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten werden im Betrag von Fr. 19'000.– dem Beklagten und im Betrag von Fr. 1'000.– dem Kläger auferlegt.

Die Gerichtskosten werden aus dem geleisteten Kostenvorschuss des Klägers bezogen, sind ihm aber vom Beklagten im Umfang von Fr. 19'000.– zu ersetzen.

5. Der Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 23'400.– (inkl. 8% MwSt. und Barauslagen) zu bezahlen.
6. (Mitteilung)
7. (Berufung)

### **Berufungsanträge:**

#### des Berufungsklägers und Beklagten (act. 78):

1. Das Urteil des Bezirksgerichts Pfäffikon vom 31. März 2017 sei aufzuheben.
2. Die Klage des Berufungsbeklagten und Klägers sei vollständig abzuweisen.
3. Eventualiter zu Rechtsbegehren Ziffer 2 sei die Sache zur Durchführung eines Beweisverfahrens und Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 8% Mehrwertsteuer) zu Lasten des Berufungsbeklagten und Klägers.

#### des Berufungsbeklagten und Klägers (act. 89):

1. Die Berufung vom 19. Mai 2017 sei vollumfänglich abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Berufungsklägers.

### **Erwägungen:**

#### I.

1. Am 5. März 2015 erhob der Kläger und Berufungsbeklagte (nachfolgend Kläger) beim Bezirksgericht Pfäffikon gegen den Beklagten und Berufungskläger (nachfolgend Beklagter) Schadenersatzklage über Fr. 500'000.-- wegen Verletzung des zwischen dem Beklagten und dem Vater des Klägers, C.\_\_\_\_\_, im Jahr 2007 abgeschlossenen Vertrags über ein Wohnrecht (act. 1).

2. Nach Eingang des Prozesskostenvorschusses und der Klageantwort, in welcher der Beklagte die Forderung vollumfänglich bestritt (act. 19), lud die Vorinstanz mit Verfügung vom 29. Dezember 2015 die Parteien zur Instruktionsverhandlung vor und forderte sie auf, diverse Dokumente einzureichen (act. 22). Dieses Vorgehen monierte der Beklagte mit Eingabe vom 29. Februar 2016 und beantragte, die Ladung mit persönlichem Erscheinen der Parteien sowie die Frist zur

Einreichung von Unterlagen seien abzunehmen (act. 24). Zur Begründung brachte er vor, die Vorinstanz verletze mit der Verfügung die Verhandlungsmaxime und mische sich in unzulässiger Weise in die Sachverhaltsfeststellung ein. Sie dürfe Beweismittel, die von keiner Partei in ihren Parteibehauptungen genannt worden seien, nicht selber einverlangen. Mit Verfügung vom 24. März 2016 wies die Vorinstanz die prozessualen Anträge des Beklagten ab (act. 30).

3. Nach Durchführung der Instruktionsverhandlung und erfolglos verlaufenen Vergleichsgesprächen (Protokoll I S. 11) holte die Vorinstanz die schriftliche Replik und Duplik sowie eine Stellungnahme des Klägers zu in der Duplik vorgebrachten Noven ein (act. 50, 61 und 64). Mit Schreiben vom 27. bzw. 28. März 2017 verzichteten die Parteien auf Anfrage des Gerichts auf die Durchführung der Hauptverhandlung (act. 68 und 70). Am 31. März 2017 fällte die Vorinstanz ihr Urteil und hiess die Klage überwiegend gut (act. 73 = act. 79 = act. 81, fortan act. 79).

4. Dagegen erhob der Beklagte am 19. Mai 2017 rechtzeitig Berufung (act. 78). Nach Eingang des Kostenvorschusses in der Höhe von Fr. 20'000.-- (act. 86) wurde dem Kläger am 4. Juli 2017 Frist angesetzt, um die Berufung schriftlich zu beantworten (act. 87). Die Berufungsantwort ging unter Berücksichtigung des Fristenstillstands vom 15. Juli bis 15. August 2017 (vgl. Art. 145 Abs. 1 lit. b ZPO) fristgerecht am 5. September 2017 beim Obergericht ein (act. 89). Darin beantragt der Kläger die vollumfängliche Abweisung der Berufung.

5. Die Sache erweist sich als spruchreif.

## II.

1. Der Kläger führte in seiner Klageschrift vor Vorinstanz zusammenfassend aus, der Beklagte habe im Jahr 2007 mit dem Vater des Klägers (nachfolgend Erblasser) eine mündliche Vereinbarung über ein lebenslanges obligatorisches Wohnrecht zugunsten des Erblassers bezüglich einer Einliegerwohnung in dem vom Beklagten neu zu bauenden Einfamilienhaus in D.\_\_\_\_\_, Kanton Zürich, getroffen. Der Erblasser habe im Gegenzug dafür eine Entschädigung von

Fr. 500'000.-- geleistet. Der Beklagte habe dem Erblasser jedoch nie das Wohnrecht gewährt, sondern das Haus vermietet. Der Erblasser habe den Beklagten deshalb mit Schreiben vom 2. April 2011 gemahnt und eine Nachfrist zur Vertragserfüllung angesetzt. Am 26. Juli 2011 sei der Erblasser vom Vertrag zurückgetreten und habe die bezahlten CHF 500'000.-- zurückgefordert. Der Beklagte schulde gestützt auf Art. 109 OR Schadenersatz von Fr. 500'000.-- bzw. im Umfang des negativen Vertragsinteresses. Als Alleinerbe sei der Kläger zufolge Universalsukzession in die Rechtsstellung des Erblassers eingetreten und somit zur Klage legitimiert (act. 1). In der Replik machte er geltend, die Vereinbarung habe auch ein lebenslanges Vorkaufsrecht bezüglich der Einliegerwohnung umfasst. Der Erblasser habe die Zahlung von Fr. 500'000.-- als Gegenleistung für das Einräumen des Wohn- und Vorkaufsrechts geleistet. Beiden sei klar gewesen, dass das Vorkaufsrecht an einem Formmangel leide, sie hätten den Vertrag jedoch in Kenntnis des Mangels freiwillig erfüllt. Der Beklagte habe den Erblasser über die Fertigstellung der Wohnung nie informiert und sein Haus samt Einliegerwohnung am 25. März 2011 ohne Wissen des Erblassers an Dritte verkauft. Der Erblasser und seine Ehefrau, E.\_\_\_\_\_, hätten sich mit verschiedenen Schreiben wiederholt nach der Einliegerwohnung und der bezahlten Entschädigung erkundigt. Für den Fall, dass das Gericht den Brief des Erblassers vom 26. April 2011 nicht als Rücktritt betrachte, trete er (der Kläger) in eigenem Namen vom Vertrag zurück. Im Weiteren berechnete er den Wert des Wohnrechts bei Vertragsabschluss mit Fr. 277'632.--. Zur Berechnung des Schadens aus Vorkaufsrecht sei unter anderem eine gerichtliche Expertise einzuholen (act. 50 S. 15 ff.). In seiner Hauptbegründung verlangte der Kläger Schadenersatz aus Vertragsverletzung im Umfang des negativen Vertragsinteresses (act. 50 S. 14 und 19). In seiner Eventualbegründung stützte er die Forderung von Fr. 500'000.-- auf absichtliche Täuschung, weil der Beklagte den Verkauf der Liegenschaft vor dem Erblasser verheimlicht und diesen davon abgehalten habe, Ansprüche aus Vertragsverletzung geltend zu machen. In seiner Subeventualbegründung leitete er seine Forderung schliesslich aus der Unmöglichkeit der Vertragserfüllung her, sei es dem Beklagten doch nach dem Verkauf der Liegenschaft nicht mehr möglich gewesen, das Wohn- und Vorkaufsrecht einzuräumen. Dieser schulde das negative Vertragsinteresse, sofern

ein Rücktritt vom Vertrag bejaht werde. Werde ein Rücktritt nicht angenommen, schulde der Beklagte Ersatz des positiven Vertragsinteresses (act. 50 S. 18 ff.). Auf die weiteren Behauptungen des Klägers ist, sofern sachlich geboten, später einzugehen.

2. Der Beklagte anerkannte zunächst vor Vorinstanz, dass er und der Erblasser im Jahr 2007 eine mündliche Vereinbarung über ein obligatorisches Wohn- und Vorkaufsrecht bezüglich der noch zu bauenden Einliegerwohnung im damals projektierten Neubau des Beklagten in D.\_\_\_\_\_ vereinbart hätten und der Erblasser ihm dafür am 18. Oktober 2007 eine Entschädigung von Fr. 500'000.-- bezahlt habe (act. 19 S. 6 und 8). Ebenso gab er in der Duplik zu, dass er die Liegenschaft im März 2011 verkauft habe (act. 61 S. 3). Zur Bestreitung der Klage brachte er zusammenfassend vor, er sei damals Angestellter der Firma F.\_\_\_\_\_ AG (nachfolgend F.\_\_\_\_\_ ) gewesen, die das Vermögen des Erblassers verwaltet habe. Ihn und den Erblasser habe ein freundschaftliches Verhältnis verbunden und letzterer habe meistens in seinem Haus übernachtet, wenn er sich in der Umgebung aufgehalten habe. Als er dem Erblasser von seinem Hausbau erzählt habe, sei dieser begeistert gewesen und habe die Idee eingebracht, ebenfalls im Haus zu wohnen (act. 19 S. 4). Die Beziehung des Erblassers zu seiner Gefährtin, G.\_\_\_\_\_, sei damals belastet gewesen, weshalb er sich von ihr habe trennen und in der Schweiz ein Domizil haben wollen. Da die Gefährtin des Beklagten, H.\_\_\_\_\_, über die Pläne des Erblassers nicht erfreut gewesen sei, hätten sie das Projekt mit der Einliegerwohnung entwickelt. Der Erblasser habe mit dem Vertrag beabsichtigt, in der Schweiz und in der Nähe des Beklagten jederzeit einen Wohnsitz zur Verfügung zu haben. Die nachträgliche Projektierung und der Einbau der Einliegerwohnung habe hohe Kosten verursacht. Darum hätten sie mündlich eine Entschädigung von Fr. 500'000.-- für die Einräumung eines Wohn- und Vorkaufsrechts vereinbart. In der Folge sei das Haus mit der Einliegerwohnung gebaut worden. Der Beklagte habe den Erblasser laufend über den Gang der Bauarbeiten und die Fertigstellung der Wohnung informiert (act. 61 S. 3). Demgegenüber sei die Gefährtin des Erblassers auf dessen Bitte darüber nicht unterrichtet worden. Im April 2009 sei die Wohnung bezugsbereit gewesen. Der Erblasser habe sich in der Zwischenzeit jedoch mit seiner Partnerin versöhnt, sie geheiratet

