

Titel:

Verjährung, Gewährleistungsansprüche, Werkvertrag, Abnahme, Leistungssoll, einheitlicher Vertrag, Beweislast, Beweiswürdigung, Prüffrist, Konkludente Abnahme, Vertragsinhalt

Schlagworte:

Verjährung, Gewährleistungsansprüche, Werkvertrag, Abnahme, Leistungssoll, einheitlicher Vertrag, Beweislast, Beweiswürdigung, Prüffrist, Konkludente Abnahme, Vertragsinhalt

Vorinstanz:

LG Ingolstadt, Endurteil vom 21.01.2021 – 52 O 1009/15

Rechtsmittelinstanz:

OLG München, Beschluss vom 17.05.2021 – 28 U 744/21

Tenor

Der Senat beabsichtigt, die Berufung gegen das Endurteil des Landgerichts Ingolstadt vom 21.01.2021, Az. 52 O 1009/15 Bau, gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen, weil er einstimmig der Auffassung ist, dass die Berufung offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg hat, der Rechtssache auch keine grundsätzliche Bedeutung zukommt, weder die Fortbildung des Rechts noch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Berufungsgerichts erfordern und die Durchführung einer mündlichen Verhandlung über die Berufung nicht geboten ist.

Entscheidungsgründe

I.

Urteil des Landgerichts

1

Das Landgericht hat die auf Erstattung von Ersatzvornahmekosten und Schadensersatz aufgrund einer fehlerhaften Heizungsinstallation gerichtete Klage vollumfänglich abgewiesen.

2

Unabhängig von der Frage nach der jeweiligen Passivlegitimation der Beklagten und der Wirksamkeit des zugrunde liegenden Vertragsverhältnisses seien die hier gegenständlichen Gewährleistungsansprüche jedenfalls spätestens mit Ablauf des 31.01.2013 verjährt und damit nicht mehr durchsetzbar, § 214 Abs. 1 BGB. Die Verjährung richte sich hinsichtlich der geltend gemachten Gewährleistungsansprüche aus dem im Raum stehenden Werkvertrag zwischen dem Zeugen M. Z. und dem Beklagten zu 2I nach § 634 a Abs. 1 Ziff. 2 Alt. 1 BGB, wonach die Gewährleistungsansprüche in 5 Jahren ab dem Zeitpunkt der Abnahme der Leistung verjähren. Der Zeuge M. Z. habe das Werk des Beklagten zu 2) spätestens Ende Januar 2008 stillschweigend abgenommen.

3

Das insoweit maßgebliche Leistungssoll ergebe sich ausschließlich aus dem in der Auftragsbestätigung vom 11.08.2006 (Anlage K2) enthaltenen Leistungsverzeichnis. Es sei vorliegend nicht von einem einheitlichen Vertragsverhältnis hinsichtlich aller Leistungen, mit denen der Zeuge Z. den Beklagten zu 2) beauftragt habe, auszugehen. Die über das in Anlage K2 festgelegte Leistungssoll hinausgehenden Aufträge seien vielmehr als jedenfalls im Verhältnis zu Anlage K2 eigenständige Werkverträge anzusehen.

4

Spätestens mit dem Anschluss der Heizungsanlage an den bauseits gelieferten Holzofen sei die gemäß Auftragsbestätigung vom 11.08.2006 geschuldete Leistung bei der Inbetriebnahme der Heizung im Oktober 2007 im Wesentlichen vollständig und vertragsgemäß erbracht und damit abnahmereif gewesen. Der Abnahmereife stehe es nicht entgegen, dass die bei der Installation verbauten Stahlteile nicht mit dem an sich erforderlichen Rostschutzanstrich und einer fachgerechten Isolierung versehen worden seien, da diese keine Auswirkung auf die unmittelbare Funktionalität des Gesamtsystems hätten. Zudem sei die Heizung

unstreitig und einvernehmlich in Betrieb genommen worden. Dies könne nicht anders verstanden werden, als dass das Werk nach Dafürhalten beider Vertragsparteien zu diesem Zeitpunkt vollständig fertiggestellt und gebrauchsfähig gewesen sei. Der Beklagte zu 2) habe spätestens Ende Januar 2008 davon ausgehen dürfen, dass der Zeuge Z. das Werk nach Inbetriebnahme und Ablauf einer angemessenen Prüfungszeit gebilligt habe.

5

Die Prüffrist habe vorliegend spätestens Mitte November 2007 zu laufen begonnen, da der Beklagte zu 2) zu diesem Zeitpunkt die unstreitig mit E-Mail vom 29.10.2007 (Anlage K4) monierten Nachbesserungen als abschließend erledigt ansehen durfte, so dass diese der Billigung des Werkes nicht mehr im Wege stehen konnten. Die dem Zeugen Z. einzuräumende Prüfungsfrist sei spätestens Ende Januar 2008 abgelaufen. Mit Ablauf des Monats Januar 2008 habe der Zeuge Z. seit Erledigung seiner Monierung vom 29.10.2007 mehr als zwei Monate Zeit gehabt, das Werk des Beklagten zu 2) einer gründlichen Prüfung seiner Funktionstauglichkeit zu unterziehen. Diese Zeitspanne sei dafür jedenfalls während der Heizperiode auch bei einer vergleichsweise komplexen Heizungsanlage im Hinblick auf die Erkennbarkeit etwaiger Leistungs- oder sonstiger Funktionsmängel ausreichend und angesichts des berechtigten Interesses des Unternehmers an einer möglichst zeitnahen konkludenten Abnahme auch angemessen.

6

Die 5-jährige Gewährleistungsfrist des § 634 a Abs. 1 Ziff. 2 Alt. 1 BGB habe somit spätestens am 01.02.2008 zu laufen begonnen, so dass mit Ablauf des 31.01.2013 die Verjährung der hier geltend gemachten Ansprüche eingetreten sei.

II.

Berufung

7

Gegen dieses Urteil wendet sich die Klägerin mit ihrer Berufung im vollen Umfang der Klageabweisung.

