

VS_GERICHTE C1 13 113 vom 11. November 2016

VS Kantonsgericht, 2016-11-11, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vs_gerichte_C1 13 113](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vs_gerichte_C1_13_113)

FR: VS_GERICHTE C1 13 113 du 11 novembre 2016

IT: VS_GERICHTE C1 13 113 del 11 novembre 2016

Regeste

C1 13 113 URTEIL VOM 11. NOVEMBER 2016 Kantonsgericht Wallis I. Zivilrechtliche Abteilung Besetzung: Hermann Murmann, Präsident; Jérôme Emonet und Dr. Lionel Seeberger, Kantonsrichter; Dr. Adrian Walpen, Gerichtsschreiber in Sachen W_____ X_____ Beklagte und Berufungskläger, vertreten durch Rechtsanwalt M_____ gegen Y_____ Z_____ Kläger und Berufungsbeklagte, vertreten durch Rechtsanwalt N_____ (Kauf-/Werkvertrag) Berufung gegen das Urteil des Bezirksgerichts O_____

Erwägungen

E. 1

Die Beklagten bezahlen unter solidarischer Haftbarkeit den Klägern Fr. 47'231.35 plus Zins zu 5% seit dem 1.2.2009.

E. 1.1

Gemäss Art. 405 Abs. 1 der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) gilt für Rechtsmittel das Recht, das bei der Eröffnung des Entscheids in Kraft ist. Die ZPO ist am 1. Januar 2011 in Kraft getreten und das angefochtene Urteil wurde danach eröffnet, weshalb für das Rechtsmittel das neue Prozessrecht zur Anwendung gelangt. Demgegenüber gilt für das vor diesem Zeitpunkt rechtshängig gemachte erstinstanzliche Verfahren bis zu dessen Abschluss laut Art. 404 Abs. 1 ZPO das alte Verfahrensrecht, also die bisherige kantonale Zivilprozessordnung (ZPO-VS).

E. 1.2

Das Kantonsgericht beurteilt als Rechtsmittelinstanz Berufungen, die im neunten Titel des zweiten Teils der ZPO vorgesehen sind (Art. 5 Abs. 1 lit. b EGZPO). Mit Berufung anfechtbar sind u.a. erstinstanzliche Endentscheide (Art. 308 Abs. 1 lit. a ZPO). In vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist die Berufung nur zulässig, wenn der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens Fr. 10'000.-- beträgt (Art. 308 Abs. 2 ZPO).

- 5 - Der Streitwert wird durch die Rechtsbegehren bestimmt (Art. 91 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Massgeblich für die Streitwertbestimmung im Berufungsverfahren sind die zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren (Art. 308 Abs. 2 ZPO), also die Rechtsbegehren vor erster Instanz unter Berücksichtigung von Anerkennungen und Rückzügen einzelner Rechtsbegehren (Spühler, Basler Kommentar, 2. A., N. 8 zu Art. 308 ZPO; Blickenstorfer, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], Kommentar, Zürich/St. Gallen 2011, N. 24 zu Art. 308 ZPO; Mathys, in: Baker & McKenzie [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], Bern 2010, N. 33 zu Art.

308 ZPO). Die Kläger machten die Kaufpreisrestanz unter Berücksichtigung von Mehr- und Minderleistungen von Fr. 46'731.35 geltend; die Beklagten verlangten die vollumfängliche Abweisung der Klage. Demzufolge ist der eingeklagte Betrag als Streitwert festzuhalten. Bei diesem Streitwert ist die Berufung zulässig. Die Berufungsfrist beträgt 30 Tage (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Die Berufung wurde fristgerecht erhoben. Sie hemmt die Rechtskraft und Vollstreckbarkeit des angefochtenen Entscheids im Umfang der Anträge (Art. 315 Abs. 1 ZPO; vgl. auch Art. 58 ZPO).

E. 1.3

Stirbt eine Partei im Verlaufe des Verfahrens, ergeben sich zwar die Folgen aus dem Bundesrecht und treten die Erben ipso iure an ihre Stelle (Art. 560 ZGB). Da in- dessen zunächst die Erben ermittelt und alsdann vorweg über die Frage der Ausschla- gung der Erbschaft zu entscheiden ist, ist das Verfahren nach dem Tod einer Partei bis zur Klärung dieser Fragen zu sistieren (Art. 126 ZPO), sofern nicht höchstpersönliche und unvererbliche Ansprüche Gegenstand des Prozesses sind und das Verfahren da- her mit dem Tod der Partei gegenstandslos wird (Gschwend/Bornatico, Basler Kommen- tar, 2. A., 2013, N. 4 zu Art. 126 ZPO mit Hinweisen; Schwander, in: Sutter- Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilpro- zessordnung, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2016, N. 40 zu Art. 83 ZPO). Einzige Erbin des verstorbenen C_____ ist gemäss hinterlegtem Erbenschein vom 19. August 2016 dessen Ehefrau Z_____. Diese hat die Erbschaft nicht aus- geschlagen. Damit tritt sie als Alleinerbin im vorliegenden Verfahren auch an die Stelle ihres verstorbenen Ehemannes (Art. 560 ZGB und Art. 83 Abs. 4 Satz 2 ZPO).

E. 1.4

Mit der Berufung kann die unrichtige Rechtsanwendung - des gesamten kantona- len und eidgenössischen Rechts (Gehri, in: Gehri/Kramer [Hrsg.], ZPO Kommentar, 2012, N. 1 zu Art. 310 ZPO) - und die unrichtige Feststellung des Sachverhalts - durch die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid - geltend gemacht werden (Art. 310 lit. a und b ZPO).

Vorbehalten bleibt dabei Art. 317 Abs. 1 ZPO, welcher neue Tatsachen

- 6 - und Beweismittel nur zulässt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden (lit. a) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (lit. b). Die Berufungsinstanz verfügt über freie Überprüfungs-kognition (vgl. auch Art. 157 ZPO). Doch obliegt es dem Berufungskläger, seine Berufung in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht zu begründen (Art. 311 Abs. 1 ZPO in fine). Die Art. 310 f. ZPO verlangen vom Berufungskläger, dass er jeweils in den Schranken von Art. 317 ZPO der Rechtsmittelinstanz im Einzelnen darlegt, aus welchen Gründen der angefochtene vorinstanzliche Entscheid falsch ist und abgeändert werden soll (Begründungslast). Dieser Anforderung genügt ein Berufungskläger nicht, wenn er in seiner Berufungs- schrift lediglich auf die vor erster Instanz vorgetragenen Vorbringen verweist oder diese wiederholt, sich mit Hinweisen auf frühere Prozesshandlungen zufrieden gibt oder den angefochten Entscheid in allgemeiner Weise kritisiert. Die Begründung muss hinrei- chend genau und eindeutig sein, um von der Berufungsinstanz mühelos verstanden werden zu können. Dies setzt voraus, dass der Berufungskläger im Einzelnen die vor- instanzlichen Erwägungen bezeichnet, die er anführt und die Aktenstücke nennt, auf denen seine Kritik beruht (BGE 138 III 374 E. 4.3.1; Bundesgerichtsurteile 5D_148/2013 vom 10. Januar 2014 E. 5.2.1 und 5A_438/2012 vom 27. August 2012 E. 2.2, in: SZP 2013 S. 29 f.;

Reetz/Theiler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2016, N. 36 zu Art. 311 ZPO). So ist in der Begründung nicht nur darzutun, weshalb das Verfahren so ausgehen sollte, wie der Rechtsmittelkläger dies will. Es ist auch aufzuzeigen, weshalb der Entscheid fehlerhaft wird bzw. weshalb Noven oder neuen Beweismittel zulässig sind und einen anderen Schluss aufdrängen. Die Rechtsmittelinstanz muss nicht nach allen denkbaren, möglichen Fehlern eigenständig forschen (vgl. Reetz/Theiler, a.a.O., N. 36 zu Art. 311 ZPO; Hungerbühler, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], Kommentar, 2011, N. 27 ff. zu Art. 311 ZPO). Vielmehr hat der Berufungskläger diese aufzuzeigen, indem er sich mit den vorinstanzlichen Erwägungen auseinandersetzt; stützt sich der angefochtene Entscheid auf mehrere selbständige Begründungen, muss sich der Berufungskläger in seiner Berufungsschrift mit jeder Einzelnen von ihnen auseinandersetzen (Hungerbühler, a.a.O., N. 38 f. zu Art. 311 ZPO). Vermag die Berufung den Anforderungen an die Begründung nicht zu genügen, ist die Berufung ohne weiteres abzuweisen (Hungerbühler, a.a.O., N. 42 zu Art. 311 ZPO; vgl. BGE 138 III 374 E. 4.3.2).

- 7 -

E. 1.4.1

Die Berufungsbeklagten machen geltend, dass die Berufungskläger ihrer Begründungspflicht über weite Strecken nicht nachkommen würden. Deshalb seien die unter Ziff. III., Sachverhalt, aufgestellten Tatsachenbehauptungen 1 - 38 unbeachtlich, soweit sie über den vom Bezirksgericht festgestellten Sachverhalt hinausgehen würden. Ebenso unbeachtlich seien die unzähligen weiteren neuen Tatsachenbehauptungen, welche die Berufungskläger in Ziff. IV (Begründung) der Berufung aufstellen würden.

E. 1.4.2

Die Berufungskläger verweisen bezüglich des Sachverhalts auf die Sachverhaltsdarstellung in ihrer Schlussdenkschrift vom 21. Februar 2013 (III. Sachverhalt, Ziff. 1 der Berufungsschrift). Sodann „präzisieren“ sie in Ziff. 2 bis 38 den als lückenhaft bezeichneten erstinstanzlichen Entscheid bezüglich des Sachverhalts, ohne anzugeben, mit welcher Erwägung und inwiefern die Vorinstanz den Sachverhalt fehlerhaft festgestellt hätte. Sie nehmen unter „III. Sachverhalt“ eine eigene Sachverhaltsdarstellung vor, die von den tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz abweicht, ohne eine rechtsgenügende Sachverhaltsrüge zu erheben. Auf die Berufung ist insoweit nicht einzutreten. Demgegenüber legen die Berufungskläger unter „IV. Begründung“ dar, weshalb der angefochtene Entscheid ihrer Ansicht nach fehlerhaft ist. Auf die in diesen Punkten zulässige und begründete Berufung ist - unter Vorbehalt neuer, unzulässiger Tatsachenbehauptungen - einzutreten.

E. 1.4.3

Die Berufungskläger beantragen sodann die Durchführung einer Ortsschau durch das Kantonsgericht zwecks Besichtigung der Wintergärten der Berufungskläger und des Nachbarn C_____. Dieser Beweisantrag wurde vor erster Instanz nicht gestellt und die Berufungskläger legen nicht dar, weshalb dieser Antrag nicht schon vor erster Instanz gestellt werden konnte. Der Beweisantrag auf Vornahme einer Ortsschau wird deshalb abgewiesen.