und ein Feriendomizil in I.\_\_\_\_\_, Norddeutschland, erworben (act. 19 S. 10 ff.). Auch habe ihn seine Krankheit an der Reise in die Schweiz gehindert. Er habe deshalb sein Interesse an der mittlerweile erstellten Einliegerwohnung verloren und das Wohnrecht zu Lebzeiten weder ausgeübt noch den Rücktritt vom Vertrag erklärt. Nach dem Weggang des Beklagten bei der Firma F.\_\_\_\_\_ am 18. August 2009 hätten die beiden noch sporadischen telefonischen Kontakt gehabt und der Beklagte habe den Erblasser einmal an dessen neuem Wohnort in I.\_\_\_\_\_, Deutschland, besucht (act. 61 S. 3 und 11). Der Beklagte habe den Erblasser darüber unterrichtet, dass er das Haus verkaufen müsse, und ihm mit Schreiben vom 8. August 2011 im Haus seiner Mutter eine alternative Einliegerwohnung angeboten (act. 61 S. 3, 7 und 9). Es habe den Erblasser aber nicht mehr interessiert (act. 61 S. 5). Sein Stillschweigen auf dieses Schreiben des Beklagten sei aufgrund der veränderten Lebensumstände des Erblassers als Akzept in das alternative Wohnrecht auszulegen. Die vom Kläger eingereichten, angeblich vom Erblasser stammenden Schreiben vom 2. April 2011, 26. Juli 2011 und 15. August 2011, in welchen ein aktuelles Interesse am Wohnrecht suggeriert werde, seien Fälschungen und stammten vermutlich von dessen Ehefrau, was sich unter anderem aus den völlig unterschiedlichen Unterschriften ergebe, die nicht mit der echten des Erblassers übereinstimmten (act. 19 S. 10 f., act. 61 S. 3). Der Verkauf der gesamten Liegenschaft stelle gemäss Vereinbarung keinen Vorkaufsfall dar, weil sich das Vorkaufsrecht nur auf die Einliegerwohnung bezogen habe. Der Erblasser hätte das Haus auch nicht kaufen wollen, weil er bereits eine Liegenschaft in I.\_\_\_\_\_ erstanden habe. Vorkaufsrecht wie Wohnrecht seien unvererblich vereinbart worden und miteinander verknüpft gewesen. Das Vorkaufsrecht habe deshalb vom Bestand des Wohnrechts abgehängt (act. 61 S. 24 f. und 33 f.). Beide Rechte seien samt der daraus fliessenden Gläubigerrechte mit dem Tod des Erblassers erloschen. Dem Kläger fehle somit die Aktivlegitimation (act. 19 und 61 S. 4 f., 13, 28 f. und 30). Der Beklagte habe die vertraglichen Pflichten vollumfänglich erfüllt und dem Erblasser zu Lebzeiten ein Wohnrecht in einer Einliegerwohnung bei ihm zur Verfügung gestellt (u.a. act. 61 S. 22).

3. Die Vorinstanz bejahte zunächst die Aktivlegitimation des Klägers aufgrund der durch den Tod des Erblassers erfolgten Universalsukzession (act. 79

S. 7). Weiter erwog sie, das vereinbarte Vorkaufsrecht sei wegen Formmangels von Beginn weg ungültig bzw. nichtig gewesen, weshalb dem Kläger kein Anspruch aus Vertrag sondern nur ein solcher aus ungerechtfertigter Bereicherung gemäss Art. 62 ff. OR zustehen könne. Ferner kam sie aufgrund der im Urteil erstmals vorgenommenen Beweislastverteilung und Würdigung der Baupläne sowie der Bezugsbewilligung der Gemeinde D.\_\_\_\_\_ zum Schluss, dass der Beklagte bis zum Verkauf der Einliegerwohnung am 25. März 2011 den Vertrag korrekt erfüllt, die Einliegerwohnung erstellt und dem Erblasser ohne Leistungsstörung zur Verfügung gestellt habe (act. 79 S. 9 ff. und 19). Sie stellte ferner fest, dass der Erblasser das Wohnrecht unbestrittenermassen bis zu seinem Tod am 6. September 2013 nie ausgeübt habe, obwohl die Einliegerwohnung per 2. April 2009 fertiggestellt gewesen sei (act. 79 S. 13). Von der Nichtbenützung könne jedoch nicht ohne weiteres auf einen Verzicht auf das Wohnrecht geschlossen werden, weshalb dieses bis zum Versterben des Erblassers Bestand gehabt habe. Durch den Verkauf der Wohnung sei eine subjektive Unmöglichkeit der Vertragserfüllung beim Beklagten bzw. eine Leistungsstörung eingetreten. Dem Beklagten gelinge es nicht, eine konkludente Vertragsänderung in dem Sinne zu beweisen, dass sich das Wohn- und Vorkaufsrecht danach auf die Einliegerwohnung im Haus der Mutter bezogen habe. Insbesondere vermöge das Schreiben des Beklagten vom 8. August 2011 nicht zu beweisen, dass der Erblassers mit der Änderung des Wohnrechts einverstanden gewesen sei. Hingegen ergebe sich aus besagtem Schreiben, dass der Beklagte dem Erblasser eine alternative Wohnmöglichkeit in der Einliegerwohnung im Haus der Mutter zur Verfügung gestellt habe (act. 79 S. 20 - 22). Im Nachfolgenden erörterte die Vorinstanz, dem Kläger stehe entgegen seinen Vorbringen kein Anspruch aus Schuldnerverzug gemäss Art. 102 ff. OR sondern ein solcher aus nachträglicher subjektiver Unmöglichkeit zu, der nach Art. 97 OR zu berechnen sei (act. 79 S. 15 - 25). Bei nachträglicher Unmöglichkeit stünden ihm die gleichen Gläubigerrechte wie in Art. 107 OR, namentlich auch das Wahlrecht, zur Verfügung. Sie erwog, die Schreiben des Erblassers vom 26. Juli 2011 und 15. August 2011 könnten nicht als Rücktritt vom Vertrag und Rückforderung der Entschädigung von Fr. 500'000.- ausgelegt werden, weshalb der Kläger lediglich Schadenersatz nach Art. 97 OR



verlangen könne. Unter diesen Umständen sei darauf zu verzichten, im Rahmen eines Beweisverfahrens die Echtheit der Schreiben abzuklären (act. 79 S. 29 - 31). Das Wohnrecht sei im Übrigen mit dem Tod des Erblassers untergegangen; ein über den Tod hinaus bestehendes Wahlrecht des Klägers sei abzulehnen. Dieser könne daher selber das Wahlrecht nicht ausüben und vom Vertrag zurücktreten (act. 79 S. 31 f.). Der Beklagte schulde dem Kläger somit zufolge subjektiver Unmöglichkeit der Vertragserfüllung Schadenersatz im Umfang des positiven Vertragsinteresses (act. 79 S. 32). In den weiteren Erwägungen behandelte die Vorinstanz die Höhe des Schadenersatzes für das Wohnrecht sowie das Vorkaufsrecht (act. 79 S. 32 - 38). Zusammenfassend hielt sie fest, der Beklagte schulde dem Kläger wegen Verletzung des Vertrags aus dem Wohnrecht Schadenersatz im Umfang von Fr. 251'568.-- und zufolge Nichtigkeit des Vorkaufsrechtsvertrags Fr. 222'368.-- (act. 79 S. 38). Auf weitere Erwägungen ist, sofern erforderlich, im Nachfolgenden einzugehen.

4.1. Der Beklagte rügt mit der Berufung, die Vorinstanz habe in mehrfacher Hinsicht formelles und materielles Recht unrichtig angewendet und den Sachverhalt unrichtig festgestellt (act. 78 S. 6 ff.).

4.2. Gemäss Art. 310 ZPO können mit Berufung die unrichtige Rechtsanwendung (lit. a) und die unrichtige Feststellung des Sachverhalts (lit. b) geltend gemacht werden. Die Berufungsinstanz verfügt über eine vollständige Überprüfungsbefugnis der Streitsache und kann das erstinstanzliche Urteil sowohl auf rechtliche wie tatsächliche Mängel hin überprüfen. Sie ist insbesondere befugt, die erstinstanzliche Beweiswürdigung frei zu prüfen (BGE 142 III 413 E. 2.2.4 S. 416 f.; BGer. Urteil 5A\_640/2016 vom 28. Juni 2017; BGE 138 III 374 E. 4.3.1 S. 375). Die Berufungsinstanz muss indessen nicht von sich aus wie eine erstinstanzliche Gerichtsbehörde alle sich stellenden tatsächlichen und rechtlichen Fragen untersuchen, wenn die Parteien diese in oberer Instanz nicht mehr vortragen und kann sich - abgesehen von offensichtlichen Mängeln - grundsätzlich auf die Beurteilung der in der schriftlichen Begründung gegen das erstinstanzliche Urteil erhobenen Beanstandungen beschränken (142 III 413 E. 2.2.4). Neue Tatsachen und Beweismittel werden im Berufungsverfahren nur berücksichtigt, wenn sie oh-

ne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 ZPO). Die Rechtsmittelinstanz kann schliesslich die Sache an die erste Instanz zurückweisen, wenn ein wesentlicher Teil der Klage nicht beurteilt wurde oder der Sachverhalt in wesentlichen Teilen zu vervollständigen ist (Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziffer 1 und 2 ZPO). Ist die Sache spruchreif, fällt sie einen neuen Entschied (vgl. Art. 318 Abs. 1 Ziff. b ZPO, OGer. ZH Urteil NP160041 vom 2. Februar 2017). Nachfolgend werden die erhobenen Berufungsgründe im Wesentlichen in der Reihenfolge der Berufungsschrift, jedoch thematisch zusammengefasst, behandelt.