8

Begehrt wird weiterhin die vollständige Verurteilung der Beklagten als Gesamtschuldner gemäß den Anträgen 1. Instanz. Das Landgericht habe unter Verkennung der Beweislast für das Vorliegen einer stillschweigenden Abnahme und aufgrund der unzutreffenden Annahme, dass für die Auftragserteilung der Heizungs- und Sanitärinstallation jeweils einzelne Werkverträge geschlossen worden seien, rechtsfehlerhaft eine stillschweigende Abnahme und damit rechtsfehlerhaft den Eintritt der Verjährung für die Mängelansprüche der Klägerin angenommen.

9

Gerügt wird insbesondere:

10

a) Voraussetzung einer konkludenten Abnahme sei, dass die geschuldete Werkleistung vollständig erbracht worden ist.

11

Dies sei vorliegend entgegen der Auffassung des Landgerichts deshalb nicht der Fall, weil ein einheitlicher Werkvertrag vorliege, der nicht nur über den Einbau einer Heizungsanlage geschlossen worden sei, sondern über weitere Sanitär- und Heizungsinstallationen, die zu dem vom Landgericht angenommenen Zeitpunkt November 2007 bzw. im Jahr 2008 noch nicht abgeschlossen gewesen seien. Das Landgericht habe übersehen, dass sich die Auftragsinhalte der Anlage K2 mit den anderen beauftragten Leistungen teilweise überschneiden. Tatsächlich liege ein Gesamtauftrag vor über funktional zusammengehörende Leistungen zur Herstellung der Wohnbarkeit eines im Bau befindlichen Neubauvorhabens, dem lediglich teils eine mündliche Auftragserteilung und teils eine schriftliche Auftragsbestätigung, die wiederum mündlich beauftragt wurde, zugrunde gelegen habe. Daraus sei gerade nicht zu entnehmen, dass unterschiedliche und getrennte Bauverträge abgeschlossen werden sollten. Die Annahme, dass ein einheitlicher Auftrag vorlag, werde auch durch das Ergebnis der Beweisaufnahme, insbesondere der Anhörung der Parteien und Zeugenaussagen, bestätigt.

12

b) Jedenfalls sei von den Eheleuten Z. als Auftraggeber zu keinem Zeitpunkt beabsichtigt gewesen, einzelne Teile des Gesamtwerks „Heizung und Sanitär“ als gesonderte Aufträge zu erteilen.

13

Es seien keine Umstände ersichtlich, die dafür sprächen, dass ein Parteiwille dahingehend vorgelegen habe, die Leistungen, die in der Auftragsbestätigung gemäß Anlage K2 nicht enthalten gewesen seien, als eigenständige und gesonderte Werkverträge zu betrachten.

14

c) Die Anlage K2 stelle nicht einen zwischen den Parteien geschlossenen Werkvertrag dar, sondern lediglich eine Auftragsbestätigung, der ein Kostenangebot über unterschiedliche Leistungsteile an dem Anwesen vorausgegangen wäre.

15

Zeitgleich mit der Auftragsbestätigung vom 11.08.2006 seien sodann die in den Rechnungen B1.8 und B1.6 enthaltenen sanitären Einrichtungsgegenstände und Armaturen ebenfalls nur mündlich beauftragt worden. Es spreche somit nichts für die Annahme, dass die gesamte Herstellung der Versorgung des Neubauvorhabens mit allen erforderlichen Einrichtungen für „Heizung und Sanitär“ von den Parteien als getrennte Werkverträge aufgefasst worden seien. Es handle sich somit nicht um eine nachträgliche andere Bewertung des Vertrages, sondern die Einheitlichkeit des Vertragsverhältnisses ergebe sich bereits von vornherein.

16

d) Zudem seien die Beklagten für die Begründetheit der Einrede der Verjährung beweisbelastet.

17

Die Beklagten seien damit auch für die vertragliche Konstellation, also dafür, dass trotz zeitgleicher Beauftragung aller Installationsmaßnahmen an einem Neubauvorhaben gesonderte und einzelne Werkverträge vorliegen sollen, beweisbelastet. Eine solche Beweisführung sei angesichts der dem widersprechenden Zeugenaussagen und der eigenen Erklärung des Beklagten zu 2 nicht gegeben.

18

e) Ferner seien die Beklagten beweisbelastet für die Abnahme, mithin für diejenigen Umstände, aus denen sich eine stillschweigende Abnahme ergeben soll.

19

f) Schließlich seien die von den Beklagten zu erbringenden Werkleistungen nicht in dem Zeitpunkt abgeschlossen gewesen, in dem die Beklagten durch E-Mail vom 29.10.2007 aufgefordert worden seien, Mängel zu beseitigen und weitere Fertigstellungsleistungen zu erbringen.

20

Mit diesem Schreiben sei auch die Aufforderung verbunden gewesen, verschiedene Sanitärinstallationsgegenstände in beiden Bädern zu installieren sowie weitere Leistungen zu erbringen, zu denen die Beklagten zur Fertigstellung ihres Gesamtauftrages aufgefordert worden seien. Diese Leistungen seien nicht mehr erbracht worden, daher habe der Beklagte zu 2) auch nicht von einer stillschweigenden Abnahme durch den Auftraggeber ausgehen können.

21

g) Selbst wenn man einen gesonderten Werkvertrag in Bezug auf die Heizungsinstallation annehmen wolle, könne nicht von einer stillschweigenden Abnahme ausgegangen werden.

22

Denn in dem Schreiben vom 29.10.2007 sei auch die Anbringung von Stellmotoren der Thermostate als Fertigstellungsleistung gefordert sowie die Einweisung in den Umgang mit der Heizungsanlage verlangt worden. Es seien jedoch weder die Stellmotoren der Thermostate angebracht worden, noch sei eine Einweisung erfolgt.

23

h) Ferner liege gerade kein Verhalten vor, aus dem sich der Abnahmewille für den Auftraggeber eindeutig und schlüssig ergeben hätte können.

