

- Abschrift -

OBERLANDESGERICHT OLDENBURG



Im Namen des Volkes

Urteil

2 U 58/18
17 O 1280/17 Landgericht Oldenburg

Verkündet am 4. September 2018

[REDACTED]
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In dem Rechtsstreit

[REDACTED]

Beklagter und Berufungskläger,

Prozessbevollmächtigter:
Rechtsanwalt Kurt Spangenberg, Osterstraße 12, 49661 Cloppenburg,
Geschäftszeichen: 375/2016

[REDACTED] vertreten durch die Geschäftsführer [REDACTED]
und [REDACTED]

Streithelferin,

Prozessbevollmächtigte:
[REDACTED]
Geschäftszeichen: C0689M176

gegen

1. [REDACTED]

2. [REDACTED]

Kläger und Berufungsbeklagte,

Prozessbevollmächtigte zu 1 und 2:

Rechtsanwältin [REDACTED]

Geschäftszeichen: 16/0044

hat der 2. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Oldenburg durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht [REDACTED] den Richter am Landgericht [REDACTED] und den Richter am Oberlandesgericht [REDACTED] auf die mündliche Verhandlung vom 28. August 2018 für Recht erkannt:

Auf die Berufung des Beklagten wird das am 03. Mai 2018 verkündete Urteil der Einzelrichterin der 17. Zivilkammer des Landgerichts Oldenburg mitsamt dem zugrundeliegenden Verfahren aufgehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung – auch über die Kosten des Berufungsverfahrens – an das Landgericht Oldenburg zurückverwiesen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Revision wird nicht zugelassen.

I.

Die Kläger begehren von dem Beklagten Vorschuss zur Mängelbeseitigung nach dem Einbau von Türen- und Fensterelementen samt Rollläden.

Die Kläger beauftragten den Beklagten, der eine auf den Einbau von Türen und Fenstern eingerichtete Einzelfirma betreibt, am 15.07.2015 mit der Lieferung und Montage von Fenster- und Türenelementen samt Rollläden für ihr Wohnhaus zum Festpreis von 16.133,39 € brutto. Der Beklagte ließ die Fenster- und Türenelemente bei der Streithelferin herstellen und führte die Arbeiten aus. Für die Fenster bestanden Leistungserklärungen der Herstellerin, während streitig ist, ob sie auch eine CE-

Kennzeichnung aufwiesen. Für die Rollläden lagen weder Leistungserklärungen vor noch enthielten sie eine CE-Kennzeichnung. Die Kläger zahlten die Vergütung. Als sie nach Fertigstellung schwarze Kanten und unsaubere Gehrungen der Fensterelemente wahrnahmen, forderten die Kläger den Beklagten verschiedentlich zur Nachbesserung auf. Der Kundendienst der Streithelferin nahm eine Prüfung vor. Auf diesem Termin beruht die Anlage 1 des Beklagten, die wegen ihres Inhalts in Bezug genommen wird (Bl. 26 Bd. I d.A.). Schließlich leiteten die Kläger unter dem Aktenzeichen 17 OH 101/16 ein selbständiges Beweisverfahren vor dem Landgericht Oldenburg ein. Der dort bestellte Sachverständige [REDACTED] erstattete am 20.02.2017 ein Gutachten, auf dessen Inhalt wird verwiesen (Bl. 75 ff in 17 OH 101/16). Mit Schreiben vom 29.09.2017 forderten die Kläger den Beklagten zur Mängelbeseitigung entsprechend dieses Gutachtens bis zum 16.10.2017 auf. Dem kam der Beklagte nicht nach.

Die Kläger haben unter Bezugnahme auf das Sachverständigengutachten erstinstanzlich behauptet, dass den Fenstern- und Türelementen die CE-Kennzeichen fehlten und die Montage weder der Energieeinsparverordnung (EnEV) noch den Regeln der Technik entspreche. Insbesondere seien sie nicht schlagregendicht hergestellt, was aber durch den Beklagten geschuldet gewesen sei, und die Türelemente seien zu tief montiert. Die Verbindung der Aufsatzrollläden mit den Fenstern sei nicht luftdicht und entspreche damit ebenfalls nicht der EnEV und sei angesichts der Verschraubung der oberen Fensterelemente mit den Revisionsdeckeln der Aufsatzrollläden entgegen den Regeln der Technik vorgenommen worden. Ein Rollladen sei nicht funktionsfähig und Rahmenaufdoppelungen seien undicht hergestellt. Der aus PVC hergestellte Panzer des Aufsatzrollladens im Wohnzimmerfenster sei in der vorhandenen Größe in der Windlastzone 4 nicht zulässig und hätte aus Aluminium gefertigt sein müssen. Die Bearbeitung der Schweißraupenecken an den Fensterflügeln entspreche nicht den Regeln der Technik. Haustür und Nebentüren wiesen in der Dichtungsebene konstruktive Mängel auf. Zur näheren Konkretisierung und in Bezug auf weitere kleinere Mängel haben die Kläger den Inhalt des Gutachtens des Sachverständigen [REDACTED] zu ihrem Vortrag erhoben. Insgesamt handele es sich um Mängel, die im Zeitpunkt der Abnahme, die im Übrigen nicht ausdrücklich erklärt worden sei, vorgelegen hätten. Diese Mängel machten die Leistung des Beklagten gänzlich unbrauchbar. Ihre Beseitigung ziehe Bruttokosten in

Höhe von 27.095,97 € nach sich. Hinzu käme ein Minderungsbetrag von 150,00 €. Die Tür zwischen HWR und Wintergarten entspreche zwar nicht der EnEV. Weil es sich insoweit aber nicht um eine Außentür handle, sei ein Austausch nicht angebracht. Vielmehr rechtfertigten insoweit die falsch bearbeiteten Flügelecken eine Minderung.