5.1. Der Beklagte macht zunächst geltend, es sei im Verfahren vor Vorinstanz strittig gewesen, ob über das alternative Wohnrecht an der Einliegerwohnung im Hause seiner Mutter ein tatsächlicher oder rechtlicher Konsens zustande gekommen sei. Die Vorinstanz habe die Frage des Konsenses jedoch gar nicht behandelt und zu den wesentlichen Behauptungen des Beklagten zu Unrecht auf ein Beweisverfahren verzichtet. Die Vorinstanz habe dabei die Regeln über die antizipierte Beweismwürdigung falsch angewendet und seinen Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt. Das Stillschweigen des Erblassers sei bei Würdigung der konkreten Umstände nach Treu und Glauben als Einverständnis in das alternative Wohnrecht zu werten. Die Vorinstanz verfallt mit ihrem Entscheid in Willkür (act. 78 S. 7 ff.).

5.2. Die Vorinstanz erwog im Zusammenhang mit dem alternativen Wohnrecht, es sei von keiner Partei geltend gemacht worden, das obligatorische Wohnrecht bezüglich der Einliegerwohnung im Haus des Beklagten sei mittels konkludenter Vereinbarung des Erblassers und des Beklagten aufgehoben worden. Es sei vielmehr davon auszugehen, dass das Wohnrecht an der Einliegerwohnung im Haus des Beklagten in D.\_\_\_\_\_ bis zum Tod des Erblassers am 6. September 2013 Bestand gehabt habe (act. 79 S. 14). Der Beklagte mache zwar eine Vertragsänderung geltend, indem er dem Erblasser ein lebenslanges Wohnrecht im Haus seiner Mutter angeboten habe. Es gelinge ihm mit dem Schreiben vom 8. August 2011 der Beweis, dass er dem Erblasser ein im Vergleich zur ursprünglichen Abmachung geändertes Wohnrecht offeriert habe. Der Brief erbringe je-

doch keinen Beweis dafür, dass der Erblassers mit der Änderung des Wohnrechts einverstanden gewesen und ein entsprechender Konsens zustande gekommen sei. Es könne im Sinne einer antizipierten Beweiswürdigung auf die Abnahme der weiteren vom Beklagten offerierten Beweise, namentlich seine Parteibefragung/Beweisaussage, die Zeugenaussagen von J.\_\_\_\_\_ (Mutter des Beklagten) und H.\_\_\_\_\_ (Partnerin des Beklagten) sowie den Augenschein an der Einliegerwohnung im Haus von J.\_\_\_\_\_, verzichtet werden, weil diese lediglich auf das Angebot der Vertragsveränderung beschränkt seien und keine sachdienlichen Hinweise für eine Annahme des Angebots durch die Gegenpartei bzw. die entsprechende Willensbildung des Erblassers geben könnten (act. 79 S. 21 f.).

5.3. Zum Abschluss eines Vertrages ist die übereinstimmende gegenseitige Willensäusserung der Parteien erforderlich. Sie kann eine ausdrückliche oder stillschweigende sein (Art. 1 OR). Der Vertrag kommt zustande, wenn sich die Parteien über alle wesentlichen Punkte geeinigt haben (vgl. Art. 2 OR). Eine solche Einigung ist auch für eine Vertragsänderung notwendig. Ist strittig, ob ein Vertrag bzw. eine Vertragsänderung zustande gekommen ist, ist für die Auslegung nach Art. 18 Abs. 1 OR zunächst massgebend, was die Parteien tatsächlich gewollt haben. Hat das Gericht einen wirklichen Willen nicht feststellen können, so sind zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärungen der Parteien im Rahmen der objektivierten Vertragsauslegung aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten (BGer Urteil 4A\_258/2015 vom 21. Oktober 2015, BGE 138 III 659 E. 4.2.1 m.w.H.). Gemäss Art. 6 OR gilt der Vertrag als abgeschlossen, wenn wegen der besonderen Natur des Geschäftes oder nach den Umständen eine ausdrückliche Annahme nicht zu erwarten ist und der Antrag nicht binnen angemessener Frist abgelehnt wird.

Der Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 BV umfasst das Recht der Parteien, für entscheidenderhebliche Sachvorbringen zum Beweis zugelassen zu werden, und dementsprechend die Pflicht des Gerichts, die ihm rechtzeitig und formrichtig angebotenen Beweismittel abzunehmen, wenn sie geeignet sind, den zu treffenden Entscheid zu beeinflussen. Das Gericht darf auf die Ab-

nahme beantragter Beweismittel verzichten, wenn es auf Grund der bereits abgenommenen Beweise seine Überzeugung gebildet hat und ohne Willkür in vorweggenommener Beweiswürdigung annehmen kann, dass seine Überzeugung durch weitere Beweiserhebungen nicht geändert würde (BGE 140 I 285 E. 6.3.1 S. 299; 141 I 60 E. 3.3 S. 64). Willkür in der (vorweggenommenen) Beweiswürdigung liegt vor, wenn das Gericht Sinn und Tragweite eines Beweismittels offensichtlich verkannt hat, wenn es ohne sachlichen Grund ein wichtiges Beweismittel, das für den Entscheid wesentlich sein könnte, unberücksichtigt gelassen hat oder wenn es auf der Grundlage der festgestellten Tatsachen unhaltbare Schlussfolgerungen getroffen hat. Vorausgesetzt ist dabei, dass die angefochtene Tatsachenermittlung den Entscheid im Ergebnis und nicht bloss in der Begründung als willkürlich erscheinen lässt (Art. 9 BV; BGE 129 I 8 E. 2.1 S. 9). Dass die von Sachgerichten gezogenen Schlüsse nicht mit der eigenen Darstellung der Beschwerdeführer übereinstimmen, belegt keine Willkür (BGer 5A\_369/2016 Urteil vom 27. Januar 2017; BGE 140 III 264 E. 2.3 S. 266).

5.4. Strittig war vor Vorinstanz aufgrund der Parteibehauptungen die Frage der konkludenten Vertragsänderung bzw. ob der Erblasser in das Angebot des Beklagten in dessen Schreiben vom 8. August 2011 bezüglich das alternative Wohnrecht stillschweigend eingewilligt hat. Die Frage der stillschweigenden Einwilligung ist untrennbar mit der Frage verknüpft, welche Interessen der Erblasser mit der Einräumung eines Wohn- und Vorkaufsrechts im Jahr 2007 und beim Angebot des alternativen Wohnrechts im August 2011 verfolgte. Es ist daher zu prüfen, was er tatsächlich vereinbaren wollte und, sofern sein tatsächlicher Wille nicht feststellbar ist, ob sein Stillschweigen auf das Angebot im Schreiben vom 8. August 2011 nach objektivierter Vertragsauslegung aufgrund des Vertrauensprinzips in Anbetracht der gesamten Umstände als mutmassliche Einwilligung verstanden werden durfte, wobei die Grundsätze von Art. 6 OR vor Augen zu halten sind. Es fällt auf, dass die Vorinstanz die Fragen des tatsächlichen bzw. durch Auslegung eruierten, objektivierten Vertragswillens des Erblassers nicht behandelte und sich zur konkludenten Vertragsänderung bzw. zu den Voraussetzungen der stillschweigenden Annahme im Sinne von Art. 6 OR inhaltlich nicht äusserte. Zwar anerkennen die Parteien pauschal, dass sich das im Jahr 2007 vereinbarte

Wohn- und Vorkaufsrecht auf die Einliegerwohnung im neuen Einfamilienhaus des Beklagten in D. \_\_\_\_\_ bezogen habe, zumal der Beklagte damals ein Einfamilienhaus baute und eine Einliegerwohnung noch integrieren konnte. Der Beklagte machte jedoch geltend, es sei dem Erblasser 2007 wichtig gewesen, ein Ersatzdomizil in der Schweiz und in der Nähe des Beklagten zu haben (act. 61 S. 29), weil er sich von seiner Partnerin trennen wolle. Diese persönliche Situation des Erblassers habe sich bis zur Fertigstellung der Wohnung entscheidend verändert. Diese unterschiedliche Interessenlage beim Erblasser wäre bei der Frage der konkludenten Vertragsänderung zu berücksichtigen und es wäre zu prüfen gewesen, ob das alternative Wohnrecht unter der Prämisse der veränderten Umstände dem Vertragswillen des Erblassers entspreche. Die Behauptungen des Beklagten, der Erblasser habe sich mit seiner Partnerin versöhnt, sie geheiratet, mit ihr einen neuen Wohnsitz in I. \_\_\_\_\_ erworben, er sei krankheitsbedingt nicht mehr reisefähig gewesen und habe das Interesse am Wohnrecht an einer Einliegerwohnung beim Beklagten in der Schweiz verloren, wären deshalb als besondere Umstände im Sinne von Art. 6 OR zu würdigen gewesen, macht doch der Beklagte damit geltend, es sei dem Erblasser im August 2011 mangels aktuellem Bedürfnis einerlei gewesen, ob sich die Einliegerwohnung im Hause des Beklagten oder von dessen Mutter befinde. Als weiteren besonderen Umstand im Rahmen einer objektivierten Vertragsauslegung wäre zudem zu beachten gewesen, dass der Beklagte im Zeitpunkt des Angebots seine Stelle bei der F. \_\_\_\_\_ bereits aufgegeben und sein Einfamilienhaus samt Einliegerwohnung verkauft hatte. Dem Erblasser stand im Zeitpunkt des Angebots die ursprüngliche Einliegerwohnung im Haus des Beklagten gar nicht mehr zur Verfügung. Dies habe der Erblasser nach Angaben des Beklagten gewusst, weil er den Erblasser über den Verkauf der Liegenschaft informiert gehabt habe. Das Angebot der alternativen Wohnmöglichkeit brachte deshalb für den Erblasser einen Vorteil, stand ihm nach wie vor eine Einliegerwohnung in der Nähe des Beklagten in der Schweiz zur Verfügung. Andernfalls hätte er sich am damals finanziell und persönlich angeschlagenen Beklagten schadlos halten müssen (act. 5/6). Der Erblasser hat nun aber, wie nachfolgend noch erörtert, bis zu seinem Tod keine Schadenersatzansprüche gegen den Beklagten erhoben, was eher vermuten lässt, er habe sich für das alter-