E. 1.5

Nach Art. 318 ZPO kann die Rechtsmittelinstanz (a.) den angefochtenen Ent- scheid bestätigen, (b.) neu entscheiden oder (c.) die Sache an die untere Instanz zu- rückweisen, wenn (1.) ein wesentlicher Teil der Klage nicht beurteilt wurde oder (2.) der Sach- verhalt in wesentlichen Teilen zu vervollständigen ist. Die Regel ist, dass die Rechtsmittelinstanz entweder die Berufung abweist und den angefochtenen Entscheid inhaltlich bestätigt oder die Berufung ganz oder teilweise gutheisst und diesfalls selber entscheidet; die Aufhebung des angefochtenen Entscheids mit Rückweisung an die erste Instanz zur Neu beurteilung bildet die Ausnahme (Sterchi, Berner Kommentar, N. 3 ff. zu Art. 318 ZPO).

- 8 - 2. Vorliegender Rechtsstreit bezieht sich auf die Rechte und Pflichten der Parteien aus dem von ihnen am 1. Oktober 2008 abgeschlossenen Kaufvertrag (S. 58 ff.), womit die Kläger den Beklagten die Grundstücke StWE-Nr. xxx1 (4½-Zimmerwohnung Nr. xxx im Attikageschoss und Keller Nr. xxx im Untergeschoss) und StWE-Nr. xxx2 (Einstellhal- le/Veloraum Nr. 2 im Unterschoss), davon 1/11, ausmachend Autoabstellplatz Nr. xxx(interne Nummer xxx3), Plan Nr. xxx, gelegen auf Gebiet der Gemeinde B_____ verkauften. Ebenso wurde den Käufern das ausschliessliche Benutzungs- recht an den Aussenparkplätzen G und H übertragen. Der Kaufpreis wurde auf total Fr. 620'000.-- festgesetzt, nämlich auf Fr. 565'000.-- für die Wohnung, Fr. 35'000.-- für den Einstellhallenplatz und Fr. 12'000.-- bzw. Fr. 8'000.-- für die Aussenparkplätze. Zahlungstermine sind vertraglich festgelegt, wo- bei die letzte Zahlung von Fr. 104'000.-- mit der Schlüsselübergabe zahlbar werden sollte. Die Fälligkeitstermine sollten den Käufern von den Verkäufern schriftlich mittels Rechnungsstellung angezeigt werden. Die Parteien vereinbarten ausdrücklich, dass allfällige Mehr- und Minderpreise bei der letzten Zahlung verrechnet oder nach Abspra- che zwischen den Verkäufern und den Käufern direkt zwischen diesen und den betref- fenden Handwerkern abgerechnet werden. In Bezug auf die Gewährleistung enthält der Kaufvertrag die folgende Regelung: Die Verkäufer übernehmen die werkvertragliche Gewähr, dass vorerwähnte Grundstücke frei von körperlichen oder rechtlichen Mängeln sind (Art. 368 OR). Bei Bestand eines allfälligen Mangels steht den Verkäufern jedoch zunächst ein Nachbesserungsrecht im Sinne von Art. 368 Abs. 2 OR zu. Die Verkäufer verpflichten sich, die vorerwähnten Grundstücke gemäss den geltenden öffentlich- rechtlichen Bauvorschriften, den Bestimmungen der SIA und entsprechend dem unterzeichneten Baubeschrieb mit Plänen fertigzustellen. Diese sind integrierender Bestandteil des Kaufvertrages. Vorbehalten bleiben Abweichungen vom Baubeschrieb und von Plänen im Rahmen der bei der Aus- führung von Bauten dieser Art üblichen Toleranzen, soweit diese Abweichung keine Wertverminde- rung darstellt. Im Baubeschrieb, welcher integrierender Bestandteil des Kaufvertrages bildet, wurden von W_____ anlässlich der Vertragsunterzeichnung handschriftlich folgende Be- merkungen angebracht (S. 76): - WINTERGARTEN GEMÄSS BESPRECHUNG MIT STOREN 2 SEITEN UND MARKISEN DACH! ALLES ELEKTRISCH! - WINTERGARTEN MIT BODENHEIZUNG IST VORGESEHEN!

- 9 - - BODENPLATTEN AUF TERRASSE SIND NOCH AUSZUWÄHLEN UND MIT EINEM PREIS VON FR. 40.- p. m2 VORGESEHEN Die Kläger verlangten klageweise die Bezahlung der Kaufpreisrestanz, welcher die Beklagten Gegenforderungen bzw. Minderwerte aus nicht gehörig erfülltem Vertrag zur Verrechnung gegenüberstellten. Das Bezirksgericht hiess die Klage in dem von den Klägern mit der Schlussdenkschrift reduzierten Umfange gut. Es erwog im Wesentli- chen, die (bereinigte) Schlussrechnung

vom 17. Februar 2010 liste eine Reihe von Mehr- und Minderkosten auf. Ausgehend vom Gesamtpreis von Fr. 620'000.-- und abzüglich des Minderkostensaldos von Fr. 15'368.65 sowie der beklagenseits geleisteten Akontozahlung von Fr. 557'400.-- werde der ausstehende Kaufpreis auf Fr. 47'231.35 beziffert. Nach Abzug des anerkannten Minderwerts von Fr. 500.-- für eine fehlende Schrägstore betrage die Forderung der Kläger daher grundsätzlich Fr. 46'731.35 (E. 3.2.1 des angefochtenen Urteils). Die von den Beklagten zur Verrechnung gebrachte Gegenforderung - Minderung und Schadenersatz aufgrund werkvertraglicher Mängel - von rund Fr. 67'000.-- lehnte das Bezirksgericht demgegenüber ab (E. 4 und 5 des angefochtenen Urteils). Auf die vom Bezirksgericht angeführten Gründe für die Ablehnung wird nachfolgend bei der Behandlung der einzelnen Verrechnungspositionen eingegangen. 3. Bezüglich der Vertragsqualifikation kann auf die zutreffenden Ausführungen in E.

E. 2

Sämtliche Kosten von Verfahren und Entscheid gehen zu Lasten der Beklagten.

E. 3

Sämtliche Kosten von Verfahren und Entscheid vor Erst- wie vor Berufungsinstanz seien von Herrn Y _____, Frau Z _____ und Herrn A _____ zu tragen.

E. 3.1

Der Unternehmer im Werkvertrag schuldet ein mängelfreies Werk und hat sich bei dessen Mangelhaftigkeit nach Wahl des Bestellers und unter den Voraussetzungen von Art. 368 OR die Wandelung des Vertrages oder die Herabsetzung des Werklohnes gefallen zu lassen oder kann zur Nachbesserung des Werkes verpflichtet werden; bei Verschulden haftet er überdies für den Mangelfolgeschaden (Art. 368 OR; BGE 136 III 273 E. 2.2; 126 III 388 E. 10a; 116 II 305 E. 2c).

- 10 - Die Parteien legten im Kaufvertrag vom 1. Oktober 2008 unter der Rubrik Gewährleistung fest, dass den Berufungsbeklagten bei allfälligen Mängeln zunächst ein Nachbesserungsrecht im Sinne von Art. 386 Abs. 2 OR zusteht. Der Besteller kann diesfalls zunächst nur die Nachbesserung verlangen, vorerst also weder mindern noch wandeln. Das Minderungs- und das Wandelungsrecht treten hinter das vorrangige Nachbesserungsrecht zurück und erlangen als sekundäre Rechte Wirksamkeit erst dann, wenn der Unternehmer es unterlässt, die verlangte Nachbesserung frist- oder sachgerecht auszuführen (Gauch, a.a.O., N. 2501). Die Vereinbarung des Vorrangs des Nachbesserungsrechts hat zur Folge, dass der Besteller nicht nur das Wandelungsrecht, sondern auch die Möglichkeit zur Minderung endgültig verliert, falls er den Mangel selbst oder durch einen Dritten beseitigt, ohne vorerst die Nachbesserung durch den Unternehmer zu verlangen (Gauch, a.a.O., N. 2502). Der Unternehmer kann sich indessen nur dann auf den vereinbarten Vorrang des Nachbesserungsrechts berufen, wenn er überhaupt imstande und bereit ist, den betreffenden Mangel sach- und fristgerecht zu beheben (Gauch, a.a.O. N. 2503).

E. 3.2

Ein Werk ist mangelhaft, wenn ihm vertraglich zugesicherte oder nach dem Vertrauensprinzip vorausgesetzte Eigenschaften fehlen. Diese Abweichung von der vertraglich geforderten Beschaffenheit des Werks bildet das Begriffsmerkmal des Werkmangels (Gauch, a.a.O., N. 1356 f.; Zindel/Pulver, Basler Kommentar, N. 9 zu Art. 368 OR;

Gautschi, Berner Kommentar, N. 14c zu Art. 367 OR, je mit Hinweisen). Ob und welche Werkseigenschaften vereinbart sind, ist im Einzelfall durch Vertragsauslegung zu ermitteln.

E. 3.3

Der Besteller, der aus der Mangelhaftigkeit des abgelieferten Werks Mängelrechte gegenüber dem Unternehmer ableitet, hat den Werkmangel, auf den er sich beruft, als rechtsbegründende Tatsache zu beweisen (Art. 8 ZGB). Die Anzeige der Mängel ist zwar an keine besondere Form gebunden, inhaltlich muss sie jedoch sachgerecht substantiiert sein. Danach muss die Mängelrüge in jedem Fall die Anzeige des erkannten Mangels (Art. 367 Abs. 1 OR) sowie die (ausdrückliche oder stillschweigende) Kundgabe des Willens enthalten, das Werk (oder den Werkteil) auf Grund des mitgeteilten Mangels nicht als vertragsgemäss anzuerkennen und den Unternehmer haftbar zu machen (BGE 107 II 172 E. 1a; Gauch, a.a.O., N. 2133). Eine nur allgemeine Erklärung, wonach das Werk mangelhaft, unbefriedigend oder nicht vertragskonform sei, genügt grundsätzlich nicht. Vielmehr hat der Besteller jeden Mangel, den er rügen will, möglichst genau anzugeben und kundzutun, dass er das Werk nicht als vertragsgemäss anerkennen und den Unternehmer haftbar machen will. Der Mangel ist nach sei-

- 11 - ner Erscheinungsform und gegebenenfalls nach seiner Lage so exakt zu bezeichnen, dass der Unternehmer erkennen kann, was an seinem Werk beanstandet wird (vgl. Gauch, a.a.O., N. 2130 f.; Zindel/Pulver, a.a.O., N. 18 zu Art. 367 OR; Bundesgerichtsurteile 4A_51/2007 vom 11. September 2007 E. 4.5, 4C.231/2004 vom 8. Oktober 2004 E. 2.3.1). Es obliegt dem Besteller zu beweisen, dass und wann der Mangel von ihm gerügt wurde (Art. 8 ZGB; Gauch, a.a.O., N. 2170). Da der Besteller für die Mängelrüge und deren Zeitpunkt somit die Beweislast trägt, wird ihm für diesen Sachumstand auch die Behauptungslast auferlegt. Die Behauptungslast dafür, dass keine rechtzeitige Mängelrüge erhoben wurde, liegt demgegenüber beim Unternehmer (BGE 118 II 142 E. 3; Gauch, a.a.O., N. 2168 f. mit weiteren Hinweisen).

