

Obligationenrecht - Droit des obligations

KGVS C1 08 168

Obligationenrecht - Gewährleistung wegen Mängel der Kaufsache - KGE (I. Zivilrechtliche Abteilung) vom 31. August 2009, i. S. X. c. Y.

Gewährleistung wegen Mängel der Kaufsache (Art. 197 ff. OR)

- Ob eine Neubauwohnung einen Mangel aufweist, beurteilt sich nach dem Inhalt des Kaufvertrages (E. 3a/aa).
- Prüfungs- und Rügefristen bemessen sich nach der Natur der Kaufsache, der Sachkenntnis des Käufers und der Art sowie der Erkennbarkeit des jeweiligen Mangels (E. 3a/cc, 3b und 3c).
- Mängelrechte: Wandelung und Minderung (Art. 205 Abs. 1 OR); Nachbesserung (Art. 368 Abs. 2 OR); Ersatz des Mangelfolgeschadens (Art. 97 ff. OR); Kombination von Nachbesserung und Minderung (E. 3a/dd, 3b und 3c).
- Kosten eines Privatgutachtens als Mangelfolgeschaden (E. 3f).

Ref. CH: Art. 197 OR, Art. 205 OR, Art. 368 OR, Art. 97 OR

Ref. VS: -

Garantie pour les défauts de la chose vendue (art. 197 ss CO)

- La question de savoir si une nouvelle construction est défectueuse se tranche selon le contenu du contrat de vente (consid. 3a/aa).
- Les délais de vérification et d'avis se déterminent selon la nature de la chose vendue, les connaissances professionnelles de l'acheteur ainsi que selon la sorte et le caractère reconnaissable de chaque défaut (consid. 3a/cc, 3b et 3c).
- Droits découlant de la garantie: résiliation de la vente et réduction du prix (art. 205 al. 1 CO); réfection (art. 368 al. 2 CO); réparation dommage consécutive du défaut (art. 97 ss CO); combinaison des droits à la réfection et à la réduction du prix (consid. 3a/dd, 3b et 3c).
- Frais d'une expertise privée en tant que dommage consécutif au défaut (consid. 3f).

Réf. CH: art. 197 CO, art. 205 CO, art. 368 CO, art. 97 CO

Réf. VS: -

Sachverhalt (gekürzt)

A. Der britische Staatsangehörige X. hat seit dem 22. September 2003 seinen Wohnsitz in Zermatt, wobei er sich mehrheitlich von Dezember bis April in Zermatt und im Sommer im Ausland aufhält. Mit öffentlich beurkundetem Kaufvertrag vom 22. September 2003, im Grundbuch am 26. September 2003 eingetragen, erwarb X. als Käufer von Y. als Verkäufer in Stockwerkeigentum eine 2 1/2 - sowie eine 3 1/2 - Zimmerwohnung im Hause ... in Zermatt für einen Kaufpreis von ins-

gesamt Fr. 1'700'000.–. Es handelt sich hierbei laut übereinstimmender Aussage der Parteien um Luxusappartements. Laut Artikel 8 des Vertrages mit dem Titel «Gewährleistung» sollte auf den Zeitpunkt der Wohnungsübergabe ein Übergabeprotokoll erstellt werden, wobei allfällige Fertigungsarbeiten zu Lasten des Verkäufers gehen sollten (Abs. 1); im Übrigen wurden die Wohnungen verkauft wie besehen und besichtigt, für die Gewährleistung wurden die einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen des OR für anwendbar erklärt, wobei dem Käufer ein Nachbesserungsrecht zugestanden wurde (Abs. 2). Nach Vertragsunterzeichnung begaben sich die Parteien vor Ort und erstellten ein Übergabeprotokoll. Im November 2003 wurden in den Wohnungen noch kleinere Fertigstellungsarbeiten ausgeführt. Im Dezember 2003 begab sich X. nach Zermatt, um dort die ganze Wintersaison zu verbringen. In der Folge machte er immer wieder neue Mängel geltend.