native Wohnrecht und gegen den Weg entschieden, Schadenersatz wegen Vertragsverletzung zu verlangen. Insgesamt erweisen sich die vom Beklagten vorgebrachten Behauptungen für die Beurteilung, ob eine stillschweigende Vertragsannahme vorliegt, als relevant. Der Kläger bestritt die Behauptungen des Beklagten im Wesentlichen und stellte die Existenz der Ersatzeinliegerwohnung im Hause der Mutter in Abrede (act. 50 S. 8). Der Beklagte offerierte zum Beweis seiner Behauptungen die Zeugeneinvernahme von H.\_\_\_\_\_, J.\_\_\_\_\_ und K.\_\_\_\_\_, seinem Vorgesetzten bei der Firma F.\_\_\_\_\_, sowie seine Beweisaussage (u.a. act. 19 S. 5 und 10, act. 61 S. 8 f., 12, 23) und beantragte einen Augenschein an der Einliegerwohnung im Haus seiner Mutter (act. 61 S. 12). Entgegen der Auffassung der Vorinstanz sind die anbotenen Beweismittel für den Beweis der Vertragsänderung und der im Rahmen von Art. 6 OR zu würdigenden konkreten Umstände nicht von vornherein ungeeignet. Denn nach Angaben des Beklagten kannten die angerufenen Zeugen den Erblasser und waren über dessen Absicht, ein Ersatzdomizil in der Schweiz zu haben, unterrichtet. Es erscheint deshalb durchaus möglich, dass sie die nachfolgend aufgeführten Behauptungen zumindest teilweise bestätigen würden. Demzufolge kann den offerierten Beweismitteln im Voraus ein möglicher Erkenntniserwerb nicht abgesprochen werden.

Folglich wären die Behauptungen des Beklagten,

- der Erblasser habe sich 2007 mit seiner Freundin nicht verstanden und von ihr trennen wollen,
- er habe deshalb in der Schweiz beim Beklagten ein Ersatzdomizil erwerben wollen,
- der Erblasser habe sich bis zur Fertigstellung der Wohnung mit G.\_\_\_\_\_ versöhnt,
- es habe dem Erblasser im Haus der Mutter ab Sommer 2011 eine alternative Einliegerwohnung zur Verfügung gestanden,
- der Erblasser sei krankheitshalber damals nicht mehr in der Lage gewesen, in die Schweiz zu reisen,
- der Erblasser habe beim Angebot des alternativen Wohnrechts Kenntnis vom Verkauf des Hauses des Beklagten gehabt,

zum Beweis zu verstellen und die Beweislast dem Beklagten aufzuerlegen gewesen. Das Beweisergebnis wäre bei der Beurteilung, ob ein stillschweigendes Einverständnis des Erblassers aufgrund der besonderen und allenfalls gegenüber 2007 veränderten Interessenlage im August 2011 anzunehmen ist, zu berücksichtigen gewesen. Zusätzlich hätte die Vorinstanz die unbestrittenen bzw. von ihr festgestellten Behauptungen, der Erblasser habe sich mit G.\_\_\_\_\_ in der Zwischenzeit versöhnt, sie geheiratet, in I.\_\_\_\_\_ eine Domizil erworben und bis zu seinem Tod weder das Wohnrecht beansprucht, noch Schadenersatzansprüche erhoben, in die Würdigung einbeziehen sollen.

5.5. Zusammenfassend hat die Vorinstanz mit ihrem Vorgehen, bei der Beweiswürdigung einzig auf das Schreiben des Klägers vom 8. August 2011 abzustellen, worin er dem Erblasser anbot, im Hause seiner Mutter zu wohnen (act. 63/10), und auf die übrigen Beweismittel zu verzichten (act. 79 S. 21), den Sachverhalt in unzulässiger Antizipation der Beweise unvollständig festgestellt. Zudem hat sie dadurch, dass sie die Voraussetzungen der stillschweigenden Annahme von Art. 6 OR nicht behandelte und die Grundsätze der (normativen) Auslegung nicht beachtete, das Recht nicht korrekt angewendet. Das Verfahren wäre daher an die Vorinstanz zur Durchführung eines Beweisverfahrens und neuer Entscheidung zurückzuweisen.

5.6.1. Aufgrund des in Frage stehenden Vertragswillens des Erblassers drängen sich ergänzungshalber nachfolgende Erwägungen auf: Der zur Anwendung gelangende Verhandlungsgrundsatz bedeutet, dass die Parteien dem Gericht die Tatsachen, auf die sie ihre Begehren stützen, darzulegen und die Beweismittel anzugeben haben (Art. 55 Abs. 1 ZPO). Welche Tatsachen zu behaupten sind, ergibt sich aus dem Tatbestand der materiellrechtlichen Anspruchgrundlage. Bestreitet der Prozessgegner den schlüssigen Tatsachenvortrag der behauptungsbelasteten Partei, greift eine über die Behauptungslast hinausgehende Substantiierungslast und die Vorbringen sind nicht nur in ihren Grundzügen sondern in Einzeltatsachen zergliedert so umfassend und klar darzulegen, dass darüber Beweis abgenommen oder dagegen der Gegenbeweis angetreten werden kann (BGE 127 III 365 E. 2b S. 368, 123 III 183 E. 3e S. 188, Urteil

4A\_210/2009 vom 7. April 2010 E. 3.2). Nach Art. 8 ZGB hat - wo das Gesetz es nicht anders bestimmt - derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet (BGE 141 III 241 E. 3.1 S. 242 BGE 5A\_749/2016 vom 11. Mai 2017, BGE 132 III 186 E. 4 S. 191).

5.6.2. Der Kläger hätte demzufolge sämtliche Anspruchsgrundlagen (Vertragsinhalt, Vertragsverletzung, Eintritt des Vorkaufsfalles, Schaden, Kausalzusammenhang und Widerrechtlichkeit) zu behaupten und beweisen gehabt. Es fehlen indessen bereits substantiierte Ausführungen des Klägers zur näheren inhaltlichen Ausgestaltung des 2007 vereinbarten Wohn- und Vorkaufsrechts sowie zu den konkreten Umständen des Vertragsabschlusses und den damaligen persönlichen Umständen des Erblassers, die Rückschlüsse auf dessen Vertragswillen zuließen. Sowohl zum Inhalt des Wohnrechts wie auch des Vorkaufsrechts bestehen teilweise unterschiedliche Parteibehauptungen. So macht der Beklagte beispielsweise geltend, das Vorkaufsrecht sei nicht vererblich gewesen und nur für den Fall vereinbart worden, dass die Einliegerwohnung alleine verkauft wird, währenddem der Kläger behauptet, es sei ein vererbliches Vorkaufsrecht vereinbart worden, und sich zum vereinbarten Vorkaufsfall nicht substantiiert äussert. Der Kläger legt zudem nicht dar, wie sich die Entschädigung von Fr. 500'000.-- nach der Vereinbarung der Vertragsparteien auf Wohn- und Vorkaufsrecht aufteilte. Daran ändert nichts, dass der Beklagte pauschal anerkennt, dass ein Wohn- und Vorkaufsrecht bezüglich der Einliegerwohnung in seinem Haus gegen eine Entschädigung von Fr. 500'000.-- vereinbart wurde, verbleiben doch nach wie vor für den Entscheid relevante Punkte über die vertragliche Einigung bestritten. Der Umstand, dass der Kläger nach seinen eigenen Angaben in den Jahren vor dem Tod des Erblassers keinen Kontakt zu diesem pflegte und daher über den Wohn- und Vorkaufsrechtsvertrag nicht informiert war (Protokoll I S. 12), enthebt ihn nicht von der Obliegenheit der Substantiierung. Die Vorinstanz hätte zunächst der hinreichenden Substantiierung mehr Gewicht verleihen und der Frage nach dem tatsächlichen Vertragswillen der Parteien oder dem durch (normative) Auslegung eruierten Vertragsinhalt nachgehen sollen. Bei unklaren oder unvollständigen Vorbringen wäre sie gehalten gewesen, mittels richterlicher Fragepflicht nach Art. 56 ZPO die Parteien zur Verbesserung ihrer Behauptungen anzuhalten.



6.1. Der Beklagte rügt sodann, er habe im erstinstanzlichen Verfahren mehrfach dargelegt, der Erblasser habe das Interesse am Wohnrecht verloren. Auf diese Vorbringen sei die Vorinstanz zu Unrecht nicht eingegangen, obwohl dies für den Bestand der Klage entscheidend sei. Habe der Erblasser das Interesse nämlich verloren, sei es rechtsmissbräuchlich, wenn sich der Kläger im Nachhinein auf das Wohnrecht berufe. Der Beklagte habe bereits vor Vorinstanz die Einrede des Rechtsmissbrauchs sinngemäss erhoben. Diese habe deshalb den Sachverhalt unvollständig abgeklärt und das Recht, nämlich Art. 2 Abs. 2 ZGB, nicht angewendet (act. 78 S. 6f. N 14 f.).

6.2. Im erstinstanzlichen Verfahren argumentierte der Beklagte wiederholt, der Erblasser habe das Interesse am Wohnrecht verloren. Dies erwähnte er im Zusammenhang mit seinen Behauptungen, der Erblasser habe sich mit seiner Gefährtin versöhnt und mit ihr in I. \_\_\_\_\_ ein neues Domizil erworben. Seine Vorbringen zum fehlenden Interesse erfolgten deshalb inhaltlich zur Untermauerung seines Standpunkts, das Stillschweigen des Erblassers sei als Akzept in das alternative Wohnrecht auszulegen, sei diesem doch mangels Interesse einerlei gewesen, ob sich das Wohnrecht auf die Einliegerwohnung im Haus des Beklagten oder im Haus der Mutter bezieht. Zugleich berief er sich darauf, er habe den Vertrag bis zum Lebensende des Erblassers erfüllt, ihm ein vertragskonformes Wohnrecht eingeräumt; dieses sei mit dem Tod des Erblassers erloschen (u.a. act. 19 S. 15 Ziffer 9 act. 61 S. 12 ff.). Seinen Behauptungen vor Vorinstanz lässt sich damit nicht (auch nicht sinngemäss) entnehmen, er berufe sich auf die Einrede der rechtsmissbräuchlichen Klageerhebung. Vielmehr erhebt er diese rechtskonform erstmals im Berufungsverfahren, weshalb sie als unzulässiges Novum im Sinne von Art. 317 ZPO nicht berücksichtigt werden kann.