24

Zudem könne nicht von einer stillschweigenden Abnahme ausgegangen werden, da die Gesamtleistung nicht fertiggestellt gewesen sei.

25

Unstreitig seien die Leistungen für den Erweiterungsbau nicht mehr ausgeführt worden. Die Behauptung des Landgerichts, der Erweiterungsbau sei nicht mehr realisiert worden, sei falsch.

26

Vielmehr sei die Fertigstellung dieses Gebäudeteils erfolgt, die fehlenden Teile der Fußbodenheizung seien durch andere Firmen eingebaut worden.

27

a) Schließlich komme die Abnahme einer Heizungsanlage durch schlüssiges Verhalten erst nach einer Heizperiode in Betracht.

28

Diese sei vorliegend im März/April 2008 abgelaufen. Von diesem Zeitpunkt an bis zu dem weiteren Schreiben mit Mängelrüge vom 18.09.2008 habe es zwischen den Parteien kein tatsächliches Verhalten der Eheleute Z. gegeben, aus dem die Beklagten eine Billigung ihrer Werkleistungen in Bezug auf die Heizung hätten entnehmen können. Die Mängelbeanstandung mit Schreiben vom 18.09.2008 stehe der Annahme einer konkludenten Abnahme entgegen.

III.

Rechtliche Einschätzung des Senats

29

Die zulässige Berufung bleibt in der Sache ohne Erfolg.

30

Die sorgfältig begründete Entscheidung des Landgerichts ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

31

Entscheidungserhebliche Fehler des Landgerichts bei der Tatsachenfeststellung, Beweisaufnahme und Beweiswürdigung sind nach eigenständiger Überprüfung und Bewertung des Senats nicht festzustellen, so dass der Senat hieran nach § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO für das weitere Verfahren gebunden ist. Diese Bindung entfiere nur dann, wenn die Feststellungen des Landgerichts offensichtlich lückenhaft, widersprüchlich oder unzutreffend wären (BGH WM 2015, 1562) und somit konkrete Anhaltspunkte Zweifel an deren Richtigkeit oder Vollständigkeit wecken würden (BGH NJW 2003, 3480).

Im Einzelnen:

32

Die geltend gemachten Gewährleistungsansprüche der Klägerin sind spätestens mit Ablauf des 31.01.2013 verjährt, da spätestens Ende Januar 2008 von einer stillschweigenden Abnahme des Gewerks „Heizungsinstallation“ durch den Zeugen Z. auszugehen ist.

33

1. Das Landgericht ist zu Recht im Wege der Auslegung der vertraglichen Bestimmungen zu dem Ergebnis gekommen, dass sich das für das hier streitgegenständliche Gewerk der Beklagten maßgebliche Leistungssoll ausschließlich aus dem in der Auftragsbestätigung vom 11.08.2006 (Anlage K2) enthaltenen Leistungsverzeichnis ergibt.

34

Dies ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

35

a) Die Auslegung des Vertrages als solche ist Sache des Tatrichters und ist nur auf Verfahrensfehler sowie dahin zu überprüfen, ob sie nach den Denkgesetzen und der Erfahrung möglich ist, mit den gesetzlichen Auslegungsregeln in Einklang steht, dem klaren Sinn und Wortlaut der Erklärung nicht widerspricht, alle wesentlichen Umstände berücksichtigt und im Ergebnis auch sachlich überzeugend ist (BayObLGZ 1966,

390/394, BayObLG FamRZ 1986, 835/836, BGHZ 80, 246/249; Palandt-Ellenberger, 80. Aufl., § 133 Rn 30 m.w.N.; BGH, Urteil vom 14.07.2004 – VIII ZR 164/03, NJW 2004, 2751).

36

b) Die oben wiedergegebene Auslegung der Auftragsbestätigung (Anlage K 2) durch das Landgericht ist in dem dargelegten Sinn frei von Rechtsirrtum und daher für den Senat bindend.

37

Sie steht mit den allgemeinen Auslegungsgrundsätzen im Einklang und ist nach den Denkgesetzen und der Erfahrung möglich. Sie lässt keine wesentlichen Umstände unberücksichtigt und überzeugt den Senat im Ergebnis auch sachlich.

38

c) Konkrete – Zweifel begründende – Ansatzpunkte bringt die Berufungsbegründung weder vor, noch sind sie sonst ersichtlich.

39

Letztlich setzt die Berufungsführerin lediglich die eigene Auslegung der Anlage K 2 und der sonstigen Anlagen im Hinblick auf die Bestimmung des maßgeblichen Leistungssolls an die Stelle der Auslegung des Landgerichts und meint, aus den abweichenden Schlussfolgerungen folge der Nachweis, dass die Auslegung des Erstgerichts fehlerhaft sei. Dies ist jedoch nach den dargestellten Grundsätzen nicht ausreichend, um der Berufung zum Erfolg zu verhelfen. Denn Tatsachen und Beweismittel können nahezu immer auch abweichend gewürdigt werden. Das Vorbringen, die Auslegung des Landgerichts sei nicht die einzig mögliche, ist daher schon vom Ansatz her ungeeignet, zu einer Aufhebung des landgerichtlichen Urteils zu führen.

40

aa) Zutreffend ist das Landgericht zunächst davon ausgegangen, dass hinsichtlich der Frage der Verjährung der geltend gemachten Ansprüche zu klären ist, ob eine Abnahme erfolgt ist.

41

Hierfür ist das vereinbarte Leistungssoll zu ermitteln, wobei in erster Linie der zwischen dem Zeugen Z. und dem Beklagten zu 2) im August 2006 geschlossene Werkvertrag mit dem in Anlage K2 niedergelegten Inhalt heranzuziehen ist. Das Landgericht führt weiter aus, dass ausgehend vom Wortlaut der Anlage K2 die von der Klägerin ins Feld geführten zusätzlichen Leistungen eindeutig nicht umfasst sind. Es hat sodann dargelegt, dass die Klagepartei dafür darlegungs- und beweibelastet ist, dass der ursprünglich vereinbarte, sich aus der Anlage K 2 ergebende Vertragsinhalt dahingehend abgeändert wurde, dass auch die später beauftragten Leistungen umfasst werden sollten und ein einheitliches Vertragsverhältnis gewollt war.

