

Obergericht Appenzell Ausserrhoden

1. Abteilung

Entscheid vom 22. August 2016

Mitwirkende	Obergerichtsvizepräsident W. Kobler Oberrichterin S. Rohner Oberrichter B. Oberholzer, H. Zingg, S. Plachel Obergerichtsschreiberin B. Widmer
Verfahren Nr.	O1Z 15 8
Sitzungsort	Trogen
Berufungskläger Kläger	A1 ____
Berufungsklägerin Klägerin	A2 ____ bis 11. Dez. 2016 beide vertreten durch: RA B____
Berufungsbeklagter Beklagter	C ____, Inhaber der Einzelfirma D____ vertreten durch: RA E____
Gegenstand	Forderung

Rechtsbegehren

a) Kläger und Berufungskläger:

aa) im erstinstanzlichen Verfahren:

aaa) vor Vermittler:

1. Der Beklagte sei zu verpflichten, den Klägern CHF 60'000.00 zuzüglich Zins zu 5 % seit 28. März 2013 zu bezahlen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Beklagten.

bbb) in der Klageschrift, der Replik und an Schranken:

1. Der Beklagte sei zu verpflichten, den Klägern CHF 55'000.00 zuzüglich Zins zu 5 % seit 28. März 2013 zu bezahlen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beklagten.

bb) im Berufungsverfahren:

1. Das Urteil des Kantonsgerichts Appenzell Ausserrhoden vom 16. März 2015 (Verfahren K2Z 13 26) sei aufzuheben und die Klage sei gutzuheissen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge für beide Instanzen zu Lasten des Beklagten und Berufungsbeklagten.

b) Beklagter und Berufungsbeklagter:

aa) im erstinstanzlichen Verfahren:

aaa) vor Vermittler:

1. Die Klage sei vollumfänglich abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der klagenden Partei.

bbb) in der Klageantwort, der Duplik und an Schranken:

1. Soweit auf die Klage eingetreten werden kann, sei sie vollumfänglich abzuweisen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Kläger mit solidarischer Haftbarkeit.

bb) im Berufungsverfahren:

1. Soweit auf die Berufung eingetreten werden kann, sei sie abzuweisen und es sei das Urteil des Kantonsgerichts vom 16. März 2015 zu bestätigen.

2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Kläger und Berufungskläger.

Sachverhalt

A. Übersicht

Die Kläger liessen in F___ ein neues Haus bauen. Bauplanerin war die Firma G___ AG, die mit der Firma H1___ Zimmerei (im Folgenden: Zimmerei H1___) zusammenarbeitete. Die Einzelfirma D___ in F___, Inhaber C___, reichte den Klägern am 12. November 2010 eine Offerte für die Fenster ein. Darin waren als Grundofferte ein Holzfenster, als Variante 2 Holz-Metallfenster Typ „XY_1“ und als Variante 3 Kunststoff-Fenster von J___ aufgeführt (act. B 6/9/4 und B 4/6). Daraufhin besichtigten die Kläger in K___ die Fenster der Familie L___, welche ebenfalls vom Beklagten stammten. In der zweiten Offerte des Beklagten vom 21. Dezember 2010 wurden dann einzig noch Holz-Metallfenster Typ „XY_1“, offeriert (act. B 6/9/5). A1___ erteilte am 12. Januar 2011 persönlich bei der D___ den Auftrag für die am 21. Dezember 2010 offerierten Fenster (act. B 6/9/7). Der Beklagte bestätigte den Klägern am 16. März 2011 den erteilten Auftrag schriftlich (act. B 6/9/10), am 19. März 2011 unterzeichnete A1___ die Auftragsbestätigung mit dem Vermerk „kontrolliert und für gut befunden“. Die bestellten Fenster wurde am 29. März 2011 geliefert (act. B 6/2, S. 3; B 6/8, S. 6). Die Rechnung für die Holz-Metall-Fenster Typ „XY_1“ über CHF 24'000.00 datiert vom 23. Mai 2011 (act. B 4/5). Bei Einbruch des Winters 2011/12 stellten die Kläger fest, dass sich an den Fenstern Kondenswasser und Eis bildete. Am 6. Juni 2012 schickte der Beklagte den Klägern auf deren Anfrage Detailzeichnungen von Holz-Metallfenstern Typ „XY_2“ (act. B 6/9/12 und B 3). Am 7. Juni 2012 setzte RA B___ dem Beklagten eine Frist für einen „tauglichen Sanierungsvorschlag“ (act. B 4/7). Am 19. Juni 2012 antwortete der Beklagte, das Problem liege nicht bei den Fenstern, sondern beim ungenügenden Querlüften (act. B 4/8). Die Kläger beauftragten die M___ Ingenieurbüro AG mit der Beurteilung der Fenster, das Gutachten datiert vom 22. März 2013 (act. B 4/9). Am 28. März 2013 stellte RA B___ das genannte Gutachten dem Rechtsvertreter des Beklagten zu und erklärte den Rücktritt vom Vertrag (act. B 4/12).

B. Prozessgeschichte

Die Kläger stellten das Vermittlungsbegehren am 28. März 2013. Die Vermittlungsverhandlung fand am 22. Mai 2013 vor dem Vermittleramt Kreis 2 statt. Die Klagebewilligung wurde am gleichen Tag ausgestellt und dem Rechtsvertreter der Kläger übergeben (act. B 6/1). Das Gutachten der M___ Ingenieurbüro AG vom 22. März 2013 wurde am 4. Juni 2014 ergänzt (act. B 6/17/24). Die Kläger liessen die Klage mit Eingabe vom 30. Juli 2013 beim Kantonsgericht einreichen (act. B 6/2, Postaufgabe). Die Klageantwort datiert vom 3. Februar 2014 (act. B 6/8, Postaufgabe). In der Folge wurde ein zweiter Schriftenwechsel durchgeführt. Die Replik datiert vom 19. Juni 2014 (act. B 6/16), die Duplik vom 3. November 2014 (act. B 6/23). Die Kläger liessen am 14. November 2014 eine Stellungnahme einreichen (act. B 6/25), der Beklagte eine solche am 25. November 2016 (act. B 6/27). Die Hauptverhandlung fand am 16. März 2015 statt (act. B 6/30), das Urteil erging gleichentags (act. B 6/35).

C. Erstinstanzliches Urteil

Mit Urteil des Kantonsgerichtes, 2. Abteilung, vom 16. März 2015 wurde die Klage abgewiesen. Die Gerichtskosten von CHF 9'200.00 wurden den Klägern auferlegt, unter Verrechnung mit den von ihnen geleisteten Vorschüssen von CHF 6'200.00. Die Kläger wurden verpflichtet, dem Beklagten eine Parteientschädigung von CHF 16'212.85 zu bezahlen.

Auf die Begründung des Urteils kann verwiesen werden. Soweit erforderlich, wird darauf in den nachstehenden Erwägungen eingegangen.

D. Schriftenwechsel und Urteil im Berufungsverfahren

- a) Nach fristgemäss verlangter schriftlicher Begründung (act. B 6/38) liessen die Kläger gegen das Urteil des Kantonsgerichts, dessen Zustellung in begründeter Ausfertigung am 28. Mai 2015 erfolgt war (act. B 6/42), mit Eingabe ihres Rechtsvertreters RA B___ vom 29. Juni 2015 (act. B 1) rechtzeitig die Berufung erklären. In der Berufungserklärung wurde beantragt, das Verfahren bis zum Vorliegen des begründeten Urteils vom 26. Mai 2015 im Parallellfall OZZ 14 3 (L___/C___) zu sistieren (act. B 1, S. 2 und 4).

- b) Mit Verfügung des Verfahrensleiters vom 24. Juli 2016 wurde RA E___ aufgefordert, ausschliesslich zum Sistierungsgesuch Stellung zu nehmen (act. B 8). Dieser Aufforderung leistete RA E___ mit Schreiben vom 24. August 2015 Folge, indem er sich mit einer Sistierung einverstanden erklärte (act. B 9).
- c) Nachdem die Zustellung des begründeten Urteils im Verfahren O2Z 14 3 erfolgt war, wurde RA B___ vom Verfahrensleiter am 13. Oktober 2015 aufgefordert, innert Frist zu erklären, ob die Berufungskläger an der Berufung festhalten oder nicht (act. B 11). Am 6. November 2015 teilte der Rechtsvertreter der Berufungskläger mit, dass diese an der Berufung festhalten würden (act. B 12).
- d) Am 10. Dezember 2015 ging die Berufungsantwort des beklagischen Rechtsvertreters RA E___ ein (act. B 15).
- e) Mit Verfügung des Verfahrensleiters vom 11. Dezember 2015 wurde den Parteien mitgeteilt, dass kein zweiter Schriftenwechsel und keine mündliche Verhandlung angeordnet werde (act. B 18).
- f) Die Berufungskläger liessen am 21. Dezember 2015 eine „freiwillige Stellungnahme“ einreichen (act. B 19); der Berufungsbeklagte eine „Kurzvernehmlassung“ am 5. Januar 2016 (act. B 22).
- g) RA B___ reichte am 22. Februar 2016 eine weitere Eingabe ein (act. B 24), RA E___ eine solche am 29. Februar 2016 (act. B 27).
- h) Am 22. August 2016 wurde die Streitsache ohne mündliche Verhandlung beraten.

Auf die Ausführungen in den Schriftstücken gemäss den vorerwähnten lit. a bis h wird, soweit erforderlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Erwägungen

1. Prozessuales

1.1 Prozessvoraussetzungen / Zuständigkeit

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).