B. X. rügte frühzeitig, dass er einzelne Räume der 3 1/2 - Zimmerwohnung im Winter nicht ausreichend beheizen konnte, und hat dies etwas später womöglich mit gefühlten Luftzügen in der Wohnung in Zusammenhang gebracht. Im Rahmen der gerichtlichen Expertise wurden Luftdichtigkeits- und Wärmebildmessungen durchgeführt. Diese ergaben, dass die Gebäudehülle der besagten Wohnung erheblich undicht ist, was als wesentlichster Baumangel bezeichnet wurde. Es handelt sich entweder um einen Planungsfehler oder mangelnde Kontrolle oder schlechte Ausführung durch Zimmermann oder Spengler oder einen Materialfehler, wobei nur die gründliche Freilegung der Konstruktion Klarheit schaffen könnte, wer dies verursacht hat.

Laut Expertise gibt es grundsätzlich zwei Sanierungsvarianten, nämlich die nachträgliche Abdichtung von Aussen her oder die nachträgliche Abdichtung von Innen her. Bei der ersten Variante werde das Gebäude eingerüstet, anschliessend erfolge ein stellenweiser Rückbau des Dachaufbaus bis auf die Dampfsperre, insbesondere in den Randbereichen, das Aufschlitzen des Dachtäfers und das Freilegen des Wand-Dachanschlusses. Hierauf müsse der Wand-Dachanschluss lückenlos verklebt und abgedichtet werden. Es müsse angenommen werden, dass gewisse Anschlüsse konstruktionsbedingt jetzt nachträglich nicht mehr zugänglich seien und dass demzufolge eine gewisse Undichtigkeit auch nach dieser Sanierung von Aussen her nicht ausgeschlossen werden dürfe. Die Kosten hierfür bewerteten die Experten auf Grund des Restrisikos als unverhältnismässig, ohne sie jedoch zu beziffern. Sie rieten den Beteiligten zu einer nachträglichen Abdichtung vom Wohnungsinneren her. Auch hier bestehe ein Luft-

dichtigkeits-Restrisiko, da nicht alle Anschlüsse nachträglich 100%ig gedichtet werden könnten. Die Kosten würden jedoch massiv geringer eingestuft als bei einer Aussensanierung. Das Restrisiko betreffend den unnötigen Wärmeverlust werde als Minderwert berechnet. Weiter sollten die inneren Verkleidungen zwischen den Sparren in Holz und Schattenfugen und nicht mittels Gips erstellt werden. Im Ergänzungsbericht präzisierten die Experten das Vorgehen bei dieser Sanierungsvariante mit der Klarstellung, dass sich das Erscheinungsbild des Sparren-Wandanschlusses verändere und frontgiebelseitig die Abdichtung von der Terrasse her zu erfolgen habe; ferner beurteilten sie die Veränderung der Raumkubatur als vernachlässigbar, verneinten weitere Minderwerte und hielten fest, dass die Luftdichtigkeit der Gebäudehülle vor dem Verschliessen der sanierten Gebäudeteile erneut durch eine Blower-door Messung geprüft werden müsse. Bei ungenügendem Ergebnis müsse die Sanierung fortgesetzt werden, bis für die Wohnqualität akzeptable Werte erreicht seien. Daneben stellten die Experten Unzulänglichkeiten bei den Fensterbänken in Holz und den Balkontürschwellen sowie Ungenauigkeiten bei den Plattenarbeiten in der Küche fest.

Aus den Erwägungen

(...)

3. a) Mit den Prozessparteien ist das zwischen ihnen durch den Kaufvertrag begründete Rechtsverhältnis als Grundstückskauf im Sinne von Art. 216 ff. OR zu qualifizieren. Mit Ausnahme der in Art. 219 Abs. 3 OR statuierten fünfjährigen Verjährungsfrist gelangen dabei aufgrund der Verweisung in Art. 221 OR die Bestimmungen über den Fahrniskauf entsprechend zur Anwendung.

aa) Gemäss Art. 197 Abs. 1 OR haftet der Verkäufer dem Käufer sowohl für die zugesicherten Eigenschaften als auch dafür, dass die Sache nicht körperliche oder rechtliche Mängel habe, die ihren Wert oder ihre Tauglichkeit zu dem vorausgesetzten Gebrauche aufheben oder erheblich mindern. Abs. 2 stellt klar, dass der Verkäufer auch dann haftet, wenn er die Mängel nicht gekannt hat. Vorliegend sind einzig Sachmängel strittig. Ein Mangel ist gegeben, wenn die Kaufsache im Zeitpunkt des Übergangs von Nutzen und Gefahr vom Vertrag abweicht, also wenn ihr eine zugesicherte oder eine nach dem Vertrauensprinzip vorausgesetzte oder voraussetzbare Eigenschaft fehlt. Ob der Sache eine solche Eigenschaft fehlt, also ob eine zumindest erheb-

