OLG München, Beschluss v. 17.05.2021 – 28 U 744/21 Bau

Titel:

Leistungen, Berufung, Heizung, Abnahme, Werkleistung, Auslegung, Zeitpunkt, Wirksamkeit, Leistung, Beweislast, Werkvertrag, Rechtsmittel, Beschaffenheit, Berufungsverfahren, keine Aussicht auf Erfolg, Die Fortbildung des Rechts, Aussicht auf Erfolg, Ersatzvornahmekosten, Schadensersatz, Verjährung, Gewährleistungsansprüche, stillschweigende Abnahme, Abnahmereife

Schlagworte:

Leistungen, Berufung, Heizung, Abnahme, Werkleistung, Auslegung, Zeitpunkt, Wirksamkeit, Leistung, Beweislast, Werkvertrag, Rechtsmittel, Beschaffenheit, Berufungsverfahren, keine Aussicht auf Erfolg, Die Fortbildung des Rechts, Aussicht auf Erfolg, Ersatzvornahmekosten, Schadensersatz, Verjährung, Gewährleistungsansprüche, stillschweigende Abnahme, Abnahmereife

Vorinstanzen:

OLG München, Verfügung vom 23.03.2021 – 28 U 744/21 Bau
LG Ingolstadt, Endurteil vom 21.01.2021 – 52 O 1009/15

Tenor

1. Die Berufung der Klägerin gegen das Endurteil des Landgerichts Ingolstadt vom 21.01.2021, Aktenzeichen 52 O 1009/15 Bau, wird zurückgewiesen.

2. Die Klägerin hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.

3. Das in Ziffer 1 genannte Urteil des Landgerichts Ingolstadt und dieser Beschluss sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar.

Die Klägerin kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagten vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des zu vollstreckenden Betrages leisten.

4. Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 65.460,15 € festgesetzt.

Gründe

I.

1
Die Klägerin begehrt mit ihrer Klage von den Beklagten die Erstattung von Ersatzvornahmekosten und Schadensersatz aufgrund einer fehlerhaften Heizungsinstallation.

2
Hinsichtlich der Darstellung des Sach- und Streitstandes wird zunächst auf den Tatbestand im angefochtenen Urteil des Landgerichts Ingolstadt vom 21.01.2021 Bezug genommen.

3
Das Landgericht hat die Klage vollumfänglich abgewiesen.

4
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 2) nach § 634 a Abs. 1 Ziff. 2 Alt. 1 BGB, wonach die Gewährleistungsansprüche in 5 Jahren ab dem Zeitpunkt der Abnahme der Leistung verjährten. Der Zeuge M. Z. habe das Werk des Beklagten zu 2) spätestens Ende Januar 2008 stillschweigend abgenommen.

5
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 zur Anlage K2 eigenständige Werkverträge anzusehen.

6
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.

7
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 Leistungsoder sonstiger Funktionsmängel ausreichend und angesichts des berechtigten Interesses des Unternehmers an einer möglichst zeitnahen konkludenten Abnahme auch angemessen.

8
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.

9
Gegen dieses Urteil wendet sich die Klägerin mit ihrer Berufung im vollen Umfang der Klageabweisung. Begehrt wird weiterhin die vollständige Verurteilung der Beklagten als Gesamtschuldner gemäß den Anträgen 1. Instanz.

10
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.

11
Gerügt wird insbesondere:

- Voraussetzung einer konkludenten Abnahme sei, dass die geschuldete Werkleistung vollständig erbracht worden sei.

12
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 überschnitten. Tatsächlich liege ein Gesamtauftrag über funktional zusammengehörende Leistungen zur Herstellung der Bewohnbarkeit eines im Bau befindlichen Neubauvorhabens vor, dem lediglich teils eine mündliche Auftragserteilung und teils eine schriftliche Auftragsbestätigung, die wiederum mündlich beauftragt wurde, zugrunde gelegen hätten. Daraus sei gerade nicht zu entnehmen, dass unterschiedliche und getrennte Bauverträge abgeschlossen werden sollten. Die Annahme, dass ein einheitlicher Auftrag vorgelegen habe, werde auch durch das Ergebnis der Beweisaufnahme, insbesondere der Anhörung der Parteien und Zeugenaussagen, bestätigt.

- Jedenfalls sei von den Eheleuten Z. als Auftraggeber zu keinem Zeitpunkt beabsichtigt gewesen, einzelne Teile des Gesamtgewerks „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.

- 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 sei.

14
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.

- Zudem seien die Beklagten für die Begründetheit der Einrede der Verjährung beweisbelastet.

15
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.

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

- 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.

16
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.

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

17
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.

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

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

18
Unstreitig seien die Leistungen für den Erweiterungsbau nicht mehr ausgeführt worden. Die Behauptung des Landgerichts, der Erweiterungsbau sei nicht mehr realisiert worden, sei falsch.

19
Vielmehr sei die Fertigstellung dieses Gebäudeteils erfolgt, die fehlenden Teile der Fußbodenheizung seien durch andere Firmen eingebaut worden.

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

20
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.

21
Die Klägerin beantragt im Berufungsverfahren,

unter Aufhebung des Urteils des Landgerichts die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an die Klägerin € 65.460,15 nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus € 52.524,76 seit Zustellung der Klage vom 29.06.2015 und aus € 8.091,34 seit Zustellung des Schriftsatzes vom 30.06.2017 zu bezahlen.

22
Die Beklagte zu 1)

stellt im Berufungsverfahren keinen gesonderten Antrag.

23
Der Beklagte zu 2) beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

24
Der Senat hat mit Verfügung vom 23.03.2021 darauf hingewiesen, dass und aus welchen Gründen beabsichtigt sei, die Berufung gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen, und hierzu Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben. Zu dem Hinweis ging eine inhaltliche Stellungnahme der Beklagten zu 1) vom 19.04.2021, des Beklagten zu 2) vom 19.04.2021 sowie der Klägerin vom 03.05.2021 ein.

25
Auf die Schriftsätze der Parteien im Berufungsverfahren wird im Übrigen Bezug genommen.

II.

26
Die Berufung gegen das Endurteil des Landgerichts Ingolstadt vom 21.01.2021, Aktenzeichen 52 O 1009/15 Bau, ist gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen, weil nach einstimmiger Auffassung des Senats das Rechtsmittel 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.

27

Zur Begründung wird zunächst auf den vorausgegangenen Hinweis des Senats vom 23.03.2012 Bezug genommen.

28
Die Ausführungen der Berufungsführerin in der Gegenerklärung vom 03.05.2021 geben weder in tatsächlicher noch in rechtlicher Hinsicht Anlass zu einer Änderung der Ansicht des Senats, dass die Berufung keine Aussicht auf Erfolg hat.

29
Ergänzend ist zu den Einwänden im Schriftsatz vom 03.05.2021 noch Folgendes auszuführen:

30
1. Soweit die Gegenerklärung rügt, der Senat habe außer Acht gelassen, dass die Auslegung des Erstgerichts nicht nur daraufhin zu überprüfen sei, ob sie mit den allgemeinen Auslegungsgrundsätzen in Einklang stehe, nach den Denkgesetzen und der Erfahrung möglich sei und nicht auf Rechtsfehlern beruhe, sondern gerade auch daraufhin, ob diese unter dem Gesichtspunkt der Einzelfallgerechtigkeit überzeugt, beruht dies offensichtlich auf einer fehlenden Auseinandersetzung mit den Ausführungen des Senats im Hinweis vom 23.03.2021.

31
Dort hat der Senat hierzu Folgendes ausgeführt:

„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 (…). Die oben wiedergegebene Auslegung der Auftragsbestätigung (Anlage K2) durch das Landgericht ist in dem dargelegten Sinn frei von Rechtsirrtum und daher für den Senat bindend. Sie steht mit den allgemeinen Auslegungsgrundsätzen in Einklang und ist nach den Denkgesetzen und der Erfahrung möglich. Sie lässt keine wesentlichen Umstände unberücksichtigt und überzeugt den Senat im Ergebnis auch sachlich. (…) Die Schlussfolgerung des Landgerichts ist denkgesetzlich möglich, zwingend braucht sie gerade nicht zu sein (…). Sie lässt keine wesentlichen Umstände unberücksichtigt und überzeugt den Senat auch sachlich.

Insbesondere im Hinblick darauf, dass das Gewerk der Heizung und Rohinstallation zwanglos von der Lieferung und Montage später einzubauen der Sanitäreinrichtungsgegenstände getrennt werden kann, ist auch aus Sicht des Senats die Annahme gerechtfertigt, dass ein Vertrag betreffend das Gewerk Heizung und Rohinstallation geschlossen wurde und hinsichtlich der Lieferung und Montage von Sanitäreinrichtungsgegenständen davon getrennte Einzelverträge.“

32
Weitere Ausführungen hierzu sind hierzu nicht veranlasst.

33
2. Ohne Erfolg wird in der Gegenerklärung vorgebracht, der Begriff der stillschweigenden konkludenten Abnahme sei vorliegend seitens des Senats rechtsfehlerhaft angewendet worden.

34
Letztlich erschöpft sich das Vorbringen in der Wiederholung des Vorbringens in der Berufungsbegründung und lässt eine hinreichende Auseinandersetzung mit den Ausführungen des Senats im Hinweis vom 23.03.2021 nicht erkennen.

35
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.

36
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).

37
b) Der Einwand in der Gegenerklärung, ein solches Verhalten ließe sich angesichts des Schreibens vom 29.10.2007 (Anlage K4) gerade nicht feststellen, verfängt nicht und beruht offensichtlich auf einer fehlenden Auseinandersetzung mit den Ausführungen des Senats im Hinweis vom 23.03.2021.

38
aa) Die Gegenerklärung verkennt insoweit schon, dass weder das Landgericht, noch der Senat das Schreiben vom 29.10.2007 als stillschweigende konkludente Abnahme gewertet haben.

39
Die Ausführungen in der Gegenerklärung, aus welchem Grunde das Schreiben vom 29.10.2007 nicht als stillschweigende Abnahme gewertet werden könne, gehen daher an der Sache vorbei.

40
bb) Dass mit dem Schreiben vom 29.10.2007 Nachbesserungen gefordert wurden, ist unstrittig.

41
Jedoch hat das Landgericht, wie bereits im Hinweis ausgeführt, rechtsfehlerfrei festgestellt, 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 wurde.

42
cc) Die weitere Schlussfolgerung des Landgerichts, dass vorliegend die Prüffrist des Bestellers Mitte November 2007 zu laufen begonnen hat, da ab diesem Zeitpunkt der Beklagte 2) habe 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, ist, wie bereits im Hinweis dargelegt, ebenso wenig zu beanstanden wie die Annahme des Landgerichts, dass die anzusetzende Prüffrist vorliegend spätestens Ende Januar 2008 abgelaufen war, da dieser Zeitraum zur Überprüfung des Werks des Beklagten zu 2) auf seine Funktionstauglichkeit hin, nämlich Erbringung der geschuldeten Heizungsleistung und Warmwasserbereitung, ausreichend erscheint.

43
3. Soweit in der Gegenerklärung erneut vorgebracht wird, eine Trennung der Aufträge in unterschiedliche Gewerke sei aus Anlage K2 nicht herzuleiten, dort seien Heizungs- und Abwasserinstallationen gerade gemeinsam beauftragt und gemeinsam abgerechnet worden, ist erneut eine hinreichende Auseinandersetzung mit den Ausführungen des Landgerichts im angegriffenen Endurteil und des Senats im erteilten Hinweis nicht festzustellen.

44
a) Weder das Landgericht noch der Senat haben festgestellt, dass sich aus Anlage K2 eine Trennung der Aufträge in unterschiedliche Gewerke ergebe.

45
Vielmehr gibt die Anlage K2 den Inhalt des im August 2006 geschlossenen Werkvertrags zwischen dem Zeugen Z. und dem Beklagten zu 2) wieder. Da die aus Rechtsgründen nicht zu beanstandende und den Senat im Ergebnis auch sachlich überzeugende Auslegung der Gesamtumstände durch das Landgericht gerade nicht ergeben hat, dass von den Vertragsparteien einvernehmlich der ursprünglich vereinbarte, sich aus der Anlage K2 ergebende Vertragsinhalt dahin abgeändert wurde, dass auch die später beauftragten weiteren Leistungen hiervon umfasst werden sollten und nur ein einheitliches Vertragsverhältnis gewollt war, richtet sich die Frage der Abnahme vorliegend nach dem in der Anlage K2 ermittelten Leistungssoll. b)

46
Ohne Erfolg rügt die Gegenerklärung, der Senat habe in seinem Hinweis den Einwand der Berufung, aus der Anlage K2 ergäben sich doch Überschneidungen der Auftragsinhalte mit anderen beauftragten Leistungen – zum Beispiel enthalte die Rechnung B1.6 vom 28.11.2006 eine KSB

Schmutzwasserhebeanlage, wie sie sich als KSB Fäkalienhebeanlage schon in der Auftragsbestätigung K2 befinde – zu Unrecht zurückgewiesen.

47
aa) In der Berufung wurde diesbezüglich ausgeführt, aus der Rechnung B1.6 ergebe sich gerade, dass nicht mehrere Einzelverträge geschlossen worden seien, sondern ein einheitliches Vertragsverhältnis vorliege, weil neben Teilen der Weißinstallation gerade auch eine KSB Schmutzwasserhebeanlage abgerechnet worden sei, die schon in der Auftragsbestätigung K2 enthalten gewesen sei.

48
Wörtlich findet sich in der Berufungsbegründung hierzu Folgendes:

„Zutreffend verweist das Gericht demgegenüber im Tatbestand auf die Anlagen B1.4 bis B1.9, in denen die Abrechnung der Weißinstallation enthalten ist und führt aus, dass die Beklagte zu 2) „seit September 2006 mindestens bis Mitte 2007 immer wieder u. a. mit Teilen der Weißinstallation“ beauftragt worden sei, die dann jeweils separat in Rechnung gestellt und entsprechend bezahlt wurden.

Die Rechnung B1.6 vom 28.11.2006 enthält die Abrechnung einer Duschanlage, der WC- Anlage, Waschtisch, Urinal mit Zubehör, enthält aber auch eine „KSB Schmutzwasserhebeanlage“, wie sie als „KSB Fäkalienhebeanlage“ auch schon in der Auftragsbestätigung gemäß Anlage K2 enthalten war. Hier überschneiden sich schon die Auftragsinhalte von K2 mit den anderen beauftragten Leistungen.“

49
bb) Der Senat hat hierzu in seinem Hinweis Folgendes ausgeführt:

„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 Auftragsbe – stätigung Anlage K2 finde, sodass sich hieraus doch Überschneidungen der Auftragsinhalte mit den anderen beauftragten Leistungen ergäben, verfängt letztlich nicht.

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.“

50
cc) Nunmehr wird in der Gegenerklärung Folgendes vorgetragen:

„Die zuletzt genannte Schmutzwasserhebeanlage zum Einzelpreis € 549,00 ist nur eine weitere Hebeanlage im Anwesen der Klägerin, also nicht eine andere als diejenige, die in Anlage K2 als Auftrag bestätigt worden ist; diese in der Auftragsbestätigung ausgeführte größere Hebeanlage ist in der Schlussrechnung vom 05.05.2007, K6, Position 09.01 – 09.09 abgerechnet und von den Auftraggebern bezahlt worden. Damit bestätigt sich die in der Berufung vorgetragene Überschneidung der verschiedenen für die Heizungs- und Sanitärinstallation des Anwesens der Klägerin erforderlichen Gewerke.“

51
dd) Ungeachtet dessen, dass das Vorbringen in der Gegenerklärung schon in sich unschlüssig ist, wenn zum einen vorgetragen wird, es sei eine weitere Hebeanlage im Anwesen der Klägerin, aber nicht eine andere als diejenige – größere – Hebeanlage, die in Anlage K2 als Auftrag bestätigt worden ist, wird erneut verkannt, dass für die Frage einer Abnahme und damit für die Frage, ob bzw. wann vorliegend Verjährung der geltend gemachten Gewährleistungsansprüche eingetreten ist, durch das Landgericht rechtsfehlerfrei und für den Senat sachlich überzeugend festgestellt wurde, dass sich das für das hier streitgegenständliche Werk der Beklagten maßgebliche Leistungssoll ausschließlich aus dem in der Auftragsbestätigung vom 11.08.2006, Anlage K2, enthalten Leistungsverzeichnis ergibt. Die in der Anlage K2 genannte KSB Fäkalienhebeanlage ist eben nicht die Hebeanlage, die in der separaten Rechnung B1.6 abgerechnet wurde.

52
ee) Soweit nunmehr in der Gegenerklärung vorgetragen wird, jedenfalls bestätige sich aber doch die in der Berufung vorgetragene Überschneidung der verschiedenen für die Heizungs- und Sanitärinstallation des Anwesens der Klägerin erforderlichen Gewerke, geht dies erneut an der Sache vorbei.

53
Die Frage ist nicht, ob sich die Gewerke der Heizungs- und Sanitärinstallation überschneiden, sondern von welchem Leistungssoll vorliegend für die Frage der Abnahme auszugehen ist. Dieses Leistungssoll ergibt sich, wie bereits mehrfach dargelegt, vorliegend aus der Auftragsbestätigung Anlage K2. Dass nach Abschluss des Werkvertrags, dessen Inhalt sich aus der Anlage K2 ergibt, zwischen den Parteien noch weitere Verträge über weitere Leistungen zustande gekommen sind, führt nicht dazu, dass sich das ursprünglich vereinbarte Leistungssoll auf diese später vereinbarten Leistungen erstrecken würde. Es ist der Klagepartei insofern gerade nicht gelungen nachzuweisen, dass beide Parteien einvernehmlich nur ein einheitliches Vertragsverhältnis wollten, dessen Inhalt sich jeweils durch später beauftragte Leistungen erweitern sollte.

54
4. Auch die Auffassung in der Gegenerklärung, das Vorbringen, die Anbringung von Stellmotoren der Thermostate sei unterblieben, sei nicht präkludiert, verfängt nicht und lässt wiederum eine hinreichende Auseinandersetzung mit dem Hinweis des Senats vermissen.

55
Es kann letztlich dahingestellt bleiben, ob dieses Vorbringen präkludiert ist, da es der Berufung, selbst wenn es nicht präkludiert wäre, nicht zum Erfolg verhelfen würde. 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 erfolgreich entgegengehalten werden. Dies hat der Senat bereits in seinem Hinweis ausgeführt.

56
Die Berufung ist daher zurückzuweisen.

57
5. Eine Entscheidung durch Beschluss ist gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zulässig, da sich vorliegend schon aus der Berufungsbegründung keine Gesichtspunkte ergeben, die eine Abänderung des Ersturteils aus rechtlichen oder tatsächlichen Erwägungen rechtfertigen, und daher auch eine mündliche Verhandlung zu keinem höheren Erkenntnisgewinn führen könnte (Zöller-Heßler, ZPO, 33. Aufl., § 522 Rn. 36).

58
Auch kommt der Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung zu.

59
Die in der Gegenerklärung behauptete Sachverhaltskonstellation, ob eine stillschweigende Abnahme anzunehmen ist, wenn sich aus dem Verhalten des Auftraggebers ein gegenteiliger Wille ergibt, weil der Auftraggeber erkennbar einen Gesamtauftrag an den Auftragnehmer in Bezug auf unterschiedliche Leistungsbereiche angenommen hat und sich aus dem Verhalten des Auftraggebers ergibt, dass er die Leistung des Auftragnehmers insgesamt nicht als vertragsgemäß ansieht, ist vorliegend schon nicht gegeben.

III.

60
Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

61
Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit des angefochtenen Urteils erfolgt gemäß §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

62
Der Streitwert für das Berufungsverfahren wurde in Anwendung der §§ 3, ZPO, 47, 48 GKG bestimmt.