

# GR\_GERICHTE ZK2 2015 20 vom 18. Januar 2017

GR Gerichte, 2017-01-18, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr\\_gerichte\\_ZK2\\_2015\\_20](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_ZK2_2015_20)

FR: GR\_GERICHTE ZK2 2015 20 du 18 janvier 2017

IT: GR\_GERICHTE ZK2 2015 20 del 18 gennaio 2017

## Regeste

Forderung | Beschwerde OR Kauf/Tausch/Schenkung

## Erwägungen

### E. 30

August 2012 entsprochen und bei F.\_\_\_\_, dipl. Geol. BDG/SIA, ein Gutachten in Auftrag gegeben. Die Expertise wurde am 5. Dezember 2012 und deren Ergänzung am 19. Juni 2013 erstattet. D. Die Y.\_\_\_\_AG gab am 17. Januar 2013 gegenüber den Stockwerkeigentümern und der Stockwerkeigentümergeinschaft eine bis zum 31. Dezember 2013 geltende Verjährungsverzichtserklärung in Zusammenhang mit den Feuchtigkeitsschäden und der Unterdimensionierung des Parkhauses ab. E. X.\_\_\_\_ reichte mit weiteren Stockwerkeigentümern am 28. Oktober 2013 ein Schlichtungsgesuch gegen die Y.\_\_\_\_AG beim Vermittleramt Plessur ein. Nach Durchführung der Schlichtungsverhandlung vom 10. Dezember 2013 wurde das Verfahren in gegenseitigem Einvernehmen der Parteien bis Ende Februar 2014 sistiert. Mangels Einigung stellte der Vermittler am 3. März 2014 die Klagebewilligung mit folgenden Rechtsbegehren aus: Rechtsbegehren der klagenden Partei: „1. Die Beklagte sei zu verpflichten, 1. X.\_\_\_\_ Fr. 5'374.50

Seite 3 — 23 2. - 14. (...) zuzüglich 5% auf alle Beträge seit dem 20. September 2013 zu bezahlen. 2. Unter gerichtlicher und aussergerichtlicher Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beklagten.“ F. Die Klage von X.\_\_\_\_ ging am 30. April 2014 frist- und formgerecht beim Bezirksgericht Plessur ein und enthielt folgende Rechtsbegehren: „1. Die Beklagte sei zu verpflichten, X.\_\_\_\_ Fr. 3'413.85 zuzüglich 5 % seit dem 28. Oktober 2013 zu bezahlen 2. Unter gerichtlicher und aussergerichtlicher Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beklagten.“ G. Mit Klageantwort vom 11. Juli 2014 liess die Y.\_\_\_\_AG die vollumfängliche und kostenfällige Abweisung der Klage beantragen. H. Die auf den 4. September 2014 anberaumte Instruktionsverhandlung vor dem Einzelrichter am Bezirksgericht Plessur blieb ohne Einigung. Einzig in Bezug auf die Einholung weiterer Offerten verständigten sich die Parteien dahingehend, dass der Mittelwert aller offerierten Summen als Kosten der Nachbesserung allfälliger Mängel anerkannt würde. I. Mit Schreiben vom 10./13. November 2014 teilten die Rechtsvertreter der Parteien dem Bezirksgerichtspräsidenten mit, sie hätten sich betreffend eine allfällige Sanierung darauf geeinigt, dass die Kosten derselben gemäss Variante 2 des gerichtlichen Gutachtens auf einen Pauschalbetrag von CHF 7'500.-- (inkl. MwSt.) festzulegen seien. Die Beklagte hielt jedoch ausdrücklich fest, dass dies keine Anerkennung der geltend gemachten Mängelrechte bedeute. J. Anlässlich der Hauptverhandlung vom 9. Januar 2015 reduzierte der Kläger sein Leistungsbegehren auf einen Betrag von CHF 3'314.10 zuzüglich 5% Zins seit dem 28. Oktober 2013. Mit gleichentags gefälltem Entscheid, mitgeteilt am

27. Februar 2015, erkannte der Einzelrichter am Bezirksgericht Plessur wie folgt: „1. Die Klage wird abgewiesen. 2. Der zu spät eingereichte Kaufvertrag zwischen der Y.\_\_\_\_AG und A.\_\_\_\_ vom 25. Mai 2007 wird aus dem Recht gewiesen und bis zur Vollstreckbarkeit des Entscheids versiegelt beim Bezirksgericht Plessur aufbewahrt. 3.a) Die Gerichtskosten in Höhe von CHF 3'500.00 (Entscheidgebühr CHF 3'000.00, Pauschale Schlichtungsverfahren CHF 500.00 [VA\_130/13-468]) gehen zu Lasten von X.\_\_\_\_ und werden mit den geleisteten Vorschüssen in Höhe von CHF 3'500.00 verrechnet.

Seite 4 — 23 b) X.\_\_\_\_ hat der Y.\_\_\_\_AG eine Parteientschädigung in Höhe von CHF 8'330.05 (inkl. Barauslagen und MwSt.) zu bezahlen. 4. (Rechtsmittelbelehrung). 5. (Mitteilung).“ K. Hiergegen erhob X.\_\_\_\_ mit Eingabe vom 13. April 2015 Beschwerde an das Kantonsgericht von Graubünden und stellte folgende Rechtsbegehren: „1. Das Urteil des Bezirksgerichtspräsidiums Plessur vom 9. Januar 2015, mitgeteilt am 27. Februar 2015, sei aufzuheben. 2. Die Beschwerdegegnerin sei zu verpflichten, X.\_\_\_\_ Fr. 3'314.10 zuzüglich 5% seit dem 28. Oktober 2013 zu bezahlen. 3. Unter gerichtlicher und aussergerichtlicher Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beschwerdegegnerin (Vermittleramt, Bezirksgericht und Kantonsgericht).“ L. In ihrer Beschwerdeantwort vom 13. Mai 2015 stellte die Y.\_\_\_\_AG den Antrag auf kostenfällige Abweisung der Beschwerde und Bestätigung des angefochtenen Urteils. M. Auf die weiteren Ausführungen in den Rechtsschriften und im angefochtenen Entscheid wird, soweit erforderlich, in den nachstehenden Erwägungen eingegangen. II. Erwägungen 1.a) Mit Beschwerde anfechtbar sind insbesondere nicht berufungsfähige erstinstanzliche Endentscheide, Zwischenentscheide und Entscheide über vorsorgliche Massnahmen (Art. 319 lit. a ZPO). Vorliegend handelt es sich beim Anfechtungsobjekt um einen mangels Erreichung des Streitwerts (vgl. Art. 308 Abs. 2 ZPO) nicht berufungsfähigen erstinstanzlichen Endentscheid, welcher vom Einzelrichter des Bezirksgerichts Plessur (ab dem 1. Januar 2017 Regionalgericht Plessur) erlassen wurde. Die Beschwerde ist unter Beilage des angefochtenen Entscheids beim Kantonsgericht von Graubünden innert 30 Tagen seit der Zustellung desselben schriftlich und begründet einzureichen (Art. 321 Abs. 1 und 3 ZPO sowie Art. 7 Abs. 1 des kantonalen Einführungsgesetzes zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [EGzZPO; BR 320.100]). Der vorliegend angefochtene Entscheid datiert vom 9. Januar 2015 und wurde den Parteien in schriftlich begründeter Form am 27. Februar 2015 mitgeteilt. Die dagegen erhobene Beschwerde vom 13. April 2015 erweist sich - unter Berücksichtigung des Fristenstillstandes von Art. 145