liche Herabsetzung in ihrem Wert oder ihrer Tauglichkeit und damit eine erhebliche Vertragsabweichung gegeben ist, beurteilt sich nach dem Inhalt des konkreten Vertrages. Der Mangel ist mithin ein relativer Tatbestand und rechtlicher Natur. Ob ein Mangel vorliegt, hat demnach der Richter als Rechtsfrage zu beurteilen, wobei er im Grenzbereich über etwelches Ermessen verfügt (Schumacher/Rüegg, Die Haftung des Grundstückverkäufers, in: Koller (Hrsg.), Der Grundstückskauf, 2. A., Bern 2001, N. 160, 191 ff., 204).

bb) Keine Haftung besteht für Mängel, die der Käufer zur Zeit des Kaufes gekannt hat (Art. 200 Abs. 1 OR) oder die er bei Anwendung gewöhnlicher Aufmerksamkeit hätte erkennen sollen (Art. 200 Abs. 2 OR), ausser der Verkäufer habe entsprechende Zusicherungen abgegeben oder den Käufer absichtlich getäuscht. Kenntnis bzw. schuldhaftes Unkenntnis des Mangels dürfen nicht leichthin angenommen werden. Der Verkäufer hat zu beweisen, dass die den Mangel begründende Tatsache bei Vertragsabschluss bereits vorhanden war und dass der Käufer darum wusste (Art. 8 ZGB). An die erforderliche Aufmerksamkeit dürfen keine allzu hohen Anforderungen gestellt werden (Schumacher/Rüegg, a.a.O., N. 233-239; Honsell, Basler Kommentar, N. 1 und 3 zu Art. 200 OR).

cc) Der Käufer ist gehalten, sobald es nach dem üblichen Geschäftsgang tunlich ist, die Beschaffenheit der empfangenen Sache zu prüfen und bei allfälligen Mängeln dem Verkäufer sofort Anzeige zu machen (Art. 201 Abs. 1 OR). Bei übungsgemässer Untersuchung nicht erkennbare Mängel, die sich später ergeben, sind sofort nach ihrer Entdeckung zur Anzeige zu bringen (Art. 201 Abs. 3 OR). Versäumt der Käufer die sofortige Anzeige, so gilt die Kaufsache als genehmigt (Art. 201 Abs. 2 und 3 OR). Der Sorgfaltsgrad der Prüfung hängt von der Natur der Sache und von der Sachkenntnis des Käufers ab. Ein Gebäude ist ein komplexes Werk; an die Sorgfaltspflicht eines Hauskäufers dürfen deshalb keine hohen Anforderungen gestellt werden (Honsell, a.a.O., N. 6 zu Art. 201 OR). Im Allgemeinen genügt eine durchschnittliche Aufmerksamkeit; der Käufer braucht weder Experten beizuziehen noch nach geheimen Mängeln zu forschen. Die Prüfungsfrist beginnt frühestens mit der Besitzesübergabe (Art. 220 OR), also etwa mit der Schlüsselübergabe bei einem gemeinsamen Rundgang durch die Wohnung, wobei die konkreten Umstände des Einzelfalls, insbesondere auch die Art des Mangels, bestimmen, wann und innert welches zeitlichen Rahmens die Prüfung als objektiv möglich und vernünftigerweise zumutbar erscheint. Weiter ist zwischen offensichtlichen Mängeln, die ohne

eigentliche Prüfung oder Untersuchung zu Tage treten, erkennbaren Mängeln, die bei übungsgemässer, sorgfältiger Untersuchung oder Prüfung zum Vorschein kommen, und versteckten oder geheimen Mängeln, die selbst bei ordentlicher Prüfung und Untersuchung unentdeckt bleiben, zu unterscheiden (Bieger, Die Mangelrüge im Vertragsrecht, Diss. Freiburg 2009, S. 84). Im Grundstückskauf, gerade beim Erwerb einer Neubaute, wird dem Käufer meistens eine längere Untersuchungsfrist zugestanden. Demgegenüber hat der Käufer festgestellte Mängel, unter Einräumung einer gewissen Überlegungs- und Reaktionszeit, innert kurzer Frist zu rügen (Bieger, a.a.O., S. 92 ff.). Genauere Vorgaben zur Bemessung der Prüfungs- und Rügefrist gibt es nicht, so dass der Richter auch hier über ein gewisses Ermessen verfügt. Bei absichtlicher Täuschung findet keine Beschränkung der Gewährleistung wegen versäumter Anzeige statt (Art. 203 OR; Schumacher/Rüegg, a.a.O., N. 70, 272-293).