Die Kläger haben ihre zunächst auf Schadensersatz in Form fiktiver Mängelbeseitigungskosten gerichtete Klage nach Hinweis des Landgerichts um den Umsatzsteuerbetrag zurückgenommen. Deswegen haben sie erstinstanzlich zuletzt beantragt,

den Beklagten zu verurteilen, an sie 22.919,72 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Der Beklagte und die Streithelferin haben beantragt,

die Klage abzuweisen.

Der Beklagte hat die Auffassung vertreten, die Kläger hätten seine Leistung durch eine Unterzeichnung der Anlage K 1, auf die verwiesen wird (Bl. 26 Bd. I d.A.), gegenüber einem Mitarbeiter der Streithelferin am 05.02.2016 in Kenntnis etwaiger Mängel abgenommen, so dass die Kläger mit Mängelgewährleistungsansprüchen ausgeschlossen seien. Das betreffe zumindest die schwarzen Kanten an den unteren Enden der Fenster. Die CE-Kennzeichen an den Fenstern seien vorhanden. Im Übrigen habe er die Erstellung nach den anerkannten Regeln der Technik vorgenommen. Jedenfalls seien seine Leistungen bei Abnahme frei von Mängeln gewesen. Soweit gerügt werde, dass der Fenstertür zum Außenbereich notwendige Abdichtungsmaßnahmen fehlten bzw. diese zu tief montiert sei, hätte dies bauseits erfolgen müssen. Die Rahmenaufdoppelungen seien bei Abnahme luftdicht und der Vorsatzrolladen funktionsfähig gewesen. Die Aufsatzrollläden seien winddicht. Auch die Verschraubung der Rolladenkästen an den Fensterelementen sei fachgerecht erfolgt. Soweit Flügelheber und Schnäpper unzureichend seien, handle es sich um Verschleißteile, die im Zeitpunkt der Abnahme einwandfrei funktioniert hätten. Defekte Dichtungen an Türen seien bei Abnahme einwandfrei gewesen und nicht auf

konstruktive Mängel zurückzuführen. Fehlerhafte Abfräsungen der Schweißraupenecken seien bei Abnahme nicht gerügt worden und zögen keine Wertminderung nach sich. Der Aufsatzrollladen aus PVC im Wohnzimmerfenster sei zulässig.

Das Landgericht hat den Klägern mit seinem Urteil, auf dessen Feststellungen und Begründung verwiesen wird, Schadensersatz in Form fiktiver Mängelbeseitigungskosten zugesprochen. Es hat sich nach der ergänzenden Anhörung des Sachverständigen [REDACTED] davon überzeugt gezeigt, dass die CE-Kennzeichnung für Fenster und Rollläden fehle. Die Fenster seien insgesamt nicht schlagregendicht verbaut und an den bodentiefen Fenstern lägen zudem offene Sockelanschlüsse vor. Dort fehle zusätzlich die Kappe der Rollladenschienen. Ferner seien die Rahmenaufdoppelungen undicht, ein Vorsatzrollladen defekt, Haustür und Nebentüren undicht, Aufsatzrollladenkästen windundicht und fehlerhaft verbaut, die Fenster im Bereich der Schweißraupen unzureichend hergestellt und am Wohnzimmerfenster ein unzulässiger Rollladenpanzer eingebaut. Die Kläger seien mit Ansprüchen wegen dieser Mängel nicht ausgeschlossen, weil sie keine vorbehaltlose Abnahme in Kenntnis der Mängel erklärt hätten und der Schadensersatzanspruch bereits aus Rechtsgründen nicht ausgeschlossen sei. Die Leistung des Beklagten sei bis auf eine Innentür komplett zu ersetzen. Wegen dieser Innentür sei ein Minderungsbetrag von 150,00 € angemessen. Einer weiteren Beweisaufnahme habe es nicht bedurft. Dazu gebe weder die eigenmächtige Hinzuziehung weiterer Fachleute durch den Sachverständigen noch dessen Schadenskalkulation auf Grundlage eines an die Kläger gerichteten Angebotes einer GmbH, deren Geschäftsführer der Sachverständige selbst ist, Anlass. Das durch ein Privatgutachten untermauerte Vorbringen des Beklagten nach dem Termin zur Beweisaufnahme und der sich anschließenden mündlichen Verhandlung sei nach § 296a ZPO nicht berücksichtigungsfähig.

Gegen dieses Urteil wendet sich der Beklagte mit seiner Berufung. Er rügt die Verletzung des Anspruches auf Gewährung rechtlichen Gehörs, weil das Landgericht sich nicht mehr mit dem von ihm eingereichten Privatgutachten auseinandergesetzt habe. Zum einen sei ihm durch das Landgericht zugesichert worden, nach der Beweisaufnahme noch bis zum Entscheidungstermin vortragen zu können. Zum anderen sei das Landgericht angesichts der Komplexität der Beweisaufnahme auch ohne die Gewährung von Schriftsatznachlass gehalten gewesen, sich mit dem von ihm vorgetragenen Privatgutachten auseinanderzusetzen. Überdies habe das

Landgericht die Schadenshöhe unzutreffend als unstreitig behandelt. Schließlich habe das Landgericht unbeachtet gelassen, dass nach der Rechtsprechungsänderung des Bundesgerichtshofes Schadensersatz nicht mehr in Form fiktiver Mängelbeseitigungskosten verlangt werden könne. Schließlich sei die Kostenentscheidung des Landgerichts unzutreffend.

Der Beklagte beantragt,

unter Aufhebung des am 03.05.2018 verkündeten Urteils des Landgerichts Oldenburg (Geschäftsnummer 17 O 1280/17) die Klage abzuweisen, gegebenenfalls das angefochtene Urteil aufzuheben und den Rechtsstreit gemäß § 538 Abs. 2 ZPO an das Landgericht zurück zu verweisen.

Die Kläger beantragen,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie stellen ihre Klage in der Berufungsinstanz auf die Zahlung eines Vorschusses zur Mängelbeseitigung um und verteidigen im Übrigen das angefochtene Urteil unter Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vortrages.

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.

II.