42

Es hat sodann die für die Beurteilung relevanten Tatsachen unter Heranziehung der konkreten Umstände des Einzelfalles ermittelt und insbesondere anhand der Schlussrechnung (Anlage B1), der Angaben des Beklagten zu 2) in seiner informatorischen Anhörung wie auch der Angaben des Zeugen Z. geprüft, ob vorliegend ein einvernehmlicher Willen beider Vertragsteile, dass insgesamt nur ein einheitliches Vertragsverhältnis geschlossen werden sollte, angenommen werden kann. Es kommt danach zu dem Ergebnis, dass die ermittelten Umstände gerade keine objektive Auslegung dahingehend rechtfertigen, dass von den Vertragsparteien einvernehmlich für alle auch nach der Heizungsanlage beauftragten weiteren Leistungen nur ein einheitliches Vertragsverhältnis gewollt war. Vielmehr sei vorliegend von mehreren selbstständigen Vertragsverhältnissen für die Gewerke Heizungs- und Rohinstallation sowie Lieferung und Einbau von Sanitäreinrichtungsgegenständen auszugehen.

43

bb) Die zur Feststellung eines derartigen Leistungssolls führende objektive Auslegung des Landgerichts beruht auf keinem Rechtsfehler und ist daher für den Senat bindend.

44

(1) Insbesondere hat das Landgericht zu Recht alle Umstände zur Ermittlung des Leistungssolls und Klärung der Frage, ob ein einheitlicher – alle mit Heizungs- und Rohinstallation sowie mit Lieferung und Einbau von Sanitäreinrichtungsgegenständen zusammenhängenden Leistungen umfassender – Vertrag oder mehrere einzelne Verträge vorliegen, herangezogen.

45

(2) Grundlage der Auslegung eines Bauvertrages müssen die gesamten Umstände sein, die die Willensbildung beeinflussen.

46

Auszugehen ist dabei von den Vertragsurkunden. Bei der Auslegung sind in erster Linie der von den Parteien gewählte Wortlaut und der dem Wortlaut zu entnehmende objektiv erklärte Parteiwille zu berücksichtigen. Die Vertragsauslegung folgt den allgemeinen Regeln des Zivilrechts, §§ 133, 157 BGB. Weiter gilt das Gebot der nach beiden Seiten hin interessensgerechten Auslegung und der Berücksichtigung des durch die Parteien beabsichtigten Zwecks des Vertrages. Die Auslegung hängt damit von den gesamten Umständen des Einzelfalls ab (Kniffka, Koeble/Jurgeleit/Sacher, Kompendium des Baurechts, 5. Aufl., 4. Teil Rn 107 ff).

47

(0) Die Annahme des Landgerichts, dass die Parteien mehrere einzelne Verträge und nicht einen einheitlichen alle Leistungen umfassenden Vertrag geschlossen haben, steht im Einklang mit dem Wortlaut der Auftragsbestätigung Anlage K2 und ist nicht zu beanstanden.

48

(a) Das Landgericht hat den Vortrag der Klägerin, es sei von einem einzigen einheitlichen Vertragsverhältnis hinsichtlich aller Leistungen, mit denen der Beklagte zu 2) beauftragt worden ist, auszugehen, in Erwägung gezogen.

49

Gleichwohl ist es nach objektiven Gesichtspunkten zu dem Ergebnis gelangt, dass kein einheitliches Vertragsverhältnis vorliegt und sich das Leistungssoll hinsichtlich der hier geltend gemachten Gewährleistungsansprüche allein aus dem in der Auftragsbestätigung vom 11.08.2006 (Anlage K2) enthaltenen Leistungsverzeichnis ergibt.

50

(b) Es hat dabei berücksichtigt, dass eine entsprechende Vertragserweiterung grundsätzlich denkbar und vorliegend unproblematisch formfrei möglich gewesen wäre, sich die Vertragsparteien letztlich also auch stillschweigend hätten einigen können. Nach Wertung aller ermittelten Umstände kommt es aber zu dem Ergebnis, dass das ermittelte Verhalten der Vertragsparteien gerade nicht den Schluss zulässt, dass der Zeuge Z. hinreichend klargemacht hätte, dass er nur den Abschluss eines einheitlichen Vertrages wolle, und der Beklagte zu 2) dies auch so verstanden und gebilligt hätte.

51

Es führt aus, dass das ermittelte Verhalten des Beklagten zu 2) diesen Schluss gerade nicht zulasse, sondern dass hieraus vielmehr zu schließen sei, dass er seine weiteren Leistungen aufgrund eigenständiger Verträge erbringen wollte. Das Landgericht bewertet hier insbesondere den Umstand, dass die weiteren Leistungen durch den Beklagten zu 2) stets separat abgerechnet und gerade nicht in die Schlussrechnung (Anlage B1) aufgenommen wurden.

52

(c) Das Landgericht hat zutreffend in die vorzunehmende Auslegung zudem die Überlegung eingestellt, dass auch die Rechtsnatur eines Auftrages über Lieferung/Einbau von Sanitäreinrichtungsgegenständen regelmäßig gegen ein einheitliches Vertragsverhältnis mit der Heizungs- und Rohinstallation spricht, weil hier regelmäßig von einem Kaufvertrag mit Montageverpflichtung mit eigenständigen Gewährleistungsregeln auszugehen ist.

53

d) Die Schlussfolgerung des Landgerichts ist denkgesetzlich möglich, zwingend braucht sie gerade nicht zu sein (vgl. BayOblGZ 1984, 246/250). Sie lässt keine wesentlichen Umstände unberücksichtigt und überzeugt den Senat auch sachlich.