Seite 5 — 23 Abs. 1 lit. a ZPO - als fristgerecht und entspricht im Übrigen auch den Formerfordernissen, so dass darauf eingetreten werden kann. b) Liegt der Streitwert wie im vorliegenden Fall unter CHF 5'000.--, so entscheidet der Vorsitzende in einzelrichterlicher Kompetenz (Art. 7 Abs. 2 lit. a EGzZPO). Entsprechend war auch im vorinstanzlichen Verfahren gestützt auf Art. 4 Abs. 1 lit. b EGzZPO der Einzelrichter am Bezirksgericht bzw. seit dem 1. Januar 2017 der Einzelrichter am Regionalgericht zuständig. 2.a) Mit der Beschwerde kann die unrichtige Rechtsanwendung sowie die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Der Begriff der unrichtigen Rechtsanwendung umfasst jeden Verstoß gegen geschriebenes und ungeschriebenes Recht. Die Beschwerdeinstanz überprüft entsprechende Rügen mit freier Kognition. Für die Beschwerde hinsichtlich der Sachverhaltsfeststellung gilt indessen eine beschränkte Kognition. Diesfalls ist eine qualifiziert fehlerhafte Feststellung des Sachverhalts erforderlich, wobei „offensichtlich unrichtig“

gleichbedeutend mit willkürlich im Sinne von Art. 9 BV ist (Dieter Freiburghaus/Susanne Afheldt, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 3. Aufl., Zürich 2016, N 3 ff. zu Art. 320 ZPO; Karl Spühler, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2013, N 1 ff. zu Art. 320 ZPO). Der Beschwerdeführer macht geltend, dass in casu die Auslegung der Mängelrüge streitig sei, was eine Rechtsfrage betreffe, die von der Beschwerdeinstanz frei überprüft werden könne. Dies gilt es zu präzisieren. Unabhängig davon, ob die Mängelrüge als Wissens- oder Willenserklärung betrachtet wird (vgl. dazu nachfolgend E. 4a), findet, sofern kein übereinstimmendes Verständnis nachgewiesen wird, für deren Auslegung das Vertrauensprinzip Anwendung (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A\_276/2008 vom

### **E. 31**

Juli 2008 E. 4 f.). Die objektivierte Auslegung einer solchen Erklärung gilt als überprüfbare Rechtsfrage, während die subjektive Auslegung auf Beweiswürdigung beruht und damit eine Tatfrage betrifft (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A\_390/2015 vom 18. November 2015 E. 3.2 insbes. mit Verweis auf BGE 135 III 410 E. 3.2 und 138 III 659 E. 4.2.1; vgl. auch Kurt Blickenstorfer, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], Kommentar, Art. 197-408 ZPO, 2. Aufl., Zürich 2016, N 19 f. zu Art. 320 ZPO), welche der eingeschränkten Kognition gemäss Art. 320 lit. b ZPO unterliegt. Zu folgen ist dem Beschwerdeführer darin, dass es sich bei der Frage nach einem rechtsmissbräuchlichen Verhalten der Beschwerdegegnerin um eine Rechtsfrage handelt.

Seite 6 — 23 b/aa) Gemäss Art. 326 Abs. 1 ZPO sind neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel, welche nicht bereits im vorinstanzlichen Verfahren vorgebracht oder vorgelegt wurden, im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen. Es gilt mithin im Rahmen des Beschwerdeverfahrens ein umfassendes Novenverbot. Die Beschwerde bezweckt grundsätzlich eine Rechtskontrolle des vorinstanzlichen Entscheids, einer Fortführung des Verfahrens dient sie hingegen im Allgemeinen, anders als die Berufung, nicht (Dieter Freiburghaus/Susanne Afheldt, a.a.O., N 3 f. zu Art. 326 ZPO; Thomas Alexander Steininger, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], Kommentar, Art. 197-408 ZPO, 2. Aufl., Zürich 2016, N 1 zu Art. 326 ZPO). bb) Die Beschwerdegegnerin moniert, der Beschwerdeführer habe verschiedene unzulässige neue Tatsachen vorgebracht. Darunter falle zum einen die Behauptung, A. \_\_\_\_\_ habe die Baumängel als Geschäftsführer ohne Auftrag im Sinne von Art. 419 OR auch in seinem Interesse gerügt. Zum anderen habe der Beschwerdeführer erstmals an der vorinstanzlichen Hauptverhandlung den Standpunkt vertreten, dass er das Handeln von A. \_\_\_\_\_ im Sinne von Art. 38 OR genehmigt habe. Diese Einwände gehen fehl, da es sich dabei nicht um neue Tatsachenbehauptungen, sondern um neue rechtliche Begründungen handelt, welche nicht unter das Novenverbot fallen (vgl. Dieter Freiburghaus/Susanne Afheldt, a.a.O., N 3 zu Art. 326 ZPO; Karl Spühler, a.a.O., N 5 zu Art. 326 ZPO). Als neu und unzulässig erachtet die Beschwerdegegnerin sodann die Behauptung, es habe ein tatsächlicher Konsens in Bezug auf die stellvertretende Mängelrüge bestanden. Ebenfalls neu sei das Vorbringen, dass es dem offensichtlichen Willen von A. \_\_\_\_\_ entsprochen habe, die Mängelrüge zu Gunsten der übrigen Miteigentümer zu erheben, wie auch, dass die Beschwerdegegnerin die Mängelrüge als für alle Miteigentümer wirkend betrachtet und auf den Einwand der nicht erhobenen Mängelrüge verzichtet habe. Diese Ausführungen betreffen allesamt Fragen in Zusammenhang mit der

Auslegung der Mängelrüge. Wie bereits dargelegt, ist die subjektive Auslegung, d.h. die Frage nach dem wirklichen Willen, der Sach- verhaltensfeststellung zuzuordnen und entsprechende Vorbringen damit als Tatsa- chenbehauptungen zu werten; die objektivierte Auslegung nach dem Vertrauens- prinzip stellt dagegen eine Rechtsfrage dar und diesbezügliche Vorbringen gelten als zulässige rechtliche Darstellung. Des Weiteren bezeichnet die Beschwerde- gegnerin die Behauptung, dass sie eine grundsätzliche Pflicht zur Beseitigung der angeblich gerügten Mängel anerkannt habe (vgl. Beschwerdeschrift Ziff. 10.2 und 10.9), als neu und tatsachenwidrig. Der Beschwerdegegnerin ist insofern zuzu- stimmen, als im vorinstanzlichen Verfahren nicht explizit von einer Anerkennung

Seite 7 — 23 gesprochen wurde. Dass die Beschwerdegegnerin sich jedoch der Prüfung und teilweisen Beseitigung der Mängel angenommen habe, wurde bereits in der Klage dargelegt (vgl. Klageschrift Ziff. 13 und 15). Für unzulässig hält die Beschwerde- gegnerin schliesslich auch die in Zusammenhang mit dem Vorwurf des Rechts- missbrauchs getätigte Äusserung, wonach vom Beschwerdeführer keine Mängel- rüge habe erwartet werden dürfen. Der Beschwerdeführer führt zusätzlich an, dass es aus rechtlicher Sicht nicht notwendig erscheine, dass er eine persönliche Mängelrüge an die Beschwerdegegnerin richte (vgl. Beschwerdeschrift Ziff. 10.11). Wird die Aussage in diesem Kontext betrachtet, handelt es sich um eine neue rechtliche Erwägung, welche nach dem Gesagten zulässig erscheint. 3.a) Der Stockwerkeigentümer A.\_\_\_\_\_ stellte Feuchtigkeitsspuren in der Gara- ge und an den Aussenwänden der Überbauung „\_\_\_\_\_“ fest. Er teilte das mit Schreiben vom 11. Juli 2009 der B.\_\_\_\_\_AG mit und bat diese gleichzeitig um eine Abklärung der Ursachen. Gemäss Schreiben erhielten sämtliche Stockwerk- eigentümer wie auch die G.\_\_\_\_\_AG eine Kopie desselben. Im Forderungspro- zess geht es einzig noch um die Feuchtigkeitseintritte in der Garage. Unter den Parteien ist hauptsächlich umstritten, ob das vorerwähnte Schreiben als Mängel- rüge für sämtliche Miteigentümer der Autoeinstellhalle und damit auch für den Kläger gilt. Der Vorderrichter erwog, der Kläger habe als Miteigentümer der zu Sonderrecht ausgeschiedenen Einstellhalle einen eigenen Anspruch auf eine mängelfreie Kaufsache. Es obliege ihm, die Kaufsache zu prüfen und allfällige Mängel zu rügen. Gestützt auf den Kaufvertrag könne er ein individuelles Minde- rungsrecht beanspruchen oder die Nachbesserung der Mängel verlangen. Der Kläger mache nicht geltend, dass er die Mängel gegenüber der Beklagten persön- lich und in eigenem Namen gerügt habe. Er stütze sich auf die Mängelrüge von A.\_\_\_\_\_, die seines Erachtens stellvertretend für sämtliche Miteigentümer erho- ben worden sei. Der Vorderrichter hält fest, dass Art. 38 Abs. 1 OR ein Handeln des Vertreters in fremdem Namen ohne Vertretungsmacht voraussetze. Aus dem Schreiben von A.\_\_\_\_\_ ergebe sich jedoch weder, dass er von den übrigen Mitei- gentümern beauftragt worden sei, in ihrem Namen eine Mängelrüge einzureichen, noch, dass er die Mängel ohne Auftrag im Namen gewisser oder aller Miteigentü- mer rüge. Vielmehr rüge er die Mängel ausdrücklich und ausschliesslich in eige- nem Namen. Es sei nicht ersichtlich, welche Stockwerk- bzw. Miteigentümer er mit der Kopie des Schreibens bedient habe und welche Stockwerkeigentümer gege- benenfalls mit den Miteigentümern identisch seien. Aus der Rüge eines einzelnen Miteigentümers könne ohne entsprechende Hinweise nicht geschlossen werden, dass sich alle übrigen Miteigentümer diese zu eigen machen würden. Der Vorder-