E. 4

Die Parteien sind sich zunächst uneins darüber, wie die von W_____ angebrachte handschriftliche Ergänzung „Wintergarten mit Bodenheizung ist vorgesehen!“ zu verstehen ist. Während die Berufungsbeklagten geltend machen, es handle sich dabei um einen temperierten, nicht isolierten Wintergarten, gehen die Berufungskläger davon aus, Vertragsgegenstand sei ein isolierter Wintergarten mit Bodenheizung gewesen. Sie machen diesbezüglich eine Verrechnungsforderung von Fr. 27'797.25 geltend, die sich wie folgt zusammensetzt: - Rechnung der Sanierung Wintergarten durch D_____:

Fr. 25'883.20 - Rechnung Kranunternehmen E_____:

Fr. 1'040.35 - Arbeitshilfe beim Glaswechsel und Reinigung W_____:

Fr. 873.70

E. 4.1

Das Bezirksgericht hielt unter Bezugnahme auf die Gerichtsexpertise vom 13. September 2012 (S. 418 ff.) fest, dass es für den Begriff „Wintergarten“ keine rechtsverbindliche Definition gebe und damit gemäss allgemeinem Sprachgebrauch sowohl beheizte wie auch unbeheizte Räumlichkeiten gemeint sein könnten. Gerichtsnotorisch sei, dass ein Wintergarten in erster Linie und unabhängig von seinem Typ der Gewinnung zusätzlichen Wohnraums diene, während der Energiespareffekt nur sekundäre Bedeutung habe, was sich

vorliegend auch im Möblierungsvorschlag in den Planunterlagen zeige. Als erstellt sei anzusehen, dass der in Frage stehende Wintergarten ursprünglich als unbeheizter (Puffer-)Raum konzipiert gewesen sei und die Parteien sich dahingehend geeinigt hätten, dass der Wintergarten mit Bodenheizung zu versehen gewesen sei (E. 4.2.3). Bei der Frage, welcher Wintergartentyp - temperiert oder beheizt - vereinbart worden sei, kam die Vorinstanz zum Schluss, dass aufgrund des unklaren Wortlauts („Wintergarten mit Bodenheizung“), der Umstände des Vertragsabschlusses - namentlich der Nichtbehandlung der Kostenfrage und der fehlenden Konkretisierung des Ausbaustandards des Wintergartens - sowie der Unklarheiten-

- 12 - und der in-dubio-mitius-Regel der handschriftliche Nachtrag nicht so verstanden werden dürfe und müsse, als dass ein beheizter Wintergarten vereinbart worden wäre (E. 4.2.4). Letztlich liess die Vorinstanz die abschliessende Beantwortung dieser Frage indessen offen, da ein zur Ausnutzungsziffer zu rechnender Wintergarten aus baureglementarischen Gründen gar nicht möglich gewesen sei. Unter den gegebenen Umständen hätten die Beklagten bereits im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses einen beheizten Wintergarten objektiv gar nicht erwarten können, da das Werk den öffentlich-rechtlichen Bauvorschriften der Gemeinde B_____ nicht entsprochen hätte (E. 4.2.5).

E. 4.2

Die Berufungskläger machen geltend, die durch den Bezirksrichter vorgenommene Vertragsauslegung sei in sich widersprüchlich und wende die Grundsätze der Vertragsauslegung falsch bzw. willkürlich an. Sie seien bei Vertragsabschluss nicht auf die Problematik der fehlenden Ausnutzungsziffer hingewiesen worden. Als „gewöhnlicher“ Käufer einer Wohnung in einer grösseren Überbauung mit zehn Wohnungen sei es auch nicht eine Pflicht der Käufer, sich über allfällige zur Verfügung stehende Ausnutzungsziffern Gedanken zu machen, zumal die Verkäufer die Einhaltung der öffentlich-rechtlichen Bestimmungen garantiert hätten. Bei den Vertragsverhandlungen hätten die Verkäufer in keiner Weise darauf hingewiesen, dass der Wintergarten aufgrund der fehlenden Ausnutzungsziffer nicht voll beheizt werden könnte. Die Vorinstanz setze sich zudem mit ihrer eigenen Begründung in Widerspruch. Gemäss der Expertise F_____ sei es völlig unerheblich, ob der Wintergarten voll beheizt, leicht temperiert oder unbeheizt gebaut werde. In jedem Fall sei der Wintergarten voll zur Ausnutzungsziffer zu zählen. Demnach hätte das Projekt von Beginn an die Ausnutzungsziffer der Gemeinde verletzt und nicht erst durch den Zusatz eines beheizten Wintergartens. Besonders stossend und willkürlich sei sodann, dass die Vorinstanz selber völlig zu Recht festhalte, es sei als gerichtsnotorisch anzusehen, dass ein Wintergarten in erster Linie und unabhängig von seinem Typ der Gewinnung von zusätzlichem Wohnraumes diene, während der Energiespareffekt nur sekundäre Bedeutung habe. Damit bestätige die Vorinstanz in ihrem Urteil, dass die Käufer beim Kauf der Wohnung und damit auch beim Kauf des Wintergartens zu Recht von zusätzlichem Wohnraum hätten ausgehen dürfen, dies unabhängig von der Art und Ausgestaltung des Wintergartens. Zudem habe die Vorinstanz bestätigt, dass sämtliche Planunterlagen darauf hinweisen würden, dass der Wintergarten als Wohnraum genutzt werden könne und dürfe.

- 13 - Das Problem der ausgeschöpften Ausnutzungsziffer hätte gemäss den Berufungsklägern durch den Zukauf von Ausnutzungsziffern der Nachbarparzellen gelöst werden können. Die Verkäufer hätten daher den Käufern nicht etwa eine unmögliche Leistung versprochen, sondern eine Leistung, welche einzig eine höhere finanzielle Verpflichtung

von Seiten der Verkäufer ausgelöst hätte. Es sei daher zwingend notwendig, die Vertragsauslegung des entsprechenden Baubeschriebs abschliessend vorzunehmen und zu beurteilen, was die Vorinstanz nicht getan habe. Die Berufungskläger machen überdies geltend, der Wintergarten weise unabhängig davon, ob er als temperierter oder als voll beheizbarer Wintergarten konzipiert wurde, einen Werkmangel auf. Er könne weder im Winter (massive Kondenswasserbildung) noch im Sommer (exorbitante Temperaturen aufgrund fehlender Beschattung) genutzt werden. Sodann werfen sie dem Bezirksgericht vor, es habe in krasser Verletzung der Grundsätze der Vertragsauslegung die Aussagen des Notars gemäss Schreiben vom 23. März 2009, die Relevanz der Aussage des Notars im Rahmen einer öffentlichen Beurkundung und die Weigerung der Verkäufer, den Notaren vom Berufsgeheimnis zu entbinden, nicht berücksichtigt. Zudem führe die Anwendung der Unklarheitsregel bei einem öffentlich beurkundeten Wohnungskauf zu einer widerrechtlichen und willkürlichen Vertragsauslegung. Der Notar sei beauftragt, die Interessen von Käufer und Verkäufer gleichmässig zu wahren. Im Rahmen eines solchen Kaufvertrages könne daher nicht von einem schwächeren oder von einem stärkeren Vertragspartner gesprochen werden. Ebenfalls kritisiert wird die Anwendung der in dubio mitius-Regel, welche vom Bundesgericht nur bei vorformulierten Vertragsbedingungen angewandt werde. Schliesslich machen die Berufungskläger in diesem Zusammenhang geltend, aus dem Umstand, dass die Parteien in Bezug auf den Wintergarten die Kostenfrage nicht behandelt hätten, könne nicht geschlossen werden, dass von einem nicht beheizbaren und nicht bewohnbaren Wintergarten auszugehen sei. Es sei gerichtsnotorisch, dass bei Verhandlungen über den Kaufpreis einer Attika-Wohnung von beiden Parteien Zusatzwünsche bzw. Mehrkostenansprüche vorgebracht würden. Die Verkäufer würden versuchen, zusätzliche Leistungen dem Käufer zu überbürden und der Käufer versuche, den Kaufpreis zu mindern oder Zusatzleistungen zu erhalten. Zusätzlich weisen die Berufungskläger auf Beweisergebnisse hin (u.a. Aussage D_____,

- 14 - W_____, H_____, C_____), die ihrer Ansicht nach der Auslegung des Vertrages durch die Vorinstanz widersprechen (S. 523 ff.).

E. 4.2.5

des angefochtenen Urteils). Dies wird von den Berufungsklägern zu Recht beanstandet. Aufgrund des Beweisverfahrens ist davon auszugehen, dass die Berufungskläger im Zeitpunkt der Vertragsunterzeichnung keine Kenntnis davon hatten, dass die Ausnutzungsziffer praktisch vollständig ausgenutzt war, so dass ein beheizter Wintergarten aufgrund des Baureglements gar nicht mehr in Frage kam. Der Kläger A_____ räumte vor Bezirksgericht ein, dass der Wintergarten vor der Beurkundung des Kaufvertrages eigentlich nicht thematisiert worden sei und er den Beklagten W_____ erst nach der Beurkundung auf die fehlende Ausnutzungsziffer hingewiesen habe (S. 373). Es war auch nicht die Pflicht der Käufer einer Stockwerkeigentumseinheit, sich darüber zu informieren. Schliesslich liegt auch keine Unmöglichkeit der Leistung vor, wäre es doch grundsätz-

- 15 - lich möglich gewesen, durch Nutzungsübertragung die noch nicht beanspruchte Ausnutzung eines Nachbargrundstücks auf die Bauparzelle zu übertragen (Art. 13 Abs. 3 des kantonalen Baugesetzes). Insofern kann der Vorinstanz nicht gefolgt werden und es ist der Sinn des handschriftlichen Zusatzes im Baubeschrieb durch Auslegung zu ermitteln.

E. 4.3.1

Vorab ist festzuhalten, dass entgegen der Ansicht der Berufungskläger aus der Expertise F_____ nicht geschlossen werden kann, dass es in Bezug auf die Ausnützungsziffer völlig unerheblich ist, ob der Wintergarten voll beheizt, leicht temperiert oder unbeheizt gebaut wird. Der Gutachter hält unter Ziff. 10.4 zu Frage 4 fest, dass der beheizte Wintergarten bei der Baubewilligung zur Ausnützungsziffer anzurechnen ist (S. 423); dasselbe gilt für temperierte Wintergärten (S. 424). Dass dies auch für unbeheizte Wintergärten gilt, sagt der Gutachter nicht. Vielmehr hält er fest, dass solche in einzelnen Kantonen und Gemeinden von der Ausnützung befreit sind (S. 424). Es ist somit nicht so, wie die Berufungskläger meinen, dass „in jedem Fall [...] der Wintergarten voll zur Ausnützungsziffer zu zählen“ ist. Aus dem Umstand, dass auch ein temperierter Wintergarten aufgrund fehlender Ausnützungsziffer nicht hätte bewilligt werden können, lässt sich zudem nichts zu Gunsten der Berufungskläger ableiten; vielmehr spricht dieser Umstand dafür, dass - wie die Berufungsbeklagten geltend machen - ursprünglich ein unbeheizter Wintergarten geplant war.