dd) Haftet der Verkäufer für einen Mangel der Kaufsache, so hat der Käufer die Wahl zwischen der Wandelung, also der Aufhebung des Kaufvertrages, und der Minderung des Kaufpreises im Umfange des Minderwerts der Sache (Art. 205 Abs. 1 OR). Einige Autoren bejahen daneben einen Nachbesserungsanspruch des Käufers in analoger Anwendung von Art. 368 Abs. 2 OR. In jedem Falle kann ein solches Nachbesserungsrecht vertraglich vereinbart werden (Schönle/Higi, Zürcher Kommentar, N. 359 und 361 zu Art. 197 OR), was vorliegend denn auch getan wurde. Die Verjährungsfrist für sämtliche Mängelrechte beim Grundstückskauf beträgt fünf Jahre ab Eigentumserwerb, d.h. ab Grundbucheintrag (Art. 219 Abs. 3 OR; Schumacher/Rüegg, a.a.O., N. 240-262, 302-308). Nebst der Wandelung und Nachbesserung kann der Käufer gegenüber dem Verkäufer den Ersatz des Mangelfolgeschadens verlangen. Dieser richtet sich laut Bundesgericht nach den allgemeinen vertraglichen Schadenersatzbestimmungen von Art. 97 ff. OR, wobei auch hier die gewährleistungsrechtliche Regelung der Verjährung und der Untersuchungs- und Anzeigeobligationen des Käufers zur Anwendung kommt; Art. 208 Abs. 2 und 3 OR bleibt auf die Wandelung des Kaufvertrages beschränkt (BGE 133 III 257 und 335).

ee) Da die aufgezeigte gesetzliche Regelung dispositiver Natur ist, können die Vertragsparteien die Mängelhaftung des Verkäufers einschränken oder sogar ausschliessen, aber auch ausweiten. Wie einzelne Vertragsklauseln zu verstehen sind, hat im Streitfall der Richter mittels Vertragsauslegung nach den allgemeinen Grundsätzen in Berücksichti-

gung der verschiedenen Auslegungsmittel und unter Berücksichtigung der allgemeinen Auslegungsregeln zu ermitteln. Massgeblich ist grundsätzlich der Wille der Parteien (Schumacher/Rüegg, a.a.O., N. 309 ff.), welcher mittels Auslegung zu ermitteln ist (Art. 1 und 18 Abs. 1 OR). Vorrangiges Ziel der gerichtlichen Auslegung ist die Feststellung des übereinstimmenden wirklichen Willens, den die Parteien ausdrücklich oder stillschweigend erklärt haben (subjektive Auslegung). Lässt sich dieser übereinstimmende wirkliche Wille feststellen, so bestimmt sich der Vertragsinhalt danach. Lässt sich dieser Vertragswille der Parteien nicht mehr mit Sicherheit feststellen, muss das Gericht durch objektivierte (normative) Auslegung den Vertragswillen ermitteln, den die Parteien mutmasslich gehabt haben. Hierbei hat das Gericht als Vertragswille anzusehen, was vernünftig und redlich (korrekt) handelnde Parteien unter den gegebenen (auch persönlichen) Umständen durch die Verwendung der auszulegenden Worte oder ihr sonstiges Verhalten ausgedrückt und folglich - im Sinne eines sachgerechten Resultats - gewollt haben würden (BGE 129 III 122). Primäres Auslegungsmittel ist der Wortlaut; ergänzend sind die Umstände des Vertragsabschlusses und die Verkehrsübung zu berücksichtigen. Die Auslegung hat ex tunc, nach Treu und Glauben, nicht formalistisch gemäss Buchstaben, ganzheitlich und gesetzeskonform zu erfolgen; nach der Unklarheitsregel ist eine von einer Partei verfasste unklare Bestimmung im Zweifel zu ihren Ungunsten auszulegen (zum Ganzen vgl. Gauch/Schluemp/Schmid/Rey, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 8. A., Zürich/Basel/Genf 2003, Rz. 1196 ff.).