Seite 8 — 23 richter kam zum Schluss, dass sich der Kläger folglich nicht auf die von A.\_\_\_\_\_ in dessen eigenem Namen erhobene Mängelrüge berufen könne. Infolge fehlender Rüge seien die Ansprüche aus Sachmängelhaftung untergegangen. Die Frage, ob sich der

Kläger, welcher das Miteigentum an der Einstellhalle samt Rechten und Pflichten erst per 1. Oktober 2009 angetreten habe, überhaupt auf eine rund 2 ½ Monate zuvor erhobene Mängelrüge berufen könnte, könne offen gelassen werden. Gleiches gelte für die Frage, ob der Beklagten die Einrede der verspäteten Mängelrüge sowie die Einwendung, dass die Rüge an die falsche Person adressiert worden sei, noch offen stehe, wenn bereits Instandsetzungsarbeiten durch die B.\_\_\_\_\_AG vorgenommen worden seien. b) Der Beschwerdeführer beanstandet, die Vorinstanz gehe in falscher Rechtsanwendung davon aus, dass jeder einzelne Miteigentümer selber Mängelrüge erheben müsse und sich die Rüge eines anderen Miteigentümers nicht anrechnen lassen könne. Der Beschwerdeführer hält unter Hinweis auf die Literatur dafür, der notwendige Inhalt einer Mängelrüge erschöpfe sich in der Mitteilung, in welchem Punkt und Umfang der Käufer das Werk als mangelhaft erachte. Entscheidend sei, dass die Verkäuferin über die Mängel an der Sache unterrichtet werde. Da die Erhebung der Rüge ein tatbestandlicher Akt sei, könne sie jeder Miteigentümer bezüglich des gemeinschaftlichen Eigentums für die übrigen verbindlich vornehmen. Der Vorderrichter verkenne, dass die Mängelrüge das Gestaltungsrecht der einzelnen Miteigentümer nicht tangiere. Art. 647 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB erlaube dem Miteigentümer, von sich aus auf Kosten aller Eigentümer die Massnahmen zu ergreifen, die sofort getroffen werden müssten, um die Sache vor drohendem Schaden zu bewahren. Eine verspätete Rüge könne dazu führen, dass eine Sanierung der Sache mangels finanzieller Beteiligung der anderen Miteigentümer nicht mehr möglich sei. Der Beschwerdeführer beruft sich auf eine Stellvertretung im Aussenverhältnis und eine Geschäftsführung ohne Auftrag im Sinne von Art. 419 i.V.m. Art. 424 OR im Innen- bzw. Grundverhältnis. A.\_\_\_\_\_ habe stellvertretend für alle Miteigentümer in deren Interesse eine Mängelrüge erhoben. Die Vertretungsmacht ergebe sich vorliegend aus der nachträglichen stillschweigenden Genehmigung des Geschäfts durch die vertretenen Miteigentümer. Es schade der Wirkung der Erklärung nicht, dass ein Handeln im Namen der übrigen Miteigentümer nicht explizit erwähnt und die Personen nicht namentlich genannt worden seien. Die Vorinstanz habe übersehen, dass diesbezüglich ein Konsens zwischen den Parteien bestanden habe. Die Beschwerdegegnerin habe wiederholt gegenüber sämtlichen Miteigentümern bestätigt, dass sie weitere Abklärungen hinsichtlich der Feuchtigkeit in der Garage treffen werde. Damit habe sie unmiss-

Seite 9 — 23 verständlich zum Ausdruck gebracht, dass sie die Rüge von A.\_\_\_\_\_ als für sämtliche Miteigentümer geltend betrachte. Die Vorinstanz habe sich nicht mit dem Inhalt des Schreibens vom 11. Juli 2009 auseinandergesetzt und in willkürlicher Weise eine wesentliche Sachverhaltsprüfung unterlassen. Es habe offensichtlich dem Willen von A.\_\_\_\_\_ entsprochen, dass die Mängelrüge auch zugunsten der übrigen Miteigentümer Wirkung entfalte. Ansonsten hätte er das Schreiben nicht in Wir-Form verfasst, keine Kopie an die übrigen Stockwerkeigentümer gesandt und sich nicht dafür entschuldigt, dass er diese vorab nicht über das Schreiben informiert habe. Die Beschwerdegegnerin habe das Schreiben denn auch zum Anlass genommen, um einzelne Mängel zu beheben. Die darauf folgende Korrespondenz sei an die Miteigentümer respektive deren Vertreter und nicht bloss an A.\_\_\_\_\_ gerichtet worden. Werde ein tatsächlicher Konsens verneint, so sei die Erklärung von A.\_\_\_\_\_ nach dem Vertrauensprinzip auszulegen, was zum selben Ergebnis führe. Die Rüge sei überdies rechtzeitig erfolgt. c) Dem hält die Beschwerdegegnerin entgegen, dass es sich beim Minderungsanspruch um eine teilbare Leistung handle, welche durch jeden Miteigentümer einzeln und individuell geltend zu machen sei. Jeder Anspruch müsse individuell insbesondere dahingehend untersucht werden, ob der

betroffene Miteigentümer selbst Mängelrüge erhoben habe. Da es an einer individuellen Rüge fehle, sei die Klage zu Recht abgewiesen worden. Der Literaturhinweis des Beschwerdeführers, wonach jeder Stockwerkeigentümer bezüglich des gemeinschaftlichen Eigentums Mängelrüge erheben könne, sei unvollständig. Es gehe dabei um die Konstellation, dass der Bauherr das Nachbesserungsrecht dem Käufer des Miteigentumsanteils abgetreten und diesen zur Geltendmachung von Garantiesprüchen ermächtigt habe, was vorliegend nicht zutrefte. Der Beschwerdeführer verkenne, dass die Mängelrüge nicht bloss der Information des Verkäufers, sondern der Erhaltung der Gewährleistungsansprüche diene. Die jedem Käufer von Gesetzes wegen obliegende Pflicht zur sofortigen Rüge von Mängeln an der Kaufsache stelle entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers keine dringliche Massnahme im Sinne von Art. 647 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB dar. Die Beschwerdeführerin bringt weiter vor, die Mängelrüge von A.\_\_\_\_\_ könne bereits deshalb keine Wirkung zugunsten des Beschwerdeführers entfalten, weil dieser am 11. Juli 2009 den Besitz an seinem Miteigentumsanteil noch gar nicht erworben habe. Insofern sei eine stellvertretende Rüge im Rahmen der Geschäftsführung ohne Auftrag ausgeschlossen. Zudem sei die Mängelrüge durch einen nicht bevollmächtigten Dritten wirkungslos, wenn sie vom Käufer nicht vor Ablauf der Rügefrist gegenüber dem Verkäufer genehmigt werde. Sodann gehe der Beschwerdeführer zu