E. 4.3.2

Die Vorinstanz liess die Frage, ob ein lediglich temperierter oder ein beheizter und isolierter Wintergarten geschuldet war, letzten Endes offen, da beim Mehrfamilienhaus „G_____“ die massgebende Ausnützungsziffer von 0.8 bereits ohne die im Attikageschoss geplanten Wintergärten nahezu vollständig ausgeschöpft worden sei. Unter den gegebenen Umständen hätten die Beklagten einen beheizten Wintergarten bereits im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses objektiv gar nicht erwarten können (E).

E. 4.3.3

Der Inhalt eines Vertrags bestimmt sich in erster Linie durch subjektive Auslegung, das heisst nach dem übereinstimmenden wirklichen Parteiwillen (Art. 18 Abs. 1 OR). Erst wenn eine tatsächliche Willensübereinstimmung unbewiesen bleibt, 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 (BGE 138 III 659 E. 4.2.1; 137 III 145 E. 3.2.1; 132 III 626 E. 3.1; Jäggi/Gauch/Hartmann, Zürcher Kommentar, 4. A. Zürich/Basel/Genf 2014, N. 357 zu Art. 18 OR). In diesem Sinne hat das Gericht nach dem wirklichen Willen der Parteien zu forschen, und erst in einem zweiten Schritt, wenn sich der übereinstimmende wirkliche Wille der Parteien nicht mehr (mit Sicherheit) feststellen lässt, hat sich das Gericht damit zu begnügen, durch objektivierte (normative) Auslegung den Vertragswillen zu ermitteln, den die Parteien mutmasslich gehabt haben (Gauch/Schluep/Schmid, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bd. 1, 10. A., Zürich/Basel/Genf 2014, N. 1200 f. mit Hinweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung). Die Behauptungs- und Beweislast für Bestand und Inhalt eines vom normativen Auslegungsergebnis abweichenden subjektiven Vertragswillens trägt jene Partei, die aus diesem Willen zu ihren Gunsten eine Rechtsfolge ableitet (vgl. BGE 121 III 118 E. 4a/bb S. 123 mit Hinweis). Daher kann auch zunächst - unabhängig vom tatsächlichen Parteiwillen - eine Auslegung nach dem Vertrauensprinzip vorgenommen und danach abgeklärt werden, ob einer Partei der Nachweis eines abweichenden tatsächlichen Parteiwillens gelingt (Bundesgerichtsurteil 4A_581/2008 vom 19. Mai 2009). Dass in casu eine tatsächliche Willensübereinstimmung festgestellt wurde oder hätte festgestellt werden können, wird von keiner Partei geltend gemacht. Die Berufungskläger gingen von einem beheizten und isolierten Wintergarten

(„gemäss Besprechung“) per se keine Rückschlüsse auf den vereinbarten Wintergartentyp zulässt und zudem im Zusammenhang mit der Beschattung des Wintergartens erfolgte. Auch aus dem zweiten Passus („Wintergarten mit Bodenheizung“) ergibt sich nicht, ob der Wintergarten temperiert oder beheizt werden sollte. Letzteres würde die Isolation desselben voraussetzen. Für das Bezirksgericht sprachen die weiteren Umstände des Vertragsabschlusses gegen einen beheizten Wintergarten. So sei die Kostenfrage des Wintergartens in diesem Zeitpunkt nicht thematisiert worden (A_____, S. 374; W_____, S. 389). Dies, obwohl der Preisunterschied zwischen einem beheizten und einem nicht beheizten Wintergarten gemäss dem Gerichtsgutachten mit ca. Fr. 21'000.-- (s. S. 428) beträchtlich ins Gewicht falle. Man mag den Berufungsklägern zwar darin zustimmen, dass Käufer versuchen, den Kaufpreis zu mindern oder Zusatzleistungen zu erreichen. Es kommt durchaus vor, dass statt Rabatte Zusatzleistungen ausgehandelt werden. Aber auch in diesem Fall wird die Kostenfrage dieser Zusatzleistungen ein Thema sein und der nicht fachkundige Verkäufer wird sich beim Bauleiter oder Lieferanten über die Kosten von Zusatzleistungen erkundigen, bevor er solche als im Kaufpreis inbegriffen zusagt. Dies war vorliegend nicht der Fall. Gemäss den Berufungsklägern wurde der Baubeschrieb aufgrund von Verhandlungen anlässlich der Beurkundung ergänzt (S. 504). A_____ habe unmittelbar vor Vertragsabschluss mit der Bauleitung telefoniert und abgeklärt, ob die Forderung überhaupt möglich sei. Vor Bezirksgericht sagte W_____ aus, anlässlich der Beurkundung des Kaufvertrages seien keine Verhandlungen geführt worden. Es seien lediglich die von ihm gewünschten Nachträge im Kaufvertrag aufgeführt worden (S. 46). Es wurde somit abgeklärt, ob die Bodenheizung bis in den Bereich des Wintergartens verlegt werden könnte; demgegenüber erfolgten keinerlei Abklärungen in Bezug auf die Konstruktion des Wintergartens und in Bezug auf die Kosten. Dies spricht dafür, dass A_____ davon ausging, dass nur die Bodenheizung erweitert werden musste und sich an der Konstruktion des Wintergartens keine Änderungen ergeben würden. Diese war - wie die Vorinstanz festhielt und was nicht bestritten wur-

- 18 - de - ursprünglich als unbeheizter (Puffer-)Raum konzipiert, wofür die Aussagen des Projektleiters H_____ (S. 345), des Bauleiters I_____ (S. 362) wie auch die schriftliche Erklärung der mit der Montage der Erstkonstruktion beauftragten Metallbauunternehmung („diese Wintergärten stehen ausserhalb der minergie-isolierten Hülle des Bauwerks. [...] Die Wintergräten sind als ungedämmte Konstruktion ausgeschrieben, und so konstruiert und ausgeführt worden“ [S. 174]) sprechen. Die fehlende Kostendiskussion zeigt, dass A_____ von einem in der Konstruktion unveränderten Wintergarten - neu mit Bodenheizung - ausging. Dies durfte er aufgrund der Formulierung „Wintergarten mit Bodenheizung“ auch. Daran ändert nichts, was die Berufungskläger unter Hinweis auf die „Bestimmungen der SIA“ und die bundesgerichtliche Rechtsprechung vorbringen, allfällige Mehrkosten durch Mehrleistung seien vom Unternehmer anzuzeigen und 10% Kostenänderungen seien in Kauf zu nehmen. Die Berufungsbeklagten gingen von keinen Mehrkosten aus bzw. von vernachlässigbaren durch das Verlegen von „zwei, drei Strängen“ der Bodenheizung (S. 375, Antwort auf Frage 5). A_____ sagte aus: „Es war ja auch nicht die Idee, dass diesbezüglich ein Mehraufwand entstehen würde, sonst hätten wir über die Mehrkosten diskutieren müssen“ (S. 374, Antwort auf Frage 12). Die weiteren von der Vorinstanz angeführten Auslegungsregeln „in dubio mitius“ und „in dubio contra stipulatorem“ kommen lediglich in Zweifelsfällen zur Anwendung. Sie setzen voraus, dass die Auslegungsmittel zu keinem sicheren Ergebnis führen und mindestens zwei verschiedene Deutungen als ernsthaft vertretbar erscheinen (Jägi/Gauch/Hartmann,

a.a.O., N. 486). In casu wird soeben genanntes Auslegungsergebnis durch die Unklarheitsregel („in dubio contra stipulatorem“) bestätigt. Diese besagt, dass im Zweifel diejenige Bedeutung vorzuziehen ist, die für den Verfasser der auszulegenden Klausel ungünstiger ist. Die Auslegung zum Nachteil des Verfassers findet ihre Rechtfertigung darin, dass dieser es in der Hand gehabt hätte, seinen Willen durch klare Formulierung unzweideutig zu bekunden (Gauch/Schlupe/Schmid, a.a.O., N. 1231 m.w.H.). Dass diese Auslegungsregel, wie die Berufungskläger geltend machen, vor allem bei der Auslegung von allgemeinen Vertragsbedingungen zur Anwendung gelangt, hindert das Gericht nicht daran, diese vorliegend zu beachten. Zum einen ist nicht unumstritten, dass sich der Anwendungsbereich der Unklarheitsregel auf vorgeformte Vertragsinhalte beschränkt (bejahend etwa Bundesgerichtsurteil 4A_453/2009 vom 26. Januar 2010 E. 4.3; verneinend Jäggi/Gauch/Hartmann, a.a.O., N. 501, wonach es keinen Unterschied macht, ob der betreffende Vertragsinhalt individuell umschrieben wurde oder durch Verweis

- 19 - auf vorgeformte Vertragsbestimmungen und wonach es auch gleichgültig ist, ob es sich beim Verfasser um die „schwächere“ oder „stärkere“ Partei handelt; s. auch dort N. 508 m.H.), zum andern wird vorliegend nicht auf diese Regel abgestellt; vielmehr wird das Auslegungsergebnis, das sich aus den Umständen des Vertragsabschlusses ergibt, durch diese Regel bestätigt. Schliesslich kann auch dem Einwand der Berufungskläger, die Anwendung der Unklarheitsregel bei einem öffentlich beurkundeten Wohnungskauf sei widerrechtlich und willkürlich, nicht gefolgt werden. Die Auslegung formbedürftiger Geschäfte hat nach den gleichen Grundsätzen zu erfolgen wie diejenige formfreier. Eine Formvorschrift ist reines Gültigkeitserfordernis, antwortet auf die Frage, ob ein Vertrag zustande gekommen ist, hat jedoch mit dessen (erst nach Feststellung des Zustandekommens einsetzenden) Auslegung nichts zu tun und darf nicht zu deren Beschränkung führen (Bucher, OR Allgemeiner Teil, 2. A. 1988, S. 183). Ebenfalls bestätigt wird dieses Auslegungsergebnis durch die vom Bezirksgericht ebenfalls genannte Regel, dass im Zweifel die für den Schuldner günstigere Deutung vorzuziehen ist („in dubio mitius“ oder „favor debitoris“). Diese - zwar umstrittene - Regel lässt sich gemäss Jäggi/Gauch/Hartmann, a.a.O., N. 497 zu Art. 18 OR wie folgt rechtfertigen: Jede Belastung durch das Recht eines andern durchbricht den Grundsatz der Gleichberechtigung und bedarf, als Ausnahme, einer sicheren Begründung. Daher ist es Sache des Berechtigten, beim Vertragsabschluss für diese Begründung zu sorgen. Fehlt eine sichere Begründung, so spricht die Vermutung dafür, dass ein Recht des behaupteten Inhaltes gar nicht gewollt war; und für den Fall, dass es doch (übereinstimmend) gewollt war, hat der Berechtigte den Umstand zu vertreten, dass der ihm alsdann günstige Vertragswille nicht klar genug festgehalten wurde, sodass er sich nicht mehr zweifelsfrei feststellen lässt. Das Bundesgericht hat sich, wie die Berufungskläger zu Recht geltend machen, dahingehend geäussert, dass die „in dubio mitius“-Regel ausschliesslich bei vorformulierten Vertragsbedingungen gelten soll (Bundesgerichtsurteil 4A_453/2009 vom 26. Januar 2010 E. 4.3), weshalb vorliegend nicht darauf abzustellen ist, indessen dennoch festgehalten werden kann, dass auch diese Regel zu keinem anderen Auslegungsergebnis führen würde. Nichts zu ihren Gunsten ableiten können die Berufungskläger sodann aus dem Umstand, dass in den Planunterlagen im Wintergarten Möbel eingezeichnet waren. Zum einen handelt es sich dabei um eine unzulässige neue Tatsachenbehauptung, zum andern ist es gerichtsnotorisch, dass es nicht unüblich ist, auch nicht beheizte Wintergärten oder gar Aussensitzplätze oder Balkone in Planunterlagen möbliert darzustellen, was dem Käufer u.a. ermöglicht, sich aufgrund des Planes ein Bild über die Grösse

- 20 - des betreffenden Sitzplatzes oder Balkons zu machen. Aus entsprechenden Möblierungsvorschlägen kann nicht geschlossen werden, dass der entsprechende Raum oder Balkon ganzjährig bei wohnlichen Temperaturen genutzt werden kann. Die Auslegung nach dem Vertrauensprinzip ergibt somit, dass sich die Berufungsbe- klagten nicht verpflichtet haben, einen isolierten Wintergarten im Sinne einer Wohn- raumerweiterung zu erstellen. Ein übereinstimmender wirklicher Wille wurde von keiner Partei ausdrücklich behauptet.