b) Im Grundstückskaufvertrag haben die Parteien unter Artikel 8 «Gewährleistung» die Übergabe der Wohnung auf den 22. September 2003 festgelegt, für die Übergabe ein Protokoll vorgesehen und die Kosten für allfällige Fertigstellungsarbeiten dem Verkäufer auferlegt. Die Übergabe von Wohnung und Schlüssel erfolgte an jenem Tag bei einer gemeinsamen Begehung, womit die Prüfungsfrist in Gang gesetzt wurde. Bei der Wohnungsübergabe wurden die Wohnungen «besichtigt und die sichtbaren Mängel bzw. vorzunehmenden Verbesserungen besprochen und protokolliert». Mit der so vollzogenen Wohnungsübergabe wurde die Mängelhaftung indes nicht auf die protokollierten Mängel beschränkt. Zwar wurde im Vertrag erklärt, die Wohnungen würden im Übrigen wie besehen und besichtigt verkauft. Gleichzeitig wurden aber bezüglich der Gewährleistung ausdrücklich die einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen des OR für anwendbar erklärt, verbunden mit der Einräumung des Nachbesserungsrechts an den Käufer, was die Parteien

nur dahin verstanden haben können und auch ein unbeteiligter Dritter bei objektivierter Betrachtungsweise nur dahin verstehen kann, dass für jedwelche Mängel die gesetzliche Sachgewährleistung mit zusätzlichem Nachbesserungsanspruch Geltung haben sollte. Eine solche Auslegung ergibt sich nicht nur aufgrund des Wortlauts des Vertrages, sondern auch von der Sache her; denn bei einem einmaligen Rundgang durch eine Wohnung können höchstens die offensichtlichen Mängel festgestellt werden. Danach wurden im November 2003 noch kleinere Fertigstellungsarbeiten ausgeführt und im Dezember 2003 zog der Kläger endgültig ein. Wie lange nun die dem Kläger als Käufer zustehende Prüfungsfrist dauerte, kann nicht allgemein beantwortet werden, sondern muss im Zusammenhang mit dem jeweiligen Mangel untersucht werden.

c) Aufgrund der gerichtlichen Expertise erwiesen und heute nicht mehr strittig ist, dass die Gebäudehülle undicht ist, was in der 3^{1/2} Zimmerwohnung Wärmeverluste und Luftzüge zur Folge hat. Hierbei handelt es sich um einen nicht erkennbaren, versteckten Mangel, der vom Kläger erst allmählich im Laufe der kälteren Jahreszeit erahnt und schliesslich mittels Messungen zuverlässig festgestellt werden konnte. In seiner Schlussdenkschrift anerkennt der Beklagte letztlich und dies zu Recht, dass der Kläger diesen Punkt gehörig geprüft und gerügt hat und dass er insoweit Anspruch auf Nachbesserung hat. Mit seinen Schlussbegehren anerkennt der Beklagte indessen lediglich die Sanierungsvariante 2, also jene vom Wohnungsinneren her.

Welche Art der Nachbesserung geschuldet ist, ist eine Rechtsfrage. In der Nachbesserungsschuld lebt die ursprüngliche Pflicht zur Leistung eines mängelfreien Werkes wieder auf. Der Beklagte als Verkäufer ist verpflichtet, den Kläger als Käufer im Rahmen der Mängelbeseitigung so zu stellen, wie dieser stände, wenn zum vornherein mängelfrei geleistet worden wäre (Gauch, Der Werkvertrag, 4. A., Zürich 1996, N. 1713 f. und 1717). Daraus folgt, dass die Abdichtung grundsätzlich in der Aussenhülle, wo sie nach den Regeln der Baukunde hingehört, anzubringen ist. Übermässige Kosten, d.h. solche die in einem Missverhältnis zum Nutzen der Mängelbeseitigung für den Besteller stehen, können allerdings dem Nachbesserungsanspruch entgegenstehen (vgl. Art. 368 Abs. 2 OR). Nach der allgemeinen Beweisregel von Art. 8 ZGB hat der Verkäufer das Missverhältnis zu behaupten und zu beweisen. Ob ein Missverhältnis besteht, muss alsdann der Richter für den konkreten Fall nach Recht und Billigkeit (Art. 4 ZGB) entscheiden.