Seite 10 — 23 Unrecht davon aus, dass A.\_\_\_\_\_ die Mängelrüge nicht explizit im Namen der übrigen Miteigentümer hätte erheben müssen. Die Mängelrüge könne als empfangsbedürftige Mitteilung nicht stillschweigend erfolgen, sondern sei durch jeden Käufer ausdrücklich zu erheben. In seiner Mängelrüge gebe sich A.\_\_\_\_\_ weder explizit noch implizit als Vertreter der übrigen Miteigentümer aus. Es erscheine keineswegs ausreichend, dass er den Miteigentümern eine Kopie des Schreibens zur Orientierung zugestellt habe. Die Berufung auf Art. 38 OR sei unbehelflich, weil sich A.\_\_\_\_\_ einerseits nicht als Vertreter zu erkennen gegeben habe und der Beschwerdeführer andererseits die Mängelrüge vorprozessual nicht genehmigt habe. 4.a) Unumstritten ist, dass es sich beim Schreiben von A.\_\_\_\_\_ vom 11. Juli 2009 um eine Mängelrüge handelt. Diese betrifft die Feuchtigkeitsbildung in der Autoeinstellhalle und an der Aussenfassade (vgl. KB 3). Bevor näher darauf eingegangen wird, sind die Anforderungen sowie die Rechtsnatur der Mängelrüge zu thematisieren und die Frage zu beantworten, ob grundsätzlich die Möglichkeit besteht, eine Mängelrüge stellvertretend für andere Personen zu erheben. Art. 201 Abs. 1 OR auferlegt dem Käufer eine Prüfungs- und Rügelast. Die Mängelrüge muss inhaltlich sachgerecht substantiiert sein; dem Verkäufer sollen die Art, der Umfang und die Gründe der Beanstandung zur Kenntnis gebracht werden (Heinrich Honsell, in: Honsell/Vogt/Wiegand [Hrsg.], Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 6. Aufl., Basel 2015, N 10 zu Art. 201 OR). Welche Rechtsnatur der Mängelrüge zukommt, wird in der Literatur kontrovers diskutiert. Einerseits wird der Standpunkt vertreten, dass es sich bei der Mängelrüge um eine empfangsbedürftige Wissenserklärung bzw. um eine Vorstellungsäusserung handle (Heinrich Honsell, a.a.O., N 10 zu Art. 201 OR mit Verweis auf BGE 107 II 437; Hans Giger, in: Meier-Hayoz [Hrsg.], Berner Kommentar, Bd. VI/2./1./1., Bern 1979, N 61 zu Art. 201 OR; Roger Zäch/Adrian Künzler, in: Hausheer/Walter [Hrsg.], Berner Kommentar, Obligationenrecht, Stellvertretung, Art. 32-40 OR, 2. Aufl., Bern 2014, N 111 zu Vorbemerkungen zu Art. 32-40 OR; David Rüetschi, Substanziierung der Mängelrüge, in: recht 3/2003, S. 118; Hannes Zehnder, Die Mängelrüge im Kauf-, Werkvertrags- und Mietrecht, in: SJZ 96/2000 Nr. 23, S. 545). Weil sie keine Ankündigung darüber enthalten müsse, von welchen Rechtsbehelfen der Käufer

Gebrauch machen wolle, stelle sie keine Willenserklärung dar (Hans Giger, a.a.O., N 61 zu Art. 201 OR). Andererseits wird die Mängelrüge als Willenserklärung bezeichnet, da der Käufer den erkannten Mangel nicht nur anzeigen, sondern auch zum Ausdruck bringen müsse, dass er den Verkäufer für den Mangel haftbar machen wolle (Rainer Schumacher/Erich Rüegg, in:

Seite 11 — 23 Koller [Hrsg.], Der Grundstückskauf, 2. Aufl., Bern 2001, § 5 Rz. 291; Peter Gauch, Der Werkvertrag, 5. Aufl., Zürich 2011, Rz. 2133; Eugen Bucher, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Zürich 1988, S. 600, und Rolf Watter, in: Honsell/Vogt/Wiegand [Hrsg.], Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1- 529 OR, 6. Aufl., Basel 2015, N 4 zu Art. 32 OR, wo jeweils von einer rechtsgeschäftsähnlichen Willenserklärung die Rede ist). Die Mängelrüge sei nicht empfangsbedürftig (Rainer Schumacher/Erich Rüegg, a.a.O., § 5 Rz. 292; Peter Gauch, a.a.O., Rz. 2147; Ingeborg Schwenzer, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl., Bern 2016, Rz. 27.16, wonach die rechtzeitige Absendung genüge). Allerdings halten auch Vertreter der erstgenannten Auffassung dafür, aus der Mängelrüge müsse hervorgehen, dass der Verkäufer haftbar gemacht werden solle (David Rüetschi, a.a.O., S. 118). Dies ergibt sich auch aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (vgl. Urteile des Bundesgerichts 4A\_231/2016 vom 12. Juli 2016 E. 2.2, 4A\_511/2014 vom 4. März 2015 E. 4.3 und 4A\_82/2008 vom 29. April 2009 E. 6.1 je mit Verweis auf BGE 107 II 172 E. 1a). Insofern kann dem Beschwerdeführer nicht darin beigeplichtet werden, dass sich der Inhalt der Mängelrüge in der Mitteilung der Mängel erschöpft. Sodann kann in Zusammenhang mit der Mängelrüge auch nicht von einem tatsächlichen Konsens gesprochen werden, da kein Rechtsgeschäft vorliegt, welches eine dem erklärten Willen entsprechende Rechtsfolge auslösen würde (Peter Gauch, a.a.O., Rz. 2135). Es handelt sich bloss um eine rechtsgeschäftsähnliche Handlung, an die das Gesetz Rechtsfolgen knüpft, ohne dass diese vom Mitteilenden gewollt sein müssen (Ingeborg Schwenzer, a.a.O., Rz. 27.06).

Unabhängig von der Beurteilung, ob die Mängelrüge als Wissens- oder Willenserklärung qualifiziert wird, sind in Bezug auf deren Auslegung und das Wirksamwerden die für die Willenserklärung anwendbaren Regeln massgebend (vgl. Ingeborg Schwenzer, a.a.O., Rz. 27.06; vgl. auch Heinrich Honsell, a.a.O., N 10 zu Art. 201 OR; Urteil des Bundesgerichts 4C.395/2001 vom 28. Mai 2001 E. 2.1.1). b) Gewährleistungsansprüche der Stockwerkeigentümer beruhen auf Vertrag und können im Rahmen der Vertragsfreiheit individuell ausgestaltet werden. Die Gewährleistungsordnung kann bei gemeinschaftlichem Eigentum daher aufgrund inhaltlich abweichender Kaufverträge durchaus divergieren. Die Frage der Mangelhaftigkeit wie insbesondere auch die Frage der Verwirkung der Mängelrechte zufolge verspäteter Mängelrüge beurteilt sich separat nach Massgabe der einzelnen konkreten Vertragsinhalte (BGE 114 II 239 E. 5a/aa; Rainer Schumacher, Die Mängelrechte des Käufers von Stockwerkeigentum - gesteigerte Komplexität, in: BR/DC 1/1994, S. 5; vgl. auch Urs Raschein, Die Rechtsausübung der Stock-

Seite 12 — 23 werkeigentümergeinschaft mit besonderer Berücksichtigung von Gewährleistungsansprüchen und des Sonderfalles Aparthotel, Diss. Zürich 1996, S. 52 und S. 59). Die negativen Anspruchsvoraussetzungen, namentlich die Prüfung, ob die Mängelrechte nicht zufolge Verletzung der Prüfungs- und Rügepflicht untergegangen sind, beurteilen sich ebenfalls nach den einzelnen Verträgen, wobei der Rechtsverlust im einen Fall eingetreten sein kann, im anderen dagegen nicht (BGE 114 II 239 E. 5a/bb). Der Mangelbegriff sowie die Ausübungsvoraussetzungen der Mängelrechte sind folglich

vertrags- und einzelfallbezogen, was dafür spricht, dass die Mängelrüge eines Stockwerkeigentümers nicht ohne Weiteres auch für die übrigen Eigentümer gilt (so wohl auch Markus Vischer, Mängelrechte beim Kauf eines Stockwerkanteils, in: ZBGR 96/2015, S. 225 f.). Da sich der Mangel bei einem gemeinschaftlichen Teil unterschiedlich auf den Wert eines Stockwerkanteils auswirken kann, muss insbesondere auch jeder Minderungsanspruch eines Stockwerkeigentümers individuell untersucht sowie vom jeweiligen Stockwerkeigentümer selbst und nicht von der Gemeinschaft geltend gemacht werden (Amédéo Wermelinger, in: Schmid [Hrsg.], Zürcher Kommentar, Teilband IV 1c, Das Stockwerkeigentum, Art. 712a-712t ZGB, Zürich 2010, N 157 zu Art. 712c ZGB und N 70 zu Art. 712l ZGB [zit. Zürcher Kommentar] mit Verweis auf das Urteil des Bundesgerichts 4A\_326/2009 vom 12. Oktober 2009 E. 4 und E. 6). Teilbare Leistungen müssen grundsätzlich von jedem Miteigentümer entsprechend seiner Quote selbständig geltend gemacht werden. Der Minderungsanspruch steht den Miteigentümern nicht gemeinschaftlich zu, weshalb jeder seinen Anspruch einzeln geltend zu machen und darzulegen hat (Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 18. Juni 2007 E. 6.4.4, publiziert in: ZR 108/2009 Nr. 34, mit Verweis auf Jörg Schmid/Bettina Hürlimann-Kaup, Sachenrecht, 2. Aufl., Zürich 2003, Rz. 743). Das bedeutet aber nicht zwangsläufig, dass jeder Miteigentümer selber Mängelrüge erheben muss. Die Geltendmachung von Mängeln, welche durch einen Stockwerkeigentümer erfolgen kann, sofern er sich entsprechende Ansprüche durch die anderen Stockwerkeigentümer abtreten liess oder als deren Vertreter handelt (vgl. Amédéo Wermelinger, Zürcher Kommentar, a.a.O., N 157 zu Art. 712c ZGB), ist nicht mit der Erhebung der Mängelrüge zu verwechseln. Denn mit der Mängelrüge muss noch kein Mängelrecht (Wandelung, Minderung, Nachbesserung) ausgeübt werden (Hans Giger, a.a.O., N 61 zu Art. 201 OR; Heinrich Honsell, a.a.O., N 10 zu Art. 201 OR; Peter Gauch, a.a.O., Rz. 2136). Die Mängelrüge stellt einen tatbestandlichen Akt dar (Rolf H. Weber, Gewährleistungsansprüche beim Stockwerkeigentum, in: BR/DC 4/1985, S. 71). Für den Käufer besteht die Möglichkeit, die Rüge durch einen bevollmächtigte Vertreter ausüben zu lassen (Hans Giger, a.a.O., N 94 zu Art. 201 OR). Eine Vertretung ist in