Das angefochtene Urteil war auf den Antrag des Beklagten aufzuheben und die Sache an das Landgericht zurück zu verweisen. Das Verfahren des Landgerichts leidet an einem wesentlichen Mangel. Eine abschließende Entscheidung kann nur auf der Grundlage einer umfangreichen und aufwändigen Beweisaufnahme getroffen werden (§ 538 Abs. 2 Nr. 1 ZPO). Die Durchführung dieser Beweisaufnahme obliegt dem Landgericht.

A) 1. Der wesentliche Mangel im landgerichtlichen Verfahren liegt darin, dass das Landgericht erheblichen Parteivortrag des Beklagten unbeachtet gelassen und damit dessen Anspruch auf Gewährung rechtlichen Gehörs verletzt hat. Es hat den Tatsachenvortrag der Kläger, die Mängelbeseitigungskosten beliefen sich auf den vom Sachverständigen [REDACTED] bezifferten Betrag, zu deren Gunsten als unstreitig behandelt. Das war unzutreffend, weil der Beklagte in seinem Schriftsatz vom 06.12.2017 vorgebracht hat:

„Ob das dann auch nicht ansatzweise nachvollziehbare gutachterliche Ergebnis der Empfehlung des Austausches aller Fenster und Türen zu einem Preis von 27.245,97 € direkt damit zusammenhängt, dass der Sachverständige [REDACTED] höchst selbst mit seiner eigenen Firma [REDACTED] den Austausch vornehmen möchte, sich hierbei bei den Antragstellern im Angebot vom 19.02.2017 „für Ihre Anfrage bedanken“ lässt und sich demzufolge auch „auf Ihren Auftrag“ freut dürfte zumindest nahe liegend sein.“

Aus diesem Vortrag geht unter Berücksichtigung des § 138 Abs. 3, 2. Hs. ZPO mit ausreichender Klarheit hervor, dass der Beklagte den gesamten Inhalt des Sachverständigengutachtens und insbesondere auch die Höhe der Mängelbeseitigungskosten in Abrede nimmt. So macht der Beklagte mit seinem Vorbringen deutlich, dass aus seiner Sicht das Gutachten von dem Bestreben des Sachverständigen [REDACTED] getragen ist, einen lukrativen Auftrag für die GmbH zu erhalten, deren Geschäftsführer er ist. Das betrifft selbstredend nicht nur die Mängel selbst, sondern gerade wegen des vorgeworfenen wirtschaftlichen Eigeninteresses des Gutachters auch die Höhe der Mängelbeseitigungskosten.

Mithin hat das Landgericht den Anspruch des Beklagten auf rechtliches Gehör dadurch verletzt, dass es den Kern seines Vorbringens verkennt und daher eine entscheidungserhebliche Frage verfehlt hat (vgl. [REDACTED] ZPO, 7. Auflage, § 538 Rn.9; [REDACTED] in Zöller, 32. Auflage, § 538 Rn.18; [REDACTED] in MüKo ZPO, 5. Auflage, § 538 Rn.39). Dieser Verfahrensmangel besteht auch unter Zugrundelegung des materiell-rechtlichen Standpunkts des Landgerichts (vgl. BGH, NJW 2016, 2274), weil es auch nach dessen Rechtsauffassung auf die Höhe der Mängelbeseitigungskosten entscheidend ankommt.

2. Angesichts des dargestellten Verfahrensfehlers konnte es dahinstehen, ob das Landgericht darüber hinaus den Anspruch des Beklagten auf Gewährung rechtlichen Gehörs verletzt hat, indem es dessen Vorbringen aus dem Schriftsatz vom 30.04.2018, mit dem er sich die privatgutachterliche Stellungnahme des von ihm beauftragten Privatgutachters [REDACTED] zu Eigen gemacht hat, gem. § 296 a ZPO zurückgewiesen hat.

Das gilt sowohl unter dem Gesichtspunkt, ob der (unstreitige) Vortrag des Beklagten zutrifft, das Landgericht habe ihm anlässlich seines Antrags auf Gewährung von Schriftsatznachlass zur Stellungnahme zum Ergebnis der Beweisaufnahme zugesichert, bis zum Entscheidungstermin vortragen zu können, als auch hinsichtlich der Frage, ob das Landgericht unabhängig von einer solchen Zusicherung angesichts des Beweisaufnahmetermins eine Gelegenheit zur Stellungnahme hätte gewähren müssen.

3. Das Urteil beruht auf dem Verfahrensmangel, dass das Landgericht den streitigen Parteivortrag zur Höhe der Mängelbeseitigungskosten als unstreitig behandelt hat. Es ist nicht auszuschließen, dass es bei streitiger Behandlung des Sachenvortrages zu einer abweichenden Entscheidung gelangt wäre.

B) Der Mangel des erstinstanzlichen Verfahrens erfordert eine Zurückverweisung, weil zur Herbeiführung der Entscheidungsreife unter Berücksichtigung der Rechtslage eine umfangreiche und aufwändige Beweisaufnahme notwendig ist (§ 538 Abs. 2 Nr. 1 ZPO). Deren Gegenstand wird sein, festzustellen, inwieweit Mängel an der Werkleistung des Beklagten vorliegen, welche Maßnahmen zur Herstellung eines vertragsgerechten Werkes erforderlich sind und welche Kosten dies voraussichtlich nach sich zieht. Denn das Gutachten des Sachverständigen [REDACTED] ist mangelhaft und bildet keine taugliche Grundlage einer gerichtlichen Entscheidung, was den Senat veranlasst hat, auch das dem Urteil des Landgerichts zugrundeliegende Verfahren aufzuheben.

a) Zur genauen Mangelfeststellung und auch zur Ermittlung der Höhe der Mängelbeseitigungskosten ist es zunächst erforderlich, klarzustellen, was der Beklagte den Klägern angesichts des geschlossenen Vertrages geschuldet hat. Einziger Anknüpfungspunkt ist (bislang) die Rechnung vom 15.06.2016 auf Bl. 30 der Akte zu dem selbständigen Beweisverfahren (AZ 17 OH 101/16). Danach war Gegenstand des

