

# **OLG München**

## **Urteil**

**vom 08.05.2019**

**20 U 124/19 Bau**

### **BGB § 640**

**1. Die Leistung wird durch schlüssiges Verhalten abgenommen, wenn sie a) abnahmereif ist, b) der Auftraggeber ohne Beanstandung die Nutzung aufgenommen hat und c) ein angemessener Prüfungszeitraum verstrichen ist.**

**2. Die Dauer der dem Auftraggeber zuzugestehenden Prüfungszeit muss einzelfallabhängig bestimmt werden. Welcher Zeitraum als angemessen anzusehen ist, hängt von den Umständen des Einzelfalls, insbesondere von Art und Umfang des Werks, das in Gebrauch genommen wird, ab.**

**3. Bei einer Heizungsanlage stellen sieben Wochen im Winter eine ausreichende Zeitspanne dar, innerhalb derer eine gründliche Überprüfung der Funktionstauglichkeit möglich ist.**

OLG München, Urteil vom 08.05.2019 - 20 U 124/19 Bau

*vorhergehend:*

*LG Landshut, 07.12.2018 - 54 O 2864/15*

Tenor

1. Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Landgerichts Landshut vom 7. Dezember 2018, Az. 54 O 2864/15, abgeändert und die Klage insgesamt abgewiesen.

2. Der Kläger hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der Kläger kann die Vollstreckung der Beklagten durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des zu vollstreckenden Betrages leistet.

4. Die Revision wird nicht zugelassen.

### **Gründe**

#### **I.**

Die Parteien streiten um Schadensersatz wegen Mängeln einer von der Beklagten eingebauten Heizungsanlage.

Der Kläger beauftragte die Beklagte im Sommer 2006 mündlich mit der Lieferung und Montage einer Heizungsanlage nebst Errichtung einer Brunnenanlage für die mit Grundwasser zu speisende Grundwasserwärmepumpe. Die Anlage, die bestimmungsgemäß

zur Heizung und zur Warmwasserbereitung genutzt wurde, wurde in Gegenwart des Klägers am 7. Juli 2006 (B 1) in Betrieb genommen.

Im Herbst 2006 lief der Schluckbrunnen der Anlage übe, was zu einer Nachbesserung seitens der Beklagten in Gestalt des Wechsels der Brunnen führte.

Die Beklagte rechnete die Anlage mit Rechnung vom 3. November 2006 (K 1) pauschal mit Euro 38.000,00 ab sowie die zusätzlich beauftragten Brunnenarbeiten am 8. November 2006 (K 2) mit Euro 9.122,16.

Am 3. Januar 2007 bezahlte der Kläger Euro 8.000,00 auf diese Rechnungen. Am 8. Januar 2007 schlossen die Parteien über den dann noch offenen Betrag eine "Zahlungsvereinbarung" (B 2) mit folgendem Inhalt:

*"Offene Summe Euro 6.000,00 wird in monatl. Raten zum 10. des Monats bezahlt, 150,- Restsumme spät. zum 30.08.07 (Vorauszahlg. 8000,- ist angewiesen)."*

In den Monaten Januar 2007 bis Januar 2008 bezahlte der Kläger auf die Ratenzahlungsvereinbarung insgesamt Euro 1.800,00 (B 3).

Ab dem Jahr 2009 kam es zu Heizungsausfällen, wobei die Beklagte eine Nachbesserung verweigerte.

Der Kläger beantragte beim Landgericht Landshut mit Schriftsatz vom 19. Januar 2012, bei Gericht eingegangen am 20. Januar 2012 und der Beklagten zugestellt am 27. Januar 2012, die Durchführung eines selbständigen Beweisverfahrens. Dieses wurde unter dem Aktenzeichen 54 OH 173/12 geführt und ergab grundlegende Mängel des Gewerks. Ende November 2012 brannte die Spule des Verdichters der Anlage durch, so dass seit diesem Zeitpunkt eine Nutzung der Wärmepumpe zur Produktion von Warmwasser und Heizungswasser nicht mehr möglich war. Der Kläger hat die von der Beklagten eingebaute Anlage im ersten Halbjahr 2015 durch eine Gasheizung mit Solaranlage ersetzen lassen.

Der Kläger hat vor dem Landgericht behauptet, die Beklagte habe die Anlage mangelhaft errichtet und sie deshalb für schadensersatzpflichtig gehalten. Da der konkrete Standort nicht zum Betrieb einer Grundwasserwärmepumpe geeignet sei, habe die Beklagte auch die Kosten der nunmehr ersatzweise eingebauten Gasheizung mit Solaranlage zu tragen. Insgesamt sei dem Kläger ein Schaden von Euro 55.742,03 entstanden. Der Anspruch sei auch nicht verjährt. Da es erst nach Gesamtablauf der auf den Einbau im Juli 2006 folgenden Wintermonate, d.h. Ende Februar 2007, möglich gewesen sei, die Leistungsfähigkeit der Anlage zu beurteilen, sei vorher keine Abnahme erfolgt. Zudem habe der Kläger bei Erhalt der Rechnungen, die die Beklagte nach Durchführung der Nachbesserungen gestellt habe, ausdrücklich erklärt, dass er erst bezahlen werde, wenn die Anlage ihre Funktionsfähigkeit erwiesen habe und die Garteninstandsetzungskosten geklärt seien.

Der Kläger hat beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, an ihn Euro 55.742,03 nebst Zinsen zu bezahlen und festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet sei, dem Kläger jeden über diese Bezifferung hinausgehenden Schaden zu erstatten, der künftig infolge der Mangelhaftigkeit der Anlage noch entsteht.

Die Beklagte hat

Klageabweisung beantragt.

Sie hat Mängel der Anlage bestritten und sich insbesondere auf die Verjährung jeglicher klägerischer Ansprüche berufen. Irgendwelche Absprachen zwischen den Parteien bei Rechnungserhalt oder generell dahingehend, dass die Anlage den gesamten Winter über geprüft werden könne bzw. müsse, habe es nicht gegeben. Für die Prüfung einer Heizungsanlage sei eine Prüfungszeit von maximal zwei Monaten angemessen. Spätestens mit der Ratenzahlungsvereinbarung vom 8. Januar 2007 jedenfalls sei eine Abnahme des Werkes erfolgt. Die fünfjährige Verjährungsfrist sei bei Einreichung des Antrags auf Durchführung des selbständigen Beweisverfahrens deshalb bereits abgelaufen gewesen.

Auf die tatsächlichen Feststellungen des erstinstanzlichen Urteils und die dort gestellten Anträge wird ergänzend Bezug genommen.

Mit Endurteil vom 7. Dezember 2018 hat das Landgericht nach Beweiserhebung über das Vorliegen von Mängeln die Beklagte verurteilt, an den Kläger Euro 48.550,18 nebst Zinsen zu zahlen und die vom Kläger begehrte Feststellung der Einstandspflicht für künftig auftretende Schäden ausgesprochen. Lediglich hinsichtlich einzelner Schadenspositionen (Gasfüllung, Entfernung des Saugbrunnens, anteilig Gartenwiederherstellung und Montagekosten für Heizmobil) hat das Landgericht die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es insbesondere ausgeführt, dass Verjährung nicht eingetreten sei. Die dem Kläger zuzugestehende Prüfungszeit sei am 8. Januar 2007 noch nicht abgelaufen gewesen. Denn ein Besteller dürfe eine im Sommer montierte Heizungsanlage zunächst über einen gesamten Winter testen. Es sei nämlich für den Kläger nicht absehbar, ob die Anlage je nach konkreter Winterwitterung die auftretenden Heizlasten erbringen könne. Aus der von der Beklagten vorgelegten Zahlungsvereinbarung ergebe sich lediglich eine Einigung der Parteien hinsichtlich der vom Kläger geschuldeten Werkvergütung. Die von der Beklagten bemühte Auslegung, durch die Nichtaufnahme von Mängeln sei auch das Werk als vertragsgemäß gebilligt worden, könne die Kammer diesem Schreiben nicht entnehmen. Eine konkludente Abnahme sei nicht vor Ende Januar 2007 eingetreten, weshalb der Lauf der Verjährungsfrist mit dem Antrag auf Durchführung eines selbständigen Beweisverfahrens gehemmt worden sei. Das Ende der Hemmung sei gemäß § 204 Abs. 2 Satz 1 BGB am 9. November 2015 eingetreten, die hiesige Klage per Fax am 9. November 2015 eingegangen und rechtzeitig, da zeitnah nach Kosteneinzahlung, zugestellt worden.

Mit ihrer hiergegen gerichteten Berufung erstrebt die Beklagte

die Aufhebung des landgerichtlichen Urteils und die vollständige Abweisung der Klage.

Sie macht insbesondere unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vortrags weiterhin Verjährung des klägerischen Anspruchs geltend.

Der Kläger verteidigt das angegriffene Urteil und beantragt

die Zurückweisung der Berufung.

Zu der Ratenzahlungsvereinbarung bringt er mit der Berufungserwiderung erstmals vor, dass sie aus Sicht beider Parteien ausschließlich zur Beilegung der Streitigkeiten über die Höhe der gestellten Rechnungen gedient habe. Anlässlich dieser Vereinbarung habe der

Geschäftsführer der Beklagten die Unterzeichnung eines Abnahmeprotokolls begehrt. Dies habe der Kläger ausdrücklich mit dem Argument verweigert, dass er nach dem Ausfall der Pumpe bereits im Sommer den Winter abwarten wolle um beurteilen zu können, ob die Anlage funktionstauglich sei. Damit sei kein Raum für die Annahme einer Abnahme.

Diesen neuen Vortrag bestreitet die Beklagte und wendet ein, dass gegen die Behauptung des Klägers nicht nur die kommentarlose Unterzeichnung der Zahlungsvereinbarung am 8. Januar 2007 spreche, sondern auch die Tatsache, dass bereits am 3. Januar 2007 - und somit noch vor der Unterzeichnung der Ratenzahlungsvereinbarung - Euro 8.000,00 bezahlt worden seien.

Hinsichtlich des weiteren Vorbringens der Parteien im Berufungsverfahren wird auf die im Berufungsrechtszug gewechselten Schriftsätze und auf die Niederschrift über die mündliche Verhandlung vom 8. Mai 2019 Bezug genommen.

## II.

Die zulässige Berufung der Beklagten hat vollumfänglich Erfolg.

Das Urteil des Landgerichts war aufzuheben, da Gewährleistungsansprüche des Klägers aus dem Werkvertrag gemäß § 634a Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2, § 187 Abs. 1, § 188 Abs. 2 BGB verjährt sind.

1. Zwar hat der Kläger die Werkleistung der Beklagten nicht ausdrücklich abgenommen. Spätestens mit Abschluss der Ratenzahlungsvereinbarung vom 8. Januar 2007 allerdings ist die stillschweigende Abnahme des Werkes durch schlüssiges Verhalten des Klägers erfolgt (vgl. Palandt, BGB, § 640 Rn. 7) und der Lauf der fünfjährigen Verjährungsfrist in Gang gesetzt worden:

a) Am 8. Januar 2007 lag objektiv eine Abnahmesituation vor, da das Werk nach Dafürhalten beider Parteien vollständig fertiggestellt, gebrauchsfähig und tatsächlich in Gebrauch und sogar bereits schlussabgerechnet war.

b) Der Kläger als Besteller hatte seit Einbau der Anlage am 7. Juli 2006 bzw. nach erfolgter Nachbesserung im Herbst 2006 eine angemessene Zeit zur Verfügung gehabt um die Funktionsfähigkeit der Anlage in Bezug auf die Erbringung der geschuldeten Heizungsleistung und Warmwasserbereitung zu prüfen.

(1) In Literatur und Rechtsprechung besteht Einigkeit, dass die Dauer der dem Besteller zuzugestehenden Prüfungszeit einzelfallabhängig bestimmt werden muss (vgl. Palandt, BGB, § 640 Rn. 7 mwN). Gerechnet von der Aufnahme der Nutzung ist eine gewisse Nutzungszeit erforderlich, vor deren Ablauf die Billigung des Werks redlicherweise nicht zu erwarten ist (BGH, Urteil vom 20. September 1984, **VII ZR 377/83**).

Welcher Zeitraum insofern als angemessen anzusehen ist, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab, insbesondere von Art und Umfang des Werks, das in Gebrauch genommen wird (BGH, Urteil vom 20. September 1984, **VII ZR 377/83**). So wurde hinsichtlich der Erstellung und Installation einer Software eines Getränkeautomaten eine ausführliche Erprobung mit fehlerfreiem Lauf aller Programme und zufriedenstellend verlaufener Probe der Produktion für ausreichend erachtet (Hanseatisches OLG, Urteil vom 9. August 1985 - **11 U 209/84**), bei einer im Sommer in Betrieb genommenen Wärmepumpe zwei Monate (OLG Köln v. 27.01.1986 - **12 U 88/85**, SFH, Nr. 13 zu § 640 BGB, in: Werner/Pastor, Der

Bauprozess, Rn. 1826), bei Bodenverlegearbeiten "maximal" zwei Monate (OLG Düsseldorf, **22 U 165/15**, mwN), bei einer Tragwerksplanung drei Monate (BGH, Urteil vom 25. Februar 2010, **VII ZR 64/09**) und bei Architektenleistungen "nicht mehr" als sechs Monate (BGH, Urteil vom 26. September 2013, **VII ZR 220/12**).

(2) Unter Gesamtwürdigung der vorliegenden Umstände war hier eine Prüfungsfrist längstens bis Ende des Jahres 2006 angemessen. Denn die Anlage war bereits am 7. Juli 2006 in Betrieb genommen und ab diesem Zeitpunkt auch zur Warmwasserbereitung genutzt worden. Nachdem im Herbst 2006 auftretende Mängel kurzfristig und unstreitig vollständig beseitigt worden sind, hat die Beklagte sodann am 3. bzw. 8. November 2006 die Schlussrechnung gestellt. Die von diesem Zeitpunkt bis zum Jahresende 2006 verbleibenden mindestens sieben Wochen im Winter stellen unzweifelhaft eine angemessene Zeitspanne dar, innerhalb derer nach der Verkehrserwartung eine gründliche Prüfung der Heizungsanlage auf ihre Funktionstauglichkeit möglich ist.

(3) Die Ansicht des Landgerichts, dass der Besteller einer Heizung immer einen ganzen Winter zur Prüfung zur Verfügung haben müsse, teilt der Senat nicht. Eine derart lange Prüfungszeit lässt zum einen das bei Bemessung der Frist auch zu beachtende Interesse des Unternehmers, den Zeitpunkt der konkludenten Abnahme nicht unangemessen nach hinten zu verschieben, gänzlich außer Acht (vgl. nur BGH, Urteil vom 26. September 2013, **VII ZR 220/12**, mwN) und orientiert sich auch nicht an den oben dargestellten, in anderen Fällen von der Rechtsprechung als angemessen angesehenen Prüfungszeiten. Zum anderen ist es auch nicht zutreffend, dass die Prüfung, ob eine Anlage zur Heizung und Warmwasserbereitung vertragsgemäß erstellt worden ist, erst nach Verstreichen eines ganzen Winters möglich wäre. Vielmehr kann ein Besteller die Funktionsfähigkeit einer Heizungsanlage ersichtlich bereits nach dem Ablauf einer mehrwöchigen beanstandungsfreien Prüfungszeit in der Heizperiode beurteilen, im hiesigen Fall mithin spätestens zu Jahresende 2006.

(4) Soweit der Kläger vorbringt, dass es sich bei dem Einbau einer Grundwasserwärmepumpe um einen Spezialfall handle und eine nachhaltige Prüfung einer Grundwasserwärmepumpe nur während einer längeren Kälteperiode möglich sei, weil erst dann die Kälte auch im Grundwasser ankomme, trifft dies nicht zu. Vielmehr hat thermisch nutzbares Grundwasser - wie aus anderen Verfahren gerichtsbekannt - eine im Jahresverlauf im Wesentlichen gleichbleibende Temperatur.

(5) Dass die Parteien vertraglich eine längere Prüfungszeit vereinbart hätten, konnte der Kläger nicht nachweisen.

c) Mit der Bezahlung eines Großteils des nach Schlussrechnung noch offenen Werklohns am 3. Januar 2007 und dem Abschluss der Ratenzahlungsvereinbarung am 8. Januar 2007 hat der Kläger gegenüber der Beklagten eindeutig und schlüssig seinen Willen zum Ausdruck gebracht, die Leistung als im Wesentlichen vertragsgemäß zu billigen (vgl. Palandt, BGB, § 640 Rn. 6 mwN).

Denn nach Ablauf der mehrwöchigen Prüfungszeit auch bezüglich der Heizungsleistung der Anlage durfte die Beklagte aus der Teilzahlung und der Vereinbarung über die ratierliche Erbringung des noch ausstehenden Rechnungsbetrages nach Treu und Glauben und mit Rücksicht auf die Verkehrssitte darauf schließen, dass der Kläger die Leistung als vertragsgerecht billigt und deshalb nunmehr den restlichen Werklohn begleicht.

Der neue und von der Beklagten bestrittene Vortrag des Klägers dazu, dass er sich bei Abschluss der Ratenzahlungsvereinbarung einer Abnahme ausdrücklich verweigert habe, weshalb kein Verhalten des Klägers vorgelegen habe, aus dem die Beklagte auf seine Billigung des Werks hätte schließen dürfen, ist gemäß § 531 Abs. 2 ZPO verspätet und in der Berufungsinstanz unbeachtlich. Die Frage der Würdigung der Ratenzahlungsvereinbarung (B 2) ist, wie beide Parteien in der mündlichen Berufungsverhandlung mitgeteilt haben, in der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht ausführlich besprochen und auch im landgerichtlichen Urteil abgehandelt worden, weshalb das nunmehrige Vorbringen bereits erstinstanzlich veranlasst gewesen wäre. Dass das Unterbleiben dieses Vortrags in erster Instanz nicht auf Nachlässigkeit beruht hätte, ist nicht ersichtlich.

Soweit der Kläger vorbringt, kein Erklärungsbewusstsein gehabt zu haben, ist solches für die Wertung seines Verhaltens als konkludente Abnahme grundsätzlich nicht erforderlich (vgl. Palandt, BGB, Vor § 116 Rn. 17).

2. Die gemäß § 634a Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2, § 187 Abs. 1, § 188 Abs. 2 BGB mit dem Tag der Abnahme am 8. Januar 2007 beginnende fünfjährige Verjährungsfrist endete gemäß § 634a Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2, § 187 Abs. 1, § 188 Abs. 2 BGB am 8. Januar 2012.

Die Zustellung des Antrags auf Durchführung des selbständigen Beweisverfahrens ist erst am 27. Januar 2012 und damit nach Fristablauf erfolgt und konnte die Verjährung nicht mehr hemmen. Dies gilt auch unter Berücksichtigung des Zeitpunkts der Einreichung des Antrags am 20. Januar 2012 (§ 204 Abs. 1 Nr. 7 BGB, § 167 ZPO), denn auch an diesem Tag war der Lauf der Verjährungsfrist bereits vollendet und Verjährung eingetreten.

### III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit auf § 711 ZPO.

Die Revision war nicht zuzulassen, da die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO nicht vorliegen. Es handelt sich, insbesondere auch hinsichtlich der Frage der Bemessung des Umfangs einer angemessenen Prüfungszeit, um die Entscheidung eines Einzelfalls.

Der Streitwert entspricht dem addierten Wert von Zahlungs- und Feststellungsantrag; letzteren hat der Senat ebenso wie das Landgericht mit Euro 5.000,00 bewertet.