7.1. Der Beklagte rügt weiter, die Vorinstanz habe zu Unrecht seine Verfügungsgewalt über die neue Einliegerwohnung im Haus seiner Mutter verneint. Zum einen habe dies der Kläger selber nicht bestritten und zum andern habe er eine Vollmacht der Mutter besessen. Die Vorinstanz hätte auch dazu ein Beweisverfahren durchführen müssen. Ihre Folgerungen seien willkürlich und verletzen Verfahrensrecht (act. 78 S. 16).

7.2. Die Vorinstanz hielt dazu fest, der Beklagte hätte ohnehin gar keine Verfügungsgewalt über die Einliegerwohnung seiner Mutter gehabt, und es hätte ein entsprechender Wohnrechtsvertrag zwischen dem Erblasser und der Mutter des Beklagten als Eigentümerin dieser Einliegerwohnung vereinbart werden müssen (act. 79 S. 22).

7.3. Dem Beklagten ist zunächst darin Recht zu geben, dass der Kläger nicht geltend machte, der Beklagte habe keine Verfügungsgewalt über das Haus der Mutter. Vielmehr bestritt der Kläger, dass überhaupt eine Einliegerwohnung im Hause der Mutter existierte und sich der Erblasser mit der Abänderung des Wohnrechts einverstanden erklärte (act. 64 S. 5). Die Begründung der Vorinstanz kann sich daher nicht auf Parteibehauptungen stützen. Entscheidend ist überdies nicht, wer die generelle Verfügungsgewalt über das Haus der Mutter des Beklagten hatte, sondern ob der Beklagte rechtlich befugt war, im eigenen Namen ein obligatorisches Wohnrecht über die Einliegerwohnung im Haus der Mutter mit dem Erblasser zu vereinbaren, was bei einer entsprechenden Vollmacht der Mutter an den Beklagten zu bejahen wäre. Der Beklagte bot für seine Behauptung, es habe dem Erblasser nach dem Verkauf des Hauses im Haus der Mutter eine Einliegerwohnung zur Verfügung gestanden, neben seiner Befragung/Beweisaussage auch die Zeugeneinvernahme seiner Mutter, J.\_\_\_\_\_, sowie einen Augenschein im Haus der Mutter an (act. 61 S. 12). Auf die Abnahme dieser Beweise hat die Vorinstanz ohne nähere Begründung verzichtet, obwohl sich diese nicht als ungeeignet erweisen und nicht ausgeschlossen werden konnte, dass die Zeugeneinvernahme von J.\_\_\_\_\_ und der Augenschein zu einem Erkenntnisgewinn bei der Frage der Existenz der alternativen Einliegerwohnung und der Verfügungsbefugnis des Beklagten hätte führen können. Damit hat die Vorinstanz den Sachverhalt nicht vollständig abgeklärt und das Recht des Beklagten auf Beweis verletzt.

8.1. Überdies moniert der Beklagte, die Vorinstanz habe dadurch, dass sie kein Beweisverfahren über die Echtheit der angeblich vom Erblasser stammenden Scheiben durchgeführt und insbesondere kein Schriftgutachten eingeholt habe, den Sachverhalt unvollständig festgestellt. Ergäbe sich, dass sich der Erblasser

zu Lebzeiten nie nach der Wohnung oder seinem Geld erkundigt habe, bestünde kein Anlass für eine Klage wegen Leistungsstörung und würde der Klage das Fundament entzogen (act. 78 S. 8 f. N 16).

8.2. Der Kläger begründete seine Forderung in Bezug auf das Wohnrecht an der Einliegerwohnung zunächst im Hauptstandpunkt damit, der Erblasser habe den Beklagten mit Schreiben vom 2. April 2011 (act. 5/4, Original act. 37/1) gemahnt und sei mit Schreiben vom 26. Juli 2011 und 15. August 2011 (act. 5/7 [Original act. 37/2], und 5/8 [Original act. 37/3]) vom Vertrag zurückgetreten (act. 1 S. 3f.). In der Klageantwort machte der Beklagte geltend, die drei Schreiben seien ohne Wissen des Erblassers verfasst worden, zweifelte die Echtheit der Unterschriften an und offerierte Beweise für seine Behauptungen (act. 19 S. 10 f.). Die Vorinstanz berücksichtigte die angeblichen Schreiben des Erblassers einzig im Rahmen des Schadenersatzes bei der Frage, ob der Erblasser mit diesen Schreiben das Wahlrecht im Sinne von Art. 97 i.V.m. Art. 107 OR ausübte. Sie erwog, daraus ergebe sich weder eine Kündigung noch ein Rücktritt des Erblasser, mass diesen Schreiben darüber hinaus jedoch keine rechtliche Bedeutung zu und verzichtete auf ein Beweisverfahren zur Echtheit der Urkunden (act. 79 S. 30 f.). Diesen Überlegungen kann nicht vollumfänglich zugestimmt werden. Zwar lässt sich mit der Vorinstanz aus den Schreiben weder eine Kündigungsabsicht des Erblassers noch eine Absicht, vom Vertrag zurückzutreten, entnehmen. In den Schreiben wird indessen ein waches Interesse des Erblassers am Wohnrecht suggeriert (act. 5/4: "Ich habe nicht vergessen, dass ich Ihnen viel Geld für die (meine) Einliegerwohnung in Ihrem Haus gegeben habe. Ich erwarte nunmehr eine unverzügliche Kontaktaufnahme durch Sie.", act. 5/8: "Ich erwarte vielmehr eine konkrete Antwort auf meine Frage, was aus der von mir an Sie erfolgten Zahlung in der Höhe von Fr. 500'000.-- für die Wohn- und Vorkaufschädigung geworden ist."). Die Briefe sind deshalb nicht nur für das Klagefundament massgeblich, sondern sprechen auch gegen die Behauptungen des Beklagten, der Erblasser habe bereits im Frühling/Sommer 2011 kein Interesse mehr am Wohnrecht gehabt, weil er sich mit seiner Partnerin versöhnt und ein neues Domizil in I.\_\_\_\_\_ erworben habe. Das Schreiben vom 15. August 2011, das nur wenige Tage nach dem schriftlichen Angebot des Beklagten vom 8. August 2011 für das

alternative Wohnrecht datiert, kann folglich auch für die Frage der konkludenten Vertragsänderung relevant sein. Stammen die Briefe nicht vom Erblasser, liesse sich kein Wille ersehen, am ursprünglichen Wohnrecht festhalten zu wollen und es würden wesentliche Behauptungen des Klagefundaments wegfallen. Durch die Unterlassung eines Beweisverfahrens über deren Echtheit hat die Vorinstanz wesentliche Teile des Sachverhalts unvollständig festgestellt und das Recht des Klägers auf Beweis verletzt.

9.1. Der Beklagte wirft der Vorinstanz vor, sie habe Verfahrensrecht falsch angewendet, indem sie den auf das Vorkaufsrecht entfallende Teil der Forderung auf Art. 62 OR gestützt und die Klage diesbezüglich gutgeheissen habe, obwohl der Kläger ausschliesslich Schadenersatz aus Vertragsverletzung nach Art. 107 OR verlangt habe. Die Anwendung von Art. 62 OR sei für die Parteien überraschend gewesen und der Beklagte habe im Prozess keine Möglichkeit erhalten, sich auf Art. 63 OR zu berufen. Damit sei sein Anspruch auf rechtliches Gehör erneut verletzt worden. Der Kläger habe zudem selber geltend gemacht, die Parteien hätten die Leistungen in Kenntnis des Formmangels freiwillig erbracht. Damit habe die Vorinstanz ebenso Art. 2 Abs. 2 ZGB missachtet, weil sie mit ihrem Entscheid übersehen habe, dass derjenige, der im Wissen um die Formungültigkeit des Rechtsgeschäfts eine Zahlung geleistet habe, rechtsmissbräuchlich handle, wenn er sie später zurückfordere. Der Beklagte habe bereits im Vorverfahren die Einrede des Rechtsmissbrauchs sinngemäss erhoben (act. 78 .S. 10 ff.).

9.2. Der Kläger stützte seine Forderung für das Wohn- und Vorkaufsrecht in der Replik, wie gesehen, auf Schuldnerverzug und verlangte zufolge des Rücktritts vom Vertrag durch den Erblasser gestützt auf Art. 109 OR das negative Vertragsinteresse im Umfang von CHF 500'000.--. Eventualiter leitete er die Rückforderung aus absichtlicher Täuschung gemäss Art. 28 OR bzw. Art. 41 ff. OR und subeventualiter aus nachträglicher Unmöglichkeit der Vertragserfüllung nach Art. 97 ff. her (act. 50 S. 18 ff.).

9.3. Die Vorinstanz erwog, das Vorkaufsrecht bedürfe mangels Verabredung eines konkreten Verkaufspreises gemäss Art. 216 Abs. 3 OR der schriftlichen Form. Da die Vertragsparteien jedoch keine schriftliche Vereinbarung getroffen

hätten, sei das Vorkaufsrecht wegen Formmangels von Beginn weg ungültig bzw. gar nichtig gewesen und habe keinerlei Rechtswirkungen entfalten können. Mangels gültigem Rechtsgrund sei der auf das Vorkaufsrecht entfallende Teil der im Voraus geleisteten Entschädigung als ungerechtfertigte Bereicherung nach Art. 62 ff. OR zurückzuerstatten (act. 78 S. 7 f.).