Werkvertrages die Lieferung und die Montage von Fenstern zum Festpreis von 16.133,39 € brutto. Sollte es keine weiteren Angebote oder Auftragsbestätigungen geben, hat der Beklagte sich verpflichtet, Fenster und Türen mittlerer Art und Güte fachgerecht zu montieren. Angesichts des Festpreises umfasste dies sämtliche Leistungen, die dem Gewerk des Fensterbauers/Tischlers zugehörig sind.

b) Für die Beantwortung der Frage, ob der Beklagte zum Nachteil der Beklagten von diesem Erfolgssoil abgewichen ist, ist das Gutachten des Sachverständigen [REDACTED] nicht brauchbar. Das bereits im selbständigen Beweisverfahren eingeholte Gutachten weist Mängel auf, die auch im Zuge der ergänzenden Anhörung des Sachverständigen durch das Landgericht gem. § 411 Abs. 3 Satz 1 ZPO nicht ausgeräumt werden konnten.

Die typische Sachverständigenaufgabe besteht darin, dem Gericht als Berater (vgl. BGH NJW 1998, 3355, 3356) das für die Beurteilung von Tatsachen erforderliche Fachwissen zu vermitteln (vgl. BGH NJW 1993, 1796). Gemessen daran blieb das durch die Anhörung ergänzte Gutachten des Sachverständigen [REDACTED] in wesentlichen Punkten nicht überzeugend, weil es zum Großteil nicht nachvollziehbare Behauptungen aufstellte und teilweise widersprüchlich war. Deswegen ist die Einholung eines weiteren Gutachtens gem. § 412 ZPO unerlässlich (vgl. [REDACTED] in Musielak, [REDACTED] ZPO, 15. Auflage, § 412 Rn.1; [REDACTED], ZPO, 7. Auflage, § 412 Rn.3; [REDACTED] in Zöller, 32. Auflage, § 412 Rn.3). Das im Rahmen des § 412 Abs. 1 ZPO grundsätzlich eröffnete Ermessen ist im vorliegenden Fall auf Null reduziert (vgl. [REDACTED] ZPO, 7. Auflage, § 412 Rn.3). Im Einzelnen:

aa) Soweit der Sachverständige die Schlagregendichtigkeit seitlicher und unterer Anschlüsse von Fenster- und Türelementen rügt und dazu erklärt, dass dies den anerkannten Regeln der Technik sowie der Energieeinsparverordnung (EnEV) widerspreche, lassen sich diese Feststellungen nicht nachvollziehen.

Es ist anhand der Fotos ersichtlich, dass Öffnungen vorhanden sind. Diese befinden sich zum Teil an dem nicht verputzten Mauerwerk. Dass der Beklagte für das Schließen der Öffnungen verantwortlich sein soll, entnimmt der Sachverständige seiner rechtlichen Würdigung des zwischen den Parteien bestehenden Werkvertrages. Er übernimmt damit eine ihm nicht eröffnete Aufgabe. Demgegenüber verschweigt der Sachverständige, worin aus fachlich-technischer Sicht der Verstoß gegen die EnEV

bzw. eine anerkannte Regel der Technik liegen soll. Er unterlässt es ferner mitzuteilen, aus welchem Regelwerk sich die Verantwortung des Beklagten für die Herstellung der von ihm geforderten Abdichtungsarbeiten ergeben soll.

Soweit der Sachverständige seine Auffassung kundtut, der Beklagte hätte an den Vorleistungen des Verblendmauerwerks und den Verblenderrollschichten seine Leistungen so nicht ausführen dürfen, legt er überdies fehlerhafte Anknüpfungstat-sachen zugrunde. Denn es ist unstreitig, dass die Rollschicht nachträglich erstellt wurde. Im Rahmen seiner Anhörung mit diesem Umstand konfrontiert, konnte der Sachverständige lediglich angeben, dass in derartigen Fällen der Fensterbauer Bodeneinstandsprofile einbringt und eine Abdichtung vornimmt. Ob eine Abdichtung vorliegt, ließe sich aber ohne Bauteilöffnung nicht erkennen. Mithin konnte der Sachverständige nach eigenem Bekunden im Ergebnis nicht sagen, ob eine ausreichende Abdichtung vorliegt, geschweige denn bekunden, nach welcher anerkannten Regel der Technik sie vom Beklagten zu erbringen gewesen wäre.

Unklar bleibt in diesem Zusammenhang ferner, warum der Sachverständige seine zuvor getroffene Aussage nicht korrigiert hat, dass aus der Verwendung des vor-komprimierten Fugenbandes hervorgehen soll, dass es keinen schlagregendichten Anschluss zum Mauerwerk gibt, wenn er eine sichere Feststellung ohne Bauteilöffnung gar nicht treffen konnte. Die Angaben des Sachverständigen zur fehlenden Schlagregendichtigkeit sind ferner unter dem Gesichtspunkt zweifelhaft, dass die Kläger bis zum heutigen Tage – und damit über drei Jahre nach Herstellung des Gewerks – keinerlei Feuchtigkeitsprobleme gerügt haben.

Im Rahmen einer neuerlichen Begutachtung ist also zu ermitteln, wie die Fenster zum Mauerwerk konkret abgedichtet sind und welches Gewerk im Falle fehlender Abdichtung nach welcher anerkannten Regel der Technik für die Einbringung der Abdichtung verantwortlich gewesen wäre. Zugrunde zu legen ist, dass der Beklagte den fachgerechten Einbau von Türen- und Fensterelementen in einen Bau schul-dete, bei dem die Rollschichten noch nicht gemauert waren und das Mauerwerk unverfugt war. Weil die Kläger ihren Anspruch an einem Komplettaustausch aus-richten, wäre es sinnvoll zu ermitteln, wie viele Elemente eingebaut wurden und wie viele betroffen sind. Überdies erscheint es angesichts des Umstandes, dass Arbei-ten an der Schnittstelle zwischen Tischlerei- und Maurerhandwerks betroffen sind,

angezeigt, einen Sachverständigen zu beauftragen, der beide Tätigkeitsfelder beherrscht. Die Benennung eines Handwerkers dürfte untunlich sein.