Die Akten bieten für diese Beurteilung kaum eine genügende Grundlage. Zwar ist der Nutzen einer umfassenden Sanierung bei der

in Zermatt in einer höheren Lage mit strengen Wintern gelegenen Liegenschaft für deren Käufer evident. Die Experten haben es jedoch unterlassen, die Kosten der Aussensanierung und den Minderwert bei deren Unterlassung zu beziffern. Sie haben sich in Anmassung richterlicher Aufgaben damit begnügt, die Sanierung von Aussen als unverhältnismässig zu schätzen und zu einer solchen von Innen her verbunden mit der Abgeltung des Minderwerts mit Fr. 6'000.– zu raten. Von den Parteien wurden zu den Kosten der Aussensanierung im Rahmen der Ergänzungsexpertise keine Fragen gestellt. Als Beweisbelasteter hat der Beklagte, welcher das Missverhältnis bei prozessualer Strenge auch nie behauptet hat, die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen, was bedeuten würde, dass die Aussensanierung angeordnet werden müsste. Dieses Ergebnis vermag indessen nicht ganz zu befriedigen, da die Kostendifferenz der beiden Sanierungsvarianten tatsächlich beträchtlich sein dürfte und der Kläger wenigstens nicht eindeutig eine Aussensanierung verlangt.

Im Werkvertragsrecht steht bei einer Mehrzahl geeigneter Nachbesserungsvarianten die Wahl dem Unternehmer zu (Gauch, a.a.O., N. 1715). Die gerichtlichen Gutachter setzen Aussen- und Innensanierung einander gleich, soweit bei der Letzteren durch den Verkäufer ein Minderwert von Fr. 6'000.– abgegolten wird. In Anlehnung an diese Regelung könnte vorliegend der Antrag des Beklagten auf Durchführung der Sanierungsvariante 2 als solche Wahl interpretiert werden. Das Problem besteht nun aber darin, dass der Beklagte gleichzeitig die für die Gleichstellung der beiden Varianten zentrale Bezahlung der Fr. 6'000.– ablehnt. Hierbei handelt es sich um einen Mangelfolgeschaden, sofern dieser Betrag als Entschädigung für die erhöhten Energiekosten geltend gemacht wird. Er stellt demgegenüber einen blossen Minderwert dar, wenn damit der Restmangel abgegolten werden soll, der sich daraus ergibt, dass bei der Innensanierung nicht alle Anschlüsse zu 100% abgedichtet werden können; diesfalls dient der Rückgriff auf die Energiekosten lediglich der Bezifferung des Minderwerts. Von Letzterem gehen die Experten in ihrem Gutachten sowie der Kläger in seiner Schlussdenkschrift aus. Dieser hat von Beginn an auf Nachbesserung und, soweit eine solche nicht möglich ist, auf Minderung geklagt. Ein solcher Anspruch ist damit offensichtlich nicht verjährt. Fraglich ist höchstens, ob Nachbesserung und Minderung miteinander kombiniert werden können. Ausschlaggebend ist auch hier primär der Wille der Parteien (vgl. E. 3a/ee). Bei Vertragsabschluss haben sich diese darüber wohl kaum Gedanken gemacht. Von seinem Wortlaut her schliesst der Grundstückkaufvertrag dies nicht aus. Die gesetz-