E. 4.3.5

Die Berufungskläger bemängeln in diesem Zusammenhang weiter, dass das Bezirksgericht die Aussagen des Notars gemäss Schreiben vom 23. März 2009 nicht gewichtet und die Relevanz dieser Aussage nicht berücksichtigt habe. Das genannte Schreiben, in welchem darauf hingewiesen worden sei, dass die Parteien einen be- wohnbaren Wintergarten und damit auch einen beheizbaren Wintergarten vereinbart hätten, seien im Urteil mit keinem Wort erwähnt worden, ebenso wenig die Weigerung der Verkäufer, den Notaren vom Berufsgeheimnis zu entbinden. Letzter Umstand hätte zu Lasten der Verkäufer bei der Vertragsauslegung berücksichtigt werden müssen. Wurde ein Vertrag öffentlich beurkundet, so kann grundsätzlich auch die Art und Wei- se, wie die Urkundsperson den Vertrag verstanden hat, als Auslegungsmittel dienen, wobei sich der Inhalt des Vertrags natürlich nicht nach dem Verständnis der Urkunds- person bestimmt, dieses also nur insofern bedeutsam ist, als es im Einzelfall Schluss- folgerungen auf den Willen der Parteien zulässt (Jäggi/Gauch/Hartmann, a.a.O., N. 363 m.w.H.). Vorliegend ergibt sich indessen aus dem von den Berufungsklägern ein- gereichten E-Mail-Verkehr (roter Ordner), dass Notar J_____, der seinerzeit den Kaufvertrag beurkundet hatte, den Berufungsklägern am 23. März 2009 einen Brie- fentwurf unterbreitete. W_____ nahm gleichentags Änderungen an diesem Brief vor und sandte die Anlage „Brief an A_____ 23 03 2009.doc“ an J_____ zu- rück (roter Ordner S. 131). Auch weitere Schreiben liessen die Berufungskläger durch J_____ kontrollieren und allenfalls ergänzen. So wandte sich W_____ am 19. Juni 2009 an J_____ mit der Bitte, ein Schreiben an Rechtsanwalt N_____ zu begutachten und sich zu melden, wenn noch Änderungen vorzuneh- men wären (roter Ordner S. 174). Unter diesen Umständen fehlt es an der Unabhän- gigkeit der Aussagen der Urkundsperson und es ist nicht zu beanstanden, wenn das Bezirksgericht dem Schreiben vom 23. März 2009 und der Weigerung der Berufungs- beklagten, den Notaren aufgrund fehlender Unbefangenheit vom Berufsgeheimnis zu entbinden (S. 340), keinerlei Bedeutung zugemessen hat.

- 21 -

E. 4.3.6

Die Berufungskläger machen im Berufungsverfahren erstmals geltend, der Win- tergarten könne aufgrund der exorbitanten Temperaturen auch im Sommer nicht ge- nutzt werden, weshalb unabhängig davon, ob dieser als temperierter oder als voll be- heizbarer Wintergarten konzipiert worden sei, ein Werkmangel vorliege. Damit bringen die Berufungskläger neue Tatsachen vor, ohne darzulegen, weshalb sie diese trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorbringen konnten (Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO). Die neuen Tatsachenbehauptungen sind somit unzulässig und werden nicht berücksichtigt. In diesem Zusammenhang ist sodann auch die Feststellung der Vorinstanz, wonach als gerichtsnotorisch anzusehen ist, dass ein Wintergarten in erster Linie und unab- hängig von seinem Typ der Gewinnung zusätzlichen Wohnraums diene, während der Energiespareffekt

nur sekundäre Bedeutung habe, nicht zu beanstanden. Der Umstand, dass der Wintergarten nicht 365 Tage im Jahr als Wohnraum genutzt werden kann, widerspricht der Feststellung der Vorinstanz nicht. Ebenso wenig kann - wie bereits gesagt - aus einem Möblierungsvorschlag auf eine ganzjährige Nutzung bei Zimmertemperatur geschlossen werden. Dem Gutachten F_____ kann entnommen werden, dass ein unbeheizter Wintergarten von Frühling bis Herbst genutzt werden kann, wenn es draussen kalt ist, nur bei Sonnenschein (S. 424). D_____, der im Auftrag der Berufungskläger den isolierten Wintergarten erstellte, sagte denn auch aus, dass der ursprüngliche, nicht isolierte Wintergarten im Sommer sicher bewohnbar gewesen wäre (S. 382). Die getroffene Lösung - Bodenheizung/nicht isolierte Hülle - führt zwar aufgrund der verlegten Bodenheizung zu Problemen (Wärmeverlust/Kondenswasser), indessen machten die Berufungskläger nie geltend, dass die Berufungsbeklagten eine Abmahnungspflicht gehabt hätten oder einer solchen nicht nachgekommen seien. Soweit sich die Berufungskläger sodann auf die Bauabnahme der Gemeinde B_____ vom 11. November 2009 berufen (S. 516 f.), ist festzuhalten, dass dies ebenfalls ein neues Vorbringen darstellt, das im Berufungsverfahren nur zulässig ist, soweit die Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO erfüllt sind, was vorliegend nicht der Fall ist.

E. 4.3.7

Schliesslich ist anzumerken, dass das Gerichtsgutachten den von den Berufungsbeklagten erstellen Wintergarten nicht als Verandaverglasung bezeichnet, wie es die Berufungskläger geltend machen. Das Bezirksgericht hat auch dargelegt, weshalb es nicht auf die Angaben des Zeugen D_____, welcher den ursprünglich erstellten

- 22 - Wintergarten als Verandaverglasung bezeichnete, abstellte. Die Darstellung der Berufungskläger, die Bauherrschaft habe lediglich eine Verandaverglasung geplant und erstellt, ist aktenwidrig, da eine Verandaverglasung 2-dimensional, d.h. ohne Dachverglasung, erstellt wird (Gutachten F_____, S. 422) und D_____ angab, bei der Erstellung des isolierten Wintergartens vom ursprünglichen Wintergarten nur das Dach mit einem Isolierglas eingebracht und die übrige Verglasung ausgewechselt zu haben (S. 383). Ebenfalls unzutreffend ist Ansicht der Berufungskläger, dass der bei ihrem Nachbarn C_____ erstellte Wintergarten keine Bodenheizung aufweise, mithin der mit der ursprünglichen Bauweise des Streitobjekts identische Wintergarten Nachteile aufweise, wie sie ihr Wintergarten zu Beginn ebenfalls aufgewiesen habe. Entgegen der aktenwidrigen Behauptung der Berufungsbeklagten wurde im Wintergarten von C_____ ebenfalls eine Bodenheizung verlegt. Anlässlich der Zeugeneinvernahme vor Bezirksgericht führte dieser aus (S. 351, Antworten auf Fragen 2 und 3): „Es handelt sich dabei um einen einfachverglasten Wintergarten mit Bodenheizung (...) Der Wintergarten ist im Winter zu kalt, wegen der Einfachverglasung. Ich habe die Bodenheizung auf dem absoluten Minimum eingestellt, damit sei nicht einfriert. Würde ich auf das Maximum gehen, würde zu viel Wärme verloren gehen.“

E. 5

In Bezug auf die Beschattung des Wintergartens hielt das Bezirksgericht fest, die Kläger hätten den Beklagten zugesichert, dass der Wintergarten mit zwei elektrischen Storen und einem elektrischen Markisendach ausgestattet werden sollte, ohne dass diesen hierfür zusätzlich Kosten entstehen sollten (E. 4.3.1). Die Beklagten hätten aber weder behauptet, sie hätten von den Klägern innerhalb einer (angemessenen) Verbeserungsfrist eine

Nachbesserung verlangt, noch dass die Kläger diese nicht vorgenommen hätten oder dazu nicht imstande oder bereit gewesen seien, was zur Folge habe, dass die Berufungskläger die Möglichkeit der Minderung verloren hätten und sie auch nicht auf andere Ansprüche ausweichen könnten (E. 5.2.1).

E. 5.1

Rechtsbegründende und rechtsaufhebende Tatsachen müssen, soweit die Verhandlungsmaxime gilt, von den Parteien in der von der kantonalen Prozessvorschrift verlangten Form und Frist behauptet werden (ZWR 2007 S. 229; Vogel/Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts, 8. A., Bern 2006, 10. Kap. N. 54 ff.). Die inhaltlichen Anforderungen an die Substanziierung bundesrechtlicher Ansprüche richten sich dabei nach dem Bundesrecht. Eine rechtsgenügeliche Substanziierung liegt vor, wenn der Sachverhalt so konkretisiert ist, dass er unter die Bestimmungen des Bundesrechts subsumiert werden kann, das heisst die Beurteilung der Rechtsbehauptung zulässt, um die sich der Streit dreht (BGE 108 II 337 E. 2 und 3 mit Hinweisen; Brönnimann, Die