bb) Die Darlegung des Gutachters, das bodentiefe Fensterelement auf Bild 2 des Gutachtens wäre 15 cm höher zu montieren gewesen, führt nicht per se zu einer mangelhaften Errichtung durch den Beklagten. Es dürfte zu unterstellen sein, dass die konkrete Einbausituation durch vorangegangene Maurertätigkeiten vorgegeben war. Sollte dies zutreffen, käme eine mangelhafte Errichtung unter Berücksichtigung der vom Beklagten vorgelegten Anlage 3 in Betracht, wenn diese eine anerkannte Regel der Technik widerspiegelt, was ein Sachverständiger beantworten müsste. Entscheidend wäre dann, dass der Beklagte die in der Anlage 3 vorgegebenen Kompensationsmaßnahme (Entwässerung) nicht hergestellt hat. Sollte dies – was ebenfalls sachverständig zu klären ist – zum Gewerk eines Fensterbauers gehören, hätte der Beklagte diese Ausführung angesichts des – nach dem derzeitigen Sach- und Streitstand bestehenden – Globalpauschalpreisvertrages ohne weiteren Aufpreis geschuldet. Sollte die Leistung nicht zum Gewerk des Fensterbauers gehören, wäre die Leistung gleichwohl mangelhaft, weil der Beklagte sich nicht durch einen Bedenkenhinweis enthaftet hat. Allerdings wäre in diesem Fall zu berücksichtigen, dass eine ordnungsgemäße Fristsetzung der Kläger das Anbieten einer ordnungsgemäßen bauseitigen Leistung ihrerseits erfordert (BGH NZBau 2008, 109, Rn.35) und die Kosten für Errichtung einer Entwässerungsrinne im Wesentlichen Sowiekosten sein könnten.

Auch insoweit bedarf es also einer neuerlichen sachverständigen Begutachtung, die sich damit auseinandersetzt, was nach den Regeln der Technik der zutreffende Einbau gewesen wäre und welches Gewerk, welche Leistungen zu erbringen gehabt hätte.

cc) Ferner stellt der Sachverständige die Windundichtigkeit der Aufsatzrolladenkästen fest, ohne dazu eine nachvollziehbare Erläuterung zu geben. Weder hat er dazu Tests durchgeführt noch im Rahmen seiner Anhörung eine Erklärung abgegeben, so dass seine Feststellung als bloße Behauptung im Raum steht. Insoweit ist eine technische Überprüfung im Rahmen der Neubegutachtung angezeigt.

dd) Soweit der Gutachter [REDACTED] angegeben und durch Bilder belegt hat, dass die Revisionsdeckel der Rollladenkästen mit den Oberstücken der Blendrahmen verschraubt wurden, mag ein Verstoß gegen eine anerkannte Regel der Technik naheliegen. Allerdings wäre es auch insoweit erforderlich gewesen festzustellen, woraus sich konkret ergibt, dass die Revisionsdeckel mit Adapterprofilen und Schienen an den Fenstern befestigt werden müssen und nicht verschraubt werden dürfen. Auch dies ist durch eine weitere Begutachtung eines anderen Sachverständigen aufzuklären. Es mag sein, dass insoweit ein Zusammenhang mit der Winddichtigkeit besteht. Klar wird dies allerdings weder aus dem Gutachten noch aus der Anhörung des Sachverständigen.

ee) Schließlich hat der Gutachter festgestellt, dass im Rahmen der Befräsung der sog. Schweißbraupe, mithin dem überstehenden Teil der Verschweißnaht der Kunststofffensterflügel, der Schweißbraupenkorrridor überschritten, die Kunststoffoberfläche in den Ecken beschädigt und teilweise die Dichtungen zerstört wurden. In diesem Zusammenhang hat der Sachverständige ebenfalls nicht angegeben, worauf er die Mangelhaftigkeit stützt. Eine Funktionsbeeinträchtigung hat er nach eigener Bekundung nicht festgestellt. Eine Norm zur Bearbeitung der Schweißbraupe gebe es nicht. Auch insoweit mag es naheliegen, dass eine optische Beeinträchtigung durch die beschädigte Kunststoffoberfläche vorliegt. Es hätte allerdings einer vertieften Erläuterung bedurft, warum die Ausführung ohne das Bestehen einer Norm den – gegebenenfalls mündlich – anerkannten Regeln der Technik widerspricht. Dies insbesondere, weil der Sachverständige auf Nachfrage der Streithelferin geantwortet hat, dass ihm die visuelle Richtlinie zur Beurteilung von Kunststofffenstern bekannt ist, er dazu aber keinerlei Angaben gemacht hat. Eine Auseinandersetzung mit diesem Regelwerk wäre angesichts des Umstandes angezeigt gewesen, dass die Streithelferin mit ihrem Hinweis eine Abweichung von diesem Regelwerk gerade in Abrede stellen wollte. Letztlich hat der Sachverständige also auch in diesem Zusammenhang lediglich einen Mangel nicht nachvollziehbar behauptet.

Auch insoweit wird mithin die Begutachtung durch einen neuen Sachverständigen erforderlich sein. Es dürfte sich in diesem Zusammenhang anbieten, neben der Feststellung, ob rein optische Mängel unter Berücksichtigung von Regelwerken oder ungeschriebenen anerkannter Regeln der Technik vorliegen, auch eventuelle Funktionseinschränkungen zu überprüfen.

ff) Ferner hat der Sachverständige nicht dargelegt, nach welchem Regelwerk die Verwendung des Kunststoffpanzers beim großen Wohnzimmerfenster unzulässig ist. Das wird der neue Gutachter zu ergänzen haben.

gg) Zu den Mangelbeseitigungskosten ist die Begutachtung des Sachverständigen widersprüchlich. Während er sie zunächst mit 27.095,97 € brutto angegeben hat, erklärte er, dass eine Verringerung möglich, dafür aber eine Bauteilöffnung erforderlich sei. Seine pauschale Angabe, dass die Schätzung der Mangelbeseitigungskosten aus seiner „Sachverständigenbeurteilung“ folgt, ist – nicht nur wegen der Widersprüchlichkeit seiner Angaben – eine Leerformel.