liche Sachgewährleistung wurde darin gerade nicht eingeschränkt, sondern erweitert, indem dem Käufer zusätzlich ein Nachbesserungsanspruch eingeräumt wurde. Das Nachbesserungsrecht wurde einseitig dem Käufer zugestanden. Dessen bewusste Besserstellung sowie das ausdrückliche Nebeneinander von gesetzlicher und vertraglicher Gewährleistung sprechen dafür, dass laut Grundstückskaufvertrag Nachbesserung und Minderung miteinander verbunden werden sollen können. Allein dies führt zu einer sachgerechten Lösung, wenn - wie vorliegend bei der Variante 2 - eine Nachbesserung voraussehbar nicht zu einer vollumfänglichen Mangelbehebung führt und dadurch einen Minderwert hinterlässt. Demzufolge ist aufgrund der vertraglichen Ausgestaltung der Gewährleistung bei objektivierter Auslegung davon auszugehen, dass der Grundstückskaufvertrag eine Kombination von Nachbesserung und Minderung erlaubt. Im Übrigen stellen im Kaufrecht die einzelnen Gewährleistungsrechte im Gegensatz zum Werkvertrag keine Gestaltungsrechte dar, welche an Stelle der ursprünglichen Leistungspflicht treten; gerade die Nachbesserung bildet Teil des Erfüllungsanspruchs (Th. A. Schlupe, Der Nachbesserungsanspruch und seine Bedeutung innerhalb der Mängelhaftung des schweizerischen Kaufrechts, Diss. Bern 1990, S. 25 ff., 74 ff., 93), welcher die Minderung nicht ausschliesst. Zudem kann der Besteller nach erfolgter Nachbesserung bei weiter bestehenden Mängeln stets noch Minderung geltend machen. Vorliegend ist gestützt auf das gerichtliche Gutachten schon heute erstellt, dass die Sanierungsvariante 2 nicht alle Anschlüsse vollumfänglich abzudichten vermag. Es ist deshalb angezeigt, bereits im jetzigen Verfahren nebst der Nachbesserung die Minderung zuzulassen und den Kläger damit nicht auf ein neuerliches Verfahren zu verweisen. Ein solches Vorgehen erscheint auch unter prozessökonomischen Gründen gerechtfertigt.

Der Beklagte ist daher zu verpflichten, die Luftdichtigkeit der Fassade inklusive der Randanschlüsse der Dachkonstruktion an den Baukörper gemäss Sanierungsvariante 2 - unter Beachtung des von den Experten angegebenen Vorgehens - nachzubessern und für den verbleibenden Minderwert Fr. 6'000.- zu leisten.

d) Das fehlende Gefälle bei Holzfensterbänken und Schwellen stellt laut gerichtlicher Expertise zweifellos einen Mangel dar. Dieser wird nicht dadurch behoben, dass diese Teile durch das Vordach weitgehend geschützt sind. Denn Fensterbänke und Schwellen haben auch bei ausserordentlichen Wetterlagen ihren Zweck zu erfüllen. Überdies wirkt sich das mangelnde Gefälle laut Experten auf die Langlebigkeit

nachteilig aus. Entgegen dem Beklagten ist das mangelnde Gefälle weder ein offensichtlicher noch ein bei gehöriger Prüfung erkennbarer Mangel. Denn von blossen Auge ist ein Gefälle von wenigen Prozenten - laut Expertise genügen 2% bei den Natursteinbänken - nicht wahrnehmbar. Überdies ist der Käufer nicht verpflichtet, das Gefälle mit geeigneten Instrumenten nachzumessen. Der Kläger hat daher seine Prüfungs- und Rügepflicht nicht verletzt, wenn er diesen Mangel erst nach Beizug eines Fachmannes festgestellt und gerügt hat. Die geschätzten Kosten von gerade einmal Fr. 3'000.- für das Abschleifen stehen durchaus in einem vernünftigen Verhältnis mit dem Nutzen für den Kläger als Käufer. Der Beklagte ist daher zu verpflichten, das Gefälle bei den Holzfensterbänken und Schwellen nachzubessern.

e) Die Gerichtsexperten beziffern den Minderwert für verschiedene kleinere Ungenauigkeiten, nämlich Plattenarbeiten Küche (Abdeckung und Wandschild), Niveau Plattenarbeiten Korpus und Montageleisten Oberschränke, auf Fr. 1'250.-. Gemäss Gutachtern wird dadurch die Gebrauchstauglichkeit nicht eingeschränkt. Es handelt sich dennoch um eine nicht fachgerechte Ausführung der Arbeiten, welche insbesondere unter ästhetischen Gesichtspunkten nicht befriedigt. Das Haus ... und die beiden Wohnungen sind einem höheren, luxuriösen Preis- und Ausstattungssegment zuzuordnen, bei welchem eine nicht fachgerechte, unschöne Ausführung von Arbeiten rechtlich als Mangel gilt (Schumacher/Rüegg, a.a.O., N. 188). Diese Mängel sind an sich von blossen Auge erkennbar. Dennoch musste sie der Kläger nicht bereits bei der Wohnungsübergabe erkennen und rügen. Denn bei einem Wohnungsrundgang können eine leichte Wölbung, nicht waagrechte verlegte Wandplatten oder Abdeckleisten unter einem Oberschrank durchaus übersehen werden. Solche Mängel stellt man oftmals erst allmählich fest, wenn man im Appartement wohnt. Entsprechend wird dem Käufer eines Hauses oder einer Wohnung eine angemessene Prüfungsfrist eingeräumt. Es ist nicht aktenkundig, ob und wie lange der Kläger nach der Übernahme der Wohnungen am 22. September 2003 in Zermatt blieb. Erstellt ist, dass der Kläger nach Fertigstellungsarbeiten im November den Winter 2003/04 ab Dezember 2003 in Zermatt verbrachte. Laut seiner Schlussdenkschrift hat er die Unebenheit des Korpus und die Montageleisten im April 2004, also mehrere Monate nach seinem Wohnungseinzug und damit offensichtlich verspätet gerügt. Die Arbeiten beim Dampfabzug bemängelte er am 21. Januar 2004. Auch diese Mängelrüge erfolgte verspätet. Denn, nachdem ihm die Wohnungen bereits im Herbst übergeben worden waren, durfte vom Kläger vernünftigerweise erwartet werden, dass er sie nach seinem