Seite 13 — 23 diesem Bereich damit durchaus zulässig (Eugen Bucher, a.a.O., S. 600; Jörg Schmid, in: Gauch/Schlupe [Hrsg.], Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I, 10. Aufl., Zürich 2014, Rz. 1311; Rolf Watter, a.a.O., N 4 zu Art. 32 OR; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 2C\_1071/2012 vom 7. Mai 2013 E. 5.4). c/aa) Das Stellvertretungsrecht ist auf rechtsgeschäftsähnliche Handlungen wie die Mängelrüge (vgl. vorstehend E. 4a) anwendbar (Roger Zäch/Adrian Künzler, a.a.O., N 112 zu Vorbemerkungen zu Art. 32-40 OR m.w.H.). Die Stellvertretung ohne Ermächtigung im Sinne von Art. 38 OR setzt ein Handeln im Namen eines anderen voraus (Roger Zäch/Adrian Künzler, a.a.O., N 25 zu Art. 38 OR; vgl. auch Rolf Watter, a.a.O., N 2 zu Art. 38 OR). Handelt jemand ohne Ermächtigung und gibt sich nicht als Vertreter zu erkennen, fällt die Anwendung von Art. 38 OR ausser Betracht. Vom Handeln in fremdem Namen wird auch das Handeln für eine vorübergehend noch unbestimmte Person erfasst (Roger Zäch/Adrian Künzler, a.a.O., N 25 und N 30 zu Art. 38 OR). Der Hinweis des Beschwerdeführers, dass die vertretene Person nicht namentlich genannt werden muss, erweist sich als zutreffend; allerdings muss die Erklärung später durch die Angabe des Vertretenen vervollständigt werden, sofern dies für die Abwicklung des Geschäfts notwendig ist (Jörg Schmid, a.a.O., Rz. 1332; Rolf Watter, a.a.O., N 19 zu Art. 32 OR). Das Handeln in fremdem Namen weist zwei Elemente auf: Einerseits das Anzeigen des

Handeln für eine andere Person und andererseits eine (allenfalls nachträgliche) Bestimmung dieser Drittperson (Roger Zäch/Adrian Künzler, a.a.O., N 30 und N 42 zu Art. 32 OR). Das Handeln in fremdem Namen kann auch stillschweigend zum Ausdruck kommen, wenn der Dritte nach den Umständen auf das Vertretungsverhältnis schliessen musste (Jörg Schmid, a.a.O., Rz. 1331; Ingeborg Schwenzer, a.a.O., Rz. 41.03; vgl. Art. 32 Abs. 2 OR). Dies bestimmt sich nach dem Vertrauensprinzip (Roger Zäch/Adrian Künzler, a.a.O., N 45 zu Art. 32 OR). Massgebend ist die Vorstellung des Dritten und nicht des Vertreters. Hat der Dritte aus dem Verhalten des Vertreters auf ein Handeln für den Namensträger geschlossen bzw. durfte oder musste er dies nach den gegebenen Umständen tun, so liegt ein Handeln in fremdem Namen vor. Erforderlich ist daher entweder, dass der Vertreter den Vertretungswillen hat und der Dritte dies erkennt, oder dass er zwar keinen Vertretungswillen hat, der Dritte jedoch nach Treu und Glauben auf einen solchen schliessen darf und tatsächlich auch schliesst (BGE 120 II 197 E. 2b/aa; Urteil des Bundesgerichts 4A\_421/2015 vom 11. Februar 2016 E. 4.3.2). bb) Vorliegend hat sich der Stockwerkeigentümer A.\_\_\_\_\_ mit Schreiben vom 11. Juli 2009 an die B.\_\_\_\_\_AG gewandt und die Feuchtigkeit im Mauerwerk der Autoeinstellhalle und an der Aussenfassade angezeigt. In seinem Schreiben führte

Seite 14 — 23 er aus, dass er die Feuchtigkeitsspuren und Salpeterausblühungen an der zweiten ordentlichen Eigentümerversammlung thematisiert habe. Er nannte die für ihn erkennbaren Zeichen, welche darauf schliessen lassen würden, dass die Feuchtigkeit von aussen eintrete. Es sei dringend erforderlich, die Ursachen der Feuchtigkeit abzuklären. Ansonsten werde sich diese ausbreiten und zu weitergehendem Sanierungsbedarf führen. Es dürfte sicherlich im Interesse aller Eigentümer liegen, dass während der Garantiezeit eine seriöse Abklärung vorgenommen werde. Abschliessend erklärte A.\_\_\_\_\_, dass er die geschilderten Beobachtungen heute (11. Juli 2009) gemacht habe. Da er nun bis am 3. August 2009 im Ausland weile, habe er die einzelnen Stockwerkeigentümer vorgängig nicht über seinen Brief informiert. Eine Kopie desselben ging gemäss Angabe im Schreiben an sämtliche Stockwerkeigentümer wie auch an die G.\_\_\_\_\_AG. Zunächst ist festzuhalten, dass sich die Vorinstanz entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers mit dem Inhalt dieses Schreibens auseinandergesetzt hat. Sie erwog, dass A.\_\_\_\_\_ in seiner Mängelrüge zwar erwähne, er habe die Feuchtigkeiterscheinungen an der Eigentümerversammlung angesprochen. In der Folge äussere er aber explizit, dass er die einzelnen Stockwerkeigentümer noch nicht über die Erhebung der Mängelrüge informiert habe und ihnen das Schreiben lediglich in Kopie zukommen lasse. Dabei sei nicht ersichtlich, welche Eigentümer er mit der Mängelrüge bedient habe. Aus dem Schreiben ergebe sich insgesamt weder, dass A.\_\_\_\_\_ von den weiteren Miteigentümern beauftragt worden sei, in deren Namen eine Mängelrüge einzureichen, noch dass er die Rüge ohne vorgängigen Auftrag im Namen aller Miteigentümer erhebe. Vielmehr handle A.\_\_\_\_\_ ausdrücklich und ausschliesslich in eigenem Namen (vgl. angefochtener Entscheid E. 5b/cc). Wie die Vorinstanz zutreffend ausführt, darf aus der Mängelrüge eines einzelnen Miteigentümers ohne entsprechende Hinweise nicht darauf geschlossen werden, dass die Rüge für sämtliche Eigentümer Wirkung entfaltet. Entsprechend der vorstehenden Darlegung bedarf es einer Handlung in fremdem Namen. Dem massgeblichen Schreiben lässt sich in der Tat nicht entnehmen, dass A.\_\_\_\_\_ als Vertreter für alle Miteigentümer auftritt. Er schreibt - entgegen dem Vorbringen des Beschwerdeführers - lediglich aus seiner Perspektive und benutzt nur in einer Passage die Mehrzahl und zwar in Zusammenhang mit der Ausbreitung der Feuchtigkeit und Schimmelbildung. Die

Eigentümer könnten dann trotz Lüften und Heizen keine Abhilfe mehr schaffen und eine Sanierung würde unumgänglich. Die Abklärung der Feuchtigkeitsursachen dürfte somit im Interesse sämtlicher Eigentümer liegen. Auch diese Aussage genügt für sich allein nicht, um auf eine Mängelrüge im Namen aller Eigentümer zu schliessen. Sie betrifft lediglich eine mutmassliche Schadensverhinderung für die Eigentümer, nicht aber eine Rüge im Sinne der Belan-