9.4. Der in Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 53 ZPO verankerte Gehörsanspruch der betroffenen Person umfasst das Recht, sich zur Sache zu äussern, bevor die Behörde einen Entscheid fällt, der in ihre Rechtsstellung eingreift (BGE 135 II 286 E. 5.1 S. 293). Die Behörde braucht der betroffenen Person grundsätzlich nicht zwingend Gelegenheit zu geben, sich zur rechtlichen Würdigung der Tatsachen oder zur juristischen Argumentation im Allgemeinen zu äussern. Einen Anspruch auf vorgängige Anhörung haben die beteiligten Parteien jedoch dann, wenn die Behörde ihren Entscheid mit einem Rechtssatz oder einem Rechtstitel zu begründen beabsichtigt, der im bisherigen Verfahren nicht herangezogen wurde, auf den sich die Parteien nicht berufen haben und mit dessen Erheblichkeit im konkreten Fall sie nicht rechnen konnten (BGE 115 Ia 94 E. 1b S. 96 f. und seitherige konstante Rechtsprechung, letztmals BGer. 5A\_295/2016 Urteil vom 23. Februar 2017).

9.5. Der Beklagte rügt zu Recht, dass sich die Vorinstanz bei der Begründung des Anspruchs des Klägers auf von diesem nicht in den Prozess eingebrachte Tatsachenbehauptungen stützte. Der Kläger äusserte sich in seinen Rechtschriften vor Vorinstanz nirgends zu den Anspruchsgrundlagen von Art. 62 ff. OR und berief sich nirgends auf ungerechtfertigte Bereicherung, sondern richtete seine Behauptungen weitestgehend nach den Anspruchsgrundlagen einer Schadenersatzklage aus Vertragsverletzung sowie in geringem Umfang aus absichtlicher Täuschung aus. Zudem hob er in der Replik hervor, beide, der Erblasser und der Beklagte, hätten in Kenntnis des Formmangels ihre Hauptleistungen freiwillig und irrtumsfrei erfüllt, zumal sie sich im Zusammenhang mit dem Vertrag anwaltlich hätten beraten lassen (act. 50 S. 14 Ziffer 37). Den Akten, namentlich dem Protokoll über die Instruktionsverhandlung, lässt sich kein Hinweis der Vorinstanz an die Parteien auf eine mögliche Anwendung von Art. 62 OR entnehmen.

Ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung wurde demnach im erstinstanzlichen Verfahren vor dem Urteil weder von den Parteien noch vom Gericht thematisiert und schien aufgrund der Behauptungen des Klägers nicht bedeutsam. Der Beklagte musste sich folglich im erstinstanzlichen Verfahren nicht veranlasst sehen, seine Behauptungen nach den für den Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung massgeblichen Aspekten auszurichten und Einwände gemäss Art. 63 OR zu erheben, wonach derjenige, der freiwillig eine Nichtschuld bezahlt, diese nur zurückfordern kann, wenn er sich über die Schuldpflicht im Irrtum befand. Die Vorinstanz bot ihm zudem keine Gelegenheit, seine Ausführungen entsprechend zu ergänzen. Nachdem sich der Kläger selber darauf berufen hatte, die Parteien hätten das Vorkaufsrecht im Wissen um den Formmangel freiwillig erfüllt, wäre die Einwendung von Art. 63 OR materiell bedeutsam gewesen. Zusammenfassend war die Begründung der Vorinstanz, den Anspruch des Klägers aus Vorkaufsrecht nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung abzuhandeln, für die Parteien nicht vorhersehbar und überraschend. Sie verletzte damit den Anspruch des Beklagten auf rechtliches Gehör. Inhaltlich ist zu bemängeln, dass sich die Vorinstanz in ihrer Begründung mit der klägerischen Behauptung, die Parteien hätten den Vertrag in Kenntnis des Formmangels erfüllt, und mit der damit zusammenhängenden Frage einer rechtsmissbräuchlichen Rückforderung der geleisteten Entschädigung mit keinem Wort auseinandersetzte. Aus diesen Gründen erfolgte die Gutheissung der Klage aus Vorkaufsrecht in Verletzung von Verfahrensrechten und ist aufzuheben.

9.6. Soweit sich der Beklagte darauf beruft, er habe die Einrede der rechtsmissbräuchlichen Rückforderung der Entschädigung für das Vorkaufsrecht bereits vor Vorinstanz erhoben, sind seine Vorbringen nicht zu hören. Eine solche Einrede lässt sich seinen Rechtsschriften im erstinstanzlichen Verfahren nicht entnehmen. Sie gilt deshalb als verspätetes Novum im Sinne von Art. 317 ZPO.

10.1. Der Kläger rügt in diesem Zusammenhang weiter, die Vorinstanz habe die Verhandlungsmaxime und den Gleichbehandlungsgrundsatz verletzt, indem sie dem Kläger einseitig ein Klagefundament nach Art. 62 ff. OR zusammengebaut habe. Die Vorinstanz habe zudem den Wert des Vorkaufsrechts mit

Fr. 222'368.-- beziffert, obwohl der Kläger diesen Betrag in keiner Rechtsschrift genannt habe. Damit habe die Vorinstanz zugleich ihre Kompetenzen im Rahmen der Dispositionsmaxime überschritten (act. 78 S. 11 f.).

10.2. Der Kläger führte zur Berechnung des Schadens in der Replik aus, der Kapitalwert des Wohnrechts habe gemäss den Barwerttafeln von Stauffer/Schätzle im Jahr 2007 Fr. 277'632.-- betragen und lege seine Berechnungsmethode dar (act. 50 S. 15 ff.). Zur Bestimmung des Werts des Vorkaufsrechts seien die Verkehrswerte der Einliegerwohnung am 25. März 2011 (Verkauf des Hauses) und zum aktuellen Zeitpunkt mittels eines gerichtlichen Gutachtens zu erheben und zu vergleichen, weil der Erblasser durch Ausübung des Vorkaufsrechts die Liegenschaft im April 2011 käuflich erworben hätte. Die Differenz des Verkehrswerts sei Teil des Schadens. Zudem hätte der Erblasser die Einliegerwohnung zu monatlich Fr. 1'200.-- vermieten können, weshalb dem Kläger bis heute Mietzinseinnahmen von Fr. 79'200.-- als Gewinn entgangen seien (act. 50 S. 18 ff.). Im Eventualstandpunkt der absichtlichen Täuschung verlangte er die Rückerstattung der geleisteten Entschädigung von Fr. 500'000.-- (act. 50 S. 21 ff.).

10.3. Die Vorinstanz zog bei der Berechnung der Höhe der ungerechtfertigten Bereicherung in Betracht, dass der Kläger nachvollziehbar dargelegt habe, das Wohnrecht habe bei Vertragsabschluss einen Wert von Fr. 277'632.-- aufgewiesen, was vom Beklagten nur ungenügend bestritten worden sei. Ausgehend von dieser Wertangabe des Wohnrechts ergebe sich für das Vorkaufsrecht ein solcher von Fr. 222'368.-- (Fr. 500'000.-- - Fr. 277'632.--). Dieser sei als ungerechtfertigte Bereicherung zurückzuerstatten (act. 79 S. 35 ff.).

10.4. Der Einwand des Klägers beschlägt neben der bereits behandelten Verhandlungsmaxime die Dispositionsmaxime im Sinne von Art. 58 Abs. 1 ZPO, wonach das Gericht einer Partei nicht mehr und nichts anderes, als sie verlangt, und nicht weniger, als die Gegenpartei anerkannt hat, zusprechen darf. Ob ein Gericht mehr oder anderes zugesprochen hat, als eine Prozesspartei verlangt hat, misst sich in erster Linie an den gestellten Rechtsbegehren. Das Gericht ist nur an die formellen Parteianträge, nicht hingegen an die einzelnen Einnahmen- und

Aufwandpositionen gebunden (BGer. 5A\_310/2010 Urteil vom 19. November 2010, vgl. BGE 119 II 396 E. 2 S. 397). Das Gericht ist bei einer Klage, mit der der Anspruch verschiedener auf dem *gleichen Grund* beruhender Schadensposten verlangt wird, nur durch den insgesamt eingeklagten Betrag gebunden. Es kann folglich - innerhalb von Grenzen, die von Fall zu Fall festzulegen sind - für ein Schadenselement mehr und für ein anderes weniger zusprechen (BGE 119 II 396). Daraus ergibt sich, dass das Gericht bei einzelnen Schadenspositionen, die auf verschiedenen Gründen beruhen, nicht von der beantragten Höhe der Positionen abweichen darf. Das Gericht wendet überdies das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO). Ausgangspunkt jeder Rechtsanwendung bildet das vom Anspruchskläger behauptete Tatsachenfundament. Zwischen Sachverhaltsfeststellung und Normfindung besteht eine Wechselwirkung. Um die in Betracht fallenden Rechtssätze festzustellen, muss das Gericht deshalb von den Tatsachenbehauptungen der Parteien ausgehen. Ausserhalb des ihm zur Entscheidung unterbreiteten Streitgegenstandes bleibt kein Raum für eine Rechtsanwendung (DANIEL GLASL, DIKE-Komm-ZPO, 2. Auflage, S. 433, Art. 57 N 9 f.).