effektiven Einzug im Dezember umgehend auf Mängel hin prüft. Berücksichtigt man des Weiteren, dass das unterschiedliche Niveau von Plattenarbeiten und Dampfabzug von Auge erkennbar ist, durfte der Kläger mit seiner Rüge nicht bis zum 21. Januar 2004 zuwarten (vgl. Honsell, a.a.O., N. 9 zu Art. 201 OR). Demnach ist die Klage insoweit abzuweisen.

f) Hat der Käufer einen Privatgutachter beigezogen, so kann er bei Mangelhaftigkeit des Kaufobjekts die entstandenen Kosten vom Verkäufer als Mangelfolgeschaden einverlangen, soweit die Begutachtung nach den damaligen Umständen und dem damaligen Kenntnisstand des Käufers notwendig war, um die Rechtsverfolgung aus dem betreffenden Mangel zu sichern. Es gelten die allgemeinen Haftungsvoraussetzungen von Art. 97 ff. OR, mit Verweisung auf die Bestimmungen über das Mass der Haftung aus unerlaubten Handlungen (Art. 99 Abs. 3 i.V.m. Art. 42 ff. OR) und Beweislastumkehr bezüglich des Verschuldens des Verkäufers (Art. 97 Abs. 1 letzter Teilsatz; vgl. Gauch, a.a.O., N. 1523-1525, 1877-1884, 1887-1892). Da das Verhältnis zwischen den Vertragsparteien zunehmend getrübt und der Verkäufer nicht mehr ohne weiteres auf die Beanstandungen des Käufers einzugehen bereit war, war es durchaus legitim, dass der Kläger einen Fachmann beizog, um die von ihm behaupteten bzw. vermuteten Mängel und deren Ursache abzuklären. Namentlich in Bezug auf die vom Käufer beschriebenen und vom Verkäufer in Abrede gestellten Luftströmungen, war der private Beizug eines Fachmannes angezeigt. Damit befasste sich der Privatgutachter in seinem Ergänzungsbericht eingehend, währendem er dieses Problem im Erstbericht nur kurz gestreift hatte. Die nochmalige Vorlage dieser Problematik an den Privatgutachter war gerechtfertigt, zumal sich die ungenügende Abdichtung letztlich als der schwerstwiegende Mangel erwiesen hat. Die Kosten des Ergänzungsberichtes des Privatgutachters von Fr. 1'985.- sind ausgewiesen und wurden durch die mangelhafte Aussenhülle adäquat kausal verursacht. Der Beklagte hat den Beweis für sein fehlendes Verschulden nicht angetreten. Überdies gab ein Zeuge zu Protokoll, es habe durch Abtrocknung der Pfetten aufgrund deren grossen Querschnitts ein Spiel zwischen Holz und Mauer und dadurch einen Wärmeverlust sowie verhältnismässig wenig Zugluft gegeben, was er mit dem Architekten besprochen habe und worüber der Beklagte ebenfalls informiert gewesen sei; im Auftrage des Beklagten habe er hier abgedichtet. Das Wissen um diese durch die Wahl von Massivholz bedingte bzw. verschärfte Problematik gereicht dem Beklagten zum Verschulden. Mithin hat er dem Kläger diese Teilkosten des Privatgutachtens als Mangelfolgeschaden zu erstatten.