Seite 15 — 23 gung des Verkäufers und der Verweigerung der Annahme des Kaufobjekts. Dies gilt umso mehr, als A. \_\_\_\_\_ in seiner Mitteilung ausdrücklich festhält, dass er die Beobachtungen bezüglich der Feuchtigkeitsspuren persönlich gemacht und die einzelnen Eigentümer vorgängig nicht über das Schreiben orientiert habe. Dies spricht dafür, dass er nur in eigenem Namen handelte. Es fehlt an erforderlichen Hinweisen, die ein Handeln in fremdem Namen erkennen lassen würden. Dass die Stockwerkeigentümer mit einer Kopie des Schreibens bedient wurden, ändert nichts daran. Dies erfolgte lediglich zur Kenntnisnahme, da A. \_\_\_\_\_ die Eigentümer nach eigenen Angaben vorgängig nicht über sein Vorgehen informiert hatte. Eine Willenskundgabe, wonach sämtliche Miteigentümer die Gewährleistung verlangen oder die Annahme der Sache verweigern wollten (vgl. Heinrich Honsell, a.a.O., N 10 zu Art. 201 OR), enthält das Schreiben nach dem Gesagten nicht. Selbst wenn die Mängelrüge als reine Wissenserklärung betrachtet würde, lässt sie sich den einzelnen Eigentümern nicht zuordnen. Obschon das Thema an der Eigentümerversammlung zur Sprache kam, ist weder bekannt, wie eingehend dies besprochen wurde, noch welche Eigentümer daran teilnahmen und damit über die Entdeckung der im Schreiben dargelegten Mängel überhaupt orientiert waren. Zwar schadet es nicht, dass die einzelnen Eigentümer nicht namentlich genannt wurden, doch fehlt es im vorliegenden Fall am obligaten Element des Handelns in fremdem Namen. cc) Auch die übrigen Umstände lassen nicht auf eine stellvertretende Äusserung für sämtliche Miteigentümer schliessen. So bestehen mit den einzelnen Eigentümern separate Kaufverträge mit individuellem Eigentumsübergang und Besitzesantritt. Die Prüfungs- und Rügefrist im Sinne von Art. 201 OR wird erst mit der Besitzesübergabe ausgelöst (Rainer Schumacher/Erich Rüegg, a.a.O., § 5 Rz. 76; vgl. auch Hans Giger, a.a.O., N 34 zu Art. 201 OR). Dies bedeutet, dass die Frist je nach vertraglicher Regelung zu unterschiedlichen Zeitpunkten zu laufen begann. Der Kaufvertrag zwischen dem Beschwerdeführer und der Beschwerdegegnerin wurde am 3. April 2009 öffentlich beurkundet. Gemäss Vertrag sollte der Eigentumsübergang (Grundbucheintragung) auf den 1. Oktober 2009 hin bewerkstelligt werden. Im Anhang zum Vertrag findet sich eine Bescheinigung, wonach die Anmeldung bereits am 15. Juni 2009 grundbuchlich vollzogen wurde. Den Besitz am Miteigentumsanteil der Einstellhalle samt Rechten und Pflichten trat der Beschwerdeführer jedoch erst per 1. Oktober 2009 an (vgl. KB 1 S. 9 Ziff. 1). Zum Zeitpunkt, als die Rüge abgegeben wurde, war er somit noch nicht Besitzer und ihm oblag noch keine Prüfungs- und Rügelast. Dies spricht ebenfalls dafür, dass - selbst wenn ein Handeln in fremdem Namen anzunehmen wäre - der

Seite 16 — 23 Beschwerdeführer nicht vom Kreis der Vertretenen erfasst wurde, es sei denn, er hätte sich nachträglich der Rüge angeschlossen (vgl. dazu nachfolgend E. 4d). Denn auch wenn der Verkäufer den Mangel bereits kennt, ist der Käufer von der Pflicht zur ordnungsgemässen Rüge nicht befreit, zumal denkbar ist, dass er den Kaufgegenstand trotz Mangel genehmigt (Hans Giger, a.a.O., N 74 zu Art. 201 OR). dd) Der Beschwerdeführer beruft sich sodann auf Art. 647 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB, wonach jeder Miteigentümer zwingend

von sich aus dringliche Massnahmen ergreifen kann, um die Sache vor drohendem oder wachsendem Schaden zu bewahren. Dringliche Massnahmen bilden notwendige Massnahmen im Sinne von Art. 647 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB. Sie dienen der gemeinsamen Sache und liegen deshalb im gemeinschaftlichen Interesse (Christoph Brunner/Jürg Wichtermann, in: Honsell/Vogt/Geiser [Hrsg.], Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB, 5. Aufl., Basel 2015, N 57 und N 59 zu Art. 647 ZGB). Im Rahmen der dringlichen Massnahmen gilt der handelnde Mit- bzw. Stockwerkeigentümer als gesetzlicher Vertreter der Gemeinschaft bzw. der Gemeinschaft (vgl. Arthur Meier-Hayoz, in: Meier-Hayoz [Hrsg.], Berner Kommentar, Bd. IV/1./1., 5. Aufl., Bern 1981, N 78 zu Art. 647 ZGB; Amédéo Wermelinger, Zürcher Kommentar, N 128 zu Art. 712a ZGB; Amédéo Wermelinger, Das Stockwerkeigentum 2. Aufl., Zürich 2014, N 104 zu Art. 712a ZGB [zit. SVIT-Kommentar]). Der betreffende Miteigentümer wird bei schlichtem Miteigentum neben den Vertretenen auch selbst berechtigt und verpflichtet; er handelt somit sowohl für die anderen Miteigentümer als auch für sich selbst (Christoph Thurnherr, Bauliche Massnahmen bei Mit- und Stockwerkeigentum, Grundlagen und praktische Probleme, Diss. Zürich 2010, Rz. 148 und Rz. 156). Dringlichkeit liegt vor, wenn das Handeln keinen Aufschub duldet. Massgebend ist, ob das sofortige Eingreifen in der individuell-konkreten Situation objektiv geboten war (vgl. Arthur Meier-Hayoz, a.a.O., N 76 zu Art. 647 ZGB). Wie vorstehend dargelegt, erfolgte der Besitzeserwerb des Beschwerdeführers erst am 1. Oktober 2009. Deshalb kann die am 11. Juli 2009 von A.\_\_\_\_\_ erhobene Mängelrüge aus der Sicht des Beschwerdeführers keine dringliche Massnahme darstellen, zumal die Rügefrist zu diesem Zeitpunkt für ihn noch gar nicht zu laufen begonnen hat. Die Berufung auf Art. 647 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB ist aus diesem Grund unbehelflich. d) Würde ein Handeln in fremdem Namen vorliegen, so müsste die vollmachtlos getätigte Vertretungshandlung gemäss Art. 38 Abs. 1 OR durch den Vertretenen genehmigt werden. Die Genehmigung ist als Ersatz für die fehlende Vollmacht zu betrachten. Der Beschwerdeführer hält dafür, dass die Genehmigung still-

Seite 17 — 23 schweigend erfolgt sei, indem er sich auf die Mängelrüge des ursprünglich vollmachtlosen Vertreters berufe. Die Beschwerdegegnerin widerspricht dem und führt an, vorliegend sei keine Genehmigung erteilt worden, zumal Stillschweigen zu einem vollmachtlos geschlossenen Geschäft Nichtgenehmigung bedeute. Letzteres trifft grundsätzlich zu. Die Genehmigung ist allerdings an keine Form gebunden und kann auch konkludent erfolgen. Es genügt, wenn das Verhalten den Dritten zur Annahme berechtigt, der Vertretene sei mit dem Geschäft einverstanden (Roger Zäch/Adrian Künzler, a.a.O., N 53 f. zu Art. 38 OR; vgl. auch Rolf Watter, a.a.O., N 6 zu Art. 38 OR; Urteil des Bundesgerichts 4A\_183/2010 vom 27. Mai 2010 E. 4.2). Unter besonderen Umständen kann Stillschweigen auch Genehmigung bedeuten, wenn ein Widerspruch möglich und zumutbar war und der Dritte in guten Treuen davon ausgehen konnte, der Vertretene werde bei fehlendem Einverständnis widersprechen und dessen Stillschweigen daher nach Treu und Glauben als Zustimmung auffassen durfte (BGE 124 III 361 E. 5a; Roger Zäch/Adrian Künzler, a.a.O., N 55 zu Art. 38 OR; Rolf Watter, a.a.O., N 6 zu Art. 38 OR je m.w.H.; Jörg Schmid, a.a.O., Rz. 1382a). Solche besonderen Umstände liegen gegenständlich nicht vor. Massgebend ist daher, ob - sofern ein Handeln in fremdem Namen anzunehmen wäre - das Verhalten des Beschwerdeführers als Genehmigung verstanden werden konnte. Wie die Beschwerdegegnerin zu Recht vorbringt, müsste eine solche Genehmigung dabei vor Ablauf der Rügefrist gegenüber dem Verkäufer abgegeben werden (vgl. Hans Giger, a.a.O., N 94 zu Art. 201 OR). Es ist nicht aktenkundig und wird