1.2 Streitwerte

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, 2013, N. 53 zu Art. 308 ZPO). Die Kläger (nachfolgend Berufungskläger genannt) verlangen vom Beklagten (nachfolgend Berufungsbeklagter genannt) vor beiden Instanzen je die Bezahlung von CHF 55'000.00 (vgl. vorinstanzliches Urteil Erwägung 1.2), letzterer beantragt jeweils vollumfängliche Klageabweisung, soweit auf die Klage einzutreten sei. Demzufolge beläuft sich der Streitwert auf CHF 55'000.00, so dass die Streitwertgrenze gemäss 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, 3. Aufl. 2016, N. 12 zu Art. 96 ZPO).

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 55'000.00, währenddem der Berufungsbeklagte die Abweisung

der Klage bzw. Nichteintreten auf die 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.

1.3 Noven

1.3.1 Rechtliches

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 angeküpft (*Moret*, Aktenschluss und Novenrecht nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2014, Rz. 538ff). Als echte Noven in 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, 3. Aufl. 2016, N. 56 ff. zu Art. 317 ZPO; *Spühler*, in: *Basler Kommentar*, Schweiz. Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2013, N. 4 zu Art. 317 ZPO; *Gasser/Rickli*, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2014, N. 3 zu Art. 317 ZPO; *Gehri*, in: *Gehri/Jent-Sørensen/Sarbach* [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2015, N. 2 zu Art. 317 ZPO; *Mathys*, in: *Baker & McKenzie* (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, 2010, N. 6 zu Art. 317 ZPO; *Steininger*, in: *Brunner/Gasser/Schwander* (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2016, N. 1 zu Art. 317 ZPO; *Seiler*, Die Berufung nach ZPO, 2013, 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. 56 ff. zu Art. 317 ZPO; *Spühler*, a.a.O., N. 6 zu Art. 317 ZPO; *Gasser/Rickli*, a.a.O., N. 2f zu Art. 317 ZPO; *Gehri*, a.a.O., N. 2 zu Art. 317 ZPO; *Mathys*, a.a.O., N. 6ff zu Art. 317 ZPO; *Steininger*, a.a.O., N. 1 zu Art. 317 ZPO. Die abweichende Meinung von *Brunner*, in: *Oberhammer/Domej/Haas* [Hrsg.], *Kurzkomentar ZPO*, 2. Aufl. 2013, N. 3 zu Art. 317 ZPO, 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).

1.3.2 Noven im Berufungsverfahren

1.3.2.1 Noven seitens der Berufungskläger

Zeuge N

Die Berufungskläger lassen vorbringen, da die Herren L___ und A1___utter erst nach umfangreichen Nachforschungen und dabei erst am 30. März 2015 auf N___ gestossen seien, hätten die Berufungskläger dieses Novum nicht früher einbringen können. Damit hätten sie auch dargelegt, dass es ihnen trotz zumutbarer Sorgfalt nicht möglich gewesen sei, den Zeugen früher zu benennen und die neuen Tatsachen früher vorzutragen. Es habe erst nach dem Urteil des Kantonsgerichts vom 16. März 2015 umfangreicher Nachforschungen bedurft, weil das Kantonsgericht die Klage aufgrund falscher Sachverhaltsdarstellung und falscher Rechtsanwendung zu Unrecht abgewiesen habe.

Der Berufungsbeklagte lässt ausführen, die Berufungskläger würden mit dem untauglichen Versuch, einen weiteren angeblichen Zeugen zu benennen, einmal mehr gegen das Novenverbot verstossen und könnten mit den angeblich mit dem neu vorgebrachten Zeugen beweisbaren neuen Behauptungsvarianten ohnehin nicht mehr gehört werden.

Die Berufungskläger haben den Zeugen N___, ehemaliger Mitarbeiter bei der D___, erstmals in der Berufungserklärung genannt (act. B 1, S. 27 ff., S. 63 ff.). Sie sind gemäss ihren Aussagen erst nach Abschluss des erstinstanzlichen Verfahrens auf ihn gestossen. Wie verhält es sich bezüglich dieses neuen Beweismittels mit dem Novenrecht? Aus dem für das Berufungsverfahren geltenden klassischen Verständnis echter Noven folgt klar, dass es sich dabei um ein unechtes Novum handelt (so ausdrücklich *Reetz/Hilber*, a.a.O., N. 40 zu Art. 317 ZPO). N___ hat die von den Berufungsklägern dargelegten Beobachtungen offenbar im Jahre 2004 gemacht, also einige Jahre vor Anhängigmachung des erstinstanzlichen Verfahrens.

Zunächst stellt sich die Frage, ob das Novum ohne Verzug im Sinne von Art. 317 Abs 1 lit. a ZPO vorgebracht wurde. Gemäss den Angaben der Berufungskläger haben sie den neuen Zeugen am 30. März 2015 „gefunden“ und am 29. Juni 2015 mit der Berufungserklärung in den Prozess eingebracht. Mit diesem Vorgehen haben die Berufungskläger das Novum zum nächstmöglichen Zeitpunkt in das Berufungsverfahren eingebracht (*Reetz/Hilber*, a.a.O., N. 45 zu Art. 317 ZPO; und auch BGE 142 III 413 E. 2.2.4), womit die Voraussetzung des unverzüglichen Vorbringens in casu erfüllt ist. Weiter ist danach zu fragen, ob die Berufungskläger bezüglich dieses Beweismittels, welches bereits vor Anhängigmachung dieses Verfahrens existierte, vor erster Instanz die zumutbarer Sorgfalt beachtet haben. Wie vorstehend aufgeführt, werden im Berufungsverfahren unechte Noven nur noch unter den beschränkten Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO berücksichtigt, d.h. sie können nur bei Anwendung zumutbarer Sorgfalt vor erster Instanz berücksichtigt werden (*Reetz/Hilber*, a.a.O., N. 50 zu Art. 317 ZPO). Die Berufungskläger begründen den Umstand, dass sie den Zeugen N___ nicht bereits vor erster Instanz vorgebracht haben, damit, dass Auslöser für ihre Nachforschungen das falsche erstinstanzliche Urteil gewesen sei. Diese Begründung vermag nicht zu überzeugen. „Nachforschungen“ hätten die Berufungskläger ohne weiteres bereits im Zeitpunkt der Klageeinreichung, spätestens aber vor Abschluss des zweiten Schriftenwechsel vor erster Instanz machen können und müssen (Art. 229 ZPO). Es geht nicht an, erst bei Fällung eines missliebigen Urteils den dem Gericht unterbreiteten Sachverhalt vertiefter abzuklären und als Folge neuer Recherchen neue Beweise und Tatsachenbehauptungen in den Rechtsmittelprozess einzuführen. Die Berufungskläger behaupten auch nicht, dass hier derjenige Fall vorliegt, dass die Vorinstanz in ihrem Entscheid gänzlich neue Fragen aufgeworfen hätte, welche die Einreichung neuer Beweismittel im Rechtsmittelverfahren erfordert hätten. Es wäre ihnen problemlos möglich gewesen, den Zeugen N___ bereits vor erster Instanz zu nennen, woraus folgt, dass sie die ihnen zumutbare Sorgfalt nicht beachtet haben. Somit handelt es sich bei diesem Beweismittel um ein unzulässiges Novum, welches nicht zu berücksichtigen ist.

Anzufügen bleibt, dass die nachstehende Begründung (insbesondere Erwägung 2.5) zeigen wird, dass die behaupteten Zeugenaussagen N___, wenn überhaupt, allenfalls bei der absichtlichen Täuschung von Relevanz hätte sein können, dieser Tatbestand jedoch aus verschiedenen Gründen als nicht erfüllt zu betrachten ist.

act. B 4/31 (Schreiben C an RA B vom 26.10.2012)

Dieses Schriftstück wird erstmals in der Berufungserklärung auf S. 62 ff. erwähnt und im Beweismittelverzeichnis als neues Aktorum 31 aufgeführt. Das Schreiben stammt vom 26. Oktober 2012 und existierte demzufolge bereits vor Stellung des Vermittlungsbegehrens. Somit handelt es sich um ein unechtes Novum, welches schon vor erster Instanz hätte eingereicht werden können. Die Berufungskläger haben sich nicht dazu geäußert, weshalb sie dieses Schreiben nicht schon vor Kantonsgericht eingereicht haben. Die Partei, welche das Novenrecht ausüben will, trägt die entsprechende Substanziierungslast und auch die Beweislast für a. das unverzügliche Einbringen der Noven und b. die Anwendung zumutbarer Sorgfalt, d.h. von Schuldlosigkeit vor erster Instanz (*Reetz/Hilber*, a.a.O., N. 34 zu Art. 317 ZPO). Vorliegend sind die Berufungskläger ihrer Begründungsobliegenheit nicht nachgekommen (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.), weshalb dieses Novum unzulässig und damit nicht beachtlich ist.

act. B 20/32 (Beschwerdeeingabe vom 11. November 2015 von RA B___ an das Bundesgericht im Parallellfall O2Z 14 3)

Diese Eingabe ist offensichtlich erst nach Aktenschluss im erstinstanzlichen Verfahren entstanden, weshalb sie ein echtes Novum darstellt. Dieses Novum wurde im vorliegenden Verfahren im Rahmen des Replikrechts als Reaktion auf die Berufungsantwort vom 8. Dezember 2015 (act. B 15 und 18) in der „freiwilligen Stellungnahme“ von RA B___ vom 21. Dezember 2015 (act. B 19, S. 3) rechtzeitig geltend gemacht. Act. B 20/32 ist daher zulässig und zu berücksichtigen.