10.5. Die Vorinstanz hat dadurch, dass sie den Anspruch aus Vorkaufsrecht ohne zugrundeliegende Behauptungen des Klägers selbständig nach den Grundlagen der ungerechtfertigten Bereicherung behandelte, die Verhandlungsmaxime verletzt. Der Kläger hat nie geltend gemacht, der Vertrag sei mangels Formerfordernisses ungültig. Auch hat er sich nicht zur Höhe einer allfälligen ungerechtfertigten Bereicherung geäußert. Die Vorinstanz hat die Tatsachenbehauptungen des Klägers v.a. bei der Höhe der ungerechtfertigten Bereicherung den ihrer Auffassung nach rechtserheblichen Umständen angepasst und die klägerische Argumentation in unzulässiger Weise ergänzt. Ihre Berechnung der Höhe der ungerechtfertigten Bereicherung unterscheidet sich denn auch vollkommen von der Berechnung des Schadenersatzes des Klägers beim Vorkaufsrecht (act. 50 S. 17 f.). Was den Vorwurf der Verletzung der Dispositionsmaxime betrifft, verlangte der Kläger eine Totalsumme von Fr. 500'000.--, die sich in (nicht substantiierten) zwei Teilsummen für das Wohn- und Vorkaufsrecht unterteilt, wobei beide Positionen gemäss Tatsachenbehauptungen des Klägers jeweils auf dem gleichen Grund beruhen (Vertragsverletzung oder absichtliche Täuschung). Indem



die Vorinstanz den Anspruch des Klägers aus dem Vorkaufsrecht nunmehr auf einen anderen Rechtsgrund, nämlich Art. 62 OR, stützt und die Berechnung der Entschädigung nach eigenen, von den Parteibehauptungen des Klägers unabhängigen Überlegungen anstellte, hat sie auch die Schranken der Dispositionsmaxime überschritten. Dies gilt ungeachtet dessen, dass sie dem Kläger letztlich nicht mehr, als dieser verlangt, zusprach und sich bei der Berechnung des Anspruchs aus dem Vorkaufsrecht nach dem gesamthaft eingeklagten Betrag von Fr. 500'000.-- ausrichtete. Mit ihrer Begründung überspannte die Vorinstanz zudem den Grundsatz "iura novit curia", weil sich ihre rechtliche Begründung nicht auf das Tatsachenfundament des Klägers sondern auf eigene, ergänzende Tatsachen bezieht. Zusammenfassend hat sie die Verfahrensgrundsätze von Art. 56 - 58 ZPO falsch angewendet.

Lediglich der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass die Berechnung der ungerechtfertigten Bereicherung durch die Vorinstanz nicht schlüssig ist. Die Höhe der Bereicherung ergäbe sich aus der Differenz des Vermögensstandes des Beklagten mit und ohne die Zuwendung von Fr. 500'000.--. Mangels anderslautender Behauptungen ist anzunehmen, dass der Beklagte zumindest einen Teil der erhaltenen Fr. 500'000.-- für den Bau der Liegenschaft verwendete, deren Eigentümer er heute nicht mehr ist. Es wäre daher in die Berechnung der Höhe der ungerechtfertigten Bereicherung die Differenz des Verkaufspreises der Liegenschaft mit der Einliegerwohnung und des hypothetischen Verkaufspreises ohne Einliegerwohnung einzubeziehen gewesen. Schliesslich ist auch die Berechnungsmethode des Klägers zum Schaden aus Verletzung des Vorkaufsrechts nicht schlüssig. Zunächst verweist er unter anderem zur Berechnung ohne genügende Begründung auf die Ergebnisse einer vom Gericht noch einzuholenden Expertise. Seine Schadenersatzberechnung lässt sich überdies nicht mit der von ihm geforderten Summe von Fr. 500'000.-- in Einklang bringen.

11.1. Der Beklagte rügt weiter, die Vorinstanz habe das Recht falsch angewendet und die Aktivlegitimation des Klägers zu Unrecht bejaht. Das Wohnrecht sei gemäss Art. 776 Abs. 1 ZGB unvererblich und mit dem Tod des Erblassers untergegangen. Ebenso seien allfällige Ansprüche aus vertraglichen Leistungs-

störungen nicht vererbbar oder übertragbar. Solche hätten nur dem Erblasser zugestanden, welcher aber zu Lebzeiten seine Ansprüche nie durchgesetzt habe (act. 78 S. 13 Ziffer 23).

11.2. Die Vorinstanz erwog zunächst, der Kläger mache Ansprüche aus dem Vertragsverhältnis zwischen dem Erblasser und dem Beklagten geltend. Als Alleinerbe des Erblassers sei er von Gesetzes wegen in dessen Rechtsstellung eingetreten, womit er ohne weiteres zur Geltendmachung der Ansprüche aktivlegitimiert sei (act. 81 S. 7). Unter dem Titel *Leistungsstörungen* erörterte die Vorinstanz später, der Kläger könne zwar Schadenersatz aus nachträglicher subjektiver Unmöglichkeit der Leistungserfüllung geltend machen (act. 79 S. 15-25). Das Wohnrecht sei jedoch mit dem Tod des Erblassers untergegangen und ein über den Tod hinaus bestehendes Wahlrecht des Klägers gemäss Art. 107 OR bestehe nicht. Das aus dem Vertrag fließende Wahlrecht hätte, falls nicht unverzüglich, so doch zu Lebzeiten des Erblassers von diesem selber ausgeübt werden müssen, wenn er vom Vertrag effektiv hätte zurücktreten wollen. Da der Erblasser zwischen dem Verkauf der Liegenschaft am 25. März 2011 und seinem Tod am 6. September 2013 nicht zurückgetreten sei, könne dies der Kläger nicht nachholen. Das Rücktrittsrecht sei im Zeitpunkt des Todes des Erblassers verwirkt (act. 79 S. 31 f.).

11.3. Die Erwägungen der Vorinstanz zur Vererbbarkeit von vertraglichen Schadenersatzansprüchen aus Wohnrecht sind nicht durchwegs nachvollziehbar. Zunächst geht sie pauschal davon aus, zufolge Universalsukzession sei der Kläger gesamthaft in die Rechtsstellung des Erblassers eingetreten, erörtert danach aber, dass sich das im Fall der nachträglichen subjektiven Unmöglichkeit analog bestehende Wahlrecht im Sinne von Art. 107 OR auf den Kläger nicht vererbe und mit dem Tod des Erblassers verwirkt sei. Im Gegensatz dazu sollen jedoch die übrigen Rechte aus Vertragsverletzung, namentlich der Anspruch auf Schadenersatz im Sinne des positiven Vertragsinteresses nach Art. 97 OR beim Wohnrecht wieder vererblich bleiben. Diese Auffassung, Ansprüche aus Vertragsverletzung bezüglich Vererbbarkeit unterschiedlich zu behandeln, vermag nicht zu überzeugen.

Der Kläger beruft sich für die nähere Ausgestaltung des Wohnrechts ausdrücklich auf die Bestimmungen von Art. 776 ff. ZGB zum dinglichen Wohnrecht (act. 1 S. 4). Gemäss gesetzlicher Regelung von Art. 776 Abs. 2 ZGB ist das Wohnrecht unübertragbar und unvererblich. Das Wohnrecht gilt als höchstpersönliches Recht, wobei die Höchstpersönlichkeit zwingend ist. Daraus leitet sich ab, dass die vom Wohnrecht erfassten Räume nicht vermietet werden dürfen und der Wohnberechtigte seine Familienangehörigen und Hausgenossen nur aufnehmen darf, wenn dies vertraglich nicht ausgeschlossen ist (Art. 777 Abs. 2 ZGB; vgl. auch FELIX SCHÖBI in : recht1988, Heft 2, Bemerkungen zur sogenannten Höchstpersönlichkeit des Wohnrechts, S. 58 ff.; BGE 113 II 146 ff.). Demzufolge erlischt das Wohnrecht in jedem Fall mit dem Tod des Berechtigten (BSK ZGB II-MICHEL MOSER, 5. Auflage, Art. 776 N 4 ff., BGE 113 II 146 ff.). Gemäss Art. 114 OR erlöschen ebenso die Nebenrechte. Mit dem Tod des Erblassers erwerben die Erben gemäss Art. 560 ZGB die Erbschaft zwar als Ganzes kraft Gesetz und die Aktiven und Passiven gehen im Sinne der Universalsukzession auf sie über. Nicht vererblich sind indessen höchstpersönliche Rechte, deren Untergang beim Tod der Berechtigten gesetzlich vorgesehen ist, wie das Wohnrecht nach Art. 776 Abs. 2 ZGB (vgl. FRANZ MÜLLER/SASKIA LIEB-LINDENMEYER, OFK-Kommentar ZGB, 3. Auflage, 2016, Art. 560 N 4). Der ausgeprägte und zwingend höchstpersönliche Charakter des Wohnrechts rechtfertigt keine andere Handhabe, als dass sämtliche aus dem Vertrag fließenden Rechte, namentlich auch Ansprüche zufolge Nicht- oder Schlechterfüllung des Vertrags, mit dem Tod des Erblassers erlöschen. Dies gilt zweifellos, wenn der Begünstigte selber zu Lebzeiten keine Ansprüche aus Vertrag geltend machte. Nach überzeugender Auffassung der Vorinstanz hat der Erblasser bis zu seinem Tod weder das Wahlrecht im Sinne von Art. 107 Abs. 2 OR ausgeübt, noch die geleistete Zahlung zurückverlangt oder Schadenersatzansprüche erhoben (act. 79 S. 30 f.). Da er selber die mit der vorliegenden Klage verfolgten Ansprüche zu Lebzeiten nicht erhoben hat, kann darauf verzichtet werden zu prüfen, ob eine Ausnahme der Unvererblichkeit für bereits vom Erblasser geltend gemachte, noch nicht rechtskräftig beurteilte Schadenersatzansprüche aus Wohnrecht gelten würde. Der Erblasser verstarb am 6. September 2013, womit das Wohnrecht samt aller aus ihm fließenden, nicht

geltend gemachten vertraglichen Rechte erlosch. Die vorliegende Klage wurde mit Einreichung des Schlichtungsbegehrens mehr als ein Jahr nach dem Erlöschen des Wohnrechts am 28. Oktober 2014 anhängig gemacht (act. 4). Dem Kläger fehlt folglich die Aktivlegitimation zur Erhebung der Klage betreffend Wohnrecht. Diese ist daher abzuweisen.

12.1. Im Verfahren vor Vorinstanz bestritt der Beklagte die Aktivlegitimation auch hinsichtlich der Klage aus Vorkaufsrecht. Das Vorkaufsrecht sei mit dem Wohnrecht untrennbar verknüpft gewesen, habe alleine keinen Bestand gehabt und sei nur dem Erblasser persönlich gewährt worden. Es sei daher ebenfalls mit dem Tod des Erblassers erloschen (act. 61 S. 25 f. und 29). Der Kläger liess diese Behauptungen bestreiten (act. 64 S. 6 f. Ziffer 25 ff. und 35).