hh) Vor dem Hintergrund der Aufhebung des dem Urteil zugrundeliegenden Verfahrens wird sich der neue Gutachter außerdem mit den weiteren durch den Sachverständigen [REDACTED] festgestellten Mängeln (Funktionsfähigkeit des Rollladens der Terrassentür im Wintergarten, Flügelheber, Schnäpper, Dichtungen/Konstruktionsfehler Türen) zu befassen haben. Nur der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass der Senat eine Entscheidung auf Grundlage allein dieser Mängel nicht treffen konnte, weil sie den von den Klägern begehrten Kompletttausch der gesamten Leistung des Klägers keinesfalls rechtfertigen würden.

ii) Das Landgericht wird einen neuen Gutachter zu beauftragen haben. Zum einen ist es dem Sachverständigen nicht gelungen, die Unklarheiten seines schriftlichen Gutachtens infolge seiner Anhörung nach § 411 Abs. 3 ZPO auszuräumen. Vielmehr hat er die Zweifel an seinen Ergebnissen vertieft. Überdies ist in diesem Zusammenhang zu berücksichtigen, dass der Gutachter sich dazu verstiegen hat, den Klägern mit dem Gutachten ein Angebot zur Mängelbeseitigung durch eine GmbH zu unterbreiten, deren Geschäftsführer er ist. Dieses Verhalten rechtfertigt objektive Zweifel an seiner Unvoreingenommenheit. Auch ohne einen Befangenheitsantrag des Beklagten könnte dies den Beweiswert eines weiteren Gutachtens dieses Sachverständigen beeinträchtigen, was im Rahmen der Beweiswürdigung zu berücksichtigen wäre (vgl. BGH NJW 1981, 2009, 2010). Das lässt die Begutachtung durch einen neuerlichen Sachverständigen zwingend erscheinen (vgl. [REDACTED] in Musielak [REDACTED] ZP, 15. Auflage, § 412 Rn. 1).

C) Für das weitere Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin:

1. Nachdem das Landgericht übersehen hat, dass nach der Rechtsprechungsänderung des Bundesgerichtshofes Schadensersatz nicht mehr auf der Grundlage fiktiver Mängelbeseitigungskosten berechnet werden kann (vgl. BGH, NJW 2018, 1463ff), machen die Kläger nach Hinweis des Senats nunmehr zulässigerweise einen Anspruch auf Vorschuss der Kosten für die Mängelbeseitigung gem. der §§ 634 Nr. 2, 637 Abs. 1 und 3 BGB geltend (vgl. BGH, Urteil vom 22. Februar 2018 – VII ZR 46/17 –, juris Rn.53f). Dieser Anspruch umfasst Bruttobeträge (vgl. [REDACTED] Kompendium des Baurechts, 4. Auflage, 6. Teil Rn. 217 a.E.), so dass nach der durch den Hinweis des Landgerichts in erster Instanz veranlassten teilweisen Klagerücknahme eine Klageerhöhung in Betracht kommen könnte, sofern die Bruttosumme der letztlich festgestellten Mängelbeseitigungskosten den bislang gestellten Zahlungsantrag übersteigt.

2. Sollte sich insoweit noch Streit entwickeln, wird von einem zwischen den Parteien abgeschlossenen Werkvertrag gem. § 631 BGB und nicht von einem Werklieferungsvertrag auszugehen sein, auf den die kaufrechtlichen Vorschriften anzuwenden wären.

3. Für die Geltendmachung des Anspruches auf Vorschuss zur Mängelbeseitigung ist es unerheblich, ob die Kläger das Werk des Beklagten abgenommen haben, weil den Klägern die Mängelgewährleistungsrechte unabhängig von der Abnahme eröffnet sind.

Grundsätzlich kann der Besteller zwar Mängelrechte nur nach einer Abnahme geltend machen (vgl. BGH, Urteile vom 19. Januar 2017 - VII ZR 301/13, VII ZR 235/15 und VII ZR 193/15 - juris). Allerdings bestehen die Mängelgewährleistungsrechte auch ohne Abnahme, wenn ein reines Abrechnungsverhältnis vorliegt (vgl. BGH a.a.O.). Voraussetzung für ein Abrechnungsverhältnis im Falle eines Vorschussverlangens ist, dass der Besteller den (Nach-)Erfüllungsanspruch nicht mehr mit Erfolg geltend machen kann (vgl. BGH, Urteil vom 19. Januar 2017 – VII ZR 301/13 –, juris Rn. 46), weil dann nur noch auf Geld gerichtete Ansprüche in Betracht kommen (BGH a.a.O. Rn.48). Das ist hier aus zwei Gründen der Fall.

Zum einen kann ein solches Abrechnungsverhältnis entstehen, wenn der den Vorschuss zur Mängelbeseitigung begehrende Besteller ausdrücklich oder konkludent zum Ausdruck bringt, unter keinen Umständen mehr mit dem Unternehmer, der ihm

das Werk als fertiggestellt zur Abnahme angeboten hat, zusammenarbeiten zu wollen, also endgültig und ernsthaft eine (Nach-)Erfüllung durch ihn ablehnt, selbst für den Fall, dass die Selbstvornahme nicht zu einer mangelfreien Herstellung des Werks führt (vgl. BGH, Urteil vom 19. Januar 2017 – VII ZR 301/13 –, juris Rn. 47). So liegt der Fall hier. Der Beklagte geht davon aus, dass er mangelfrei geleistet hat und damit jedenfalls Abnahmereife vorliege. Weitere Leistungen lehnt er ab. Die Kläger haben ihrerseits vorgetragen, dass sie das Gewerk durch einen anderen Unternehmer fertig stellen lassen möchten. Aus ihrem weiteren Vorbringen ergibt sich, dass sie jegliches Vertrauen in eine mangelfreie Errichtung durch den Kläger verloren haben und ihn keinesfalls mehr eine Nacherfüllung durchführen lassen würden.