act. B 20/33 und B 20/34 (Schnittzeichnung XY_2 18 / Broschüre zum XY_2 Holz-Metallfenster 18 und 20)

Diese Dokumente wurden ebenfalls mit der „freiwilligen Stellungnahme“ von RA B___ vom 21. Dezember 2015 erstmals eingereicht (act. B 19, S. 9 ff.). Auf der Schnittzeichnung selbst findet sich kein Datum, auf den beiden dazugehörigen technischen Beschrieben findet sich das Datum „September 93“ und „Mai 1994“. Die Broschüre der U___ Metallbau AG ist undatiert. Wann diese Aktenstücke entstanden sind, ist folglich teilweise offen. Die Berufungskläger haben sich nicht dazu geäußert, und auch nicht zur Frage, warum ihnen die Einreichung dieser Dokumente nicht schon früher möglich gewesen war, obwohl sie dafür die Substanziierungs- und Beweislast tragen. Diese Noven sind somit unzulässig und daher unbeachtlich.

act. B 25/35 und B 25/36 (Todesanzeige N___ vom 16. Februar 2016 / schriftliche Bestätigung von N___ vom 2. April 2015)

Das Obergericht hat oben bereits dargelegt, weshalb die Offerte von N___ als Zeuge unbeachtlich ist. Die Beschwerdeführer begründen nun die mit Eingabe vom 22. Februar 2016 (act. B 24) eingereichte Todesanzeige des am 11. Februar 2016 verstorbenen N___ sowie eine schriftliche Bestätigung von ihm vom 2. April 2015 damit, dass der genannte Zeuge zwischenzeitlich verstorben sei und damit als Zeuge nicht mehr einvernommen werden könne. Obwohl die Todesanzeige und die schriftliche Bestätigung für sich allein besehen echte Noven darstellen, sind beide Dokumente untrennbar mit dem verspätet vorgebrachten Zeugenbeweis N___ verbunden und damit ebenfalls unzulässig.

1.3.2.2 Noven seitens des Berufungsbeklagten

Zeuge O___

Die Berufungskläger lassen geltend machen, bei dem vom Berufungsbeklagten als Beweismittel genannten Zeugen O___ handle es sich um ein unzulässiges Novum. Dieser Zeuge sei dem Berufungsbeklagten bereits im erstinstanzlichen Verfahren bekannt gewesen und dort sogar befragt worden. Es wäre ihm möglich gewesen, dem Zeugen O___ bereits vor Vorinstanz Ergänzungsfragen zu stellen.

Der Berufungsbeklagte hat bereits in der Klageantwort im erstinstanzlichen Verfahren O___ als Zeuge angeboten (act. B 6/8, S. 9 und B 6/9, S. 2). Demzufolge stellt sich bezüglich dieses Beweismittels eine Novenproblematik nicht.

Vorbringen des Berufungsbeklagten wegen erstem Gutachten in der Berufungsantwort (act. B 15, S. 9, Ziff. 4)

Die Berufungskläger lassen vorbringen, es handle sich um eine Unterstellung und bloße Schutzbehauptung, wenn der Berufungsbeklagte vorbringe, die Berufungskläger hätten versucht, ihre eigene vorgefertigte Meinung durch einen weiteren möglichen Parteigutachter in jeder möglichen Weise bestätigen zu lassen, nachdem das erste Gutachten der vom klägerischen Anwalt in Sachen L___ beigezogenen Fachfirma nicht befriedigend ausgefallen sei. Zudem handle es sich beim Vorbringen des Beklagten, um ein unzulässiges Novum, sei doch neben den Gutachten der M___ Ingenieurbüro AG ein weiteres, von einem anderen Gutachter stammendes Gutachten zu keinem Zeitpunkt Gegenstand des vorliegenden Verfahrens bzw. des Verfahrens vor Vorinstanz gewesen. Dass im Parallelverfahren O2Z 14 3 allenfalls ein weiteres Gutachten eine Rolle gespielt habe, dürfe im vorliegenden Fall nicht berücksichtigt werden.

Vor Kantonsgericht hat der Berufungsbeklagte sich in der Klageantwort lediglich zum Gutachten der M___ Ingenieurbüro AG vom 22. März 2013 (act. B 6/3/9) sowie zu demjenigen, ebenfalls von derselben Firma im Parallelverfahren OZZ 14 3 am 28. September 2012 ausgefertigten und als act. B 6/3/10 bei den Akten befindliche Gutachten geäußert. RA E___ führte in der Klageantwort aus, das Gutachten vom 22. März 2013 hätte offensichtlich die Parteibehauptungen der Berufungskläger nachträglich legitimieren und ein ihnen genehmes Resultat liefern sollen (act. B 6/8, S. 8 ff.). Soweit also die von den Berufungsklägern beanstandeten Äusserungen des Berufungsbeklagten, insbesondere zu einem anderen Gutachter, in der Berufungsantwort (act. B 15, S. 9) davon abweichen, stellen sie neue und damit unzulässige Tatsachenbehauptungen dar.

Vorbringen des Berufungsbeklagten wegen der P___ AG in der Berufungsantwort (act. B 15, S. 10, Ziff. 5)

Die Berufungskläger lassen ausführen, die Behauptung des Berufungsbeklagten, die P___ AG versuche ihre Haut als Erstellerin des Hauses L___ zu retten, sei eine reine Unterstellung und blosser Schutzbehauptung sowie ein unzulässiges Novum.

Die von RA E___ in der Berufungsantwort vom 8. Dezember 2015 vorgebrachte Behauptung bezüglich der P___ AG wurde erstmals im Berufungsverfahren gemacht (act. B 15, S. 10). Demzufolge handelt es sich um ein unzulässiges Novum, da dieses Vorbringen ohne weiteres bereits im erstinstanzlichen Verfahren möglich gewesen wäre.

Urteil des Obergerichts vom 26. Mai 2015 im Parallelfall OZZ 14 3 (act. B 17/1)

Der Berufungsbeklagte hatte sich mit einer Sistierung des Berufungsverfahrens bis zum Vorliegen der Urteilsbegründung im Parallelfall OZZ 14 3 einverstanden erklärt (act. B 9). Der Berufungsbeklagte hat nun mit Berufungsantwort vom 8. Dezember 2015 das am 9. Oktober 2015 in begründeter Ausfertigung versandte Obergerichtsurteil eingereicht. Somit handelt es sich bei act. B 17/1 um ein echtes Novum, das ohne Verzug in den Prozess eingebracht wurde. Dieses Beweismittel ist gestützt auf Art. 317 Abs. 1 ZPO zulässig.

Klageantwort, S. 1 und 12, von RA E___ vor Kantonsgericht vom 15. Februar 2013 im Parallelfall OZZ 14 3 (act. B 17/2)

Der Berufungsbeklagte hat zwei Seiten seiner im Parallelverfahren OZZ 14 3 eingereichten Klageantwort im Zusammenhang mit Ausführungen zur

Verjährungsproblematik zu den Akten gegeben (act. B 15, S. 10). Die fragliche Klageantwort datiert vom 15. Februar 2013, ist also schon vor Stellung des Vermittlungsbegehrens im vorliegenden Verfahren entstanden. Damit handelt es sich klar um ein unzulässiges Novum, welches bereits vor erster Instanz hätte eingereicht werden können. Daran ändert auch nichts, dass sich das in jenem Parallelverfahren ergangene begründete Urteil als act. B 17/1 bei den Akten des vorliegenden Verfahrens befindet.

1.3.3 Fazit

Fasst man die Erwägungen 1.3.1-1.3.2 zusammen, ist festzuhalten, dass unter den Gesichtspunkten von Art. 317 Abs. 1 ZPO folgende Tatsachenbehauptungen und Beweismittel zulässig sind:

- act. B 20/32
- O___ als Zeuge
- act. B 17/1

Unzulässig sind:

- N___ als Zeuge
- act. B 4/31
- act. B 20/33 und B 20/34
- act. B 25/35 und B 25/36
- act. B 17/2
- Vorbringen des Berufungsbeklagten wegen der P___ AG (siehe die betreffenden Erwägungen in 1.3.2.2)

Teilweise unzulässig sind:

- Vorbringen des Berufungsbeklagten wegen erstem Gutachten (siehe die betreffenden Erwägungen in 1.3.2.2)

1.3.4 Noven der Berufungskläger im erstinstanzlichen Verfahren

Die Berufungskläger lassen vorbringen, sie hätten bereits in der Klage wie auch in der Replik ausgeführt, dass eine absichtliche Täuschung vorliege, weil ein veraltetes Fenstersystem geliefert worden sei (Ziff. 6 der Klage und Ziff. 43 der Replik; Ziff. 24 des Plädoyers). In der Replik sei zudem ausgeführt worden, dass eine absichtliche Täuschung vorliege, weil die gesetzlichen Mindestanforderungen nicht eingehalten worden seien (Ziff. 19, 43; Ziff. 24 des Plädoyers) und dass der Berufungsbeklagte habe wissen müssen, dass es sich beim gelieferten Fenstertyp um einen veralteten Fenstertyp handle (Ziff. 18; Ziff. 41 und 42 des Plädoyers). Die in den Ziff. 40 ff. des Plädoyers getätigten Ausführungen würden sich aus den sehr ausführlichen Eingaben der Berufungskläger ergeben, zu welchen auch die freiwillige Stellungnahme zu zählen sei, welche entgegen den Feststellungen der Vorinstanz keine unzulässigen Noven enthalte. Soweit die Berufungskläger in Ziff. 10 bis 15 der

freiwilligen Stellungnahme weitere Ausführungen zur absichtlichen Täuschung vorgebracht hätten, hätten diese auf dem Umstand beruht, dass der Berufungsbeklagte erst im Rahmen der Duplik die Verjährungseinrede eingebracht habe. Die Berufungskläger seien deshalb gezwungen gewesen, zur absichtlichen Täuschung detailliertere Ausführungen zu tätigen, da beim Vorliegen einer absichtlichen Täuschung eine 10-jährige Verjährungsfrist bestehe. Die Vorinstanz würde schliesslich überspitzt formalistisch handeln, wenn sie ausführe, Ziff. 24 und 40-43 des Plädoyers würden unzulässige Noven enthalten. Es sei im Rahmen des Plädoyers lediglich in anderen Worten zusammengefasst worden, was bereits in den Rechtsschriften ausführlich dargelegt worden sei.