54

Insbesondere im Hinblick darauf, dass das Gewerk der Heizungs- und Rohinstallation zwanglos von der Lieferung und Montage später einzubauender Sanitäreinrichtungsgegenstände getrennt werden kann, ist auch aus Sicht der Senat die Annahme gerechtfertigt, dass ein Vertrag betreffend das Gewerk Heizungs-

und Rohinstallation geschlossen wurde und hinsichtlich der Lieferung und Montage von Sanitäreinrichtungsgegenständen davon getrennte Einzelverträge.

55

Bei eigenständiger Bewertung der Beweisergebnisse, insbesondere der Angaben des Beklagten zu 2) und des Zeugen Z., stellt sich auch für den Senat die Sachlage so dar, dass die Klägerin letztlich nicht den von ihr zu erbringenden Nachweis führen konnte, dass die Parteien sich einvernehmlich nachträglich auf ein alle Leistungen umfassendes einheitliches Vertragsverhältnis geeinigt hätten.

56

e) Es ist insofern nicht erheblich, dass die Berufungsführerin und der Zeuge Z. selbst nur den Abschluss eines einheitlichen Vertragsverhältnisses wollten, da sie den diesbezüglich erforderlichen Nachweis, dass diese innere Tatsache dem Beklagten zu 2) offenbar wurde und er diese in irgendeiner Form erkennbar gebilligt hätte, gerade nicht führen konnten.

57

f) Soweit die Berufung behauptet, die Rechnungen über die Weißinstallation von September und November 2006 setzten doch voraus, dass eine diesbezügliche Auftragserteilung zur Lieferung und zum Einbau dieser Gegenstände erfolgt ist, stimmt der Senat dem zu.

58

Daraus ergibt sich aber nicht, dass diese Auftragserteilung zeitgleich mit der Auftragserteilung hinsichtlich der Heizung und Rohinstallation und im Rahmen eines einheitlichen Vertragsverhältnisses erfolgt ist.

59

g) Auch der Einwand der Berufung, die Rechnung B1.6 vom 28.11.2006 enthalte eine KSB Schmutzwasserhebeanlage, wie sie sich als KSB Fäkalienhebeanlage schon in der Auftragsbestätigung Anlage K2 finde, sodass sich hieraus doch Überschneidungen der Auftragsinhalte mit den anderen beauftragten Leistungen ergäben, verfängt letztlich nicht.

60

In der Anlage K2 ist eine Fäkalienhebeanlage KSB mini-Compacta für einen Einzelpreis von 3.212,50 € als Eventualposition aufgeführt, in der Rechnung Anlage B1.6 hingegen eine KSB Schmutzwasser-Hebeanlage Ama-Drainer-Box O21 für einen Einzelpreis von 549,00 €. Schon anhand der Bezeichnung und des Preises ist ersichtlich, dass es sich hierbei nicht um die in der Anlage K2 aufgeführte Fäkalienhebeanlage handelt.

61

h) Soweit die Berufung vorbringt, die in der Auftragsbestätigung vom 11.08.2006 (Anlage K2) und die in den Rechnungen B1.6 und B1.8 enthaltenen Gegenstände hingen doch miteinander zusammen und seien mit gemeinsamen Leitungen untereinander verbunden, führt dies nicht zum Erfolg.

62

Wie schon das Erstgericht zutreffend ausgeführt hat, mag die Entscheidung z. B. für ein bestimmtes Waschtischmodell für die Rohinstallation durchaus relevant sein, ist aber für die Frage, wer dieses später liefern und montieren soll, völlig ohne Belang. Dem ist aus Sicht des Senats nichts hinzuzufügen.

63

i) Soweit die Berufung schließlich vorbringt, das Erstgericht habe Zeugenaussagen in diesem Zusammenhang unzutreffend gewürdigt, verfängt auch dies nicht.

64

Die Berufungsführerin setzt lediglich ihre eigene Interpretation an die Stelle der gerichtlichen, hieraus folgt aber nicht, dass die Beweiswürdigung des Erstgerichts fehlerhaft ist. Das Gericht hat sich auf Grundlage der Beweisaufnahme und dem gesamten Inhalt der Verhandlung nach § 286 Abs. 1 ZPO die Überzeugung gebildet, dass hier von mehreren Einzelverträgen auszugehen ist und hat hierfür die Aussagen der einvernommenen Zeugen und die Angaben des informatorisch angehörten Beklagten zu 2 umfassend gewürdigt.

65

Die Berufung zeigt keinen Rechtsfehler im Sinne des § 286 ZPO auf. Allein der Umstand, dass die Berufung naturgemäß eine andere Bewertung der erhobenen Beweise präferiert, macht die erfolgte Beweiswürdigung

des Landgerichts nicht fehlerhaft. Der Senat schließt sich der Beweiswürdigung des Erstgerichts an und macht sie sich zu eigen.

66

j) Ohne Erfolg rügt die Berufung, das Landgericht habe die Darlegungs- und Beweislast falsch beurteilt.

67

Derjenige, der einen Einbezug auch später vereinbarter Leistungen in einen zuvor geschlossenen Vertrag behauptet, mithin eine Änderung des ursprünglich vereinbarten Vertragsinhaltes, um hieraus eine für sich günstige Rechtsfolge abzuleiten, trägt die Darlegungs- und Beweislast, ebenso wie derjenige, der eine gleichzeitige mündliche Beauftragung aller Leistungen behauptet. Vorliegend ergibt sich aus den ermittelten Umständen gerade nicht (s.o.), dass die Parteien einvernehmlich ein einheitliches Vertragsverhältnis für alle Leistungen schließen und auch ggf. später beauftragte Leistungen in den ursprünglich geschlossenen Vertrag einbeziehen wollten oder dass diese von vornherein alle Leistungen gleichzeitig beauftragt hätten. Dies geht zulasten der sich auf den einheitlichen Vertrag bzw. die gleichzeitige Beauftragung aller Leistungen berufenden Klägerin.