Darüber hinaus liegt ein Abrechnungsverhältnis vor, weil die Kläger zunächst Schadensersatz statt der Leistung begehrt haben. Es war ihnen zwar eröffnet, ihre Klage auf einen Vorschussanspruch umzustellen (vgl. BGH, Urteil vom 22. Februar 2018 – VII ZR 46/17 –, juris Rn. 48ff). Allerdings schließt die ursprüngliche Wahl des Schadensersatzes statt der Leistung ihren Erfüllungsanspruch endgültig aus, § 281 Abs. 4 BGB. (vgl. BGH, Urteil vom 19. Januar 2017 – VII ZR 235/15 – juris Rn.45).

3. In Bezug auf den Kratzer in der Scheibe sollten die Kläger befragt werden, ob sie oder der Beklagte diesen verursacht haben. Weil sie diesen zunächst nicht beanstandet haben, sehr wohl aber schwarze Kanten an den Rahmen, ist es naheliegend, dass dieser nicht durch den Beklagten herbeigeführt wurde.

4. Allein wegen des Fehlens der CE-Kennzeichnung liegt aus Rechtsgründen kein Mangel vor.

a) Die wesentlichen Grundsätze der CE-Kennzeichnung von Bauprodukten sind in der Verordnung (EG) Nr. 305/2011 vom 9. März 2011 zur Festlegung harmonisierter Bedingungen für die Vermarktung von Bauprodukten und zur Aufhebung der Richtlinie 89/106/EWG des Rates (im Folgenden: BauPVO) EU-einheitlich geregelt. Deren Regelungszweck liegt allerdings nicht darin, die Bauwerkssicherheit zu gewährleisten, sondern sie bezweckt vornehmlich, die technischen Anforderungen an Bauprodukte europäisch zu harmonisieren und dadurch den Handel mit Bauprodukten im Binnenmarkt zu erleichtern (vgl. Hafstenberg, BauR 2017, 356, 370; Zmuda, BauR 2018, 1170, 1172). Dementsprechend ist im 3. Erwägungsgrund der BauPVO

niedergelegt, dass das Recht der Mitgliedstaaten unberührt bleiben soll, „Anforderungen festzulegen, die nach ihrer Auffassung notwendig sind, um den Schutz der Gesundheit, der Umwelt und von Arbeitnehmern, die Bauprodukte verwenden, sicherzustellen“. Die Gewährleistung der Bauwerkssicherheit bleibt also nationale Aufgabe (vgl. Zmuda, BauR 2018, 1170, 1172; Fehse, BauR 2018, 1197, 1198).

Vor diesem Hintergrund verlangt die [REDACTED] von dem Hersteller, der ein Bauprodukt in den Verkehr bringt, allein eine sogenannte Leistungserklärung, sofern das Bauprodukt einer harmonisierten Norm unterfällt (Art. 4 BauPVO). Die harmonisierten Normen definieren sog. wesentliche Merkmale und legen in Bezug auf diese ein Prüfverfahren fest (vgl. Fehse, BauR 2018, 1197, 1198). Der Hersteller hat in der Leistungserklärung anzugeben, welche Merkmale geprüft wurden, wie geprüft wurde und welches Ergebnis erzielt wurde. Mithin werden durch die BauPVO bzw. die harmonisierten Normen keine Anforderungen an die Bauprodukte festgelegt, sondern allein einheitliche Prüfstandards definiert (vgl. [REDACTED], BauR 2018, 1170, 1172). Ob die ermittelten Leistungen dem entsprechen, was nach den nationalen bauaufsichtlichen Vorschriften der Mitgliedstaaten erforderlich ist, ergibt sich aus den harmonisierten Normen und damit der Leistungserklärung des Herstellers nicht ([REDACTED] BauR 2017, 356, 370). Dementsprechend handelt es sich bei der Leistungserklärung um eine eigene Erklärung des Herstellers, die er in eigener Verantwortung abgibt. Sie hat den Inhalt, dass das Produkt allen geltenden Anforderungen des anzuwendenden Unionsrechts betreffend die Erlangung der CE-Kennzeichnung genügt und ein geeignetes Konformitätsbewertungsverfahren durchgeführt wurde (Art. 6 i.V.m. Anlage III BauPVO). Mit der Anbringung der CE-Kennzeichnung bekundet der Hersteller sichtbar die erfolgreiche Konformitätsbewertung, jedoch ausschließlich aus seiner subjektiven Sicht (Art. 8 BauPVO).

Gerade vor dem Hintergrund der unzureichenden Standards der BauPVO bzw. der ihr vorausgegangenen Bauproduktenrichtlinie in Bezug auf die Bauwerkssicherheit hatte der deutsche Gesetzgeber über die Landesbauordnungen auf Bauregellisten verwiesen und damit zusätzliche nationale Anforderungen an bereits europäisch harmonisierte und mit dem CE-Kennzeichen versehene Bauprodukte formuliert. Die Einhaltung dieser Anforderungen war Voraussetzung für die Erteilung eines sog. Ü-Kennzeichens (vgl. Fehse, BauR 2018, 1197, 1199). Diese Praxis hat der EuGH für unzulässig erklärt (vgl. EuGH NZBau 2014, 692). Nach wie vor begründet daher

– im Gegensatz zu den Produkten mit der früheren Ü-Kennzeichnung – die CE-Kennzeichnung keinen Verwendbarkeitsnachweis für ein bestimmtes Bauprodukt in Bezug auf alle nationalen gesetzlichen Sicherheitsanforderungen (vgl. Fehse, BauR 2018, 1197, 1198). Diese können vielmehr Angaben erfordern, die eine Leistungserklärung nicht enthalten muss (vgl. Zmuda, BauR 2018, 1170, 1173). Damit bietet die CE-Kennzeichnung keinerlei Gewähr dafür, dass das Bauprodukt den nationalen durch Gesetz festgelegten Sicherheitsanforderungen entspricht. Die harmonisierten Normen i.S. der BauPVO, auf denen die CE-Kennzeichnung beruht, spiegeln also aufgrund ihrer Funktion und ihres Inhalts nicht die deutschen anerkannten Regeln der Technik wider (vgl. Halstenberg, BauR 2017, 356, 375).