- 23 - Behauptungs- und Substanziierungslast im schweizerischen Zivilprozessrecht, Diss. Bern 1989, S. 166). Allgemein gilt, dass der Kläger das sog. Klagefundament, d.h. die die Klage begründenden Tatsachen so substanziiert zu behaupten hat, dass darüber Beweis geführt werden kann (ZWR 2007 S. 231, S. 135). Mit der Substanziierung kann nicht bis zum Beweisverfahren gewartet werden, da es bereits für die Durchführung des Beweisverfahrens notwendig ist zu wissen, was zu beweisen ist. Ebenso wenig obliegt es dem Gericht, sich aus diversen Unterlagen die wesentlichen herauszusuchen (Bundesgerichtsurteil 4C.341/2000 vom 18. April 2001, E. 2b mit weiteren Hinweisen). Die Tatsachenbehauptungen sind somit vor Durchführung des Beweisverfahrens aufzustellen, da dieses nicht dazu dienen kann, das Behauptungsverfahren nachzuholen. Ein nicht vorgebrachter Sachverhalt ist im Endentscheid einem nicht bewiesenen gleichzustellen (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, N. 1a zu § 113). Wenn mangels genügender Behauptungen ein bestimmter Sachverhalt nicht berücksichtigt werden darf oder ungewiss bleibt, muss der Richter zu Ungunsten der beweisbelasteten Partei entscheiden (BGE 97 II 339 E. 1b). Unter der Herrschaft der Dispositions- und der Verhandlungsmaxime ist es Sache der Parteien, die geltend gemachten Ansprüche zu benennen sowie den Sachverhalt darzulegen und zu beweisen; dem Richter obliegt einzig, die zutreffenden Rechtssätze auf den behaupteten und festgestellten Sachverhalt zur Anwendung zu bringen (ZWR 2007 S. 231; Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. A. 1979, S. 156). Ein Rechtssatz kann daher nicht von Amtes wegen angewendet werden, wenn sein Tatbestand nicht einmal behauptet, geschweige denn bewiesen ist (Guldener, a.a.O., S. 156, Anm. 9). Der Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen schützt nicht vor dem Verlust eines materiellen Anspruchs durch unsorgfältige Prozessführung (BGE 115 II 464 E. 1). Andererseits gelten im Anwendungsbereich der Verhandlungsmaxime aber jene Tatsachen als verwirklicht, die vom Ansprecher behauptet und vom Gegner zugestanden oder nicht (wirksam) bestritten wurden (Brönnimann, a.a.O., S. 3). Übereinstimmende oder unbestrittene Sachbehauptungen sind demzufolge für den Richter verbindlich und dem Urteil zugrunde zu legen, soweit es sich nicht um offenkundig unrichtige oder unmögliche Tatsachen handelt (ZWR 2007 S. 231; Brönnimann, a.a.O., S. 6). Bestreitet der Prozessgegner aber das an sich schlüssige Vorbringen der behauptungsbelasteten Partei, kann diese gezwungen sein, die rechtserheblichen Tatsachen nicht nur in den Grundzügen, sondern so

umfassend und klar darzulegen, dass darüber Beweis abgenommen werden kann (BGE 108 II 337 E. 3; ZWR 2007 S. 231 f.).

- 24 -

E. 5.2

Nach der erstinstanzlich anwendbaren Zivilprozessordnung des Kantons Wallis haben die Parteien die aus ihrer Sicht für den Ausgang des Verfahrens wesentlichen Tatsachen grundsätzlich in den Rechtsschriften in substantzierter Form vorzubringen (Art. 126 Abs. 1 lit. d, Art. 130 Abs. 1 lit. c und d ZPO). So hat der Kläger die Tatsachen, auf die er sein Begehren stützt, gemäss Art. 126 Abs. 1 lit. d ZPO in der Klage zu behaupten. Anlässlich der Vorverhandlungen kann er etwaige neue Tatsachen zu Protokoll geben (Art. 142 Abs. 2 ZPO) und der Beklagte erhält Gelegenheit, darauf zu erwidern (Art. 142 Abs. 3 ZPO). Die Vorverhandlungen sind der letzte Zeitpunkt, in welchem neue Tatsachen vorgebracht werden können (ZWR 2007 S. 231; 2003 S. 148 E. 3a mit Hinweis auf Fux, Die Walliser Zivilprozessordnung, 1988, S. 96 Ziff. 6, zu Art. 165 aZPO). Danach sind grundsätzlich auch keine neuen Beweismittel mehr zulässig (Art. 145 Abs. 1 ZPO). Ausnahmsweise kann der Richter gemäss Art. 145 Abs. 2 ZPO (vgl. auch Art. 206 ZPO) nach den Vorverhandlungen neue Beweismittel zulassen, wenn sich aus den Akten ergibt, dass diese Beweise notwendig sind, um die behaupteten Tatsachen, auf denen die Rechte und Ansprüche der Parteien beruhen, vollständig und wahrheitsgetreu festzustellen. Es handelt sich hierbei um eine dem Richter nach seinem freien Ermessen gewährte Befugnis und nicht um eine Verpflichtung zur Abnahme eines beantragten Beweismittels (zum Ganzen ZWR 1996 S. 220 f. E. 2 und 3; 1991 S. 190). Voraussetzung für die Anordnung von Beweisen von Amtes wegen ist aber stets, dass die Parteien beweispflichtige Tatsachen rechtzeitig vorgebracht, also behauptet haben. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass es nicht Aufgabe des Gerichts ist, gleichsam nach einem subsumtionsfähigen Sachverhalt zu forschen (vgl. ZWR 1991 S. 189).

E. 5.3

Die Berufungskläger machen geltend, sie hätten bei der Geltendmachung des Minderwertes nicht etwa die Beschattung der gesamten Flachdachterrasse der Attika-Wohnung in Rechnung gestellt. Die von D_____ mit Rechnung vom 30. Dezember 2009 aufgeführten Arbeiten würden einzig die Beschattung des Wintergartens betreffen. Diese Behauptung ist aktenwidrig. Die Rechnung von D_____ vom 30. Dezember 2009 betrifft ausdrücklich die „Beschattung neben dem Wintergarten über die Dachterrasse“. Die Berufungskläger haben weder in der Klageantwort noch in der Duplik oder im Rahmen der Vorverhandlung diesbezüglich einen Schaden oder Minderkosten seitens der Bauherrschaft eziffert. In der Klageantwort haben die Berufungskläger eine Zusammenstellung ihrer geltend gemachten Verrechnungsforderung von Fr. 57'510.90 aufgeführt (S. 111 f.). Darin ist keine Position für eine fehlende oder mangelhafte Beschattung des Wintergartens enthalten. Die Berufungsbeklagten ma-

- 25 - chen denn auch geltend, diese Leistung erbracht zu haben. Aufgrund der Sachdarstellung der Parteien ist unstrittig, dass die Berufungskläger die Berufungsbeklagten niemals unter Formulierung einer gehörigen Mängelrüge zur Nachbesserung aufgefordert haben. Ebenso wenig behaupten die Berufungskläger hinreichend detailliert, die Berufungsbeklagten hätten sich deutlich und entschieden geweigert, eine Nachbesserung vorzunehmen, oder sie seien dazu offensichtlich nicht imstande gewesen, indem deut-

zu Tage getreten sei, dass die Berufungsbeklagten unfähig gewesen seien, diese Mängel sachgerecht oder innerhalb angemessener Frist zu beheben. Schliesslich behaupten die Berufungskläger auch nicht, dass eine Nachbesserung objektiv unmöglich gewesen sei. Bei dieser tatsächlichen Ausgangslage steht fest, dass die Berufungskläger den vertraglich vereinbarten Vorrang des Nachbesserungsrechts der Berufungskläger nicht beachtet haben und dass auch kein Ausnahmetatbestand zum Vorrang des Nachbesserungsrechts vorliegt. Damit haben die Berufungskläger ihre Ansprüche auf Wande- lung und Minderung verwirkt, insbesondere auch im Hinblick auf allfällige Mängel. Selbst wenn man den Berufungsklägern dahingehend folgen würde, dass die Berufungsbeklagten ihre Leistungspflicht in Bezug auf die Beschattung des Wintergartens gar nicht erfüllt hätten und sich das Nachbesserungsrecht nur auf allfällige mangelhaft gelieferte Werkteile beziehen würde, hätten die Berufungskläger - wie die Berufungsbeklagten geltend machen - nach den Verzugsregeln, namentlich Art. 107 OR vorgehen müssen, was sie nicht getan haben. Das erstinstanzliche Urteil ist somit auch diesbezüglich nicht zu beanstanden.

E. 6

Ein weiterer Streitpunkt betrifft die Beschattung der Dachterrasse. Die Vorinstanz kam dabei zum Schluss, im Gegensatz zum Wintergarten sei eine Beschattung der Flachdachterrasse weder im Baubeschrieb vorgesehen gewesen noch von den Parteien zusätzlich vereinbart worden, weshalb für die Kläger keine entsprechende Werkleistungspflicht bestanden habe und bestehe (E. 4.3.2). In diesem Zusammenhang wiederholen die Berufungskläger in Ziff. 52 - 58 der Berufung das in ihrer Schlussdenkschrift bereits Gesagte. Insofern setzen sie sich nicht mit dem vorinstanzlichen Entscheid auseinander, weshalb darauf nicht einzutreten ist. In Ziff. 59 bringen die Berufungskläger sodann vor, aufgrund der Akten sei bewiesen, dass zwischen den Parteien nach eingehenden Diskussionen schlussendlich Übereinstimmung betreffend die Beschattung gefunden worden sei. Diesbezüglich berufen sie sich auf eine E-Mail vom 21. Juli 2009 (roter Ordner S. 184), die Tatsache, dass so-

- 26 - dann für die Beschattung ein Baugesuch eingegeben wurde sowie auf eine E-Mail von den Berufungsklägern an sich selbst (roter Ordner S. 185). Mit diesen Beweismitteln - es geht um Korrespondenz in Bezug auf die Einholung einer Baubewilligung für die Beschattung der Dachterrasse und um eine Offerte für diese Beschattung - lässt sich keinesfalls der Nachweis erbringen, dass die Beschattung der Dachterrasse im Kaufpreis der Wohnung enthalten gewesen wäre. Vielmehr ist es gerade die im ursprünglichen Projekt nicht vorgesehene Beschattung der Dachterrasse, die die Einholung eines Baugesuchs erforderlich machte. Sodann ist im Baubeschrieb festgehalten: „Auf jedem Balkon Gelenkarm-Markisen, Standardausführung“ (S. 79). Wie das Bezirksgericht richtig festhält, unterscheidet der Baubeschrieb an anderem Ort zwischen Flachdach und Balkonen (S. 77) und der Grundrissplan bezeichnet den fraglichen Bereich als „Flachdach begehbar“ bzw. als „Terrasse“ (S. 84), nicht jedoch als Balkon. Ebenfalls zutreffend ist, dass die Berufungskläger die Beschattung auch nicht automatisch aufgrund des höheren Preises für die Attikawohnung und deren Sonnenexponiertheit erwarten durften. Es ist gerichtsnotorisch, dass für Attikawohnungen erheblich höhere Preise bezahlt werden als für die unterliegenden Wohnungen, unabhängig davon, ob und wie die Beschattung der Terrasse vorgesehen ist. Die Berufung erweist sich auch in diesem Punkt als unbegründet.

