



Geschäfts-Nr. HG100150-O/U/dz

Mitwirkend: Der Oberrichter Peter Helm, Präsident, und die Oberrichterin Dr. Helen Kneubühler Dienst, die Handelsrichter Daniel Schindler, Felix Haessig und Werner Heim sowie der Gerichtsschreiber Christian Fischbacher

Urteil vom 19. September 2013

in Sachen

A. _____,
Kläger

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

gegen

B. _____ **AG**, ...,
Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

betreffend **Forderung**

Inhaltsübersicht

I. Sachverhalt.....	3
II. Prozessuales	5
1. Prozessverlauf.....	5
2. Zuständigkeit	6
3. Berichtigungsvorbehalt	7
III. Materielles	7
1. Zusammenfassung der Parteistandpunkte.....	7
2. Qualifikation des Vertragsverhältnisses.....	9
3. Unwiderruflichkeit der Irrtumsanfechtung	15
4. Minderung	19
4.1. <i>Allgemeines.....</i>	<i>19</i>
4.2. <i>Höhe des Herabsetzungsbetrags/Minderwerts</i>	<i>19</i>
5. Absichtliche Täuschung	27
6. Grundlagenirrtum	29
7. Schadenersatzforderungen.....	29
IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen	34

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- "1. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger CHF 80'000.– zu bezahlen, zuzüglich Zins in der Höhe von 5% seit 18. November 2007 inkl. MwSt.;
2. Die Beklagte sei zudem zu verpflichten, dem Kläger Schadenersatz in der Höhe von mindestens CHF 6'808.10 inkl. MwSt. zu bezahlen;
3. Berichtigungsvorbehalt i.S.v. § 61 Abs. 2 ZPO:
Das Rechtsbegehren ist nach Abschluss des Beweisverfahrens, nach Vorliegen des Minderwertes, basierend auf einem Gerichtsgutachten zu berichtigen,
4. alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

Das Gericht zieht in Erwägung:

I. Sachverhalt

Der Kläger unterzeichnete am 28. September 2007 eine Reservationsbestätigung für die Wohnung Nr. ..., West, DG, Grundstück Kat.-Nr. ..., in C._____ (ohne Garagenplatz). Als Kaufpreis für die schlüsselfertig zu erstellende Wohnung wurde ein Betrag von CHF 555'000.– vereinbart (act. 4/6). Am 14. November 2007 schlossen die Parteien einen Werkvertrag zur schlüsselfertigen Erstellung der Eigentumswohnung Nr. ... auf Grundstück Kat. Nr. ... in C._____ (act. 1 S. 5; nicht bestritten in act. 9 S. 6 f.; act. 4/7). Als Werkpreis pauschal (inkl. Land), inklusive Garagenplätze Nr. ... und ... und Kellerraum zu Wohnung Nr. ... wurde der Betrag von CHF 610'000.– festgelegt (act. 4/7). Am 19. November 2007, wurde der Kaufvertrag über die Wohnung vor dem Notariat D._____ öffentlich beurkundet

(act. 1 S. 5; act. 4/8). Die Eigentumsübertragung sollte bis spätestens am 31. März 2008 erfolgen (act. 4/8 Ziff. 1 der weiteren Bestimmungen).

Am 24. September 2009 teilte der Kläger der Beklagten schriftlich mit, dass "aus dem Protokoll der Baurechtlichen Entscheide der Gemeinde C._____" hervorgehe dass das zweite Dachgeschoss (nachfolgend: DG) weder zum Wohnen noch zum Arbeiten benutzt werden dürfe. Als Verkäuferin hätte die Beklagte ihn über diese Tatsache informieren müssen. Bei dieser absichtlichen Täuschung sei sie als Verkäuferin haftbar. Die Beklagte antwortete mit Schreiben vom 28. September 2009 und erklärte, dass die Dachwohnung vertragsgemäss erstellt und von der Gemeinde abgenommen worden sei. Die Nutzung des 2. DG als Wohnraum werde von der Gemeinde seit Jahren toleriert. Es liege folglich keineswegs eine absichtliche Täuschung vor (act. 1 S.5 f.; bestätigt in act. 9 S. 9; act. 4/9; act. 4/10).

Mit Schreiben vom 7. Oktober 2009 gelangte der Rechtsvertreter des Klägers an den Gemeinderat mit der Bitte um Klärung der Sachlage. Letzterer beantwortete das Schreiben mit dem Hinweis, dass in den mit dem Baugesuch eingereichten Plänen das 2. DG immer als Estrich bezeichnet und mit der Baubewilligung ausdrücklich nochmals darauf hingewiesen worden sei, dass das 2. DG nicht zum Wohnen und Arbeiten benutzt werden darf. Die Nutzung des 2. DG zu Wohn- oder Arbeitszwecken werde vom Gemeinderat C.____ nicht toleriert. Sonst hätte er bereits bei der Bewilligung des Bauwerkes entsprechend gehandelt und keine Auflage in der Baubewilligung angebracht (act. 1 S. 6 ff.; bestätigt in act. 8 S. 9; act. 4/11; act. 4/14).

Am 5. November 2009 ersuchte der klägerische Rechtsvertreter den Gemeinderat darum, die Erteilung einer Ausnahmegewilligung zu prüfen (act. 1 S. 8; nicht bestritten in act. 8 S. 9 ff.; act. 4/16). Diese Möglichkeit wurde durch die Gemeinde mit dem Bauvorentscheid vom 8. Dezember 2009 verneint (act. 1 S.8; act. 4/17).

Mit Schreiben vom 14. Dezember 2009 focht der klägerische Rechtsvertreter unter Berufung auf Art. 28 OR, eventualiter Art. 23 i.V.m. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR, den Kaufvertrag an und verlangte die Rückerstattung des Kaufpreises gegen Rückübertragung des Stockwerkeigentums per 1. April 2010 (act. 1 S. 9; bestätigt in

act. 8 S. 11; act. 4/18). Nachdem die Beklagte auf dieses Schreiben nicht innert der angesetzten Frist zur Stellungnahme reagierte, reichte der Kläger am 28. Januar 2010 beim Friedensrichteramt E. _____ Klage ein (act. 1 S. 9; 4/19). Darin stellte er das folgende Rechtsbegehren:

- "1. Die Beklagte sei zu verpflichten, den Klägern Fr. 610'000.00 zu bezahlen, zuzüglich Zins in der Höhe von 5% seit dem 27. März 2008;
2. Die Beklagte sei zudem zu verpflichten, den Klägern einen Schadenersatz in der Höhe von mindestens Fr. 40'000.00 zu bezahlen;

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

sowie dem folgenden Berichtigungsvorbehalt:

"Die Berichtigung der Bezifferung des Schadenersatzanspruchs im Sinne von § 61 Abs. 2 ZPO wird vorbehalten."

Am 29. Januar 2010 dementierte der beklagtische Rechtsvertreter unter Bezugnahme auf das klägerische Schreiben vom 14. Dezember 2009 gegenüber dem Kläger die absichtliche Täuschung und das Vorliegen eines Grundlagenirrtums (act. 1 S. 10; act. 4/20). Der Kläger reagierte darauf mit Schreiben vom 1. Februar 2010 worin er an seinem damaligen Standpunkt festhielt (act. 4/21).

Mit der Klageschrift vom 28. Mai 2010 änderte der Kläger sein Begehren dahingehend, als dass er nicht mehr primär die Rückabwicklung des Kaufvertrags verlangt, sondern an diesem festhält, einen Minderungsanspruch geltend macht und den Vertrag nur noch eventualiter wegen absichtlicher Täuschung im Sinne von Art. 28 OR, subeventualiter wegen Grundlagenirrtum im Sinne von Art. 23 i.V.m. Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR anfecht (act. 1 S. 9 und 21 f.).

II. Prozessuales

1. Prozessverlauf

Der Kläger reichte die Weisung und die Klageschrift am 28. Mai 2010 (Datum Poststempel) ein (act. 1 und 3). Nach Eingang der Klageantwortschrift vom 1. Oktober 2010 (act. 9) fand am 11. Januar 2011 eine Referentenaudienz und Vergleichsverhandlung statt, an der sich die Parteien jedoch nicht einigten (Prot. S. 4-5). Das Verfahren wurde alsdann schriftlich fortgesetzt mit Replik vom

31. März 2011 (act. 15) und Duplik vom 17. Mai 2011 (act. 17). Mit Verfügung vom 19. Mai 2011 wurde das Hauptverfahren als geschlossen erklärt (Prot. S. 8). Am 16. Januar 2012 erging der Beweisaufgabebeschluss (act. 23), auf den die Parteien mit den Rechtsantragungsschriften vom 1. Februar 2012 (Kläger, act. 25) und 24. Februar 2012 (Beklagte; act. 28) antworteten. Nach Erlass des Beweisabnahmebeschlusses vom 26. März 2012 (act. 30) und Bezahlung der einverlangten Barvorschüsse (act. 34/1-2) wurde mit Schreiben vom 24. Mai 2012 ein Gutachten zur Bestimmung des Verkehrswertes der streitrelevanten Wohnung in Auftrag gegeben (act. 38). Nach Eingang des Gerichtsgutachtens vom 23. November 2012 (act. 54) wurde den Parteien mit Verfügung vom 28. November 2012 Frist für allfällige Ergänzungsfragen angesetzt (act. 56). Die Beklagte reagierte mit Eingabe vom 9. Januar 2013 (act. 59); der Kläger reichte seine Stellungnahme am 25. Januar 2013 ins Recht (act. 62). Mit Verfügung vom 31. Januar 2013 wurden die Parteien schliesslich zur Stellungnahme zum bisherigen Beweisergebnis aufgefordert (act. 64). Es folgten die Stellungnahmen vom 13. Februar (Beklagte, act. 66) und 14. Februar 2013 (Kläger, act. 67).

2. Zuständigkeit

Die Parteien haben (Wohn-)Sitz im Kanton Zürich. Die örtliche Zuständigkeit ist damit in Anwendung von Art. 3 Abs. 1 lit. a und b Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen vom 24. März 2000 (GestG; zur Anwendbarkeit siehe Art. 404 Abs. 2 Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO; SR 272]) gegeben.

Im Streit liegt der Minderungsanspruch aus einem Kaufvertrag resp. dessen Rückabwicklung zwischen einer natürlichen Person auf der klägerischen Seite und einer juristischen Person auf der beklagtischen Seite. Es handelt sich mithin um einen Streit über eine Zivilsache. Die Beklagte ist als juristische Person im Handelsregister eingetragen und beschäftigt sich vornehmlich mit dem Erwerb, der Erstellung, Verwaltung und Veräusserung von Liegenschaften (act. 4/2). Der Streit bezieht sich mithin auf das von der Beklagten betriebene Gewerbe. Weil auch der Streitwert über CHF 30'000.– liegt, ist das Handelsgericht Zürich gemäss § 63 Ziffer 1 in Verbindung mit § 62 Abs. 1 GVG/ZH sachlich zuständig.

3. Berichtigungsvorbehalt

Der Kläger hat sich die Berichtigung seines Rechtsbegehrens im Sinne von § 61 Abs. 2 ZPO/ZH nach Vorliegen des Minderwertes, basierend auf einem Gerichtsgutachten, vorbehalten (act. 1 S. 2). Die Möglichkeit zur Klageänderung ist gesetzlich verankert (§ 61 ZPO/ZH) und hätte deshalb nicht im Rahmen des Rechtsbegehrens aufgeführt werden müssen.

Bis dato hat der Kläger, auch in seinen Stellungnahmen zum eingeholten Gerichtsgutachten (act. 62 und act. 67), keine Klageänderung geltend gemacht. Der Vorbehalt ist mithin unbeachtlich.