Aus Gründen der Prozessökonomie werden die vorstehend erwähnten, vom Kantonsgericht in Ziff. 1.3 festgestellten Novenrechtsverletzungen der Berufungskläger in der nachfolgenden materiellen Beurteilung, sofern überhaupt erforderlich, an derjenigen Stelle geprüft, wo sie für die betreffende Fragestellung von Relevanz sind.

1.4 Gerichtsbesetzung

Die Berufungskläger ersuchen das Obergericht, in anderer Besetzung zu entscheiden als im Parallellfall OZZ 14 3 (L___/C___). Aufgrund der Begründung des Entscheids im vorliegenden Fall bestehe seitens der Berufungskläger der Verdacht, dass die Vorinstanz aufgrund des Umstandes, dass es sich um ähnlich gelagerte Fälle handle und die Gerichtsbesetzung die gleiche gewesen sei, es unterlassen habe, den vorliegenden Fall neu zu prüfen. Diese Gefahr bestehe auch beim Obergericht, sollte es in gleicher Besetzung wie in OZZ 14 3 entscheiden.

Die Berufungskläger machen keinen Ausstandsgrund im Sinne von Art. 47 ZPO geltend, werfen der Vorinstanz jedoch wegen des bereits beurteilten Parallellfalls OZZ 14 3 sinngemäss „Vorbefasstheit“ vor, indem sie es unterlassen habe, den vorliegenden ähnlichen Fall neu zu prüfen. Weil zu befürchten sei, dass dasselbe vor Obergericht passiere, solle dieses in anderer Besetzung entscheiden. Dieses Begehren ist abzulehnen. Die Beurteilung durch dieselben Richter und Richterinnen wie in OZZ 14 3 macht aus Gründen der Prozessökonomie Sinn. Es ist nicht nachvollziehbar, wieso das Obergericht den Sachverhalt des heute streitigen Verfahrens nicht genau so sorgfältig und umfassend prüfen sollte wie im Parallelverfahren. Es trifft zwar zu, dass sich im vorliegenden Verfahren gleichartige – aber nicht völlig identische - Fragen wie in OZZ 14 3 stellen, dies setzt

zugegebenermassen erhöhte Anforderungen an die Sorgfaltspflicht von Richtern und Richterinnen, um Fehler zu vermeiden. Die Berufungskläger haben dazu zu Recht festgehalten, der vorliegende Fall stimme mit dem Verfahren OZZ 14 3 nicht eins zu eins überein, weshalb die Begründung des Urteils des Obergerichts in jenem Verfahren nicht unesehen übernommen werden dürfe. Dafür, dass die Richterinnen und Richter zu einer solchen differenzierten Beurteilung nicht in der Lage wären, gibt es keinerlei Hinweise; die Berufungskläger äussern lediglich diffuse Befürchtungen. Die ordentliche Gerichtsbesetzung, die im Staatskalender für jeweils eine Amtsdauer von 4 Jahren (2015-2019) publiziert ist, kann in der dortigen Ausgabe 2016/17 eingesehen werden (www.ar.ch/staatskalender/Gerichtsbehörden). Abweichend von der dort publizierten Gerichtsbesetzung wirkt anstelle von Oberrichter Hanspeter Blaser – wie bereits im Verfahren OZZ 14 3 – Samuel Plachel mit, die restliche Besetzung entspricht der ordentlichen. Es geht nicht an, dass Parteien, ohne dass Ausstands- oder andere sachliche Gründen, welche für ein Abweichen von der ordentlichen Besetzung sprechen würden, eine andere als die ordentliche Besetzung verlangen können. Die publizierte Gerichtsbesetzung gilt für sämtliche Verfahren. Wäre dem nicht so, dann könnte eine Partei zu Beginn des Prozesses ihre „Wunsch-Gerichtsbesetzung“ zusammenstellen, was letztlich eine funktionierende Gerichtsorganisation verunmöglichen und unter anderem zu einer Über- bzw. Unterbelastung der einzelnen Richter und Richterinnen führen würde. Das Obergericht wird daher in derselben Besetzung befinden wie in OZZ 14 3.

2. Materielles

2.1 Dissens

Die Berufungskläger lassen ausführen, der Berufungsbeklagte habe den Berufungsklägern das Fenstersystem XY_2 offeriert, besichtigt hätten diese jedoch bei L1___ und L2___ in K___ – wie sich im Nachhinein herausgestellt habe, das Fenstersystem XY_3 69/51. In Parallellfall OZZ 14 3 seien den dortigen Klägern L1___ und L2___ vom Beklagten trotz anderslautender Offerte die gleichen Fenster geliefert worden wie den Berufungsklägern im vorliegenden Verfahren. Im Übrigen habe die Vorinstanz korrekt festgestellt, dass betreffend die herzustellenden Fenster ein Werkvertrag abgeschlossen worden sei.

Der Berufungsbeklagte lässt einwenden, die Berufungskläger hätten diejenigen Fenster erhalten, die sie als Muster und Referenz bei der Familie L___ besichtigt und dann gemäss Auftragsbestätigung bestellt hätten.

Fehlender Konsens in einem notwendigen Element (sei es, dass ein Punkt nicht erörtert wurde oder die erzielte Einigung auf Missverständnis beruht) wird als Dissens bezeichnet und bedeutet angesichts des geforderten, aber nicht erlangten Konsenses Nichtzustandekommen des Vertrages. Dies gilt ungeachtet vielleicht bestehender Einigung über den Wortlaut oder dessen schriftliche Fixierung (*Zellweger-Gutknecht/Bucher*, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 6. Aufl. 2015, N. 28a zu Art. 1 OR). Dass kein Vertrag besteht, gilt allerdings bei Fehlen des Konsenses über essentialia nur bedingt. Nach abgewickelter Vereinbarung können Vertragsfolgen (insb. Preiszahlungspflicht) nicht an fehlender Vereinbarung scheitern (*Zellweger-Gutknecht/Bucher*, a.a.O., N. 36 zu Art. 1 OR).

Zur strittigen Frage, welche Fenster die Parteien vereinbart haben, ergibt sich aus den Akten, dass der Fenstertyp vertraglich geregelt wurde: Vertragsgegenstand waren Holz-Metallfenster Typ „XY_1“ (act. B 6/9/5). 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. Nach der Verhandlungsmaxime hat das Gericht Parteibehauptungen über Tatsachen, die von der Gegenpartei nicht bestritten werden, grundsätzlich ohne weitere Prüfung als richtig anzunehmen (Art. 55 Abs. 1 ZPO, Art. 150 Abs. 1 ZPO). Hingegen ist das Gericht an die Rechtserörterungen der Parteien nicht gebunden; Rechtsfragen hat es von Amtes wegen zu prüfen (Art. 57 ZPO). Dies aber nur dann, falls das von den Parteien vorgelegte Tatsachenmaterial eine solche Prüfung überhaupt erlaubt (zum Ganzen: *Ott*, Die unbestrittene Sachlegitimation, in: SJZ 78/1982 S. 17 ff.). Da vorliegend beide Parteien übereinstimmend vom Zustandekommen eines (Werk) Vertrages ausgehen, ist das Gericht daran gebunden. 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).

2.2 Anwendung der SIA-Norm 118

Die Berufungskläger lassen geltend machen, im Schreiben des Rechtsanwaltes Q___ vom 15. November 2012 werde ganz klar die Geltung der SIA-Norm 118

bestätigt. Und zwar nicht nur in Bezug auf die vom Berufungsbeklagten genannte Überstreichung des Produktes Sikvens SV 875 mit einem Lack und die dafür zur Verwendung kommenden Produkte, sondern auch in Bezug auf die Lieferung der Fenster, denn es gehe nicht an, einzelne Teile eines einzigen Auftrages der SIA-Norm 118 zu unterstellen und andere Teile nicht. Der Berufungsbeklagte sei mit Einreichung der Klageantwort selber von der Anwendung der SIA-Norm 118 ausgegangen, habe er doch die Einrede der Verjährung nicht bereits mit der Klageantwort, sondern erst mit seiner Duplik vorgebracht.

Der Berufungsbeklagte lässt entgegen, die SIA-Norm 118 habe keine allgemeine Verbindlichkeit. Es sei klar, dass die Parteien die Übernahme der SIA-Norm 118 auch nicht nachträglich vereinbart hätten.