E. 7

Die Berufungskläger bemängeln des Weiteren eine fehlende Lamellen-Schrägstore, wofür sie einen Anteil der Kosten für die Beschattung bzw. konkret Fr. 4'000.-- in Abzug bringen möchten. Der Bezirksrichter hielt dazu fest, dass es seiner Ansicht nach - die diesbezügliche Sachdarstellung der Beklagten sei nicht gänzlich klar - um eine nicht montierte Lamellen-Store im „Schrägenfenster“ der Hausfront handle. Die Kläger hätten zumindest sinn- gemäss einen Werkmangel in der Höhe von Fr. 500.-- anerkannt. Der von den Beklagten ins Recht gelegten Rechnung vom 30. Dezember 2009 (S. 152 f.) könne nicht entnommen werden, dass eine Lamellen-Schrägstore für Fr. 4'000.-- montiert worden sei. Die Rechnung sei offenbar für die „Beschattung neben dem Wintergarten über der die Dachterrasse“ erfolgt, was gegen eine montierte Schrägstore in der Hausfront spreche. Die beweisbelasteten Beklagten hätten keinen rechtsgenügenden Beweis für den geltend gemachten Abzug von Fr. 4'000.-- erbracht; der erwähnte Mangel könne gemäss Art. 66 Abs. 5 ZPO/VS nur in dem von den Klägern anerkannten Umfang von Fr. 500.-- zugestanden werden (E. 4.4.). Von welcher Lamellenschrägstore in der Klageantwort die Rede ist (S. 110), erschliesst sich dem Gericht selbst nach Kenntnisnahme der Berufungsschrift nicht. Ge-

- 27 - mäss den Berufungsbeklagten handelt es sich um ein Schrägenfenster, das mit keiner Store versehen wurde, wofür sie Fr. 500.-- anerkannt haben. Die Berufungskläger führen in ihrer Berufung aus, die Verkäufer würden in TB 84 selbst zugeben, dass teilweise der Sonnenschutz nicht gemäss Vertrag montiert worden sei und würden behaupten, dieser Minderwert belaufe sich auf Fr. 500.--. Wenn sie sodann ausführen, es sei aber Tatsache, dass ohne einen entsprechenden Sonnenschutz die Flachdachterrasse überhaupt nicht benutzbar sei, schaffen sie auch im Berufungsverfahren nicht mehr Klarheit, wofür sie die Mehrkosten von Fr. 4'000.-- geltend machen. Wie das Bezirksgericht richtig festgestellt hat, kann auch der Rechnung von D_____ vom 30. Dezember 2009 (S. 152 f.) nicht entnommen werden, dass eine Lamellen-Schrägstore für Fr. 4'000.-- montiert worden wäre, betrifft diese Rechnung doch die „Beschattung neben dem Wintergarten über die Dachterrasse“. Der vom Bezirksgericht gezogene Schluss, die beweisbelasteten Berufungskläger hätten keinen rechtsgenügenden Beweis für den geltend gemachten Abzug erbracht, ist somit nicht zu beanstanden und der erwähnte Mangel ist nur in dem von den Berufungsbeklagten anerkannten und in ihrem Rechtsbegehren bereits berücksichtigten Umfang von Fr. 500.-- zu berücksichtigen.

E. 8

Ein weiterer Streitpunkt betrifft die Montage Sanitärapparate. Die Berufungskläger verzichteten unbestrittenermassen auf die vorgesehene Standardausführung der Sanitärapparate und kauften selbst solche bei einem Drittlieferanten. Der Sanitärinstallateur K_____ hat sich in Folge geweigert, die „Fremdapparate“ einzubauen. Die Berufungsbeklagten schrieben den Berufungsklägern in der Schlussabrechnung den im Baubeschrieb vorgesehenen Betrag für Sanitärapparate von Fr. 18'000.-- sowie Fr. 800.-- für die Montage der Sanitärapparate gut. Die Beklagten machen geltend, sie hätten für die Montage der Sanitäranlagen Fr. 2'800.-- bezahlen müssen. Das Bezirksgericht kam zum Schluss, dass es die Beklagten unterlassen hätten, die Kostenübernahme oder -beteiligung für die Montage der Sanitärapparate vorgängig mit der Bauherrschaft zu klären bzw. zu vereinbaren. Sei dem aber so, könne nicht automatisch bzw. in guten Treuen auf eine nachträgliche und vollumfängliche Kostenübernahme geschlossen werden. Dies müsse umso mehr gelten, als dass die Beklagten offenbar Apparate im „Sanitärwert“ von Fr.

38'000.-- hätten montieren lassen, wogegen im Baubeschrieb diesbezüglich nur Fr. 18'000.-- vorgesehen gewesen seien (E. 4.5.3). Wenn die Berufungskläger vorbringen, die Berufungsbeklagten hätten mit dem Einverständnis zur Montage durch eine Drittfirma auch gleichzeitig auf die Geltendmachung der Kosten für die Montage verzichtet, ist dies unbestritten. Es geht lediglich um den

- 28 - Umfang dieser Leistung: Entscheidend ist dabei, was die Berufungsbeklagten für die Montage von Standardarmaturen hätten bezahlen müssen und nicht, was die Berufungskläger tatsächlich für die Montage ihrer speziell ausgewählten Armaturen bezahlten. Indessen obliegt es nicht den Berufungsklägern, die zu berücksichtigenden Kosten zu beziffern, wäre dies doch lediglich den Berufungsbeklagten möglich gewesen, die ihrerseits - ohne entsprechenden Nachweis - lediglich Fr. 800.-- anrechnen lassen wollen. Es ist unbestritten, dass der ursprünglich mit der Installation beauftragte Sanitär nicht oder nur gegen Bezahlung nach Aufwand bereit war, die Montage der Armaturen der Berufungskläger vorzunehmen. Die Berufungsbeklagten waren mit dem Beizug eines Dritten einverstanden und die Berufungskläger haben nachgewiesen, dass sie L_____ für diese Arbeiten Fr. 2'800.-- bezahlt haben. Es wäre an den Berufungsbeklagten gewesen, nachzuweisen, dass die Kosten für die Montage der ursprünglich vorgesehenen Standardarmaturen tiefer gewesen wären. Die Berufung ist deshalb in diesem Punkt gutzuheissen und es sind Montagekosten von Fr. 2'800.-- statt Fr. 800.-- anzurechnen.

E. 9

Umstritten ist ferner, ob die Kläger in Bezug auf die Schallisolation die SIA-Norm 181 (Ausgabe 2006) zugesichert haben. Die Beklagten behaupteten, bei der Wohnungsabschlusstüre habe ein Akustiker festgestellt, dass die entsprechenden Anforderungen nicht erfüllt seien und wollen die Kosten dieses Akustikberichts von Fr. 1'650.50 zur Verrechnung bringen. Die Kläger bestritten, dass die Schallisolation nach SIA überhaupt vereinbart worden ist. Die Berufungsbeklagten verpflichteten sich in Ziff. 4 des Kaufvertrages, die Liegenschaft unter anderem gemäss „den Bestimmungen der SIA“ und dem Baubeschrieb fertig zu stellen. Letzterer hält unter der Rubrik „Allgemeines“ fest, dass das Mehrfamilienhaus einem „hohen Ausführungsstandard“ entspreche und auf „die Schalldämmung (...) speziell geachtet“ werde. Das Bezirksgericht kam zum Schluss, dass die Beklagten die Zusicherung aufgrund des Baubeschriebs nach Treu und Glauben dahingehend verstehen durfte, dass die gekaufte Wohnung den allgemein anerkannten Regeln der Baukunde entspreche, welche in Bezug auf den Schallschutz in der SIA-Norm 181 definiert werde, mithin die im Zeitpunkt des Kaufs gültigen Werte dieser Norm massgebend seien (E. 4.6.1). Es hielt sodann fest, dass die Wohnungsabschlusstüre die Mindestanforderungen der SIA-Norm 181 nicht erfüllt habe, mithin - jedenfalls bis zu den durch Schreiner P_____ vorgenommenen Dichtungs- und Einstellungsarbeiten - von einer mangelhaften Wohnungsabschlusstüre bzw. von einem Werkmangel auszugehen sei, welcher durch den Akustikbericht belegt sei (E. 4.6.2). Es sei indessen un-

- 29 - bestritten, dass die Beklagten diesen Bericht ohne Rücksprache mit den Klägern in Auftrag gegeben hätten. Die Berufungskläger würden nicht behaupten, vorgängig die Nachbesserung verlangt zu haben bzw. dass die Berufungsbeklagten nicht imstande oder bereit gewesen wären, die Nachbesserung vorzunehmen. Aus den in der Duplik vorgebrachten Tatsachenbehauptungen 99 und 100 ergebe sich denn auch, dass die Berufungskläger erst „in letzter Zeit“ die schlechte Qualität der Schalldämmung auffallen sei und sie diese „im Rahmen des nun vorliegenden Verfahrens“ hätten prüfen lassen.

Mithin sei auch diesbezüglich davon auszugehen, dass die Berufungskläger ihr Minderungsrecht sowie allfällige andere Ansprüche mangels vorgängiger Geltendmachung des Nachbesserungsrechts verloren hätten. Die Berufungskläger machen mit ihrer Berufung geltend, der diesbezügliche Mangel sei von Seiten der Berufungsbeklagten noch im Schriftenwechsel bestritten worden, weshalb sie von diesen geradezu zu einer Expertisierung der Mängel gezwungen worden seien. Erst aufgrund der vorliegenden Expertise seien die Berufungsbeklagten bereit gewesen, diese Mängel zu beheben. Vor Einholung der Expertise haben die Berufungskläger mit Klageantwort vom 24. September 2010 mit TB 61 geltend gemacht, im Verlaufe des Jahres 2009 habe festgestellt werden müssen, dass sowohl die Wärmedämmung nicht dem Minergiestandard entsprochen habe, als auch bei den Schallemissionen der notwendige Standard nach SIA nicht erreicht werde. Dies wurde seitens der Berufungsbeklagten bestritten. Eine Mängelrüge muss inhaltlich den Vertragspartner darüber informieren, inwieweit das Werk als mangelhaft betrachtet wird. Sie muss sachgerecht substantiiert sein und den Mangel möglichst genau bezeichnen. Eine bloss pauschale Rüge genügt nicht. Die Mängelrüge muss so konkret formuliert werden, dass der Unternehmer erkennen kann, um welchen Mangel es geht und er ihn selber feststellen kann. Dies setzt zwar nicht voraus, dass der Besteller den gerügten Mangel fachlich richtig umschreibt und in allen Einzelheiten schildert. Es genügt, wenn er den aus seiner subjektiven Sicht vorhandenen Mangel so beschreibt, wie er ihn selber sieht und beschreiben kann (vgl. Gauch, a.a.O., N. 2129 ff. m.w.H.). Die Rüge der Berufungsbeklagten, dass „bei den Schallemissionen der notwendige Standard nach SIA nicht erreicht wird“, erweist sich vorliegend als nicht hinreichend konkret. So ergibt sich aus der Rüge nicht, inwiefern die Schalldämmung bemängelt wird, ob es beispielsweise um Trittschall geht, Lärm aufgrund mangelhafter Gebäudehülle/Fenster von aussen in die Wohnung dringt, Lärm von haustechnischen Installati-

- 30 - onen wahrnehmbar ist oder der Lärm im Gebäudeinnern, vom Treppenhaus in die Wohnung dringt. Gemäss Gutachter beklagten Bewohner störende Schallübertragungen aus dem Treppenhaus. Dies hätte in der Rüge konkretisiert werden müssen. Der Gutachter kam zum Schluss, dass bei der Wohnungsabschlusstür der Berufungsbeklagten die Falzdichtung (insbesondere die Bodendichtung) nicht optimal anlag und dass durch die Optimierung der Fugendichtungen eine markante Verbesserung der schalltechnischen Situation erzielt werden könne (S. 207). Hätten die Berufungskläger geltend gemacht, die Wohnungsabschlusstüre dämme den Schall schlecht, hätten die Berufungsbeklagten erkennen können, um welchen Mangel es geht und sie hätten ihn selber feststellen können, was bei einer pauschalen Beanstandung, bei den Schallemissionen werde der notwendige Standard nach SIA nicht erreicht, notabene in einem Mehrfamilienhaus nicht der Fall ist. Die Mangelbehebung war sodann mit wenig Aufwand möglich. Der mit der Lieferung der Türen beauftragte Schreiner P_____ sagte aus, er habe die Türe nochmals eingestellt, damit sie besser dichte. Er habe am unteren Türende ein zusätzliches Band angebracht, das Schliessblech ausgewechselt und sonst Massnahmen getroffen, damit die Türe besser dichte. Die Berufungskläger machten zwar geltend, der Mangel sei auch nach diesen Arbeiten bestehen geblieben (S. 248), blieben für diese Behauptung aber jeglichen Nachweis schuldig. Fehlt es an einer konkreten Mängelrüge, konnten die Berufungskläger auch keine Nachbesserung seitens der Berufungsbeklagten erwarten und sie können sich nicht darauf berufen, dass die Aufforderung zur Nachbesserung unnütz gewesen wäre, da die Berufungsbeklagten den Mangel bestritten haben. Unter diesen Umständen habend die Berufungskläger die Kosten des Gutachtens selber zu tragen.