b) Die Mangelhaftigkeit der Leistung des Beklagten könnte sich im Zusammenhang mit fehlenden CE-Kennzeichnungen allein aus dem Gesichtspunkt der Verwendung eines Bauprodukts ergeben, das nicht den bauordnungsrechtlichen Anforderungen entspricht, die an seine Verwendbarkeit gestellt werden. Dem liegt die Annahme einer stillschweigenden Vereinbarung der Vertragsparteien zugrunde, dass lediglich dem Bauordnungsrecht entsprechende Produkte verwendet werden, weil der Besteller eine entsprechende Beschaffenheit nach der Art des Werkes erwarten kann.

Nach dem oben Gesagten folgt aus dem Umstand, dass ein Bauprodukt mit CE-Kennzeichnung verwendet wurde, jedenfalls kein Anscheinsbeweis dahin, dass dieses Bauprodukt die in Deutschland im Sinne des § 633 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 BGB „übliche“ Beschaffenheit aufweist (vgl. Halstenberg, BauR 2017, 356, 375). Genauso wenig führt aber das Verwenden eines Bauproduktes ohne CE-Kennzeichnung nach dem deutschen Werkvertragsrecht zu der unwiderleglichen Annahme einer mangelhaften Leistung oder einer tatsächlichen Vermutung, dass das Werk wegen der Verwendung eines Bauproduktes ohne CE-Kennzeichnung nicht den anerkannten Regeln der Technik entspricht. Das ist die zwingende Folge daraus, dass die der CE-Kennzeichnung zugrundeliegenden harmonisierten Normen keine bauaufsichtlichen Standardforderungen festlegen, sondern ausschließlich regeln, wie Leistungen von Bauprodukten zu ermitteln sind (vgl. Halstenberg, BauR 2017, 356, 375; Zmuda, BauR 2018, 1170, 1172). Die der CE-Kennzeichnung vorausgehende Leistungserklärung des Herstellers weist allein Ergebnisse aus (vgl. Fehse, BauR 2018, 1197, 1198), ohne eine Bewertung darüber zu treffen, ob diese den deutschen anerkannten Regeln der Technik entsprechen. Sie enthält gerade

keine Verwendbarkeitsvermutung (vgl. Zmuda, BauR 2018, 1170, 1172). Der Aussagegehalt der CE-Kennzeichnung erschöpft sich mithin für das deutsche Werkvertragsrecht darin, eine Überprüfungsgrundlage für die in Deutschland bestehenden anerkannten Regeln der Technik zu treffen. Mithin fehlt es an einer Grundlage, allein aus der fehlenden CE-Kennzeichnung bereits auf einen Verstoß gegen eine anerkannte Regel zu schließen. Die Verwendung nicht mit einer CE-Kennzeichnung ausgestatteter Bauprodukte enthält angesichts des geringen Aussagewertes in Form eines bloßen Prüfungsergebnisses auch kein zusätzliches Risiko im Vergleich zu der Verwendung eines Bauproduktes mit einer CE-Kennzeichnung, weil für die Frage, ob das Bauprodukt den anerkannten Regeln der Technik entspricht die der CE-Kennzeichnung zugrunde liegende Leistungserklärung zunächst an den Anforderungen der auf nationaler Ebene bestehenden anerkannten Regeln der Technik überprüft werden müsste.

c) Von einer Vorlage an den EuGH hat der Senat abgesehen. Der EuGH hat bereits entschieden, dass die Fragen des Bestehens und der Einhaltung einer harmonisierten Norm für ein Bauprodukt die nationalen Zivilgerichte im Rahmen der Beurteilung der Mangelhaftigkeit einer Leistung nicht bindet (EuGH NZBau 2017, 28). Die vom EuGH dort aufgestellte Argumentation ist auf diesen Fall übertragbar.

5. Zutreffend hat das Landgericht festgestellt, dass der Beklagte die ihm durch die Kläger gesetzte Frist zur Mängelbeseitigung hat verstreichen lassen, ohne tätig zu werden.

6. Im Ergebnis ebenfalls zutreffend ist die Annahme des Landgerichts, dass die Mängelrechte der Kläger nicht nach § 640 Abs. 2 BGB ausgeschlossen sind. Dem als Anlage 2 durch den Beklagten zur Akte gereichten Kundendienstbericht der Streithelferin vom 05.02.2016 kann nicht die Wirkung einer Abnahme der Leistung des Beklagten im Verhältnis der Parteien des Rechtsstreits zugemessen werden. Der Termin diente ersichtlich allein der Überprüfung von Materialfehlern an den Fenstern durch die Streithelferin und konnte sich deswegen nicht auf die gesamte Leistung des Beklagten beziehen. Wollte man eine Teilabnahme lediglich allein auf die Fenster annehmen, wäre diese unwirksam, weil sie nicht vereinbart war, was im BGB-Werkvertrag allerdings zwingende Voraussetzung wäre (vgl. BGH BauR 2018, 712 Rn.21; Palandt – Sprau, BGB, 77. Auflage, § 640 Rn.9).

C) Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus § 708 Nr. 10 ZPO. Trotz des im Grunde fehlenden vollstreckungsfähigen Inhalts könnte aus dem Urteil die Vollstreckung insoweit betrieben werden, als erst die Vorlage eines für vorläufig vollstreckbar erklärten Urteils das Vollstreckungsorgan nach §§ 775 Nr. 1, 776 ZPO nötigt, eine eingeleitete Vollstreckung aus dem aufgehobenen Urteil einzustellen und getroffene Maßnahmen aufzuheben (vgl. OLG München, NZM 2002, 1032; Zöller/Heßler, ZPO 32. Aufl. § 538 Rn. 59).