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. 2011, Rz. 282). Die vertragliche Übernahme der 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 bei Vertragsabschluss 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. Es findet sich weder in der Offerte der D____ vom 21. Dezember 2010 (act. B 6/9/5) noch in der Auftragsbestätigung vom 16. März 2011 (act. B 6/9/10) ein Hinweis auf die SIA-Norm 118. Zu fragen ist weiter danach, wie dies die Vorinstanz in ihrer Erwägung 2.1 getan hat, ob mit dem Schreiben von Rechtsanwalt Q____ vom 15. November 2012 (act. B 6/3/11; vgl. auch B 6/17/27) namens des Berufungsbeklagten die SIA-Norm 118 nachträglich als anwendbar erklärt wurde. Diesbezüglich teilt das Obergericht die Argumentation der Vorinstanz in deren Erwägung 2.1 vollumfänglich, wonach Thema des Schreibens vom 15. November 2012 ausschliesslich die Garantie nach SIA für die Lacke war, und nicht auch für die Fenster. Im Gegenteil schloss RA Q____ ausdrücklich die „Probleme mit der Feuchtigkeit“ von der für die Lackierung abgegebenen Garantie aus. Auf eine Wiederholung der zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz in E. 2.1 kann verzichtet und ausdrücklich darauf verwiesen werden.

2.3 Verjährung

2.3.1 Grundsätzliches

Die Berufungskläger lassen ausführen, gemäss Art. 172 SIA-Norm 118 bestehe, soweit nichts anderes vereinbart sei, eine Garantiefrist (Rügefrist) von zwei Jahren. Die bestellten Fenster seien den Berufungsklägern am 29. März 2011 geliefert worden. Die Garantiefrist nach Art. 172 SIA-Norm habe damit frühestens am 30. März 2011 zu laufen begonnen und frühestens am 29. März 2013 geendet. Das Schreiben von RA B___ vom 7. Juni 2012, worin er eine Nachfrist bis zum 20. Juni 2012 zur Unterbreitung eines tauglichen Sanierungsvorschlages angesetzt habe, habe die bisher bereits erfolgten Mängelrügen ergänzt bzw. präzisiert. Das Schlichtungsgesuch sei am 28. März 2013 gestellt worden. Darin sei die Mängelrüge nochmals ergänzt und präzisiert worden und es sei somit rechtzeitig Mängelrüge erhoben worden. Anzufügen sei zudem, dass wenn ein Bauherr die Fenster wie im vorliegenden Fall direkt beim Fensterbauer bestelle, die Fenster Bestandteile des Einfamilienhauses und somit eines unbeweglichen Bauwerks seien. Vorliegend gehe es nicht um einen Subunternehmer, weshalb die bundesgerichtliche Rechtsprechung und die Lehrmeinung von Gauch nicht anwendbar seien. Es gelte folglich die fünfjährige Verjährungsfrist gemäss Art. 371 Abs. 2 OR, sollte das Obergericht wider Erwarten zum Schluss gelangen, dass die SIA-Norm 118 nicht vereinbart worden sei. Im vorliegenden Fall sei von einer aliud-Lieferung sowie einer absichtlichen Täuschung durch den Berufungsbeklagten auszugehen, so dass eine zehnjährige Verjährungsfrist gemäss Art. 371 Abs. 1 i.V.m. Art. 210 Abs. 3 i.V.m. Art. 127 OR gelte.

Der Berufungsbeklagte lässt darauf hinweisen, auf den vorliegenden Fall finde die einjährige Verjährungsfrist nach Art. 371 Abs. 1 aOR Anwendung, da es sich um ein bewegliches Werk handle. Der Auftrag und die Tätigkeit des Berufungsbeklagten sei mit der vertragsmässigen Ablieferung der Fenster am 29. März 2011 beendet gewesen.

Das Obergericht teilt die plausibel und sorgfältig begründete Auffassung der Vorinstanz in deren E. 2.2.2-2.2.5 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 OR

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

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.

Insbesondere teilt das Obergericht die Ansicht der Vorinstanz, dass es sich bei den vom Berufungsbeklagten gelieferten und durch die Zimmerei H1___ in das Einfamilienhaus der Berufungskläger in F___ eingebauten 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 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. Zutreffend ist auch die Bemerkung der Vorinstanz in E. 2.2.4, dass die Auffassung von Alfred Koller zu Art. 371 aOR eben gerade von der herrschenden Lehre und Rechtsprechung abwich. Das Bundesgericht hat nun in seinem Urteil 4A_619/2015 vom 25. Mai 2016 E. 3.3 (nicht publiziert in BGE 142 III 413), ergangen zum Parallelfall OZZ 14 3, diese Rechtsauffassung vollumfänglich bestätigt. 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 29. März 2011 gelieferten Fenster gestützt auf Art. 132 aOR am **30. März 2012** ab. Das neue Recht fällt somit ausser Betracht.

Weiter ist zu prüfen, ob die Verjährung im Sinn von Art. 134 OR gehemmt oder im Sinne von Art. 135 OR unterbrochen worden ist. Sowohl das von RA B___ erwähnte Schreiben vom 7. Juni 2012 an den Berufungsbeklagten (act. B 6/3/7), worin diesem Frist für einen Sanierungsvorschlag gesetzt wurde, als auch das Vermittlungsbegehren von A1___ und A2___ vom 28. März 2013 (act. B 6/3/13) sind erst nach Eintritt der Verjährung am 30. März 2012 ergangen. Die Verjährung wurde demzufolge nicht unterbrochen. Art. 134 OR, welcher die Hinderung und den Stillstand der Verjährung regelt, ist offensichtlich auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar. Der Schluss der Vorinstanz in deren Erwägung 2.2.5, dass die Mängelrechte der Berufungskläger an den vom Berufungsbeklagten gelieferten Fenstern am 28. März 2013 bei Stellung des Vermittlungsbegehrens bereits verjährt waren, ist folglich zutreffend.

2.3.2 Verjährung nach UWG

Die Berufungskläger lassen geltend machen, gemäss Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) gelte eine siebenjährige Verjährungsfrist. Im vorliegenden Fall liege eine Verletzung von Art. 2 und 3 lit. b UWG vor. Als Unterfälle der unlauteren Kundenbeeinflussung würden die Täuschung und Irreführung gelten. Die Verletzung der Geschäftsmoral sei vorliegend klar zu bejahen, denn die M___ Ingenieurbüro AG habe in ihren Gutachten vom 22. März 2013 sowie vom 28. September 2012 klar aufgezeigt, dass die vom Berufungsbeklagten gelieferten Fenster des Fenstersystems XY_3 69/51 den gesetzlichen Anforderungen nicht genügen würden. Da das Gericht das Recht gemäss Art. 57 ZPO von Amtes wegen anzuwenden habe, hätte es an der Vorinstanz gelegen, auch die Verjährungsfrist gemäss UWG zu prüfen.

Der Berufungsbeklagte stellt sich auf den Standpunkt, der Umweg über das UWG verfange nicht. Der Berufungsbeklagte habe sich in seiner langjährigen Tätigkeit weder je unrichtiger noch irreführender Angaben über sich etc. schuldig gemacht. Der Versuch der Berufungskläger auf diesem weiteren Umweg nachträglich zu längeren Verjährungsfristen zu kommen, sei ebenso originell wie unhaltbar und abwegig.

Es trifft zu, dass gemäss Art. 57 ZPO die Rechtsanwendung von Amtes wegen erfolgt. Neue rechtliche Ausführungen bzw. neue Rechtsfragen können dem Gericht auch im zweitinstanzlichen Verfahren (und im Übrigen auch vor Bundesgericht) erstmals unterbreitet werden, ohne dass Art. 317 Abs. 1 ZPO anwendbar ist bzw. ohne dass die Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO erfüllt sein müssen. Dieses „Recht zu neuen Rechtsstandpunkten“ ergibt sich aus dem Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen (*iura novit curia*, Art. 57 ZPO), welcher besagt, dass sich die Rechtsmittelinstanz von Amtes wegen auch mit Rechtsstandpunkten zu befassen hat, welche die Parteien erstmals im Rechtsmittelverfahren einnehmen (*Reetz/Hilber*, a.a.O., N. 33 zu Art. 317 ZPO).

Die einschlägigen Bestimmungen des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG, SR 241) lauten wie folgt:

Art. 1 Zweck

Dieses Gesetz bezweckt, den lauterer und unverfälschten Wettbewerb im Interesse aller Beteiligten zu gewährleisten.

Art. 2 Grundsatz

Unlauter und widerrechtlich ist jedes täuschende oder in anderer Weise gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossende Verhalten oder Geschäftsgebaren, welches das Verhältnis zwischen Mitbewerbern oder zwischen Anbietern und Abnehmern beeinflusst.

Art. 3 Unlautere Werbe- und Verkaufsmethoden und anderes widerrechtliches Verhalten

Unlauter handelt insbesondere, wer:

...

b. über sich, seine Firma, seine Geschäftsbezeichnung, seine Waren, Werke oder Leistungen, deren Preise, die vorrätige Menge, die Art der Verkaufsveranstaltung oder über seine Geschäftsverhältnisse unrichtige oder irreführende Angaben macht oder in entsprechender Weise Dritte im Wettbewerb begünstigt;

...

Schutzobjekt des unlauteren Wettbewerbs ist nach Art. 1 der lauterer und unverfälschte Wettbewerb (*Jung*, in: *Jung/Spitz* (Hrsg.), Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), 2. Aufl. 2016, N. 2 zu Art. 1 UWG). Systematisch beruht auch die Anwendung des UWG auf dem allgemeinen Grundsatz des Vorrangs der Spezialregelungen von Art. 3 bis 8 UWG vor der Generalklausel des Art. 2 [lex specialis derogat legi generali] (*Jung*, a.a.O., N. 4 ff. zu Art. 2 UWG). Das Täuschungs- und das Irreführungsverbot bilden den Kern des Schweizer Lauterkeitsrechts, das in zahlreichen mehr oder minder generellen Sondertatbeständen (Art. 2 Var. 1, Art. 3 Abs. 1 lit. a bis lit. g, lit. i, lit. m., lit. p und lit. q) ausdrücklich an den Umstand einer Täuschungs- und/oder Irreführungsgefahr anknüpft (*Jung*, a.a.O., N. 3 zu Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG). Das Obergericht kann aufgrund des Ergebnisses seiner Beurteilung ohne weiteres ein täuschendes- oder irreführendes Verhalten des Berufungsbeklagten gegenüber seinen ehemaligen Kunden A1___ und A2___ verneinen. Wie nachfolgend in den Erwägungen 2.4 und 2.5 zu zeigen sein wird, hat der Berufungsbeklagte weder den Berufungsklägern statt der offerierten und bestellten Fenster ein aliud geliefert noch kann ihm eine Täuschungshandlung nachgewiesen werden. Die Berufungskläger haben exakt die Fenster bekommen, die sie vorab besichtigt und daraufhin bestellt haben. Auch wenn das im Wettbewerbsrecht vorausgesetzte Täuschungs- oder Irreführungsverhalten sich nicht vollständig mit dem Tatbestand der absichtlichen Täuschung gemäss Art. 28 OR deckt, ist dennoch nicht einmal ansatzweise nachvollziehbar, worin in casu ein unlauteres, wettbewerbsverfälschendes Verhalten

des Berufungsbeklagten zu erblicken wäre, welches zu einer Täuschung seiner Kunden geführt hätte. Mangels Anwendbarkeit des UWG muss auch nicht geprüft werden, welche Verjährungsfristen vorliegend anwendbar wären (vgl. *Spitz*, in: Jung/Spitz (Hrsg.), Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), 2. Aufl. 2016, N. 222 ff. zu Art. 9 UWG).

2.4 Lieferung eines Aliuds

Die Berufungskläger lassen vorbringen, aus dem Vergleich der ihnen vom Berufungsbeklagten zugestellten Detailzeichnungen sowie den Ausschnitten des Fenstersystems XY_3 69/51 mit dem Fenstersystem XY_2 ergebe sich, dass die vom Berufungsbeklagten gelieferten Fenster nicht dem von den Berufungsklägern bestellten Fenstertyp entspreche. Die Lieferung des falschen Fenstertyps durch den Berufungsbeklagten sei als aliud-Lieferung zu qualifizieren. Indem der Berufungsbeklagte erwiesenermaßen einen Fenstertyp geliefert habe, welcher den Plänen nicht entspreche, habe er ein anderes Werk als das geschuldete geliefert. Im Falle einer sog. aliud-Lieferung gelte nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung, dass der ursprüngliche Anspruch auf Ablieferung des Werkes nicht erfüllt worden sei und fortbestehe. Zeuge O___ habe ausgesagt, es sei möglich, dass der Fensterbauer den Fensterrahmen etwas anders fräse, weshalb es sich trotz einheitlichem Metallschirm nicht um das gleiche Fenster handle. Da die Vorinstanz festgestellt habe, dass es verschiedene Fenstersysteme gebe, dürfe bei der Beurteilung, ob eine aliud-Lieferung vorliege, nicht einzig und allein darauf abgestellt werden, ob ein einzelner Bestandteil, nämlich das von der R___ AG hergestellte Metallteil (Witterungsschutz), bei den bestellten und tatsächlich gelieferten Fenstern, dasselbe sei oder nicht. Es sei zweifelsfrei erstellt, dass der Berufungsbeklagte den Berufungsklägern die Fenster des Fenstersystems XY_3 69/51 mit Z_1 Grundschiene und Wetterschenkel geliefert habe, aber die Fenster des Fenstersystems XY_2 mit S___ Grundschiene und Wetterschenkel mit Aufpreis in Rechnung gestellt habe. Die Bezeichnung XY_2 deute auf die Herstellung des Fenstersystems mit dem Holzbearbeitungswerkzeug S___ hin, die Bezeichnung XY_3 69/51 auf die Herstellung des Fenstersystems mit dem Holzbearbeitungswerkzeug Z_1. Aufgrund der Unklarheitenregel hätten die Berufungskläger gestützt auf die Offerte vom 12. November 2010 sowie die Rechnung vom 23. Mai 2011 davon ausgehen dürfen, dass sich die Bezeichnung XY_2 auf das gesamte Fenstersystem und nicht nur auf den von der R___ AG gelieferten Metallteil (Witterungsschutz) beziehe. Der Berufungsbeklagte habe den Berufungsklägern ein aliud geliefert. Die Berufungskläger hätten die Fenster bei der

Familie L___ besichtigt und seien der Überzeugung gewesen, dass ihnen die Fenster vom Design her gefallen. Vom technischen Aufbau hätten sich die Berufungskläger kein Bild machen können. Es werde nach wie vor bestritten, dass es sich bei den in den Akten vorkommenden Begriffen lediglich um unterschiedliche Bezeichnungen für die Metallabdeckung (Witterungsschutz) handeln solle und diese Bezeichnungen gerade nicht für unterschiedliche Fenstertypen stehen sollen. Die Berufungskläger hätten zwar jene Fenster erhalten, welche sie bei der Familie L___ besichtigt hätten, doch sie seien bereits damals vom Berufungsbeklagten getäuscht worden, es habe sich dabei nicht um das Fenstersystem XY_2 gehandelt. Die Berufungskläger hätten nicht jene Fenster bestellen wollen, welche sie bei der Familie L___ besichtigt hätten. Den Berufungsklägern sei das Fenstersystem XY_2 offeriert worden, besichtigt hätten sie das Fenstersystem HFA XY___ 69/51 und bestellt hätten sie das Fenstersystem XY_2. Geliefert worden sei ihnen jedoch das Fenstersystem HFA XY___ 69/51.

Der Berufungsbeklagte lässt ausführen, eine Aliudlieferung sei nicht bewiesen. Die Berufungskläger hätten die Fenster erhalten, die sie als Muster und Referenz bei der Familie L___ vor Vertragsabschluss besichtigt und dann gemäss Auftragsbestätigung bestellt hätten. Das von den Berufungsklägern eingereichte Fenstermodell/Augenscheinsobjekt mit der Beschriftung „XY_2“ enthalte entgegen seiner Beschriftung gerade kein Metallteil „XY_2“. XY_1 beziehe sich, wie der Zeuge O___ und die Vorinstanz festgehalten hätten, nicht auf das ganze Fenster, sondern es sei dabei einzig und immer um die Bezeichnung des Witterungsschutzes (Metallteil) gegangen. Die Ausführungen in der Berufungsschrift würden sich jedoch einmal mehr auf die je nach Fensterbauer unterschiedlich gebauten, dem Metallteil von U___ unterlegten Holzteile beziehen.

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 Falschliefierung und mangelhafter Leistung ist bedeutsam. Denn bei der Lieferung eines „Aliud“ kommen die allgemeinen Regeln über die Nichterfüllung zur Anwendung, nicht die Regeln über die werkvertragliche Mängelhaftung (*Gauch*, a.a.O., Rz. 1444).

In der ersten Offerte vom 12. November 2010 wurde ein Holz-Metallfenster Typ „XY_1“ aufgeführt. Klarzustellen ist, dass die von den Berufungsklägern als Beilage zu dieser Offerte (act. B 6/3/6 und B 4/6) eingereichten Skizzen gemäss Aussage von A1___ an der Hauptverhandlung vor Kantonsgericht der genannten Offerte

nicht beilagen (act. B 6/30, S. 5). In der zweiten Offerte vom 21. Dezember 2010 war ebenfalls von einem Holz-Metallfenster Typ „XY_1“ die Rede, ebenso in der Auftragsbestätigung vom 16. März 2011. Wie die Vorinstanz in E. 2.3.2 zu Recht bemerkte, wurden im Gutachten der M___ Ingenieurbüro AG vom 22. März 2013 die Fenster mal als „Holz Metallfenster System XY___ 69/51“, mal als „XY___ 69/51 mit XY_3“ bezeichnet (act. B 3/9). Im Übrigen bezeichnete der Gutachter T___ die Fenster des Ehepaars A1___/A2___ als identisch mit denjenigen im Parallelfall O2Z 14 3 (act. B 3/9, Ziff. 6). Zu den Unterschieden bei der Bezeichnung hat sich der im Parallelverfahren O2Z 14 3 einvernommene Zeuge O___ von der U___ Metallbau AG (heute: R___ AG) in dem Sinne geäußert, dass das ganze Fenster, mit Ausnahme des Witterungsschutzes, vom beauftragten Fensterbauer, also der D___, hergestellt werde (act. B 4/25, S. 4). Der Witterungsschutz stamme vorliegend von der U___ Metallbau AG. Laut Zeuge O___ ist ein Witterungsschutz das XY_2 (act. B 4/25, S. 4). „Holz Metall Typ YX_1“ sei vom Metallschirm her das Gleiche wie „XY_3, „Holzmetallfenster Rahmen 60, 54/Flügel 51 (XY_2)“ (act. B 4/25, S. 4). Auch wenn der Fensterbauer HFA sage, sei der Flügel aus dem System XY_2 (act. B 4/25, S. 4).

Bei dem im Parallelfall als act. B 5/4 (vorliegend: act. B 6/18A) von den Klägern zu den Akten gereichten Schnitt Fensterrahmen „XY_3 69/51“ handelt es sich laut Zeuge O___ um eine Grundschiene, welche komplett vom Fensterbauer, also von D___ stamme. Das sei die Schiene, die auf Z_1 passe. Wenn einer einen Witterungsschutz auf dem Fenster möchte, dann bestelle er bei ihnen eine XY_2 (act. B 4/25, S. 5). Weiter gibt Zeuge O___ an, dass es vom Metallschirm her immer das Gleiche sei. Jeder Fensterbauer habe seine eigenen Beschläge. Er habe eigene Maschinen, das könne S___, Z_1 sein. Ihr Name sei XY_2. Er sei aber frei, das Produkt anders zu nennen. Auch wenn er HFA sage, sei der Flügel aus dem System XY_2 (act. B 4/25, S. 4). Weiter erklärte Zeuge O___, bei der elektronischen Aufbereitung hätten sie sich für ein System entscheiden müssen und sich für S___ entschieden. Die hätten eine andere Grundschiene wie Z_1 (act. B 4/25, S. 4). Zudem sagte der Zeuge aus, der Part der U___ Metallbau AG, XY_1 und XY_2 sei immer das gleiche, unabhängig davon, welches Holzbearbeitungswerkzeug der Fensterbauer verwende (act. B 4/25, S. 4). Sodann erklärte der Zeuge, keines der beiden Fenstermodelle mit der Grundschiene Z_1 oder S___ sei älter (act. B 4/25, S. 7). Wie die Vorinstanz in Erwägung 2.3.2 erwähnt, hat sich Zeuge O___ ebenfalls zu den ihm vorgelegten technischen Zeichnungen geäußert (act. B 4/26 bzw. B 6/17/26). Diese würden die unterschiedlichen Wetterschenkel und Grundschiene zeigen: für das System S___ (Plan 1) und für das System Z_1 (Plan 2). Der

Wetterschutz, den die R___ AG für diese Fenster liefere, sei aber nicht unterschiedlich. Nur habe man die Bezeichnung geändert: früher HFA, heute XY_2 (act. B 4/25/, S. 6 ff.). Bezüglich der beiden vorerwähnten Pläne ist auf die beiden im kantonsgerichtlichen Urteil S. 14 abgebildeten Fensterquerschnitte hinzuweisen: Dort sieht man bildhaft, dass sowohl beim System S___ als auch beim System Z_1 der von der R___ AG gelieferte Witterungsschutz XY_2 oder XY_3 identisch ist. Wie die Vorinstanz in Erwägung 2.3.2 ebenfalls zutreffend ausgeführt hat, weist der bei den Akten liegende „Fenster-Ausschnitt“ „XY_2“ (siehe Abbildung auf S. 15 des vorinstanzlichen Urteils) erhebliche Unterschiede zum Modell „XY_3 69/51“ auf. Diesem Beweismittel, welches gemäss den Berufungsklägern von dem von ihnen beauftragten Experten T___ stammt (act. B 6/30, S. 6) und ein nicht identifizierbares Fenstersystem zeigt, kann daher kein Beweiswert zukommen.

Zusammenfassend steht aufgrund der Zeugenaussagen fest, dass das als act. B 6/18A (im Parallelfall act. B 5/4) bei den Akten liegende Modell eines Fensterrahmenschnittes „XY_3 69/51) nichts mit den Metallkomponenten der U___ Metallbau AG (heute R___ AG) zu tun hat. Hierbei handelt es sich um die Grundschiene, welche sich aus dem vom Fensterbauer verwendeten Herstellersystem Z_1 ergibt.

Wie vorerwähnt, lagen den Offerten und der Auftragsbestätigung keine Pläne der bestellten Fenster zugrunde. Ebenfalls wurde in diesen Dokumenten nicht erwähnt, ob die bestellten Fenster nach dem System S___ oder Z_1 herzustellen seien. Nun ist es so, dass die Berufungskläger beim Ehepaar L___ unstrittig die vom Berufungsbeklagten hergestellten Fenster des Typs „HFA XY___ 69/51“ besichtigt, diese offenbar für gut befunden und daraufhin bestellt haben. Daraus kann geschlossen werden, dass die Frage nach der Art der Grundschiene bei der Auftragserteilung kein Thema und demzufolge für die Parteien nicht wesentlich war.

Wie bereits ausgeführt, haben die Parteien ein Holz-Metallfenster XY_1 vereinbart. Aufgrund der Zeugenaussagen ist klar, dass sich der Zusatz „XY“ lediglich auf den Metallschirm der U___ Metallbau AG bezieht, der nur am Flügel, nicht aber am Wetterschenkel eingebaut wird (act. B 4/25, S. 4). Geliefert hat der Berufungsbeklagte in der Folge auch ein Holz-Metallfenster XY___ mit V___-Abdeckung. Klarzustellen ist, dass die Berufungskläger einem wesentlichen Irrtum unterliegen, wenn sie davon ausgehen, dass die Bezeichnung „XY_2“ auf ein Fenstersystem mit dem Holzbearbeitungswerkzeug S___ hindeuten würde. Das eine hat, wie vorstehend mehrfach dargelegt, mit dem anderen nichts zu tun. Das

Obergericht kommt aufgrund der gesamten Umstände zum Schluss, dass der Berufungsbeklagte nach dem Vertrauensprinzip davon ausgehen durfte, dass er ein nach dem System Z_1 hergestelltes Fenster 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 Zimmerei H1___ am 29. März 2011 die Fenster vom Berufungsbeklagten entgegennahm und ohne irgendwelche Vorbehalte einbaute. Aufgrund dessen ist mit der Vorinstanz einig zu gehen, dass mit der Lieferung von Fenstern mit "Z_1-Grundschiene, Typ XY_1" keine Aliud-Lieferung vorliegt.

2.5 Absichtliche Täuschung

Die Berufungskläger lassen darauf hinweisen, weil die Abweichung der tatsächlich gelieferten Fenster vom bestellten System äusserlich nicht erkennbar gewesen sei, habe eine absichtliche Täuschung seitens des Berufungsbeklagten vorgelegen. Dass ein aliud geliefert worden sei, habe erst nach der Zerstörung des Fensters (= Aufschneiden des Fensters) erkannt werden können. Der Berufungsbeklagte habe den Berufungsklägern gegenüber nicht nur seine Aufklärungspflicht verletzt, sondern den von ihm gelieferten Fenstern eine Eigenschaft zugesichert, welche sie nicht aufgewiesen hätten. Der Berufungsbeklagte habe davon ausgehen dürfen, dass die Berufungskläger als Laien diesen Mangel nicht erkennen würden. Damit sei die Arglist des Berufungsbeklagten klar zu bejahen. Der Berufungsbeklagte habe bereits bei der Offertstellung gewusst, dass er den Berufungsklägern ein veraltetes, den technischen und gesetzlichen Mindestanforderungen nicht genügendes Fenster offeriert und schliesslich auch mit Aufpreis für das Fenstersystem XY_2 verkauft habe. Die Berufungskläger seien vom Berufungsbeklagten getäuscht worden, seien sie doch im Glauben gelassen worden, es handle sich bei den von ihnen bei der Familie L___ besichtigten Fenstern um das Fenstersystem XY_2.

Der Berufungsbeklagte lässt entgegnen, weder aus der Auftragsbestätigung noch aus der Rechnung ergebe sich, dass die Berufungskläger ein Fenstersystem mit S___-Grundschiene und Wetterschenkel bestellt hätten. Nachdem kein aliud vorliege, könne schon logisch keine Täuschung in Frage kommen. Bezüglich des Vorwurfs der absichtlichen Täuschung würden jegliche objektive Tatbestandsmerkmale fehlen.

Ist ein Vertragsschliessender durch absichtliche Täuschung seitens des andern zu dem Vertragsabschlusse verleitet worden, so ist der Vertrag für ihn auch dann nicht

verbindlich, wenn der erregte Irrtum kein wesentlicher war (Art. 28 Abs. 1 OR). Ein täuschendes Verhalten besteht in der Vorspiegelung falscher Tatsachen oder im Verschweigen vorhandener Tatsachen (*Schwenzer*, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 6. Aufl. 2015, N. 3 zu Art. 28 OR). Die Täuschung muss absichtlich erfolgen, d.h. der Täuschende muss die Unrichtigkeit des Sachverhalts kennen (*Schwenzer*, a.a.O., N. 11 zu Art. 28 OR).

Die behauptete absichtliche Täuschung begründen die Berufungskläger einerseits damit, dass der Berufungsbeklagte nicht die bestellten Fenster, sondern ein aliud geliefert habe, andererseits damit, die Fenster seien veraltet gewesen und hätten nicht den technischen und gesetzlichen Mindestanforderungen entsprochen.

In vorstehender Erwägung 1.3.4 wurde eine Prüfung, ob es sich bei den Vorbringen von RA B___ vor Kantonsgericht in verschiedenen Passagen seiner freiwilligen Stellungnahme vom 14. November 2014 sowie den Plädoyernotizen zur absichtlichen Täuschung um unzulässige Noven handelt, vorbehalten. Eine solche Prüfung kann vorliegend unterbleiben, da die Berufungskläger unstrittig bereits im doppelten Schriftenwechsel zahlreiche Ausführungen zum Vorwurf der absichtlichen Täuschung machten. Unter anderem brachten sie in der Klageschrift (act. B 6/2) bzw. der Replik (act. B 6/16) vor:

- der Beklagte hat den Klägern einen veralteten Fenstertyp, nämlich das Holz-Metallfenster System XY___ 69/51 geliefert, aber den Fenstertyp Holz-Metall Isolierglasfenster Typ „XY“ in Rechnung gestellt. (...) Der Beklagte hat demnach also die Kläger absichtlich über den von ihm gelieferten Fenstertyp getäuscht (act. B 6/2, S. 6).
- die bei den Klägern eingebauten Fenster widersprechen damit nicht nur den gültigen gesetzlichen Vorschriften und dem Stand der Technik, sondern entsprechen darüber hinaus auch nicht der Zusicherung des Beklagten. (...) Da die Abweichung der tatsächlich gelieferten Fenster vom bestellten System zudem für die Kläger sowie H___ nicht erkennbar war, liegt seitens des Beklagten eine absichtliche Täuschung vor (act. B 6/16, S. 21).
- Die Kläger zeigen lediglich auf, dass der Beklagte mit seiner Masche noch weitere Käufer seiner Fenster arglistig getäuscht hat und die Kläger betreffend der Kondensat- und Insektenproblematik nicht die einzigen Betroffenen sind. (...) Die vom Beklagten gelieferten Fenster werden damit den im Jahr 2011 geltenden bauphysikalischen Anforderungen nicht gerecht und entsprechen damit weder dem Stand der Technik im Jahr 2011, noch erfüllen sie die damals gültigen gesetzlichen Anforderungen (act. B 6/16, S. 34 ff.).

Damit steht fest, dass die unter dem Titel „arglistige Täuschung“ gemachten beiden Hauptvorwürfe rechtzeitig vorgebracht wurden. Insofern die im vorinstanzlichen Urteil auf S. 6 aufgelisteten Vorbringen der Berufungskläger inhaltlich von denjenigen im erstinstanzlichen Schriftenwechsel abweichen, sind sie verspätet und demzufolge nicht zu hören (vgl. Art. 229 ZPO). Wie nachfolgend dargelegt wird, sind

aber sämtliche Vorbringen der Berufungskläger nicht geeignet, eine absichtliche Täuschung nachzuweisen, weshalb darauf verzichtet werden kann, die einzelnen Argumente auf deren novenrechtliche Zulässigkeit zu prüfen. Wie nämlich in vorstehender Erwägung 2.4 ausführlich dargelegt wurde, haben die Berufungskläger exakt denjenigen Fenstertyp geliefert und in Rechnung gestellt bekommen, den sie auch bestellt haben. Damit fallen sämtliche Behauptungen der Berufungskläger, der Berufungsbeklagte habe ihnen ein „falsches“ Fenster geliefert, dahin. Eine Vorspiegelung falscher Tatsachen oder Verschweigen vorhandener Tatsachen kann bei dieser Sachlage zweifelsfrei ausgeschlossen werden.

Soweit die Berufungskläger unter dem Titel der arglistigen Täuschung geltend machen, der vom Berufungsbeklagte gelieferte Fenstertyp erfülle die erforderlichen Mindestvorschriften nicht, ist diese Rüge in Übereinstimmung mit der Vorinstanz unter Hinweis auf die am 30. März 2012 eingetretene Verjährung der Mängelrechte (vgl. vorstehende Erwägung 2.3) zurückzuweisen. Anzuführen ist, dass selbst wenn dieser angebliche Mangel rechtzeitig beim Berufungsbeklagten gerügt und rechtsgenüglich nachgewiesen worden wäre, allein mit dem Liefern von veralteten Fenster noch nicht per se eine Täuschungshandlung gegeben wäre. Hier fehlt es an der erforderlichen Substanziierung der behaupteten Täuschungsabsicht, insbesondere dazu, weshalb der Berufungsbeklagte Kenntnis vom behaupteten Fehlen der Mindestanforderungen seiner Fenster hatte, aber auch dazu, inwiefern er die Berufungskläger diesbezüglich hätte täuschen wollen.

Aufgrund des Gesagten ist eine absichtliche Täuschung seitens des Berufungsbeklagten zu verneinen.

2.6 Ergebnis

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass

- bezüglich des zwischen den Parteien geschlossenen Werkvertrages kein Dissens vorliegt
- 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.

Aus diesen Gründen ist die Berufung vollumfänglich abzuweisen und das Urteil des Kantonsgerichtes vom 16. März 2015 zu bestätigen.

3. Prozesskosten

3.1 Erstinstanzliche Gerichtskosten und Parteientschädigungen

Trifft die Rechtsmittelinstanz einen neuen Entscheid, so entscheidet sie auch über die Prozesskosten des erstinstanzlichen Verfahrens (Art. 318 Abs. 3 ZPO). Die Prozesskosten beinhalten sowohl die Gerichtskosten wie auch die Parteientschädigung (Art. 95 Abs. 1 ZPO). Das Obergericht hat keinen neuen Entscheid getroffen, sondern das angefochtene Urteil des Kantonsgerichts vom 16. März 2015 bestätigt (Art. 318 Abs. 1 lit. a ZPO). Somit kann es bei den im erstinstanzlichen Urteil in den Ziffern 2 und 3 getroffenen Regelungen der Prozesskosten bleiben.

3.2 Gerichtskosten im Berufungsverfahren

Die Prozesskosten werden der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Gerichtskosten werden mit den geleisteten Vorschüssen der Parteien verrechnet (Art. 111 Abs. 1 ZPO). Ausgangsgemäss haben die vor Obergericht vollumfänglich unterliegenden Berufungskläger die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens unter solidarischer Haftung zu bezahlen. Als dem Umfang sowie dem Streitwert der Streitsache angemessen erachtet das Obergericht eine Gerichtsgebühr von CHF 7'000.00 (Art. 19 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 20 Abs. 1 lit. a Gebührenordnung, bGS 233.3). Der von den Berufungsklägern geleistete Kostenvorschuss von CHF 9'000.00 wird angerechnet. Der Positivsaldo von CHF 2'000.00 ist den Berufungsklägern von der Gerichtskasse zurückzuerstatten.

3.3 Parteientschädigungen im Berufungsverfahren

Unter Hinweis auf vorstehende Erw. 3.2 und Art. 106 Abs. 1 i.V.m. Art. 95 Abs. 1 ZPO haben die unterliegenden Berufungskläger dem obsiegenden Berufungsbeklagten den Ersatz notwendiger Auslagen und die Kosten seiner berufsmässigen Vertretung (Art. 95 Abs. 3 lit. a und b ZPO) im zweitinstanzlichen Verfahren vollumfänglich zu bezahlen. Die Honorarnote von RA E___ vom 5. Januar 2016 im Betrag von CHF 5'739.10, inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuer (act. B 23), bedarf der Korrektur. Das gestützt auf Art. 20 Abs. 1 lit. a Anwaltstarif (bGS 145.53) auf CHF 4'220.00 errechnete Honorar ist korrekt. Hingegen ist der für eine zusätzliche und erhebliche Eingabe (Art. 12 Abs. 1 lit. b Anwaltstarif) in Rechnung gestellte Betrag von CHF 844.00 nicht ausgewiesen, da es sich bei der von RA

E____ am 5. Januar 2016 eingereichten, 5-seitigen Kurzvernehmlassung praxisgemäss nicht um eine „erhebliche Eingabe“ im Sinne von Art. 12 Abs. 1 lit. b Anwaltstarif handelt. Addiert man folglich die Auslagen von CHF 250.00 zum Honorar von CHF 4'220.00 hinzu, ergibt dies CHF 4'470.00. Zuzüglich Mehrwertsteuer von 8 % bzw. CHF 357.60 resultiert ein Betrag von CHF 4'827.60. Folglich haben die Berufungskläger den Berufungsbeklagten für die Kosten seiner Rechtsvertretung im vorliegenden Verfahren in dieser Höhe zu entschädigen.

Das Obergericht erkennt:

1. Die Berufung wird unter Bestätigung des Urteils des Kantonsgerichts Appenzell Ausserrhoden vom 16. März 2015 (K2Z 13 26) vollumfänglich abgewiesen.
2. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens, bestehend aus einer Gerichtsgebühr von CHF 7'000.00, werden unter solidarischer Haftung für den ganzen Betrag den Berufungsklägern auferlegt, unter Verrechnung mit dem von ihnen geleisteten Kostenvorschuss von CHF 9'000.00. Der Betrag von CHF 2'000.00 wird ihnen von der Gerichtskasse zurückerstattet.
3. Die Berufungskläger haben den Berufungsbeklagten für die Kosten seiner Rechtsvertretung im Berufungsverfahren mit CHF 4'827.60 (inkl. Barauslagen und MWSt) zu entschädigen.
4. **Rechtsmittel:**
Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen von der Zustellung an Beschwerde in Zivilsachen erhoben werden. Die Zulässigkeit einer solchen Beschwerde richtet sich nach Art. 72ff Bundesgerichtsgesetz (BGG). Die Beschwerde ist beim Schweizerischen Bundesgericht, Avenue du Tribunal fédéral 29, 1000 Lausanne 14, schriftlich einzureichen. Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten; der angefochtene Entscheid sowie die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind - soweit vorhanden - beizulegen (Art. 42 BGG). Die Beschwerde hat in der Regel keine aufschiebende Wirkung (Art. 103 BGG). Der Streitwert beträgt Fr. 55'000.00.
5. Zustellung am 4. Januar 2017 an:
 - die Berufungskläger
 - den Berufungsbeklagten über seinen Rechtsvertreter
 - Vorinstanz Verfahren Nr. K2Z 13 26

Der Obergerichtsvizepräsident:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. W. Kobler

B. Widmer, Fürsprecherin