auch nicht vorgebracht, dass eine solche Genehmigung nach Besitzantritt und dem damit einhergehenden Beginn der Prüfungs- und Rügefrist (vgl. vorstehend E. 4c/cc) erfolgt ist. Der Beschwerdeführer zeigt nicht auf, inwiefern sein Verhalten von der Beschwerdegegnerin als konkludente Genehmigung hätte aufgefasst werden können. Er erklärt lediglich, dass die Genehmigung in der Berufung auf die Mängelrüge zu sehen sei. Dass dies jedoch bereits vorprozessual bzw. noch innerhalb der laufenden Rügefrist erfolgt ist, legt er nicht dar. Auch wenn von einem Handeln in fremdem Namen ausgegangen würde, würde die Anwendung von Art. 38 OR aufgrund des Gesagten an der erforderlichen Genehmigung scheitern. 5.a) Im Weiteren macht der Beschwerdeführer geltend, der Verkäufer könne stillschweigend auf den Verspätungseinwand hinsichtlich der Mängelrüge verzichten, indem er vorbehaltlos mit der Beseitigung der Mängel beginne, eine Pflicht zur Mängelbeseitigung anerkenne oder sich auf die Prüfung der Mängel einlasse. Ausserdem bleibe die Verwirkung der Mängelrechte unbeachtlich, wenn der Einwand, die Rüge sei verspätet, im konkreten Fall einen offenbaren Rechtsmiss-

Seite 18 — 23 brauch darstelle. Vorliegend habe die Beschwerdegegnerin gültig auf den Einwand der unterlassenen Mängelrüge verzichtet. Sie habe mit der Beseitigung der Mängel begonnen und sich vorbehaltlos auf die Prüfung derselben eingelassen. Am 20. Januar 2010 habe sie mit dem Ingenieur C.\_\_\_\_\_ einen Augenschein durchgeführt und die erlangten Erkenntnisse sämtlichen Miteigentümern mitgeteilt. Auch in den weiteren Schreiben vom 9. Mai 2011, 1. Juni 2011, 22. Juli 2011 und 28. September 2011 habe die Beschwerdegegnerin die Mängel teilweise anerkannt oder zumindest eine Untersuchung in Aussicht gestellt. Selbst nach Kenntnisnahme der gerichtlichen Expertise habe die Beschwerdegegnerin weitere Abklärungen vorgenommen und nie behauptet, die Miteigentümer der Autoeinstellhalle hätten eine rechtzeitige Mängelrüge versäumt. Im Falle einer fehlenden oder verspäteten Rüge sei seitens der Beschwerdegegnerin von einem vorbehaltlosen Verzicht auf einen entsprechenden Einwand auszugehen. Es erscheine rechtsmissbräuchlich, wenn die Beschwerdegegnerin nach mehr als vier Jahren erstmals im Forderungsprozess vorbringe, es sei keine Mängelrüge erhoben worden. Der Beschwerdeführer habe aus den getätigten Instandsetzungsarbeiten ableiten können, dass die Beschwerdegegnerin die Rüge für alle Miteigentümer als wirksam betrachte und keine weiteren Rügen notwendig seien. b) Die Beschwerdegegnerin stellt sich demgegenüber auf den Standpunkt, dass sie die Feuchtigkeitsschäden in der Autoeinstellhalle nie anerkannt habe. Der Beschwerdeführer räume in seiner Beschwerde selbst ein, dass sie das Vorliegen eines Mangels stets bestritten und eine Nachbesserung verweigert habe. Die Untersuchung der fraglichen Feuchtigkeitsschäden sei infolge der Mängelrüge von A.\_\_\_\_\_ aufgenommen worden, weil dieser die Abklärung der Ursachen gefordert und die Annahme der Kaufsache verweigert habe. Aufgrund der im Aussenbereich behobenen Mängel, welche klar von den gerügten Mängeln im Inneren der Einstellhalle unterschieden werden müssten, lasse sich kein Verzicht auf die Einrede der unterlassenen Mängelrüge der übrigen Miteigentümer ableiten. Selbst wenn sich der Beschwerdeführer auf die Mängelrüge von A.\_\_\_\_\_ berufen könnte, so sei diese erst rund ein Jahr nach Bezugsbereitschaft der Autoeinstellhalle erfolgt. Dass der angebliche Mangel erst anfangs Juli 2009 entdeckt worden sei, werde nicht nachgewiesen, weshalb von einer verspäteten Rüge auszugehen sei. Im Übrigen lege der Beschwerdeführer nicht dar, inwiefern das Verhalten der Beschwerdegegnerin rechtsmissbräuchlich sein solle, weshalb darauf nicht einzutreten sei. c) Ob der Beklagten die Einrede der verspäteten Mängelrüge noch offenstehe, wenn bereits Instandsetzungsarbeiten vorgenommen worden seien, wurde im vorinstanzlichen Entscheid

als fraglich bezeichnet (vgl. angefochtener Entscheid

Seite 19 — 23 E. 5c). Allerdings hielt der Vorderrichter fest, dass A.\_\_\_\_\_ wie jeder andere Mit- eigentümer Anspruch auf eine mängelfreie Kaufsache habe, weshalb der Beschwerdeführer aus dem Umstand, dass die B.\_\_\_\_\_AG im Nachgang zur Mängelrüge von A.\_\_\_\_\_ offenbar Instandsetzungsarbeiten vorgenommen habe, nichts zu seinen Gunsten ableiten könne. Diese Argumentation überzeugt. Gemäss den vorstehenden Ausführungen ist dem Beschwerdeführer die Mängelrüge von A.\_\_\_\_\_ nicht zuzurechnen. Deshalb darf der Beschwerdeführer aus den auf Veranlassung von A.\_\_\_\_\_ getätigten Abklärungen für sich selbst keinen (stillschweigenden) Verzicht auf die Einhaltung der Rügefrist ableiten. Ein solcher ist nur anzunehmen, wenn die Umstände des Einzelfalls eindeutig darauf schliessen lassen. Gütliche Verhandlungen zwischen den Parteien berechtigen den Käufer nicht, darin ohne Weiteres einen konkludenten Verzicht auf eine gehörige Rüge zu erblicken (vgl. Hans Giger, a.a.O., N 86 zu Art. 201 OR). Ebenso ergibt sich ein Verzicht nicht bereits daraus, dass der Unternehmer die Mängelrüge zur Kenntnis nimmt, ohne die Verspätung zu beanstanden (Peter Gauch, a.a.O., Rz. 2163; Hans Giger, a.a.O., N 106 zu Art. 201 OR). Hinzu kommt, dass - soweit aus den Akten ersichtlich - nicht die Beschwerdegegnerin als Verkäuferin die Abklärungen und Arbeiten vorgenommen hat, sondern die B.\_\_\_\_\_AG. Sowohl der Ingenieur C.\_\_\_\_\_ als auch der Bauphysiker D.\_\_\_\_\_ wurden von der B.\_\_\_\_\_AG beigezogen (vgl. KB 7 und KB 9), während die Z.\_\_\_\_\_AG von der Stockwerkeigentümer- gemeinschaft beauftragt wurde (vgl. KB 8). Zudem betreffen die ausgeführten Instandstellungsarbeiten den Verputz und Anstrich an der Aussenfassade (vgl. KB 11 und KB 12) und nicht die eingeklagten Feuchtigkeitsschäden im Innern der Autoeinstellhalle, womit diesbezüglich ohnehin nicht von einem stillschweigenden Verzicht auf die Einrede der fehlenden oder verspäteten Mängelrüge ausgegangen werden kann. Die Einrede der nichtgehörigen Mängelrüge kann, sofern prozessual zulässig, auch erst im Rechtsmittelverfahren vorgebracht werden (Hans Giger, a.a.O., N 106 zu Art. 201 OR). Der Vorwurf des Beschwerdeführers, die Beschwerdegegnerin handle rechtsmissbräuchlich, indem sie erstmals vor Gericht vorbringe, die Mängelrüge sei nicht oder zu spät erhoben worden, geht fehl. Grundsätzlich verstösst die Berufung des Verkäufers auf die Verspätung der Mängelrüge nicht gegen Treu und Glauben. Eine Verletzung von Art. 2 Abs. 2 ZGB liegt nur bei einem offenbaren Missbrauch eines Rechts vor, etwa wenn der Verkäufer den Käufer durch Täuschung dazu veranlasst hätte, die Rügefrist zu versäumen (Hans Giger, a.a.O., N 107 zu Art. 201 OR; vgl. auch Peter Gauch, a.a.O., Rz. 2163a). Eine solche Konstellation ist vorliegend nicht gegeben. Abschliessend braucht die Frage, ob der Verspätungseinwand der Beschwerdegegnerin berechtigt ist, nicht beantwortet zu werden, zumal festgestellt worden ist, dass sich