68

Es verbleibt damit dabei, dass sich das Leistungssoll für den hier im Raum stehenden Werkvertrag ausschließlich aus dem in der Auftragsbestätigung vom 11.08.2006 (Anlage K2) enthaltenen Leistungsverzeichnis ergibt.

69

Dass das Landgericht hinsichtlich der Frage der Abnahme die Darlegungs- und Beweislast verkannt hat, ergibt sich für den Senat nicht. Das Landgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass die Abnahme von demjenigen dargelegt und bewiesen werden muss, der sich darauf beruft, mithin vorliegend von den Beklagten.

70

Soweit die Berufung vorbringt, letztlich seien die Beklagten darlegungs- und beweisbelastet dafür, dass gemäß Anlage K2 die Vereinbarung eines von den anderen den Beklagten beauftragten Werkleistungen zu trennenden Werkvertrages allein über die Heizung vorliege und diese Leistung abgenommen worden sei, verfängt dies nicht.

71

Zutreffend hat das Landgericht zunächst geprüft, ob ein Werkvertrag vorliegt und welchen Inhalt dieser Werkvertrag hat. Erst nach Klärung des geschuldeten Leistungssolls kann geprüft werden, ob hinsichtlich dieses Leistungssolls die geschuldete Leistung im Wesentlichen vollständig und vertragsgerecht erbracht worden ist, mithin Abnahmereife eingetreten ist, und diese Leistung im weiteren Verlauf tatsächlich abgenommen worden ist.

72

k) Soweit die Berufung vorbringt, die Leistungen seien doch gar nicht nachträglich vereinbart worden, sondern zeitgleich mit dem Werkvertrag über die Heizungs- und Rohinstallation, lässt sich dies dem Ergebnis der Beweisaufnahme gerade nicht entnehmen (s.o.).

73

Bei eigenständiger Würdigung der Beweisergebnisse ergeben sich auch für den Senat keine Anhaltspunkte, die einen zeitgleichen Abschluss nahelegten.

74

Entgegen dem Vorbringen der Berufung hat das Landgericht nicht festgestellt, dass es sich bei der Auftragsbestätigung Anlage K2 um einen zwischen den Parteien geschlossenen Werkvertrag handele, sondern das Landgericht hat ausweislich der Urteilsgründe zutreffend festgestellt, dass sich das Leistungssoll des zwischen dem Zeugen Z. und dem Beklagten zu 2) im Raum stehenden Werkvertrags nach dem in der Auftragsbestätigung Anlage K2 enthaltenen Leistungsverzeichnis richtet.

75

Das Landgericht ist somit ohne Rechtsfehler zu dem Ergebnis gelangt, dass die Behauptung der Klägerin, es sei ein einheitliches Vertragsverhältnis geschlossen worden, durch die ermittelten Umstände nicht belegt werden konnte.

76

Es geht damit zutreffend davon aus, dass sich das für die Frage einer Abnahme maßgebliche Leistungssoll ausschließlich aus dem in der Auftragsbestätigung vom 11.08.2006 (Anlage K2) enthaltenen Leistungsverzeichnis ergibt.

77

2. Eine ausdrückliche Abnahme ist vorliegend nicht gegeben.

78

Jedoch ist von einer stillschweigenden Abnahme der gemäß Auftragsbestätigung vom 11.08.2006 geschuldeten Leistung Ende Januar 2008 auszugehen. Die diesbezüglichen Ausführungen des Landgerichts sind aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

79

a) Eine stillschweigende, konkludente Abnahme liegt vor, wenn keine wesentlichen Vertragsleistungen mehr ausstehen und dem Verhalten des Auftraggebers zu entnehmen ist, dass er die Leistung als im Wesentlichen vertragsgerecht billigt, mithin der Auftragnehmer annehmen darf, dass aus Sicht des Auftraggebers das Werk im Wesentlichen mängelfrei hergestellt ist.

80

Aufgrund der Gesamtumstände muss das Verhalten des Bestellers so gedeutet werden können, dass ein konkreter werkbezogener Abnahmewille vorliegt. Auf einen Abnahmewillen kann regelmäßig nur geschlossen werden, wenn der Auftraggeber Gelegenheit hatte, die Beschaffenheit des Werkes ausreichend zu prüfen, wobei die Dauer der Prüfungs- und Bewertungsfrist vom Einzelfall abhängt (vgl. Kniffka/Koeble, a.a.O., 3. Teil Rn 52; MüKo/Busche, BGB, 8. Aufl., § 640 Rn 17).

81

b) Zutreffend hat das Landgericht ausgeführt, dass mit dem Anschluss der Heizungsanlage an den bauseits gelieferten Holzofen die gemäß Auftragsbestätigung vom 11.08.2006 geschuldete Leistung bei der einvernehmlich erfolgten Inbetriebnahme der Heizung im Oktober 2007 im Wesentlichen vollständig und vertragsgemäß erbracht war.

82

c) Ohne Erfolg rügt die Berufung in diesem Zusammenhang Folgendes:

83

Eine stillschweigende Abnahme könne im vorliegenden Fall gerade nicht angenommen werden, da die beauftragte Gesamtleistung noch nicht fertiggestellt gewesen sei. An die Beklagten sei auch die Verlegung der Fußbodenheizungsleitungen und Herstellung deren Funktion für die letzten 100 m² des noch nicht vollständig fertig gestellten Bauvorhabens beauftragt, aber von diesen nicht mehr ausgeführt worden, ohne dass der diesbezügliche Vertrag gekündigt oder sonst beendet worden sei.

84

Eine hinreichende Auseinandersetzung mit den diesbezüglichen Ausführungen des Landgerichts findet in diesem Zusammenhang nicht statt.

85

Das Landgericht hat hierzu in den Entscheidungsgründen Folgendes ausgeführt:

„Ins Leere geht insoweit auch das klägerseits vorgebrachte Argument, dass die Leistung schon deswegen nicht vollständig erbracht worden sei, weil der ursprünglich geplante Erweiterungsbau des Erdgeschosses, den der Beklagte zu 2 ebenfalls mit den erforderlichen Installationen aus – statten sollte, letztlich gar nicht mehr realisiert worden ist. Bei dem Erweiterungsbau handelt es sich letztlich um eine bauseits zu schaffende Voraussetzung für die Leistungserbringung, deren Wegfall den Beklagten zu 2 nicht zum Nachteil gereichen kann. Insoweit wird daher von einer vom Bauherrn zu vertretenden Unmöglichkeit der Leistungserbringung auszugehen sein.“

86

Dem ist aus Sicht des Senats nichts hinzuzufügen.

87

d) Soweit nunmehr erstmals in der Berufungsbegründung – insoweit unsubstantiiert – vorgetragen wird, es sei nicht zutreffend, dass der Erweiterungsbau nicht mehr realisiert worden sei, vielmehr sei die Fertigstellung auch dieses Gebäudeteils erfolgt, sowie die fehlenden Teile der Fußbodenheizung hätten durch andere Firmen eingebaut werden müssen, ist dieses Vorbringen bereits präkludiert.

88

Es ist weder vorgetragen noch ersichtlich, warum dies nicht schon in 1. Instanz vorgetragen werden konnte.

89

Im Schriftsatz vom 02.12.2020 (dort Seite 4 = S. 517 d. A.) wurde diesbezüglich noch Folgendes vorgetragen:

„Geplant und den Beklagten beauftragt war aber nicht nur das Untergeschoss und das gegen Ende 2007 fertig gestellte Erdgeschoss mit den darin befindlichen Wohnräumen, vielmehr war der Beklagten darüber hinaus das Rohrleitungssystem der Fußbodenheizung für die von der Klägere – rin geplante erweiterte Ausführung des Erdgeschosses schon in 2006 beauftragt worden. Es war eine Ausführung des Bauvorhabens in Form eines Atriums geplant, ausgeführt wurde jedoch nur ein Gebäudeteil, gleichwohl war im Angebot gemäß Anlage K1 Positionen „Verrohrung, Fußbodenheizung, Verteiler“ 04.01 – 04.12 das gesamte benötigte Rohrmaterial für die ge – plante Ausführung inklusive des nicht ausgeführten Bauteiles enthalten. Auch aus diesem Grund lag Fertigstellung nicht vor.“

90

Warum nicht schon hier vorgetragen werden konnte, dass der Erweiterungsbau später fertiggestellt wurde, erschließt sich dem Senat nicht und ist auch sonst nicht ersichtlich.

91

e) Die Ausführungen des Landgerichts, dass vorliegend die Prüffrist des Bestellers Mitte November 2007 zu laufen begonnen habe, da ab diesem Zeitpunkt der Beklagte zu 2) davon ausgehen dürfen, die mit E-Mail vom 29.10.2007 monierten Nachbesserungen seien abschließend erledigt und das Werk damit im Wesentlichen vollständig und vertragsgerecht hergestellt, sind nicht zu beanstanden.

92

aa) Das Landgericht hat hierzu im Termin vom 12.11.2020 den Beklagten zu 2) informatorisch angehört und den Zeugen M. Z. vernommen. Es hat die Angaben des Beklagten zu 2) und des Zeugen umfassend gewürdigt, jeweils auf ihre Glaubhaftigkeit hin geprüft und letztlich die Angaben des Beklagten zu 2) als glaubhaft und diesen als glaubwürdig eingestuft.

93

Danach ist es zu dem Ergebnis gekommen, dass der Beklagte zu 2) innerhalb einer Woche nach Erhalt der E-Mail vom 29.10.2007 auf der Baustelle erschienen ist und das monierte „Gurgeln“ durch Entlüftung der Heizung abgestellt hat sowie, dass die Versorgung des Pufferspeichers bereits vorher im Rahmen der Inbetriebnahme überprüft wurde und der Zeuge Z. bereits vor dem 29.10.2007 mehrfach in den Umgang mit der Heizungsanlage eingewiesen worden ist.

94

bb) Der Senat ist nach § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO an die soeben dargelegten Feststellungen des Landgerichts gebunden.

95

Dies gilt auch für das Ergebnis einer freien richterlichen Beweiswürdigung (Thomas/Putzo-Reichold, ZPO, 41. Auflage, § 529 Rn 1), denn die Bewertung des Beweisergebnisses und die Ermittlung des Beweiswerts der Beweismittel ist ureigenste Aufgabe des Tatrichters (BGH NJW 2015, 74; BayObIG NZM 2002, 49). Feststellungen sind nur dann nachzuholen, wenn konkrete Anhaltspunkte Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen begründen (BGH NJW 2003, 3480). Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn das Landgericht gegen allgemeine Erfahrungssätze oder Denkgesetze verstoßen hat (Thomas/Putzo-Reichold, a.a.O., § 529 Rn 2) oder die Feststellungen des Landgerichts offensichtlich lückenhaft, widersprüchlich oder unzutreffend wären (BGH WM 2015, 1562).

96

cc) Derartige Zweifel begründende konkrete Anhaltspunkte bringt die Berufungsbegründung weder vor, noch sind sie sonst ersichtlich.

97

Die Beweiswürdigung des Ersturteils ist nicht zu beanstanden, denn sie ist in sich schlüssig und nachvollziehbar, offensichtliche Unklarheiten oder Widersprüche liegen nicht vor. Das Erstgericht hat zutreffend das Beweismaß des § 286 Abs. 1 Satz 1 ZPO zugrunde gelegt und unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlung und des Ergebnisses einer Beweisaufnahme nach freier Überzeugung entschieden, ob eine tatsächliche Behauptung für wahr oder nicht wahr zu erachten ist.

98

f) Ohne Rechtsfehler hat das Landgericht sodann ausgeführt, dass die dem Zeugen M. Z. einzuräumende Prüffrist spätestens Ende Januar 2008 abgelaufen ist, da dieser seit Erledigung seiner Monierung vom 29.10.2007 mehr als 2 Monate Zeit gehabt habe, das Werk des Beklagten zu 2 auf seine Funktionstauglichkeit hin, nämlich Erbringung der geschuldeten Heizungsleistung und Warmwasserbereitung, zu prüfen.

99

Die vom Landgericht angenommene Prüffrist war vorliegend unter Berücksichtigung aller Umstände erforderlich, aber auch ausreichend.

100

aa) Die Dauer der dem Besteller zuzugestehenden Prüfungszeit muss abhängig vom Einzelfall bestimmt werden (Palandt, a.a.O., § 640 Rn. 7), wobei sowohl das Interesse des Auftraggebers, eine konkludente Abnahme nicht vorschnell anzunehmen, als auch das Interesse des Auftragnehmers, den Zeitpunkt der konkludenten Abnahme nicht unangemessen nach hinten zu verschieben, berücksichtigt werden müssen.

101

bb) Vorliegend hat das Landgericht den Beginn der Prüffrist zugunsten des Auftraggebers erst ab Mitte November 2007 angesetzt, obwohl es aufgrund der Angaben des Beklagten zu 2) auch vertretbar gewesen wäre, den Beginn bereits ab Anfang November 2007 laufen zu lassen. Dies ist im Rahmen der Prüfung, ob die angenommene Frist angemessen ist, zu berücksichtigen.

102

Ferner ist Tatsache, dass die Heizungsanlage in den Wintermonaten November, Dezember und Januar, in denen erfahrungsgemäß die Heizung am meisten benötigt wird, überprüft werden konnte, ein wesentlicher in die Abwägung einzustellender Umstand.

103

Unter Berücksichtigung all dieser Umstände kommt auch der Senat vorliegend zu dem Ergebnis, dass die vom Landgericht angesetzte Prüffrist angemessen war und der Beklagte zu 2) damit spätestens Ende Januar 2008 davon ausgehen durfte, dass sein Werk als vertragsgemäß gebilligt worden war.

104

cc) Ohne Erfolg bringt die Berufung in diesem Zusammenhang vor, der erkennende Senat habe im Verfahren 28 U 1733/19 Bau entschieden, dass bei einer Heizungsanlage stets eine ganze Heizperiode als angemessene Prüfungsfrist angesetzt werden müsse, so dass vorliegend die Prüffrist bis März/April 2008 hätte laufen müssen.

105

Ein solcher allgemeingültiger Rechtssatz ist dem in diesem Verfahren ergangenen Hinweis nicht zu entnehmen, vielmehr erfolgten die dortigen Ausführungen, wie sich aus dem Hinweis ergibt, auf den konkreten Fall bezogen und unter Berücksichtigung der dort gegebenen Gesamtumstände.

106

Die dem dortigen Verfahren zugrunde liegenden Erwägungen können auf den hier zu beurteilenden Fall gerade nicht uneingeschränkt übertragen werden. Aufgrund der Tatsache, dass hier mit dem bauseits gestellten Holzofen zugeheizt werden sollte, können die im dortigen Verfahren für die Dauer der angenommenen Prüffrist maßgeblichen wirtschaftlichen Aspekte des Gewerks Heizung vorliegend gerade nicht übertragen werden. Die Wirtschaftlichkeit hängt hier entscheidend von einem von dem Beklagten zu 2) nicht beeinflussbaren Verhalten des Auftraggebers ab, nämlich inwieweit die Zuheizung durch den bauseitigen Holzofen genutzt wird oder nicht.

107

Die von der Berufungsführerin zitierte Senatsentscheidung ist somit vorliegend nicht einschlägig.

108

g) Soweit die Berufung vorbringt, eine stillschweigende Abnahme könne auch deswegen nicht angenommen werden, weil im Schreiben vom 29.10.2007 auch die Anbringung von Stellmotoren der Thermostate als Fertigstellungsleistung gefordert worden sei sowie die Einweisung in den Umgang mit der Heizungsanlage, was beides nicht erfolgt sei, verfängt dies nicht.

109

aa) Hinsichtlich der Einweisung in den Umgang mit der Heizungsanlage hat das Landgericht aufgrund der durchgeführten Beweisaufnahme in nicht zu beanstandender Weise festgestellt, dass der Zeuge Z. durch den Beklagten zu 2) mehrfach bereits vor dem 29.10.2007 in den Umgang mit der Heizungsanlage eingewiesen wurde.

110

bb) Soweit in der Berufung erstmals vorgebracht wird, die Anbringung von Stellmotoren der Thermostate sei unterblieben, ist dieser Einwand bereits präkludiert.

111

Denn es ist weder ersichtlich noch vorgetragen, warum dies nicht schon in erster Instanz vorgebracht werden konnte.

112

Selbst wenn aber dieses Vorbringen nicht präkludiert wäre, würde es der Berufung nicht zum Erfolg verhelfen.

113

Denn Abnahmereife setzt lediglich voraus, dass das Gewerk im Wesentlichen vollständig und vertragsgerecht erbracht wurde. Das fehlende Anbringen von Stellmotoren der Thermostate hindert schon augenscheinlich nicht die Annahme, dass das Werk im Wesentlichen vollständig und vertragsgerecht erbracht wurde, und kann daher der Abnahmereife nicht entgegengehalten werden.

114

3. Die hier geltend gemachten Gewährleistungsansprüche waren damit spätestens mit Ablauf des 31.01.2013 verjährt und damit nicht mehr durchsetzbar, § 214 Abs. 1 BGB.

IV.

115

Die Berufung hat somit keine Aussicht auf Erfolg.

116

Das Gericht legt daher aus Kostengründen die Rücknahme der Berufung nahe. Im Falle der Berufungsrücknahme ermäßigen sich vorliegend die Gerichtsgebühren von 4,0 auf 2,0 Gebühren (vgl. Nr. 1222 des Kostenverzeichnisses zum GKG).

117

Hierzu bzw. zur Stellungnahme zu diesem Hinweis besteht Gelegenheit bis zum 21.04.2021.