III. Materielles

1. Zusammenfassung der Parteistandpunkte

1.1. Der Kläger macht geltend, seine Wohnung sei von der Beklagten als 5.5-Zimmer-Dachmansionettewohnung mit einer Nettowohnfläche von ca. 140 m² zum Preis von CHF 585'000.– angepriesen worden. Das 2. DG sei dabei als "zusätzliches Studio mit Balkon" schmackhaft gemacht worden. Auf der Bauskizze (act. 4/5) werde das 2. DG ganz klar als Studio/Wohnen bezeichnet. Aufgrund dieses Angebots und gestützt auf die vorgelegten Pläne hätte er – der Kläger – den Kaufentscheid gefällt. Diese Wohnungseigenschaften seien an den Verkaufsgesprächen nicht widerlegt, sondern immer wieder als Verkaufsargumente verwendet worden (act. 1 S. 4 und 14). Weil die Nutzung des 2. DG zu Wohn- oder Arbeitszwecken von der Gemeinde C._____ aber nicht bewilligt worden sei und auch nicht nachträglich im Rahmen einer Ausnahmebewilligung gestattet werde, handle es sich bei ihrer Wohnung in Tat und Wahrheit um eine eingeschossige 4.5-Zimmerwohnung mit ausgebautem Estrich (act. 1 S. 15; act. 15 S. 11). Die Beklagte habe ihn – den Kläger – absichtlich getäuscht, indem sie falsche Angaben im Inserat gemacht und die tatsächlichen Umstände im Rahmen der Verkaufsgespräche nicht geklärt habe, sondern Bauskizzen vorlegte, wo das 2. DG explizit als "Studio/Wohnen" deklariert wurde. Die Beklagte habe ihn mithin

unter Vorspiegelung falscher Tatsachen zum Kauf der Wohnung verleitet (act. 1 S. 17 f.).

Gestützt darauf macht der Kläger einen Minderungsanspruch in der Höhe von CHF 80'000.– geltend. Ferner verlangt er Schadenersatz für vorprozessuale Anwaltskosten, Kosten für ein Parteigutachten sowie Kosten für wertlose Investitionen. Eventualiter ficht der Kläger den Vertrag wegen Willensmängeln an. Er macht geltend, er sei absichtlich getäuscht worden. Subeventualiter macht der Kläger einen wesentlichen Motivirrtum geltend (act. 1 S. 20 ff.).

1.2. Die Beklagte stellt sich demgegenüber auf den Standpunkt, dass der Kläger erhielt, was er bestellt bzw. gekauft hatte (act. 9 S. 6 und 11). Es treffe zu, dass sie die Wohnung als "5.5-Zimmer-Dachmaisonettewohnung" mit einer Nettowohnfläche von ca. 140 m² ausgeschrieben habe (act. 9 S. 6 f.). Sie habe stets geplant, das 2. DG so auszubauen, dass es zu Wohnzwecken genutzt werden kann (act. 9 S. 5). Der Ausbaustandard sei dem Gemeinderat bekannt gewesen und von diesem bei der Bauabnahme nicht beanstandet worden (act. 9 S. 5 f.). Die Anordnung der Gemeinde, wonach die Räume im 2. DG nicht zum Wohnen oder Arbeiten verwendet werden dürfen, würde für den Kläger ohne Nachteil bleiben. Der Kläger brauchte weder zu befürchten, die Räume im 2. DG auf einen Estrichstandard zurückbauen zu müssen, noch würde er zu gewärtigen haben, dass ihm der Gemeinderat das Wohnen oder Arbeiten im 2. DG untersage (act. 9 S. 6), denn es entspreche langjähriger Praxis des Gemeinderats, die Nutzung des 2. DG in dieser Wohnzone zum Wohnen und Arbeiten zuzulassen (act. 9 S. 4).

Die Behauptung des Klägers, wonach er im Zeitpunkt des Grundstückkaufs von der Baubewilligung keine Kenntnis gehabt habe, sei unglaubwürdig. Er sei vom beurkundenden Notar explizit darauf hingewiesen worden, es könnten öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen unabhängig von einer Anmerkung im Grundbuch rechtsgültig bestehen. Der Kläger habe sich selber bei den entsprechenden Amtsstellen über solche Eigentumsbeschränkungen zu informieren. Man dürfe deshalb doch wohl davon ausgehen, dass der Kläger sich auf diesen Hinweis hin, mit dem Bauamt C. _____ in Verbindung gesetzt habe. Die Baubewilligung habe der Kläger ohnehin auch der finanzierenden Bank zur Kreditgewäh-

zung überreichen müssen (act. 9 S. 6). Überdies habe sie – die Beklagte – die Einschränkung der Nutzung des 2. DG keineswegs arglistig verschwiegen. Sie habe keine Zusagen in Bezug auf öffentlich-rechtliche Nutzungseinschränkungen gemacht und diesbezüglich auch keine Aufklärungspflichten getragen (act. 9 S. 13 bis 15). Sie habe auch keinen Grund zur Annahme gehabt, dass der Kläger es unterlassen würde, sich beim Bauamt zu informieren (act. 9 S. 14). Zudem habe sie der Einschränkung des Bauamtes gemäss Ziffer 3 der Baubewilligung (act. 4/3) keine weitere Beachtung geschenkt. Für sie sei die langjährige Praxis des Gemeinderates entscheidend gewesen, wonach auch die Räume im 2. DG als Wohnräume ausgebaut werden durften. Herr F._____, der an der Beurkundung des Kaufvertrages anwesende Vertreter der Beklagten, habe zwölf Monate nach der Erteilung der Baubewilligung schlicht nicht mehr an die Einschränkung gedacht. Keinesfalls habe er den Klägern diese Anordnung wissentlich und willentlich vorenthalten (act. 9 S. 14 f.).

Aus den Plänen sei schliesslich stets ersichtlich gewesen, dass der Raum im 2. DG nicht als vollwertiger Wohn- oder Arbeitsraum genutzt werden könne. Dieser eingeschränkten Nutzbarkeit habe sie – die Beklagte – bei der Preisgestaltung Rechnung getragen (act. 9 S. 7). Selbst wenn das 2. DG deshalb heute nicht zum Wohnen und Arbeiten genutzt werden dürfe, weise die Wohnung dennoch keinen Minderwert auf (act. 9 S. 13 und 18 f.). Der "Mangel" bestehe einzig darin, dass die Bauordnung der Gemeinde C._____ zur Zeit noch eine Bestimmung enthalte, welche in den Wohnzonen das Wohnen und Arbeiten im 2. DG ausschliesse. Für Kaufinteressenten sei letztlich die gelebte Praxis entscheidend und nicht das, was in der Bauordnung stehe. Auf die Verkäuflichkeit der Wohnung der Kläger habe dieser Umstand keinen Einfluss (act. 9 S. 19 f.).

1.3. Auf die weiteren Parteivorbringen wird nachfolgend soweit von Bedeutung im Einzelnen eingegangen.

2. Qualifikation des Vertragsverhältnisses

2.1. Nebst der Reservationsbestätigung vom 28. September 2007 (act. 4/6) schlossen die Parteien am 14. November 2007 einen Werkvertrag (act. 4/7). Die

Beklagte wurde darin beauftragt, eine schlüsselfertige Eigentumswohnung auf dem Grundstück Kat. Nr. ... zu erstellen. Der "Werkpreis" pauschal (inkl. Land), inkl. Garagenplätze Nr. ... und ... und Kellerraum zur WG Nr. ... wurde auf Fr. 610'000.– veranschlagt. In Art. 6 des Vertrags (Zahlungsbedingungen) wurde vereinbart, der "Gesamtkaufpreis" für Werk und Land werde in drei Raten zugunsten der Beklagten überwiesen: die erste Rate sei bereits bei Unterzeichnung des Reservationsvertrags bezahlt worden, die zweite Rate sei bei der Beurkundung des Kaufvertrags fällig, nach Unterzeichnung des Werkvertrags, und die dritte Rate bei der Eigentumsübertragung zu leisten (S. 3 des Vertrags). Einige Tage später, am 19. November 2007, wurde ein Kaufvertrag über das Stockwerkeigentum GBBl. ..., Ausser-C._____, 176/1000 Miteigentum am Grundstück GBBl. ..., Kat. Nr. ..., mit dem Sonderrecht an der 5 ½-Zimmerwohnung im 1. und 2. Dachgeschoss West mit Kellerraum Nr. ... im Untergeschoss, über Miteigentumsanteil (=Autoabstellplatz Nr. ...) GBBl. ..., ...-C._____, 1/15 Miteigentum an GBBl. ..., Kat. Nr. ..., und über Miteigentumsanteil (=Autoabstellplatz Nr. ...) GBBl. ..., ...-C._____, 1/15 Miteigentum an GBBl. ..., Kat. Nr. ..., geschlossen und öffentlich beurkundet (act. 4/8). Die Kaufpreisbezahlung wurde dabei übereinstimmend mit der Regelung im zuvor geschlossenen Werkvertrag vereinbart. In Ziffer 4 der weiteren Bestimmungen wurde festgehalten, dass die Parteien gleichentags einen Werkvertrag für die schlüsselfertige Erstellung einer 5 1/2 Zimmer-Wohnung im Mehrfamilienhaus gemäss ausseramtlich unterzeichneten Baubeschrieb mit Plänen geschlossen haben. Dieser Werkvertrag sei Grundlage zum Abschluss dieses Kaufvertrags. Die Beklagte verpflichtete sich, den Bau bis spätestens 31. März 2008 zu erstellen.

2.2. Beim Verkauf einer Neubaute fallen die folgenden Rechtsqualifikationen in Betracht: (1) reiner Kaufvertrag, (2) gemischter Grundstückkauf-/Werkvertrag und (3) zusammengesetzter Vertrag. Die Rechtsqualifikation bestimmt das auf den einzelnen Vertrag anzuwendende Recht und damit den Inhalt der Rechte und Pflichten der Vertragsparteien (siehe SCHUMACHER/RÜEGG, Die Haftung des Grundstückverkäufers, in: Alfred Koller, Der Grundstückkauf, 2. Aufl. 2001, S. 225 f.). Wegleitendes Abgrenzungskriterium ist der Wille der Vertragsparteien. Welche vertragliche Regelung die Parteien gewollt haben, ist aufgrund der konkreten

Ausgestaltung der Leistungspflichten zu entscheiden. Dabei sind der Einfluss des Erwerbers auf den Arbeitsprozess, der Zeitpunkt des Eigentumsübergangs und die Ausgestaltung der Vergütung von Bedeutung (BGE 117 II 259 E. 2b). Nicht entscheidend sind formelle Kriterien wie die einheitliche oder getrennte Verurkundung (siehe CLAIRE HUGUENIN, Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3. Aufl. 2008, N 1345).

Im vorliegenden Fall gilt es im Besonderen zu beachten, dass zwei Vereinbarungen zu unterschiedlichen Zeitpunkten geschlossen wurden (act. 4/7 und 4/8). Dass der Entstehungszeitpunkt – im Gegensatz zum formellen Erscheinungsbild – von Bedeutung ist, hat das Bundesgericht mehrfach ausgeführt. So stellte es sich im Urteil 4C.288/2001 vom 16. Januar 2002 auf den (allerdings in der Lehre verworfenen) Standpunkt, dass ein zusammengesetzter Vertrag von vornherein ausgeschlossen sei, wenn die Verträge nicht gleichzeitig abgeschlossen wurden (Urteil des Bundesgerichts 4C.288/2001 vom 16. Januar 2002 E. 2; als "unhaltbar" bezeichnet von SCHLUEP/AMSTUTZ, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 3. Aufl. N 10 zu Einl. vor Art. 184 ff. OR). In BGE 117 II 259 E. 2b erklärte das Bundesgericht, dass zwei selbständige Verträge – Grundstückskaufvertrag und Werkvertrag – zu verschiedenen Zeitpunkten abgeschlossen werden können. Im Umkehrschluss bedeutet das nach den weiteren Ausführungen des Bundesgerichts, dass ein gemischter Vertrag nicht zwei Entstehungszeitpunkte haben kann. Diese Begründung vermag im Grundsatz zu überzeugen, denn der gemischte Vertrag besteht in der Verschmelzung von Elementen verschiedener Vertragstypen zu einem einheitlichen, selbständigen Vertrag. Werden zwei Vereinbarungen an unterschiedlichen Tagen geschlossen, kann ein gemischter Vertrag deshalb nur vorliegen, wenn der zweite Vertrag dem ersten nach dem Willen der Parteien ersetzt oder ergänzt. Dies ist vorliegend der Fall. Ziel der Parteien war von Anfang an die Fertigstellung und Übertragung einer Eigentumswohnung. Dies ergibt sich bereits aus der Reservationsbestätigung, worin der Kaufpreis für die schlüsselfertige Eigentumswohnung veranschlagt wird. Auch die Kaufpreisbezahlung wird wesentlich von der Eigentumsübertragung abhängig gemacht. Im Werkvertrag vom 14. November 2007 findet sich der gleiche Zahlungsschlüssel wieder, mit dem Hinweis darauf, dass der Gesamtkaufpreis Werk und Land umfasse (act. 4/7

S. 3; im Unterschied zur Reservationsbestätigung ist die 3. Rate um CHF 55'000.– höher, was augenscheinlich daher rührt, dass der Kläger nunmehr auch 2 Parkplätze erwerben wollte); ebenso im Kaufvertrag vom 19. November 2007. Im Kaufvertrag wurde sodann ausdrücklich festgehalten, dass die Parteien gleichentags ausseramtlich einen Werkvertrag abgeschlossen hätten, der Grundlage des Kaufvertrags bilde (act. 4/8, Ziffer 4 der weiteren Bestimmungen). Dass die Parteien am 19. November 2007 einen weiteren Werkvertrag schlossen, wurde nicht behauptet. Es ist deshalb davon auszugehen, dass der eingereichte Vertrag vom 14. November 2007 gemeint ist. In Bezug auf die Mängelhaftung bezüglich des zu erstellenden Bauwerks wird schliesslich auf den Werkvertrag verwiesen (act. 4/8, Ziffer 5 der weiteren Bestimmungen, letzter Absatz). Aus den Ausführungen erhellt, dass die öffentliche Beurkundung des Kaufvertrags zur Erreichung der Parteiziele notwendig war, denn ohne sie, wäre eine rechtsgültige Übertragung des Grundeigentums nicht möglich gewesen. Der Werkvertrag wäre für die Kläger damit zwecklos gewesen. Der Kaufvertrag kann mithin durchaus als Ergänzung zum tags zuvor geschlossenen Werkvertrag betrachtet werden, weshalb das Vorliegen eines gemischten Vertragsverhältnisses nicht ausgeschlossen ist, obschon die zwei Vertragswerke an unterschiedlichen Daten erstellt und vereinbart wurden.

Zur Abgrenzung zwischen einem reinem Kaufvertrag und einem gemischten Grundstückkauf-/Werkvertrag hielt das Bundesgericht im Urteil 4C.301/2002 vom 22. Januar 2003 fest, dass es sich rechtfertige, von einem gemischten Werk-/Kaufvertragsverhältnis auszugehen, wenn dem Erwerber ein Einfluss auf den Arbeitsprozess eingeräumt werde, und zwar auch bei einer bloss teilweisen Herstellung eines Neubaus nach individuellen Wünschen des Erwerbers (Urteil des Bundesgerichts 4C.301/2002 vom 22. Januar 2003 E. 2.1; a.M. zumindest in Bezug auf die der Einflussnahme im Innenausbau: JÜRIG SCHMID, Kauf von Grundstücken mit angefangener Baute, in: Der Grundstückkauf Beiträge der Weiterbildungsseminare der Stiftung Schweizerisches Notariat vom 20. Januar 2009 in Zürich und Lausanne, S. 269). Im vorliegenden Fall vereinbarten die Parteien, dass der Kläger im Bereich Innenausbau Modifikationen vornehmen konnte. Von diesem Recht machte der Kläger Gebrauch, wie sich aus der Liste der Zusatzwünsche im

Anhang zum Werkvertrag ergibt (act. 4/7, letzte Seite). Der Kläger konnte mithin Einfluss auf den Herstellungs-/Arbeitsprozess ausüben und tat dies auch.

Ein gemischter Vertrag ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung zudem dann anzunehmen, wenn die Entschädigung für den Boden und für die Erstellung des Bauwerks – wie vorliegend – nicht aufgeteilt, sondern in einem Gesamtpreis zusammengefasst worden ist (BGE 118 II 142 E. 1a; a.M. Schumacher/Ruegg, die darin ein Indiz für einen reinen Grundstückkaufvertrag über eine zukünftige Sache sehen, SCHUMACHER/RUEGG, a.a.O., S. 228 N 152).

Kein Indiz ergibt sich im vorliegenden Fall aus dem Zeitpunkt der Eigentumsübertragung. Als Abgrenzungskriterium eignet sich dieser nämlich nur dann, wenn die Eigentumsübertragung vor Ausübung der Bauarbeiten stattfindet. Diesfalls können die Bauarbeiten gar nicht Gegenstand eines Kaufvertrags sein (siehe SCHUMACHER/RÜEGG, a.a.O., S. 228 N 151). Für den vorliegend zu beurteilenden Fall, in dem die Eigentumsübertragung und die Fertigstellung der Eigentumswohnung auf den 31. März 2008 geplant wurden (siehe Ziffern 1 und 4 der weiteren Bestimmungen zum Kaufvertrag vom 19. November 2007; act. 4/8), lässt sich daraus im Umkehrschluss nur ableiten, dass ein reiner Kaufvertrag bzw. gemischter Kauf-/Werkvertrag im Bereich des Möglichen liegt.

Gegen das Vorliegen eines zusammengesetzten Vertrags spricht der Umstand, dass die wesentlichen Vertragsleistungen (Erstellung eines Bauwerks und Veräusserung von Grundeigentum) nicht in einem Austauschverhältnis stehen. Sowohl im werkvertraglichen als auch im kaufvertraglichen Element des zu qualifizierenden Rechtsverhältnisses war die Hauptleistungspflicht von der Beklagten zu erbringen. Dies lässt auf einen Kombinationsvertrag (eine Form des gemischten Vertrags) schliessen, worin sich eine Partei zu mehreren Hauptleistungen verpflichtet, und spricht eher gegen einen zusammengesetzten Vertrag. Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung definiert sich dieser dadurch, dass mehrere an und für sich selbständige Verträge derart miteinander verbunden werden, dass zwischen den vertraglichen Verpflichtungen eine ähnliche Abhängigkeit geschaffen wird, wie sie zwischen den beiden Leistungen in der gegenseitigen Obligation besteht. Nach dem Willen der Parteien würden zwei selbständige, gleichzeitig ge-

schlossene Verträge in der Weise miteinander verbunden, dass diese sich wie Leistung und Gegenleistung im Austauschvertrag gegenüberstehen (Urteil des Bundesgerichts 4C.288/2001 vom 16. Januar 2002, E. 2). Das fehlende Austauschverhältnis zwischen den gegenseitigen Verpflichtungen nahm das Bundesgericht in besagten Entscheid (mit) zum Anlass, das Vorliegen einer Vertragsverbindung im geschilderten Sinne zu verneinen.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien unter Berücksichtigung der höchstrichterlichen Rechtsprechung trotz Vorliegen zweier an unterschiedlichen Tagen geschlossener Verträge als gemischtes Werk-/Kaufvertragsverhältnis zu qualifizieren ist. Ausgeschlossen scheint ein reiner Kaufvertrag, da der Einfluss des Klägers auf den Herstellungsprozess dafür zu gross war. Eher gegen einen zusammengesetzten Vertrag spricht insbesondere das fehlende Austauschverhältnis der Hauptleistungen.

2.3. Nach Lehre und Rechtsprechung ist bei gemischten Grundstückskauf-/Werkverträgen die Mängelhaftung insgesamt dem Werkvertragsrecht zu unterstellen (Urteil des Bundesgerichts 4C.301/2002 vom 22. Januar 2003 E. 2.2; BGE 118 II 142 E. 1a; SCHUMACHER/RÜEGG, a.a.O. S. 227 N 147). Dieser Grundsatz gilt jedoch nicht absolut: Zum Einen können die Parteien durch Vereinbarung davon abweichen. Zum Anderen rechtfertigt es sich, auf in sich abgeschlossene Bereiche rein kaufvertraglicher Natur, ausschliesslich Kaufvertragsrecht anzuwenden (so SCHUMACHER/RÜEGG, a.a.O. S. 227 N 147, der Hinweis auf mögliche Ausnahmefälle auch im Urteil des Bundesgerichts 4C.301/2002 vom 22. Januar 2003 E. 2.2). Nach Auffassung des Bundesgerichts muss bei speziellen gemischten Verträgen das anwendbare Recht in jedem Fall aufgrund des konkreten Vertrages ermittelt werden (BGE 131 III 528 E. 7.1.1 = Pra 95 (2006) Nr. 43 S. 322).

In Ziffer 5 der weiteren Bestimmungen zum Kaufvertrag wird für die Garantieleistungen/Mängelhaftung bezüglich des zu erstellenden Bauwerks auf den separaten Werkvertrag verwiesen. In diesem finden sich keine ausdrücklichen Bestimmungen zur Mängelhaftung. Daraus folgt, dass die Parteien bei Vertragsschluss sicherstellen wollten, dass für Mängel an dem zu erstellenden Bauwerk die werkvertraglichen Bestimmungen zur Mängelhaftung zur Anwendung gelangen. Auch

wenn der vorliegend geltend gemachte Mangel nicht auf die fehlerhafte Ausführung der Arbeiten zurückzuführen ist, wird gleichwohl ein rechtlicher Mangel am Bauwerk und nicht etwa am Grundstück selbst geltend gemacht. Nach dem vereinbarten Parteiwillen und der höchstrichterlichen Rechtsprechung gelangen in diesem Fall die werk- und nicht die kaufvertragsrechtlichen Haftungsnormen zur Anwendung. Zu berücksichtigen ist ferner, dass die Parteien SIA-Norm 118 zum Vertragsbestandteil erhoben haben (act. 4/7 Art. 2 Ziffer 4). Diese Rechtsauffassung hat der Kläger auf Vorhalt ausdrücklich bestätigt (act. 25 S. 1 f.). Die Beklagte hat dagegen keine Einwendungen erhoben (act. 28).

3. Unwiderruflichkeit der Irrtumsanfechtung

3.1. Die Beklagte macht geltend, der Kläger habe sich bereits vor Anhängigmachung der Klage wegen absichtlicher Täuschung gemäss Art. 28 OR, eventuell wegen Grundlagenirrtums gemäss Art. 24 OR auf die Unverbindlichkeit des mit ihr geschlossenen Kaufvertrags berufen. Mit dieser Erklärung habe der Kläger ein rechtsaufhebendes Gestaltungsrecht ausgeübt. Die von ihm abgegebene Erklärung sei grundsätzlich unwiderruflich. Anders als in BGE 128 III 70 hielte der Kläger am Vorwurf der absichtlichen Täuschung fest, verlange aber nicht mehr gestützt auf Art. 28 bzw. Art. 24 OR in Verbindung mit Art. 31 OR Rückabwicklung des Vertrages, sondern wolle neu den Kaufpreis gestützt auf die kaufvertragliche Sachgewährleistung gemäss Art. 197 ff. OR gemindert haben. Die Berufung auf Sachgewährleistung stehe dem Kläger nicht mehr offen, nachdem er zuvor klar und unmissverständlich erklärt habe, er würde den Kaufvertrag wegen eben dieser absichtlichen Täuschung als unverbindlich erachten. Das Rechtsbegehren des Klägers sei ausschliesslich auf der Grundlage von Art. 28 OR, eventuell Art. 24 OR in Verbindung mit Art. 31 OR zu prüfen. Selbst wenn man zum Schluss käme, die Berufung des Klägers auf die Unverbindlichkeit des Vertrages sei zu schützen, müsse das Klagebegehren abgewiesen werden, weil der Kläger eine Minderung des Kaufpreises geltend machen würde und ein solches Begehren grundsätzlich nicht auf Art. 31 OR abgestützt werden könne (act. 17 S. 10 ff.).

3.2. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung wird mit der Erklärung, einen Vertrag wegen Grundlagenirrtums oder Täuschung nicht halten zu wollen, im

Rahmen eines Gestaltungsgeschäftes ein rechtsaufhebendes Gestaltungsrecht ausgeübt. Dadurch wird ein Rechtsverhältnis inhaltlich aufgehoben, ohne dass es dazu der Zustimmung der Gegenpartei bedarf. Der einseitigen Gestaltungsmacht des Berechtigten entspricht auf der Seite des Erklärungsgegners eine Gebundenheit, diese Gestaltung und den in ihr liegenden Einbruch in den eigenen Rechtskreis hinzunehmen und gegen sich gelten zu lassen. Damit der Eingriff in die Rechtssphäre für diese überschaubar und auf das notwendige Mass begrenzt wird, müssen Sicherungen im Interesse der Gegenpartei vorgesehen werden. Aus diesem Schutzbedürfnis der Gegenpartei erfolgt der Grundsatz, dass die Ausübung von Gestaltungsrechten bedingungsfeindlich und unwiderruflich ist. Erklärt eine Partei folglich den Vertrag als ungültig, verliert sie damit den Anspruch, gestützt auf den Vertrag Mängelrechte wie beispielsweise die Minderung geltend zu machen. Dieser Grundsatz erleidet jedoch insbesondere dann eine Ausnahme, wenn der Erklärungsgegner das Gestaltungsrecht oder dessen wirksame Ausübung bestreitet. Diesfalls kann auf die Anfechtungserklärung zurückgekommen werden, weil dann nur der von der Gegenpartei für richtig gehaltene Zustand hergestellt wird (BGE 128 III 70 E. 2 mit Verweis auf die entsprechenden Lehrmeinungen).

3.3. Aus den eingereichten Unterlagen kann entnommen werden, dass der Kläger – wie seitens der Beklagten behauptet – bereits mit Schreiben vom 5. November 2009 gegenüber der Beklagten ausdrücklich kundtat, dass er Grundlagenirrtum im Sinne von Art. 24 OR geltend mache und die Rückabwicklung des Kaufvertrags verlange (act. 18/1). Mit Schreiben vom 14. Dezember 2009 focht er den fraglichen Kaufvertrag gestützt auf die absichtliche Täuschung im Sinne von Art. 28 OR, eventualiter Grundlagenirrtum im Sinne von Art. 23 i.V.m. Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR an (act. 4/18 bzw. 19/2 S. 2). Der Kläger brachte damit unmissverständlich zum Ausdruck, dass er sich auf die Ungültigkeit des Vertrags berief. In diesem Sinne leitete der Kläger auch das Sühnverfahren vor dem Friedensrichter ein, wo er verlangte, der Kaufpreis sei ihm zurückzuerstatten (act. 4/19).

Ob die Beklagte auf das Schreiben vom 5. November 2009 reagierte, geht aus den Parteivorbringen und den Beilagen nicht hervor. Klar ist hingegen, dass die

Beklagte bzw. deren Rechtsvertreter das Schreiben vom 14. Dezember 2009 am 29. Januar 2010 beantwortete (act. 4/20). Darin bestritt die Beklagte den Vorwurf der absichtlichen Täuschung und bezeichnete die Berufung auf Grundlagenirrtum als unzulässig. Dieses Schreiben beantwortete der Kläger seinerseits wiederum mit Schreiben vom 1. Februar 2010, worin er weiterhin die Rückabwicklung des Kaufgeschäfts und Schadenersatz verlangte (act. 4/21). In ihren Parteivorbringen im Rahmen des vorliegenden Verfahrens bestreitet die Beklagte weiterhin den Anspruch des Klägers auf Rückabwicklung des Kaufvertrags (act. 9 S. 21 f.; act. 17 S. 12 f.).

3.4. Aus den Parteivorbringen und den dazugehörigen Beilagen geht folglich hervor, dass der Kläger sein Gestaltungsrecht bereits vorprozessual ausübte. Der Anspruch wurde indes seitens der Beklagten in Abrede gestellt, womit das Gestaltungsrecht im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung wieder auflebte. Nunmehr macht der Kläger Minderung geltend. Lediglich als Eventualstandpunkt beruft er sich auf die Irrtumsanfechtung im Sinne von Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR resp. absichtliche Täuschung im Sinne von Art. 28 OR. Im Gegensatz zur Auffassung der Beklagten führt der Umstand, dass der Kläger nach wie vor nicht vollumfänglich von der Berufung auf Ungültigkeit des Vertrages absieht, nicht dazu, dass dem Kläger die erneute Ausübung des Gestaltungsrechts zu verweigern wäre. Wesentlich ist, dass die Beklagte mit der Bestreitung der Ungültigkeit des Vertrags ihr schützenswertes Interesse an der Unwiderruflichkeit der Gestaltungserklärung verlor. Das Minderungsbegehren des Klägers ist mithin zu behandeln, wie wenn er – der Kläger – damit sein Gestaltungsrecht erstmalig ausüben würde. Ob er darüber hinaus eventualiter auch die Gültigkeit des Vertrages in Abrede stellen kann, ist eine andere Frage, die es nachfolgend zu klären gilt.

3.5. Das Bundesgericht hat in BGE 108 II 102 E. 2a festgehalten, dass sich Klagen auf Erfüllung und solche wegen Willensmängeln zum vorneherein ausschliessen. Anders verhalte es sich, wenn ein Kläger die Gültigkeit eines Vertrags anfechte und bloss eventualiter, falls der Richter den Vertrag als verbindlich betrachten sollte, daran ganz oder teilweise festhalten will. Zum umgekehrten Fall in dem eine Partei in der Hauptbegründung auf die Gültigkeit des Vertrages beruft

und lediglich eventualiter dessen Ungültigkeit geltend macht, hat sich das Bundesgericht bis dato nicht ausdrücklich geäußert. SCHÖNLE/HIGI sind der Auffassung, dass der Käufer zunächst auf Sachgewährleistung und subsidiär auf sein Recht wegen Mangel des Vertragsabschlusses klagen könne. Dem Richter obliege es dann, festzustellen, ob etwaige Einwendungen und Einreden des Verkäufers gegen die Gewährleistung begründet sind. Verneint er dies, so habe der Käufer schon zum Voraus für diesen Fall zum Ausdruck gebracht, dass er sich zwar mit dem Mangel des Vertrages, nicht aber mit dessen Schlechterfüllung abfinde. Für den Fall dagegen, dass der Richter die Einwendungen oder Einreden des Verkäufers gegen die Sachgewährleistung für erheblich halte, habe der Käufer in seinen Klageanträgen zum Voraus erklärt, dass er sich unter dieser Voraussetzung nicht mit der Mangelhaftigkeit des Vertragsabschlusses abfinden will, sondern dass er sich dann wegen der absichtlichen Täuschung auf die Vertragsungültigkeit i.S. von Art. 31 beruft (SCHÖNLE/HIGI, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht [Zürcher Kommentar], Bd. V/2a, Kauf und Schenkung, Art. 192-204 OR, N 304 zu Art. 197 OR). Gleicher Meinung scheint auch KOLLER zu sein, wenn er ausführt, dass eine sog. Eventualanfechtung, «die nur gelten soll, falls das Rechtsgeschäft in einem der Auffassung des Anfechtenden widersprechenden Sinn ausgelegt wird», nicht ausgeschlossen sei (ALFRED KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil – Handbuch des allgemeinen Schuldrechts ohne Deliktsrecht, 3. Aufl. 2. Kap./3. Abschn. N 285). Anderer Auffassung ist hingegen INGEBORG SCHWENZER, die ausführt, dass eine erneute Geltendmachung des Willensmangels ausgeschlossen sei (INGEBORG SCHWENZER, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 3. Aufl. N 8 zu Art. 31). Ebenso ablehnend äussert sich EUGEN BUCHER, der ausführt, dass dem Irrtenden ein erneutes Geltendmachen des Irrtums infolge Genehmigung abgeschnitten sei (EUGEN BUCHER, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. S. 212). Den letzten beiden Lehrmeinungen ist aber gemein, dass sie in ihren Ausführungen nicht die Variante berücksichtigen, in der die erneute Geltendmachung des Willensmangels als Eventualstandpunkt im Prozess geltend gemacht wird. In diesem Rahmen ist es aber gemäss ständiger Praxis zulässig, dem Hauptbegehren widersprechende Forderungen zu stellen, die sich unter Umständen auch auf sich widersprechende tatsächliche

Darstellungen stützen können (siehe dazu FRANK/STRÄULI/MESSMER, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 1997, N 13 zu § 113 ZPO/ZH; MAX GULDENER, Zivilprozessrecht, 3. Aufl. Zürich 1979, S. 262). Ein Grund, um in diesem Fall von dieser Praxis abzuweichen, ist nicht ersichtlich, auch unter Berücksichtigung des Schutzbedürfnisses der Gegenpartei vor der willkürlichen Ausübung des Gestaltungsrechts nicht, denn der Eingriff in ihre Rechtssphäre durch Ausübung des Gestaltungsrechts ist für sie in dieser Situation ohne Weiteres überschaubar (siehe dazu BGE 128 III 70 E. 2).

Zusammenfassend ist deshalb festzuhalten, dass es dem Kläger auch erlaubt sein muss, sich im Rahmen eines Eventualstandpunktes weiterhin auf die Ungültigkeit des Vertrags zu berufen, obschon er in seinem Hauptstandpunkt die Minderung verlangt und sich damit auf die Gültigkeit des Vertrages stützt.

4. Minderung

4.1. Allgemeines

Wie bereits ausgeführt, verlangt der Kläger die Minderung des Kaufpreises. Sein Anspruch ist gestützt auf die werkvertraglichen Mängelrechtsbestimmungen unter Berücksichtigung der SIA-Norm 118 zu eruieren (siehe Ziffer III.2.3. der Erwägungen). Der Minderungsanspruch setzt insbesondere eine effektive Wertdifferenz zwischen dem mangelhaften und dem mangelfrei gedachten Werk voraus und weiter, dass das mangelhafte Werk nicht völlig wertlos ist (siehe dazu PETER GAUCH, der Werkvertrag, 5. Aufl. 2011, Rz. 1626 ff.).

4.2. Höhe des Herabsetzungsbetrags/Minderwerts

4.2.1. Der Kläger fordert den Ersatz eines Minderwerts in der Höhe von CHF 80'000.–. Dabei stützt er sich auf ein Gutachten des Schätzers G._____ (act. 1 S. 19 f.). Dieser ermittelte die Hauptnutzungsfläche (nachfolgend: HNF) der Eigentumswohnung als 5 ½-Zimmerwohnung und die HNF der Eigentumswohnung als 4 ½-Zimmerwohnung. Die Flächendifferenz multiplizierte er mit dem berechneten m²-Preis für die HNF. Von dem daraus resultierenden Wert (CHF 118'875.–) brachte er schliesslich den Wert des Estrichraums in Abzug. Es resultierte ein

Minderwert von CHF 78'375.– den er auf den genannten Betrag von CHF 80'000.– rundete. Die (Preis-)Kalkulationsstrategie und die daraus resultierenden Verkaufspreise der Beklagten für die übrigen Wohnungen der gleichen Liegenschaft erachtete der Gutachter dabei nicht als relevant (siehe act. 4/23 S. 5).

Die Beklagte bemängelt an dieser Minderwertsberechnung zunächst, dass die Berechnung der Fläche des 2. DG nicht nachvollziehbar sei. Herr G._____ habe seiner Schätzung sodann zu Unrecht einen durchschnittlichen Quadratmeterpreis zugrunde gelegt. Er verkenne, dass das Studio im 2. DG nicht als vollwertiger Wohnraum angeboten und verkauft worden sei. Ferner erklärt die Beklagte ihre Preiskalkulation für die Wohnungen in der fraglichen Liegenschaft und macht geltend, dass sie für das Studio/Estrich nur einen Aufpreis von CHF 25'000.– berechnet habe. Der vom Gutachter eingesetzte Wert von CHF 118'875.– sei viel zu hoch. Mit einem derartigen Aufpreis hätte sich die Wohnung nie verkaufen lassen (act. 9 S. 18 f.).

4.2.2. Es gilt zunächst zu unterscheiden zwischen dem Minderwert eines Werkes und dem Herabsetzungsanspruch des Bestellers. Art. 368 Abs. 2 OR sieht grundsätzlich nicht den geldwerten Ersatz des Minderwerts vor, sondern den Anspruch auf "dem Minderwerte des Werkes entsprechenden" Lohnabzug. Der Herabsetzungsbetrag entspricht folglich nicht einfach dem Minderwert, sondern die Grössen stehen vielmehr in einer Verhältnisgleichheit. Der Herabsetzungsbetrag bezogen auf den Betrag der vereinbarten vollen Vergütung beträgt prozentual gleich viel wie der Minderwert bezogen auf den (geschätzten) Wert des mängelfrei gedachten Werkes (siehe ZINDEL/PULVER, in Basler Kommentar zum Obligationenrecht I, 4. Aufl. 2007, Rz. 42 zu Art. 368 OR). Der Herabsetzungsanspruch und der Minderwert des Werkes sind nur dann deckungsgleich, wenn der Werkpreis dem objektiven Wert des Werkes entspricht. In der Regel bestimmt sich der objektive Wert eines Werkes nach dem Verkehrs- oder Veräusserungswert. Nicht massgebend ist der subjektive Wert, den die Parteien dem Werk beimessen (siehe PETER GAUCH, der Werkvertrag, a.a.O., Rz. 1628).

Die Berechnung des Herabsetzungsanspruchs erfolgt mit der sog. relativen Methode (siehe Entscheid des Bundesgerichts 4C.231/2004 vom 8. Oktober 2004

E. 3.1). Dieser zufolge ist die volle Vergütung im Verhältnis des Wertes des mängelfrei gedachten Werkes zum Wert des mangelhaften Werkes zu kürzen (ZINDEL/PULVER, a.a.O., Rz. 43 zu Art. 368 OR; so auch PETER GAUCH, Der Werkvertrag, a.a.O., Rz. 1669). Als massgebender Zeitpunkt (Stichtag) für die Ermittlung des Minderwerts gilt der Zeitpunkt der Ablieferung des Werkes (siehe PETER GAUCH, Der Werkvertrag, a.a.O., Rz. 1654). Die Berechnung des Herabsetzungsanspruchs des Klägers setzt folglich die Kenntnis (1) des vollen Kaufpreises, (2) des objektiven Wertes des mängelfreien Werkes und (3) des objektiven Wertes des mangelhaften Werkes im Zeitpunkt der Ablieferung voraus.

4.2.3. Der Kläger bezahlte als Kaufpreis unbestrittenermassen CHF 610'000.– (act. 4/7 Art. 1; act. 4/8 S. 3). Dieser Betrag umfasste aber nebst der Wohnung auch einen Kellerraum und zwei Garagenplätze. Mit Einreichen des Parteigutachtens machen die Kläger sinngemäss geltend, dass der (Ver-)Kaufspreis für die Wohnung (als 5 ½-Zimmerwohnung nach Abzug der Preise für den Kellerraum und die Garagenplätze) CHF 525'000.– betrug (act. 4/23 S. 5). Die Beklagte führt dazu aus, dass es dagegen nichts einzuwenden gäbe (act. 9 S.18). Als unbestrittene Tatsache gilt somit, dass der Kaufpreis für die fragliche Wohnung Nr. ..., ... [Adresse], C._____, CHF 525'000.– betrug. Im klägerischen Parteigutachten wird sodann der objektive Wert des mängelfreien Werkes (5 ½-Zimmerwohnung) mit dem Verkaufspreis von CHF 525'000.– gleichgesetzt (act. 4/23 S. 5). Dies ergibt sich daraus, dass der Schätzer G._____ den Verkaufspreis als Marktwert für die Wertermittlung der Wohnung zu Grunde legte. Der Marktwert ist ein Synonym für den Verkehrswert einer Liegenschaft und entspricht dem unter normalen Verhältnissen und ohne Rücksicht auf ungewöhnliche oder persönliche Verhältnisse erzielbaren Verkaufspreis am Stichtag (Das Schweizerische Schätzerhandbuch: Bewertung von Immobilien, [Hrsg.] SVKG, SEK/SVIT, Ausg. 2005, S. 296 und 300). Auch dagegen wendet die Beklagte nichts ein (act. 9 S. 18). Der objektive Wert des mängelfreien Werkes ist somit – deckungsgleich mit dem (Ver-)Kaufspreis – mit CHF 525'000.– zu beziffern. Nachdem der Kaufpreis und der objektive Wert des mängelfreien Werkes deckungsgleich sind, gilt dies auch für den Herabsetzungsanspruch der Kläger und den Minderwert des Werkes. Den objektiven Wert des mangelhaften Werkes beziffert der Kläger zwar nicht aus-

drücklich, doch macht er geltend, der Minderwert betrage CHF 80'000.–. Daraus ergibt sich, dass nach klägerischer Auffassung der objektive Wert des mangelhaften Werkes CHF 445'000.– beträgt (CHF 525'000.– ./ CHF 80'000.–). Die Beklagte bestreitet diesen Minderwert (act. 9 S. 18 f.) und damit auch den behaupteten objektiven Wert des mangelhaften Werkes. Gestützt auf Art. 8 ZGB obliegt die Beweislast dem Kläger, da er es ist, der einen Anspruch geltend macht. Der Kläger hat als Beweismittel ein Gerichtsgutachten offeriert (act. 25 S. 3).

Dieses Beweismittel wurde mit Beschluss vom 26. März 2012 abgenommen und ein Gerichtsgutachten eingeholt (act. 30; act. 38). Der beauftragte Gutachter kam zum Schluss, dass die streitrelevante Wohnung "unter Berücksichtigung des Umstandes, dass das ausgebaute 2. Dachgeschoss gemäss Baubewilligung nicht zu Wohn- und Arbeitszwecken verwendet werden darf" Ende Juni 2007 einen Verkehrswert von CHF 590'000.– (inkl. Abstellraum und Parkplatz im Wert von insgesamt CHF 91'000.–) aufwies. Unter Berücksichtigung, dass die Gemeinde die Wohnung mit dem ausgebauten 2. DG ohne Beanstandung abgenommen hat und die Nutzung zu Wohn-/Arbeitszwecken toleriert, hat der Gutachter den Verkehrswert auf CHF 675'000.– beziffert (act. 54).

4.2.4. Der Kläger kritisiert das Gutachten in mehrfacher Hinsicht: Zunächst gehe das Gutachten von einem falschen Verkehrswert im Jahr 2007 aus. Er habe ein Gerichtsgutachten zum Beweisthema ‚Minderwert‘ beantragt. Der Beweisantrag des Klägers: "Es sei vom Gericht ein Experte bestellt werden [recte wohl: zu bestellen], der ein Gutachten zum Minderwert der beiden Wohnungen im Zeitpunkt des Kaufs infolge fehlender Eigenschaft (Estrich anstatt 4., respektive 5. Wohnzimmer) erstellt." sei vom Gericht ohne Beanstandung abgenommen worden. Gestützt auf die Verhandlungsmaxime sei Beweisthema, was der Kläger behauptete und als Beweis offerierte und nichts anderes (act. 62 Rz.1). Beanstandet werde nun, dass der Verkehrswert im Jahr 2007 dem Marktwert entsprochen habe und sich im konkreten Fall mit dem Kaufpreis definiert habe. Er – der Kläger – habe nicht behauptet, der Verkehrswert 2007 sei nicht mit dem Kaufpreis identisch. Niemand, auch nicht die Beklagte, habe danach gefragt, was die Wohnung im Zeitpunkt des Kaufs für einen interpolierten und berechneten Wert gehabt habe.

Das sei vorliegend nicht von Interesse und habe nichts mit dem Beweisthema ‚Minderwert‘ zu tun. Für den Marktwert 2007 brauche es keine Schätzung. Beim Marktwert im vorliegenden Fall gehe es nicht um Erfahrungswerte, sondern um den effektiv bezahlten Preis. Das sei vorliegend der Verkehrswert im Jahr 2007, insbesondere wenn der Minderwert von diesem Kaufpreis zu berechnen sei. Es sei davon auszugehen, dass der Kaufpreis auf dem freien Markt dem tatsächlichen Wert der Wohnung entsprochen habe, wonach alle notwendigen Faktoren wie die Situation auf dem Bau- und Immobilienmarkt berücksichtigt seien. Das sage der Gutachter ja selber wenn er bemerke, die Schätzung des Verkehrswertes entspreche dem seinerzeitigen aktuellen Marktpreis. Der Marktpreis sei aber im vorliegenden konkreten Fall der Kaufpreis (act. 62 Rz. 2). Weil der Experte den Minderwert nicht berechnet habe, habe er die Beweisfrage nicht korrekt beantwortet, weshalb das Gutachten ergänzt resp. berichtigt werden müsse (act. 62 Rz. 3).

Weiter führt der Kläger aus, dass der Gutachter im Ergebnis zu denselben Resultaten gelange wie der Privatgutachter. "Der Verkehrswert, respektive Minderwert der Wohnung im Jahr 2007," sei beim Kläger Fr. 85'000 tiefer, da das 2. DG nicht zu Wohnzwecken genutzt werden könne. Der Gutachter habe bei der Schätzung einen leicht höheren Preis pro m² Nutzfläche verwendet, den er aufgrund seiner Erfahrung geschätzt habe. Die CHF 4'100.–/m² würden aber eben nicht dem effektiven Verkehrswert entsprechen, da geschätzt. Der konkrete Marktwert pro m² Nutzfläche ergebe sich anhand des Kaufpreises, so wie das der Privatgutachter berechnet habe. Der effektive Marktpreis sei somit CHF 3'750.–/m² Nutzfläche. Von diesen effektiven Zahlen sei bei der Berechnung des Minderwertes auszugehen und nicht von einem "Erfahrungswert" von CHF 4'100.–. Falsch sei auch die Berechnung der Fläche im 2. DG, die gemäss Bau- und Zonenordnung lediglich als Estrich und nicht wie in den Kaufunterlagen als Wohnraum genutzt werden dürfe. Der Gerichtsgutachter gehe von einer kleineren Fläche als der tatsächlichen Fläche aus (44m²). Die Differenz zum Privatgutachten G._____ ergebe sich, da der Gerichtsgutachter die Nutzfläche nur bis zu einer (virtuellen) Kniestockhöhe von 1.50m rechne. Er begründe dies mit der Bemerkung, diese Begrenzung gelte bei Bauverwaltungen, usw. als Usanz. Vorliegend gehe es aber nicht um Usanzen, sondern um die Anwendung der vertraglich vereinbarten Normen. Ge-

mäss Kennzahlen im Immobilienmanagement SIA und SVIT, Dokumentation d0 165 (die auch vom Gutachter verwendet werde) müsse aber die gesamte Fläche, inklusive der Fläche unter der Dachschräge von weniger als einer virtuellen Kniestockhöhe von 1.50m berechnet werden. Werde nun eine grössere Fläche mit einem Minderwert als Estrich und nicht als Wohnfläche vom Kaufpreis abgezogen, so ergebe sich ein höherer Minderwert. Insofern sei die Berechnung falsch. Usanzen seien nur da zugelassen, wo keine Normen vorhanden seien. Die eingangs erwähnte Norm des SIA und des SVIT sei aber anzuwenden, daher müsse die gesamte Fläche, auch unter der Dachschräge, einbezogen werden (act. 62 Rz. 4 f.).

4.2.5. Der Kläger verkennt, dass Aufgabe des Gerichtsgutachters nicht die Berechnung des Minderwertes war. Hierfür ist kein Gerichtsgutachten notwendig, da es sich um eine simple Rechnung (Wert des mängelfreien Werkes ./ Wert des mangelhaften Werkes) handelt. Es kann in diesem Zusammenhang auf die Ausführungen in Ziffer III.4.2.2. der Erwägungen verwiesen werden. Aufgabe des Gutachters war es, den Verkehrswert unter Berücksichtigung der geltend gemachten Mängel zu ermitteln. Wie die Kläger richtig bemerken, brauchte der Gutachter den Verkehrswert für das mängelfreie Werk nicht zu beurteilen, weil sich die Parteien einig sind, dass dieser Wert deckungsgleich mit dem Kaufpreis war (siehe dazu Ziffer. III.4.2.3. der Erwägungen). Hätte man den Gerichtsgutachter mit der Verkehrswertschätzung des mängelfreien Werkes beauftragt, wäre damit die Dispositionsmaxime verletzt worden. Seine Aufgabe beschränkte sich deshalb auf die Wertermittlung unter Berücksichtigung der geltend gemachten Mängel. Damit wurde das Beweisthema keineswegs verfehlt, denn – wie dargelegt – müssen zur Berechnung des Minderwerts die beiden Werte gegenübergestellt werden, weshalb man nicht umhin kommt, diese zu ermitteln, soweit sie nicht übereinstimmend behauptet wurden.

Vergleicht man die Gutachten des Privatgutachters G._____ und des Gerichtsgutachters, fällt auf, dass die beiden Gutachter unterschiedlich vorgegangen sind. Der Privatgutachter G._____ berechnete den m²-Preis, indem er den Kaufpreis für die Wohnung durch die gesamte m²-Zahl teilte, ungeachtet der Tatsache, dass

Balkonflächen und Flächen mit einer Kniestockhöhe von weniger als 1.5 m einen anderen Nutzungswert aufweisen. Daraus ermittelte er den m²-Preis, von dem er für die weitere Berechnung ausging (CHF 3'750.–/m²; act. 4/23 S. 5). Der Gerichtsgutachter differenzierte demgegenüber von Anfang an zwischen den einzelnen Nutzungsflächen: Wohnung (CHF 4'100.–/m²), Galerie/Estrich (CHF 1'000.–/m²) und Balkon (CHF 1'500.–/m²). Daraus resultiert für das unbestrittenermassen uneingeschränkt nutzbare 1. DG bereits eine Wertdifferenz von CHF 36'400.– ($[(CHF\ 4'100.-\ ./. \ CHF\ 3'750.-)] * 104\ m^2$). Der Kläger hält die Schätzung des Gerichtsgutachters für unzulässig und bemängelt, dass der errechnete m²-Preis von CHF 4'100.– nicht dem tatsächlichen Marktwert entsprochen habe. Dabei verkennt er aber, dass der von ihm genannte m²-Preis von CHF 3'750.– auf seiner eigenen Berechnungsweise beruht und nur aufgrund dessen, dass bei der Berechnung vom tatsächlichen Kaufpreis ausgegangen wurde, nicht angenommen werden kann, der ermittelte m²-Preis entspreche dem tatsächlichen Marktwert. Wie gesagt, hat der Parteigutachter den Wert der einzelnen Flächen bei der Berechnung nicht differenziert, was erhebliche Zweifel an der Aussagekraft des ermittelten m²-Preises erwachsen lässt. Diese Zweifel erhärten sich, wenn man den Kaufpreis der im 1. Obergeschoss befindlichen Wohnung berücksichtigt, welcher unbestrittenermassen (act. 9 Rz. 4.2.; nicht bestritten in act. 17 S. 7) dieselbe Grundfläche wie das 1. DG aufweist und lediglich CHF 25'000.– günstiger verkauft wurde. Der m² kostete im 1. Obergeschoss folglich rund CHF 5'385.– ($CHF\ 560'000.- / 104\ m^2$). Unter diesen Umständen erscheint der vom Gerichtsgutachter ermittelte m²-Preis eher vorsichtig geschätzt zu sein, zumindest aber angemessen. Das Parteigutachten und die klägerischen Ausführungen hierzu vermögen diese Wertberechnung des Gerichtsgutachters folglich nicht zu erschüttern. Somit liegt in diesem Zusammenhang kein Grund vor, von der Verkehrswertschätzung des Gerichtsgutachters abzuweichen.

Weiter bemängelt der Kläger, dass der Gerichtsgutachter von der falschen Nutzfläche im 2. DG ausgegangen sei. Er sei von einer kleineren als der tatsächlichen Fläche ausgegangen. Diese Berechnungsweise sei falsch und führe zu einem geringeren Minderwert. Der Gerichtsgutachter ging bei 56 m² grundsätzlich von einem m²-Wert für das 2. DG von CHF 1'000.– aus (act. 54 S. 10). Lediglich für

denjenigen Teil, welcher eine Kniestockhöhe von mindestens 1.5 m aufweist, machte er in den Folge einen Zuschlag von weiteren CHF 2'000.–/m². Im Ergebnis bewertete er denjenigen m²-Teil, bei dem die Kniestockhöhe unter 1.5 m lag, tiefer als der klägerische Parteigutachter selbst (CHF 1'350.–/m²; act. 4/23 S. 5); denjenigen m²-Teil mit einer Kniestockhöhe von über 1.5 m bewertete er – unter Berücksichtigung, dass die Gemeinde die Wohnung mit dem ausgebauten 2. DG ohne Beanstandung abgenommen hat und die Nutzung zu Wohn-/Arbeitszwecken toleriert – mit CHF 3'000.–/m² deutlich höher. Es fällt auf, dass der Gerichtsgutachter für das 2. DG von einer Gesamtnutzungsfläche von 56 m² ausging, währenddem der Parteigutachter mit einer Gesamtnutzungsfläche von 30 m² rechnete. Der Parteigutachter hat sich dabei nach eigenen Angaben auf die Verkaufsdokumentation gestützt (act. 4/23 S. 5); der Gerichtsgutachter stützte sich offenbar auf den Plan "2. Dachgeschoss 1:50" im Anhang zum Werkvertrag (act. 29; act. 54 S. 7). Da der genannte Plan im Gegensatz zur Verkaufsdokumentation wesentlich detaillierter ist und überdies Vertragsbestandteil bildet, stellte der Gerichtsgutachter in Ausübung seiner pflichtgemässen Sorgfalt zu Recht auf die m²-Fläche von 56 m² ab. Entgegen der klägerischen Behauptung berücksichtigte der Gerichtsgutachter folglich sehr wohl die gesamte Nutzungsfläche des 2. DG. Im Gegensatz zum Parteigutachter ging er dabei zudem wesentlich genauer vor. Den m²-Wert machte er von der Kniestockhöhe abhängig. Diese Usanz erscheint nachvollziehbar und sinnvoll, eröffnen sich mit zunehmender Raumhöhe doch mehr Nutzungsmöglichkeiten. Die Berechnung war in diesem Lichte nicht falsch, sondern sorgfältig.

Es ist unbestritten und aus den Akten ersichtlich, dass die Gemeinde die Wohnung mit dem ausgebauten 2. DG ohne Beanstandung abgenommen hat, und die Nutzung zu Wohn-/Arbeitszwecken bis heute ohne Einschränkung faktisch toleriert wurde. Keine Partei behauptet, es würden konkrete Anhaltspunkte bestehen, dass die Gemeinde die zweckentfremdete Nutzung in Zukunft nicht mehr akzeptieren wird. Der Kläger wendet zwar zu Recht ein, dass die Gemeinde im konkreten Fall mit Schreiben vom 22. Oktober 2009 erklärt hat, die Nutzung des 2. DG zu Wohn- oder Arbeitszwecken nicht zu tolerieren (act. 62 Rz.7; act. 4/14 S. 2). Damit ist aber auch klar, dass die Gemeinde seit der Mitteilung Kenntnis von der

zweckfremden Nutzung hat. Dennoch hat sie in den vergangenen bald vier Jahren nichts unternommen, um diesem Gebrauch Einhalt zu gebieten (z.B. durch die Anordnung des Rückbaus oder Eintragung der Nutzungsbeschränkung im Grundbuch). Somit hat die Gemeinde trotz gegenteiliger Erklärung die Nutzung als Wohn-/Arbeitsraum faktisch toleriert. Der Kläger konnte die gekaufte Wohnung sodann auch gebrauchen, wie er es vorgesehen hatte. Weder vor noch nach der (behaupteten) Entdeckung der Nutzungsbeschränkung wurde ihm der gewünschte Gebrauch erschwert oder gar verwehrt. Die Einschränkung bestand einzig darin, dass sie die Wohnung nicht guten Gewissens als 5 ½-Zimmer Dachmaisonette Wohnung weiterverkaufen kann. Andere rechtliche Einschränkungen wurden nicht behauptet. Es rechtfertigt sich durchaus, diese Tatsachen in der Verkehrswertschätzung zu berücksichtigen. Nicht zu vergessen ist auch der Ausbaustandard des 2. DG: Ein normaler Estrich verfügt usanzgemäss nicht über einen Balkon, grosse Fenster, Parkettboden, mehrere Stromanschlüsse. Es wäre folglich nicht sachgerecht, den m²-Preis für das gesamte 2. DG auf einem Preisniveau eines normalen Estrichs zu belassen. Mithin ist von einem Verkehrswert bei – wenn man davon ausgeht, dass tatsächlich ein Mangel vorliegt – mangelhaftem Werkobjekt von CHF 584'000.– (zzgl. CHF 91'000.– für den Kellerraum und die Garagenplätze) auszugehen. Dies führt zum paradoxen Ergebnis, dass der Verkehrswert des mängelfreien Werkes unter dem Wert des mangelbehafteten Werkes zu liegen kommt. Daraus erhellt, dass der Kläger zwar ein mangelbehaftetes Werk erhielt, dafür aber keinen übersetzten, sondern einen dem tatsächlichen Wert entsprechenden Preis resp. sogar etwas weniger bezahlte. Dem Kläger ist aus dem Mangel – soweit er überhaupt besteht – folglich kein finanzieller Nachteil erwachsen, womit auch ein allfälliger Herabsetzungsanspruch entfällt (siehe dazu Ziffer III.4.2.2. der Erwägungen). Damit kann offen bleiben, ob die weiteren Voraussetzungen für den Minderungsanspruch des Klägers erfüllt wären.

5. Absichtliche Täuschung

5.1. Der Kläger macht eventualiter absichtliche Täuschung im Sinne von Art. 28 OR geltend. Er führt aus, dass die Beklagte sie beim Abschluss des Werk- und Kaufvertrags über die Grösse und Verteilung der nutzbaren Wohnfläche der

Wohnung getäuscht habe. Es verstehe sich von selbst, dass er die Wohnung nie gekauft hätte, wenn er gewusst hätte, dass das gesamte obere Stockwerk nur als Stauraum und nicht als Wohn- oder Arbeitsraum nutzbar sein werde (act. 1 S. 22).

Die Beklagte macht in ihrer Klageantwort geltend, dass der Kläger in der Hauptsache auf Gewährleistung klagen würde und damit den Vertrag nach Art. 31 OR akzeptiert habe. Deshalb sei ihm die Berufung auf Willensmängel verwehrt. Im Übrigen habe sie den Kläger nicht absichtlich getäuscht, weshalb die Berufung auf Art. 28 OR auch aus diesem Grund abzuweisen wäre. Bestritten sei überdies, dass der Kläger sich bei der Beurkundung des Kaufvertrages am 19. November 2007 in einem Irrtum befunden habe. Er sei vom beurkundenden Notar schon im Vorfeld der Vertragsunterzeichnung darauf hingewiesen worden, er habe sich beim Bauamt über allfällige öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen, wie Nutzungsvorschriften und -beschränkungen, baurechtliche Vorschriften und Auflagen, Altlasten, etc. direkt zu informieren. Sollte der Kläger das nicht gemacht haben, hätte er seinen Irrtum selbst zu verantworten, weshalb die Berufung auf Irrtum gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossen würde und damit gemäss Art. 25 OR unstatthaft sei (act. 9 S. 21 f.). Duplicando führt die Beklagte aus, der Kläger habe sich bereits vorprozessual auf die Unverbindlichkeit des geschlossenen Kaufvertrages berufen und könne folglich nicht mehr gestützt auf die Gewährleistungsbestimmungen Minderung geltend machen (siehe dazu Ziffer III.3. der Erwägungen).

5.2. Gestützt auf das Argument der absichtlichen Täuschung im Sinne von Art. 28 Abs. 1 OR kann sich eine Partei auf die Unverbindlichkeit des Vertrags berufen und die Rückabwicklung verlangen. Ausnahmsweise kann die Teilnichtigkeit des Vertrags angenommen werden (Art. 20 Abs. 2 OR). Inwiefern sich die Anfechtung des Vertrags gestützt auf Art. 24 ff. OR mit dem vertraglichen Minderungsanspruch verträgt, wurde in Ziffer III.3. der Erwägungen ausgeführt. Es kann darauf verwiesen werden. Die Geltendmachung der Ungültigkeit des Vertrages setzt ein entsprechendes Begehren voraus. Dies kann auch in der Rückforderung des Kaufpreises bestehen. Ebendieses Begehren stellte der Kläger noch vor dem

Friedensrichteramt E. _____ (act. 3; act. 4/19). Mit der vorliegenden Klage hat er dieses Begehren indessen fallen gelassen und fordert einzig noch die Reduktion des Kaufpreises. Im Lichte von Art. 28 Abs. 1 OR kann darin lediglich noch ein Begehren um Feststellung der Teilnichtigkeit im Sinne von Art. 20 Abs. 2 OR und damit verbundener Anordnung der teilweisen Rückabwicklung gesehen werden. Hierfür müsste aber angenommen werden können, dass die Parteien den Vertrag auch ohne den "nichtigen Teil", d.h. in concreto bei einem Kaufpreis von CHF 530'000.– (CHF 610'000.– ./ CHF 80000.–) abgeschlossen hätten. Dies ist vorliegend aber offensichtlich nicht der Fall. Der Kläger führt selbst aus, dass er die Wohnung nie gekauft hätte, wenn er gewusst hätte, dass das gesamte obere Stockwerk nur als Stauraum und nicht als Wohn- oder Arbeitsraum nutzbar sein werde (act. 1 S. 22). Ebenso wenig ist anzunehmen, dass die Beklagte den Kaufvertrag beim reduzierten Kaufpreis abgeschlossen hätte. Dies ergibt sich bereits daraus, dass die flächenmässig grösste Wohnung dann mit Abstand am günstigsten verkauft worden wäre. Die Voraussetzungen für eine Teilnichtigkeit im Sinne von Art. 20 Abs. 2 OR sind somit nicht erfüllt. Den Antrag auf Rückabwicklung des Kaufvertrages hat der Kläger nicht gestellt. Das Eventualbegehren erweist sich damit als unsubstanziert und ist damit nicht zu beachten.

6. Grundlagenirrtum

Es kann auf die einschlägigen Ausführungen in Ziffer III.5.2. der Erwägungen verwiesen werden.

7. Schadenersatzforderungen

7.1. Der Kläger machen Schadenersatzforderungen im Umfang von CHF 6'808.10 geltend. Diese setzen sich zusammen aus Ersatzforderungen für vorprozessuale Anwaltskosten (CHF 2'663.85), wertlose Investitionen (CHF 3'568.60.–) und Kosten für ein Parteigutachten (CHF 575.65; act. 1 S. 20 f.).

7.2. Vorprozessuale Anwaltskosten

7.2.1. Der klägerische Rechtsvertreter führt aus, dass er vorprozessual für den Kläger und das Ehepaar H. _____ (sep. Verfahren mit Geschäfts-Nr. HG100148) tätig geworden sei. Dabei sei es um die Klärung der effektiven rechtlichen Situation gegangen sowie um die Abklärung, ob die Erteilung einer Ausnahmegewilligung bezüglich der Bewohnbarkeit des 2. DG möglich sei. Total hätten die vorprozessualen Anwaltskosten CHF 5'327.70 betragen. Im vorliegenden Fall werde die Hälfte dieses Betrags namens des Klägers geltend gemacht (act. 1 S. 20). Replicando erklärt der klägerische Rechtsvertreter, dass es in dieser (vorprozessualen) Betreuungsphase nicht um die Vorbereitung, sondern um die Vermeidung einer Klage gegangen sei. Der Kläger sei selbst nicht dazu in der Lage gewesen, weshalb der Beizug eines Anwalts notwendig gewesen sei (act. 15 S. 3).

Die Beklagte macht demgegenüber geltend, die vorprozessualen Anwaltskosten würden in der Prozessentschädigung Berücksichtigung finden und könnten nicht als Schadenersatzbestandteil in Betracht fallen. Die vorprozessualen Aufwendungen des klägerischen Rechtsvertreters würden keinen üblichen Rahmen übersteigen. Von ausserordentlichen Bemühungen im Sinne von § 9 der Verordnung über die Anwaltsgebühren könne nicht gesprochen werden (act. 9 S. 20). Ferner bestreitet die Beklagte, dass es bei den vorprozessualen Aufwendungen nicht um die Vorbereitung, sondern die Vermeidung einer Klage gegangen sei (act. 17 S. 3).

7.2.2. Vorprozessuale Rechtsverfolgungskosten werden als Kosten definiert, die den Parteien durch ihre Bemühungen im Kampf ums Recht vor Einleitung eines Zivilprozesses erwachsen, aber Prozesscharakter haben. Sie weisen dann Prozesscharakter auf, wenn sie im Zeitpunkt des Endentscheides, retrospektiv betrachtet, in Bezug auf die Vorbereitung oder auch die versuchte Verhinderung des Prozesses notwendig oder nützlich und angemessen waren und eine adäquate Folge des schliesslich zum Prozess führenden Ereignisses darstellen (WERNER C. WEBER, Die Prozessentschädigung mit besonderem Bezug auf ihre Ausgestaltung im zürcherischen Zivilprozess, Entlebuch 1990, S. 115 ff.). Unter diese vorprozessualen Rechtsverfolgungskosten fallen insbesondere die in der Regel vom Betrag her am meisten ins Gewicht fallenden vorprozessualen Anwaltskosten.

Das Bundesgericht hat im Rahmen von Haftpflichtprozessen wiederholt festgehalten, dass vorprozessuale Anwaltskosten nur dann als Schaden geltend gemacht werden könnten, wenn sie gerechtfertigt, notwendig und angemessen waren und nicht durch die nach kantonalem Recht zuzusprechende Prozessentschädigung gedeckt sind (BGE 117 II 106 [= Pra 80 Nr. 163], BGE 117 II 396). Im Urteil 4C.11/2003 vom 19. Mai 2003 E. 5 führte das Bundesgericht zumindest implizit aus, dass diese Grundsätze auch ausserhalb des Haftpflichtprozesses gelten und liess die Frage offen, ob die allgemein anerkannten Grundsätze über die Verteilung von Prozesskosten auch anzuwenden seien, wenn ausser- oder vorprozessuale Kosten zur Beurteilung stehen, die vom massgebenden Prozessrecht nicht geregelt werden.

Nach zürcherischer Praxis werden vorprozessuale Anwaltskosten bei der Bemessung der Prozessentschädigung nach Massgabe des beidseitigen Unterliegens und Obsiegens berücksichtigt (FRANK/STRÄULI/MESSMER, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3.A. Zürich 1997, N 2a zu § 69 ZPO). Diese Kosten fliessen – soweit es sich dabei um Bemühungen für die Vorbereitung eines Prozesses handelt, welche nicht schon durch die normale Prozessentschädigung abgegolten sind – gemäss § 11 der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 21. Juni 2006 in die Prozessentschädigung ein. Sie sind daher im Sinne der bundesgerichtlichen Praxis von der Prozessentschädigung nach kantonalem Recht erfasst. Bemühungen im Rahmen der Vorbereitung des Prozesses i.S.v. § 11 der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 21. Juni 2006 (aAnwGebV) werden mit einer besonderen Gebühr für den notwendigen Zeitaufwand von in der Regel CHF 150.00 bis CHF 350.00 pro Stunde abgegolten (zur Anwendbarkeit der aAnwGebV siehe § 25 Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 in Verbindung mit Art. 404 Abs. 1 Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008).

7.2.3. Der Kläger führt selbst aus, dass die Aufwendungen im Hinblick auf die Verhinderung eines Prozesses sowie zur Klärung der rechtlichen Situation dienen. Die Klärung der Rechtslage dient naturgemäss auch der Vorbereitung im Hinblick auf einen Prozess und steht folglich mit diesem in engem Zusammen-

hang. Nach dem Gesagten führt dies dazu, dass diese Kosten nach Obsiegen und Unterliegen im Rahmen der Prozessentschädigung abzugelten sind und die Schadenersatzklage für vorprozessuale Anwaltskosten im Betrag von CHF 2'663.85 abzuweisen ist.

7.3. Wertlose Investitionen

7.3.1. Der Kläger führt aus, dass er durch die I. _____ ins 2. DG eine moderne freihängende mit Beleuchtungskörpern versehene Treppe habe anbringen lassen. Diese Investition im Betrag von CHF 3'568.60 sei wertlos, da der Estrich nicht als Wohnraum genutzt werden könne (act. 1 S. 20; act. 15 S. 11 [worin der klägerische Rechtsvertreter offensichtlich versehentlich den Wortlaut seines Plädoyers im Parallelfall HG100148 übernommen hat und ausführt, dass die Rollos wertlos seien]).

Die Beklagte entgegnet, dass die Rechnung der I. _____ sich – soweit ersichtlich – auf die Installation von Leuchten im Wohnzimmer und im Bad/WC beziehe. Im Übrigen sei nicht nachvollziehbar, wieso eine allfällige Investition in den Ausbau des 2. DG wertlos sein sollte. Der Ausbau des 2. DG sei durch die örtliche Baubehörde anstandslos abgenommen worden. In der Nutzung des 2. DG sei der Kläger frei (act. 9 S. 20 f.).

7.3.2. Schaden ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts die ungewollte Verminderung des Reinvermögens. Er kann in einer Verminderung der Aktiven, einer Vermehrung der Passiven oder in entgangenem Gewinn bestehen und entspricht der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte (BGE 129 III 331 E. 2.1). Der Kläger macht nicht geltend, dass ein Schaden in diesem Sinne vorliege. Seinen Schaden erkennt er vielmehr darin, dass die installierten Leuchtkörper ihm aufgrund der eingeschränkten Nutzungsmöglichkeiten im 2. DG kaum bzw. gar nicht von Nutzen sein würden. Der Kläger macht damit einen Kommerzialisierungsschaden (siehe dazu HEINZ REY, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, 3. Aufl. 2003, Rz. 374 ff; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, a.a.O., Rz. 2856 ff.) geltend, welchem das Bundesgericht nach ständiger Rechtsprechung die

Schadensqualität abspricht. Mithin ist die Schadenersatzforderung des Kläger im Umfang von CHF 3'568.60 abzuweisen. Im Übrigen wird aus der eingereichten Rechnung von Herrn I1._____ nicht klar, ob sämtliche vom Kläger geltend gemachten Rechnungsbestandteile mit der Beleuchtung der Treppe in Zusammenhang stehen. Offensichtlich liess der Kläger auch Anpassungen bei der Beleuchtung des Esszimmers, der Küche, des Wohnzimmers und des Bads und WC's vornehmen. Ob die fraglichen Beträge einzig mit der Treppe in Zusammenhang stehen, erscheint unklar, weshalb der Betrag auch mangels genügender Substantiierung abzuweisen wäre.

7.4. Expertisekosten

7.4.1. Der Kläger stellt die Kosten für sein Parteigutachten im Umfang von CHF 575.65 in Rechnung (act. 1 S. 21). Das Gutachten sei notwendig gewesen, da er keine Ahnung habe haben können, ob und wie hoch der Minderwert sei (act. 15 S. 11). Die Beklagte hält dagegen, dass der Kläger nach Zürcher Praxis keinen Anspruch auf Kostenersatz für ein Privatgutachten habe, das wie Parteivorbringen und damit als beweisuntauglich zu behandeln sei (act. 9 S. 20).

7.4.2. Was für die vorprozessualen Anwaltskosten gilt, gilt auch für vorprozessuale Parteigutachten. Demzufolge können diese nur dann als Schaden geltend gemacht werden, wenn sie berechtigt, notwendig und angemessen waren und nicht in der Prozessentschädigung nach kantonalem Recht Berücksichtigung finden. Die Frage der Notwendigkeit beurteilt sich nach Massgabe der konkreten Umstände. Von Bedeutung ist, ob eine Partei ihre Rechte nicht sachgemäss hätte wahrnehmen können, wenn sie die Expertise nicht in Auftrag gegeben hätte (siehe dazu PETER GAUCH, Der Deliktsanspruch des Geschädigten auf Ersatz seiner Anwaltskosten, recht 1994, S. 189 ff., 191 f.).

7.4.3. Nach zürcherischer Praxis sind Privatgutachten keine Beweismittel, sondern haben nur die Bedeutung von Parteibehauptungen. Die Kosten eines Privatgutachtens sind daher nicht zu entschädigen, weshalb die obsiegende Partei grundsätzlich keinen Anspruch gegenüber der unterliegenden Partei auf Ersatz der Kosten für die Erstellung eines Privatgutachtens hat (FRANK/STRÄULI/-

MESSMER, a.a.O. vor § 171 ff. N 4 und § 69 N 10). Somit fallen die vom Kläger geltend gemachten Expertisekosten als zusätzlicher Schadensbestandteil grundsätzlich in Betracht.

7.4.4. Fraglich erscheint allerdings die Notwendigkeit der Expertise und der damit verbundenen Kosten. Der Kläger macht geltend, das Gutachten habe der Feststellung gedient, ob ein Minderwert bestehe und wie hoch dieser sei. Aus dem Gutachten geht einzig hervor, dass ein Minderwert von (gerundet) CHF 80'000.– bestehe. Keine Aussagen enthält das Gutachten in Bezug auf die übrigen Voraussetzungen zur Geltendmachung des Minderungsanspruchs. Da sich die Höhe des effektiven Minderwerts aber ohnehin nur durch ein Gerichtsgutachten bestimmen lässt, wie der Kläger selbst feststellt (act. 15 S. 2), erscheint der Nutzen des vorprozessualen Parteigutachtens nicht nachvollziehbar. Der Kläger hätte ebenso gut eine unbezifferte Forderungsklage anhängig machen und sich vorbehalten können, die Klage nach Abschluss des Beweisverfahrens zu beziffern. Eine unbezifferte Klage auf Geldzahlung ist u.a. möglich, wo erst das Beweisverfahren die Grundlage für die Konkretisierung der Forderung abgibt (§ 61 Abs. 2 ZPO/ZH; siehe auch SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 9. Aufl. 2010, 7. Kap. N 64). Dies ist vorliegend der Fall. Das vorprozessuale Parteigutachten war mithin nicht notwendig, damit der Kläger seine Rechte sachgemäss wahrnehmen konnte. Die Schadenersatzklage im Umfang von CHF 575.65 ist deshalb abzuweisen.

IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Unterliegt eine Partei vollumfänglich, sind ihr grundsätzlich die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen (§ 64 Abs. 2 ZPO ZH). Darüber hinaus ist sie zu verpflichten, der Gegenpartei eine angemessene Prozessentschädigung zu bezahlen (§ 68 Abs. 1 ZPO ZH). Von diesem Verteilungsgrundsatz kann abgewichen werden, wenn die unterliegende Partei sich in guten Treuen zur Prozessführung veranlasst sah oder wenn dem Kläger die genaue Bezifferung seines Anspruchs nicht zuzumuten war und seine Klage grundsätzlich gutgeheissen wurde (§ 64 Abs. 3 ZPO

ZH). In casu erschiene es stossend, wenn dem Kläger die gesamten Prozesskosten auferlegt würden: Die Beklagte hat selbst eingestanden, den Kläger nicht über die Nutzungsbeschränkung informiert zu haben. Die Nutzung des 2. DG sei überhaupt nie zur Diskussion gestanden (act. 17 S. 7). Ihre Annahme, dass sich der Kläger gestützt auf den Hinweis des Notariats hin beim Bauamt über die Baubewilligung informieren würde (act. 9 S. 9 Rz. 3.1, S. 16 Rz. 3.2. und S. 22 Rz. 3), war nicht gerechtfertigt. Bei einer Werkabnahme ist der Bauherr zwar zur sorgfältigen Prüfung des Werkes verpflichtet, dies umfasst aber nicht die Anstellung von Nachforschungen ohne begründete Verdachtsmomente. So gehört es beispielsweise nach der Begehung eines unverdächtigen Baugrundstücks nicht zur erwarteten Prüfungssorgfalt, das Kataster der belasteten Standorte in Bezug auf die Kontaminationsfreiheit zu konsultieren. Obschon der Gesetzgeber damit das Ziel verfolgt, die Öffentlichkeit zu informieren, hat er dem Kataster keinerlei Publizitätswirkung zuerkannt, ja nicht einmal angeordnet, dass entsprechende Einträge im Grundbuch angemerkt werden (siehe ERICH RÜEGG, Zusicherung und Freizeichnung, in: Jürg Schmid (Hrsg.), Der Grundstückskauf, Zürich Basel Genf 2010, S. 198 f.). Vergleichbares gilt im vorliegenden Fall: Schöpfte der Kläger bei der Begehung der Baute bzw. der Betrachtung der Pläne keinen Verdacht, dass die Räume möglicherweise nicht als Wohn-/Arbeitsräume verwendet werden dürfen, war er auch nicht gehalten, entsprechende Nachforschungen bei der Baubehörde der Gemeinde anzustellen. Dass der Kläger einen Verdacht hätte hegen müssen, behauptet selbst die Beklagte nicht ausdrücklich. Unter Berücksichtigung, dass der Kläger eine Privatperson ist, von der grundsätzlich nicht zu erwarten ist, dass sie im Bauwesen und den örtlichen öffentlich-rechtlichen Bauvorschriften besonders versiert wäre (Gegenteiliges wird auch nicht behauptet), kann nicht erwartet werden, dass er aufgrund der Treppenbreite zum 2. DG und der Raumhöhe den Verdacht hätte schöpfen müssen, dass der Raum möglicherweise gar nicht als Wohn-/Arbeitsraum zugelassen ist; schon gar nicht, nachdem die Wohnung als "5.5-Zimmer-Dachmansionwohnung" mit einer Nettowohnfläche von ca. 140 m² ausgeschrieben worden war (act. 1 S. 4; act. 9 S. 6 f.), in den Verkaufsdokumenten (act. 10/2) eine zweigeschossige Wohnung dargestellt wurde, die im 1. DG einen über 40 m² grossen Raum "Wohnen/Essen" sowie drei Zimmer und im 2. DG

nebst einem schmalen Estrich einen weiteren Raum "Studio/Wohnen" umfasste, und die Wohnung noch im Kaufvertrag vom 19. November 2007 (act. 4/8) als "5 ½-Zimmerwohnung im 1. und 2. Dachgeschoss West" umschrieben worden war. Im Übrigen durfte er als Erstbezüger einer neu erstellten Eigentumswohnung generell annehmen, dass diese keine rechtlichen Mängel aufweist, wenn sie von der zuständigen Baubehörde kurz davor abgenommen (und damit als vorschriftskonform bezeichnet) worden war. Dass die Beklagte in den Baueingabeplänen das 2. DG stets als "Estrich" beschriftet hatte, obschon diese Angaben nicht ihren Absichten entsprachen (act. 17 S. 5 f.), musste der Kläger selbstredend nicht annehmen. Die Baubewilligung lag für den Kläger unter diesen Umständen nicht im Verdacht, allfällige öffentlich-rechtliche Nutzungsbeschränkungen zu beinhalten. Der Kläger musste nicht mit derartigem rechnen. Das beklagtische Verhalten widersprach klar dem Grundsatz von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr, auch wenn der Kaufpreis letzten Endes nicht übersetzt war, was erst durch das Gerichtsgutachten ermittelt werden konnte. Der Kläger sah sich folglich in guten Treuen zur Prozessführung veranlasst. Unter diesen Umständen erscheint es durchaus gerechtfertigt, vom Kostenverteilungsgrundsatz abzuweichen und der Beklagten rund einen Drittel der Kosten aufzuerlegen. Ferner ist die vom Kläger geschuldete Parteientschädigung im entsprechenden Verhältnis zu reduzieren. Die Bemessung der Gerichtskosten richtet sich nach § 23 GebV OG in Verbindung mit § 4 Abs. 1 und § 9 Ziff. 1 aGebV OG (vom 4. April 2007) und ist angesichts der Tatsache, dass ein Beweisverfahren notwendig war, aber auch unter Berücksichtigung, dass die Erwägungen im Parallelfall HG100148 weitestgehend übernommen werden konnten, auf rund 100% der Grundgebühr festzusetzen. Der Streitwert, der als Bemessungsgrundlage für die Berechnung der Grundgebühr dient (§ 2 Abs. 1 aGebV OG), beträgt CHF 86'808.10. Die Prozessentschädigung richtet sich nach § 25 AnwGebV in Verbindung mit § 3 Abs. 1 und § 6 Abs. 1 und 2 aAnwGebV (vom 21. Juni 2006) und ist auf 150 % der Grundgebühr festzusetzen, indes im Verhältnis zu den Gerichtskosten aufzuerlegen. Nachdem die Beklagte keine Mehrwertsteuer verlangt hat (act. 9 S. 2), ist ihr gemäss dem einschlägigen Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts vom 17. Mai 2006 schon aus diesem Grund keine Mehrwertsteuer zuzusprechen.

Demgemäss erkennt das Gericht:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 8'000.–. Die weiteren Kosten betragen CHF 3'545.10 für das Gerichtsgutachten.
3. Die Kosten werden dem Kläger zu 2/3 und der Beklagten zu 1/3 auferlegt.
4. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten eine reduzierte Prozessentschädigung von insgesamt CHF 5'000.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
6. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen von dessen Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, nach Massgabe von Art. 72 ff. sowie Art. 90 ff. des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) Beschwerde, allenfalls nach Massgabe von Art. 113 ff. BGG subsidiäre Verfassungsbeschwerde erhoben werden. Der Streitwert beträgt CHF 86'808.10.

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Oberrichter lic. iur. Peter Helm

lic. iur. Christian Fischbacher