E. 10

Die Beklagten machten sodann einen Minderwert von Fr. 1'440.-- für nicht gelieferte Bodenbeläge auf der Terrasse geltend. Die Vorinstanz hielt diesbezüglich fest, die Beklagten seien ihrer diesbezüglichen Hauptungspflicht und Beweislast nicht nachgekommen. Da unklar bleibe bzw. nicht dargetan sei, dass die Kläger die Bodenplatten nicht verlegen liessen, hätten sie sich den geltend gemachten Minderwert von Fr. 1'440.-- auch nicht anrechnen zu lassen (E. 4.7). Die Berufungskläger bringen in ihrer Berufung vor, gemäss Baubeschrieb wie auf den Balkonen ein Rasenteppich vorgesehen und im speziellen Baubeschrieb Bodenplatten zum Preis von Fr. 40/m² zugesichert gewesen. Aufgrund der unerträglichen Hitze auf dem Flachdach sei das Verlegen von Bodenplatten auf der Terrasse nicht möglich ge-

- 31 - wesen, weshalb sie auf eigene Kosten einen Kunststoffholzboden verlegt hätten. Die Berufungsbeklagten hätten im Gegensatz dazu die Bodenplatten gemäss vertraglicher Zusicherung nicht liefern müssen. In der Klageantwort vom 24. September 2010 wird kein Minderwert für nicht gelieferte Bodenplatten geltend gemacht. Vielmehr ist dort nur die Rede von Rasenteppich, der allerdings nur auf den Balkonen und nicht auf der Dachterrasse vorgesehen war. Auch in der Duplik vom 4. Februar 2011 werden die Bodenplatten nicht thematisiert, sondern nur geltend gemacht, die Berufungskläger hätten die Terrasse mit einem Kunststoffholzprodukt versehen. Ebenso wenig war anlässlich der Vorverhandlung von den Bodenplatten die Rede. Der in diesem Zusammenhang zur Verrechnung gebrachte Betrag von Fr. 1'440.-- basiert bei einer Fläche von 48 m² denn auch auf dem Preis für den Rasenteppich (Fr. 30.--/m²) und nicht auf jenem für die Gehwegplatten (Fr. 40.--/m²). Wenn die Berufungskläger im Berufungsverfahren erstmals vorbringen, die vertraglich zugesicherten Gehwegplatten seien nicht geliefert worden, handelt es sich um ein unzulässiges Novum. Zudem ist nicht erwiesen, dass die gemäss Vertrag zu liefernden Bodenplatten nicht unter dem Kunststoffboden verlegt worden sind.

E. 11

Das Gericht entscheidet in der Regel im Endentscheid über die Prozesskosten, die einerseits die Gerichtskosten, welche mit den von den Parteien geleisteten Kostenvorschüssen verrechnet werden (Art. 98 und Art. 111 ZPO), und andererseits die Parteientschädigung umfassen (Art. 104 Abs. 1, 105 Abs. 1 und 95 ZPO). Die Höhe der Prozesskosten richtet sich nach kantonalen Tarifen (Art. 96 und 105 Abs. 2 Satz 1 ZPO), im Kanton Wallis nach dem Gesetz betreffend den Tarif der Kosten und Entschädigung vor Gerichts- oder Verwaltungsbehörden (GTar) vom 11. Februar 2009. Die Verteilung der Prozesskosten richtet sich grundsätzlich nach dem Ausgang des Verfahrens, indem die Prozesskosten im Allgemeinen der unterliegenden Partei auferlegt werden (Art. 106 Abs. 1 und 2 ZPO). Während die Gerichtskosten von Amtes wegen festgesetzt und verteilt werden (Art. 105 Abs. 1 ZPO), wird eine Parteientschädigung einer Partei nur auf Antrag hin zugesprochen; sie kann hierfür eine Kostenliste einreichen (Art. 105 Abs. 2 Satz 2 ZPO). Die Berufungskläger wollten statt der erstinstanzlich festgestellten Kaufpreisrestanz von Fr. 46'731.35 nichts bezahlen und drangen mit ihrer Berufung nur im Umfang von Fr. 2'000.-- oder 4,3 % durch. Sie haben deshalb die Kosten des Berufungsverfahrens vollumfänglich zu tragen und die Berufungsbeklagten hierfür angemessen zu entschädigen. In Bezug auf die Prozesskosten des erstinstanzlichen Verfahrens bleibt es beim Entscheid des Bezirksgerichts (Art. 318 Abs. 3 [e contrario] ZPO).

E. 11.1

Die Gerichtskosten setzen sich zusammen aus Pauschalen, insbesondere für den Entscheid (Entscheidunggebühren), sowie aus bestimmten bei Gericht angefallenen Kosten (Art. 95 Abs. 2 ZPO; ‚Auslagen‘ nach der Terminologie von Art. 7 ff. GTar). Die Gerichtsgebühr wird aufgrund des Streitwerts, des Umfangs und der Schwierigkeit des Falls, der Art der Prozessführung der Parteien sowie ihrer finanziellen Situation festgesetzt (Art. 13 Abs. 1 GTar). Sie bewegt sich zwischen einem Minimum und einem Maximum und wird unter Berücksichtigung des Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzips festgesetzt (Art. 13 Abs. 2 GTar); besondere Umstände, die hier nicht vorliegen, können eine Verdoppelung der Ansätze oder eine verhältnismässige Kürzung der Gebühr rechtfertigen (Art. 13 Abs. 3 und Art. 14 Abs. 1 GTar). Bei einer geldwerten Streitigkeit des Zivilrechts bewegt sie sich bei einem Streitwert von Fr. 46'731.35 im Rahmen von Fr. 1'800.-- bis Fr. 6'000.-- (Art. 16 Abs. 1 GTar; Fassung laut Dekret über die Anwendung der Bestimmungen über die Ausgaben- und Schuldenbremse im Rahmen des Budgets 2015 vom 16. Dezember 2014). Für das Berufungsverfahren gelten die gleichen Ansätze; dabei kann ein Reduktions-Koeffizienten von 60% berücksichtigt werden (Art. 19 GTar). Im Berufungsverfahren wurde ein einziger Schriftenwechsel ohne mündliche Verhandlung durchgeführt. Das Dossier war durchschnittlich umfangreich. Deshalb ist unter Berücksichtigung der vorstehend angeführten Kriterien eine Gerichtsgebühr von Fr. 3'200.-- angemessen. Nach Anrechnung des von den Berufungsklägern geleisteten Kostenvorschusses von Fr. 1'500.-- werden diesen noch Fr. 1'800.-- in Rechnung gestellt.

E. 11.2

Die Parteientschädigung umfasst den Ersatz notwendiger Auslagen, die Kosten der berufsmässigen Vertretung und wenn eine Partei nicht berufsmässig vertreten ist, in begründeten Fällen eine angemessene Umtriebsentschädigung (Art. 95 Abs. 3 lit. a, b, c ZPO). Das Honorar des Rechtsbeistandes richtet sich in der Regel nach dem Streitwert (Art. 27 Abs. 2 und Art. 28 Abs. 1 GTar). Bei einem Streitwert von Fr. 46'731.35 beträgt der ordentliche Rahmen inkl. MwSt. (Art. 27 Abs. 5 GTar) Fr. 5'800.-- bis Fr. 8'200.-- (Art. 32 Abs. 1 GTar). Für das Berufungsverfahren vor Kantonsgericht ist ein Reduktionskoeffizient von 60 % zu berücksichtigen, womit das Honorar im Prinzip minimal Fr. 2'320.-- und maximal Fr. 3'280.-- beträgt (Art. 35 Abs. 1 lit. a GTar). Innerhalb des vorgegebenen Rahmens bemisst das Gericht das Honorar mit Rücksicht auf die Natur und Bedeutung des Falles, dessen Schwierigkeit und Umfang sowie die vom Rechtsbeistand nützlich aufgewandte Zeit und die finanzielle Situation der Partei (Art. 27 Abs. 1 GTar). Unter Berücksichtigung des angeführten Rahmentarifs

- 33 - und der hiervor genannten Kriterien, namentlich der bei der Bemessung der Gerichtsgebühren angeführten Problematik des Falles sowie des mit der Vertretung im Berufungsverfahren verbundenen Aufwands mit einem einfachen Schriftenwechsel ohne mündliche Verhandlung, erachtet das Kantonsgericht eine Parteientschädigung von Fr. 3'000.-- (inklusive Auslagen) als angemessen.

Das Kantonsgericht verfügt

Der Beweisantrag auf Vornahme einer Ortsschau wird abgewiesen.

und erkennt in grossmehrheitlicher Abweisung der Berufung, soweit darauf eingetreten wird

1. W_____ und X_____ bezahlen Y_____ und Z_____ unter solidarischer Haftbarkeit den Betrag von Fr. 44'731.35 nebst Zins zu 5% seit dem 5. Mai 2010. Soweit weitergehend wird die Klage abgewiesen. 2. Die erstinstanzlichen Gerichtskosten in der Höhe von Fr. 10'400.-- werden W_____ und X_____ auferlegt und mit den von den Parteien geleisteten Kostenvorschüssen verrechnet. 3. W_____ und X_____ bezahlen Y_____ und Z_____ für das erstinstanzliche Verfahren unter solidarischer Haftbarkeit a) Fr. 2'400.-- für geleisteten Kostenvorschuss; b) Fr. 7'800.-- als Parteientschädigung. 4. Die Kosten des Berufungsverfahrens von Fr. 3'300.-- werden W_____ und X_____ unter solidarischer Haftbarkeit auferlegt. Nach Anrechnung des geleisteten Kostenvorschusses von Fr. 1'500.-- werden ihnen noch Fr. 1'800.-- in Rechnung gestellt. 5. W_____ und X_____ bezahlen Y_____ und Z_____ für das Berufungsverfahren unter solidarischer Haftbarkeit eine Parteientschädigung von insgesamt Fr. 3'000.--.

Sitten, 11. November 2016

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