12.2. Die Vorinstanz hat die Frage der Aktivlegitimation aus dem Vorkaufsrecht nicht selbständig behandelt. Dies kann im Berufungsverfahren nachgeholt werden, zumal dadurch keine verfahrensrechtlichen Ansprüche der Parteien verletzt werden. Art. 216b Abs. 1 OR bestimmt, dass das Vorkaufsrecht vererblich ist, wenn nichts anderes vereinbart wurde. Es besteht somit eine gesetzliche Vermutung zugunsten der Vererbbarkeit dieses Rechts. Es obläge daher dem Beklagten, die gesetzliche Vermutung zu widerlegen. Vorliegend sprächen die unbestrittenen Umstände, dass sich Wohn- und Vorkaufsrecht auf die gleiche Sache, die Einliegerwohnung im Haus des Beklagten bzw. allenfalls im Haus der Mutter, bezogen, von den gleichen Parteien und zugunsten der gleichen Person (Erblasser) gleichzeitig abgeschlossen wurden, deutlich dafür, dass Wohn- und Vorkaufsrecht nach dem Willen der Vertragsparteien untrennbar miteinander verknüpft gewesen sein sollen und das Vorkaufsrecht deshalb wie das Wohnrecht von der Person des Begünstigten, dem Erblasser, abhängen sollte. Als Beweismittel für die vereinbarte Unvererbbarkeit des Vorkaufsrechts offerierte der Kläger seine persönliche Befragung bzw. Beweisaussage sowie die Einvernahmen von H.\_\_\_\_\_ und J.\_\_\_\_\_ als Zeuginnen (act. 61 S. 26 f.). Dadurch, dass die Vorinstanz die Aktivlegitimation und Vererbbarkeit des Vorkaufsrechts nicht behandelte und sich weder zu den offerierten Beweisen äusserte, noch diese abnahm, hat sie den Vertragsinhalt und damit den Sachverhalt unvollständig festgestellt.

Die Sache wäre daher an die Vorinstanz zur Durchführung eines Beweisverfahrens und neuer Entscheidung zurückzuweisen. Es kann jedoch aus den nachfolgenden Gründen darauf verzichtet werden:

13. Der Kläger, der die vorliegende Klage angehoben hat, trifft die Behauptungs- und Beweislast für sämtliche tatsächlichen Anspruchsgrundlagen seiner Klage aus Vorkaufsrecht. Er hat deshalb den von den Parteien vereinbarten Vertragsinhalt sowie den Eintritt des vereinbarten Vorkaufsfalls zu behaupten und zu beweisen. Dies gilt ungeachtet der Frage der Vererbbarkeit des Vorkaufsrechts. Der Beklagte seinerseits behauptete im erstinstanzlichen Verfahren, das Vorkaufsrecht habe sich nur auf die Einliegerwohnung und nicht auf die ganze Liegenschaft bezogen. Beim Verkauf der gesamten Liegenschaft sei kein Vorkaufsfall eingetreten (act. 61 S. 24). Der Kläger bestritt diese Behauptungen (act. 64 S. 6 f. Ziffer 25 ff.). Dabei fällt zunächst auf, dass er keine eigenen Behauptungen, was die Vertragsparteien vereinbaren wollten bzw. vereinbart haben, aufstellte, sondern sich auf die pauschale Bestreitung der klägerischen Ausführungen beschränkte (act. 64 S. 6 f.). Aus den bisherigen Akten lässt sich weder die eine noch die andere Version der Parteien belegen. Eher für die Darstellung des Beklagten spricht, dass sich Wohn- und Vorkaufsrecht anerkanntermassen (act. 50 S. 14 Ziffer 36) nur auf die Einliegerwohnung bezogen und ein Vorkaufsfall deshalb konsequenterweise nach dem Willen der Vertragsparteien nur beim Verkauf der Einliegerwohnung eintreten sollte. Zudem erwiese es sich aus ökonomischen Gründen für den Beklagten als nachteilig, wenn er im Falle des Hausverkaufs dieses nicht gesamthaft anbieten könnte, sondern dem Erblasser bzw. einem Erbe vorgängig die Möglichkeit einräumen müsste, die Einliegerwohnung separat zu erwerben. Es bestehen keine Anhaltspunkte und wird auch vom Kläger nicht behauptet, dass der Beklagte als Vertragspartei im Jahr 2007 eine solche, für ihn wirtschaftlich nachteilige Regelung eingehen wollte, hat er doch ursprünglich das Haus ohne Einliegerwohnung geplant und scheint der nachträgliche Einbau vornehmlich auf Initiative des Erblassers erfolgt zu sein. Der Kläger hat selber keine Beweismittel für seine (sinngemässe) Version offeriert, die Vertragsparteien hätten vereinbart, dass ein Vorkaufsfall zum Erwerb der Einliegerwohnung beim Verkauf der gesamten Liegenschaft eintritt. Damit bleibt seine Parteibehauptung un-

bewiesen. Der Kläger als beweisbelastete Partei für den Eintritt des Vorkaufsfalles hat die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen. Er dringt daher mit seiner Klage aus Vorkaufsrecht ebenfalls nicht durch.

Es erübrigt sich unter diesen Umständen, auf die weiteren vom Kläger ebenfalls bestrittenen Eventualbehauptungen des Beklagten einzugehen, der Erblasser sei über den Verkauf informiert worden, habe aber kein Interesse am Erwerb der Liegenschaft bzw. der Einliegerwohnung mehr gehabt.

14. Lediglich der Vollständigkeit halber bleibt zu erwähnen, dass die vom Kläger geltend gemachten Ansprüche aus Art. 28 OR einer einjährigen Verwirkungsfrist ab Entdecken des Irrtums unterliegen (Art. 31 OR). Der Kläger unterliess es, Behauptungen zur Fristwahrung aufzustellen. Es ist anzunehmen, dass der Erblasser spätestens ab dem Zeitpunkt, als ihm der Beklagte mit Schreiben vom 8. August 2011 ein alternatives Wohnrecht im Haus der Mutter anbot (act. 63/10), Kenntnis vom Verkauf der Liegenschaft gehabt haben musste. Da er am 6. September 2013 verstarb, ohne Ansprüche gegen den Beklagten gestellt zu haben, wäre ein Anspruch des Klägers aus absichtlicher Täuschung bei Klageerhebung bereits verwirkt.

15. Zusammenfassend ist die Klage aus Wohnrecht mangels Aktivlegitimation des Klägers und die Klage aus Vorkaufsrecht mangels bewiesenem Eintritt des Vorkaufsfalles abzuweisen. Es kann folglich darauf verzichtet werden, die weiteren Rügen des Klägers zu behandeln. Das Urteil ist folglich aufzuheben und die Klage vollumfänglich abzuweisen. Auf eine Rückweisung des Verfahrens an die Vorinstanz zur Durchführung eines Beweisverfahrens und neuer Entscheidung kann unter diesen Umständen verzichtet werden.

### III.

1. Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat der Kläger die Gerichtskosten des vorinstanzlichen Verfahrens sowie des Berufungsverfahrens zu tragen (Art. 106 ZPO). Zudem ist er zu verpflichten, dem Beklagten für beide Verfahren eine angemessene Parteientschädigung zu zahlen.

2. Die Vorinstanz hat ihre Entscheidgebühr auf Fr. 20'000.-- angesetzt und die Parteientschädigung in Berücksichtigung eines Zuschlags für die Instruktion-verhandlung von Fr. 720.-- auf Fr. 26'000.-- (inklusive MWSt. und Bausauslagen) veranschlagt (act. 79 S. 39 f.). Diese Berechnungen wurden von keiner Partei an-gefochten.

3. Gemäss § 13 der Gebührenordnung des Obergerichts wird die Gerichts-gebühr im Rechtsmittelverfahren grundsätzlich nach den für die Vorinstanz gel-tenden Regeln bemessen, wobei sich die Gebühr nach dem Streitwert vor Rechtsmittelinstanz bemisst. Im Berufungsverfahren lagen noch Fr. 473'936.-- im Streit (Urteil Vorinstanz, Dispositivziffer 1). Nach § 4 Abs. 2 Gebührenordnung können die nach Streitwert bemessenen Gebühren unter Berücksichtigung des Zeitaufwandes und der Schwierigkeit des Falles ermässigt oder um bis zu einem Drittel erhöht werden. Im Berufungsverfahren wurde ein ganzer Schriftenwechsel durchgeführt, andererseits musste auf einige Rügen nicht mehr eingegangen wer-den. Es rechtfertigt sich insgesamt die Gerichtsgebühr gegenüber dem Erstver-fahren um die Hälfte auf Fr. 10'000.-- zu reduzieren. Nach § 13 der Anwaltsge-bührenverordnung kann die Gebühr der Parteientschädigung bei endgültiger Streiterledigung auf einen bis zwei Drittel herabgesetzt werden. Da die Rechtsver-treterin des Beklagten diesen bereits im erstinstanzlichen Verfahren vertrat und mit der Materie des Falles im Berufungsverfahren deshalb vertraut war, erweist sich eine Reduktion der ordentlichen Gebühr von rund Fr. 22'800.-- auf 11'000.-- als angemessen.

**Es wird erkannt:**

1. In Gutheissung der Berufung des Beklagten und Berufungsklägers werden die Dispositiv-Ziffern 1, 2, 4 und 5 des Urteils des Bezirksgerichtes Pfäffikon vom 31. März 2017 aufgehoben.
2. Die Klage wird abgewiesen.
3. Die erstinstanzliche Entscheidgebühr wird bestätigt (Ziffer 3 des Urteils der Vorinstanz).

4. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 10'000.-- festgesetzt.
5. Die Gerichtskosten für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren werden dem Kläger auferlegt und für das zweitinstanzliche Verfahren aus dem vom Beklagten und Berufungskläger geleisteten Kostenvorschuss bezogen. Der Rest (Fr. 10'000.--) wird dem Beklagten ausgehändigt. Der Kläger und Berufungsbeklagte wird verpflichtet, dem Beklagten und Berufungskläger den Betrag von Fr. 10'000.-- zu ersetzen.
6. Der Kläger und Berufungsbeklagte wird verpflichtet, dem Beklagten und Berufungskläger für das erstinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 26'000.-- und für das Berufungsverfahren von Fr. 11'000.-- zu bezahlen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Pfäffikon und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

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

8. 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. 473'936.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung



Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Der Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. P. Diggelmann

lic. iur. R. Barblan

versandt am: