

AR_GERICHTE OG O2Z-14-3 vom 26. Mai 2015

AR Gerichte, 2015-05-26, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ar_gerichte OG_O2Z-14-3

FR: AR_GERICHTE OG O2Z-14-3 du 26 mai 2015

IT: AR_GERICHTE OG O2Z-14-3 del 26 maggio 2015

Regeste

Obergericht Appenzell Ausserrhoden 2. Abteilung Urteil vom 26. Mai 2015 Mitwirkende Obergerichtsvizepräsident W. Kobler Oberrichter B. Oberholzer, S. Plachel, H. Zingg Oberrichterin S. Rohner Obergerichtsschreiberin B. Widmer Verfahren Nr

Erwägungen

E. 1

Prozessuales

E. 1.1

Prozessvoraussetzungen

Bezüglich der vom Gericht von Amtes wegen zu prüfenden Prozessvoraussetzungen (Art. 60 ZPO), aufgeführt in Art. 59 Abs. 2 ZPO, ergibt sich ohne weiteres, dass diese erfüllt sind. Insbesondere ist im Berufungsverfahren die örtliche und sachliche Zuständigkeit des Obergerichts gegeben (Art. 59 Abs. 2 lit. b ZPO, Art. 10 Abs. 1 lit. a ZPO, Art. 31 ZPO und Art. 24 Abs. 1 lit. b Justizgesetz, JG, bGS 145.31).

E. 1.2

Streitwerte

E. 1.2.1

Zulässigkeit der Berufung nach Art. 308 Abs. 2 ZPO und Streitwert der Berufung

In vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist die Berufung nur zulässig, wenn der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens 10'000 Franken beträgt (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Die Berechnung ist vollkommen unabhängig davon, wie die Vorinstanz entschieden hat, ob sie also z. B. den streitigen Betrag in bestimmtem Umfang zugesprochen hat. Diese Regelung erfolgte bewusst entsprechend derjenigen im BGG (Hoffmann-Nowotny, in: Kunz/Hoffmann-Nowotny/Stauber [Hrsg.], ZPO-Rechtsmittel Berufung und Beschwerde, N. 53 zu Art. 308). Die Kläger 1 und 2 (nachfolgend Berufungskläger genannt) verlangen vom Beklagten (nachfolgend Berufungsbeklagter genannt) vor beiden Instanzen je die Bezahlung von CHF 60'000.00, letzterer beantragt jeweils vollumfängliche Klageabweisung. Demzufolge beläuft sich der Streitwert auf CHF 60'000.00, so dass die Streitwertgrenze von Art. 308 Abs. 2 ZPO ohne weiteres erreicht wird und die Berufung zulässig ist. Dieser Streitwert gilt auch für das Berufungsverfahren (vgl. Suter/von Holzen, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweiz. Zivilprozessordnung, 2. Aufl., N. 12 zu Art. 96).

E. 1.2.2

Streitwert für den Weiterzug an das Bundesgericht

Gemäss Art. 51 Abs. 1 lit. a BGG bestimmt sich der Streitwert bei Beschwerden gegen kantonale Endentscheide nach den Begehren, die vor der Vorinstanz streitig geblieben sind. Wie vorerwähnt, verlangen die Berufungskläger vor Obergericht die Bezahlung von CHF 60'000.00, währenddem der Berufungsbeklagte die Abweisung der Klage beantragt, jedoch nicht Anschlussberufung nach Art. 313 ZPO erhoben hat. Damit wird die Streitwertgrenze für die Beschwerde in Zivilsachen von CHF 30'000.00 nach Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG auf jeden Fall erreicht.

E. 1.3

Noven

Der Berufungsbeklagte lässt vorbringen, unechte Noven (Tatsachen, die bereits zur Zeit des erstinstanzlichen Entscheides vorhanden gewesen seien) seien ausgeschlossen. Gemäss Art. 229 ZPO, und nachdem ein ausgedehnter zweiter Schriftenwechsel vor erster Instanz stattgefunden habe, sei schon nach Abschluss des zweiten Schriftenwechsels Aktenschluss gewesen. Die von den Berufungsklägern in der Berufungsschrift vorgebrachten „neuen“ Tatsachen, wie auch neu eingelegte Beweismittel (kläg. act. 35-43) seien für die Urteilsfindung nicht zu berücksichtigen. Zudem sei zur Eingabe von RA AA___ vom 16. Februar 2015 zu bemerken, dass die darin enthaltenen Behauptungen und Versuche neue, abgeänderte Sachverhaltsdarstellungen und Beweisanträge zu stellen, zurückgewiesen würden.

Die Berufungskläger lassen ausführen, soweit der Berufungsbeklagte behaupten sollte, bei ihren Ausführungen betreffend das Schreiben vom 15. November 2012 (kläg. act. 41) handle es sich um ein unzulässiges Novum, sei festzuhalten, dass dieses Novum nötig geworden sei, weil die Vorinstanz zu Unrecht verkannt habe, dass die Anwendung der SIA-Norm 118 im vorliegenden Fall konkludent vereinbart worden sei. Es handle sich damit um ein zulässiges Novum.

Die Berufungskläger haben mit der Berufungsschrift mehrere neue Aktenstücke, nämlich kläg. act. 35-43 (act. B 2/1-9), eingereicht, der Berufungsbeklagte mit act. B 11 eines. Wie steht es bezüglich dieser Dokumente mit dem Novenrecht? Art. 229 Abs. 1 lit. a ZPO bezeichnet für das erstinstanzliche Verfahren diejenigen Tatsachen und Beweismittel als echte Noven, welche nach Aktenschluss entstanden oder gefunden worden sind. Entgegen der „klassischen“ Definition wird somit nicht nur an den Zeitpunkt der Entstehung angeknüpft (Moret, Aktenschluss und Novenrecht nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Rz. 538ff). Als echte Noven in

Seite 7 Sinne von Art. 229 Abs. 1 lit. a ZPO gelten auch Tatsachen und Beweismittel, die objektiv bereits vor dem Aktenschluss existierten, jedoch erst nach dem Aktenschluss gefunden wurden. Als unechte Noven werden demgegenüber nach Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO diejenigen Sachvorbringen angesehen, die der betreffenden Partei bereits vor Aktenschluss bekannt waren, die aber aus irgendwelchen Gründen nicht vor Aktenschluss geltend gemacht worden sind (Moret, a.a.O., Rz. 583ff). Im Berufungsverfahren ist die Zulässigkeit von Noven in Art. 317 ZPO geregelt. Nach dieser Bestimmung werden neue Tatsachen und Beweismittel nur noch berücksichtigt, wenn sie: a. ohne Verzug vorgebracht werden; und b. trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden

konnten. Mit Moret (a.a.O., Rz. 792ff, insbesondere Rz. 803) ist eine wortgetreue Anwendung von Art. 229 Abs. 1 lit. a ZPO auf das Berufungsverfahren abzulehnen: Als echte Noven sind vor zweiter Instanz nur solche Tatsachen und Beweismittel zu qualifizieren, die erst nach dem Aktenschluss im erstinstanzlichen Verfahren entstanden sind (so auch: Reetz/Hilber in: Sutter- Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweiz. Zivilprozessordnung, 2. Aufl., N. 56f zu Art. 317; Spühler, in: Basler Kommentar, Schweiz. Zivilprozessordnung, 2. Aufl., N. 4 zu Art. 317; Gasser/Rickli, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl., N. 3 zu Art. 317; Gehri, in: Gehri/Jent- Sørensen/Sarbach [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl., N. 2 zu Art. 317; Mathys, in: Baker & McKenzie [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, N. 6 zu Art. 317; Volkart, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, N. 7 zu Art. 317; Seiler, Die Berufung nach ZPO, Rz. 1260). Unechte Noven sind demgegenüber Tatsachen, die sich schon vor dem erstinstanzlichen Entscheid verwirklicht haben. Die Novenregelung in Art. 317 Abs. 1 ZPO umfasst echte und unechte Noven (Reetz/Hilber, a.a.O., Rz. 56ff zu Art. 317; Spühler, a.a.O., N. 6 zu Art. 317; Gasser/Rickli, a.a.O., N. 2f zu Art. 317; Gehri, a.a.O., N. 2 zu Art. 317; Mathys, a.a.O., N. 6ff zu Art. 317; Volkart, a.a.O., N. 6ff zu Art. 317. Die abweichende Meinung von Brunner, in: Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], Kurzkommentar ZPO, 2. Aufl., N. 3 zu Art. 317, wonach im Berufungsverfahren nur echte Noven, nicht aber unechte Noven vorgebracht werden könnten, gründet möglicherweise in der früheren zürcherischen Abgrenzung der beiden Novenarten nach der prozessualen Zulässigkeit: vgl. dazu Moret, a.a.O., Rz. 540ff).

Die behaupteten Novenrechtsverletzungen werden in der nachfolgenden materiellen Beurteilung, sofern erforderlich, jeweils an derjenigen Stelle behandelt, wo sie für die betreffende Fragestellung von Relevanz sind.

Seite 8

Seite 9

E. 1.4

Zulässigkeit der Eingabe von RA AA___ vom 7. April 2015

E. 1.4.1

Novenschranke

Beim Obergericht ist seitens der Berufungskläger unter dem Titel „Freiwillige Eingabe“ am 8. April 2015 die obenerwähnte Rechtsschrift eingegangen. Diese enthält Noven, insbesondere werden darin neue Tatsachenbehauptungen gemacht und als Beweismittel ein neuer Zeuge genannt. Daher stellt sich die Frage nach der Zulässigkeit dieser Eingabe.

Vorab ist darauf hinzuweisen, dass zur Beantwortung dieser Frage nicht die Verfahrensleitung, sondern die Abteilung zuständig ist (Reetz/Hilber, a.a.O., N. 27 zu Art. 317; Staehelin/Staehelin/Grolimund, Zivilprozessrecht, 2. Aufl., § 21 Rz. 10).

Art. 317 Abs. 1 ZPO regelt den spätesten Zeitpunkt für das Vorbringen neuer Tatsachen und Beweismittel nicht.

Reetz/Hilber sind der Ansicht, bei einem Verzicht auf eine Berufungsverhandlung und auf die Durchführung eines zweiten Schriftenwechsels werde die zweitinstanzliche Behauptungsphase bereits mit dem ersten Schriftenwechsel abgeschlossen und ein späteres Vorbringen von Noven sei nicht mehr zulässig (a.a.O., N. 23 und 46 zu Art. 317). Gleicher

Meinung ist auch Seiler (a.a.O., Rz. 1305 und 1308). Demgegenüber wollen die nachgenannten Autoren Noven bis zur Urteilsberatung zulassen. Sie berufen sich dabei auf die Prozessökonomie und eine sinngemässe Anwendung von Art. 229 Abs. 3 ZPO (Sterchi, in: Berner Kommentar, Schweiz. Zivilprozessordnung, Bd. II, N. 7 zu Art. 317, unter Hinweis auf Killias, in: Berner Kommentar, Schweiz. Zivilprozessordnung, Bd. II, N. 28 und 29 zu Art. 229; Staehelin/Staehelin/Grolimund, a.a.O., § 21 Rz. 10; Meier, Schweiz. Zivilprozessrecht, S. 345 ff.). Moret spricht sich ebenfalls dafür aus, dass für das Berufungsverfahren allgemein mangels anderer Regelung gelten muss, dass Noven bis zur Urteilsberatung bzw. bis zur Entscheidungsfindung vorgebracht werden können. Für die Nichtberücksichtigung von Noven mit der Begründung, sie seien nach dem Schriftenwechsel eingebracht worden und deshalb verspätet, bestehe keine gesetzliche Grundlage (a.a.O., Rz. 825).

Art. 229 Abs. 3 ZPO sieht die Zulässigkeit von Noven bis zur Urteilsberatung nur für Fälle im Bereiche der Untersuchungsmaxime vor. Für Fälle, die der Verhandlungsmaxime unterstehen, ist nach Abs. 1 und 2 von Art. 229 ZPO die Hauptverhandlung der spätest mögliche Zeitpunkt. Vor dem Hintergrund dieser klaren Unterscheidung des Gesetzgebers erscheint es nicht angebracht, Art. 229

Seite 10 Abs. 3 ZPO im Berufungsverfahren auch in Fällen, die nicht unter die Untersuchungsmaxime fallen, sinngemäss anzuwenden. Zudem widerspricht eine solche Auffassung der Absicht des Gesetzgebers, der mit Art. 317 ZPO unnötige Verzögerungen des Prozesses verhindern wollte. Dieser Ansicht steht das Argument der materiellen Wahrheit gegenüber. Eine Korrektur kann jedoch in gewissen Fällen über das ausserordentliche Rechtsmittel der Revision erfolgen.

Das Obergericht ist der Ansicht, dass vorliegend die Novenschranke mit der Verfügung der Verfahrensleitung vom 9. Februar 2015 (act. B 12) gefallen ist, worin den Parteien der Verzicht auf einen zweiten Schriftenwechsel und auf eine mündliche Verhandlung eröffnet wurde. Mit dieser prozessleitenden Verfügung wurde das Behauptungsverfahren formell geschlossen und die Streitsache aus Sicht des Gerichtes als spruchreif erklärt (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A_155/2013 vom 17. April 2013 E. 1.4). Das Obergericht vertritt weiter, wie vorstehend angeführt, die Meinung, dass im Berufungsverfahren der formellen Wahrheit aus Gründen der Rechtssicherheit und der Prozessbeschleunigung der Vorzug zu geben und nach Abschluss der Behauptungsphase - jedenfalls in Fällen, die der Verhandlungsmaxime unterstehen - Noven nicht mehr zuzulassen sind. Das Vorbringen von Noven bis zur Urteilsberatung oder -eröffnung würde die Gefahr endlosen Prozessierens mit sich bringen, weil das Gericht zunächst der Gegenpartei das rechtliche Gehör gewähren und danach die Urteilsberatung neu ansetzen müsste, was wiederum Zeiträume eröffnen würde, in denen Noven eingebracht werden könnten (vgl. auch Seiler, a.a.O. Rz. 1261, zur vergleichbaren Problematik im erstinstanzlichen Verfahren).

E. 1.4.2

Replikrecht

Auch aus dem Replikrecht lässt sich die Beachtlichkeit der Eingabe vom 7. April 2015 nicht ableiten.

Der Term "Replikrecht" wird nicht als Anspruch der klagenden Partei auf Einreichung einer zweiten Rechtsschrift in einem Verfahren mit doppeltem Schriftenwechsel verstanden, sondern generell als Recht zur Stellungnahme auf Eingaben von anderen

Verfahrensbeteiligten (vgl. Hunsperger/Wicki, Fallstricke des Replikrechts im Zivilprozess und Lösungsvorschläge de lege ferenda, in: AJP 2013 S. 975 Fn 1). Dabei genügt es, wenn innert angemessener Frist entweder die Stellungnahme eingereicht oder um Fristansetzung nachgesucht wird (Urteil des Bundesgerichts 1B_783/2012 vom 16. Oktober 2013 E. 5.3.1; BGE 138 I 484 E. 2.3). Das Kassationsgericht Zürich hat in einem Entscheid vom 27. Januar 2011

Seite 11 eine Frist von 10 Tagen als angemessen angenommen (ZR 110 Nr. 20 Erw. 4 d bb). Das Obergericht geht praxisgemäss ebenfalls von einer "Reaktionszeit" von maximal 10 Tagen aus. Sodann hat das Gericht aufgrund des Replikrechts vorgetragene neue Tatsachen und Beweismittel nur zu berücksichtigen, wenn sie nach den Regeln des Novenrechts (Art. 229 ZPO) vorgebracht werden dürfen (Schmid, in: SJZ 111 (2015) Nr. 2 S. 37 ff.). Leuenberger äussert sich zum vorgenannten Urteil des Bundesgerichts 5A_155/2013 und spricht sich sowohl für das Einbringen von Noven sowie Eingaben aufgrund des Replikrechts für eine Frist von 10 Tagen aus, andernfalls diese unbeachtlich seien (in: ZBJV 151/2015 S. 248). Zudem plädiert auch Müller für die Unbeachtlichkeit einer verspäteten „Replik“ (in: SJZ 110/2014 Nr. 14). Anderer Meinung ist dagegen das Obergericht des Kantons Zürich in seinem Urteil vom 24. Juli 2012 (in: ZR 111/2012 S. 167 Nr. 56), indem es sich für die Beachtlichkeit der Eingabe ausspricht, solange der Entscheid noch nicht gefällt ist.

Der Schriftenwechsel war mit der „Freiwilligen Stellungnahme“ von RA AA___ vom 16. Februar 2015 sowie dem Antwortschreiben von RA BB___ vom 27. Februar 2015 abgeschlossen. Die Eingabe vom 7. April 2015, um die es hier geht, erfolgte wohl innerhalb einer Reaktionszeit von 10 Tagen, jedoch nur, wenn man sie in (zeitliche) Relation zum Hinweis des Gerichtes vom 26. März 2015 (act. B 21) bringt, dass der Fall voraussichtlich am 26. Mai 2015 beraten werde. Darin ist jedoch kein Anwendungsfall des Replikrechts zu sehen, welches lediglich das Recht auf Stellungnahme zu Eingaben der anderen Verfahrensbeteiligten und nicht zu rein organisatorischen Mitteilungen des Gerichts (hier lediglich die Bekanntgabe der geänderten Besetzung des Gerichts) beinhaltet. Das Gericht durfte deshalb angesichts dessen, dass nach dem Versand der Eingabe von RA BB___ vom 27. Februar 2015 am 2. März 2015 an RA AA___ (act. B 18) während rund eines Monats eine Stellungnahme seitens der Berufungskläger ausblieb, von einem Verzicht auf das Replikrecht ausgehen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 9C_641/2014 vom 16. Januar 2015 E. 2). Die Rechtschrift der Berufungskläger vom 7. April 2015 ist demnach klar verspätet und daher unbeachtlich.

E. 1.4.3

Beweislast für Zulässigkeit von Noven

Selbst wenn die fragliche Eingabe jedoch beachtlich wäre, und man der Auffassung folgen würde, Noven könnten sofort nach ihrer Entdeckung noch bis zur Urteilsberatung vorgebracht werden, wären die darin vorgebrachten neuen Tatsachenbehauptungen sowie die Nennung eines neuen Zeugen nicht zu hören.

Seite 12

Die Voraussetzungen der Berücksichtigung jedes neuen Vorbringens und jedes neuen Beweismittels hat diejenige Partei zu beweisen, welche sich auf das betreffende Novum beruft (Spühler, a.a.O., N. 10 zu Art. 317). Erforderlich ist jedoch selbstverständlich, dass die Noven gemäss Art. 317 Abs. 1 lit. a ZPO ohne Verzug vorgebracht werden (Moret,

a.a.O., Rz. 1001; Staehelin/Staehelin/Grolimund, a.a.O., § 21 Rz. 10).

Die Berufungskläger liessen in jener Eingabe in keiner Weise rechtsgenügend dartun, inwiefern es sich bei den neuen Vorbringen und dem neuen Beweismittel um Noven handelt, dass diese von ihnen ohne Verzug vorgebracht worden sind und dass dies trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon früher möglich gewesen ist. Dieser Begründungsobliegenheit hätten sie nachkommen müssen (siehe Urteile des Bundesgerichts 4A_69/2014 vom 28. April 2014, in: AJP 11/2014 S. 1543, sowie 4A_662/2012 vom 7. Februar 2013, in: SZP 3/2013 S. 1323 ff.).

E. 1.4.4

Fazit

Aus diesen Gründen kommt das Obergericht zum Schluss, dass die Eingabe von RA AA___ vom 7. April 2015 nicht beachtlich und folglich aus dem Recht zu weisen ist.

E. 2

Der Anspruch des Bestellers eines unbeweglichen Bauwerkes wegen allfälliger Mängel des Werkes verjährt jedoch gegen den Unternehmer sowie gegen den Architekten oder Ingenieur, die zum Zwecke der Erstellung Dienste geleistet haben, mit Ablauf von fünf Jahren seit der Abnahme.

Inbesondere teilt das Obergericht die Ansicht der Vorinstanz, dass es sich bei den vom Berufungsbeklagten an die E___ AG gelieferten Fenstern um ein bewegliches Werk handelt. Wie das Kantonsgericht in E. 2.2.4 zutreffend ausgeführt hat, bezieht sich die dargelegte einschlägige Lehre und Rechtsprechung nicht nur auf Fälle mit Subunternehmern. Seinen Ursprung hat die von der Vorinstanz aufgeführte Rechtsprechung in BGE 93 II 242 E. 2. Danach ist eine Leistung nur dann ein (unbewegliches) Bauwerk, wenn der Gegenstand des Werkvertrages, durch den sie

Seite 18 versprochen wird, nach seiner Natur selber als Bauwerk angesprochen werden kann (vgl. auch BGE 120 II Nr. 40 S. 214 = Pra 84/1995 Nr. 77 E. 3 a). Im genannten Entscheid BGE 93 II 242 ging es ebenfalls nicht um einen Subunternehmer. Vorliegend gilt somit gemäss Art. 371 Abs. 1 aOR bzw. Art. 210 Abs. 1 aOR eine Verjährungsfrist von einem Jahr. Diese läuft für die am 21. September 2010 gelieferten Fenster (act. B 5/11/8) gestützt auf Art. 132 aOR am 22. September 2011 ab. Das neue Recht fällt somit ausser Betracht. Nachfolgend ist weiter zu prüfen, ob die Verjährung im Sinn von Art. 134 OR gehemmt oder im Sinne von Art. 135 OR unterbrochen worden ist.

E. 2.1

Dissens

Vor Kantonsgericht liessen die Berufungskläger vorbringen, am 19. Juli 2010 habe die Firma E___ AG zwecks Planung der Anschlüsse Detailschnitte vom Berufungsbeklagten angefordert. Die entsprechenden Zeichnungen seien alle mit „XY___ eco 1“ bezeichnet gewesen. Aufgrund der Ähnlichkeit der Bezeichnung des Fenstertyps habe die E___ AG die Übereinstimmung der Zeichnungen mit der Auftragsbestätigung festgestellt und die Fenster anschliessend definitiv gemäss Auftragsbestätigung bestellt. Die Fenstereigenschaften seien nicht durch die E___ AG bestimmt worden. Diese habe lediglich die groben Rahmenbedingungen für ein erstes Angebot geliefert. Die Auswahl der Fenster sei durch die Berufungskläger erfolgt. Die E___ AG habe keine Verantwortung für die Fenster.

Vor Kantonsgericht liess der Berufungsbeklagte ausführen, die Auswahl der Fenster sei durch die Berufungskläger erfolgt. Die Schnittzeichnungen hätten keine selbständige Bedeutung gehabt. Die E___ AG habe diese Zeichnungen lediglich zur Vermassung der von ihr zu tätigen Montage- und Einbauarbeiten verlangt und

Seite 13 erhalten. Die Systemskizze habe, wie Zeuge G___ bestätigt habe, nicht die Bedeutung, die die Berufungskläger ihr nachträglich zuzumessen versuchten.

Vor Obergericht liess der Berufungsbeklagte hinzufügen, die E___ AG habe ihm mit E-Mail vom 1. Februar 2010 mitteilen lassen, man solle ein Fenster und Glas einsetzen, welches den minimalen gesetzlichen Vorschriften entspreche. Auch die weiteren Fenstereigenschaften habe die E___ AG bestimmt, dies in offensichtlicher Absprache mit den Berufungsklägern. Die E___ AG habe im Auftrag der Bauherrschaft die Definition des Fensters festgelegt. Am 20. Juli 2010 habe eine Besichtigung der Berufungskläger beim Berufungsbeklagten stattgefunden. Der vom Berufungsbeklagten offerierte Fenstertyp sei sehr wohl physisch vorhanden gewesen. Die Berufungskläger hätten sich das Wissen und Wissenmüssen der von ihnen als Hilfspersonen beigezogenen Planer (E___ AG) anzurechnen und entgegen halten zu lassen. Der Berufungsbeklagte habe kein anderes Fenstersystem als HFA oder XY___.

Dissens bezeichnet vorerst bloss das Fehlen von Konsens, d. h. den Fall, dass die Parteien die für die Vertragsentstehung erforderliche Übereinstimmung nicht erreicht haben (Bucher, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 5. Aufl., N. 39 zu Art. 1). Der Begriff bleibt beschränkt auf den Fall der Meinung der Parteien (oder der Behauptung seitens der einen von ihnen), einen Vertrag geschlossen zu haben, und er gewinnt hauptsächlich als versteckter Dissens Interesse (Bucher, a.a.O., N. 39 zu Art. 1). Falls die Parteien in einem wesentlichen Punkt nicht zu einer Einigung gelangten, ist ein Vertrag nicht zustande gekommen (Bucher, a.a.O., N. 44 zu Art. 1). Zur strittigen Frage, was für Fenster die Parteien vereinbart haben, ergibt sich aus den Akten, dass der Fenstertyp vertraglich geregelt wurde: Vertragsgegenstand waren „Holz-Metall Isolierglasfenster Typ ECO“ (act. B 5/3/5+6). Offensichtlich verstehen jedoch beide Parteien unter dieser Bezeichnung etwas anderes. Daher drängt sich die Frage nach dem Vorliegen eines versteckten Dissenses und damit nach einem gültigen Vertragsschluss auf. Beide Parteien gehen indessen übereinstimmend davon aus, dass bezüglich der Fenster ein gültiger Vertrag geschlossen wurde (siehe auch vorinstanzliches Urteil E. 2.1). Die Frage des Zustandekommens eines Vertrages betrifft den Sachverhalt, währenddem diejenige der Aktiv- und Passivlegitimation eine Rechtsfrage und deshalb vom Gericht von Amtes wegen zu prüfen ist. Da vorliegend beide Parteien übereinstimmend vom Zustandekommen eines Werkvertrages ausgehen, ist das Gericht daran gebunden: Hinzu kommt, dass das Gericht im vorliegenden Fall auch nicht gestützt auf irgendwelche Vorbringen der Parteien Veranlassung hat, von Amtes wegen näher zu prüfen, ob ein versteckter Dissens und demzufolge fehlende Aktivlegitimation der

Seite 14 Berufungskläger bzw. Passivlegitimation des Berufungsbeklagten vorliegt (zum Ganzen: Ott, Die unbestrittene Sachlegitimation, in: SJZ 78/1982 S. 17 ff.). Festzuhalten bleibt somit, dass bezüglich der Fenster von einem gültig abgeschlossen Werkvertrag auszugehen ist. Zu bemerken ist sodann, dass die Frage, welches Werk die Parteien vereinbart haben, bei der Prüfung der Lieferung eines Aliuds zu behandeln sein wird (siehe nachstehende E. 2.4).

E. 2.2

Anwendung der SIA-Norm 118

Die Berufungskläger lassen geltend machen, das Devis der E___ AG betreffend F___ AG sei Grundlage der Offerte des Berufungsbeklagten gewesen, dies nicht nur für Stückzahl und Grösse der Fenster. In diesem Devis sei unter Garantie aufgeführt, dass die Gewährleistung nach SIA 118 erfolge. Weder in der Offerte noch in der Auftragsbestätigung des Berufungsbeklagten sei mit Bezug auf die Gewährleistung etwas festgehalten. Da das Devis der E___ AG jedoch Offert- und Vertragsgrundlage sei, sei konkludent die Gewährleistung nach SIA-Norm 118 vereinbart worden. Hätte der Berufungsbeklagte die Gewährleistung nach SIA 118 wegbedingen wollen, hätte er dies in seiner Offerte und Auftragsbestätigung ausdrücklich festhalten müssen. Da er dies nicht getan habe, sei die Gewährleistung nach SIA-Norm 118 vom Berufungsbeklagten akzeptiert worden. Der Berufungsbeklagte habe die Nachbesserungsarbeiten vom 9. Dezember 2011 explizit als Garantiewerke bezeichnet. Dieser Begriff sei bei Geltung der SIA-Norm 118 üblich. In einem Parallellfall habe der Berufungsbeklagte festgehalten, die Garantie betrage 2 Jahre gemäss SIA (Hinweis auf kläg. act. 41, Schreiben RA K___ an RA AA___ vom 15. November 2012).

Der Berufungsbeklagte lässt entgegen, die SIA-Norm 118 habe keine allgemeine Verbindlichkeit. Die vertragliche Übernahme der Inhaltsbestimmungen der SIA-Norm 118 geschehe durch Vereinbarung. Das Devis der F___ AG sei einzig Grundlage betreffend Stückzahl und Grösse der offerierenden Fenster gewesen. Weder in der Offerte noch in der Auftragsbestätigung oder in der Rechnung würden sich irgendwelche Hinweise auf die SIA-Norm 118 finden. Kläg. act. 41 beziehe sich auf eine andere Problematik.

E. 2.2.1

kläg. act. 41 (act. B 2/7) – zulässiges Novum?

Wie in vorstehender E. 1.3.1 ausgeführt, ist der Berufungsbeklagte der Ansicht, dass es sich bei kläg. act. 41 um ein unzulässiges Novum handelt, währenddem der Berufungskläger dessen Zulässigkeit bejaht.

Seite 15

Bei kläg. act. 41 handelt es sich um ein Schreiben vom 15. November 2012 von RA K___ an RA AA___ in einem Parallellfall. Das fragliche Schreiben hat bereits während des erstinstanzlichen Verfahrens existiert und ist folglich ein unechtes Novum (siehe vorstehende E. 1.3.1). Damit stellt sich die Frage nach der Beachtung der zumutbaren Sorgfalt durch die Berufungskläger vor erster Instanz. Wie bereits in E. 1.3.1 aufgeführt, werden im Berufungsverfahren unechte Noven nur noch unter den beschränkten Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO berücksichtigt, d.h. sie müssen unverzüglich geltend gemacht werden und können nur bei Anwendung zumutbarer Sorgfalt vor erster Instanz berücksichtigt werden (Reetz/Hilber, a.a.O., N. 59 zu Art. 317). Die Berufungskläger haben die Zulässigkeit von kläg. act. 41 einzig damit begründet, die Vorinstanz habe bezüglich Anwendbarkeit der SIA-Norm 118 ein falsches Urteil gefällt, was die Einreichung des fraglichen Schreibens nötig gemacht habe. Grundsätzlich ist den Berufungsklägern zuzugestehen, dass die Einreichung eines unechten Novums im Berufungsverfahren etwa dann den Anforderungen an die „zumutbare Sorgfalt“ genügen kann, wenn erst der angefochtene Entscheid Anlass zu diesem Vorbringen gibt. Dabei hat

die Partei, die vom Novenrecht Gebrauch machen möchte, zu substantiieren und zu beweisen, dass ihr das Vorbringen des unechten Novums i.S.v. Art. 317 Abs. 1 ZPO trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz möglich war (Urteil des Bundesgerichts 4A_540/2014 vom 18. März 2015 E. 3.1). Die Berufungskläger sind ihrer Begründungsobliegenheit im Sinne von Art. 317 ZPO in keiner Weise nachgekommen. So beschränkt sich deren Rechtsvertreter – analog zu E. 3.3 des vorstehend zitierten Entscheids 4A_540/2014 - darauf, die Notwendigkeit der Einreichung von kläg. act. 41 im Berufungsverfahren mit dem angeblich falschen Entscheid der Vorinstanz zu begründen. Er tut jedoch mit keinem Wort dar, weshalb es ihm nicht möglich gewesen ist, dieses Schreiben schon vor erster Instanz einzureichen. Kommt hinzu, dass es die Berufungskläger selbst waren, die vor Kantonsgericht die Frage der Anwendbarkeit der SIA-Norm 118 zum Prozessthema machten, weshalb es ihnen auch unter diesem Gesichtspunkt ohne weiteres möglich gewesen wäre, das damals schon vorhandene kläg. act. 41 einzureichen. Aus diesen Gründen handelt es sich bei kläg. act. 41 um ein unzulässiges Novum, welches nicht zu berücksichtigen ist.

E. 2.2.2

Anwendbarkeit?

Die SIA-Norm 118 hat keine allgemeine Verbindlichkeit im Sinne eines Gesetzes oder einer Verordnung, ist auch keine Rechtsquelle eigener Art, obwohl sie unter Mitwirkung öffentlicher Stellen des Bundes und der Kantone ausgearbeitet wurde (Gauch, Der Werkvertrag, 5. Aufl., Rz. 282). Die vertragliche Übernahme der

Seite 16 Inhaltsbestimmungen der SIA-Norm 118 geschieht durch ausdrückliche oder stillschweigende Abrede (Gauch, a.a.O., Rz. 284; Urteil des Bundesgerichts 4C.261/2005 vom 9. Dezember 2005 E. 2.3).

Vorliegend fällt eine ausdrückliche Übernahme der SIA-Norm 118 durch die Parteien ausser Betracht – und wird von den Berufungsklägern auch nicht behauptet. Demzufolge ist das Vorliegen einer stillschweigenden Abrede zu prüfen. Die einschlägige Aktenlage ergibt, dass eine solche Abrede nicht nachgewiesen ist. Im Devis der F___ AG vom 1. Februar 2010 steht: „Arbeitsausführung: nach den allgemeinen Bedingungen der SIA-Norm 118“ und „Garantie: Gewährleistung nach SIA 118“ (act. B 5/3/4). Der Offertanfrage der E___ AG beim Berufungsbeklagten am 1. Februar 2010 wurde das vorgenannte Devis als Anhang beigefügt und die C___ aufgefordert, ein Fenster und ein Glas einzusetzen, das den minimalen gesetzlichen Anforderungen entspreche (act. B 5/16/33). Jedoch findet sich weder in der daraufhin erstellten Offerte der C___ vom 4. Februar 2010 (act. B 5/3/5) noch in der Auftragsbestätigung vom 12. August 2010 (act. B 5/3/6) ein Hinweis auf die SIA-Norm 118 und es wird darin auch kein Bezug auf das mitgeschickte Devis der F___ AG genommen. Basis der Argumentation der Berufungskläger ist also einzig ihre Behauptung, Grundlage der Offerte der C___ sei das Devis der E___ AG gewesen. Das fragliche Devis ist dem Berufungsbeklagten unbestritten abgegeben worden. Darin sind vor allem die Anzahl und die Grösse der Fenster aufgeführt. Wohl bildete das Devis die Grundlage für die Erarbeitung der Offerte durch den Berufungsbeklagten. Die Offerte vom 4. Februar 2010 steht jedoch alleine für sich und nimmt keinen Bezug zum Devis. Sie enthält auch keinen Hinweis auf die SIA-Norm 118. Den Berufungsklägern stand es offen, diese Offerte des Berufungsbeklagten anzunehmen oder Änderungen, wie eben die Aufnahme einer Klausel betreffend SIA-Norm 118, zu verlangen. Der Argumentation der

Vorinstanz in deren E. 2.1 kann aufgrund des Gesagten vollumfänglich zugestimmt werden.

Anzufügen bleibt, dass auch kläg. act. 41, das aus formellen Gründen nicht zu berücksichtigen ist (E. 2.2.1), an der Beurteilung nichts ändern würde. Jenem Schreiben, worin es um einen Parallelfall geht, liegt eine ganz andere Fragestellung zugrunde, nämlich die Garantie nach SIA für Lacke. Inwiefern dieses Schreiben für die vorliegende Problematik von Relevanz sein soll, ist nicht nachvollziehbar.

E. 2.3

Verjährung

E. 2.3.1

Grundsätzliches

Seite 17

Die Berufungskläger lassen ausführen, gemäss Art. 172 SIA-Norm 118 bestehe, soweit nichts anderes vereinbart sei, eine Garantiefrist (Rügefrist) von zwei Jahren. Die Fenster seien am 21. September 2010 vom Berufungsbeklagten an die E___ AG geliefert worden. Die Garantiefrist (Rügefrist) habe damit frühestens am 21. September 2010 zu laufen begonnen und frühestens am 21. September 2012 geendet. Es gehe hier um ein unbewegliches Bauwerk. Die von der Vorinstanz zitierte Lehrmeinung von Peter Gauch und die bundesgerichtliche Rechtsprechung seien vorliegend nicht anwendbar. Hier gehe es nicht um einen Subunternehmer, sondern die Fenster seien direkt von den Klägern und damit von den Bestellern des unbeweglichen Werkes (Einfamilienhaus) bestellt worden. Es gelte damit die fünfjährige Verjährungsfrist gemäss Art. 371 Abs. 2 OR, falls nicht die SIA-Norm 118 zur Anwendung komme.

Der Berufungsbeklagte lässt darauf hinweisen, auf den vorliegenden Fall finde Art. 371 Abs. 1 aOR Anwendung. Und ob jemand Fenster als direkter Vertragspartner eines Endabnehmers herstelle und abliefere oder ob die Fenster von einem mit der Gesamterstellung eines Hauses beauftragten Generalunternehmer bestellt und geliefert würden, sei völlig unerheblich. Wesentlich sei, dass es sich unstreitig um eine Lieferung von beweglichen Werken (einzelnen Fenstern) handle.

Das Obergericht teilt die plausibel und sorgfältig begründete Auffassung der Vorinstanz in deren E. 2.2.2-2.2.4 vollumfänglich, so dass vorliegend Art. 371 Abs. 1 OR in der 2010/2011 gültigen Fassung anwendbar ist, und nicht in der am 1. Januar 2013 revidierten Version. Auf die genannten Erwägungen der Vorinstanz kann vollumfänglich verwiesen werden. Der massgebliche Art. 371 Abs. 1 aOR lautet wie folgt:

Art. 371

1 Die Ansprüche des Bestellers wegen Mängel des Werkes verjähren gleich den entsprechenden Ansprüchen des Käufers.

E. 2.3.2

Hemmung/Unterbrechung

Die Berufungskläger lassen vorbringen, sie hätten den Berufungsbeklagten am

E. 2.4

Lieferung eines Aliuds

Die Berufungskläger lassen vorbringen, Zeuge G___ habe ausgesagt, dass zwei Fenster trotz gleichem Metallschirm (Wetterschutz) nicht dieselben Fenster zu sein bräuchten. Den Berufungsklägern sei das Fenstersystem XY___ HFA CC Vivaldi 69/51 mit der Vivaldi Grundschiene und Wetterschenkel geliefert worden, anstelle des von ihnen bestellten Fenstersystems XY___ eco 1, d.h. der M___ Grundschiene und Wetterschenkel. Dies sei ein Aliud. Die Firma E___ AG habe am 19. Juli 2010 zwecks Planung der Anschlüsse für den Einbau der Fenster Detailschnitte vom Berufungsbeklagten verlangt und Zeichnungen mit XY___ eco 1 erhalten. Geliefert worden sei das Fenstersystem gemäss Plan 2, offeriert und mittels Auftragsbestätigung bestätigt worden sei hingegen die Herstellung und Lieferung des Fenstersystems gemäss Plan 1. Nur weil der Berufungsbeklagte keine M___-Fenster herstellen könne, bedeutet dies nicht, dass er solche den Berufungsklägern nicht angeboten hätte. Zudem hätten die Berufungskläger das angebotene System nicht besichtigen können, weil es physisch nicht vorhanden gewesen sei. Der Berufungsbeklagte lässt ausführen, die E___ AG habe ihm mit E-Mail vom 1. Februar 2010 mitteilen lassen, man solle ein Fenster und ein Glas einsetzen, welches den minimalen gesetzlichen Vorschriften entspreche. Auch die weiteren Fenstereigenschaften habe die E___ AG bestimmt, dies in offensichtlicher Absprache mit den Klägern. Die E___ AG habe im Auftrag der Bauherrschaft die Definition des Fensters festgelegt. Bei der Besichtigung vom 20. Juli 2010 sei der vom Berufungsbeklagten offerierte Fenstertyp sehr wohl physisch vorhanden gewesen. Die Berufungskläger hätten sich das Wissen und Wissenmüssen der von ihnen als Hilfspersonen beigezogenen E___ AG anrechnen und entgegen halten zu lassen. Der Berufungsbeklagte habe ja gar kein anderes Holzmetallsystem als HFA oder XY___ genannt. Die Berufungskläger hätten das in der Ausstellung besichtigte Fenster bestellt und erhalten. Die auf nachträglichen Wunsch der E___ AG für die eigene Planung der Anschlüsse bei der Firma H___ AG unter XY___ Eco 1 elektronisch abgespeicherten Schnittzeichnungen hätten keinerlei selbständige Bedeutung, wie dies von Zeuge G___ auch bestätigt worden sei. Die E___ AG habe diese Unterlagen lediglich zur Vermassung der von ihr zu tätigen Montage- und Einbauarbeiten verlangt und erhalten.

Wie die Vorinstanz in ihrer E. 2.3.2 zutreffend festgehalten hat, liegt ein „Aliud“ vor, wenn der Unternehmer, in der Absicht, den Werkvertrag zu erfüllen, nicht das Werk abgeliefert, das er schuldet, sondern ein völlig anderes Werk (Gauch, a.a.O., Rz. 1443). Die Differenz zwischen Falschlieferung und mangelhafter Leistung ist bedeutsam. Denn bei der Lieferung eines „Aliud“ kommen die allgemeinen Regeln

Seite 21 über die Nichterfüllung zur Anwendung, nicht die Regeln über die werkvertragliche Mängelhaftung (Gauch, a.a.O., Rz. 1444).

Das Devis der F___ AG vom 1. Februar 2010 enthält hinsichtlich der Eigenschaften der herzustellenden Fenster einzig die Beschreibung „Holz/Aluminium-Fenster HA3 Vollrahmen Kunststoff-Fenster MPR3 Vollrahmen“ (act. B 5/3/4). In der Offerte der C___ vom 4. Februar 2010 wird folgender Fenstertyp angeboten: „Holz Isolierglasfenster Typ „L“ (Variante in sep. Position).“ In Position 50 wird ergänzend festgehalten: „Aufpreis für Holz-Metall Typ HH ECO (Flügel und Rahmen abgedeckt) CHF 7'427.00 (act. B 5/3/5).“ In der Auftragsbestätigung des Berufungsbeklagten vom 12. August 2010 wird der Fenstertyp mit „Holz-Metall Isolierglasfenster Typ „ECO“ bezeichnet (act. B 5/3/6). Weiter hielt die E___ AG in einem Schreiben vom 2. November 2012 an die Berufungskläger fest, die C___ habe nicht den bestellten Fenstertyp ECO geliefert, sondern ein veraltetes, nicht

mehr der Norm entsprechendes Produkt, nämlich XY___ HFA CC Vivaldi (act. B 5/3/17).

Wie die Vorinstanz bereits in E. 2.3.2 bemerkte, stehen unterschiedliche Umschreibungen des von den Berufungsklägern bestellten Fenstertyps im Raum. Dazu hat sich Zeuge G___ von der H___ AG (heute: I___ AG) in dem Sinne geäußert, dass das ganze Fenster, mit Ausnahme des Witterungsschutzes, vom beauftragten Fensterbauer, also der C___, hergestellt werde (act. B 5/40, S. 4). Der Witterungsschutz stamme vorliegend von der H___ AG. Laut Zeuge G___ ist ein Witterungsschutz das Eco 1 (act. B 5/40, S. 4). „Holz Metall Typ HH ECO“ sei vom Metallschirm her das Gleiche wie „XY___ HFA, Holzmetallfenster Rahmen 60, 54/Flügel 51 (Eco1)“ (act. B 5/40, S. 4). Auch wenn der Fensterbauer HFA sage, sei der Flügel aus dem System Eco 1 (act. B 5/40, S. 4).

Bei dem als act. B 5/4 von den Klägern zu den Akten gereichten „Schnitt Fensterrahmen“ handelt es sich laut Zeuge G___ um eine Grundschiene, welche komplett vom Fensterbauer, also von C___ stamme. Das sei die Schiene, die auf Vivaldi passe. Wenn einer einen Witterungsschutz auf dem Fenster möchte, dann bestelle er bei ihnen eine Eco 1 (act. B 5/40, S. 5). Weiter ist einem E-Mail von G___ vom 21. Dezember 2012 an RA BB___ zu entnehmen, dass abhängig von den verschiedenen Herstellern (AMEX, Vivaldi, Leitz) für Holzbearbeitungswerkzeuge jeder Fensterbauer sein eigenes Holzfenstersystem mit dazugehöriger Aluminium-Grundschiene, Wetterschenkel und Dichtungen habe (act. B 5/44 und B 5/40, S. 4). Weiter erklärte Zeuge G___, bei der elektronischen

Seite 22 Aufbereitung hätten sie sich für ein System entscheiden müssen und sich für M___ entschieden. Die hätten eine andere Grundschiene wie Vivaldi (act. B 5/40, S. 4). Zudem sagte der Zeuge aus, der Part der H___ AG, XY___ HFA und Eco sei immer das gleiche, unabhängig davon, welches Holzbearbeitungswerkzeug der Fensterbauer verwende (act. B 5/40, S. 4). Sodann erklärte der Zeuge, keines der beiden Fenstermodelle mit der Grundschiene Vivaldi oder M___ sei älter (act. B 5/40, S. 7).

Aufgrund der Zeugenaussagen steht fest, dass das als act. B 5/4 bei den Akten liegende Modell eines Fensterrahmenschnittes nichts mit den Metallkomponenten der H___ AG (heute I___ AG) zu tun hat. Hierbei handelt es sich um die Grundschiene, welche sich aus dem vom Fensterbauer verwendeten Herstellersystem Vivaldi ergab.

Zu klären ist also, was mit den vom Berufungsbeklagten gelieferten Fenstern zu vergleichen ist. Sind es die Zeichnungen, die nach der Anfrage der E___ AG vom 19. Juli 2010 geliefert worden sind? Ist es die Bezeichnung gemäss Offerte? Ist es das System M___ oder Vivaldi? In der Offerte steht zum Fenstersystem nichts, woraus geschlossen werden muss, dass die Frage nach der Art der Grundschiene kein Thema und demzufolge für die Parteien nicht wesentlich war. Sodann ist danach zu fragen, welche Bedeutung der von der H___ AG an die E___ AG gelieferten Skizze 1 zukommt (act. B 5/3/17), welche „Eco 1 mit M___ Wetterschenkel und Grundschiene“ zeige (act. B 5/40, S. 6). Bezüglich der genannten Skizze ist nicht geklärt, unter welchen Umständen und zu welchem Zweck diese zur E___ AG gelangt ist. Zeuge G___ sagte aus, er habe den Auftrag erhalten, die Planskizzen der E___ AG zu senden. Er vermute, dass dies für die Planung gewesen sei (act. B 5/40, S. 8). Die Berufungskläger bestätigen, dass die E___ AG die Zeichnungen zwecks Planung der Anschlüsse für den Einbau der Fenster anforderten (act. B 5/29, S. 8; B 1, S. 37). Aus diesen Zeichnungen lässt sich somit nichts zur Art der von den Parteien vereinbarten Grundschiene ableiten, weshalb diese Skizzen bei der Frage, welches Produkt der Berufungsbeklagte den Berufungsklägern schuldet, unbeachtlich bleiben müssen.

Wie bereits ausgeführt, haben die Parteien ein Holz-Metallfenster Eco vereinbart. Aufgrund der Zeugenaussagen ist klar, dass sich der Zusatz Eco lediglich auf den Metallschirm der H___ AG bezieht, der nur am Flügel, nicht aber am Wetterschenkel eingebaut wird (act. B 5/40, S. 4). Geliefert hat der Berufungsbeklagte ein solches Holz-Metallfenster mit H___-Abdeckung. Das

Seite 23 Obergericht ist aufgrund des Gesagten der Ansicht, dass der Berufungsbeklagte nach dem Vertrauensprinzip davon ausgehen durfte, dass er ein Fenster, hergestellt nach dem System Vivaldi, liefern musste, weil er mit seinen Maschinen ja nur solche Fenster herstellen konnte. Im Gegenzug mussten die Berufungskläger ebenfalls nach dem Vertrauensprinzip davon ausgehen, dass der Berufungsbeklagte den einzigen Typ Fenster, den er herstellen kann, auch liefern wird. Hinzu kommt, dass die E___ AG die Fenster am 21. September 2010 vom Berufungsbeklagten entgegennahm und ohne irgendwelche Vorbehalte einbaute. Aufgrund dessen ist mit der Vorinstanz einig zu gehen, dass mit der Lieferung von Fenstern mit "Vivaldi- Grundschiene" keine Aliud-Lieferung vorliegt.

E. 2.5

Absichtliche Täuschung

E. 2.5.1

Anderer Fenstertyp Die Berufungskläger lassen darauf hinweisen, im Falle einer absichtlichen Täuschung gelte eine 10-jährige Verjährungsfrist gemäss Art. 371 Abs. 1 i.V.m. Art. 210 Abs. 3 i.V.m. Art. 127 aOR. Eine absichtliche Täuschung liege aufgrund des Umstandes vor, dass der Berufungsbeklagte ihnen ein Aliud geliefert habe. Es sei offensichtlich, dass dieser den Berufungsklägern ein veraltetes, von 1997 stammendes, und im Vergleich zum bestellten ein minderwertiges Fenstersystem geliefert habe.

Ist ein Vertragsschliessender durch absichtliche Täuschung seitens des andern zu dem Vertragsabschluss verleitet worden, so ist der Vertrag für ihn auch dann nicht verbindlich, wenn der erregte Irrtum kein wesentlicher war (Art. 28 Abs. 1 OR).

Bezüglich des Vorwurfs, der Berufungsbeklagte habe einen anderen, veralteten Fenstertyp geliefert, kann auf die vorstehende E. 2.4 verwiesen werden. Aus jenen Erwägungen geht hervor, dass die Berufungskläger diejenigen Fenster erhalten haben, die sie bestellt haben. Zurückzuweisen ist ausserdem der Vorwurf, das gelieferte Fenstersystem sei veraltet. Wie vorerwähnt, erklärte der Zeuge G___ auf Frage des Rechtsvertreters der Berufungskläger, keines der beiden Fenstermodelle mit der Grundschiene Vivaldi oder M___ sei älter als das andere (act. B 5/40, S. 7). Zu den von der H___ AG an die E___ AG gelieferten Skizzen 1 und 2 (act. B 5/3/17) hat der Zeuge G___ plausibel erklärt, dass die Pläne die gleichen seien, aber aus verschiedenen Zeiten stammen würden. 2005 seien diese elektronisch aufbereitet und 1997 manuell gezeichnet worden (act. B 5/40, S. 6 ff.). Dass also die Skizze 2 aus dem Jahre 1997 stammt, hat nichts mit dem Alter der verschiedenen

Seite 24 Fenstersysteme Vivaldi oder M___ zu tun. Zeuge G___ führt des weiteren zu dem von seiner Arbeitgeberfirma gelieferten Witterungsschutz aus, XY___, HFA und Eco sei immer das Gleiche (act. B 5/40, S. 4). Von einer absichtlichen Täuschung infolge Lieferung eines anderen, veralteten Fenstersystems kann aufgrund dieser Umstände nicht die Rede sein.

E. 2.5.2

Nicht eingehaltene gesetzliche Mindestanforderungen

E. 2.5.2.1

Noven Die Berufungskläger lassen vorbringen, der Begründung der Vorinstanz sei nicht zu folgen, wonach sie das Argument der absichtlichen Täuschung wegen nicht eingehaltener gesetzlichen Mindestanforderungen der Fenster erstmals an der Hauptverhandlung vom 11. Februar 2014 vorgebracht hätten. Die Berufungskläger hätten dies bereits in Ziff. 16 der Klageschrift vom 13. November 2012 geltend gemacht, weshalb es sich nicht um ein Novum im Sinne von Art. 229 ZPO handle.

Die Berufungskläger stellten sich zu Recht auf den Standpunkt, dass das Argument der „nicht eingehaltenen gesetzlichen Vorschriften und dem Stand der Technik“ kein Novum ist. Tatsächlich ist dieses Vorbringen bereits in der Klageschrift vom

E. 2.5.2.2

Nachweis

Die Berufungskläger lassen ausführen, der Berufungsbeklagte habe gewusst, dass er keine Wetterschenkel (Metallteile) der I___ AG verwenden würde. Der Berufungsbeklagte habe arglistig gehandelt, da er Eigenschaften der Fenster vorgespiegelt habe, welche diese gar nicht aufweisen würden. Soweit die Vorinstanz ausgeführt habe, die Vorbringen seien nicht genügend substantiiert, handle sie überspitzt formalistisch. Sämtliche in der Berufungsschrift getätigten Ausführungen würden sich auch in den Eingaben des vorinstanzlichen Verfahrens finden. Die Berufungskläger hätten somit bereits im vorinstanzlichen Verfahren die absichtliche Täuschung genügend substantiiert. Die Vorinstanz hätte ein gerichtliches Gutachten einholen müssen, um festzustellen, dass die vom Berufungsbeklagten gelieferten Fenster Werkmängel aufweisen würden.

Absichtlich handelt der Täuschende immer dann, wenn er die Unrichtigkeit der vorgegebenen Tatsachen kannte und mit dem Willen handelte, den Partner in einen Irrtum zu führen oder einen Irrtum aufrechtzuerhalten, um ihn zum Vertragsabschluss zu motivieren (Schmidlin, Berner Kommentar, Obligationenrecht,

Seite 25 Bern 2013, N. 69 zu Art. 28; Schwenger, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 5. Aufl., N. 11 zu Art. 28).

Vorab ist auf den Charakter der von den Berufungsklägern in Auftrag gegebenen und bei der Vorinstanz eingereichten Gutachten der J___ GmbH sowie der N___ Ingenieurbüro AG hinzuweisen. Beweisrechtlich betrachtet handelt es sich bei diesen beiden Gutachten um blosse Privatgutachten, welche nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung als Bestandteil der Parteivorbringen und nicht als eigentliche Beweismittel gelten (BGE 140 III 24 E. 3.3.3; Hafner, in: Basler Kommentar, Schweiz. Zivilprozessordnung, 2. Aufl., N. 4 zu Art. 168; Staehelin/Staehelin/Grolimund, a.a.O., § 18 Rz. 128). Die Vorinstanz hat folglich diese beiden Privatgutachten zu Unrecht als Beweismittel bezeichnet.

Im Ergebnis kommt das Obergericht indessen zum selben Schluss wie die Vorinstanz. Wie diese auf S. 15 ihrer Urteilsbegründung anführt, sind sich offensichtlich nicht einmal die von den Berufungsklägern beauftragten Experten darüber einig, ob bei den betreffenden Fenstern die gesetzlichen Mindestanforderungen eingehalten worden sind oder nicht (act. B 5/3/10 und B 5/3/15). Dies zeigt klar, dass selbst für den Fall, dass die Mindestanforderungen bei den bestellten Fenstern nicht eingehalten worden wären, nicht nachgewiesen ist, dass der Berufungsbeklagte dies hätte erkennen können. Selbst wenn der Berufungsbeklagte diesen Mangel jedoch gekannt hätte, wäre damit noch nicht belegt, dass

er bei Vertragsschluss den Berufungsklägern gegenüber in Täuschungsabsicht gehandelt hat. Aus diesem Grund erübrigt sich die Einholung eines gerichtlichen Gutachtens zur Frage der Einhaltung der Mindestanforderungen. Abschliessend ist darauf hinzuweisen, dass es nach Ansicht des Obergerichts bezüglich der absichtlichen Täuschung bereits an der nötigen Substanziierung der Vorbringen der Berufungskläger mangelt. So fehlen etwa Angaben dazu, weshalb ihrer Meinung nach der angebliche Mangel dem Berufungsbeklagten hätte bekannt sein müssen und inwiefern er die Berufungskläger darüber hätte täuschen wollen. Auch aus diesem Grund ist eine absichtliche Täuschung seitens des Berufungsbeklagten zu verneinen.

E. 2.6

Ergebnis

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass

- bezüglich des zwischen den Parteien geschlossenen Werkvertrages kein Dissens vorliegt
Seite 26 - die SIA-Norm 118 nicht anwendbar ist - die Mängelrechte der Berufungskläger verjährt sind - der Berufungsbeklagte kein Aliud geliefert hat - keine absichtliche Täuschung seitens des Berufungsbeklagten vorliegt.

E. 6

Dezember 2010 telefonisch über die Probleme mit den Fenstern informiert. Darauf sei Hr. L___, Angestellter der C___, vorgekommen und habe die Fenster eingestellt und die fehlenden Dichtungsgummis eingesetzt. Am 24. Januar 2011 (kurz nach dem Einzug der Berufungskläger) hätten diese den Berufungsbeklagten wiederholt telefonisch über die starke Kondensat- und Eisbildung bei den Fenstern informiert. Der Berufungsbeklagte habe stets geantwortet, man müsse alle zwei Stunden lüften, der Bau sei noch feucht. Am 19. September 2011 hätten die Berufungskläger den Berufungsbeklagten wiederholt angerufen und ihn über das erneut aufgetretene Kondensat- und Eisproblem informiert. Diese Problematik sei ab September 2011 wiederholt mit dem Berufungsbeklagten diskutiert worden. Dieser habe wiederum stets geantwortet, man müsse lüften. Am 9. Dezember 2011 habe ein Mitarbeiter des Berufungsbeklagten die Flügel eingestellt und kontrolliert sowie beim Badezimmerfenster im 1. Obergeschoss eine Überschlagsdichtung eingebaut. Indem der Berufungsbeklagte die Arbeiten wie Einstellen der Fenster und Einsetzen von Dichtungsgummis sowie der Überschlagsdichtung beim Badezimmerfenster vorgenommen habe, habe er zumindest konkludent anerkannt, dass seine Fenster Mängel aufweisen würden, welche zur Kondensat- und Eisbildungsproblematik geführt hätten. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz würden bereits die vor dem 9. Dezember 2011 vorgenommenen Garantiarbeiten eine Klageanerkennung im Sinne von Art. 135 OR darstellen.

Der Berufungsbeklagte lässt einwenden, im sehr harten Winter 2011/2012 habe sich bei den eingebauten Fenstern Kondensat gebildet. Der Berufungsbeklagte habe auf entsprechende Anzeige hin verschiedene Einstellungen an den Fenstern optimiert. Der Berufungsbeklagte habe weder auf die Verjährungseinrede verzichtet noch sei die Verjährung unterbrochen worden. Die Behauptung einer Klage- und Forderungsanerkennung im Sinne von Art. 135 OR sei nicht nachvollziehbar. Der

Seite 19 Berufungsbeklagte habe bezüglich des Kondensates immer auf das Problem fehlender Lüftung, unzulänglichen Lüftungsverhaltens und fehlender bauphysikalischer Planung des Gebäudes hingewiesen. Die Berufungskläger hätten dies anerkannt, indem sie

auf ein Ablenkungsmanöver des Berufungsbeklagten in Form der falschen Lüftungstheorie hingewiesen hätten.

Das Obergericht teilt die Auffassung der Vorinstanz in deren E. 2.2.5 vollumfänglich. Art. 134 OR, welcher die Hinderung und den Stillstand der Verjährung regelt, ist offensichtlich nicht anwendbar. Ebenfalls liegt keine Anerkennungshandlung seitens des Berufungsbeklagten im Sinne von Art. 135 Ziff. 1 OR vor, welche die Verjährung unterbrechen würde. Die Vorinstanz hat diesbezüglich zu Recht ausgeführt, dass es sich bei den vom Berufungsbeklagten vorgenommenen Arbeiten um kleinere Arbeiten von untergeordneter Bedeutung handelt. Allein im Einstellen der Fenster und Einsetzen von Dichtungen kann noch keine Anerkennung einer Haftung seitens des Berufungsbeklagten erblickt werden. Gegen eine Anerkennung spricht ebenfalls die Tatsache, dass der Berufungsbeklagte stets auf die Notwendigkeit des Lüftens hinwies und folglich die Ursache für die Eis- und Kondensatbildung nicht in fehlerhaften Fenstern, sondern äusseren Umständen, begründet sah. Daran ändert auch nichts, dass der Berufungsbeklagte im Schreiben vom 20. Januar 2012 an die Berufungskläger im umgangssprachlichen Sinn von „Arbeit in Garantie ausgeführt am 9. Dezember 2011“ sprach (act. B 5/16/26). Jedenfalls lässt sich aus dieser Formulierung kein Zugeständnis des Berufungsbeklagten ableiten, dass seine Fenster mangelhaft seien. Nicht nachvollziehbar ist zudem, weshalb bereits vor dem

E. 9

Dezember 2011 vom Berufungsbeklagten an den Fenstern vorgenommene Arbeiten etwas an dieser Beurteilung ändern sollten. Denn die früheren Arbeiten hielten sich nach eigenen Aussagen der Berufungskläger im selben Rahmen wie die Arbeiten vom 9. Dezember 2011 (Einstellen der Fenster/Einsetzen von fehlenden Dichtungsgummis). Unter Verweis auf die vorinstanzliche E. 2.2.5 ist daher festzustellen, dass die Verjährung der Mängelrechte weder gehemmt noch unterbrochen worden ist.

Es bleibt bei dem von der Vorinstanz in E. 2.2.6 gezogenen Schluss, dass die Mängelrechte der Berufungskläger an den gelieferten Fenstern am 22. September 2011 verjährt sind.

E. 13

November 2012 enthalten (act. B 5/2, Ziff. 16). Somit wird darauf in der nachfolgenden E. 2.5.2.2 eingegangen.

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