Seite 20 — 23 der Beschwerdeführer nicht auf die Rüge von A.\_\_\_\_\_ berufen kann und die Rechtzeitigkeit derselben damit unbeachtlich erscheint. d) Gemäss Art. 201 Abs. 2 OR tritt als Rechtsfolge des Rügeversäumnisses die Genehmigungsfiktion ein. Dies bedeutet, dass sämtliche Mängelrechte verwirkt sind (Rainer Schumacher/Erich Rüegg, a.a.O., § 5 Rz. 293; Heinrich Honsell, a.a.O., N 12 zu Art. 201 OR). Mangels Vorliegen einer Mängelrüge sind daher die weiteren Voraussetzungen des geltend gemachten Minderungsanspruchs nicht mehr zu prüfen. Anzumerken bleibt, dass die im Schreiben von A.\_\_\_\_\_ enthaltene Mängelrüge vom 11. Juli 2009 an die B.\_\_\_\_\_AG zuhanden von H.\_\_\_\_\_ gerichtet wurde (vgl. KB 3). Anders als im vorinstanzlichen Verfahren (vgl. angefochtener Entscheid E.

4b und Plädoyer [BB 9] S. 2 Ziff. 2) wird in der Beschwerde- antwort nicht mehr vorgebracht, dass es sich hierbei um den falschen Adressaten handelt. Da eine entsprechende Rüge fehlt, ist auf diese Thematik nicht näher einzugehen. 6. Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass der angefochtene Entscheid zu bestätigen und die Beschwerde abzuweisen ist. Daher besteht kein Anlass, die vorinstanzliche Kostenregelung anzupassen. Es bleibt lediglich noch über die Kosten des Beschwerdeverfahrens zu befinden. a) Bei diesem Verfahrensausgang gehen die Prozesskosten des Rechtsmittel- verfahrens, welche sich aus den Gerichtskosten und der Parteientschädigung zu- sammensetzen (vgl. Art. 95 Abs. 1 ZPO), gestützt auf Art. 106 Abs. 1 ZPO zu Las- ten des Beschwerdeführers. In Anwendung von Art. 10 Abs. 1 der Verordnung über die Gerichtsgebühren in Zivilverfahren (VGZ; BR 320.210) werden die Kosten des vorliegenden Beschwerdeverfahrens auf CHF 4'000.-- festgesetzt und mit dem vom Beschwerdeführer geleisteten Kostenvorschuss in derselben Höhe ver- rechnet. b/aa) Mit Honorarnote vom 13. Mai 2015 (act. D.4) macht Rechtsanwalt Dr. iur. et lic. oec. Marco Toller für das Beschwerdeverfahren anwaltliche Aufwendungen von insgesamt 37 Stunden geltend, was bei einem Stundenansatz von CHF 250.-- einem Honorar von CHF 10'033.20 (inkl. CHF 40.-- Spesen und 8% MwSt.) ent- spricht. Die Höhe der Entschädigung wird vom Rechtsvertreter des Beschwerde- führers mit Schreiben vom 28. Mai 2015 beanstandet und als weit übersetzt be- zeichnet. Er verweist auf seinen eigenen Aufwand und hält ein Honorar von CHF 3'000.-- und damit 11 bis 12 Stunden für angemessen. Der Rechtsvertreter der Beschwerdegegnerin macht seinerseits mit Schreiben vom 5. Juni 2015 gel-

Seite 21 — 23 tend, dass der verrechnete Aufwand tatsächlich entstanden und insbesondere durch die zahlreichen neuen (unzulässigen) Tatsachenbehauptungen der Gegen- partei verursacht worden sei. Auch seien infolge der neuen rechtlichen Argumen- tation umfangreiche Abklärungen nötig geworden. Die Redaktion der Beschwer- deantwort sei aufwendig gewesen und habe zwei volle Arbeitstage beansprucht. Aufgrund des ausgewiesenen Aufwands sei von einer Reduktion des Honorars abzusehen. bb) Gemäss Art. 2 Abs. 1 der Verordnung über die Bemessung des Honorars der Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte (Honorarverordnung [HV]; BR 310.250) wird die Parteientschädigung zugunsten der obsiegenden Partei nach Ermessen des Gerichts festgesetzt. Die urteilende Instanz geht vom Betrag aus, welcher der entschädigungsberechtigten Partei für die anwaltliche Vertretung in Rechnung gestellt wird, sofern der vereinbarte Stundenansatz zuzüglich allfällig vereinbartem Interessenwertzuschlag üblich ist und keine Erfolgsszuschläge enthält (Art. 2 Abs. 2 Ziff. 1 HV). Vorliegend wurde der Stundenansatz mit Honorarverein- barung vom 26. November 2013 (vgl. Vorinstanz act. I./6) auf CHF 250.-- festge- legt, was im Rahmen des Üblichen liegt (vgl. Art. 3 Abs. 1 HV) und vom Be- schwerdeführer auch nicht moniert wird. Vorausgesetzt wird alsdann, dass der geltend gemachte Aufwand angemessen und für die Prozessführung erforderlich war (Art. 2 Abs. 2 Ziff. 2 HV). Ausserdem darf die geforderte Entschädigung keine von der Sache oder den legitimen Rechtsschutzbedürfnissen her ungerechtfertigte Belastung der unterliegenden Partei zur Folge haben (Art. 2 Abs. 2 Ziff. 3 HV). Aus den vorgenannten Bestimmungen ergibt sich, dass die Bemessung des sach- gerechten Aufwands auf einer individuellen Würdigung zu beruhen hat, bei wel- cher dem Gericht ein erheblicher Ermessensspielraum zukommt. cc) Die Beschwerdegegnerin hat im vorliegenden Verfahren eine rund 16- seitige Beschwerdeantwort (ohne Deckblatt) eingereicht. Auf die Vorbereitung und Redaktion derselben entfallen gemäss Honorarnote rund 30 Stunden und auf die Prüfung der

Beschwerde und diverser Rechtsfragen rund 7 Stunden. Dass die neue rechtliche Argumentation der Gegenpartei Abklärungen erfordert hat, steht ausser Frage, die Dauer von 7 Stunden liegt allerdings an der oberen Grenze. Nicht mehr als angemessen gelten kann jedenfalls der für die Rechtsschrift getätigte Aufwand. Auch wenn die Beschwerdeantwort umfangreich ist, erscheinen 30 Stunden in Anbetracht des erforderlichen Aufwands und der Schwierigkeit der Sache als überhöht. Vielmehr dürften für einen durchschnittlich erfahrenen Rechtsanwalt 15 Stunden sachgerecht sein, zumal bereits vorgängig Rechtsabklärungen getroffen wurden. Eine Kürzung gilt auch vor dem Hintergrund, dass die

Seite 22 — 23 aussergerichtliche Entschädigung zu keiner im Verhältnis zur Sache oder dem Rechtsschutzinteresse ungerechtfertigten Belastung der unterliegenden Partei führen darf, als angezeigt. Die eingeklagte Forderung beläuft sich auf rund CHF 3'300.--. Die nicht gerechtfertigte Belastung im Sinne von Art. 2 HV hängt zwar nicht allein vom Streitwert, sondern von den gesamten Umständen des Verfahrens ab. Dabei erscheint, unter gleichzeitiger Berücksichtigung der sich stellenden Sach- und Rechtsfragen und des Verfahrensablaufs (einfacher Schriftenwechsel), das vorliegende Honorar in mehr als der dreifachen Höhe des Streitwerts nicht verhältnismässig. Die geltend gemachte Entschädigung ist nach dem Gesagten auf CHF 5'983.20 (inkl. CHF 40.-- Spesen und 8% MwSt.) herabzusetzen.

Seite 23 — 23 III.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.